218

ANTONII

FABRI I.C.

SEBVSIANI, SER^mi.
SABAVDIAE DVCIS
CONSILIARII AB INTIMIS,
ET IN SVPREMO SABAVDIÆ
Senatu Præsidis Primarij

RATIONALIA

IN TERTIAM PARTEM
PANDECTARVM.

In tres Tomos diuisam:

Cum INDICIBVS *Rerum & Verborum locupletissimis.*



GENEVÆ,
Sumptibus Hæredum Petri de la Rouiere.

M. DC. XXVI.

Cum Priuilegio Christianissimi Regis Galliarum.

BIU Cujas

ANTONII

FABRICII

SERVISIANI, SER^mi

SABAVDIAE DVCIS

CONSILIARII AB INTIMIS,

ET IN SVPREMO SABAVDIÆ

Senatu Præsidis Primarij

RATIONALIA

IN TERTIAM PARTEM

PANDECTARVM.

In tres Tomos diuisa:

CVM INDICIBVS Rerum & Verborum locupletissimis.

GENEVÆ,

Sumptibus Hæredum Petri de la Roviere.

M. DC. XXVI.

Cum Priuilegio Christianissimi Regis Galliarum.

BIU Cujas

CAROLO EMANVELI

SERENISSIMO ET INVICTISSIMO

SABAVDIÆ DVCI, ET PEDEMONTII PRINCIPI

DOMINO SVO CLEMENTISSIMO

ANTONIVS FABER S. ET F. P.



FFERO tibi, Princeps Inuictissime, Rationalium meorum in totius iuris Pandectas partem tertiam. Cur tibi potius quàm alij, non quæret, vt arbitror, quisquis ex vitæ meæ condicione scriptorúmque meorum lectione didicerit me meáq; omnia Celsitudini tuæ iampridem dicata esse & consecrata. Idque tam multis de causis & rationibus, vt plagiarius haberi meritò debeam, si quæcunque mea videri velim, alterius dici patiar quàm tua. Sed cur tertiam, non primam aut secundam partem? Hoc verò non tantùm quæret, sed etiam mirabitur fortassis, nec abs re, quisquis mecum intelliget, quod vniuersa videt Europa; Inter tot Principes, quibus iam gloriæ est, non minus Iurisprudentiam, quàm Iustitiam colere, Vnum te esse, qui, vt literatos omnes, ita ex literatis omnibus, eos potissimùm qui Papinianeæ scientiæ sectatores se profitentur, maiori ac præcipuo quodam studio prosequaris; Fabrum autem tuum vnicè, quem singulari propemodum animi propensione, à primis honorum cunabulis, ad præcelsum hoc tantæ dignitatis fastigium, per omnes honorum gradus, vltrò euectum voluisti; & in summa, iis ornamentis decoratum quibus vel Papiniani nostri dignitas (si te Imperatorem hodie haberet, feliciore planè fato, quàm olim Caracallam) expleri vtique posset. Quid enim maius & magnificentius à te proficisci in me potuit, quàm vt hæc omnia, vtinam virtutis & scientiæ potius quàm fortunæ ornamenta, mihi concederes, quæ & scriptis meis gratiam famámque non vulgarem possent addere, & ex fama dignitatem, ex dignitate denique etiam authoritatem? Quanquam enim maius & difficilius quiddam est, quàm credi à plerisque possit; post tam eximios scriptores, quibus priora secula claruerunt, & nostra, iure suo gloriantur, velle ac audere in Pande-

BIU Cujas

ctas, Rationalia ſcribere. Creſcit tamẽ operis dignitas, fitque opus multò gratius & illuſtrius, cùm ab eo proficiſcitur, cuius ingenium & induſtriam tantus Princeps agnouerit, quem gradatim ad ſumma quæque dignitatum faſtigia, quaſi manu perduxerit, deniq; quem hoc ipſo, tot honoribus dignum vel iudicauerit, vel (quod nõ minoris eſſet gloriæ) effecerit. Neque tamẽ cùm primam huius operis partem Cæſareæ Maieſtati dicauimus, ſecundam autẽ Sereniſſimo Principi Cardinali noſtro, in eo verò quicquam à propoſiti mei ratione alienum videri factũ debet: vtrumq; enim ita peractum eſt, te non modò ſciente, ſed etiam imperante; cùm diceres, vel ſolam operis inſcriptionem dignam tibi videri, quæ facere deberet, vt Cęſari totum opus probaretur, eiuſq;, ſi non penitus abſoluendi, ſaltem inchoandi tentandique cura, (ſi nemo eam vltrò ſuſciperet) ei, cui nec ingenium, nec diligentia ad tantam rem prę-ſtandam deeſſet, propoſitis etiam tanto labori præmiis, liberalitatem Cæſaream arguentibus, iniungeretur. Cuius enim magis, quàm Cæſaris intererat, vt ius Romanũ, tot Legibus, Senatuſcõſultis, Plebiſcitis, & Principum Cõſtitutionibus conſtitutum, totque vigiliis & lucubrationibus auctum, ad eam vſque excreſceret & dignitatis & pulchritudinis magnitudinem, vt nihil ei adiici poſſe videretur? Nec ſanè tanţus Imperator, quantus Rudolphus fuit erga literas & literatos omnes (vt audio) propenſiſſimus, aliter facturus fuiſſe credendus eſt; niſi peſſimo meo fato accidiſſet, vt ſub idem tempus, quo Celſitudinis Tuæ Orator Illuſtriſſ. ad Aulam Cæſaream miſſus eſt, & primam illam Rationalium partem exhibere iuſſus, magnus Imperij Cãcellarius, ad quem ſcripſeram, vt dedicationis huius meæ interceſſorem ſe præberet, ab Aula recedere coactus, explendi officij facultatem, prius quàm voluntatem amiſiſſet: ita effectũ eſt, vt ne illud quidem ſcire vnquam potuerim, an vel ipſum Rationalium, ne dicam Antonij Fabri nomen, ad tanti Imperatoris aures peruenerit: adeo infœliciter ſucceſſit mihi tam præclarus conatus, & quod magis doleo, toti etiam Iuriſprudentię, cui Imperatoris approbatio ac beneuolẽtia, nõ minus ornamenti allatura erat, quàm mihi, honoris & gratiæ, ſi res fœlicius ceſſiſſet. Quòd autem ſecundam Rationalium partem Sereniſſimo Principi Cardinali tuo dicatã volui, non ſolùm te imperante factum eſt, ſed etiam propria quadam ratione, cùm eo tempore conſtitutum iam apud te eſſet ad Chriſtianiſſimũ Galliarum Regem, eum mittere, tractãdi eius Matrimonij gratia, quod inter Sereniſſ. Pedemontanorum Principem, & Sereniſſ. Chriſtianam à Francia, Regis ſororem amantiſſimam, poſtea fœliciſſimè contractum eſt, & cuius me, non modò teſtem, ſed etiam miniſtrum iam tum elegeras; vt in eam potiſſimum rem, Cardinalis Ampliſſimus, (quamuis virtutibus & ſubſidiis propriis ſuffultus, nulliuſq; externæ operæ indigus)

& Reue-

BIU Cujas

& Reuerendiſſ. Franciſci de Salles, Epiſcopi Gebennenſis induſtriâ & gratiâ (quæ iam tum apud Gallos erat maxima) & operâ meâ, ſi qua opus eſſet, vteretur. Erat enim conueniens, vt tantum Cardinalem munere aliquo deuincirem, cui parendum habebam & ſeruiendum, ſed eo præcipuè munere, quod ipſi perſuadere poſſet, nihil à Celſitudine tua in eligendo me factum eſſe, quod non ad ipſius dignitatem reíque gerendæ vtilitatem pertinere maximè videretur: Nec poſſum diſſimulare, (quamuis tacere fortaſſis eſſet modeſtiùs) quanta me voluptatis & gloriæ titillatio exceperit, cùm celeberrima illa pompa, quę Cardinalem Ampliſſimum, in Ampliſſimam Pariſiorum ciuitatẽ vidit introeuntẽ, cùm ter Maximus ille Epiſcopus, & ego, in eadem rheda eſſemus; mihíque cõtigiſſe idem ferè, quod olim Plinio iuniori, qui in ſpectaculis adſidens Cornelio Tacito, nunquam maiori laude perfuſum ſe aut delectatum gloriatur, quàm quòd omnium digitis oſtenderetur, tanquam qui, vel ob id vnum, vir maximus eſſe deberet, quòd tanto viro tantopere familiaris eſſet; & dignus iudicatus, qui in eius amicitiam adſciſceretur: Quotus enim quiſque erat in tãta ſpectantium copia (de iis intelligo qui de Theologia aut Iuriſprudentia aliquid audiuiſſent) qui tranſeuntibus nobis non exclamaret, digitíſque notaret, Ecce Gebennenſem Epiſcopum, Theologiæ totius & Theologorum noſtri temporis omnium Coriphæum: mox, Ecce quoq; Fabrum Præſidem, tot librorum patrem, tanti etiam Epiſcopi affectione & incomparabilis amicitiæ magnitudine, fratrem: puderet referre niſi & plerique grauiſſimi teſtes interueniſſent, (inter quos Reuerendiſſimum Epiſcopum Bellicenſem D. Petrum Camuſium poſſim nominare, qui inſtar omnium futurus ſit) & tuæ potiſſimum gloriæ ea laus pararetur, cùm ex eo omnes coniicerent, non deeſſe tibi in Sabaudia magnos viros & ad maxima quæque obeunda præſtantiſſimos; rémque iudicio tuo digniſſimam à te factam, omnes prædicarent, quòd in Cardinalis conſilium eos dediſſes miniſtros, qui publicâ hominum famâ, optimi ſanè ac præſtantiſſimi in eam rem eſſe crederentur: etſi verò non eram adeò mei neſcius, vt quàm longè à laudibus iſtis diſtarem, non intelligerem, iuuabat tamen, quid alij de me ſentirent, intelligere, vt qualem eſſe me dicerent alij, talem me præſtarem, ſi poſſem; in ea re præſertim, in qua quicquid erat meæ, ſiue laudis, ſiue exiſtimationis, videbam cum tua dignitate coniunctum: auxit opinionem meam, & ex opinione voluptatem, quòd ſequenti die, cùm ſalutãdi Regis gratia, in Regiã cõſcendiſſemus, Rex ipſe, ab ampliſſimo D. de Silery Cãcellario, qui tum aderat, admonitus, vt me ad genua prouolutũ attẽtius intueretur, ad Cancellariũ cõuerſus, mox fixis in me vnum oculis; Hic ne Faber eſt, de quo tam multa? nam quæ Cancellarius de me dixerat, etſi verè comperta habeo, nolim tamen referri, ne aut minus vera videar dicere, aut agnoſcere veriora, quàm modeſtia patiatur. Silerios,

BIU Cujas

Vairos, Ianinos, & alios tam multos taceo, qui inter Regios Cõsiliarios præcipui, Aulam illam Regiam, tum maximè illustrabant, quibus nihil erat gratius, quàm vt me, & laudibus & officiis quibus posset omnibus, etiam apud Regem prosequerentur; nec ornandi & amandi mei finem vllum facere sibi posse viderentur; nec fere dubitarent quin rationi adprimè consentanea essent omnia, quæ pro ineundo Matrimonio à me primùm proposita, interdum etiam disputata & obtenta essent: Ita successu felicissimo summáque non tantùm Regis Christianissimi, sed etiam totius Regni gratulatione, superatis difficultatibus omnibus, quas & temporum importunitas, & emergentium casuum iniquitas, præter multorum opinionem, & ipsius quoque Regis expectationem inuexerat, Matrimonium contractum est; quo neq; felicius neque magnificentius vllum aliud vix vnquam fieri potuit. Patere, obsecro, Princeps Inuictissime, vt quam ex eo Matrimonio suscepisti suauitatem, noua ista recensione renouem, méq; in aliquam laudis partem adscisam, quem tantę negotiationis, sub tanto Cardinale, cum tanto Episcopo, post defunctum Comitem Verruensem (Deus bone qualem quantúmque virum) ministrum, & laboris socium esse voluisti. Longior & importunior futurus sim, si omnia recensere velim, quæ mihi ad laudem & gloriam à Magnis illis Viris accesserũt: Nihil ausim dicere de summa illa Curiarum omnium (vt ita dixerim) Curia Parisiensi, quę & binos liberos meos in Aduocatorum suorum ordinem, per honorifico & insolito decreto adoptari passa est, & libros meos ei oblatos, præsertim Fabrianum Codicem, pro grati animi significatione miro applausu excepit, & Sacrario suo consecrauit. Sed nõ possum prętermittere, aut facere, quin glorier tot beneficiorum nomine, quæ ab integerrimo & meritissimo tantæ Curiæ Præside D. Nicolao de Verdun, ad me peruenerunt: Is enim fuit qui lectis perlectisque libris meis, fortassis omnibus, præsertim verò Chiliadibus, & Rationalibus, tantã de me scriptisq; meis opinionem non modò concepit, sed etiam aliis omnibus, quibuscum ipsi de me sermo, insinuauit & infixit, vt si plus ipsius iudicio tribuerem, quàm meo (quod tamen facere me par esset) credere deberem, maius aliquid me in Iurisprudentia nostra assecutum esse, quàm credant etiam ij, qui tam amicè, aut potiùs gratiosè de nobis sentiunt, vt nobis comparent paucos, anteponant fortassis neminem. Quàm iucũdum mihi erat suauissimis tanti Viri colloquiis, & quando, & quandiu vellem perfrui; & Virum eloquentissimum (si quis alius in tota Gallia) non modo videre, sed etiam audire disserentem, mira eruditione, de grauissimis Iuris quæstionibus, & de iis maximè, quas in libris meis tractatas meminerat (vt est ille inter cætera, prodigiosæ memoriæ) & adfirmantem, sæpissimè sibi contigisse, & in Tholosano Senatu (cui

per

per multos annos ſumma cum laude præfuit) & in Pariſienſi, vt multas ex meis opinionibus, non ſolùm aduerſus communes Interpretum ſententias tueretur, ſed etiam à Senatu euinceret, vt pleraque quæ olim aliter iudicata fuerant, hodie ſecundum opinionem meam iudicarentur: fuit autem, & debuit eſſe mihi hoc tantò iucundius, quantò mirabilius erat, videre tantum Præſidem nunc in Curia ipſa publicè declamantem, tanta cum & copia & facundia Græca, Romana, & Gallica, vt nihil vnquam Gallia viderit vel audiuerit, ornatius, eruditius, elegantius, nec Roma ipſa, cùm Ciceronem publicè dicentem audiebat, nec Athenæ ipſa cùm Demoſthenem aut Periclem. Non te morarer in iſtis recenſendis, Princeps Inuictiſſime, niſi crederem tua intereſſe; de tanto Viro iſta intelligere, vt ſi quid eſt in meis Rationalibus quod aut tibi placere, aut publicè prodeſſe queat, nō minus tuis laudibus, quàm meis laboribus & vigiliis acceptum feratur, ſciantque omnes, ſi qua mihi laus ex tot ſcriptis accedere poterit, ſic eam accipiendam, vt ad te tota redundare videatur. Ea res fecit, vt toto eo tempore quod nuptias ſecutum eſt; ſi quid à tuis negotiis reliquum ocij fuit, totum id, & Lutetiæ & Turoni, huic tertiæ Rationaliū parti iam hic inchoatæ, proſequendę & abſoluendæ libenter impenderim: cùm ex tot Clariſſimis Iureconſultis cum quibus de ſcriptis meis quotidie cōferebam, nemo eſſet qui in hanc vnam curam incumbere me debere non diceret, ſuaderet, imperaret, ne tā immenſi operis magnitudine territus, animum deſpondiſſe, aut de priſtina mea in ornandam Iurisprudentiam diligentia & ſollicitudine remiſiſſe viderer. Nec ſanè in tam longum tempus tertiæ huius partis compoſitio dilata fuiſſet, niſi me Lutetiā redeuntem, aduerſa valetudo excepiſſet, quæ (licet per biennium fere integrum continuata) extorquere tamen à me non potuit, non magis quàm aut amicorum preces, aut medicorum Imperia, vt ab huius tertiæ partis abſoluendæ propoſito deſiſterem: Adeò me vrgebat, non tam gloriolæ neſcio cuius expectatio, quàm auiditas boni publici, quod ex hac potiſſimum Pandectarum parte ſperari poſſe videbatur: Continet enim tractatum omnium ſubtiliſſimum meo iudicio, & difficillimum, de Condictionibus omnibus, itémque de Contractibus æquè omnibus, ſi pignora & dotes excipias, de quibus quarta pars tractabit: ſed præter valetudinem, alia multa impedimento fuerunt, ne tam longum vaſtúmq; opus tam citò abſoluere potuerim, aut abſolutū relegere: nam, vt nihil de iis dicam, qui laudis noſtrę, ſiue inuidi, ſiue auidi, cōtra nos ex profeſſo ſcripſerunt, non tā vt opiniones quaſdam noſtras conuellerent, quàm vt noſtræ in ſcribendo diligentiæ remorā iniicerent, inter quos male feriatus ille, qui contra nos auſus eſt ſcribere Benedictorum libros quatuor, in quibus nihil niſi maledicta reperias: Illud etiam importunè accidit, quod ſub idem fere tempus, allatum mihi eſt reſponſum Mantuanorum ad meam de

BIU Cujas

Montisferrati Ducatu consultationem eo tempore editum, quo nihil tale amplius sperabatur, & ita tamen editum, vt neque fere an editum esset sciri posset, & in conquirendis exemplaribus plurium mensium adeoque anni fere minus integri spatium in eo fuerit consumendum. Etsi verò nihil in tota illa responsione apparuit, quod noua replicatione indigere videretur, faciendum tamē fuit pro tantę Causæ magnitudine ac dignitate, vt intelligerent nihil se dixisse, quod Consultationis meæ dignitatem posset labefactare vel lædere. Itaque fuit ea prima cura suscipienda, vt Europa vniuersa videret, tantis Celsitudinem Tuam vti rationibus ac iuribus, vt de Causæ tuæ iusticia & æquitate dubitari nullo modo possit: sed omnium infelicissimè illud cecidit quòd eodem tempore quo & absoluenda hæc pars erat, & nostra ad Mantuanorum responsionem replicatio concludenda, noua mihi satisque periculosa valetudo subiit, quæ omnem mihi, non modò scribendi, sed etiam legendi aut relegendi licentiam eripuit; & (quod mihi fuit omnium grauissimum) charissimæ vxoris meæ iacturam feci, quæ & valetudinis antè meæ tantam gerebat sollicitudinem, vt quidquid mihi ab annis duodeuinginti, (quibus matrimonium nostrum feliciter constitit) vitę aut sanitatis reliquum fuit, id vnum ipsi post Deum accepto referre debeam, valdeque timere, ne in posterum, vt viuendi, ita scribendi, studendique opportunitate destituar, quam amantissimæ coniugis perpetua sollicitudo suggerebat: nec ideò tamen animum despondere potui, nō solum vt tertiam hanc partem tandem absolutam in publicum darem, sed etiam vt de quarta quoque inchoanda cogitarem, ad eamque parandam me accingerem; vt quidquid vitæ & ocij dabit mihi Opt. Max. totum id, si non peragendo (quod vix vnquam speraui) saltem prosequēdo operi impenderetur. Sed multò alacrius si te Princeps Inuictissime, huius mei consilij & instituti, non tantùm authorem haberem, sed etiam adiutorem: & sane digna res est quam Celsitudo Tua omni studio amplexetur, vt si fieri poterit, glorietur posteritas, non modò tuis auspiciis & imperiis, tuaque ætate tantum opus confectum fuisse, (quanto vix maius vllum aut sperare, aut optare possit vnquam posteritas) sed etiam Præsidis tui Fabri diligentiâ effectum hoc tandem fuisse, vt ab eo sit tantopere exornata Iurisprudentia, quem tua liberalitas priùs, omni & honorum & dignitatum genere cumulauerat, quique non alio potiori iure constantem tuam in me beneuolentiam prouocare possim, ne finem amandi mei facias, quamdiu ego & amabo Iurisprudentiam, & tibi vt eam amare debeas, præstabo. Pro tantis in me & Remp. beneficiis, Deus O. M. Celf. Tuam & Heroicam tuam prosapiam æternùm sospitet. Camberij Calendis Ian. 1624.

Celsitudini Tuæ addictissimus.

ANT. FABER.

BIU Cujas

ANTONII FABRI

I.C. SEBVSIANI, SERENISS. SABAVDIÆ DVCIS CONSILIARII AB INTIMIS, ET IN SVPREMO SABAVDIÆ SENATV Præsidis Primarij

RATIONALIA

IN TERTIAM PARTEM PANDECTARVM

Ad libr. XII. Tit. I.

De reb. credit. si cert. petat.

VLPIANVS libro vicensimo sexto ad Edictum.

ERE est, priùs quàm ad verborum interpretationem perueniamus, pauca de significatione ipsius tituli referre. Quoniam igitur multa ad contractus varios pertinentia iura sub hoc titulo prætor inseruit, ideo rerum creditarum titulum præmisit. omnes enim contractus, quos alienam fidem secuti instituimus, complectitur: nam vt libro primo quæstionum Celsus ait, credendi generalis appellatio est. ideo sub hoc titulo prætor, & de commodato & de pignore edixit. nam cuicunque rei assentiamur, alienam fidem secuti, mox recepturi quid ex hoc contractu, credere dicimur.

¶ Rei quoque verbum vt generale prætor elegit.

Ad l. 1. E re est.

PRÆFATVR Vlpianus è re esse, id est, ad huius edicti quod Prætor proposuit *De rebus creditis*, interpretationem maximè pertinere, vt antequam ad verba edicti specialiora illa *si certum petatur* explicanda accedamus, pauca de significatione ipsius tituli qui est *De rebus creditis* præmittantur. Fuit enim hic titulus edicti Prætoris. Primum verò caput *Si certum petatur*, id est, de certi condictione illa generali de qua dicemus *in l. certi condictio 9. infr. hoc titul.* quæ ex omni contractu & negotio ciuili siue certo siue incerto nascitur, dummodò per eam certum petatur, id est, effectu ipso pecunia numerata *l. 1. infr. De condict. tritic.* Rectè verò Florentina lectio, *E re est* non vt vulgata *benè* aut *ferè est*: aut quomodo apud Accursium *herè* pro *herile*: vt nugatur ipse, quasi ad dominum & doctorem spectet de verborum significatione dicere. Est igitur hic titulus edicti generalis *De rebus creditis*: quoniam vt idem Vlpianus noster subiicit, multa & ad varios contractus pertinentia iura sub hoc titulo prætor inseruit, de quibus dicemus in libris & titulis sequentibus ad quartam vsque partem Pandectarum, quæ potissimùm est de pignoribus, & de dotibus. Quamquam de pignoribus quoque tractabimus *in Tit. de pignor. act.* Denique omnes omnino contractus siue nominatos siue innominatos, quos alienam fidem secuti instituimus, Titulus hic complectitur: id est

BIU Cujas

vt benè Accurs. explicat, tractatus hic De reb. creditis, in octo libros distributus *l. 2. §. in tertia Cod. de veter. iur. enucl.* Ideóque prudenter prætor de rebus creditis locutus est: quia vt Celsus dicebat, *Credendi* appellatio generalis est. Nam cuicunque rei assentiamur alienam fidem secuti, deinde postea quandocunque recepturi aliquid ex hoc contractu, credere dicimur. Vnde & creditorum appellatio generalis quoque est, & omnes complectitur quibus ex quacunque causa debetur *l. creditores* 10. *& seqq. infr. de verb. signif.* quamuis strictè sumpta appellatio ad *Crediti* mutui causam restringatur, *vt in l. prox.* §. 1. *inf. l.* 1. *C. si aduers. credit. l. quia* 4. *ad SC. Maced. & Nouell.* 33. *de his qui mut. dant agricol.* Rei quoque verbum generale est, vt & pecuniam & speciem omnem, & facta quoque comprehendat *l. rei* 5. *& seq. infr. de verb. signific.* licet cùm de actione in rem loquimur, non genus, sed certam & indiuiduam speciem significet *l. si in rem* 6. *supr. de rei vindic.* Fuit enim vtendum verbis generalibus ad concipiendum Titulum generalem. Vt mirer virum doctissimum Iacobum Cuiacium in perpetua illa fuisse hæresi, vt crediderit nullos esse in libris nostris Titulos generales: sunt enim certè permulti & hic præcipuè, vt & ille *De recept. Qui arbitr. receper.* quemadmodum ad illum Titulum iam scripsimus. Cæterum nulla ad hanc Vlpiani præfationem dubitandi ratio occurrit.

2. PAVLVS libro 28. ad Edictum.

MVtuum damus recepturi non eandem speciem, quam dedimus, (alioquin commodatum erit, aut depositum[a]) sed idem genus[b]. nam si aliud genus[c], veluti, vt pro tritico vinum recipiamus, non erit mutuum.

Ad l. Mutuum damus 2.

Hæc lex est de contractu mutui, & de speciali condictione ex mutuo, vt & totus ferè hic Titulus. RAT. DVB. Mutui datio non consistit in specie sed in genere, & in iis rebus quæ pondere, numero, vel mensura constant §. *prox. infr.* Frustra ergo, imò malè Paulus hîc scribit mutuum nos dare recepturos non eandem speciem quam dedimus, sed idem genus. DEC. Nostris prudentibus species dicitur id quod apparet, quod Philosophi indiuiduum appellant: Quemadmodum & quod Philosophis est species, id est, quid vniuersale plura sub se indiuidua continens, non species dicitur, sed genus in libris nostris. Sensus igitur huius loci est, Mutuum ita contrahi, vt non idem ipsum reddatur, quod datum est, sed vt tantundem. Cùm enim mutuum re contrahatur, & traditione §. 1. *Instit. quib. mod. re contr. oblig. l.* 1. §. *re contrahitur Infr. de oblig. & act.* certum est genus tanquam quid vniuersale, quod neque videtur neque tangitur, tradi nullo modo posse: vt neque aliam rem quamlibet incorporalem *l.* 1. §. *vlt. supr. de rer. diuis. l. seruus* 43. §. *incorporales infr. de acquir. rer. domin.* Rursus id quod traditur cùm tale sit, vt nullum vsum præbere queat citra abusum, id est, quin vsu consumatur [est enim hoc commune eorum omnium, quæ in pondere vel numero, vel mensura consistunt, vt diximus ad Tit. supr. *de vsufr. ear. rer. quæ vsu consum.*] fieri certè nequit, vt reddendum sit illud ipsum quod datum & acceptum est: alioqui nullam accipienti vtilitatem præberet. Cùm tamen & mutuum & cæteri contractus omnes non nisi ad vtilitatem hominum & commerciorum comparati sint *l. ex hoc iure* §. *supr. de iustit. & iur. l. actionum* 25. §. 1. *infr. de oblig. & action.* Sed & cùm mutuum ex eo dictum sit quod de meo fiat tuum §. *appellata infr.* ideóque necesse sit ex causa mutui dominium in accipientem transferri, fatendum est non ad id obligari posse illum, qui mutuum accepit, vt idipsum quod accepit reddat, sed tantùm vt tantundem; alioqui nec dominium transferretur, si restituendum id ipsum esset *l. qui sic soluit* 5. *infr. de solut.* Itaque in mutuo vt sunt singularia pleraque *l. singularia* 15. *infr. hoc tit.* ita & hoc maximè vt in specie non in genere traditionem fieri oporteat, quia nec aliter posset, obligatio tamen ad restitutionem non speciei sed generis contrahatur. Proinde pecunia numerata & ex causa mutui tradita, quia in specie non in genere consistit, perire facilè potest, at pecunia restituenda non potest, quia consistit in genere, genus autem perire nunquam potest *leg. incendium* 11. *Cod. si cert. petatur.*

a *Alioquin aut commodatum erit, aut depositum.* RAT. DVB. Etiam in deposito conuenire potest, vt non illa ipsa corpora nummorum quæ deposita fuerunt, reddantur, sed vt tantundem *l. Lucius* 24. *infr. depos.* DEC. Egreditur ea res notissimos depositi terminos, vt illa lex ait, quoniam in depositio id ipsum quod depositum fuit, restituendum est non tantundem, cùm ex depositio non transferatur dominium sicut neque ex commodato *l. licèt.* 17. §. 1. *infr. depos. l. rei commodatæ.* 8. *cum sequ. infr. Commod.* si ergo illud ipsum reddendum est, quod datum fuit, depositum vel commodatum, non mutuum est. Potest etiam interdum esse contractus innominatus, vt Accursius notat ex *l. naturalis* 5. §. 1. *l. si tibi* 13. §. 1. *alias l. si tibi areæ infr. de præscript. verb.*

b *Sed idem genus.* RAT. DVB. Mutuâ datâ pecuniâ fieri tamen potest, vt eadem ipsa corpora nummorum quę mutuo data & numerata sunt, reddantur creditori, atque ita debitor liberetur. Quidni enim possit debitor eadem nummorum corpora reddere ad se liberandum, qui potuit etiam post interpositam stipulationem non accipiendo se non obstringere? *l. qui pecuniam* 30. *infr. hoc tit.* DEC. Cùm debitor qui mutuum accepit, restituit illud ipsum quod accepit, non restituit tanquam idem sed quasi tantundem, & ideò liberatur. Nam si alia corpora soluendo potuit liberari, quia reciperent functionem in suo genere, quidni multo magis soluendo eadem? An eo minus fortasse recipiunt functionem in suo genere quod sint eadem? Et ita bene Accursius contra Azonem concludit, quia magis inspiciendum est propositum contrahentium initio contractus, cùm de transferendo dominio actum est, quàm quid postea in soluendo

BIU Cujas

soluendo contigerit, vt & *in l. precij causa 9. C. de rescind. vendit.* Ergo quod Iustinianus contrà scribere videtur *in princ. Tit. Instit. quibus mod. re contr. oblig.* in mutuo non easdem res nobis reddi, sed alias eiusdem naturæ & qualitatis, non ad factum referendum est, nec ad facultatem debitoris, vt non possit easdem ipsas species quas accepit reddere, ac reddendo se liberare, sed ad merum ius & necessitatem obligationis, id est, vt non possit mutuum ita contrahi, vt obligetur debitor ad easdem species reddendas, quas acceperit. Non autem vt non possint reddi eædem species, dummodò non tanquam eædem, sed tanquam quælibet, vt *in l. si paterfamilias 15. §. qui duos. sup. de adopt.*

c *Nam si aliud genus.* RAT. DVB. Etiamsi conueniat vt aliud genus, veluti vinum pro tritico recipiamus, non eò minùs fit de meo tuum. Dominium enim rei meæ transfertur in te, quamuis alterius generis, & qualitatis rem à te sim accepturus, cuius dominium æquè in me transferetur. Ergo non eò minùs est mutuum. DEC. Non ex eo solo æstimatur mutuum quod de meo tuum fiat, sed etiam ac potissimùm ex eo, quod qui mutuum dedit, tantundem recepturus sit quod eiusdem generis sit & qualitatis, nec valet argumentum ab etymologia affirmatiuè, sed tantum negatiuè, vt dicemus ad §. *appellata. infr.* Cùm ergo triticum damus vinum recepturi, mutuum esse non potest, sed contractus innominatus, ex quo nascitur actio præscriptis verbis, vt notat Accursius ex *l. naturalis 5. §. 1. infr. de præscript. verb.* qui tamen locus probat optimè, non alium esse hunc contractum quàm permutationis. Sed an contractus permutationis nominatus dicendus sit an innominatus, alia quæstio est, de qua dicendum erit ad illum locum, & ad Tit. *de rerum permut.* Nec ad rem pertinet, quod tum quoque, cùm datur triticum, vt vinum reddatur, potest fieri facilè vt tantundem reddatur, puta si & triticum æstimatum sit & conuenerit, vt ex vino æquè æstimato soluatur creditori ad concurrentem vsque tritici quantitatem. Nam cùm dicimus, ex causa mutui tantundem reddi debere, intelligimus tantundem, non in valore & æstimatione, sed in eodem rei genere.

1 ¶ Mutui datio consistit in his rebus, quæ pondere, numero, mensura consistunt: quoniam eorum datione possumus in creditum ire: quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem, quàm specie. nam in cæteris rebus ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio inuito creditori solui non potest.

Ad §. 1. Mutui datio.

RAT. DVB. Creditum consistit etiam extra eas res, quæ pondere, numero, mensuráve continentur §. *creditum. infr.* Ergo non est bona ratio quam hîc adfert Paulus, vt probet mutui dationem in his tantùm rebus consistere, quæ pondere, numero, mensuráve constant. Quod, inquit, earum duntaxat rerum non etiam cæterarum ratione in creditum ire possimus. DEC. Crediti appellatio ambigua est. Aliquando enim largè sumitur, aliquando strictè, vt diximus ad legem præcedentem. Largè sumptum creditum omnes omnino contractus complectitur, quos instituimus alienam fidem secuti *d. l. proxim. supr.* Et hoc sensu creditum eo differt à mutuo quo genus à specie *d. §. creditum.* At strictè sumptum, vt in hoc §. nihil aliud significat quàm mutuum, vt & in *l. 1. C. si aduers. credit. l. quia 4. infr. de SC. Macedon.* Hoc verò genus crediti quod specialiore magisque proprio nomine mutuum appellamus, non potest in aliis rebus consistere, quàm quę pondere, numero, mensuráve continentur, ideo quia hæ solæ res sunt huiusmodi, vt si quando debeantur & soluendæ sint, solui possint in aliis rebus eiusdem generis, quandoquidem in suo genere functionem recipiunt per solutionem magis quàm specie. Species enim, id est, res ipsa data mutua perit & consumitur statim atque ea vtitur is qui accepit, ideóque nec solui & reddi ampliùs potest, licèt illa ipsa sit quæ debetur. Nec cùm alia species redditur, quæ tamen sit eiusdem generis & qualitatis, aliud pro alio solui intelligitur, sed illud ipsum, quod debetur, adeò recipiunt inuicem res istæ functionem in suo genere. At in cæteris rebus ideò mutuũ contrahi non potest, quoniam aliud pro alio inuito creditore solui nõ potest: Nec enim recipiunt functionem in sua specie propter specificas & indiuiduales, quas habent differentias, licèt sub eodem genere contineantur, vt puta si quis pro Sticho vellet dare Pamphilum, vel pro fundo Corneliano Libonianum. Et ideo nõ potest debitor Stichi soluere Pamphilum, nec debitor fundi Corneliani soluere Libonianum nisi creditor consentiat *l. eum qui mutuam 16. & seq. C. de solut.* Volenti siquidem & consentienti non fit iniuria *l. in diem 9. §. 1. infr. de aquâ & aquæ pluu. arcend.* Alioqui non potest liberatio contingere nisi solutione eius ipsius speciei quæ debetur. *l. si mulier 59. §. ex asse infr. de iur. dot.* Itaque probo, quod ait Accursius, si tibi librum certi ponderis dedero vt alium librum tanti ponderis mihi reddas, aut centum oues, aut etiam panes, vt totidem reddas, non esse mutuum. Nam & libri, & oues & panes in specie consistunt, non in genere, non in pondere, nec in numero, licèt ponderare quis has res velit aut numerare: quia non ex earum natura est vt ponderentur aut numerentur, sed per accidens ex hominum arbitrio & voluntate. Sola pecunia in id comparata est vt numeretur: ideóque quasi vno nomine dicitur pecunia numerata. Vnde est quod idem Accursius noster addit; nec malè, si pecuniam non numeratam, sed in sacculo tibi dedero, vt tantundem mihi reddas, mutuum non esse, sed contractum innominatum: quoniam hoc casu per modum speciei non generis pecunia data sit *l. planè 34. §. sed hoc ita. infr. de legat. 1.* Neque aliud erit si accepero pecuniam ad numerum & conuenerit vt reddam tibi frumentum ad mensuram. Etsi enim consistat vtrumque in genere nec minùs quod reddendum quàm quod datum est, aliud tamen genus est quod in numero, aliud quod in mensurâ

consistit. Idem verò genus esse debet, vt initio huius legis scriptum est: Nec quemadmodum pecunia frumentum cæteraque res omnes æstimat vsu suo naturali in eam rem comparato, ita per cæteras res æstimari potest *l. si ita fideiussorem 42. infr. de fideiuß.* Planè si accepero argentum ad pondus, putat Accursius posse me reddere pecuniam dum ne vllo ære contaminatam, & si modò in ea pecunia eadem æstimatio fuerit. Hoc enim addere debuit ex *l. 1. §. vlt. l. cùm certum 9. l. cùm aurum 19. infr. de auro & argent. legat. & l. si quis argentum 35. §. 1. Cod. de donat.* Sed ego probare non possum: Aliud enim genus est quod in pondere, aliud autem quod in numero consistit, non minùs quàm quod in mensura: Neque repugnant supradicti iuris loci, in quibus scilicet non agitur de mutuo, sed de legato certi ponderis auri vel argenti: quo casu quantitas magis legata intelligitur, quàm pondus, vt scriptum est in *dict. l. cùm aurum. vers. proinde.* At cùm certum pondus argenti mutuum datur, certa species traditur, cùm genus ipsum, vt diximus in præcedentibus, tradi nunquam possit, & ideo non potest dici mutuam datam esse quantitatem, non magis quàm si legatum esset certum pondus argenti certa specie designata *dict. l. cum certum.* Idémque est si donatum sit certum pondus auri vel argenti, nisi quod Iustinianus voluit, vt hoc casu non tantùm ex quantitate, sed etiam in vasis satisfieri donatario possit *d. l. si quis argentum.* Planè si quis mutuos dederit mille nummos aureos ea lege, vt tantundem reddatur in nummis argenteis vel etiam æreis, non improbabiliter meo iudicio dicetur esse mutuum, non tam ex mera iuris ratione quæ certè videtur repugnare, quàm ex generali illa consuetudine, quæ passim & vbique terrarum recepta est, vt attestatur *Bart. ad d. l. 1. §. vlt. de aur. & argent. legat.* vt pro vna specie nummorum debita alia species solui possit, aut potius vnum genus nummorum pro alio genere nummorum. Est enim vnum & idem genus genericum nummorũ, licèt alia atq; alia sit nummorũ species.

a *Quia aliud pro alio.* RAT. DVB. Proniores esse debemus ad liberationem quàm ad obligationem *l. Arianus 47. infr. de oblig. & act.* Debitor enim quodammodo seruus est sui creditoris, ideóque diffinitur obligatio iuris vinculum quo necessitate adstringimur, vt Iustinianus ait in *Instit. titul. de obligat.* Proinde obligatio inducit speciem quandam seruitutis: Econtrario autem liberatio speciem quandam libertatis. Permittendum ergo fuit debitori cuilibet vt aliud pro alio posset soluere ad se liberandum, puta in pecunia iustam æstimationem speciei debitæ, cùm res omnes valore suo & pecunia æstimari possint *d. l. si ita fideiussorem 42. infr. de fideiuß.* Est enim pecunia mensura rerum omnium præterquàm sui ipsius, vt Aristoteles dicebat. Alioquin eueniet facilè vt vel ad impossibile redigatur debitor, quod nunquam ferendum est *l. impoßibilium 85. de regul. iur.* vel aliquid iniqui emergat, si non liceat misero debitori aliud pro alio soluere saltem pecuniam pro specie, vt euenit in plerisque casibus quos Accursius noster hîc congerit, ex *l. si domus 71. §. qui confitetur. de legat. 1. l. miles 6. §. 1. de re iudic. Nouell. 4. de fideiuß. §. quod autem vnde sumpta est auth. hoc nisi debitor. C. de solut. l. non dubium 14. §. vlt. de legat. 3. l. qui restituere 68. supr. de rei vindic. l. qui autem 24. §. sed etsi quis. infr. de pecun. constit. l. si quis argentum 35. § sin autem donator. C. de donat. l. fideicommissa 11. §. si seruo alieno de legat. 3.* DEC. Obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur, alicuius rei soluendę, non cuiuslibet, sed eius ipsius quæ debetur. Nam & actio quæ ex obligatione nascitur, nihil aliud est quàm ius persequendi in iudicio quod sibi debetur *l. nihil aliud 51. de oblig. & action.* Ergo non aliter potest liberatio contingere, quàm si soluatur illud ipsum quod est in obligatione. Nec sanè aliter constitui ius posset sine manifesta creditoris iniuria *l. Paulus 99. aliàs l. creditorem. infr. de solut.* nisi creditor consentiat vt aliud pro alio soluatur, quo casu nulla volenti & consentienti facta videri potest iniuria *l. in diem 9. §. 1. de aqua & aquæpluu. arcend.* Sed addenda alia quoque exceptio est ad supradictas omnes leges pertinens, quas ex Accursio cumulauimus, nisi aliqua causa vel necessaria vel saltem iusta quid aliud suadeat. Non enim potest non esse iusta causa quæ est necessaria. Quoties autem iusta aliqua causa intercedit, nihil prohibet etiam inuito creditori aliud solui pro alio, sed in contrarium est regula *l. eum qui mutuam 26. & seq. C. de solut. l. promissor 21. §. vlt. infr. de pecun. constit. l. item liberatur 6. §. qui paratus est. infr. quib. modis pign. vel hypoth. soluit. l. 4. §. ait Prætor. infr. de re iud.* Obseruandum tamen est etiamsi aliud pro alio solui non possit, nihilominus aliud pro alio deduci in condemnationem, quia per sententiam lis semper æstimanda est ac proinde in pecunia, quamuis species peteretur & deberetur, nempe propter nouationem quæ fit per contestationem, & vt iudicati executio fieri possit, vt dicemus ad *l. vinum 22. infr. hoc tit.*

2 ¶ Appellata est autem mutui datio ab eo, quòd de meo tuum fit: & ideo si non fiat tuum, non nascitur obligatio.

Ad §. 2. Appellata.

RAT. DVB. Fallax est argumentum ab etymologia nominis. Alioqui si quoties de meo tuum fit mutuum esset, consequens fieret, vt permutatio, donatio, dotis datio, venditio, à domino facta, contractus do vt des, & do vt facias, aliíque huiusmodi contractus ex quibus dominium transfertur quod penes dantem fuit, mutui nomine ac iure censeretur. Quod euidenter falsum, & absurdum est. DEC. Fuerunt prudentes nostri studiosissimi & diligentissimi obseruatores etymologiarum ad cuiusque rei proprietatem certiùs assequendam, vt ex actiua verborum significatione, passiua quoque rerum significatio faciliùs perciperetur. Est enim actiua significatio verborum, quia significant, passiua rerum, quæ significantur. Et ita accipi debet *tit. de verb. & rerum signific.* Etsi verò non est bonum argumentum ab etymologia affirmatiuè, vt cui conuenit etymologia nominis, cõueniat etiam nomen, optimum tamen est negatiuè & vix vnquam fallit, vt cui non conuenit etymologia nec nomen conueniat, vt diximus in nostra Iurisprudentiæ Papinianeæ scientia ad *princip. 1. tit. de iustit. & iur.* Ergo bona est consecutio & illatio, quæ hîc à Paulo fit, vt quia mutuum ex eo dictum est, quod de meo

fiat

fiat tuum, si de meo non fiat tuum, nec sit mutuum, nec vlla mutui nascatur obligatio. Quod Accursius noster benè intelligit de mutuo, vt vocant, naturali, quod per numerationem ac traditionem contrahitur. Nam in ciuili quod per confessionem nudam acceptæ pecuniæ contrahi dicitur post elapsum biennium, intra quod excipi potuit de non numerata pecunia, aliud est *l. in contractibus 14. & pass. Cod. de non numer. pecun.* Nihil enim est eo casu quod de meo tuum fieri potuerit. Quemadmodum tamen elapso tempore post quod opponi ampliùs non potest exceptio non numeratæ pecuniæ, pecunia numerata fuisse creditur, ita vt negari id ampliùs non possit, ita & de mea tua facta fuisse dicenda est. Quid ergo si pecuniam meam sine mea voluntate alij credideris? Non erit mutuum, neque condictio certi ex mutuo aut tibi aut mihi acquiretur: Non tibi, quia pecuniam meam credidisti non tuam, nec feciſti accipientis. Non mihi, quia non ego contraxi *l. quæcunque 11. infr. de obligat. & action.* Si tamen eam pecuniam tibi reddi stipulatus sis, competet tibi actio non ex numeratione sed ex stipulatione. At quam mihi præstare teneberis si ratam numerationem facere velim *l. 2. C. si cert. petat.* Ita fit quod Accursius ait, vt ex postfacto concilietur, & conualescat mutuum, quod ab initio non valuit: sed multo magis conualescet consumptione, id est si aliena pecunia, quam quis mutuam dederit, consumpta sit penes accipientem *leg. nam etsi fur 12. in principio legis præced. infr. hoc titul.* Non quia consumptio sit modus acquirendi dominij, sed quia modus est amittendi, ita vt dominus qui fuerat nummorum eos vindicare amplius non possit. Ideóque ad condictionem necessariò recurrendum est, quæ porrò non alij competere potest, quàm ei qui contraxit & pecuniam numerauit: nisi cùm idē est qui cōtraxit & dominus fuit, sed ex aliqua causa dominium pecuniæ suæ transferre in alium non potuit, vt pupillus & furiosus & alij de quibus in *l. rogasti 11. §. vltim. l. si à furioso 12. l. sequent. i. fr. l. si quis pro eo 56. §. si nummos infr. de fideiuss.* Idem est si aliena pecunia vsucapta sit. Nam & vsucapione mutuum conciliabitur *argument. l. Proculus 67. infr. de iur. dot. & l. si alienam rem 13. in princip. infr. de mort. caus. donat.* Denique si pecunia numerata sit ea lege, vt non prius fieret accipientis quàm condicio aliqua extitisset, vel defecisset, mutuum interim pendebit, quoniam & dominij translatio pēdet, sed ex euentu aut defectu condicionis cōfirmabitur aut infirmabitur, vt in *leg. proinde 8. infr. hoc titulo.*

3 ¶ Creditum ergo à mutuo differt, quà genus à specie. nam creditum consistit extra eas res, quæ pondere, numero, mensura continentur: sicut si eandem rem recepturi sumus, creditum est. Item mutuum non potest esse [a], nisi proficiscatur pecunia: creditum autem interdum, etiam si nihil proficiscatur: veluti si post nuptias dos promittatur.

Ad §. 3. Creditum ergo.

RAT. DVB. In creditum ire non possumus aliatum rerum nomine quàm quæ in pondere vel numero vel mensura consistunt & quæ functionem recipiunt in suo genere §. *mutui datio supr.* Ergo falsum est quod hic Paulus scribit tanquam secum pugnans, creditum consistere extra eas res quæ pōdere, numero, mensuráve continentur. Illud verò multo magis quod subiicit si eandem rem recepturi sumus, creditum esse. Pugnat enim hoc quoque cum eo quod scriptum est in principio huius legis, mutuum non posse dici si speciem aliquam dederimus eandem postea recepturi, sed vel depositum esse vel commodatum, vel denique alium quemlibet contractum innominatum, vt tibi diximus. DEC. Crediti nomen æquiuocum est. Habet enim duas significationes: generalem vnam, quæ omnia contractuum genera complectitur, in quibus alienam fidem sequimur *l. 1. supr.* specialem alteram per quā ad mutuum restringitur, vt in *d. §. mutui datio supr.* In generali significatione eo differt creditū à mutuo, quo genus à specie, vt scriptum est in hoc §. Et ideo bona consecutio est: mutuum est. Ergo & creditum, sed non è cōtrario, creditum est, ergo & mutuum est. Valet enim argumentum à specie ad genus affirmatiuè non à genere ad speciem. Negatiuè autem valet à genere ad speciem non è conuerso. Iunge *l. 4. l. item si 7. alias §. mutui datio infr. de SC. Maced. l. si ventri 24. §. in bonis de reb. author. indic. possid. aliàs l. 9. de priuileg. credit.* Denique quoties nomen crediti opponitur alteri contractui, semper accipitur in sensu speciali, pro mutuo vt in *d. §. in bonis l. quòd si minor 24. § restitutio supr. de minor.*

a *Item mutuum non potest esse.* Alia differentia est crediti, & mutui sumpta non à materia vt superior, sed ab effectu: quia mutuum non est nisi à dante proficiscatur dominium in accipientem. Aliter enim non fieret de meo tuum, vt diximus ad §. præcedentem. Intellige autem non de pecunia tantùm, de qua sola hîc Paulus loquitur, exempli scilicet gratia aut vt Accursius loquitur, largè sumpto pecuniæ vocabulo pro omni eo quod consistit in pondere, numero & mensura, *vt in l. talis 30. in prin. de legat 1.* non strictè pro pecunia numerata *vt in l. 1. infr. de SC. Maced.* aut largissimè pro re qualibet *vt in l. 2. in fin. C. de const. pecun. l. pecuniæ 178. de verb. signific.* At creditum potest interdum esse etiamsi nihil proficiscatur, id est non solùm si dominium in accipientem non transeat, sed & si nec possessio: veluti, inquit Paulus, si post nuptias dos promittatur: post nuptias, inquam, non solutas, vt post Ioannem perperam interpretatur Accursius, sed contractas, quæ prior & aliorum apud Accursium interpretatio est. Non enim ob id minus promitti & dari dos potest, quod iam contractæ sint nuptiæ *l. cùm multa 20. C. de donat. ant. nupt.* Nec quod dotes etiam donationum nomine comprehenderentur olim, vt in ea lege scriptum est, donationes autem inter virum & vxorem constante matrimonio interdictæ sint, ad rem facit. Non enim possunt videri dotes in numero earum donationum esse, cùm quod ad maritum pertinet, causam habeat onerosam non lucratiuam *l. vltim. §. 1. infr. quæ in fraud. credit. l. ex*

BIU Cujas

promissione 19. infr. de oblig. & act. vt scilicet inseruiant oneribus matrimonij *l. pro oneribus 20. C. de iur.* Planè si cum donare viro vxor vellet constante matrimonio, dotis colorem quæsierit, certum est non valituram donationem *l. 2. Cod. de dot. caut. non numer. l. si diuortio 21. infr. de verb. oblig.* Non enim magis dotis causa quàm alterius contractus prætextu donatio inter coniuges fieri potest *l. 3. §. sciendum l. 5. §. circa venditionem infr. de donat. int. v. r. & vxor.* Cæterùm soluto matrimonio non potest dos marito promitti, quia nec dos esse potest vbi matrimonium amplius nullum est *l. 3. de iur. dot.* sicuti nec ante nuptias, si nuptiæ nullæ sequantur *l. stipulationem 21. infr. de iur. dot.* quamuis possit vir etiam post diuortium promittere vxori dotem quam ipse nunquam habuerit & eo nomine obligari *d. l. si diuortio.* cùm falsa demonstratio nõ magis perimat stipulationem quàm legatum *l. si sic legatum 75. §. si mihi de legat. 1.* Cùm ergo hic locus intelligendus sit de dote per mulierem promissa viro, apparet de ea dote Paulum sentire non quæ post solutas, sed quæ post contractas nuptias promissa sit. Ideo autem post contractas nuptias non antè, quia omnis stipulatio quæ dotis causa fiat, condicionem illam tacitam habere intelligitur si nuptiæ sequantur *dict. l. stipulationem 21. & seq. de iur. dot.* Quamuis enim creditor condicionalis etiam pendente condicione sit creditor *l. 15. cui 42. de obligat. & action.* ita tamen est creditor vt deficiente quandocunque condicione nunquam creditor fuisse videatur *l. pecuniam 36. infr. l. vnic. §. sin autem sub conditione Cod. de caduc. tollend.* Euanescit enim stipulatio *d. l. stipulationem in fin.* Ratio igitur dubitãdi ad hunc versiculum illa esse potest quam iam attigimus, quod dotes quoque appellatione donationum contineantur *dict. l. cùm multæ.* Post nuptias verò & constante iam matrimonio donationes omnes prohibitæ sint quæ fiunt inter virum & vxorem *d. l. 3. §. sciendum & tot. titul. de donat. int. vir. & vxor.* Sed decidendi illa est, quòd, vt diximus, non sit dos ex numero donationum prohibitarum, tanquam quæ causam habeat necessariam & vtilem reipublicæ *l. 1. solut. matrimon.* Adeò vt nec propriè dici possit donatio, nõ ob id solùm quod causam habeat onerosam magis quàm lucratiuam ex parte mariti, sed etiam quia nec videtur pauperior facta mulier quæ dotem dedit, cùm ob hoc ipsum dotem habeat & maritum obligatum ad eam dotem quandoque restituendam. Porrò non aliæ donationes inter virum & vxorem prohibitæ sunt quàm quæ donantem faciunt pauperiorem & donatarium locupletiorem *l. si sponsus 5. §. concessa infr. de donat. int. vir. & vxor.*

4 ¶ In mutui datione oportet dominum esse dantem, nec obest, quod filiusfamilias, & seruus dantes peculiares nummos obligant: id enim tale est, quale, si voluntate mea tu des pecuniam: nam mihi actio adquiritur, licet mei nummi non fuerint.

Ad §. 4. In mutui.

RAT. DVB. Etiam tutor pupilli & curator iuuenis adeóque procurator militis si pecuniam pupilli vel minoris vel militis mutuam dederint, non suo, sed alterutrius eorum nomine contrahitur mutuum, & ex eo nascitur condictio certi danda pupillo vel minori vel militi *l. si pecuniam 26. infr. hoc tit.* Et tamen certum est neque tutorem neque curatorem neque militis procuratorem esse dominos. Non igitur necesse est in mutui datione dominum eum esse qui dat. Nam & filiusfamilias & seruus dantes peculiares nummos mutuos obligant accipientem ex mutuo, & tamen non sunt domini, cùm sint ipsi in patria & dominica potestate *l. sic eueniet 21. ad leg. Iul. de adult.* DEC. Non potest esse mutuum nisi de meo fiat tuum *§. appellata supr.* Non potest autem fieri de meo tuum nisi quod eo tempore meum fuit. Non enim potest traditio quicquam transferre in accipientem nisi quod penes tradentem fuit *l. traditio 20. infr. de acquirend. rerum domin.* Ergo in mutui datione oportet eum qui dat esse dominum. Nec obest quod & tutor, & curator, & procurator militis, & filiusfamilias, & seruus mutuum ex aliena pecunia contrahunt. Nam quod ad tutorem & curatorem pertinet, licèt non sint domini, attamen dominorum loco habentur, cùm benè administrant *l. qui fundum 7. § si tutor infr. pro emptor. l. is qui in puteum 11. §. an ignoscitur infr. Quod vi, aut clam.* Et priuilegium pupilli, & minoris est vt si eorum pecunia credita sit à tutore vel curatore, qui eam sibi dari stipulati sint suo nomine, ipsis tamen acquiratur actio saltem vtilis *l. 2. infr. quand. ex fact. tutor.* quemadmodum & si ex eorum pecunia res empta esset, licet tutoris vel curatoris nomine, ipsi tamen pupillo vel minori & dominium & vindicatio saltem vtilis acquiretur *l. penult. & vltim. Cod. eod. tit. l. 3. C. arbitr. tutel. l. eum qui 5. §. penult. infr. de pecun constit.* quod priuilegium etiam militi datum est *l. si vt proponis 8. C. de rei vindic. d. l. si pecunia 26. infr. hoc tit.* Quod autem diximus filiumfamilias & seruum dantes peculiarem pecuniam obligare accipientem, non pugnat cum eo quod volumus dantem esse dominum oportere: Id enim tale est quale si voluntate mea tu mutuam des tuam pecuniam. Nam mihi actio acquiritur, licèt nummi mei non fuerint, quia non eo minùs dominium in accipientem transfertur, cùm à te qui dominus es, fiat traditio meo nomine, nec quicquam sit quod impediat quo minùs & dominium quod tuum fuerat, transferatur à me in alium ex tua voluntate, & ex eadem voluntate mihi actio acquiratur. Nam & in filiofamilias & in seruo idem contingit vt quamuis peculiarium nummorum domini non sint, quippe quorum hic nihil proprium habere potest ne quidem volente domino. Ille verò nihil quoque nisi volente patre: Attamen credendo & tradendo peculiares nummos dominium transferunt quod non habent, quia ex voluntate patris vel domini id facere intelliguntur à quibus concessam habent liberam peculij administrationem. In quam certè illud venit vt de peculiaribus nummis possint credere, alitérve pro arbitrio contrahere citra donationem *l. filiusfamilias 7. §. 1. infr. de donat.* adeò vt ex contractibus filijfamilias & serui etiam inuiti pater & dominus de peculio teneantur *l. 1. si quis cum filiofamilias 44. iunct. l. si quis seruum 29. in fin. & tot. titul. infr. de pecul.* Nec tantùm si voluntate mea pecuniam tuam meo nomine credideris,

BIU Cujas

dideris, acquiritur mihi condictio, quasi mutuo per me contracto, sed etiam si absente me & ignorante id acciderit, dummodò sciam posteà & ratum habeam, vt benè Accursius hîc notat ex *l certè condictio 9. §. si nummos* vbi dicemus *infr. hoc tit.* Ratihabitio enim facit meum negotium quod meo nomine ab alio gestum est *l. si pupilli 6. §. item quæritur l. Pomponius 9. supr. de negot. gest.*

5 ¶ Verbis quoque credimus, quodam actu ad obligationem comparandam interposito: veluti stipulatione.

Ad §. vlt. Verbis quoque credimus.

RAT. DVB. Mutuum est ex numero eorum contractuum qui re ac traditione non verbis perficiuntur *l. 1. §. 1 infr. de oblig. & action.* & apud Iustin. *tit. quib. mod. re contrah. obligat.* Cúmque non possit esse mutuum nisi fiat de meo tuum §. *appellata sup.* certum est non magis stipulationibus quàm nudis pactis, & aliis conuentionibus quæ nudæ sint & traditione destitutæ dominia rerum transferri posse, sed traditionibus tantùm, & vsucapionibus. Quę sententia est *l. traditionibus 20. C. de pact.* Ergo fieri nequit vt verbis quoque credamus etiam quodam actu ad contrahendam, & comparandam obligationem interposito, veluti stipulatione, cùm non alio quàm traditionis actu fieri id possit. DEC. Hic §. non de mutuo est, sed de credito generaliter sumpto, cuius appellatio contractibus omnibus conuenit in quibus alienam sequimur fidem *l. 1. versic. credendi. & hac ipsa lege §. creditum supr.* in quo numero maximè sunt stipulationes, quæ nec aliam ob causam interponi solent quàm firmandarum aliarum obligationum & conuentionum gratia *l. . §. vlt. infr. de verb. obligat.* Aut si vis de mutuo hunc locum intelligere, non de mutuo hic locus intelligi debet naturali, vt vocat Accursius, quod sola traditione contrahitur, sed de mutuo ciuili mixto, id est, cui etiam natura cooperatur, quod incipit quidem à numeratione, sed tamen perficitur stipulatione, cùm pecuniam quam tibi mutuam dedi & numerauí, stipulor posteà mihi reddi: Quo tamen casu contractus non tam mutui contractus dicendus est quàm stipulationis, quam mutuum præcesserit duntaxat vt impleretur stipulatio, nec sine causa interposita videretur, vt elegantur ratiocinatur Pomponius *in l. cùm enim 7. infr. de nouat. iunct. §. vltim. legis præcedentis*, addens nullam hoc casu actionẽ ex numeratione nasci, quę posteà per stipulationem nouetur, sed id agi, vt sola stipulatio teneat: Quæ porrò si non teneret, sanè condictio ex numeratione nasceretur *l. cert. condictio 9. §. quoniam infr. hoc tit.* Cæterùm interueniente stipulatione eáque valida, cùm non mutum sit, sed stipulatio, difficile est, vt de eo mutuo intelligendus sit Paulus in hoc loco, Non magis quàm de mutuo merè ciuili quod per solam confessionem & lapsum biennij sine vlla numeratione contrahitur *l. in contractibus 14. C. de non numer. pecun.* Prior itaque nostra interpretatio quæ Accursij etiam fuit, probabilior est.

3. POMPONIVS libro vicensimo septimo ad Sabinum.

CVm quid mutuum dederimus, & si non cauimus, vt æque bonum nobis redderetur, non licet debitori deteriorem rem, quæ ex eodem genere sit, reddere: veluti vinum nouum pro vetere: nam in contrahendo quod agitur, pro cauto habendum est: id autem agi intelligitur, vt eiusdem generis, & eadem bonitate soluatur, qua datum sit.

Ad l. Cùm quid 3.

RAT. DVB. Quicquid adstringendæ obligationis est, id nisi palam verbis exprimatur, pro omisso habendum est *l quicquid adstringendæ 99. de verb. oblig.* Ergo & qui mutuum aliquid dedit ex iis quæ consistunt in pondere, numero vel mensura si non cauerit sibi creditor vt æquè bonum reddatur, dicendum est liberari debitorem, si modo rem reddat quæ sit eiusdem generis licèt deterior proponatur, vt vinum nouum pro vetere. Nec enim aliud requiri videtur ad essentiam mutui contrahendi, quàm vt idem genus reddatur *l. prox. in princip. supr.* Imputet enim sibi creditor qui in contrahendo mutuo non dixit legem apertiùs, ex reg. *l. veteribus 39. supr. de pact.* maximè cùm in dubio & obscuro magis fauendum sit debitori quàm creditori *vulg. l. Arianus 47. infr. de oblig. & action.* DEC. In stipulationibus cæterisque contractibus semper sequimur id quod actum est *l. semper in stipulationibus 34. de regul. iur.* ac proinde in contrahendo quod agitur pro cauto habendum est, vt hîc Pomponius scribit, iunge *l. si cui 9. supr. de seruit. l. quamquam 62. de rit. nupt. l. res quæ 54. de iur. dot.* Id autem agi intelligitur inter eos qui mutuum contrahunt vt eiusdem generis & in eadem bonitate soluatur, quod datum est. In eadem, inquam, bonitate intrinseca, licèt valor sit diminutus, vt benè Accurs. noster explicat ex *l. vinũ 22. inf. hoc tit.* Non est autem eiusdem bonitatis vinum nouum cuius est vetus, licèt sit eiusdem generis. At neq; sufficit vt sit eiusdem bonitatis, si non sit etiam eiusdem qualitatis. Itaq; si quis vinum vetus vellet reddere pro nouo, quamuis vetus sit melius, & quod melius est, sit etiam per se bonum *leg. vbi autem 75 §. vsque adeò infr. de verbor. obligat.* non esset tamen audiendus si Accursio nostro & Ioanni credimus, quia vinum vetus non sit eiusdem qualitatis cuius est nouum. Ego verò non illibenter quidem admitto non valituram conuentionem in mutuo si ita contraheretur, vt pro nouo vino quod mutuum daretur reddendum esset vetus. Nõ enim esset id tantundem sed plus reddere, quod à natura mutui alienum est *l. rogasti 11. §. si tibi inf hoc tit. l. cùm vltra 9. C. de non nu. pecun.* Sed nõ ideò consequens est vt audiri non debeat is qui vinũ vetus reddere vult pro nouo, cũ plus etiã præstet quã debeat quod nũquã prohibitũ est *l. etsi fortè 6. §. vlt. sup. si seruit. vindic.* Nã in eo quod plus est continetur tãtũdẽ quod est minus *l. in eo 110. de regul. iur. l. eũ qui 15. aliàs l. Iauolenus inf. de ann. legat.* Idque nõ obscurè

BIU Cujas

Pomponius significat in hac lege, cùm ait non licere debitori rem deteriorem reddere, vt ostendat posse illum reddere meliorem, quæ modò ex eodem genere sit. Et verò nemo dixerit non videri rem reddi quæ melior redditur? quomodo solemus dicere, non videri eam reddi quæ redditur deterior *l.3.§.1.infr Commod.* Nec si Accursio concederemus aliam esse qualitatem vini veteris, aliam vini noui, dicendum tamen esset non posse reddi vinum vetus pro nouo. Est enim qualitas illa adiiciens, sed quæ nec genus nec substantiam generis mutat. Neque potest hîc vsurpari quod Accursius obiicit, deteriorem interdum rem fieri etiam quæ in meliorem statum commutata sit ex *l. vltim. supr. de vsu & habit.* Id enim in vsu & vsufructu quidem facilè obtinet qui non minùs mutatione quã peremptione rei extinguitur *l.3.§.vlt.& l.5.§.rei mutatione supr. quibus mod. vsufruct. amitt. & Instit. tit. de vsu & habit. in princip.* Sed in mutuo nihil tale metui potest, quod scilicet neque mutatione neque peremptione, adeóque nec consumptione rei creditæ extinguitur, sed potiùs consumptione interdum conciliatur, vt diximus in præcedentibus ex *l.si à furioso 11.& sequen. infr. hoc titul.* quia nec mutationem nec consumptionem recipit id quod ex mutuo debetur, cùm in genere consistat non in specie *l incendium 11. Cod. si cert. petat.* Separanda tamen est hac parte causa stipulationis à causa mutui. Etsi enim vterque contractus stricti iuris est non bonæ fidei §. *actionum Instit. de action.* nec minùs in stipulatione quàm in mutuo, inspiciendum est principaliter & ante omnia quid actum sit *dict. leg. semper in stipulationibus 34. de regul. iur.* In stipulatione tamen cùm nihil sit nisi verborum obligatio, ex verbis potissimùm æstimanda est, vt nisi quod palàm verbis expressum est, pro omisso habeatur *d.l. quicquid 99. de verb. oblig.* quamuis ea res non faciat, quin aliquam interpretationem recipere debeat etiam stipulatio ex eo quod actum tacitè intelligitur inter contrahentes, vt *in l. interdum 73. l. inter stipulantẽ 83.§.1. eod. ill. tit.* Et ita benè Accursius noster hanc legem conciliat cum *l. quicquid.* Subinde quærit si quis pecuniam numeratam in manu habens aut ante oculos dicat alij, Tolle istam pecuniam: vtrum hoc mutuum dicendum sit, quia nihil de donatione dictum sit, ex *l. nec ignorans 10. C. de donat.* an potiùs donatio cùm expressè dictum non fuerit vt esset mutuum. Donari enim videtur quod nullo iure cogente conceditur, vt habet iuris regula *l. donari 82. de regul. iur. l. donari 29. infr. de donat.* Respondet autem inspiciendum esse quid præcesserit & quid sit secutum. Nec malè. Solent enim contractus dignosci maximè ex tractatu præcedente, & ex initio gerendi negotij *l. si procuratorem 8. in princip. infr. mandat. l.1.§. si seruus deposuit 30. infr. deposit. l. si tantùm 12. infr. de SC. Maced. l. heredes palam 21. §. pen. infr. qui testam. facer. poss. l si seruus plurium 50.§. vlt. infr. de legat. 1.* Subiicit tamen si neque ex præcedentibus neque ex sequentibus apparere id possit, distinguendum esse an magna sit quantitas, an parua, vt si magna, non sit præsumenda donatio, quia non facilè credendus quisquam sit pecunias suas iactare voluisse *l. cùm de indebito 25.§.1. deprobat.* Sed mutuum potiùs esse intelligatur aut depositum: si verò parua sit quantitas, præsumenda potiùs sit donatio cùm in transferendo dominio consentiamus ex *l. cùm in corpus 36. infr. de acquirend. rer. domin.* Hoc verò probare ego non possum, magísque puto, vt hoc casu non transferatur dominium, quia traditio nuda est quæ titulum præcedentem de quo cõstet, nullum habet. Nuda autem traditio nunquam dominium transfert *l. nunquam nuda 31. de acquiren. rer domin.* Alioqui nunquam esset nuda traditio si credi deberet facta esse ex titulo aliquo, præsumpto tantùm, & de quo non appareret. Neque sufficit, vt in transferendo dominio consentiamus nisi aliquis præcedat titulus habilis ex quo transferri dominium possit vt *in dict. l. cùm in corpus.* Soláque illa quæstio supereſt. Cùm traditio fit ex parte dantis tanquam ex vno titulo, & ex parte accipientis tanquam ex alio an dominium transferatur. De quo non satis inter prudentes videtur constitisse, vt dicemus *ad l. si ego 18 infr. hoc titul.* Cæterùm si non appareat de titulo aliquo præcedente, nemo vnquam ex prudentibus dixit, transferri posse dominium per nudam traditionem quamuis à vero domino, & animo tranferendi dominij factam. Ex causa verò mutui multo minùs, cùm mutuum non aliter contrahi possit quàm si vel titulus ipse mutui expressus sit, vel id actum & conuentum nominatim, vt tantumdem reddatur. Ad hanc autem legem maximè pertinet quod tractare nostri solent de nummis creditis in qua forma reddendi sint, & in qua siue bonitate siue æstimatione. De quo ante annos quinque & viginti cùm in bello Prouinciæ Serenissimum Ducem nostrum secuti peregrinaremur, nos copiosum & luculentum tractatum edidimus, quem inscripsimus, De variis nummariorum debitorum solutionibus: aut si malis breuiùs, quod certè malo, de nummariis solutionibus, in quatuor & viginti capita distributum. In quo ferè omnes quæstiones attigimus & explicauimus quæ circa materiam hanc possunt occurrere. Illud tantum hîc obiter admonendum putamus: creditorem quidem cogendum non esse in alia forma nummos accipere quàm in qua credidit si damnum ex eo aliquod passurus sit *l. creditorem*, ita enim legendum est non vt Florent. *debitorem*, aliàs *l. Paulus 99. de solut.* Sed tamen generali locorum ferè omnium consuetudine receptum esse, vt in alia quoque nummorum forma, & specie solutio fieri possit, sed ita tamen vt formæ bonitas quæ non præstatur, æstimetur, vt tractat Barto. *ad l.1.§. vlt. infr. de auro & argent. legat.* Nempe quia nullum ex eo damnum pati creditor intelligitur, cùm in certam nummorum formam & speciem non possit cadere iusta adfectio *l 3. de in lit. iur. l.3. de eo quod cert. loc.* & pecunia non tam ex sua materia & bonitate intrinseca vsum præstet, quàm ex valore suo & æstimatione *l. si ita fideiussorem 42. infr. de fideiuss. l. 1. de contr. emption.* Adeò vt non defuerint qui dixerint bonitatem intrinsecam monetæ esse valorem ipsius; extrinsecam verò, bonitatem materiæ ex qua nummus compositus sit. Inter quos primus & præcipuæ apud pragmaticos authoritatis Carolus Molinæus, sed absurdè ac ridiculè, vt à nobis pluribus comprobatum est in supradicto tractatu, quẽ vel ob eam maximè causam aduersus eum ex professo edidimus, ne cuiquam posthac accideret quod ipsi accidit, vt tam malo falsóque iacto principio perpetuis erroribus in tota hac quæstione iactaretur.

a *Quod*

BIU Cujas

a *Quod agitur pro cautohabendum est.* Hinc nostri vulgo colligunt nec malè, parem vim esse taciti & expressi: Frustra enim exprimitur quod etiamsi expressum non esset, tacitè tamen ineesset. Nisi quòd dubitationis tollendæ gratia id plerunque fit, ob hoc ipsum ne quæri necesse sit quid actum sit, quod plerunq; obscurum est, & per difficilem facti quæstionem implicitam habet. Præterquàm si de ea re agatur, quæ ad contractus naturam & essentiam pertineat, vt in huius legis specie. Inde est quod habet iuris regula, Expressa nocere, non expressa non nocere *l. 195. de reg iur. l. nonnunquam 52. l. si ita expressum 69. de condic. & demonstr. l. si ita legatum 65. §. 1. de legat. 1.* At expressa prodesse nusquam scriptum est, quia quæ dubitationis tollendæ gratia adiiciuntur, sicuti ius commune non lædunt, ita nec iuri communi quicquam adiiciunt *l. qui mutuam 56. infr. mandat. l. quæ dubitationis 81. de regul. iur.* Illud certè notandum est expressum in eo prodesse posse, quòd faciliùs recipit interpretationem extensiuam quam tacitum, vt Canonistæ notant post gloss. *in Clement. sæpe de verb. signif.*

4. VLPIANVS libr. 34. ad Sabinum.

SI quis nec causam, nec propositum fœnerandi habuerit, & tu empturus prædia, desideraueris mutuam pecuniam nec volueris creditæ nomine, antequam emisses, suscipere, atque ita creditor, quia necessitatem fortè proficiscendi habebat, deposuerit apud te hanc eandem pecuniam, vt, si emisses, crediti nomine obligatus esses, hoc depositum periculo est eius, qui suscepit. Nam & qui rem vendendam acceperit, vt pretio vteretur, periculo suo rem habebit.

Ad l. Si quis nec causam 4.

RAT. DVB. Cùm sub condicione mutuum contractum est, non est mutuũ antequam condicio extiterit. Est enim de natura condicionis, vt suspendat actum & impediat natiuitatem obligationis *l. pecuniam 36. infr. hoc titu. l. cedere diem 213. de verb. signific.* Nec rursum alia causa est propter quam periculum pecuniæ aut alterius rei creditæ transferatur in accipientem quàm quia dominium transfertur *l. 2. §. appellata sup.* cùm sit regulare, vt vnaquæque res domino suo pereat *l. quæ fortuitis 6. l. pignus 9. C. de pignor. act. l. contractus 23. de regul. iur.* Atqui cùm is qui nec causam nec propositum fœnerandi habebat, rogatur à te qui empturus eras prædia, vt mutuam tibi pecuniam daret, quam tamen nolueris crediti nomine suscipere antequàm emisses, eam interim penes te deposuerit hac lege expressim dicta, vt si emisses, crediti nomine obligatus esses, pendet mutuum in id vsque tempus quo emeris, quia condicionale est. Ergo si antequàm emas, pecunia illa penes te deposita perierit casu fortuito nec culpa tua vlla interueniente, dicendum est periculum ad te non pertinere, quia nec dominium eius pecuniæ vnquam ad te pertinuit, nec vnquam mutuum fuit, sed depositum, cuius periculum ad depositarium nunquam pertinet, nisi eius aliquis dolus interuenisse probetur, aut nisi in contrahendo deposito aliud conuenerit *d. l. contractus l. 1. §. si conuenit & seq. infr. deposit.* DEC. Depositarius ideo de dolo tantùm tenetur, quia non eius gratia depositum fit, sed gratia solius deponentis *l. si vt certos §. nunc videndum infr. Commodat.* Atqui in hac specie depositum factum est non gratia deponentis sed causa depositarij, & eo proposito, vt eueniente quandocunque condicione & secuta emptione conuerteretur in mutuum. Adeò vt nec fuerit in deponentis potestate depositum reuocare pendente condicione mutui, & quandiu emptio speraretur *l. qui balneum 9. versic. quoniam tamen l. potior 11. §. 1. infr. qui potior. in pignor. hab.* Contrahitur enim hoc modo συναλλαγμα inter dantem & accipientem, *l. rogasti 19. infr. de præscript. verb.* vt nec liberum sit alterutri contrahentium inuito altero ab obligatione contracta discedere. Æquum igitur est pecuniam hanc tametsi duntaxat depositã, necdum mutuã datam periculo eius esse qui suscepit quamuis nõdum sit dominus, ac si iam inde ab initio mutuum contractum esset, cùm nõ nisi per depositariũ stet quominùs depositũ statim conuertatur in mutuum, contrahendo scilicet emptionem pro qua contrahẽda pecuniam mutuam rogauerat. Quemadmodum dicimus, Contracta venditione, quod sit modo consensu, periculum rei venditę statim ad emptorem transire, licèt dominium remaneat penes venditorem, quousque rem tradiderit, adeóque precium ei solutum sit, aut aliter eo nomine satisfactum §. *cùm autem. Instit. de empt. & vendit. §. venditæ. Instit. de rerum diuis. l. quod vendidi 19. infr. de contrah. empt.* Nimirum quia est in potestate emptoris nanciscí dominium quandocunque velit soluendo precium, & agendo ex empto vt res sibi tradatur. Dices non esse perinde in potestate illius qui pecuniam mutuam rogauit in specie huius legis ad emenda prædia, vt ea tam citò comparet, cùm id ex parte pendeat à voluntate venditoris, & multa possint interuenire quæ faciant, vt tam citò aut vnquam venditio sequatur. Vnde fit vt non possit hæc condicio dici merè potestatiua, licèt in potestate sit eius, qui quasi empturus pecuniã suscepit, vt nolit emere. Sed respondeo nihil aliud ex eo inferri posse, nisi, quod facilè admitto, vt si is qui pecuniam suscepit in hac specie pignora dederit, deinde alius creditor medio tempore ab eodem eadem pignora acceperit, potior esse debeat in pignore is qui secundo loco contraxit, *vt in dict. l. potior. in princip. & in l. 1. infr. qui potior. in pign. hab.* quia in potestate prioris debitoris fuit, ne accipiendo pecuniam se obstringeret, vt & *in l. qui pecuniam 30. infr. hoc titul.* Sed non facit ea res quin ex hoc primo contractu obligatio nascatur, & quidem non tam quasi depositæ pecuniæ, quàm quasi creditæ, cùm tractatus eo proposito habitus sit, vt non depositò, sed credito concluderetur, atque ita verum sit deponendæ pecuniæ causam dedisse mutuum non animum deponendi: Ac proinde in spectato initio quod in omnibus negotiis maximè spectandum est *l. si procuratorem 8. in princip. infr. mandat.*

BIU Cujas

l. si tantùm 12. *infr. de SC. Maced. l.* 1. §. *si seruus deposuit* 30. *infr. deposit.* & ex contrahentium proposito præcipuè æstimandum vt sciri possit non tantùm quid factum sit, sed etiam qua mente, consequens est id ab initio inter contrahentes actum videri, vt non tam purum depositum quàm condicionale mutuum contraheretur. Nec nisi implendæ fidei gratia quam de mutua danda pecunia futurus creditor dederat, pecunia penes rogantem deponeretur. Aliud esset, si is qui pecuniam deposuit & causam & propositum fœnerandi habuisset. Tunc enim periculo accipientis non possent esse nummi quos creditor nondum credidisset, sed tantùm deposuisset quasi eos crediturus ad propriam suam vtilitatem non vt accipienti benefaceret & prodesset. In eo namque differt fœnus à mutuo, quod fœnus fit gratia ipsius creditoris & vt ex eo percipiat vsuras, & lucretur, ideóque valde odiosum est: Mutuum autem in gratiam debitoris, cùm sit & debeat esse gratuitum. Quamquam non magis mutuum quàm fœnus dici possit antequam mota sit pecunia quæ deposita fuerat hac mente vt depositarius ea si vellet vteretur, quia nec priùs debitum eam iri certum est *l. quòd si ab initio* 10. *infr.* Sicut & in proposito, nec priùs certum est debitum iri pecuniam ex causa crediti ab eo penes quem deposita fuit quàm emptio secuta sit. Sed tamen non eo minùs manet periculo suscipientis, quia & rogante eo, & ad solius ipsius vtilitatem fuit deposita, nec mansit in potestate domini qui deposuit, vt depositum reuocaret, quemadmodum diximus in præcedentibus. Cùm enim hic qui pecuniam deposuit, eo animo fuerit vt beneficium conferret in accipientem, darétque mutuam ei pecuniam, cùm fœnerandi nec causam nec propositum haberet: certum est beneficio iuuari accipientem non decipi oportere *l. incommodato* 17. §. 1. *infr. commodat.* Deciperetur autem hic qui pecuniam suscepit, si posset is qui deposuit pecuniam repetere, quandoquidem aliter aut emendi consilium abiecturus fuerat, aut alium creditorem rogaturus, & constantiorem ipsius beneuolentiam experturus. Addit Vlpianus aliam rationem ab exemplo, & à simili, vt probet in specie proposita periculum ad eum qui pecuniam suscepit pertinere.

a *Nam & qui rem vendendam acceperit.* Argumentum est à simili. Etsi enim hic casus diuersus est à superiore, similem tamen habet rationem. RAT. DVB. Qui rem vendendam accepit vt precio vteretur, numquam dominus rei fuit. Nec enim mandatum vendendi transfert dominium rei vendendæ in mandatarium, sed potestatem duntaxat transferendi dominij. Atqui casus fortuiti pertinent ad dominum *l. quæ fortuitis* 6. *l. pignus* 9. *C. de pignorat. act.* Non debet igitur hæc res periculo eius esse qui rem vendendam accepit, præsertim cùm non acceperit, vt re ipsa, sed vt ipsius precio vteretur, siue res æstimata sit certo precio vendenda, siue æstimatio nulla interuenerit. Nihil enim refert nisi quod facta æstimatio inducit æstimatoriam actionem de qua *in l.* 1. *infr. de æstimat. act.* DEC. Ad eum debet pertinere periculum, qui rogauit, non qui rogatus est *l. rogasti* 19. *infr. de præscript. verb.* ne ex beneficio suo & liberalitate is qui rogatus fuit periclitetur *l. ne ex liberalitate* 50. *infr. de re iudic.* Semper enim inspiciendum est, cuius gratia negotium gestum sit quoties de periculo quæritur *l. apud Labeonem* 20. §. *vlt. infr. de præscript. verb.* Atqui in hac posteriore specie cùm rogasti me vt tibi pecuniam crederem, & ego cùm non haberem, lancem tibi dedi vel massam auri, vt eam venderes & nummis vtereris, etsi non potest pecunia dici facta mutua priùs quàm vendideris, perinde ac si sub illa condicione, *si venderes* mutuum contractum esset, quamuis non fuerit hîc expressa condicio vt in specie præcedente. Verum tamen est dedisse me tibi rem vendendam, quia me rogasti & ad tuam vtilitatem vt eâ pecunia quæ ex venditione redacta esset, vtereris. Æquum igitur est tuum periculum interim esse debere si casu fortuito, & sine culpa tua res amittatur, vt quod à me beneficium habes, periculo tuo habeas, non meo. Addidi *sine culpa tua* cum Vlpiano *in l. rogasti.* 11. *infr. hoc titu.* vt omnem culpam excludam etiam leuissimam contra Azonem, qui putabat non debere te in hac specie teneri de casu fortuito, sed ita demum si culpa aliqua saltem leuissima interuenerit. Multo magis si lata vel leuis, quod supradicta Vlpiani verba *in d. l. rogasti*, certè non patiuntur. Sensus enim est, de casu fortuito te omnimodo teneri, etiam nulla penitus culpa tua interueniente, licèt Azonis sententiam æquiorem dicere audeat Accursius, quasi sit ille melior æquitatis arbiter, & magister quàm Vlpianus. Dicemus *ad d. l. rogasti*: ex qua tamen hic locus supplendus est, vt adhibeatur distinctio, vtrum hanc lancem, vel massam venalem habuerit is, qui vendendam tibi dedit, an non, vt si venalem habuerit, perinde ad illum rei periculum pertineat, non ad te, ac si alij cuilibet vendendam dedisset, quia hoc casu non rogatu tuo, nec tua gratia, sed sua potiùs vendendam dederit: Si verò venalem non habuerit, nec proinde eo proposito fuerit vt venderet, sed hæc causa fuit vendendi vt tu precio vtereris, tibi res pereat, non ipsi, qui vendendam non dedisset, nisi tu rogasses, & quidem vt ex hoc negotio vtilitatem tibi comparares. Quod autem Accursius adducit ex *l. si quis inficiatus* 13. *infr. deposit.* non possum videre quid ad rem faciat, siue pro tuenda illa Azonis sententia, quam reprobamus, siue ad legis huius interpretationem illustrandam.

1 ¶ Res pignori data, pecunia soluta, condici potest, & fructus ex iniusta causa percepti a, condicendi sunt. Nam & si colonus b post lustrum completum, fructus perceperit, condici eos constat: ita demum si non ex voluntate domini percepti sunt. Nam, si ex voluntate, proculdubio cessat condictio.

Ad §. 1. Res pignori data.

RAT. DVB. Nemo rem suam condicit nisi à fure *l. vlt. supr. vfufruct. quem caueat. l.* 1. §. *vlt. infr. de condict. tritic.* §. *sic itaque. Instit. de action.* Atqui res à debitore data pignori remanet in bonis & dominio debitoris etiam durante pignore *l. pignus* 9. *Cod. de pignor. act.* Multo magis autem eo soluto quod sit soluta creditori pecunia quæ debebatur *l. si rem* 9. §. *omnis pecunia infr. eod. ill. titu. l. Paulus* 12. §. 1. *& pass. infr. quib. mod.*

BIU Cujas

quib. mod. pign. vel hypoth. soluit. Non ergo fieri potest, vt res data pignori, soluta pecunia condicatur per debitorem. Ob eámque nimirum causam Accursius, vt hanc obiectionem effugiat, intelligit hanc legem de re mobili, cuius furtum facilè fieri potest, vt ita condictio furtiua inducatur, cùm rei immobilis furtum fieri non possit §. *quod autem Instit. de vsucap. d. l.* 1. §. *vlt. de condict. tritic. l. quam rem* 38. *infr. de vsucap.* Est enim hoc ius proprium & singulare condictionis furtiuæ, vt soli domino competat *l.* 1. *infr. de condict. furt.* Ac quoniam videt Accursius tractari in hac lege etiam de fundo & fundi fructibus, ait posse hanc legem intelligi etiam de re immobili, sed quæ à prædone occupata sit, contra quem ex hac causa possit etiam competere condictio sine causa, vt non melior sit condicio prædonis qui dominum vi deiecit, quàm furis. Quæ sententia esse videtur *l.* 2. *infr. de condict. tritic.* quamuis lex illa non de condictione sine causa loquatur, sed de condictione triticaria, vt ostendit coniunctio eius legis *cum* §. *vlt.* legis præcedentis. Extra furem & prædonem non patitur Accursius, vt condictio detur domino pignoris etiam post solutam pecuniam, nisi fortè, inquit, ad condicendam possessionem, vt *in d. l.* 2. *in fin. de condict. tritic.* Sed hîc agit Vlpianus, inquit ille, de condictione rei non possessionis. Ego verò non inficior equidem pignus esse propriè rei mobilis cùm à pugno dictum sit *d. l. si rem* 9. §. *propriè de pignor. act.* ac proinde cuius furtum fieri facilè possit *l. si pignore* 54. *infr. de furt.* Et quemadmodum qui denegat restitutionem depositi quod non nisi in re mobili potest consistere, hoc ipso furtum facere intelligitur, & ab instanti denegationis se condictione obligat *l. si quis inficiatus* 13. §. 1. *infr. depos.* Ita & quisquis rem mobilem sibi datam pignori etiam soluto debito retinet nec vult restituere, furtum certè ex eo die facere incipit, vt proinde condictione furtiua teneri possit. Sed tamen cùm in eo differat pignus à deposito, quod etiam rei immobilis, & fundi pignus dari potest, cuius tamen depositum nullum esse posset, non possum ferre, vt hic §. ad rei mobilis pignus restringatur, qui video cætera quæ sequuntur omnia de fundo esse, non de re mobili, cuius nec fructus ferè vlli esse possunt, si pecora & se mouentia excipias. De quibus tamen fructibus condicendis etiam in hoc §. agitur. Non igitur potest hic §. ad condictionem furtiuam restringi. An ergo de triticaria condictione intelligi debebit? Ne hoc quidem. Nam quod scriptum est *in d. l.* 2. *de cond. tritic.* non ad quemlibet malæ fidei possessorem aut prædonem pertinet, sed ad eum duntaxat, qui dominum per vim deiecit, cuius longè odiosior causa est, quemadmodum & eius qui rem mobilem vi rapuit: qui fur improbior dicitur *in l.* 2. §. *cæterùm infr. vi bonor. rapt. l. item si cùm* 14. §. *qui vim intulit supr. Quod met. caus. l. vlt. in fin. C. de compensat.* Porrò is, qui fundum pignori accepit à debitore, licèt soluto debito nolit eum reddere, non ideo tamen videri potest eum per vim occupasse, vt pro violento inuasore haberi debeat, quamuis nullo iure ac iniustè eum detineat: cùm ex voluntate ac quodammodo per manus debitoris eum acceperit, solétque in his causis inspici magis quomodo quis possessionem nactus sit quàm quomodo & quo iure eam retineat. Nec sanè vnquam mihi persuadebo aduersus malæ fidei possessorem fundi si non etiam prædo sit adeóque violentus, dandam esse condictionem triticariam, sicuti nec furtiua aduersus alium, quàm aduersus furem pro re mobili daretur. Etsi enim condictio triticaria hoc habet dissimile à furtiua, quod exemplo cæterarum omnium datur non domino, quia per eam intenditur dare aduersarium oportere, qui autem iam dominus est, magis dominus fieri non potest *d.* §. *sic itaque Instit. de action.* Cùm tamen datur ad exemplum condictionis furtiuæ siue contra furem, siue contra raptorem, siue denique contra violentum prædonem & spoliatorem, non datur illa nisi domino *d. l.* 1. §. *vlt. & l.* 2. *de condict. tritic.* Cùm ergo creditor pignoratitius non possit dici violentus spoliator, ne tum quidem cùm soluto debito pignus retinet, debitor autem sit dominus, consequens est, vt contra creditorem debitori condictio triticaria dari non possit. An ergo cum Accursio dicemus intelligendum esse Vlpianum de condictione sine causa? Sed non memini vllo iuris loco legere me condictionem sine causa dari domino: cùm & per condictionem illam non minùs quàm per cæteras intendat actor sibi dari, hoc est dominium in se transferri oportere. *Tot. tit. de condict. sin. caus.* An potiùs dicendum est cum Lothario quem Accursius refert, Condici quidem hoc casu pignus, sed ad hoc tantùm, vt possessio restituatur quæ sola debitori abest propter dationem pignoris, non autem dominium, quod semper mansit penes debitorem, *Vt in l. indebiti* 15. §. *sed etsi nummi infr. de condict. indeb. iunct. d. l. si rem* 9. §. *propriè & l. cùm sortis* 34. §. 1. *infr. de pignor. act.* Est enim dominium aliquod etiam possessionis, & quamquam rem ipsam condicere, & possessionem rei condicere diuersa sunt, sicut & aliud est res ipsa, aliud possessio rei *l.* 3. §. *vlt. in fr. vti possid.* Non est tamen nouum, vt res ipsa condicatur ob hoc solùm, vt possessio restituatur, *vt in d.* §. *sed etsi nummi*, vbi duo casus proponuntur. Vnus quo nummi ipsi condicantur, vt eorum possessio restituatur, alius quo possessio ipsa sola condicatur, vt eo solo casu impediatur quis & prohibeatur rem suam condicere quo dominium condicere velit & intendere dari sibi rem oportere: quæ tamen propria condictionum diffinitio, & natura est. §. *appellamus Instit. de action.* licèt generaliùs ac minùs propriè sumptum condictionis nomen ad omnes in personam actiones pertineat per quas intendimus aduersarium non quidem dare nobis, sed aliquid facere, vtputa possessionem restituere oportere *l. actionum* 25. *infr. de oblig. & act.* Eóque sensu condictionem hîc accipi necessariò fatendum videtur, cùm debitor qui rem suam dedit pignori, quia remanet dominus, non possit intendere contra creditorem dari sibi rem suam debere, nisi eo solo casu quo res illa inciperet furtiua esse per denegationem creditoris & adprehensionem possessionis ad inducendam condictionem furtiuam non minùs in odium creditoris pignoratitij furtum tam improbum committentis, si rei mobilis pignus fuit, quàm in odium depositarij *in d. l. si quis inficiatus* 12. §. 1. *infr. deposit. iunct. l. inficiando* 67. *in princip. infr. de furt.* Nisi quis malit hunc locum intelligere de condictione illa generali, quæ est ex iure gentium potiùs quàm ex iure ciuili, hoc est, quæ rationem & æquitatem naturalem habet magis quàm ciuilem, per quam possunt condici res omnes ab his qui non ex iusta causa possi-

BIU Cujas

dent, vt scribit Marcianus *in l. rerum quidem 25. infr. rer. amot.* De qua etiam sensisse videtur Vlpianus *in l. perpetuò 6. infr. de condict. ob turp. vel iniust. caus.* vbi ait Sabinum perpetuò probasse veterum opinionem existimantium id, quod ex iniusta causa apud aliquem sit, condici posse, idque & Celsum putasse vt intelligamus non dominium ea condictione repeti, sed nudam possessionem, id est, detentionem. Nam apud te esse dicitur quod qualiter qualiter à te teneatur, penes te verò esse quod saltem quodammodo possideatur *l. penes te 63. de verb. signific. l. Titia 34. §. Caius Seius de legat. 2.* Et de hac condictione si quis etiam Vlp. intelligere velit *in d. l. indebiti 15. §. 1.* is meo iudicio non valde errauerit: differt enim à cæteris in eo, quod cùm per cæteras intendamus dari quid nobis oportere, per hanc tamen intendimus debere quid nobis fieri, id est, rem restitui, quod ad causam possessionis magis quàm dominij refertur.

a *Et fructus ex iniusta causa percepti.* RAT. DVB. Fructus acquiruntur non iure seminis, sed iure soli *l. qui scit 25. §. 1. de vsur.* At qui fructus à creditore percepti ex re pignorata sunt percepti ex re debitoris, quippe qui dominus maneat rei pignoratæ, vt proximè diximus ex *l. pignus 9. Cod. de pignor. act. l. cùm & sortis 35. §. 1. infr. eod. ill. tit.* Ergo ad debitorem pertinent non ad creditorem & consequenter vindicandi sunt, non condicendi, scilicet si extent, nam si consumpti sint, aliud est *l. 3. Cod. de condict. ex leg. & sin. caus.* Vindicatio enim competit domino, condictio non domino. DEC. Creditor qui fructus percipit ex re pignorata facit eos suos, quia percipit eos ex domini voluntate licèt non ideò illos lucretur, quia in sortem eos imputare cogitur *l. 11. Cod. de pignor. act. iunct. l. si seruus 61. §. locaui infr. de furt.* Proinde vindicare debitor eos non potest, nec si extent, sed condicere debet tanquam alienos, si ante solutum debitum percepti sint & creditori aliunde plenè ac sine fructuum imputatione satisfactum fuerit. Quòd si iam soluto debito percepti sint, cùm non possint dici percepti ex voluntate debitoris, sed potiùs contra eius voluntatem, consequens est vt creditoris fieri non possint, ac proinde vt eos vindicare debitor pro suo iure possit tanquam dominus, neque hoc tantùm, sed etiam condicere, sed condictione illa quæ non datur nisi domino, id est, condictione furtiua, quoniam in furtiuam causam incidunt hoc ipso quod & nullo iure percepti sunt, & contra domini voluntatem *dict. §. locaui.* Nec distinguimus an extantes sint an consumpti, *vt in d. l. 3. Cod. de condict. & in l. certum 22. C. de rei vindic.* quia condictio furtiua, & pro extante re furtiua competit, & pro consumpta *l. si pro fure 7. §. vlt. & l. seq. infr. de condict. furt.* Quanquam nec dubitandum est quin condictio illa generalis, quam proximè diximus dari iure gentium aduersus eos omnes qui aliquid ex iniusta causa possident ex *l. rerum quidem 25. infr. rer. amot. & l. perpetuo 6. infr. de condict. sin. caus.* etiam hoc casu competat, nec minùs pro fructibus rei pignoratæ, quàm pro re ipsa pignorata post solutum omne debitum, cùm non possint fructus esse penes creditorem nisi sine causa adeóque ex iniusta causa, cùm percepti sunt à creditore cui plenissime satisfactum sit & sortis & vsurarum nomine aliarúmque omnium accessionum.

b *Nam etsi colonus.* RAT. DVB. Cùm colonus post lustrum completum, id est, post quinquennium, in quod tempus solebant olim locari prædia, fructus percepit, vel percepit eos ex debitoris eiusdémque domini voluntate, vel non ex voluntate. Priore casu nec possunt vindicari fructus, nec condici, tanquam qui pleno iure facti sint conductoris nimirum, ex tacita reconductione, siue locatoris voluntas expressa fuit, siue tacita *l. item quæritur 13. §. qui impleto infr. locat.* Sed hoc casu conductionis mercedem de qua in priore locatione conuenerat, præstare debet, quoniam iisdem legibus & condicionibus facta reconductio intelligitur *d. §. qui impleto.* Posteriore autem casu, cùm incidant fructus in causam furtiuam, condici certè possunt & condictione furtiua *l. inficiando 67. §. vlt. infr. de furt.* Sed non eo minùs vindicari etiam possunt, quia condictio furtiua nunquam excludit vindicationem, quomodo excludit ea condictio, de qua in hoc titulo agitur, quia nemo rem suam condicit nisi à fure *l. vlt. in fin. supr. vsufr. quem caueat. §. sic itaque Instit. de action.* Non ergo debuit adhiberi distinctio, quæ hîc ponitur, cùm quæritur, an vindicandi sint fructus, an condicendi. DEC. Condictio certi de qua in hoc tit. agitur, concurrit etiam cum condictione furtiua, quoniam illa quoque certi condictio est *l. cert. condictio 9. vers. sed & ex causa furtiua infr. hoc tit.* Nec quod vindicatio quoque fructuum furtiuorum possit competere, inutilem facit quæstionem de condictione, nempe quia fructuum consumptorum vindicatio nulla potest supereſſe, condictio autem potest *d. l. inficiando 67. §. vlt. de furt. l. si pro fure 7. §. vlt. infr. de condict. furt.* Benè autem Accursius notat, videri in dubio durare voluntatem, quæ semel interuenit vt scilicet reconductio tacitè facta videatur *d. §. qui impleto & l. legem 16. C. eod. tit. de locat.* quamuis aliàs videatur dominus vetare qui non consentit cùm de furto quæritur *l. qui vas 48. §. quòd si dominus vers. vetare infr. de furt.* Sed & animum non repetendi oportet interuenire in domino, ex cuius voluntate fructus percepti sunt, vt neque vindicare illos possit, neque condicere, vt idem Accurs. notat ex *l. etsi quis 14. §. potest tamen supr. de religios. & sumptib. funer.*

2 ¶ Ea, quæ vi fluminum importata sunt, condici possunt.

Ad §. vlt. Ea quæ.

RAT. DVB. & dec. eadem ferè est quæ ad versiculum vltimum §. præcedentis. Nam quæ vi fluminum ex meo fundo in tuum importata sunt, si eadem manserunt, vindicari non condici debent, quoniam adhuc mea sunt: si verò coaluerint, & vnitatem cum tua terra fecerint, iam tua sunt, ideóque nec vindicari nec condici possunt *l. hoc amplius 9. §. Alfenus infr. de damn. infe.* Flumina enim censitorum vice funguntur vt ex vnius fundo in alium transferant *l. ergo 30. §. alluuio infr. de acquir. rer. domin.* Nullus ergo casus esse videtur in quo ea quæ vi fluminum in alienum prædium importata sunt, condici possint. Sed cùm importata ea demum dicantur, quæ eadem manserunt, nec dominum mutauerunt, apparet nihil obstare quominùs & vindicari possint, & præterea condici, scilicet si à

BIU Cujas

si à possessoribus aut dominis prædiorum, in quæ importata sunt, detineantur mala fide, quomodo bene hîc noster explicat Accursius. Et quidem condictione furtiua, si talia sint, quorum furtum fieri possit: quemadmodum fieri potest eorum, quæ importantur. Cum non alia importari possint, quàm quæ sunt mobilia. Nam si quid de fundi mei terra vi fluminis ita importatum sit in tuum vt cum tua terra coaluerit, sicuti iam immobile illud est, ita neque condici potest, nec magis condictione triticaria quàm furtiua, tametsi possit quis etiam rem suam immobilem condicere per triticariam eo casu, quo posset rem mobilem condicere per condictionem furtiuam *l. 1. §. vlt. & l. 2. infr. de condict. tritic.* Nec enim mala fide ac iniuste possessum videri potest, quod iure possidetur *l. si quis cum sciret 8. infr. pro emptor.* Furem autem vel malæ fidei possessorem esse quem oportet, vt condictione furtiua, vel ad exemplum furtiuæ, triticaria teneatur.

5. POMPONIVS lib. 22. ad Sabinum.

QVod te mihi dare oporteat, si id postea perierit, quam per te factum erit, quominus id mihi dares, tuum fore id detrimentum constat. ¶ Sed cum quæratur, an per te factum sit, animaduerti debebit, non solum in potestate tua fuerit id, necne: aut dolo malo feceris, quominus esset, vel fuerit, necne: sed etiam, si aliqua iusta causa sit, propter quã intelligere deberes, te dare oportere.

Ad l. Quod te 5.

RAT. DVB. Vna quæque res perit domino, si casu fortuito pereat *l. quæ fortuitis 6. C. de pignor. act l. contractus 13. de regul. iur.* Atqui mora debitoris, qui speciem certam debet, cuius alius est dominus, non mutat dominium, nec ideo facit debitorem dominum: neque enim mora legitimus modus est acquirendi vel amittendi dominij. Ergo neque periculum transferre potest in debitorem, neque facere, vt præstari res possit, quæ in rerum natura extare desiit, cum impossibilium nulla sit obligatio, vt habet iuris regula *l. si homo mortuus 85. de verb. oblig. l. impossibilium 85. de reg. iur.* Proinde dicendum est obligationem intercidere tanquam quæ peruenerit ad eum casum, à quo incipere non potuit *l. existimo 98. in princ. l. pen. §. vlt. de verb. oblig.* DEC. Nemini mora sua, & frustratio prodesse debet *l. hominem 37. inf. mandat.* sed potius nocere *l. in condemnatione 173. §. pen. de reg. iur.* cum vix sit, vt mora contrahatur sine culpa *l. mora 32. & l. sciendum 21. cum seqq. inf. de vsur.* non autem melius & conuenientius puniri mora potest, quam si res, quæ post moram periit, habeatur pro adhuc extante *l. si ex legati 23 & seq. l. si seruum 91. §. sequitur & §. vlt. de verb. oblig.* Potuisset enim creditor eam vendere, si moram passus non fuisset, atque ita periculum in emptorem transferre *l. item si verberatum 15. §. vlt.* vbi dixi *supr. de rei vindic. l. cum res 47. §. vlt. inf. de legat. 1. l. item si cum 14. §. quid si homo in fin. sup. quod met caus.* Merito igitur constitutum est, vt moræ effectus præcipuus ille esse debeat, vt periculum transferat in eum, qui moram contraxit, ne interitu rei liberetur. Proinde, quod te mihi dare oportet, si id postea perierit, quã per te factum erit, quominus id mihi dares, tuum id detrimentum & damnum esse debet, vt non idcirco intercidat obligatio, siue tu eius rei dominus sis, siue alius, dum ne ego. Nec enim res mea mihi deberi aut dari potest, cum non possit magis fieri mea *l. nemo rem suam 82. de verb. obligat. §. sic itaque Instit. de action.* & cum perit, mihi eam perire necesse est tanquam domino non propter moram tuam, quæ nec vlla interuenire potest, cum non sis debitor, nec mora vlla ibi esse intelligatur vbi nulla petitio est *l. si pupillus 127. de verb. obligat. l. nulla 88. de regul. iuris.* Bene autem Accursius noster distinguit eorum, quę debentur, tria genera. Vel enim cõsistunt in quantitate, vel in genere, vel in specie. Quæ sunt priorum duorum generum, perire non possunt *l. incendium 11. C. si cert. petat l. in ratione 30. §. verum est, & §. incertæ inf. ad leg. Falcid.* nisi oblatio aliqua facta sit, & creditor fuerit in mora accipiendi *vt in l. qui decem 72. inf. de solut.* nempe quia oblatio eius quod in genere debetur, nonnisi in specie fieri potest. Species autem oblata perire iam potest, nec alterius periculo, quam eius qui moram fecit. Ideoque ad huius generis debita hæc lex non pertinet quantum ad debitorem, sed quantum ad creditorem si is moram contraxerit. Non quasi in his quoque debitis moram contrahere non possit debitor perinde ac creditor, [quid enim si congruo loco & tempore interpellatus debitor solutionem recusauerit? *d. l. mora 32. de vsur.*] sed quia moræ effectus nullus esse potest ad transferendum periculum in moratorem in iis rebus, quæ eius naturæ & condicionis sunt, vt perire non possint, nec prius de effectu moræ, quam de periculo tractari vnquam potest. Quæ autem in specie debentur, ea demum sunt, de quibus hæc lex tractat, quia species & perire possunt, & omnes tandem pereunt. Species enim appellant prudentes nostri, quæ apparent, ac proinde quæ Philosophi indiuidua appellant. Genera autem quæ illi species, vt monuimus, quæ cum sint ex vniuersalibus & incorporalibus, sicut neque videri neque vllo corporis sensu percipi, ita nec perire possunt. Ex quo apparet etiam debita, quæ in quantitate consistunt, posse dici in genere quoque consistere, ideoque nec perire, quia non magis tangi potest quantitas quàm homo, nisi cum quantitas reducitur ad speciem per numerationem, velut homo ad Stichum aut Pamphilum per oblationem vel solutionem, vt proinde possint omnia referri ad duo rerum genera, ad ea quæ consistunt in genere, & quę in specie. At cũ debetur Stichus aut Pamphilus, tum vero effectus moræ, de quo hic agitur, aliquis esse potest, quoniam facile pereunt, & sui natura vnoquoque instanti perire possunt *l. cum filius familias 49. de verb. oblig. l. si mihi alienum 92. de solut.* an autem & quãdo mora contracta sit facti magis quã iuris quæstio est, vt scribit Marcianus *in d. l. mora 32. de vsur.* Etsi enim requiritur, vt debitor congruo loco & congruo tempore interpellatus sit *d. l. mora*, & consequenter vt sciat se debere, adeoque vt rei dandæ facultatem habeat, quemadmodum in hac lege scriptum est, & *in l. si in Asia 12. §. vlt. in f. deposit. l. Titiæ textores 39. §. vlt. de legat. 1. d. l. si ex legati 23.*

BIU Cujas

d.l. nemo rem suam 82. §. 1. *de verb. oblig.* Non tamen hoc sufficit, vt mora omnimodo & cum effectu contracta videatur. Quid enim si omissa sit debiti repetendi instantia? *vt in d.l. mora ad fin.* Quid si iusta aliqua causa fuerit vel differendæ solutionis ex parte debitoris, vel recusandæ ex parte creditoris? *vt in d.l. sciendum* 21. *& seqq. eod. tit. de vsur.* Denique etiam qui ad iudicium prouocat, si modo sine dolo malo id faciat, moram facere non videtur *l. qui sine dolo* 63. *de regul. iur.* Nempe si careat etiam culpa. Nec enim mora dolum requirit, si modo habeat culpam *d.l. sciendum & seqq.* Plane interdum nec interpellatio nec scientia debiti necessaria est. Nempe cum mora ipso iure aut ipso etiam facto contrahitur: ipso iure, fauore minoris ætatis *l. Titia Seio* 87. §. *vsuras de legat.* 2. *l. in minorum* 3. *C. in quib. caus. non est necess. in integr. rest.* aut cum vsuræ debentur in vicem fructuum rei venditæ, vt in *l. curabit* 5. *C. de action. empt. l. Iulianus* 13. §. *veniunt* 20. *inf. eod. ill. tit.* aut pro onerib. matrimonij secundum distinctionē *l. vlt. §. praterea C. de iur. dot.* Ipso autem facto, si forte debitor hominem debitum occiderit. Non enim hic requirimus, vt sciuerit se debere cum facto suo liberationem sibi acquirere non potuerit, ideoque perpetuauerit suam obligationem *d. l. si seruum* 91. *in princip. & §. nunc videamus d.l. si ex legati* 23. *inf. de verb. oblig. l. si fideiussor* 19. *supr. de dolo.* Nec rursus occiso per promissorem homine, qui debebatur, distinctioni locus vllus relinquitur, an fuerit æque periturus apud creditorem (apparet enim satis non fuisse illum æque periturum, cum non suo facto, sed debitoris facto perierit) cui tamen distinctioni locum esse plerique putant, cum res debita naturaliter periit, & an creditor aut petitor æque distracturus illam rem fuisset, de quo hic late post Ioannem & Martinum tractat Accursius. Nos iam tractauimus *ad d.l. item si verberatum* 15. §. *vlt. supr. de rei vind. & ad l. illud* 40. *sup. de hered. petit.* Est etiam alius moræ effectus præcipuus circa fructus & vsuras. Nā in bonæ fidei iudiciis ex mora debentur & fructus & vsuræ: *d.l. mora §. in bonæ fidei l. vsuræ* 34. *l. videamus* 38. §. *pen. inf. de vsur. d.l. in minorum.* In strictis verò fructus quidem ex die litis contestatæ *l. 2. d.l. videamus §. si actionem de vsur.* itemque in arbitrariis, vt in rei vindicatione *l. præterea* 20. *& pass. supr. de rei vindic.* sed vsuræ nunquam, nisi per stipulationem promissæ *l. 3. C. eod. l. Titius* 24. *inf. de præscript. verb.* quamuis si ante litem contestatam debitæ fuerint ex stipulatione non desinant lite contestata currere. Qui sensus est *l. lite contestata* 35. *de vsur.* vt explicauimus *in error. 1. decad. 1. de error. pragmat.*

a *Non solum in potestate tua id fuerit necne.* RAT. DVB. Difficultas præstationis non excusat à mora, quoniam multum recedit ab impedimento naturali *l. continuus* 137. §. *illud inf. de verb. obligat.* Ergo nihil interest, an id quod mihi dare debes in potestate tua sit, necne. Potestatem enim hic pro dandi facultate intelligere debemus, *vt & in l. quoties* 21. §. *in potestate sup. de noxal. action.* DEC. Difficultas quidem præstationis non impedit obligationem, sed tamen excusat à mora, si difficultatem nulla culpa præcesserit. Quid enim possis ei imputare, qui etiamsi soluere maxime velit, tamen non possit? *l. cum quidam* 17. §. *si pupillo inf. de vsur.* Sed intellige de difficultate, quæ ex improuiso & post contractam obligationem superuenerit, non de ea, quæ iam fuerit, aut quæ præuideri potuerit eo tempore, quo obligatio contrahebatur. Illa enim sicuti non impedit obligationem, ita neque à mora excusat, non magis, quam casus, quem culpa præcedit *l. item Mela* 11. *in princ. sup. ad l. Aquil.* Culpa autem est, adeoque dolo proxima, si quis promittat id quod sciat præstare se non posse *l. pen. infr. de iur. dot.* nisi promiserit se præstaturum, cum erit commodum, aut, quod effectu penè idem est, cum poterit *vt in l. nepos Proculo* 125. *de verb. signific.* Plane in potestate sua etiam is habere videtur, cuius dolo malo factum est, ne habeat *l. electio* 26. §. *item si ex pluribus & §. si is quem sup. de noxal. act.* quemadmodum solemus dicere, dolum pro possessione esse *l. qui dolo* 131. *de reg. iur.*

6. PAVLVS lib. 28. ad Edictum.

CErtum est, cuius species vel quantitas, quæ in obligatione versatur, aut nomine suo, aut ea demonstratione, quæ nominis vice fungitur, qualis quantáve sit, ostenditur. Nam & Pedius libro primo de stipulationibus nihil referre ait: próprio nomine res appellentur, an digito ostendantur, an vocabulis quibusdam demonrstentur, quatenus mutua vice fungantur, quæ tantundem præstent.

Ad l. Certum est 6.

Quoniam Prætor in verbis edicti, quod proposuit de condictione certi sic locutus est, *Si certum petatur*, conueniens fuit, vt Paulus, qui interpretationem scripsit ad edictum perinde ac Vlpianus explicaret, quod Vlpianus facturum se receperat *in l. 1. sup.* quid certi appellatione contineatur. Ait autem certum esse, cuius species vel quantitas, quæ in obligatione versatur, aut nomine suo, aut ea demonstratione, quæ nominis vice fungatur, qualis quantaque sit, ostenditur. Qualitas enim & quantitas accidentia præcipua sunt, ex quibus ipsa etiam rei substantia sic designatur, vt non possit incertum manere id, de quo agitur, si modo tale sit, vt in quāritate consistat, vt puta si de tritico aut vino tractetur. Qui enim promitteret triticum Africum, aut vinum Campanum, nisi etiam quantitatem adiiceret, puta tritici Africi modios cētum, aut vini Campani amphoras centum, nihil certum promitteret, quia æque triticum esset Africum & vinum Campanum, quod siue maiore, siue minore quantitate contineretur. At neque certum erit, quod ita promissum fuerit, nisi addatur tritici Africi optimi, vel vini Campani optimi, nec si adiectum sit boni, quia bono melius inuenitur, vt eleganter Vlpianus ratiocinatur *in l. vbi autem* 75. §. 1. *inf. de verb. oblig.* Id demum autem certum est, quod ita significatur & exprimitur, vt alteri rei aptari non possit, alioqui dicendum est incertum, quod ita expressum est, vt nesciri possit quid præcisè eo nomine significetur, *d.l. vbi autem in princip. & Instit. tit. de verb. obligat.* Cum enim nomina non ad alium finem, quàm ad res significandas comparata sint, *l. Labeo* 7. §. 1. *inf. de supell le-*

BIU Cujas

pell. legat. nomina certa esse oportet ac eius rei propria cuius nomina sunt, vt rem certam significent. At cùm agitur de re quæ consistat in specie, puta de Sticho, aut Pamphilo, qualitas sola exprimenda est si fortè plures sint eiusdem nominis, nec quantitatis adiectio vlla necessaria est. Nam & homo ipse in genere promissus certa specie continetur, inquit Paulus *in l. inter stipulantem* 83. §. *sacram infr. de verb. oblig.* RAT. DVB. Qui mutuos dedit centum modios frumenti, aut mutuas centum amphoras vini, etiamsi neque adiecerit tritici Africi aut vini Campani, neque optimi, habet tamen certi cõdictionem ex mutuo: quia verè mutuum est ex quo datur semper condictio certi *l.* 2. §. 1. *supr.* Ergo sufficit expressam esse quantitatem etiamsi qualitas expressa non sit. DEC. Certa fit qualitas per relationem ad eam quantitatem quæ mutua data fuit cùm in mutuo id actum videri debeat, vt eiusdem bonitatis & qualitatis res redderetur *l. cùm quid* 3. *supr.* Et ita benè Accursius explicat. Nihil autem interest, an quid certum sit per se, an per relationem ad rem certam *l. ait prætor* 5. § 1. *infr. de re iudic. d. l. vbi autem* 9. *sed qui vinum & seq. de verb. oblig.* Sicut nec quicquam referre solet, an quid ex æquipollentibus fiat, vt sequitur in hac lege, quæ omniũ optimè hoc probat. *Adde l. vlt.* § 1. *infr. mandat. l. mulier* 22. *vers. Brasidas infr. ad SC. Treb.*

a *Nam & Pedius.* RAT. DVB. Cuiusque rei nomen proprium magis aptum & conueniens est ad rem significandam certissimè, quàm demonstratio quæ falsa plerunque est *l. demonstratio* 7. *l. falsa* 23. *infr. de condict. & dem.* Habent enim species singulæ ferè omnes duo nomina, vnum naturale, id est ipsius generis cuius naturam ea species habet, alterum proprium & impositicium quod ex arbitrio imponentis pendeat, vt cùm dicimus *hominem Stichum* aut *Pamphilum* vel *fundum Cornelianum* aut *Semproniannum l. si quis in fundi vocabulo* 4. *infr. de legat.* 1. Vnde fit vt in nomine vix errari possit, in demonstratione autem facillimè. DEC. Etiam demonstratio plerumque vice nominis fungitur, scilicet cùm est certa, adeóque interdum licèt falsa sit dummodò certum sit de qua re testator, aut contrahentes senserint *l. nominatim* 34. *infr. de condic. & demonstr.* vbi dicitur nominatim alicui legatum videri non solùm si testator ita legauerit *Lucio Titio*, sed etiamsi per demonstrationem corporis, vel artificij, vel officij, vel necessitudinis, vel adfinitatis: nihil enim interesse. Iunge *l. si in rem* 6. *ad fin. supr. de rei vindic.* Quid enim prosunt vana nominum vocabula, vt Iustinianus loquitur *in l.* 2. §. *penult. Cod. de constit. pecun.* si modò constet de corpore? Nam & in nomine ipso plerunque erratur *l. quoties* 9. *in princip. infr. de hered. instit.* Benè igitur Pedius dicebat nihil referre, an proprio nomine res appelletur, an digito ostendatur, an vocabulis quibusdam demonstretur: siquidem hæc omnia mutua vice funguntur, cùm tantundem præstent. Hoc vnum nimirum, vt rem certam de qua agitur certò designent, ne dubitari possit quin illa ipsa sit. Cæterùm in aliis nonnullis interest plerunque an sub proprio nomine, an sub appellatiuo quis designetur, vt in *l. nonnumquam* 24. *infr. ad SC. Trebell. l. turpia* 54. § *vlt. de legat.* 1. *l. siue à certis* 17. *infr. de duob. reis.* Quòd si & nomen adiectum sit & demonstratio, potior habenda erit ratio nominis à quo incepit stipulatio, quàm demonstrationis *l. si communis seruus* 37. *infr. de stipul. seruor.* Demonstratio enim fungitur vice nominis, non etiam nomen vice demonstrationis.

7. VLPIANVS libro 26. ad Edictum.

OMnia quæ inseri stipulationibus possunt, eadem possunt etiam numerationi pecuniæ, & ideò & condiciones.

Adl. Omnia 7.

RAT. DVB. Traditio nihil aliud significat, quàm actum ipsum naturalem tradendi per quem transfertur possessio, & factum tradentis. Est enim traditio tota facti *l. consilio* 7. §. *vlt. de curat furios.* Atqui naturæ facta omnia realia sunt, & consequenter pura & præsentia, nec quicquam est quod natura faciat in diem, vel sub condicione. Ergo absurdum videtur, quod hæc lex ait, omnia quæ inseri stipulationibus possunt, inseri etiam posse numerationi, etiam condiciones, quid enim aliud est numeratio pecuniæ quàm traditio? quamuis non æquè omnis traditio sit numeratio. Nec sanè bona videtur hæc stipulationum comparatio, cùm stipulationes nihil aliud sint quàm solennium verborum conceptiones quæ pro stipulantium arbitrio formantur aliquando purè, aliquando in diem, aliquando etiam sub condicione §. *omnis stipulatio Instit. de verb. oblig.* neque in iis naturæ factum vllum versatur extra prolationem verborum. DEC. Actus etiam naturales numquam operari possunt vltra intentionem agentium *l. non omnis* 19. *infr. hoc tit.* Proinde cùm traditio aliqua fit siue numeratæ pecuniæ siue alterius rei cuiuslibet, inspiciendum semper est qua mente fiat, an transferendæ tantùm possessionis gratia, an verò transferendi etiam dominij, & an purè an in diem aut sub condicione. Nam & rerum dominia possunt esse in pendenti *l. de hereditate* 19. §. *quid autem infr. de castrens. pecul. l. arboribus* 12. §. *vlt. alàs l. fin. vbi diximus in l. quid ergo* 70. §. 1 *supr. de vsufr.* §. *si ab hostib. Instit. quib. mod. ius patr. potest. soluit.* & possessio quoque licèt magis facti sit quàm iuris, sub condicione transferri potest *l. qui absenti* 38. §. 1 *infr. de acquir. poss.* Itaque actus quidem ipse traditionis non nisi purè fieri potest, sed effectus ipse traditionis, & diem recipere potest, & condicionem, non minùs quàm stipulatio: quia tam in traditionibus quàm in stipulationibus semper sequi debemus id quod actum est *l. in traditionib.* 48. *supr. de pact. l. semper in stipulationib* 34. *de regul. iur. sic in l. dotis* 7. §. *vlt. & l. seq. l. si ego* 9. §. *fin. infr. de iur. dot.* Sic dicimus solutionem quoque facti esse *d. l. consilio* 7. §. *vlt. de curat. furios.* nec eo minùs tamen fieri posse sub condicione, siue per traditionem, & realem numerationem fiat, siue per acceptilationem *l. sub condicione* 16. *infr. de solut.* in cuius specie hoc amplius est, quod in ea dominium numeratæ pecuniæ transfertur purè, nec tamen cedit in solutum nisi sub condicione. Aliud enim est dominium transferri, aliud verò in solutum dari. Siquidem licèt datio omnis in solutum dominij translatio sit, non tamen perinde omnis dominij translatio in solutum datio est. Se namque habent tanquam genus & species, & posita quidem specie ponitur genus, sed non contrà.

BIU Cujas

8. POMPONIVS libro 6. ex Plautio.

PRoinde mutui datio interdum pendet, vt ex postfacto confirmetur: veluti si dem tibi mutuos nummos, vt, si cõdicio aliqua extiterit, tui fiant, sisq; mihi obligatus. Item si legatã [a] pecuniã heres crediderit, deinde legatarius eã noluit ad se pertinere: quia heredis ex die aditæ hereditatis videntur nummi fuisse, vt credita pecunia peti possit. Nã Iulianus [b] ait, & traditiones ab herede factas ad id tẽpus redigi, quo hereditas adita fuerit, cùm repudiatũ sit legatũ, aut adpositũ.

Ad l. Proinde 8.

RAT. DVB. Mutuum ex eo appellatum est, quod de meo tuum fiat *l. 2. § appellata sup. hoc tit.* Necesse igitur est de meo tuum fieri vel eo instanti quo mutuum contrahitur vel numquam: Alioqui traditione & contractu duplici opus erit si per primam traditionem factum non sit de meo tuum. Proinde nõ potest mutui datio pendêre vt ex postfacto confirmetur. DEC. Etiam numerationi pecuniæ potest inseri condicio non minùs quàm stipulationi, vt dictum *est in lege præced.* Condicionis autem proprium est vt suspendat non actum quidem & contractum ipsum (est enim contractus & quidem perfectus licèt condicionalis etiam priùs quàm condicio existat *l. si filiusfamilias 78. infr. de verb. obligat. l. qui balneum 9. l. potior 11. §. 1 infr. qui potior. in pignor. hab.* sed vim potestatem & effectum contractus, vt ex eo neque dominium neque possessio transferatur ante condicionem existentem, adeóque nec vlla ex eiusmodi contractu priùs nascatur obligatio *l. pecuniam 36. infr. hoc tit. l. cedere diem 213. de verb. signific.* Cùm igitur dare nihil aliud sit quàm dominium transferre *l. vbi autem 75. §. vlt. infr. de verb. oblig.* consequens est vt mutui dationem pendêre necesse sit & ex postfacto confirmari si mutuos tibi dederim nummos ea lege, vt non priùs tui fiant, nec priùs mihi sis obligatus ex mutuo quàm aliqua condicio extiterit. Nam neque mutuum priùs esse potest, quam de meo tuum factum sit, neque meo tuum priùs fieri quam euenerit cõdicio sub qua mutuum contractum est. Ita fit vt quemadmodum ante condicionis euentum nulla obligatio contracta dici potest. Ita condicione existente mutuum confirmetur, & quæ simplex fuerat traditio numeratæ pecuniæ, euadat in mutui dationem nec alio nouo contractu, nouáque traditione vlla opus sit, non quia condicio semel existens retrotrahatur ad tempus præteritum, vt vulgo malè nostri autumant (cùm enim condicio nihil aliud sit quàm priuatio, vt ita dixerim, puritatis, certè nihil est, ideóque nec retrotrahi potest, siquidem non entis nullæ possunt esse qualitates) sed quia euentus condicionis facit vt contractus habeatur pro puro, quandoquidem sola condicio faciebat ne purus esset *d. l. potior §. 1.* sicut & eiusdem condicionis defectus efficit vt contractus qui antea erat aliquis & condicionalis habeatur exinde pro nullo.

a *Item si legatum.* RAT. DVB. Nemo inuitus legatum agnoscere compellitur quamuis lucrosum, quia omne legatum donatio est *l. legatum est 6. de leg. 2.* & consequenter beneficium, inuito autem beneficium non datur vt habet iuris regula *l. inuito 69. de regul. iur. l. nec emere 16. C. de iur. delib.* Itaque agnitionem legati secutam esse necesse est, vt legatario legatum acquiratur *l. ei qui 13. infr. de condic. instit.* Ergo si heres pecuniam per modum speciei legatam, puta centum quæ in arca testator habebat, alicui crediderit antequàm legatum à legatario agnitum sit, dicendum est, mutuum statim contrahi, fieriq; nummos accipientis, cùm interim dominium fuerit heredis qui credidit, non legatarij, nec proinde expectandũ vt heres nolit legatum ad se pertinere. Igitur nõ pẽdet hoc casu datio mutui nec translatio dominij pecuniæ creditæ. DEC. Legatũ speciei, aut quod idem est generis relicti per modũ speciei vt in exẽplo proposito tã citò facit rẽ legatã legatarij atque hereditas heredis res singulas cęteras hereditarias, ita vt dominiũ recta via trãseat à testatore in legatariũ, quasi nunquã factũ heredis *l. legatũ 80. de legat. 2. l. à Titio 64. ad fin. infr. de furt.* Nẽpe si agnitio legati posteà sequatur adita quãdocũq; hereditate. Nã si legatarius legatũ repudiaret, nũquã eius fuisse videretur, sed ab initio fuisse heredis *l. seruũ filij 44. §. 1. l. si tibi homo 86. §. cũ seruus de legat. 1.* Proinde necesse est pendere hoc casu dominium, est enim hic casus ex eorũ numero in quib. ex postfacto apparet quid ante fuerit *l. quædã 15. infr. de reb. dub. l. qui res 98. in princip. & §. 1. infr. de solut.* Duplex siquidem est acquisitio legati, vna reuocabilis secundũ quã acquiritur legatũ ignoranti & dormienti legatario *l. cum pater 77. § surdo de legat. 2. l. filiusfam. 16. §. 1. infr. qui testam. facer. poss.* vt saluum sit legatario ius repudiandi *d. l. 44. §. 1 & l. 56. § cùm seruus de legat. 1.* Alia verò irreuocabilis per quã nõ acquiritur legatũ nisi volẽti, sed ita vt post agnitionem libera nõ sit repudiandi potestas, adeò vt nec agnosci pro parte possit, & pro parte repudiari *l. legatarius 38. in princip. & §. 1 eod tit. l. Titia cùm testamẽto 34. §. Lucia Titia de legat. 2.* Quod enim semel acquisitũ est, repudiari amplius nõ potest *l. 1. §. decretalis infr. de succeff. edict.* Verum igitur est, quod in hac lege scribit Pomp. si legatã pecuniam heres crediderit, deinde legatarius eã noluerit ad se pertinere, heredẽ posse illam pecuniam quasi creditam petere, quia videntur nummi eius fuisse ex die aditæ hereditatis *d. § cum seruus* i. ex die mortis. Nã hereditas adita quãdocunq; ex die mortis adita fuisse retrofingitur *l. heres quãdocunq. 54. de acquir. hered. l. omnis hereditas 138. l. omnia ferè 193. de regul. iur.*

b *Nã & Iulianus ait.* Ratio dubitandi & decidẽdi est eadẽ, quæ ad sentẽtiã proximè præcedentẽ. Nã & cũ mutui dãtur nũmi, qui per modũ speciei fuerant legati traditionẽ interuenire necesse est, cum mutuum nõ nisi re & traditione cõtrahatur *l. 1. § re contrahitur infr. de oblig. & action. & Instit. quib. mod. re contr. oblig. in princip.* Debet igitur hic versiculus vt differat à superiore, intelligi de traditione rei quidẽ legatæ, & ab herede traditæ antequam legatum vel repudiatum sit vel acquisitũ, sed de traditione facta rei legatæ extra causam mutui, puta si fundus Titio legatus sit, & eũ fundum heres ante agnitionẽ vel repudiationem legati vendiderit aut donauerit Sẽpronio. Nã si Titius legatũ posteà agnoscat, videbitur à nõ domino facta traditio quæ ab herede facta est, ideóque nec quicquam proderit Sempronio: si autem Titius repudiauerit, valebit traditio, ex eáq; dominij translatio secuta videbitur ac si nec legatũ fuisset *d. l. legatarius 38. §. 1. & d. l. seruum filij 44. §. 1. de legat. 1. l. si miles Titio 31. infr. de testam. milit.* Redigũtur ergo

ergo traditiones ab herede factę ad id tempus, quo hereditas adita fuerit, siue repudiatum sit legatum, siue *adquoisitum*, quomodo scribere solet Horarius Florentinus pro *adquisitum*, vt bene docuit Cuiac. *lib 2. obseruat. cap. 7.* non vt habet vulgata lectio *adpositum*, quæ nullius hîc sensus lectio est, licet eam suo more interpretari conetur Accursius. Caue autem, ne hanc legem intelligas de re legata sub conditione. Etsi enim legatum sub conditione pendet, quandiu pendet conditio, sub qua relictum est, dominium tamen rei sub conditione legatæ non pendet, quia interim pleno iure est heredis, licet existente quandocunque conditione legati postmodum agniti, sicut retrofingitur legatum fuisse ab initio purum, ita & dominium retrofingitur legatario acquisitum ex die aditæ hereditatis, *l. & post litem 12. §. res quæ supr. famil. erciscund. l. generaliter 29. §. 1. inf. qui & à quib. manum.* At cum legatum purum est, dici nequit, cuius interim sit pleno iure, an heredis, an legatarij, quousque legatarius vel agnouerit legatum, vel repudiauerit. Ergo tota hæc lex intelligenda est de legato puro, de quo etiam *in l. Titio & Seio 34. cum duab seqq. sup. ad leg Aquil.* Ideo autem tam in hac lege, quàm in aliis plerisque fit mentio aditæ hereditatis, quoniam aditio hæreditatis est condicio: sine qua non posset valere legatum, cum non adita hereditate legata corruere necesse sit, & cętera omnia quę testamento continentur *l. ea quam 14. C. de fideic. l. si nemo inf. de testam. tutel. l. si nemo 181. de regul. iur.*

9. VLPIANVS libro 26. ad Edictum.

CErti condictio competit ex omni causa[a], ex omni obligatione, ex qua certum petitur[b]: siue ex certo contractu petatur[c], siue ex incerto[d], licet enim nobis ex omni contractu certum condicere, dummodò præsens sit obligatio: ceterùm si in diem[e] sit, vel sub conditionem obligatio: ante diem, vel condicionem non potero agere.

Ad l. Certi condictio 9.

Putant nostri esse hanc legem de certi condictione generali, quæ differat à condictionibus certi specialibus ex mutuo, aut ex stipulatione vel aliis similibus. Sed hanc sententiam refutauimus *in error. 3. decad. 83 de error. pragmat* vnde peti volumus, quæ alioquin hîc tractanda essent. Vnica enim certi condictio est, per quam semper certum petitur siue ex certo siue ex incerto contractu, vt hæc lex ait, sed ex causa aliqua speciali, siue mutui, siue stipulationis, siue alia huiusmodi qualibet. Eoque sensu potest dici condictio certi generalis, quia specialibus causis singulis conuenit, non quasi sit aliqua condictio certi specialis, quæ differat à certi condictione generali, aut quasi hæc certi condictio generalis separatim, & per se exerceri possit, nulla speciali causa adiecta, aut denique, quasi etiam triticariam contineat, aut condictionem sine causa, quoties per eas actiones certum petitur, puta fundus aut Stichus *l. cum fundus 31. in princip. inf. hoc tit.* Nam etsi triticaria datur ad rem certam, ita tamen datur, ne pecunia petatur, *inf de condict. tritic.* Condictio autem certi datur quidem etiam pro fundo vel Sticho, sed ita vt per eam non tam fundus vel Stichus, quam pecunia certáque speciei petitæ æstimatio petatur. itaque nunquam possunt triticaria & condictio certi concurrere, vt à nobis pluribus comprobatum est *dict. error. 3. in fin. deca. 83. & seqq.*

a *Ex omni causa & ex omni obligatione.* Non sunt ista synonyma, & quæ inculcationem verborum contineant, vt quidam apud Accursium credidere-runt, sed ita distinguenda, vt causam dixerit Vlpianus pro contractu, vel quasi, aut maleficio, vel quasi, aut alia re qualibet, ex qua nascatur obligatio. Obligationem vero pro effectu illius causæ, quomodo bene, ac melius quam alij, idem noster interpretatur Accursius. Nascuntur enim obligationes omnes ex supradictis causis aliisque variis causarum figuris *l. 1. in princip. inf. de obligat. & act.* sicut ex obligationibus ipsis nascuntur actiones personales *l. licet 42. §. ea obligatio supr. de procurat. & Instit. de verb oblig. in princip.* Valde autem torquet se Accursius, ac post eum cæteri, in quærenda ratione, cur hæc certi condictio generalis inducta sit, cum speciales sufficiant. Nimirum supponunt esse quasdam certi condictiones speciales, quæ reipsa & numero differant à generali, quod nos iam refutauimus. Et certe vel ob hoc maxime credere interpretes debuerunt, aut nullam esse certi condictionem generalem, aut nullas esse speciales, cum non sine causa & necessitate multiplicandæ sint actiones, vt neque apud Philosopho entia. Respondet tamen Accursius aliquos esse casus, in quibus certi condictio specialis nulla competere potest. Tres autem adfert Primum illum si stipuler decem, aut quid aliud certum. Secundum si stipuler factum aliquod & petam id quod interest, quod non sum stipulatus, Tertium si specialis condictio sit famosa, nolim tamen ego aduersarium puta fratrem meum infamare & pecuniam nihilominus velim petere, sed male in omnib. Nam qui certum stipulatur, perinde habet condictionem certi ex stipulatione, atque is qui mutuam pecuniam dedit, habet condictionem certi ex mutuo *l. si quis certum 24. inf. hoc tit. & Inst. de verb. oblig. in princip.* Qui verò factum aliquod stipulatur, vtiq; incertum stipulatur *l. vbi autem 75. §. qui id quod inf. de verb. oblig.* proinde certi condictione agere nō potest, per quam nihil nisi certum petitur. Multo minus ad id quod interest, quod semper æque incertum est *l. vlt. inf. de prætor stipul. iunct. l. si quis ab alio 13. §. vlt. infra de re iudiciaria. leg. quatenus 24. de regulis iuris.* de quo egi pluribus in *error. 4. decad. 83. de erroribus Pragmaticorum.* Denique specialis condictio certi famosa nulla est, quæ generalem facere possit necessariam: si qua enim esset famosa, ea maxime esset, quæ ex famosa causa penderet, cuiusmodi est condictio furtiua: quam tamen constat famosam non esse *l. cessat 36. de oblig. & action.* Idem Accursius quærit, vtrum hæc certi condictio pereat tanto tẽpore quanto perit actio, in cuius locum datur puta redhibitoria. Et ait perire tanquam quæ eius actionis, in cuius vicem subrogatur, naturam induat & repræsentet *argument. l. si eum 10. §. qui iniuriarum sup. si quis caution l. in duob. 28. §. exceptio inf. tit prox.* Sed non puto. datur enim redhibitoria ad factum, id est ad redhibendum *l. redhibere 21. in princip.* ac proinde vt modo diximus, ad rem incertam *d. §.* qui id quod

BIU Cujas

ideoque cum incerti condictione non potest concurrere. Et certe absurdum est dicere, certi condictionem aliquam esse, quæ tempore pereat, cum sit actio ciuilis, vt & cæteræ condictiones omnes siue certi sint siue incerti, actiones autem omnes ciuiles sint perpetuæ *Institut. de perpet. & tempor. action.* Sane quoties condictio hæc competit & exercetur, concurrentem aliam actionem, quæcunq; illa sit, consumit *d. §. exceptio.* Idem Accursius quærit, an hæc certi condictio, si competat ex qua alia causa, quæ per inficiationem crescat, puta ex causa legis Aquiliæ, vt subiicitur in hac lege, an detur illa etiam in duplum. Et respondet recte, non dari: quia in hanc actionem aliæ veniunt, si modo per eas certum petatur, sed cum sua natura, non etiam cum suo incremento, vt loquitur *l ip in l. item veniunt 20. §. cum prædiximus supr de hered. petit.* aut quomodo Accursius, in ea forma & statu, quem habet actio primordialiter, non ex superueniente casu *l. vt tantum 14. in princip.* vbi dixi *supr. de seru. corrupt.*

b *Ex qua certum petitur.* RAT. DVB. Petitionis nomine actio in rem & vindicatio significatur *l. actio 28. iunct. l. actionis 25. inf. de oblig. & act. l. pecuniæ 178. §. actionis de verb. significat.* Atqui nemo potest rem suam condicere, nisi à fure *l. vlt supr. vsufr. quem. caueat.* Ergo condictio certi non potest illa esse, per quam certum petitur. DEC. Peti dicitur etiam quod per actionem personalē petitur *l. amplius 15. inf. rat. rem hab l. vinum 22. inf. hoc tit.* De personali autem obligatione Vlpianum hic tractare ex eo apparet, quod subicit,

c *Siue ex certo contractu petatur, siue ex incerto.* Ex contractibus enim siue certi, siue incerti sint, nonnisi personales obligationes nasci possunt, non etiam reales, quæ ex præsenti tantum possessione nascuntur *l. non alias 24. sed etsi postul. tur supra de iudic. §. 1. Institut. de action.* Neque tamen existimandum est ex quocunque contractu siue certo siue incerto competere hanc condictionem, nisi etiam illud concurrat, vt agatur ad rem dandam, quæ sit certa. Condictiones enim omnes ita dantur, vt per eas intendat actor sibi dari oportere rem aliquam, id est, eius dominium in se transferri *§. appellamus 15. iunct. § præced. Institut. de action. l. vlt a tem 75 §. vlt. inf. de verb. oblig.* Ideoque nec Accursius negat condictionem non esse, si quis vel depositi vel commodati, vel pignoratitia, vel huiusmodi actione experiatur ad rem suam reposcendam, nisi dolus eius qui conuenitur furtum facientis inducat condictionem furtiuam *l. si quis inficiatus 11. §. depos it. quæ* sola datur etiam domino *l. a f. de condict. furt.* Proinde si agam contra te ad rem aliquam tradendam, quam mihi vendideris, licet certam, puta Stichum aut fundum Cornelianum, non agam hac condictione certi, quia licet res certa sit, quam debes tradere, hoc ipsum tamen, vt debeas tradere, facti est, *l. consilio 7. §. vlt. in f. d. curat. furios.* facta verò omnia incerta sunt, quatenus facienda, quamuis vbi facta sunt, certa sint *d. l. vbi autem 75. §. qui id quod de verb. oblig.* Nempe quia ex futuro pendent euentu, qui semper incertus est *l. quod debetur. 51 inf. de pecul.* In eoque noster errat Accursius, qui hunc locum sic intelligit, quasi competat certi condictio, quoties ex contractu aliquo certum petitur, dari, inquit, vel tradi, velut in actione ex empto *leg ex empto 11. inf. de actione empt.* Quasi verò cum agitur ad faciendum, petatur quid certum: ac non potius incertum, scilicet id quod interest, vt supra diximus *ex leg. si quis ab alio 13. in fin de re iudiciaria, leg. vltim inf. de præscr. stipulat. iunct. leg. 2. §. incertam eod. §. vltim. Institut. de verborum obligation.* Aut quasi separanda sit obligatio puri facti, vt *fossam facere*, & similia, ab obligatione tradendi, quomodo idem Accursius loquitur, & distinguit. Tam enim facti est tradere, quàm fodere, & in vtraque obligatione, si non fiat id, quod conuenit, succedit obligatio, & præstatio eius quod interest *d. leg. si quis. leg. stipulationes non diuidentur 72. leg quoties octuagesima prima de verborum obligat.* Accursium fefellit, quod certum peti credidit, cum agitur ad tradendam rem certam, itemque locum esse condictioni certi, tum quoque cum agitur ad id quod interest. Quod vtrumque iam refutauimus, & pluribus *in error. 4. decad. 82. de erroribus Pragmaticorum, ex lege vltim. supra si quis in ius vocatus non ierit, leg liber homo 118 §. vlt m. inf de verborum obligat.* Quamuis Accursius teneat id, quod interest, prima quidem facie incertum esse, sed per subtilitatem iudicis in sententia fieri postea certum *ex leg. vnic. Cod. de sentent. quæ pro eo quod inter. profer.* non animaduertens, quicquid per hanc certi condictionem petitur, certum esse oportere ab initio, & eo tempore, quo petitur, nec sufficere, quod per iudicem in ferenda sententia certificari postea possit, quasi hoc ipsum ab initio certum sit ratione spei infallibilis, vt Accursius noster loquitur: quod certe ridiculum est, vt constat *ex d. leg liber homo 118. §. vltim. de verborum obligationibus*, in cuius specie nec quicquam est, quod per sententiam certificari possit, aut debeat, cum certa quantitas in stipulationem deducta esset: sed præstanda tamen alij quàm ipsi stipulatori, propter quod non poterat stipulator ad aliud, quàm ad factum agere, vt ea ipsa pecunia per promissorem alij præstaretur. Nec sane taxatio facienda per iudicem efficere potest, quominus id, quod taxandum est, sit ab initio incertum *d. l. vltim. inf de prætor. stipulat. l si quando 6. inf. vt legat. caus. caueat. l. si traditio 4. Cod. de action. empt l. pen. §. 1. supr. de iurisd.*

d *Siue ex incerto.* RAT. DVBIT. Ex contractibus nascuntur obligationes, sicut ex obligationibus actiones. Non ergo videtur fieri posse, vt ex contractu incerto nascatur obligatio, & condictio certi. DEC. Condictionem certi parit non forma & substantia contractus, sed materia, nec ad eam aliud requiritur, quàm, vt res, quæ ex contractu debetur, sit certa, potest autem esse certa, quamuis debita sit ex contractu incerto, id est, qui certum nomen non habeat, sed qui sit innominatus, sic enim explico quod hic dicitur de contractu incerto: alioqui non posset contractus dici incertus, ex quo certum deberetur, sicut nec certus ex quo incertum, quomodo stipulationes certas ab incertis ex diuersitate materiæ distinguit Caius in *l. stipulationum 74. iunct l. seq. inf. de verbor oblig.* Aliud igitur est de condictione certi tractare: aliud verò de contractu certo: quemadmodum nec quicquam vetat ex contractu etiā certo & nominato nasci cōdictionem incerti, si forte ex eo, vel factum, vel quid incorporale quod in iure consistat, vel id quod interest, vel denique aliud quid incertum debeatur.

e *Cæterum si in diem.* RAT DVB. Quod in diem debetur, iam debetur prius etiam quàm dies venerit, si modò dies sit certa, id est, quam venturam esse certum sit. Cedit enim dies statim, licèt

BIU Cujas

cèt nondum venerit *l. cedere diem* 213. *de verb. significo.* ideóque potest debitor interim soluere, inuito etiam creditore, & soluendo liberari, quia totum medium tempus liberum ei ad soluendum esse intelligitur *l. quod certa die* 70. *infr. de solut.* quod secus est in debito condicionali, quippe cuius dies neque cessit, neque venit antequàm existat condicio *d. l. cedere diem l. stipulatio ista* 38. *§. inter incerta infr. de verb. obligat.* Debuit ergo Vlp. distinguere hîc debitum in diem à debito sub condicione, non eandem vtriusque rationem facere. DEC. Est quidem differentia inter debitum in diem, & condicionale quantum ad natiuitatem obligationis, vt modò diximus, sed non quantum ad petitionem debiti benè & cum effectu instituendam. Non enim magis exigi potest quod debetur in diem certam quæ nondum venerit, quàm quod sub condicione *d. l. cedere diem l. qui hoc anno* 42. *l. liber homo* 118. *§. 1. de verb. obligat.* quamuis quod in diem debetur possit interim solui, vt diximus, non etiam quod sub condicione, cùm non possit contingere liberatio nisi solutione eius quod debetur, priusque sit natura & tempore, vt quid debitum sit, quàm vt solui possit. Quæ ratio & sententia *est d. §. inter incertam.* vbi cùm agitur de incerta die, hoc ipso agitur de conditione, siquidem dies incertus facit condicionem, non tantùm in testamentis *l. dies incertus* 75. *de condic. & demonstr.* sed etiam in contractibus *l. sub condicione* 16. *§. 1. cum duab. seqq. infr. de condict. indeb.* sed & differentia in eo est inter debitum in diem certam & cõdicionale, quòd creditor in diem certam potest statim agere ipso iure, quamuis malè agat & non rectè, adeò vt olim causa caderet tanquam plus petens tempore *§. plus autem Instit. de action.* creditor autem condicionalis licet sit interim creditor, ita vt possit transmittere ius ad heredem *l. is cui* 42. *de oblig. & act. §. ex condicionali Inst. de verb. oblig.* agere tamen nullo modo interim potest, cùm actio omnis personalis præsupponat obligationem *§. 1. Instit. de action. l. licet* 42. *§. eâ obligatio suprà de procurat.* Itaque si agat, non tam malè agere dicendus est quàm nihil agere, vt *in l. vnic. in fin. supr. quand. dies vsufr. legat. ced.* Proinde nec causa cadebat olim quasi plus petens, nec actionem nondum competentem, sed ex condicionis duntaxat euentu competituram, consumebat. Præsentem igitur obligationem esse oportet, id est, neque die neque condicione suspensam, vt certi condictio locum habere cum effectu possit. Idémque in qualibet alia actione iuris est, quamuis aliàs præsens obligatio dicatur etiam cuius exactio per diei adiectionem differtur *leg. centesimis* 46. *de verbor. obligat.* Non enim pendet dies qui non potest non venire licet nondum venerit: condicionis est pendêre & suspendere *leg. pecuniam* 36. *in fin. infr. hoc tit.* Quod autem pendet, non pro eo habendum est, ac si iam sit *l. is damnum dat* 169. *§. 1. de regul. iur.*

1 ¶ Competit hæc actio etiam ex legati causa: & ex lege Aquilia[a], sed & ex causa furtiua[b] per hanc actionem condicitur: sed & si ex Senatusconsulto[c] agetur, competit hæc actio: veluti si is, cui fiduciaria hereditas restituta est, agere volet.

Ad §. 1. Competit.

RAT. DVB. Legati dominium transit recta via à testatore in legatarium quasi numquam factum heredis *l. legatum ita* 80. *delegat. 2. l. à Titio* 64. *infr. de furt.* Nempe cùm legatum erat olim per vindicationem, non etiam si per damnationem, vt & Vlp. & Caius in Instit. scribunt. Hodie verò post sublatas legatorum formulas antiquas & differentias quocunque modo legatum sit, cùm pro legatis omnibus dederit Iustinianus vindicationem, quæ non alij quàm domino datur *l. 1. & 2. C. commun. de legat. iunct. l. in rem* 23. *supr. de rei vindic.* sicut & in cæteris omnibus dedit Iustinianus omni generi legatorum eam naturam, quæ olim erat optima, nisi quòd legatum voluit semper accipi per manus heredis, vt constat ex legati diffinitione posita *in §. 1. Instit. de legat.* alioqui locum esse interdicto, *quod legatorum l. 1. §. qui verò ex causa infr. quod legator.* Atqui nemo potest rem suam condicere nisi à fure *leg. vlt. in fin. supr. Vsufr. quem. caueat. §. sic itaque Instit. de action.* Ergo non potest ex causa legati condictio certi competere, non magis quàm cum vindicatione concurrere. DEC. Necessariò hic locus intelligendus est, secundùm iuris veteris rationem de legato speciei per damnationem relicto. Aut, vt interpretatur Accursius, de rei alienæ legato. Non enim res legata eo minùs dari potest, eiusque dominium in legatarium transferri, quòd sit aliena, cùm ad hoc sit obligatus heres, vt eam redimat à domino si modò velit ille iusto precio eam vendere *leg. non dubium* 14. *§. vlt. de legat. 3. l. seruum filij* 44. *§. vlt. delegat. 1. leg. alienus* 61. *in fin. ad leg. Falc.* Aut denique de legato quantitatis, vt addit idem Accursius, quia cùm in genere consistat, non potest vllum dominium in legatarium transferri ante solutionem, quam semper in specie fieri necesse est, quo demùm tempore dominium transfertur *l. si quis seruum* 8. *§. vlt. & l. seq. delegat. 2.* Cui consequens est, vt cùm hodie pro quocunque legati genere competat legatario vindicatio speciei legatæ, si modò testator rem suam legauerit, non possit iam competere certi condictio pro specie legata quæ fuerit testatoris, non magis si per damnationem, aut per sinendi modum legata sint quàm si per vindicationem, ne alioqui concurrat condictio cum vindicatione aduersus iuris regulam. Erit ergo huius §. sententia hodie restringenda ad legatum rei alienæ, vel quantitatis certæ, quamuis in genere relictæ, cùm perinde sit certa quantitas, quæ per modum generis relicta est, quàm quæ per modum speciei. Non enim vt certi condictio locum habere possit, necesse est rem quæ petitur, fuisse aliquando meam, sed sufficit vt mea non sit, fieri verò mea possit & debeat *l. videamus* 38. *§. si actionem infr. de vsur. iunct. l. si quis certum* 24. *infr. hoc tit.* Vlpiani temporibus non erat bona hæc restrictio, cùm pro legato speciei etiam quæ fuisset testatoris, competere posset certi condictio, si modò ea species per damnationem legata fuisset. In eóque noster errauit Accursius ignoratione iuris veteris circa differentias legatorum quas Caij & Vlpiani Institutionibus debemus. Illud sanè ex hoc §. bene infert idem Accursius, posse condictionem certi competere ex quasi contractu: cùm non nisi ex quasi contractu heres obligetur legatariis, quòd adeundo hereditatem quasi cum his

BIU Cujas

contrahat *l. si quis 5. §. heres quoque infr. de oblig. & act. iunct. l. 3. §. vlt. & l. seq. quib. ex cauſ. in poſſ. eat.*

a *Et ex lege Aquilia.* RAT. DVB. Ex lege Aquilia datur actio in occiſorem quanti plurimi res fuit eo anno retrorſum computato *l. ait lex 21. ſupr. ad l. Aquil.* propter quam cauſam dicitur actio illa pœnalis *§. his autem verbis Inſtit. eod. tit.* vbi ex hoc infertur non dari eam contra heredem. Atqui condictio certi nullo modo pœnalis eſt, ſed merè rei perſecutoria, vt ſunt cæteræ condictiones omnes quæ ideo dantur ſemper in heredem in ſolidum, adeò vt nec furtiua condictio excipiatur ab hac regula, quamuis detur ex delicto, id eſt ex furto *l. in condictione 9. infr. de condict. furt.* Ergo ex cauſa legis Aquiliæ competere certi condictio non poteſt. DEC. Condictio certi competit ex quacunque cauſa, nec minùs ex maleficio, vel quaſi, quàm ex contractu, vel quaſi, dummodò certum ſit id quod petitur, vt initio huius legis ſcriptum eſt. Atqui etiam ex lege Aquilia certum petitur, ſiue occiſus homo petatur à debitore ipſo qui occiderit (perinde enim peti poteſt, & debet ac ſi adhuc viueret *l. ſi ſeruum 91. in princip. & §. vlt. infr. de verb. oblig.*) ſiue ad veram æſtimationem agatur, quę fuit mortis tempore, ſumpto mortis nomine ἐν πλάτει, vt loquitur *Vlp. in l. 3. infr. de condict. triticar.* Semper enim certum precium eſt, quod eſt verum, quódque ad certum tempus refertur *l. in lege Falcidia 62. in fi. infr. ad leg. Falcid.* Ergo etiam ex cauſa legis Aquiliæ certi condictio poteſt competere: ſed longè aliter quàm actio ipſa legis Aquiliæ. Illa enim pœnalis eſt, quia perſequitur quanti plurimi res fuit eo anno retrorſum computato, & præterea creſcit per inficiationem *leg. 4. Cod. de leg. Aquil.* Hæc autem certi condictio nunquam pœnalis eſt, nec per inficiationem creſcit, vt iam ſuprà diximus *ex l. item veniunt 20. §. cùm prædiximus ſupr. de hered. petit.* ſcripſi latiùs *in Error. 3. Decad. 8 4. de error pragmat.* Accurſius non ſatis clarè hoc explicat. Illud certè malè addit, condictionem hanc eſſe temporalem cùm redditur loco ædilitiarum, idque nos iam ſuprà refutauimus.

b *Sed & ex cauſa furtiua.* RAT. DVB. Condictio furtiua nunquam concurrit cum alia vlla condictione. Habet enim propriam & ſeparatam naturam à cæteris omnibus. In eo præſertim quod datur ſoli domino aduerſus non dominum. Cæteræ autem omnes non domino aduerſus dominum *l. 1. infr. de condict. furt. d. l. vltim. ſupr. vſufr. quemadm. caueat.* Ergo non poteſt certi condictio ex cauſa furtiua competere. DEC. Condictionem certi ex cauſa furtiua, cùm dicimus, non duplicem condictionem intelligimus, vnam quæ ſit condictio certi, alteram quæ ſit condictio furtiua: ſed vnicam duntaxat quæ & certi eſt ſi per eam certum petatur, & furtiua cùm ex cauſa furtiua detur. Quemadmodum & condictio triticaria eſſet etiam condictio furtiua, ſi quis rem furtiuam ipſam condiceret non ipſius æſtimationem *l. 1. §. vltim. & l. ſeq. infr. de condict. tritic.* Ex quo intelligimus tanto magis verum eſſe quod in præcedentibus docuimus condictionem certi generalem nullam eſſe quæ re vera ſit diſtincta à ſpecialibus, ſed quæ tamen non aliter in iudicium deduci poteſt, quàm ſi ſingulis & ſpecialibus ſuis cauſis applicetur, à quibus propriam ac ſpecialem naturam accipiat, propter quam incipiat dici condictio certi furtiua, vel ex mutuo, vel ex ſtipulatione, vel ex legato, vel ex lege Aquilia, vel ex alia denique qualibet cauſa. Idque probatur etiam optimè ex §. *quoniam autem infr. hac lege.*

c *Sed etſi ex Senatuſconſulto.* RAT. DVB. Reſtituta hereditate fideicommiſſaria ex SC. Trebelliano, nihilominùs heres manet is qui reſtituit §. *reſtituta Inſtit. de fideic. hered.* Quiſquis enim ſemel heres fuit ſemper heres perſeuerat *leg. ait Prætor 7. §. ſed quod Papinianus ſupr. de minor. l. ei qui ſoluendo 68. infr. de hered. inſt.* Heres autem quatenus heres eſt, ſuccedit in iura defuncti omnia, & in eum tranſeunt omnes hereditariæ actiones tam actiuæ quàm paſſiuæ *leg. vlt. & tot. tit. C. de heredit. act.* Ergo certi condictio quæ defuncto competiit, & poſt eum heredi non alij quàm heredi ipſi competere poteſt etiam poſt factam hereditatis reſtitutionem. DEC. Poſt reſtitutam hereditatem ex SC. Trebelliano, actiones omnes quæ defuncto & in defunctum competebant, & quæ ex lege 12. tabul. tranſlatæ fuerant à defuncto in heredem, tranſeunt poteſtate Senatuſconſulti ab herede in fideicommiſſarium, ſiue ciuiles illæ fuerint, ſiue prætoriæ, ſiue ædilitiæ, non quidem directæ, quippe quæ ab heredis perſona ſeparari non poſſunt, ſed vtiles *l. 1. & 2. l. ita tamen 27. §. qui ex Trebelliano infr. ad SC. Trebell.* Quæ res facit, vt ſi heres poſt reſtitutionem hereditatis directis actionibus experiri volet, repellendus ſit exceptione reſtitutæ hereditatis *d. §. qui ex Trebelliano.* Neque enim eundem debitorem eadem actione duobus cum effectu teneri æquum eſſet, vni directa, alij verò vtili *leg. ſi pecunia 77. de legat. 1.* Citra reſtitutionem nullæ actiones hereditariæ competunt fideicommiſſario, niſi, inquit Accurſ. in tribus illis caſibus, de quibus *in leg. penult. C. ad SC. Trebell.*

¶ 2 Siue autem ſuo nomine quis obligatus ſit, ſiue alieno: per hanc actionem rectè conuenitur.

Ad §. 2. Siue autem.

RAT. DVB. Quiſquis agit condictione certi, aut etiam alia condictione qualibet, intendit aduerſarium ipſum dare ſibi oportere §. *appellamus Inſtit. de action.* Ergo non alius hac condictione poteſt cõueniri quàm qui ipſe dare debet, id eſt dominium transferre §. *ſic itaque eod. l. vbi autem 75. §. vlt. de verbor. oblig.* Non poteſt enim fieri, vt duo eandem rem dare eiúſque dominium transferre poſſint, aut debeant, vnus ſuo nomine, alius alieno, non magis quàm vt duo ſint eiuſdem rei domini in ſolidum *l. 5. §. ſi duobus vehiculum infr. commod.* DEC. Tam poteſt dare, ac dominium transferre is qui alieno nomine obligatus eſt ad dandum, quàm qui ſuo, cùm ſi non ſit dominus, poſſit tamen dominium ſibi à domino acquirere, vt *in l. non dubium 14. §. vlt. de legat. 3.* aut aliter facere, vt dominium quoquomodo efficiatur ſtipulatoris *d. l. vbi autem §. vlt.* Nihil ergo intereſt an ſuo nomine quis dare debeat, an alieno puta fideiuſſorio vt *in l. 4. inf. de ſolut.* Sic enim malo hunc locum intelligere quàm cum Accurſio de eo, qui ex contractu defuncti conueniatur. Hic enim proprio nomine debet, quod defũctus debuit non alieno

BIU Cujas

alienò licèt debitum non ab ipsius, sed à defuncti persona cœperit. Interdum tamen etiam alieno nomine conueniri dicitur, qui tanquam heres ex defuncti facto conuenitur. Vt in exemplo quod adfert Accursius ex *l. furti 6. §. si quis alieno supr. de his qui notant. infam.*

3 ¶ Quonaim igitur ex omnibus contractibus hæc certi condictio competit, siue re fuerit contractus factus, siue verbis, siue coniunctim, referendæ sunt nobis quædam species, quæ dignum habent tractatum, an hæc actio ad petitionem eorum sufficiat [a].

Ad §. 3. Quoniam igitur.

Incipit Vlpianus species quasdam tractare & persequi De condictione certi, An iis speciebus competat. Quæ quæstiones ex eo nascuntur quod initio huius legis dictum est, Certi condictionem competere ex omni causa & obligatione & ex omni contractu, siue certo siue incerto. Addit nunc *siue re fuerit contractus factus siue verbis, siue coniunctim*, id est, re pariter & verbis, vt Modestinus loquitur *in l. obligamur 52. infr. de obligat. & act* vbi hoc ipsum sic explicat *cùm res interrogationi intercedit* ita tamen vt non duo contractus sint, sed vnus. Nihil enim vetat contractum vnum & re & verbis fieri, licèt contrà sentire Accursius videatur, quamuis alterutrum sufficiat ad contrahendam obligationem *d l obligamur & l. . in princip. infr. Pro socio.* vbi non coniunctim, sed diuisim accipienda sunt verba illa *societatem coire & re & verbis* non autem de societate verbis contracta, re interueniente, quomodo interpretatur Accursius.

a *An hæc actio ad petitionem eorum sufficiat.* Probant manifestè hæc verba id quod inculcauimus toties in præcedentibus, condictionem certi generalem nunquam posse exerceri, quin specialis aliqua causa inducatur & exprimatur, quod in omnibus personalibus actionibus iuris est *l. & an eadem 12. §. actiones infr. de except. rei iudic.* Nec quòd specialis causa exprimatur facere nouam speciem actionis quæ dici debeat condictio specialis à generali distincta. Nec enim de alia quàm generali de qua hucusque actum est, possunt hæc verba accipi, *an hæc actio.* Et tamen in speciebus quæ mox proponentur, ait Vlpianus eam sufficere ad petitionem. Non ergo admittit duas certi condictiones quarum vna sit generalis, & altera specialis, sed vnica tantùm quæ ad emergentes species accommodata in singulis locum habeat, & ad petitionem sufficiat.

4 ¶ Numeraui tibi decem, & hæc alij stipulatus sum: nulla est stipulatio: an condicere decem per hanc actionem possim, quasi duobus contractibus interuenientibus: vno, qui re factus est, id est numeratione, alio, qui verbis, id est inutiliter, quoniam alij stipulari non potui: & puto posse.

Ad §. 4. Numeraui.

RAT. DVB. Cùm quis mutuam dat pecuniam & stipulatur, siue ante siue post numerationem stipuletur, non est existimandum nasci aliquam ex numeratione actionem, quæ deinde per stipulationem mouetur, quia id agitur inter contrahentes, vt sola stipulatio teneat. Et magis implendæ stipulationis gratia numeratio intelligenda est fieri ne videatur interposita stipulatio sine causa vt *in l. 2. §. circa infr. de doli mal. except.* quàm vt ex numeratione nascatur condictio *l. cùm enim 7. iunct. §. vlt. legis præced. infr. De nouat.* Ergo etiamsi stipulatio inutiliter interposita sit, puta quod is qui mutuam pecuniam dedit stipulatus sit eam alij reddi cùm nihil ipsius stipulantis interesset, idque contra iuris regulam de qua *in l. stipulatio ista 38. §. alteri infr. De verb. obligat.* dicendum tamen est non eo magis ex numeratione nasci posse & competere condictionem certi ne actus operetur vltra intentionem agentis. Nec enim omnis numeratio parit hanc condictionem, sed ea tantum quæ fit eo animo vt accipiens obligetur *l. non omnis 19. inf. hoc tit.* Quemadmodum nec omnis traditio transfert dominium sed ea tantùm quæ fit animo transferendi dominij *l. vlt. supr. Vsufr. quem caueat.*

DEC. Vnus quidem contractus esse intelligitur, isque non mutui, sed stipulationis si modò stipulatio interponatur in continenti ante vel post numerationem: Sed hoc ita demùm si stipulatio valeat & teneat. Non enim stipulationis nomen meretur ea stipulatio quæ non valet, quia nulla est vt *in hoc §.* Vlpianus scribit. Nec iuris interpretatio illa sumi potest, vt implendæ tantùm stipulationis gratia intelligatur facta numeratio, cùm non ideo magis valeat stipulatio quàm si impleta non esset. Et verò quomodo impleri obsecro potest stipulatio quæ nulla est? Siquidem verissimum & perpetuum est quod vulgo iactatur, non entis nullas esse qualitates *l. si partem 19. in prin ip. supr. quem seruit. amitt. l. penultim. versic. quare si nulla infr. hoc tit.* Consequens igitur est vt numeratio quæ prodesse non potest ad implendam stipulationem prosit ad certi condictionem quasi ex mutuo inducendam: Vt duo contractus esse videantur: Vnus mutui, isque vtilis, alius verò stipulationis sed inutilis, quorum alterum qui vtilis est vitiari per inutilem non oportet *l. placuit 29. infr. De vsur. l. 1. §. pen infr. De verbor. obligat.* Alioqui lucraretur debitor ex aliena iactura, & impunè pecuniam sibi creditam retineret si creditor non magis posset eam reposcere per condictionem certi quàm per inualidam stipulationem. Quod non tantum à naturali æquitate abhorreret, sed etiam à mente & voluntate contrahentium quæ illa proculdubio fuit vt mutuam accipiens pecuniam obligaretur omnimodo ad eam reddendam siue ex mutuo siue ex stipulatione. Et ex stipulatione quidem maximè si fieri posset id est si valeret stipulatio si minùs, ex mutuo: Ex stipulatione ciuiliter *§. de con-*

BIU Cujas

ſi tuta Inſtit. de action. Ex mutuo verò, quod per numerationem contrahitur, naturaliter. Eſt enim numeratio naturalis modus contrahendi mutui, quod eam ob cauſam naturale appellatur à noſtris interpretibus, ad differentiam mutui ciuilis, quod per ſolam confeſſionem contrahitur ſi modò præterierit tempus intra quod potuit excipi de non numerata pecunia, de quo diximus *ad l. 2. §. appellata & §. vlt. ſupr.* Quomodo etiam ſolemus dicere ſolutionem eſſe modum naturalem tollendæ obligationis, ad differentiam acceptilationis quæ non niſi ciuilis & imaginaria ſolutio eſt *l. prout 80. ff. de ſolut. §. 1. Inſtit. quib. mod. re contrah. obligat.* Eóque reſpicere videtur Paulus *in l ſi ita ſtipulatus 126. §. Chryſogonus infr. De verbor. obligat.* vbi eandem quæſtionem tractans quam hîc Vlpianus, an ex numeratione is qui contraxit pecuniam creditam petere poſſit, ait, quoties mutuam pecuniam dantes eandem ſtipulamur, non equidem duas obligationes naſci, ſed vnam tantùm verborum. Si tamen præcedat numeratio & ſequatur ſtipulatio, non eſſe dicendum receſſum eſſe à naturali obligatione. Naturalem enim obligationem intelligit non eam quæ ita dicatur ad differentiam obligationis ciuilis, & quæ retentionem & exceptionem tantùm pariat, non etiam actionem *l. naturales 10. infr. de obligat. & action.* nec ruſſus eam quæ ſit naturalis ſimul & ciuilis (nam & eiuſmodi eſt ea quæ naſcitur ex ſtipulatione, cùm ſtipulatio omnis habeat in ſe pactum, ex quo licèt nudo naſceretur naturalis obligatio *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis de ſolut.*) ſed quæ ex naturali actu, id eſt ex numeratione naſcitur, ad differentiam obligationis quam parit ſtipulatio: naſcitur enim illa ex actu ciuili. Senſus ergo eſt, cùm numeratur pecunia credita, naſci ex ea numeratione condictionem, quæ per ſtipulationem poſtea interpoſitam inutiliter, non poteſt tolli, quia nec nouaretur ſi nouationi aliquis in hac ſpecie locus eſſe poſſet, quandoquidem non poteſt nouare ſtipulatio, quæ non tenet ſaltem naturaliter *l. 1. infr. de nouat.* Cùm autem alteri quis ſtipulatur, adeò inutilis eſt ſtipulatio, vt neque naturalem pariat obligationem, *d. l. ſtipulatio iſta 38. §. alteri & d. §. Chryſogonus.* non ſolùm quòd inutilis ſtipulatio non valeat in vim pacti *l. an inutilis 8. de acceptil.* ſed etiam quia nec alteri paciſci quiſquam poteſt non magis quàm ſtipulari *l. ſi tibi 17. §. ſi pactus l. ſi vnus 27. §. ante omnia ſupr. de pact.* Adeò autem verum eſt non tolli condictionem quæ ex numeratione quæſita fuit, per ſtipulationem in fauorem alterius inutiliter interpoſitam, vt etiamſi vtiliter interpoſita ſit, præualere tamen ſtipulatio debeat numerationi. Vt puta ſi ſeruus communis meus & tuus ex peculio quod ad te ſolum pertinebat, mutuam pecuniam dederit. Obligationem enim tibi ſoli adquiret ex numeratione. Quod ſi eandem mihi ſoli nominatim ſtipulatus fuerit, valebit quidem ſtipulatio, quia non extraneo ſtipulatus eſt, ſed domino in cuius erat poteſtate: ſed tamen non ideò debitorem à te liberabit, ſed vterque noſtrum habebit actionem: ego ex ſtipulatu quia mihi ſoli nominatim ſtipulatus eſt, tu verò ex numeratione quòd pecunia tua non mea numerata ſit, ſed debitor tamen me doli mali exceptione ſummouere poterit. Quia cùm non ſit æquum, vt eiuſdem pecuniæ nomine teneatur in ſolidum duobus qui non ſunt correi credendi, æquius eſt præferri eum cuius fuit pecunia, quàm cui ſeruus ex alterius pecunia nominatim ſtipulatus eſt, ne in ſerui poteſtate ſit deteriorem facere condicionem domini, & ei adimere actionem, quam ex numeratione ipſi quæſiuerat. Quæ ſententia & ratio eſt *l. 1. §. ſi ſeruus communis infr. De ſtipulat. ſeruor. iunct. l. melior centeſimæ trigeſimæ tertiæ. De regul. iur.* Non ergo in hac queſtione illa tantùm diſtinctio adhibenda eſt, an ſtipulatio valeat necne, ſed illa etiam, vtrum illi ipſi, cuius pecunia eſt, quæri poſſit actio ex ſtipulatu, an alij: vt ſi illi ipſi cuius fuit pecunia, nulla quæratur ex numeratione condictio, ſi modò incontinenti ſtipulatio interpoſita ſit, ſiue ante, ſiue poſt numerationem. Si verò alij, quamuis vtiliter, nec iure reluctante, præualeat numeratio ad pariendam condictionem ſiue incontinenti, ſiue ex interuallo ſtipulatio interpoſita proponatur. Nam quod in ſpecie *dict. §. Chryſogonus verſ. planè* proponit Paulus præceſſiſſe numerationem, & ſecutam eſſe ſtipulationem, non eò pertinet quaſi aliud dicendum putauerit: ſi ſtipulatio præcederet & numeratio ſequeretur: ſed quoniam eo caſu multo minùs dubitari poſſet, quin per ſtipulationem etiam vtilem receſſum eſſet ab obligatione & condictione, non niſi poſtea quæſita per naturalem actum numerationis. Prius enim quæſitam eſſe obligationem oportet, quàm vt ab ea recedi poſſit. Ex numeratione autem facienda nulla quæritur obligatio, ſed ex ea tantùm quæ iam facta ſit. Planè cùm valet ſtipulatio etſi nihil intereſt, an præcedat, an ſequatur numerationem, intereſt tamen ſi ſequatur, an incontinenti ſequatur, an ex interuallo. Non enim poteſt videri vnicus contractus obligationis verborum, ſi ſtipulatio ſequatur ex interuallo, ſed ſtipulationem eo caſu, vel inutiliter interponi neceſſe eſt, vel animo nouandæ condictionis: cui tamen diſtinctioni locus nullus eſt ſi præcedat ſtipulatio: quamuis ex interuallo. Secuta enim quandocunque numeratio, ſemper fit vtiliter etiam citra nouationem, ſcilicet implendæ ſtipulationis gratia quæ alioqui maneret facta ſine cauſa, nec proinde actionem parere poſſet, niſi inutilem & inefficacem ac doli mali exceptione ſummouendam, vt in caſu *leg. contra 6. De ſenatuſconſ. Maced.* vbi ſcriptum eſt, quod ad rem maximè noſtram pertinet, ſi à patrefamilias ſtipulatus ſis, credas autem filiofamilias facto, Senatuſconſulti Macedoniani poteſtatem exercendam, quia, inquit Scæuola, expleta eſt numeratione ſubſtantia obligationis. Intereſt ſanè cùm valet ſtipulatio, an interpoſita ſit in eius ipſius vtilitatem cuius fuit pecunia, vt *in dict. l. cùm enim ſeptima de nouat.* an in alterius *vt in dict. l. prima. §. ſi ſeruus communis. De ſtipulatione ſeruorum.* Priore caſu diſtinguendum eſt, an ſtipulatio ſecuta ſit incontinenti, an ex interuallo, vt *in dict. l. cùm enim.* Poſteriore verò nihil intereſt. Omni enim caſu ſtipulatione in alterius fauorem interpoſita, duo contractus ſunt, ambo quidem vtiles ad producendam actionem, ſed quorum alter, obligationis ſcilicet verborum, neque nouare condictionem poteſt, aut quaſi nouare, vt *in ſpecie l. obligationum ferè, quadrageſima quarta §. vltimo infr. De obligationib. & act.* neque facere quin potior in agendo cauſa eſſe debeat illius cuius pecunia fuit, & exceptione repelli is debeat qui agit ex ſtipulatione, ſiue præcedat ſtipulatio, ſiue ſequatur: & ſiue ex continenti ſequatur ſiue ex interuallo. Quod enim

non

BIU Cujas

non transfertur in causam nouationis, iure pristino peti semper potest *l. 4. §. vltimo infrà de vsuris.*

5 ¶ Idem erit, si à pupillo fuero sine tutoris auctoritate stipulatus, cui tutore (auctore) credidi : nam & tunc manebit mihi condictio ex numeratione.

Ad §. 5. Idem erit si à pupillo.

RAT. DVB. Pupillus qui alij stipulanti promittit aliquid sine tutoris authoritate, licèt non obligetur ciuiliter, obligatur tamen naturaliter, ideóque fideiussorem suæ obligationis dare potest *l. si pupillus trigesim. quint. suprà de recept. qui arbitr. recep. l. Marcellus vigesim. quint. infr. De fideiuss. l. Stichum aut Pamphilum nonagesima quint. §. naturalis infr. De solut.* Hoc verò sufficit, vt prioris obligationis etiam ciuilis qua pupillus tenebatur, fiat nouatio, & consequenter prior obligatio tollatur *lege prima in fine de nouat. § præterea Institut. quibus modis tollit. obligatio.* vbi hoc amplius dicitur, idem probandum esse si posterior obligatio nulla sit: quod tamen intelligendum est de obligatione quæ nulla quidem sit ciuiliter, sed nihilominus teneat naturaliter. Ne alioqui obstet *dict. l. prima in fine. De nouat.* quo loco eadem omnino species tractatur de pupillo qui sine tutoris authoritate promiserit aliquid per stipulationem. Nisi quod obseruandum est subesse mendum in illis verbis *veluti si id quod tu Titio debes.* Legendum enim est *id quod tibi Titius debeat*, quemadmodum initio eius §. scriptum est *quod tibi Seius debebat.* Neque enim potes nouando tuam obligationem tollere, stipulando ab alio id quod tu ipse debeas. Ea namque ratione acquiris quidem tibi creditorem, sed non liberaris, qui tamen liberareris facta nouatione *dicto §.* præterea in illis verbis, *Nam & prior debitor liberatur* in tertiam personam, non in primam conceptis. Porrò si tenet stipulatio naturaliter etiam cùm quis à pupillo sine authoritate tutoris stipulatus est, quod alius debet, multo magis tenere illa debet, quam quis interposuit stipulando sine tutoris authoritate à pupillo quod ipse pupillus tutore authore debeat, vt eo modo pupillus à ciuili obligatione liberetur, & naturaliter duntaxat obligatus esse incipiat. Est enim id longè vtilius pupillo, cùm ita futurum sit, vt ex posteriore obligatione conueniri non possit, quomodo poterat ex priore conueniri. Etsi video Accursium in ea esse opinione, vt putet pupillum etiam ciuiliter obligari, & ex promissione sua conueniri posse, quam sine tutoris authoritate fecerit si modo iustam causam habuerit promittendi, puta si fortè pecuniam debebat ei pro quo spoponderit: Exemplo eius, quod de domino scriptum est ex contractu serui obligato *in lege in personam trigesima §. qui pecuniam supra de pact.* Quod tamen non probo, & ex hoc ipso §. quem interpretamur, manifestè refellitur. Quando enim iustiorem causam habere potest pupillus promittendi per stipulationem sine tutoris authoritate etiam animo nouandi, quàm cùm id promittit quod ille ipse debebat anteà ciuiliter eidem stipulatori? An fortè minùs fauorabilis est is qui à pupillo stipulatur idipsum quod ei pupillus debet ciuiliter & naturaliter, quàm qui stipulatur, quod alij debeat pupillus? Nec bona comparatio est domini qui conuenitur ex serui sui contractu, & pupilli qui ex propria sua promissione facta sine authoritate tutoris. Nam contra iuris ciuilis regulas facit, qui à pupillo sine tutoris authoritate stipulatur, alitérve cum eo paciscitur *lege contraria vigesimæ octauæ, suprà eodem titul. De pact.* Non etiam seruus qui pro domino à quo peculium habebat & ex causa peculiari aliquid promisit sine domini sui voluntate: quæ species est *dict. §. qui pecuniam.* DEC. Non omnis stipulatio post aliam obligationem interposita facit nouationem, sed ea demum, quæ vel animo nouandi fit, quod Vlpianus hîc non ponit, nec ponendum est: vel noua aliqua persona interueniente, vt *in dict. §. præterea Institut. quibus modis tollit. obligat.* quod in hac specie non contingit. Mirum igitur non est durare condictionem, quæ ex numeratione pecuniæ pupillo ex authoritate tutoris creditæ nata fuerat: quia quod in causam nouationis non transfertur iure pristino peti potest, vt *diximus ad §. præcedentem ex l. quarta in fin. infrà. De vsur.* Non nego fieri posse nouationem à pupillo etiam in hac specie sine tutoris authoritate, multo magis quàm si pupillus promitteret sine tutore id quod alius debet. Fit enim hoc casu pupillus locupletior cùm obligationem ciuilem perimit, ex qua poterat conueniri, eámque transfert in naturalem tantùm, quæ actionem parere nullam potest. Estque hic casus vnus extra quem vix alius reperiri possit, in quo pupillus promittendo fiat locupletior, vt docui ad *dict. l. contrà vigesima octaua suprà de pact.* Sed dico non tractari casum hunc ab Vlpiano, sed illum potiùs, in quo nec si inter alios ageretur, nouatio tamen vlla fieret, id est, cùm incontinenti ante aut post creditam pecuniam stipulatio interponitur aliter quàm *in §. sequent.* quæ si teneret ciuiliter ad producendam actionem, non alium effectum haberet numeratio, quàm vt stipulationis implendæ gratia videretur facta esse, quasi ab initio non nisi vno contractu negotióque gesto, vt *in l. cùm enim septim. iunct. §. vltimo legis præceden. infrà de nouat. l. si ita stipulatus centesima vigesim. sext. §. Chrisogonus versicul. supereſt infrà. De verborum obligation.* At cùm stipulatio non valet ciuiliter, sicuti non potest dici vnicus esse contractus stipulationis, ne alioqui nullus omnino sit, & pecunia pupillo benè credita penes eum remaneat, nec eius nomine conueniri ipse vnquam possit, ita fatendum est non facere stipulationem quominùs ex numeratione

BIU Cujas

nascatur ciuilis obligatio, & ex ciuili obligatione condictio, perinde ac si nulla esset interposita stipulatio, quæ nec naturaliter hoc casu tenet: quia cùm pupillus accipiendo mutuam pecuniam tutore authore iam obligatus fuerit & naturaliter & ciuiliter non potuit subiecta stipulatio aliam obligationem naturalem priori naturali addere: quod nec nisi frustra fieret ac sine effectu. Frustra verò multiplicandæ non sunt obligationes eiusdem naturæ, & generis, quarum posterior nihil omnino addat priori. Nihil autem addere posset naturalis obligatio, si qua per stipulationem contraheretur, ei quam pupillus iam contraxisset, mutuam accipiendo sine tutoris authoritate pecuniam, quia licet nec mutuum accipiendo pupillus sine tutore obligetur iure naturali *lege penultima infrà de obligationib. & action.* non magis quàm qui stipulanti promisit, *lege quod pupillus quadragesima prima infrà de condict. indeb.* obligatur tamen naturaliter, habétque ea obligatio effectus omnes, quos à iure ciuili habent obligationes cæteræ naturales, vt pariant retentionem, exceptionem, compensationem, deductionem, *lege si pupillus vigesima prima infrà ad legem Falcidiam, lege cùm illud vigesima quinta §. heres meus. infr. quand. dies legat. ced. lege Stichum aut Pamphilum nonagesima quinta §. aditio infrà de solution.* Nempe quia nihil facit contra iuris ciuilis regulas qui pupillo sine tutoris authoritate mutuam credit pecuniam, quomodo facit is qui ab eo stipulatur sine authoritate tutoris, vt scripsi pluribus *ad d. l. contra.*

6 ¶ Idem quæri potest, & si, quod tibi numeraui, sub impossibili condicione stipuler, cùm enim nulla sit stipulatio, manebit condictio.

Ad §. 6. Idem quæri potest.

RAT. DVB. Imputare sibi debet is, qui pecuniam suam dedit mutuam & numerauit, cur stipulationem adiicere voluerit, & quidem nullam ac inutilem; id est, sub impossibili condicione conceptam. Scire enim debuit interposita stipulatione incontinenti ante vel post numerationem, non duas contrahi obligationes, sed vnicam verborum, quæ si non valeat, consequens videtur, vt nulla nasci debeat obligatio: Neque verò nouum est, vt debiti sui iacturam faciat creditor, quoties aliquid est, quód ei possit imputari, vt puta si quis id quod ei debet Titius, stipuletur nouandi animo à pupillo sine tutoris authoritate. Nam & Titius qui prior fuit debitor, liberatur, & pupillus non obligatur, quia nulla stipulatio est §. *prætereà Institut. quibus modis tollit. obligat.* Non enim videtur quis damnum sentire quod ex culpa sua sentiat *vulg. l. quod quis centesima tertia. De regul. iur.* An non autem in culpa est creditor, qui pecuniam quam credidit, stipulatur sibi reddi sub impossibili condicione cùm sciat impossibilis condicionis adiectione vitiari stipulationem, *l. non solum trigesima prima infr. De obligation. & action. l. impossibilis septim. De verbor. obligat.* quasi nec animus sit acquirendæ hoc casu & contrahendæ vllius obligationis *l. quarta §. primo infr. De statu lib.* Dicendum igitur hoc casu nullam creditori ex numeratione actionem competere, neque condictionem, quia non id actum est *l. cùm enim sept. infr. De nouat. iunct. l. non omnis decima nona hoc titul.* Neque ex stipulatione, quoniam stipulatio nulla est. Voluit enim hoc casu stipulator quod non potuit, & potuit quod non voluit: quo casu nullum ius quæritur *l. multum interest octau. Codic. si quis alter. vel sibi l. quoties 9. in princip. infr. De hered. institut.* DEC. Numquam æquum est locupletari quem cum alterius iactura *l. iure naturæ ducentesim. sext. De regul. iur. l. non hoc natura 14. De condict. indeb.* Locupletaretur autem cum aliena iactura is, qui mutuam pecuniam accepit, si nulla ex numeratione nasceretur condictio prætextu stipulationis perperam interpositæ, ex qua similiter nulla nasci actio possit. Etsi enim id inter eos agebatur, vt ex stipulatione potiùs quàm ex numeratione actio nasceretur, non tamen id quoque actum videri potest, vt nullam actionem haberet creditor qui & pecuniam suam numerasset, & eam sibi reddi inutiliter stipulatus esset. Non magis quàm vt debitor eam pecuniam lucraretur: Cùm si actum illud fuisset, non dari mutua pecunia debuisset sed donari. Longéque alia ratio illius est, qui amisit debitorem nouando vtilem & efficacem obligationem per stipulationem inutilem. Intercedit enim eo casu legitimus modus tollendæ obligationis. Id est nouatio: quæ tamen nec aliter valet, quàm si posterior stipulatio teneat saltem naturaliter *l. prima in fin. infr. De nouat.* Quod non potest contingere cùm stipulatio sub impossibili condicione concepta est, eiusmodi namque stipulatio adeò est inutilis, vt non magis naturaliter, quàm ciuiliter teneat. Cùm iuri naturali non minùs consentaneum sit quàm ciuili, vt impossibilium nulla penitus sit obligatio *l. impossibilium 185. De regul. iur.* siue de naturali impossibilitate intelligas, siue de ciuili, *lege filius 15. infrà de condictione instituti.*

7 ¶ Sed & si ei numerauero, cui postea bonis interdictum est, mox ab eo stipuler: puto pupillo eum comparandum: quoniam & stipulando sibi adquirit [a].

Ad §.

Ad §. 7. sed si ei numerauero.

RAT. DVBIT. Is cui bonis interdictum est tanquam prodigo in hoc differt à pupillo, quod promittendo stipulanti nullomodo obligatur, ne quidem naturaliter, ideóque nec fideiussorem dare potest: *l. is cui bonis. infr. de verbor. oblig.* Pupillus verò promittendo etiam sine tutoris authoritate, obligatur tamen naturaliter *l. 9. in fi. infr. de nouat.* quamuis non iure naturali *l. quod pupillus 41. infr. de condict. indeb.* ideóq; fideiussorem dare potest *l. si pupillus 35. supr. de recept. qui arbitr. recep. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis. de solut. l. si pupillus 127. infr. de verb. oblig.* Prodigus enim furioso magis quàm pupillo comparandus est, cùm similiter pro furioso qui aliquid promiserit, fideiussor accipi non possit *l. si à reo 70. §. si à furioso. infr. de fideiuß.* vbi ratio redditur, quia non solùm stipulatio nulla intercessisse, sed nec vllum negotium gestum esse intelligitur. Quibus verbis Caius, cuius ea lex est, aliam insinuat differentiam quæ est inter pupillum & furiosum. Pupillus enim omne negotium gerit vtiliter tutore authore, furiosus verò nihil omnino ne quidem authore curatore, sed curator ipse omnia gerere debet nomine furiosi, quia certum est ætatem allaturam esse iudicium pupillo, non item resipiscentiam furioso *l. in negotiis 5. de reg. iur.* Ideó que curator furiosi non tam bonis datur quàm personæ, quod in curatore minoris diuersum est, qui bonis datur non personæ *l. 1. & tot. tit. de curat. furios. & aliis extra minor. dand. l. vlt. C. eod.* hic similiter & curator datus prodigo cui bonis interdictum est, personæ prodigi magis quàm bonis datus intelligitur, quia prodigus quantum ad bona exitum facit furiosi *l. his qui 12 §. vlt. de tutor. & curat. dat. ab his.* Non igitur bona comparatio est pupilli & prodigi. DEC. Bona comparatio est in eo, quod hîc tractat Vlpianus, vt non magis conueniri possit prodigus ex sua promissione, quàm pupillus ex stipulatione interposita sine tutoris authoritate, imò tantò minùs quod ne quidem naturaliter prodigus ex ea promissione obligatur *dict. l. is cui bonis*, cùm tamen pupillus, vt diximus, obligetur naturali obligatione, sed quæ inefficax sit ad agendum. Non enim negotium gerere pupillus sine tutore prohibetur, sed se obligare *l. pupillus 5. infr. de author. tutor. l. contra 28. supr. de pact.* Perinde igitur dicendum est, si prodigus, cui ante interdictionem pecunia numerata fuerat, mox post interdictionem stipulanti creditori promiserit, non esse impedimento eam stipulationem quæ nulla est, quominus salua sit creditori condictio, quæ nata fuerat ex numeratione: quam ponimus factam fuisse ex interuallo ante stipulationem, cùm ponat Vlpianus factam esse ante interdictionem, secutam verò stipulationem non nisi post interdictionem. Nam si numeratio quoque post interdictionem facta fuisset, non magis potuisset ex ea nasci condictio, quàm ex stipulatione vlla actio.

a *Quoniam & stipulando sibi acquirit.* RATIO est paullo remotior, & quodammodo extra rem: sed quam tamen cum Accursio possis commodè sic intelligere, vt bona sit comparatio pupilli & prodigi in eo, quod dictum est, neutrum ex stipulatione obligari, quoniam & in eo similes sunt, quòd stipulando possunt sibi acquirere *l. obligari 9. infr. de author. tutor.* ad differentiam scilicet furiosi qui nec acquirere sibi per stipulationem potest. Nullum enim omnino negotium gerere potest *d. §. si à furioso*, id est, ne quidem sibi vtile. At pupillus & prodigus possunt dum ne damnosum: quamuis in negotio damnoso prodigus similior sit furioso quàm pupillo, vt suprà diximus.

8 ¶ Si nummos meos tuo nomine dedero, velut tuos [a] absente te & ignorante: Aristo scribit adquiri tibi condictionem. Iulianus quoque de hoc interrogatus lib. 10. scribit veram esse Aristonis sententiam: nec dubitari, quin si meam pecuniam, tuo nomine, voluntate tua dedero [b], tibi adquiratur obligatio: cùm cottidie crediturí pecuniam mutuam, ab alio poscamus, vt nostro nomine creditor (meus &) futuro debitori nostro.

Ad §. 8. si nummos meos.

RAT. DVB. Per liberam personam neque actio neque aliud quicquam alij quæri potest excepta causa possessionis *l. 1. C. per quas personas nob. acquir. l. solutum 11. §. per liberam. infr. de pignor. act.* Obligationes enim omnes ad hoc comparatæ sunt, vt vnusquisque sibi acquirat quod sua interest. Vt autem alij quæratur actio nihil interest mea *l. stipulatio ista 38. §. alteri. infr. de verbor. obligat. l. quæcunque 11. de oblig. & action.* Ergo si nummos meos Titio mutuo dedero, licet tuo nomine, & velut tuos, non magis tibi potest quæri condictio certi ex hac numeratione, quàm si essem tibi stipulatus: quo tamen casu iam supra diximus futurum, vt nulla tibi ex mea stipulatione quæreretur. *§. numeraui 5. supr.* Imò tantò minus, quanto infirmius est pactum etiam incontinenti appositum quàm stipulatio ad producendam ciuilem obligationem & actionem, vt in *l. quod si locus 11. supr. de religios. l. seruus ea lege. infr. de seru. export. l. 3. C. de vsur. l. auia 6. C. de iur. dot.* Quænam enim maior vis esse potest pacti incontinenti appositi etiam post contractum bonæ fidei, quàm vt stipulationis veluti cuiusdam iure censeatur? *l. iuris gentium 7. §. quinimò. supr. de pact. l. quia tantundem 7. supr. de negot. gest. l. lecta 40. versic. dicebam. infr. hoc titul.* Quanquam in mutuo difficilius est quàm in stipulatione, vt ei insit pactum etiam incontinenti appositum, quia licet vterque contractus stricti iuris sit, mutuum tamen neque consensu neque verbis contentum est vt stipulatio, sed re potissimum & traditione contrahitur *l. rogasti 11. §. si tibi. infr. hoc tit. l. si tibi 17. sup. de pact. l. cùm vltra 9. C. de non numer. pecun.* Tantum abest vt verum esse possit quod hic notat Accursius plus operari pactum incontinenti adiectum in mutuo quàm stipulationem, quòd pactum suis & mutui viribus nitatur, stipulatio autem non nisi suis. Quasi vero non etiam contractus viribus adiuuetur stipulatio iis casibus quibus pactum quoque adiuuaretur. An non enim verum est, non aliter contracturum fuisse illum, qui incontinenti post contractum adhibuit stipulationem? Quæ vnica ratio est propter quam pactum incontinenti adiectum in contractibus & traditionibus rerum parit etiam

BIU Cujas

actionem *l. in traditionibus* 48. *supr. de pact.* Et verò cùm mutuum ex eo dictum sit, quòd fiat de meo tuum *l. 2. §. appellata supr.* nemo dixerit nummos quos credidi velut tuos & tuo nomine fuisse vnquam tuos, cùm dominium, nec amittatur, nec in alium transferatur, nisi certis & legitimis modis, inter quos non est nuda domini voluntas *leg. si quis vi* 17. *§. differentia inf. de acq. poss.* Absurdum autem videtur ex mutuo nasci condictionem alij quàm ei qui ipse mutuum contraxerit. Augetur verò dubitatio ex eo, quod Vlpianus cum Aristone ponit me meos nummos velut tuos & tuo nomine numerasse, absente te & ignorante. Est. n. multo difficilius vt absente & ignorante per alium quæratur actio extra causam filiorumfamilias acquirentium parentibus, aut seruorum acquirentium dominis, & extra causam legatorum & fideicommissorum, quæ nullo etiam hominis facto interueniente ignorantib. quoque acquiruntur *l. cùm pater* 77. *§. surdo de legat. 2. l. filiusfamilias* 16. *§. 1. infr. qui testam. facer. poss.* Dec. Singularia quædam recepta sunt circa pecuniam creditam, & inter cætera vt possit quis obligari ex mutuo etiam ei, cuius nummos non acceperit, si modò per fictionem breuis manus possint videri eius fuisse, cui condictio queritur *l. singularia* 15. *inf. hoc tit.* In proposita verò specie hoc contingit. Nam cũ meos nummos do mutuos Titio velut tuos, & tuo nomine, perinde haberi debet ac si eos tibi primũ credidissem, tu deinde Titio, quo casu nemo dubitaret quin & tu mihi obligatus esses & Titius tibi. Plerunque enim contingit vtilitatis publicæ causa & expediendarum rerum gratia, quomodo Caius loquitur *in 6. si ad pupillũ* 11. *inf. De author. tutor.* vt celeritate coniungendarũ actionũ vna occulteturl. 3. *§. sed si debitorem infr. de donat. int. vir. & vxor.* quod breui manu fieri ait Vlpianus noster *in l. licet* 43. *§. 1. de iur. dot.* Maximè autem in mutuo, cuius sicuti frequentissimus maximéq; necessarius vsus est in commerciis hominũ: ita plerisq; singularib. istis fuit adiuuãdus, vt tanto faciliores essent ad contrahendũ mutuum hominum voluntates *d. l. singularia.* Idque est quod Vlpian. hoc loco insinuat, cùm subiicit quotidie accidere, vt creditori mutuam pecuniam ab alio poscamus vt eam nostro nomine credat futuro debitori nostro. Quod enim fit quotidie licet reluctante aliquomodo iuris ratione, facilè tamen permittitur & transit in ius commune propter vtilitatem publicam *l. certè 6. §. vlt. infr. de precar. l. & quæ nõdum* 15. *§. quod dicitur inf. de pignor. iunct. l. vlt. C. quæ res pignor. oblig. poss. l. vlt. C. de fideiuss.* Fit igitur hoc non tã vi pacti incontinenti post mutuum appositi, vt malè tentat Accursius, quàm vi & potestate ipsius cõtractus mutui, hoc est numerationis per me factæ tuo nomine. Eadem ratio facit, vt si pecuniam meã Titio crediderim tuo nomine, eámque mihi reddi stipuler etiam incontinenti, non possim tamen mihi acquirere efficacẽ actionem ex stipulatione non magis quàm condictionem certi ex mutuo. Nam quod contra scriptum est in *l. cùm enim 7. infr. de nouat.* potiorẽ esse causam stipulationis quàm numerationis, ad eum casum pertinet quo is qui sibi pecuniam reddi stipulatus est suo etiam nomine eam numerauerit. Quid? Nihílne igitur faciet stipulatio? Ita videtur sentire Accursius, ratione illa quod actionem ei quæsitam cuius nomine pecuniam numeraui, posteà illi adimere non potuerim ne quidẽ incontinenti *argu. l. mandato* 60. *l. procurator totorum* 63. *supr. de procurat.* Meliùs ad rem facit *l. Granius* 71. *§. penu. inf. de fideiuss. l. vlt. sup. de pact.* Ego tamen contra puto, ex eiusmodi stipulatione acquiri mihi actionẽ & condictionem certi ex stipulatione, sed inefficacem, quia doli mali exceptione repelli potero à debitore, quẽ non est æquum eiusdem pecunię nomine duob. in solidum esse obligatum, mihi ex stipulatione, Titio autẽ cuius nomine pecuniam meã credidi, ex mutuo & numeratione. Exemplo eius quod scriptum est *in leg. 1. §. si seruus communis 2. infr. de stipul. seruor.* de seruo cõmuni meo & tuo, qui pecuniam tuam alij creditã mihi soli reddi stipulatus est de quo scripsi *ad §. numeraui sup.* Sed si è contrario pecuniam meam & meo nomine creditam stipuler tibi reddi, licèt stipulatio incontinenti apposita sit, dicendũ tamẽ est nihil actum ea stipulatione, quoniam alteri stipulari non potui *d. §. numeraui.* Obseruandum tamen est, etiamsi ius vetus ita cõparatum esset, vt ei cuius nomine suam pecuniam quis alij credidisset, acquireretur condictio etiam sine cessione, si tamen ex ea causa pignus datũ esset necessariam fuisse cessionẽ ad transferenda iura hypothecarum tanquã quæ nõ tam per numerationem quæsita fuissent, vt cõdictio, quàm vi & potestate conuẽtionis quæ inter alios facta aliis nec prodesse debet nec nocere *l. si vnus* 27. *§. pacta quæ turpem vers. ante omnia sup. de pact.* Quod Iustinianus immutauit *in l. 2. Cod. per quas person. nob. acquir.* non tamen satis bene obseruata diuersitatis ratione illa, quam attulimus inter condictionẽ & hypothecariã. Etsi videtur noua hęc Iustiniani constitutio non pertinere ad eum casum qui *in hoc §.* tractatur, si nummos meos velut tuos crediderim tuo nomine absente te & ignorante, sed ad illũ potiùs quo absentis nũmos quis crediderit eiusdẽ absentis nomine tanquã ipsius procurator, de quo etiã *in l. si absentis* 4. *C. si cert. pet.* Nam & de procuratore nominatim Iustinianus tractat illis verbis *quæ procuratori data vel supposita sunt* & suæ innouationis non aliam rationẽ adfert, quàm quòd si procuratori necessitas legibus imposita est cedere actionẽ domino contractus vt *l. possessio* 49. *§. vlt. inf. de acq. poss.* consequens sit vt quo casu ab initio in personali actione, & cõdictione superuacua est cessio procuratoris, simili modo contractus dominus etiã sine cessione habere debeat hypothecariã. Nec sanè potest negari quin fauorabilior sit ille, qui & cõtractus dominus est, & dominus fuit pecunię creditæ, quàm qui solius contractus ideò dominus est quod eius nomine pecunia numerata sit à domino pecuniæ. Hic. n. vnicum duntaxat ius habet, ille duplex. Quemadmodũ & illud exploratum est longè fauorabiliorẽ eum esse, qui per procuratorẽ pecuniam suam credidit, quã sit ille cuius nomine ab alio eóq; domino pecunia numerata est. Quid enim refert an quis manu sua pecuniam suam numerat, an per manum sui procuratoris? Quare nec vlla mutui ratihabitione hîc opus est cùm præcesserit mandatum: quæ tamẽ necessaria est in specie *d. l. si absentis*, itémque in casu huius §. ne alioqui non modò absenti & ignoranti, sed etiam inuito per alium cõdictio acquiratur: quod nonnisi in persona domini receptum est, cuius nomine seruus vel stipulatus sit vel mutuum dederit, alitérve contraxerit *l. etiam inuitis* 32. *inf. de acqu. rer. domin l. seruus vetante* 62. *de verb. oblig.* Non quasi condictio quę nascitur ex numeratione sit in pendenti, quousque absentis & ignorãtis cuius nomine facta est, secuta sit ratihabitio, statim

tim namq; & ipso iure acquiritur sola numerationis ita factæ potestate.] Sed quia si is, cuius nomine facta numeratio est, actionem sibi quæsitam admittere nolit, & exercere, quæ inuito ei vt diximus acquiri non potest, cõsequens necessario est vt actionem habere debeat is ipse qui pecuniam, adeóque suam numerauit, nõ quidem directam quæ iam alij ipso iure quæsita est, & quam acquirere sibi noluit cùm alterius nomine numerauerit, sed vtilem quæ nec ipsi denegaretur si alterius absentis & ignorantis nec ratum habere volentis pecuniam eiusdem domini nomine credidisset *d.l. si absentis.* Omnimodo igitur actio directa acquiritur ei cuius nomine pecunia numerata est, id est etiamsi cõtractum suo nomine gestum nolit habere ratum: quamuis eam inuitus exercere non cogatur: Et purè, nõ sub condicione illa affirmatiua si ratihabitio sequatur, adeóque nec sub illa negatiua, nisi ratum habere noluerit, quæ perinde actum suspenderet quasi condicionalem quamuis minus cõdicionalem *l. fideicommissa* 11. *§. sic fideicommissum delegat.* 3. aut potius faceret resolubilem sub condicione vt ita dixerim ex *l. 2. inf. de in diem addict. l. 1. de leg. commiss.* Planè vtilis nec acquiritur statim ei qui pecuniã quamuis suam numerauit, nec aliter quàm sub illa condicione, si is cuius nomine numerata pecunia est, ratam eam habere nolit *d.l si absentis. l. 1. C. de oblig. & action.*

a *Velut tuos.* Intellige cum Accursio, dum ne per facti errorem hoc fiat. Nam si nummos meos quos alij numero vt faciam mutuos, credã esse tuos cùm re vera sint mei, nulla ex eiusmodi numeratione nascetur condictio, neque tibi quamuis tuo nomine crediti sint, quia non sunt facti accipientis, cùm nec animus in me fuerit transferendi in alium dominij, nec fuerim fortasse nummos crediturus si meos esse sciuissem: Neque mihi, quia nec cogitaui de acquirenda mihi actione, non magis quàm de transferendo dominio nummorum meorum quos putabam meos nõ esse: Nec quòd eos ego ipse tradiderim ad rem facit. Non enim omnis traditio etiam à domino facta transfert dominium, sed ea tantùm quæ fit animo transferendi dominij *l. vlt. sup. Vsufr. quem caueat*, nec quisquam errans in facto rem suam amittit, vt maximè alij eam tradat *l. si procur. meus* 35. *inf. de acq. rer. domin. l. 3. §. subtilius inf. de condict. caus. dat.* Quid ergo? An is qui nummos accepit, impunè retinebit, vt si volet esse perfidus, nulla actione cõueniri possit? Imò qui eos numerauit nec ideò dominus esse desiit, vindicare illos poterit tanquam suos si extent. Sed si consumpti sint, tum demum condicet, sed ea cõdicione quæ non tam ex numeratione nascatur, quàm ex consumptione vt in *l. rogasti* 11. *§. vlt. & legib. seq. inf. hoc tit.* & quę vtilis meo iudicio dicenda est potiùs quàm directa, cùm ex postfacto & ex accidenti nascatur, non ex contractu. Quamquã illud etiam non malè dici meo iudicio potest, Vtilem condictionem dandam ei cuius nomine pecunia numerata est, si modò eam numerationem suo nomine factam habere ratam velit, malitque dominus qui pecuniam suam numerauit habere hunc obligatum actione negotiorum gestorum ad restitutionem pecuniæ quàm extantes adhuc nummos suos vindicare. Nam si iure domini vindicare eos velit, quomodo potest si extent? dubitandũ non est quin præferri debeat non domino cõdicere volẽti.

b *Si meam pecuniam tuo nomine voluntate tua dedero.* RAT. DVB. Etiamsi absente & ignorante te nummos meos velut tuos alij credidero & numerauero, tibi tamen condictio acquiritur, vt proximè dictum est ex Aristone, cuius sententiam non minùs probauit Iulianus quàm Vlpianus. Frustra ergo Iulianus hîc adiecit verba illa *voluntate tua.* Atque ita noster putat Accursius ea abundare & subaudiendum *maximè*, quasi nihil interfit, an dederim volente te & ignorante. Sed mihi probabilius videtur ideo addita esse à Iuliano, vt effectum rei potiùs quàm potestatem iuris demonstrarent. Etsi enim vtroque casu siue volente, siue ignorante te nummos credidero tuo nomine condictio tibi quæritur, si tamen ratam habere nolis numerationem, nullius vtilitatis est illa condictio, sed mihi qui numeraui danda est non quidem directa sed vtilis vt supra docuimus ex *d.l. si absentis* 4. *C. si cert. pet.* Voluntatem igitur tuam interuenire semper necesse est aut ab initio, aut ex postfacto, non vt condictio tibi acquiratur ipso iure sed vt soli tibi, & quidem cum effectu & vtilitate. Alioqui non impediet tua directa quominùs acquiratur mihi vtilis.

9 ¶ Deposui apud te decem: postea permisi tibi vti. Nerua, Proculus etiam antequam moueatur, condicere, quasi mutua, tibi hæc posse aiunt, & est verum: vt & Marcello videtur. animo enim cœpit possidere. ergo transit periculum[a] ad eum qui mutuam rogauit, & poterit ei condici.

Ad §. vlt. Deposui.

RAT. DVB. Absurdum est dicere pecuniam ex quocunque contractu nuda voluntate fieri posse creditam, tametsi pecunia penes eum sit qui illam habere vult ex causa mutui, cùm mutuum nõ nudo consensu, sed re & traditione ac numeratione contrahatur *l. qui negotia* 34. *inf. mandat.* Ergo si deposuerim apud te decẽ, postea verò, id est ex interuallo permiserim tibi iis vti, non ideò dicendũ est fieri ea mutua priusquàm ea de suo loco per te moueantur. Præsertim cùm priusquàm moueantur, non alio iure possint videri esse apud te quàm quo ab initio fuerunt, id est ex causa depositi. Ex qua causa certum est non solum dominium non transferri, sed neque possessionem *l. licèt* 17. *inf. depos.* Sanè cùm per te mouentur, vt iis iam vtaris quasi mutuis, noua hæc possessio est, quæ nouam causam habet nimirum mutui. Neque enim nouum est mutare quem sibi causam possessionis nouo titulo superueniente *l. non solùm* 33. *§. quod vulgo infr. de vsucap.* Malè igitur Nerua & Proculus dixerunt posse me hęc decem tibi condicere, priùs etiam quàm moueantur. Neque verò mutua fieri aliter possunt quàm si de meis fiant tua *l. 2. §. appellata supr.* Dominium autem quod meum fuit, non nisi per mediam possessionẽ transferri in te potest *l. per procuratorem* 8. *C. de acquir. poss.* Nec rursum possessio nisi per actum aliquem corporalem siue tactu id fiat, siue oculis *l. 1. §. pen. l. quod meo* 18. *§. si venditorem infr. eod. ill. tit. l. eius rei* 46. *& seq. sup. de rei vindic.* Quam ob causam ponit Accursius pecuniam depositã præsentem fuisse, & in conspectu contrahentium vt hanc obiectionem, effugiat. Maximè verò, quia, vt inquit ille, nemo potest solo animo incipere possidere *l. quemadmodum* 8. *inf. de acquir. poss.* DEC. Mutuum est quoties pecunia de

BIU Cujas

mea fit tua, dummodo ea mente, vt mihi tantundem restituas id est quod sit eiusdem generis, bonitatis & qualitatis *d.l. 2. in princ. & §. appellata vbi dixi sup. hoc tit.* Atqui in casu proposito pecunia quæ fuit mea, quandiu mansit in causa depositi facta est tua statim atque permisi tibi ea vti: Nec enim poteras ea vti citra furtum quandiu manebat deposita. Et cùm antea esses obligatus, vt eadem ipsa corpora nummorum redderes quæ fuerant depositæ, [non enim potest deponi pecunia, nec proinde deberi ex causa depositi nisi per modum speciei] iam non teneris nisi vt reddas tantundem: quæ res egreditur notissimos depositi terminos, vt Papinianus loquitur in *l. Lucius 24. inf. depos.* Quisquis autem obligatus tantùm est vt restituat tantundem, hoc ipso fit dominus proprietatis, tum quoque cùm in ea re vsumfructum ab initio solum habuit, vt *in l. si vini 7. & pass. sup. de vsufr. rer. quæ vsu consum.* Nec ad rem pertinet quod nec nuda voluntate nec sine possessione dominia vel amittantur vel transferantur. Neutrum enim horum contingit in hac specie in qua dominium acquiritur depositario non quidem per traditionem, quę nec est necessaria, cùm res tradenda iam penes eum est cui tradi alioquin deberet §. *interdum Instit. de rer. diuis. l. qua ratione 9. §. interdum infr. de acq. rer. domin.* sed tamen per mediam possessionem, quam tu depositarius cœpisti animo tibi acquirere statim atque à me impetrasti, vt ea pecunia tibi liceret vti: quamuis nondum eam contrectaueris vt ea quasi facta tua vtereris. Satis enim est quod patior eam pecuniam esse apud te, vtque tibi liceat eam pro arbitrio & quasi tuam cùm voles nõ solùm contrectare [quæ res te à furti tantùm crimine liberaret] sed etiam expendere. Potest enim quis incipere animo solo eam rem possidere quam penes se iam habeat, licèt non sit illa in cõspectu, dummodò nouus superuenerit titulus qui iustam causam præbeat nouæ possessionis *d.l. non solum 33. §. 1. de vsucap.* In quo certè deceptus est Accursius. Id enim est quod Vlpianus hîc scribit, *Animo enim cœpit possidere.* Nec tamen dici potest quod idem Accursius tentat speciale ac singulare esse in mutuo, vt quamuis pecunia quæ datur mutua non sit in conspectu eius tamẽ possessio acquiri possit & per possessionem dominium *argum. l. singularia 15. infr. hoc tit.* Ratio enim illa quam adfert Vlpianus, quòd depositarius cœperit animo possidere, petita est vt appareat ex iure communi non ex singulari: Quod & Africanus apertè docet *in d.l. qui negotia 34. inf. mandat.* vbi postquàm dixit non esse recipiendum, vt ex quolibet contractu mutuum nuda voluntate fiat, subiicit simile non esse, quòd si pecuniam apud te depositam conuenerit, vt creditam habeas, fiat credita. Respondet enim ita esse *quia tunc nummi qui mei erant tui fiunt.* Ad aliam verò obiectionem quæ ex eo sumi poterat, quod si à debitore meo iusserim te pecuniam accipere ea pariter credita fiat. Respõdet *id benignè receptum esse.* Vt intelligamus priore casu non æquè benignè receptum aliquid esse contra iuris communis regulas, sed ex mera iuris ratione. Et certè singularia quædam recepta sunt circa pecuniam creditam, quomodo Vlpianus loquitur *in d.l. singularia*, sed non omnia quomodo sentire videntur plerique interpretum, qui vt euoluant se ex omnibus ferè difficultatibus, quę non paucæ occurrunt in hoc tractatu de mutuo, passim confugiunt *ad d.l. singularia*, sicut & imperiti plerique *ad l. non omnium 20. sup. de legib.*

a *Ergo transit periculum.* RAT. DVB. & DEC. eadem quæ ad sententiam præcedentem. Ideo enim videbatur non transire periculum ad eum, qui mutuam pecuniã rogauit, quia nec videbatur esse mutuum sed depositum. Non solet autem periculum ad depositarium pertinere si non sit in dolo *leg. 5. §. nunc videndum infr. commod. l. contractus 23. infr. de regul. iur.* Idcirco autem pertinet quia post permissionem vtendi datam depositario iam non est depositum sed mutuum & qui erat depositarius factus est proprietarius, vt diximus. Periculum igitur ad eum pertinere consequens est tanquam ad dominum *l. quæ fortuitis 6. l. pignus 9. C. de pign. act.* Præsertim cùm sit facilius vt periculum casus fortuiti, quàm vt dominium in aliquem transferatur. Sufficit enim vt non nisi per eum stet quominus fiat dominus, quamuis nondum sit: vt cernere est in emptore, qui licèt non fiat dominus ante traditionem, adeóque nec traditione secuta quousque precium soluerit §. *venditæ Inst. de rer. diuis. l. quod vendidi 19. l. vt res 53. infr. De contr. emp.* periculo tamen obstringitur ex die perfectæ venditionis, quæ nudo consensu perficitur §. *cum autem Instit. de empt. & vendit. l. necessario 8. & pass. inf. de peric. & commod. rei vendit.* Nempe quia in ipsius potestate est precium quandocunque soluere, & soluto precio agere ex empto contra vẽditorem ad rem tradendam, atque ita vel eum in mora constituere vel adigere illum ad traditionem, atque ita dominium nanciscì, cùm tamen non sit in potestate venditoris quamuis maneat dominus, vt rem quam vni vendidit rursum vẽdat alteri vt se eximat periculo, nec si eam tradat, nisi velit etiam fidem de precio habere, quod certè maioris periculi est quàm vt imputari possit venditori cur id non fecerit. Similiter igitur & in proposito dicendum est periculum ad depositarium qui mutuam pecuniam rogauit, & cui permissum est ea vti, omnimodo pertinere. Non ob id solùm, quod contracto ea ratione mutuo factus sit dominus, ideóque certi condictione ex mutuo non vindicatione aut depositi actione teneatur. Sed etiam quòd ita posito iure, vt neque possessionem neque dominium pecuniæ depositæ priùs haberet depositarius quàm mouisset eam & tetigisset, in ipsius tamen potestate est mouere ac tangere quandocunque velit. Non autem perinde est in facultate & arbitrio illius qui depositario permisit vti pecunia, vt eum prohibeat postquàm permisit. Cõtractus enim omnes qui ab initio sunt volũtatis, ex postfacto sunt necessitatis *l. sicut 5. C. de obli. & action. sic in l. qui negotia 34. vers. his argument. inf. mandat. Condici ei poterit* scilicet condictione certi ex mutuo. Noli enim dicere cum Accursio *certi condictione generali & speciali* quasi sit duplex certi condictio, generalis vna & specialis altera, quod certè non magis verum esse potest, quàm vt vna eadémque numero & generalis sit & specialis. Vnica enim est quę ideo generalis dicitur, quia ad plurimas species accommodatur, sed quæ tamen exerceri non potest, quin ad certam speciem restricta sit & accommodata. Scire siquidem actor debet, ex qua causa velit certi condicere, eámque causam in libello exprimere *l. & an eadem 14. §. actiones infr. de excep. rei iudic.* Nec licere ei debet in tanta actione id est, tam generali vagari vt circa actionem de dolo Paulus ratiocinatur *in l. item exigit 19. sup. De dolo.* Nos in superioribus iam sæpius diximus.

10. *Idem*

BIU Cujas

10. IDEM libro 2. ad Edictum.

QVod si ab initio, cùm deponerem, vti tibi, si voles, permisero: creditam nõ esse antequam mota sit, quoniam debitum iri non est certum [a].

Ad l. Quòd si ab initio 10.

RAT. DVB. Facilius est ab initio contrahi mutuum, quàm vt ex depositò, quod contractum ab initio fuerit, fiat posteà mutuum. *l. qui negotia 34. inf. mandat.* Ergo quæ res potest ex postfacto conuertere depositum in mutuũ multo magis facere potest & debet vt ab initio sit mutuum. Atqui si primũ deposuerim apud te decem, postea verò ex interuallo permiserim tibi iis vti, sola illa permissio vtẽdi facit ex depositò mutuum, vt dictum est *in §. vlt. l. præced.* Ergo si ab initio cùm deponerẽ apud te decẽ, permisero tibi iis vti si voles, dicẽdum est mutuum me contraxisse non depositum: vt solent in cæteris ferè omnib. maioris esse momenti ea quæ ab inicio fiũt quàm quę ex postfacto *l. iuris gentiũ 7. §. quinimò l. traditionibus 48. sup. de pact. l. initio 5. C. de pact. inter empt. & vendit.* Nec obstare videntur verba illa permissioni addita *si voles*, siue quòd etiamsi non essent addita, subintelligi tamen deberent, cùm non sit cogendus vllo casu depositarius vti ea pecunia si nolit, conditiones autẽ quæ tacitè insunt, nihil soleant operari *l. aliquando 107. inf. de cond. & demonst.* siue quòd non alius eorũ verborum sensus nec maior effectus esse possit, cùm ex postfacto addita sunt quàm cũ ab initio. Atq; ita glossatores nonnulli quos Accursius refert, existimarũt nihil referre, an verba hęc *si voles*, addita sint ab initio an ex postfacto, sed tantũ esse distinguendum an addita sint, necne. DEC. Initium cõtractus semper spectandum est, maximè cùm de nomine ac natura contractus dubitatur *l. si procuratorem 8. in pr. inf. mandat. l. 1. §. si seruus 30. depos. l. non tantũ 12. inf. de SC. Maced.* sicuti in delictis solemus dicere propositũ & voluntatem distinguere maleficia *l. qui iniuriæ 53. in pr. inf. de furt.* Atqui ponimus contractum de quo tractamus incepisse à deposito. Sic. n. Vlpian. loquitur, *Quòd si ab initio, cùm deponerem:* depositũ igitur ab initio fuit, non mutuũ: nec rursum potuit fieri per rerum naturam vt eodem instãti & depositum esset, & ex depositò fieret mutuum. Id enim ex quo aliud fit, præexistere necesse est, secũdum philosophos. Obiámq; causam ponit Vlp. addita fuisse verba illa *si voles*, quoniã alioqui sine illa cõdicione nõ posset depositum ita contrahi, vt depositarius pecunia deposita vti posset. Esset. n. pactio contraria ipsi contractui naturæq; & essentiæ depositi, ex quo idem ipsum corpus quod depositũ est & in specie reddi oportet, non tãtundem in genere *l. Lucius 24. infr. depos.* sicuti è contrario naturæ mutui repugnat vt idem reddatur, sed tantumdem reddi oportet *l. 2. in pr. sup. hoc tit.* Quod cùm euenit, vt pactio in aliquo contractu appositа repugnet cõtractui, necesse est vel contractum perire & in aliũ contractum transformari, vt maior pactionis quàm contractus ratio habeatur, vt *in leg. vbi ita donatur 25. inf. de mort. cauſ. don.* vel pactionem reiici, vt contractus retineatur, vt in *l. cùm precario 12. in prin. inf. de prec.* De cuius tamen interpretatione & emendatione videnda sunt quæ scripsimus *in Error 3. decad. 77. De error. pragmat.* Sic igitur & contracto ita depositò ab initio, vt posset depositarius vti pecunia deposita dicendum esset, vel neutrum contractum valere quasi constitutum ex pugnãtibus *l. vbi pugnantia 188. de reg. iur.* vel ab initio solum esse depositum, vel denique solum mutuum, nõ autem depositum, posteà conuersum in mutuum: quomodo certè conuertitur cùm ab initio nudum & simplex depositũ fuit postea verò, & ex interuallo permissum est depositario vti pecunia. At cùm permissioni vtendi pecunia deposita ab initio concessæ adiecta est cõdicio illa *si voles*, idipsum contingit quod si depositũ simpliciter ab initio contractum esset, deinde ex postfacto permissum depositario vti pecunia deposita, vt scil. ab initio nihil nisi merum depositum sit, sed quod tamẽ ex postfacto conuertatur in mutuum: Tunc nimirum, cùm depositarius facto ipso declarauerit velle se vti ea pecunia, quod sicuti non nisi ex interuallo & post contractum iam depositum facere potest, ita nec melius quàm mouendo pecuniam vt lex ait, non vt Accurs. intetpretatur vtendo volũtariè pecunia. Etsi enim non vtatur statim, sufficit tamen ad conuertendum depositum in mutuum vt pecuniam moueat, quam alioqui mouere, in sacculo nempe signato depositam, & contrectare citra furtum non posset. Plus dico, etiamsi depositarius eam pecuniã nondum mouerit, si tamen verbis declarauerit velle se eam mouere & attingere, statim fieri pecuniam mutuam, quæ prius fuerat deposita. Non. n. vsus pecuniæ depositæ illè est qui depositũ conuertit in mutuum, sed impetrata potestas & declarata voluntas vtendi, quam vtramq; semper præcedere necesse est vt licitus vsus sequi possit *d. §. vlt. legis proximè præcedentis.* Et verò quid interest an verbis an factis volũtas declaretur? *l. non tantùm 5. inf. rat. rem haber.* Prima igitur declaratio volũtatis sufficiet, vt & in specie *l. si ita legatum 65. §. 1. de legat. 1.* Nec ad rem pertinet quod obicit Accursius condicionem illã *si voles* esse nimis extẽnuã, & admittere voluntatis mutationem *l. filij 6. §. 1. inf. ad SC. Tertyll.* quam non admitterent hæc verba *si voluero l. si stipulatus fuerim 76. l. si quis stipulatus 112. de verb. oblig.* Vnde infert Accurs. futurum vt mutuum esse sæpius inciperet, & sępius desineret, mutata sæpiùs per depositarium volũtate: quod ille absurdũ esse ait. Semel enim declarata per depositarium voluntate statim verum est, permissum ei esse vti pecunia, quæ permissio illa est cuius solius potestate fit, vt depositum conuertatur in mutuum, non etiam voluntas depositarij, licèt voluntatem illam interuenire necesse sit tanquam condicionem sine qua non, vt depositi conuersio in mutuum fiat. Permissio autem illa non variatur, quamuis mutata & variata depositarij voluntate: nec rursus nouum est, vt verba illa *si voles* expressim adiecta multum operentur etiam illo casu, quo alioqui tacitè subintelligerentur *d. l. si ita legatum 65. §. 1. de legat. 1. l. nonnunquam 52. de condict. & demonst.* Illud certè Accurs. benè notat differre casum huius legis ab illo de quo in §. *vlt.* legis præcedẽtis, quòd ibi præcesserat depositarij voluntas, qui mutuã pecuniã rogauerat post contractum depositum ante quàm is qui deposuerat ei permisisset vti pecunia: nec proinde necesse erat aliquam subsequi nouam depositarij voluntatem cùm prior alia præcessisset. In specie autem huius legis subsequi voluntatẽ necesse est, quam alianu la præcessit, nec præcedere potuit, cùm permissio

BIU Cujas

vtendi data sit in depositio ipso contrahendo. Non ergo distinguēdum est, an permissio vtendi data sit sub hac cōditione *si voles*, an sub illa, *si volueris*, quomodo Accurs. distinguit, nec rursus an condicio illa *si voles* aut *si volueris* adiecta sit, an nulla, vt alij distinguebant: sed tantùm an ab initio an ex postfacto permissum sit depositario vti pecunia, vt primo casu non sit mutuum, nisi adiectis verbis illis *si voles*, & secuta vtendi voluntate in persona depositarij. Posteriore verò casu non sit necesse adiici in permissione condicionem illam *si voles*, vt depositum conuertatur in mutuum: sed quæ tamē si adiecta fuerit, voluntatem nouam subsequi necesse est, vt condicio impleatur: cùm id euidenter actum sit hoc casu vt non nisi sub condicione depositum in mutuum conuertatur. Et ita hæc quæstio tota satis alioquin obscura explicanda est.

a *Quoniam debitum iri non est certum.* Sensus est, quoniam mutuum contractum non esse certū est. Nam quandiu depositū manet, nihil depositarius debet, cùm res deposita nō possit deberi ei qui iam dominus eius est *l. nemo rem suam* 82. *infr. de verb. obl.* quoniā ideò nobis aliquid debetur, vt nostrum fieri possit, nostrum autem magis fieri non potest id quod nostrum est *l. non vt ex pluribus* 159. *de reg. iur.* §. *sic itaque. Inst. de action. iunct. l. stipulatio ista* 38. §. *alteri. de verb. obl.* At cùm depositum conuertitur in mutuum, exinde certum est debitum iri, ex quo depositi in mutuum facta conuersio est. Noli autem sic explicare cum Accursio, *quia non est certum an vtatur*, sed quomodo explicauimus, quia non est certum an futurum sit vt depositarius ea pecunia deposita vti volet.

II. IDEM libro 16. ad Edictum.

ROgasti me, vt tibi pecuniam crederem. ego cùm non haberem, lancem tibi dedi, vel massam auri, vt eam venderes, & nummis vtereris, si vendideris, puto mutuam pecuniam factam, quòd si lancem, vel massam sine tua culpa, perdideris[a] priùs quàm venderes: vtrum mihi, an tibi perierit, quæstionis est. mihi videtur Neruæ distinctio verissima existimantis, multum interesse, venalem habui hanc lancem vel massam, necne: vt, si venalem habui, mihi perierit, quemadmodum si alij dedissem vendendam: quod si non fui proposito hoc, vt venderem, sed hæc causa fuit vendendi, vt tu vtereris: tibi eam periisse: & maximè si sine vsuris credidi.

Ad l. rogasti II.

RAT. DVB. Cùm rogasti me vt tibi pecuniam crederem, & ego qui non habebam, lancem tibi dedi vel massam auri vt eam venderes, & nummis vtereris, verum est pecuniā illam nunquam fuisse meam, cùm ab emptore qui dominus eius erat nunquam fuerit mihi tradita sed tibi. Ergo non potuit de mea fieri tua, & consequenter nec mutua. Valet enim argumentū ab etymologia negatiuè *l.* 2. §. *appellata* vbi diximus *sup. hoc tit.* Et ita cōcludit Africanus *in l. qui negotia* 34. *verf. his argumentum. inf. mādat.* vbi postquā dixit non esse recipiendum, vt ex quolibet cōtractu nuda voluntate fiat mutuum, subiungit, his argumentum esse eum qui cùm mutuam pecuniam dare vellet, argentum vendendum dedisset, nihilo magis enim eum creditam pecuniam petiturū, quamuis pecunia ex argento redacta periculo eius futura sit qui argentum accepisset. Nec admitti potest interpretatio Accursij cōminiscentis in illa specie datum fuisse argentum vendendum ea lege vt pecunia, quæ ex venditione redigeretur, ad eum cuius argentum fuerat, afferretur, nō vt ea vteretur is qui argentum vendendū dederat. Nam præter id quod apud Africanū nulla verba sunt ex quib. tale quid coniici possit, apparet manifestè Africanum de eo loqui, de quo hìc Vlpian. qui cùm mutuam pecuniam dare vellet argentum vendendum dederat, ac proinde nō ad alium finē quàm vt is qui argentum vendendū acceperat, pecunia ex eo redacta & quidem tanquam credita vteretur. Sed & constat Africanum id agere vt ostendat non posse ex quolibet contractu tam facilè mutuum fieri nuda volūtate: & consequenter non tam respicere ad voluntatem eius qui mutuam pecuniam dare rogatus est, quàm ad iuris rationē: non quasi non exigat in eo qui rogatur mutuam dare pecuniam vt voluntatem habeat dandi mutuā, sed quia non putat voluntatem illam sufficere quasi reluctante iuris ratione, nisi etiam illud concurrat, vt pecunia de mea fiat tua.

DEC. Singularia quædam recepta sunt circa pecuniam creditam & inter cętera, si Vlpiano credimus, cuius est hęc lex, vt quamuis pecunia quam tibi voluerim credere nunquam fuerit mea, non eò minùs tamē fiat credita si modò per fictionem breuis manus possit videri pecunia primum ad me, deinde à me ad te peruenisse *l. singularia* 15. *infr.* vbi hæc ipsa extat eiusdem Vlpiani sententia licet in alia specie, in qua sicuti fatendum est, cum Iac. Cuiacio dissensisse Vlpianum ab Africano, vt ad eum locum dicemus. Ita & in specie huius legis idipsum sanè admittendum est, de quo iam scripsi aliquid ad *l. certi condictio* 9. §. *si nummos. sup.* Si enim is qui argentū emit, quod ego tibi vendendum dederam vt pecunia vteretur, precium mihi enumerasset, atque ita precij pecunia mea facta fuisset, deinde tibi ego illam numerassem vt credita fieret, quis dubitaret quin credita eo modo facta fuisset? Quidni ergo vtilitatis publicæ & commerciorum gratia pro facto haberi poterit quod ex vtriusque nostrūm voluntate, nec reluctante iuris ratione fieri potuit, & debuit, scil. breui manu? vt in *l. licet* 42. §. 1. *inf. de iur. dot. l.* 3. §. *sed si debitorem. de donat. int. vir. & vxor.* & circuitus vitandi gratia *l. dominus* 53. *inf. de condic. indeb.* Illud sanè omnimodo exigimus, vt qui mutuam pecuniam à me acceperus argentum vendendum accepit & vendidit, etiam ab emptore pecuniam acceperit. Alioqui mutuum esse non poterit, sed cōtractus quidam innominatus, ex quo nō alia nasci actio potest quàm Præscriptis verbis *l. rogasti* 19. *infr. de præscr. verb.* quæ eiusdem quoque Vlpiani est. Et in hoc benè Accur.

a *Quòd si lancem vel massam auri sine culpa tua perdideris.* RAT. DVB. Periculum casus fortuiti non ad alium pertinere solet, quàm ad dominum *l. quæ fortuitis* 6. *& l. pignus* 9. *C. de pignor. act.* At qui cùm lancem, vel massam auri dedi tibi vendendam, vt pecunia

quasi

quasi credita vtereris, & lancem illam vel massam auri perdidisti priusquam eam venderes, verum est me dominum eius mansisse, siue venalem illam habuerim siue non venalem. Nam & dominus manerem etiamsi iam esset res vendita dum ne tradita §. *vendita. Instit. de rer. diuis.* adeóque etiam re tradita si modò precium mihi nõdum esset numeratum, aut aliter eo nomine satisfactum *l. quod vendidi 19. de contrah. empt.* Ergo indistinctè dicendum est periculum ad me, non ad te pertinere: præsertim cùm in perdenda re nulla tua culpa interuenerit ne quidem leuissima, vt dixi *ad l. si quis 4. sup.* Aut si moueri quis ex eo velit, quod te rogante vendendam rem dederim, dicendum est indistinctè periculum ad te non ad me pertinere: quæ Labeonis & Pomponij sententia fuit ab Vlpiano nostro relata, & vt videtur probata *in l. si gratuitam 17. §. 1 de præscript. verb. iunct. d. l. si quis 4. in fi. sup.* & Africani *in d. l. qui negotia. vers. his argumentum esse. in fi. inf. mandat.* Non adhibita distinctione illa quam Nerua adhibebat, vtrum rem venalem habuerim, necne. Nec enim quod rem venalem habuerim, facit, vt eò minùs verum sit me roganti tibi argentum vendendum dedisse, vt pecuniam ex precio redactam mutuam haberes.

DEC. Æquum est periculum semper ad eum pertinere qui periculo causam dedit. Vnde est, quod solemus dicere, quoties culpa præcessit casum, ad eum pertinere periculum qui in culpa fuit *l. si vendita 11. infr de peric. & commod. rei vendit. l. 3. §. 1. sup. de offic præfect. vigil. l. si ex plagis 52. §. in cliuo Capitolino. supr. ad leg. Aquil.* Atquitum quoque cum argentum vel aurum tibi datum vendendum periit sine vlla culpa tua, verum tamen non est, non æquè fuisse periturum si tibi non dedissem vendendum. Nec enim hæ res ex earum numero sunt quæ facto suo perire possunt quomodo homines, & animalia cætera quæ quocunque loco & tempore mori possunt. Cùm ergo rogatus tuus periculo causam dederit, æquius est periculum ad te pertinere quamuis dominus non sis, quàm ad me qui sum dominus, quod conuenit cum Labeone, Pomponio & Africano in locis supradictis. Si tamen lãcem illam argenteam vel massam auri venalem habui, cessat hæc æquitas, quoniam alij perinde ac tibi dedissem vendendam, atq; ita æquè apud alium siue eodem siue alio casu perire potuisset. Quid ergo referre potest ad transferẽdum in te periculum rei meæ an tibi an alij dederim vendendam? Mihi ergo vtroque casu perire debet, non tibi, si vt diximus, nulla culpa tua interuenerit. Nisi fortè appareat propter te periisse, id est, eo casu, qui licèt citra vllam culpam tuam, ob personam tamen tuam cõtigerit, nec æquè fuerit euenturus aut alius quisquã similis, si alij rem dedissem vendendã. Non dico propter inimicitias quas alius tecum exerceat (nam & hoc culpæ adnumeratur *l. si merces 25. §. culpæ autem. infr. locat.*) sed qua alia de causa. Nec enim hoc casu locum haberet ratio qua mouetur Vlpianus his verbis, *quemadmodum si alij dedissem vendendam.* Sed extra casum huius exceptionis æquissima & verissima est Neruæ distinctio existimantis multum interesse an lancem hãc vel massam venalem habuerim, necne: vt si venalem habui, mihi perierit quasi non minus mea quàm tua gratia, contractus hic interceserit, vt benè ratiocinatur Accursius ex *l. si vt certo 5. §. nunc videndum. infr. Commod.* Si verò nõ fuit hoc meum propositum vt venderem, sed hæc causa fuit vendendi vt tu vtereris, tibi perierit non mihi. Et maximè, inquit Vlpianus, si sine vsuris credidi, quoniam hoc casu negari non potest, quin negotium tua tantùm gratia gestum sit, non etiam mea. Nec tantùm hoc vno casu distingui solet, an venalis res fuerit necne, sed etiam aliis quibusdam, vt in *l. 1. C. de rerum permut. l. nisi si venalem 29. supr. de rei vindic. l. quòd si hæres 10. infr. de impens. in res dotal fact.* Planè si ego ipse te rogauerim, vt lancem argenteam vel massam auri à me acciperes vendendam, vt vel eandem mihi adferres aut eius precium, dicimus periculum ad me indistinctè pertinere non solùm tanquam ad dominum, sed etiam tanquam ad eum, cuius solius negotium gestũ fuerit *d. l. si gratuitam 17. §. 1. de præscrip. verb.* Est igitur adhibenda Neruæ distinctio, an res venalis fuerit necne, illo tantùm casu quo tu me rogaueris mutuam pecuniam, & ego dederim tibi rem vendendam vt pecunia vtereris. Et secundùm hanc distinctionem accipi debent supradictæ leges Vlpiani & Africani, quæ indistinctè volunt periculum spectare ad debitorem, vt leges aliæ ex aliis solent & debent recipere interpretationem *l. vnic. C. de inoff dotib.*

b *Et maximè si sine vsuris credidi.* Huius versiculi euidens ratio est, quia cùm sine vsuris credidi, sum ego longè fauorabilior, quia non nisi tua gratia contractus celebratus sit. Alioqui si sub vsuris credidero, non tam erit mutuum quod gratuitum esse debet, quàm fœnus cuius causa semper est odiosa, & fœneratores odiosi adeóque infames si improbum & illicitum fœnus exerceant, id est, si vsurarum vsuras exigant *l. improbum 20. C. ex quibus caus. irrog. infam.* Nec enim fœnus omne est improbum & illicitum, quamuis omne sit odiosum. Quia tamen omne fœnus mutuum est (nomen enim mutui, nomen generis est, fœnus speciei) non distinguemus an mutuum sit gratuitum an vsurarium in hac quæstione, sed omni casu adhibebimus Neruæ distinctionem: An venalis res fuerit necne, vt si venalis fuerit periculum pertineat ad creditorem, quamuis & rogatus fuerit mutuam dare pecuniam, & sine vsuris crediderit: si verò venalis non fuerit periculum pertineat ad debitorem qui mutuam pecuniam rogauit, quamuis creditor sit fœneratitius, nec nisi sub vsuris pecuniam crediderit.

1 ¶ Si tibi dedero decem sic, vt nouem debeas: Proculus ait, & rectè, non amplius te ipso iure debere, quàm nouem. Sed si decem dedero, vt vndecim debeas: putat Proculus, amplius quàm decem, condici non posse.

Ad §. 1. si tibi dedero.

RAT. DVBIT. Pacta incontinenti apposita etiam post contractum stricti iuris insunt cõtractui, vt ex iis detur actio vel ex stipulatione ipsa si incontinenti post stipulationem adiecta sint, vt *in l. lecta 40. vers. dicebam. infr. h. t.* Vel saltem præscriptis verbis in alio quolibet contractu stricto *l. si gratuitam 17. §. 1. l. Titius 24. l. vltim. & pass. infr. de præscript verb. l. rebus 6. l. vltim. Cod. de rer. permut. l. cùm res 22. Cod. de donat.* Multò igitur magis si in ipso contractu mutui & in ipsa numeratione pecuniæ. Nam in traditionibus rerum quodcunque pactum appositum sit id valere,

BIU Cujas

certũ est *l.in traditionib.48.sup.de pact.* ne alioqui decipiatur creditor, qui nõ aliter fuerat crediturus *l. vlt.C.de pact.int.empt.& vendit.l.& fundo 19.supr.de seruit.l.venditor.13 supr.Commun præd.* Ergo quemadmodũ si tibi credidero decem sic, vt nouem tãtùm debeas, non ampliùs quàm decem ipso iure debebis, vt hîc ex Proculo Vlpianus scribit, ita si è contrario dedero tibi decem sic, vt vndecim debeas, dicẽdum est vndecim te debere & totidem posse me abs te cõdicere eiusdẽ pacti potestate, quia nec aliter fueram tibi pecuniam crediturus, nec licere tibi debet vt accepta mea pecunia me decipias. Pacta enim omnia seruanda sunt, quæ nec contra leges sunt nec contra bonos mores *l.iuris gentium 7.§.ait Prætor.sup.de pact.l si creditor 7.§.vlt.infr.de distract.pignor.* Tale autem esse pactum hoc de quo tractamus ex eo apparet, quod si credidero tibi decem sic vt vndecim debeas, ídque ea re stipulatio interposita sit, nemo dubitat quin vndecim petere condictione certi ex stipulatione possim, quoniam vsurę quælibet dummodò licitæ si in stipulationẽ deductę sint, procul dubio debentur *d l.Titius 24.de præscr.verb.l.3.C.de vsur.* quæ tamen non deberentur si stipulatio esset interposita vel contra leges vel contra bonos mores *l.generaliter 26.& seq.l.stipulatio hoc modo concepta 61.de verb.oblig.l.4.C.de inutil.stipulat.*

DEC. Multum interest, an pactum etiam quod neque contra leges sit neque contra bonos mores, adiiciatur incontinenti post contractum bonæ fidei, an incontinenti post contractum stricti iuris qui re & traditione perficiatur, vt mutuum donatio, & ex contractibus innominatis do vt des, & do vt facias. Nam pacta quæ incõtinenti post cõtractum bonæ fidei interponuntur, non tantùm insunt contractui hactenus vt pariant actionem aliquam ad id quod pacto comprehensum est, sed etiã insunt actioni ipsi bonæ fidei, ita vt eam forment, id est hãc illi dent formam, vt ad ea comperat nõ tantùm quæ ex illius contractus natura præstari debẽt, sed ad id etiam vt fiat id quod in pactione deductũ est *d.l iuris gentium 7.§.quinimò supr.de pact.* quamuis ea res actionem Præscriptis verbis non excludat *l.2. C.de pact.int.empt.& vendit.* At pacta incõtinenti apposita post contractum stricti iuris insunt quidem cõtractui hactenus, vt pariant actionem, sed non vt informent actionem ex contractu descendentẽ nisi cùm de stipulatione agitur vt *in d.l.lecta*, aut pariant actionem nouam Præscriptis verbis, manca scilicet vi & potestate actionis strictæ, quæ quoniam stricta est, non potest extendi ad id quod pacto cõprehensum est. Ideóque nimirum solemus dicere Pacta incontinenti apposita inesse iudiciis bonæ fidei *d.§. quinimò de pact.l.in bonæ fidei 13.C.eo. ad* differentiã scilicet iudiciorum stricti iuris, vt latiùs à nobis ostensum est *ad d.§.quinimò.* Sed tamen excipiẽdum est in contractu mutui pactum de vsura aliqua præstãda, quale hoc est de quo agimus, cùm conuenit, vt qui decem mutua accepit, reddat vndecim. Nam vndecimus ille nũmus neque condici potest cõdictione certi ex mutuo, quia cùm mutuum perficiatur numeratione, non potest nasci cõdictio vltra id, quod numeratum est *l.si tibi 17.sup.de pact.* vbi dixi *l.cùm vltra 9.C.de non numer.pecun.* Neque peti per actionem præscriptis verbis, quoniã odium vsurarum facit vt ex pacto quamuis incontinenti apposito nunquam deberi possint, sed tantùm ex stipulatione *d.l.3 C.de vsur.d.l.Titius 24.de præscr.verb.* Eadem enim ratio facit vt nec pœna ex nudo pacto peti possit quamuis apposito incontinenti post contractum bonę fidei *l.seruus 7.infr.de seru.export.* Quod & aliis quibusdam casibus obtinet vt *in l. quòd si locus 11.* vbi dixi *supr.de religios.& sumpt.funer.* Nec magis puto, quod tamen Cuiacius existimat, & Accursius hîc sentire videtur, nũmum illum vndecimum posse hodie peti ex donatione, postquam placuit Iustiniano vt etiã nudo pacto fieri possit donatio *l.sancimus 35.§.vlt.C.de donat.* Quis enim mutuam pecuniam accipit, vt donet? vt disputaui *ad d.l.si tibi.* Quid ergo si crediderim tibi centum eo pacto incontinenti addito, vt pro me aliquid facias, puta pingas tabulam, aut pro me Romã eas. An ex hoc pacto dabitur actio? Dabitur vtique, vt ego quidẽ arbitror. Non condictio, quoniam actio stricta est vt diximus, sed præscriptis verbis, quoniam verum est hoc pactum dedisse causam contractui. Nec aliter fueram tibi pecuniam crediturus. Accursius tamen negat, quasi pactum hoc in vsurarũ fraudem adiectum videri debeat; & alia cõstituenda sit hac parte ratio mutui, alia cæterorum contractuum, quoniam in mutuo quicquid excedit sortem, vsura est & fœnus: adeò vt nec adhibenda sit distinctio, An creditor solitus sit fœnerari, quæ in aliis contractibus plerumque adhibetur *l. qui semisses 13.§.vlt.infr.de vsur.* Sed non placent hæ rationes. Non enim vsuræ omnes iure ciuili prohibitæ sunt sed eæ tantùm, quæ excedunt legitimum modum vsurarum. Ideóque dicimus non valere pactiones, quæ fiunt in fraudem legitimarum vsurarum *l.pecuniæ 9.§.1.l.placuit 29.infr.de vsur.* Nec rursus vsura iure ciuili potest consistere nisi in pecunia. In quo maximè differt ius ciuile à Pontificio, ex quo quicquid excedit sortem, vsura est, & fœnus, etiamsi vel minima sit salutatio. Vt puta si quis pecuniam alteri credat ea mente vt ab occurrente quandocunque debitore primus salutetur. Itaque illicita sunt iure pontificio huiusmodi pacta omnia, quæ tamen iure ciuili valere nemo negauerit.

2 ¶ Si fugitiuus seruus numos tibi crediderit: an condicere tibi dominus possit, quæritur: & quidem si seruus meus, cui concessa est peculij administratio, crediderit tibi: erit mutua: fugitiuus autem, vel alius seruus, contra voluntatem domini credendo, non facit accipientis, quid ergo? vindicari nummi possunt, si extant: aut, si dolo malo desinant possideri, ad exhibendum agi, quod si sine dolo malo consumpsisti, condici tibi poterunt.

Ad §. vlt. Si fugitiuus.

RAT. DVB. Seruus meus licèt pecuniæ meæ dominus non sit, si tamen ei concessa sit peculij administratio & is pecuniã peculiarẽ credat, facit eã mutuam. Id enim vtilitatis causa receptũ est fauore dominorũ, vt tanto faciliùs & cõmodiùs per seruos cõtrahere & fœn⁹ exercere possint. Sicut & quolibet alio contractus genere potest seruus de re peculiari disponere, & domino acquirere ex persona domini. etiã stipulãdo *Tot.tit.de stipul.seruor.* quãuis stipulatio sit iuris ciuilis *§.de constituta instit.de action.* cuius tamẽ omnino sũt incapaces serui *l.quod attinet 32.de reg.iur.* Atqui seruus licet fugitiuus fiat, nõ tamẽ liberat se à domi-

dominio & potestate domini, & quamuis furtum sui faciat, quantum potest *l.1. C. de seru. fugit.* non tamen suam possessionem magis interuertere potest, quàm aliarum rerum domini *l. rem quæ nobis 15. in fin. de acquir. vel amitt. poss.* Ergo perinde facit mutuam pecuniam domini peculiarem quàm creditor post quàm fugitiuus est, atque si fugitiuus non esset.

DEC. Quod seruus peculiares nummos credendo facit eos mutuos nõ ex alio proficiscitur, quàm quia ex domini voluntate eos credere intelligitur, cùm ei dominus administrationem peculij concesserit. Neque enim peculium datur sine administrãdi peculij potestate. Generaliter enim quicquid ex domini voluntate fit à domino ipso factũ videri debet *l. certi 9. §. si nummos*, vbi diximus supr. Atqui volũtas illa domini finita esse creditur statim atque seruus fit fugitiuus, quia libera peculij administratio non magis permanere potest in seruo fugitiuo quàm in subrepto aut in eo de quo nesciat dominus an viuat, an sit mortuus *l. libera 48. infr. de pecul.* Non ergo potest credendo nũmos domini quãuis peculiares facere illos accipientis, quia eos credere intelligitur non tantùm nõ ex domini voluntate quòd sufficeret, sed quod magis est contra domini voluntatem, quando quidẽ prior voluntas hocipso quod seruus fugit, habetur pro reuocata. Proinde non facit eos mutuos, cùm mutuũ non possit contrahi quin nũmi fiant accipientis, licèt non sit æquè semper necesse vt sint dantis *d. § si nummos, & hac lege. in princ. & l. singularia 15. infr.* Obscurum tamen valde videtur quod scriptum est in *l. fugitiuus 19. infr. de solut.* si fugitiuus seruus meus cùm pro libero se gereret nũmos meos mihi subreptos tibi crediderit, obligari te mihi. Quo enim iure potes obligari, quin mei nummi ex meis tui fiant? Sed dicendum est intelligi debere legem illam de eo casu quo nummi à fugitiuo crediti sint consumpti. Quo casu Vlp. quoque hîc fatetur condictionem competere: quæ cùm sit actio personalis præsupponit sine dubio personalem obligationem, quasi conciliato mutuo per consumptionem, vt hîc Accurs. loquitur. Cęterùm si nummi extant, vindicari possunt & debent, tãquam quorum dominium penes me mãserit. Vindicare enim quilibet potest id quod suũ possit dicere *l. Quintus 27. §. argento. infr. de aur & arg. leg.* Quòd si is qui à fugitiuo nummos accepit, eos dolo malo possidere desierit, ad exhibẽdum agi cum eo poterit. Qua demùm actione tenetur ille qui aut possidet, aut dolo malo desiit possidere *l. si ad exhibendum 8. & pass. supr. ad exhib l. 1 §. vlt infr. de rei vind. cunct.* Sed & si nummos meos adhuc extantes condicere malim quam vindicare, puto mihi hoc permittendum, non quasi in hoc casu contra te qui fur non es, & à fugitiuo meos nummos accepisti bona fide, quasi ab homine libero, cùm is se pro libero gereret, possit condictio cum vindicatione concurrere, contra regulam *l. vlt. supr. Vsufr. quem. caueat* Sed quia cùm nummos à fugitiuo meo subreptos & creditos condico alia cõdictione quàm furtiua (nec enim fiunt furtiui quãdiu penes seruum fugitiuum remanent, quia nec eorũ possessio interuertitur *d. l. rem quæ nobis*) hoc ipso ratam habere videor numerationem ab eo factã, vt non iam contra meam voluntatem, sed ex mea voluntate nũmos meos credidisse videatur. Sed hoc casu non erit mihi permittendum eosdem nummos vindicare, vbi eos semel condicere voluero: Obligaris ergo mihi accipiendo mutuos nummos à seruo meo fugitiuo si velim te obligari, quandiu scilicet nummi extant, quamuis possem eos vindicare si mallem: Cæterum si iam consumpti sint dicendum est, omnimodo te obligari, & cessante vindicatione quæ locum habere amplius non potest condictioni locum esse. Si tamen eum liberum existimãs, ei solueris, placet liberari te à me etiam inuito *d. l. fugitiuus.* vbi ratio redditur, quia hoc casu nummi mei facti sunt. & quasi mihi solutum intelligitur, ideóq; subiicit Pomponius aliud esse, si seruus meus fugitiuus iusserit tibi vt alij eius nomine solueres aut solutionem alij eius nomine factam ratam habuerit: quoniam his casibus non perinde mihi solutum videri potest, quod alij quàm seruo meo solutum est: Cùm per seruum ipsum fugitiuum non tantùm possessio, sed etiam dominium acquiratur *l. 1. §. per seruum qui in fuga sit, & d. l. rem quæ nobis 15. de acquir. poss.*

12. POMPONIVS libro 6. ex Plautio.

SI à furioso, cùm eum compotem mentis esse putares, pecuniam quasi mutuam acceperis, eáque in rem tuam versa fuerit: condictionem furioso adquiri Iulianus ait. nam ex quibus causis ignorantibus nobis actiones adquiruntur, ex hisdem etiam furioso adquiri. Item si is qui seruo [a] crediderat, furere cœperit, deinde seruus in rem domini id verterit: condici furiosi nomine posse. Et si alienam pecuniam [b] credendi causa quis dederit, deinde furere cœperit, & consumpta sit ea pecunia: condictionem furioso adquiri.

Ad l. si à furioso 12.

RAT. DVB. Furiosi nullus consensus esse potest nullaq; voluntas *l. 1. § furiosum. infr. de oblig. & action. l. in negotiis 5. de reg. iur.* ideóque absentis loco esse dicitur *in l. vbi nõ voce 124. §. furiosus eod.* Nisi quod interdum deterioris conditionis etiam est, quam absens, in iis scil. quæ ratihabitionem desiderant, cùm in eo animus desit vt ratum habere non possit *l. 1. §. 1 supr. de procur.* Atqui voluntas tradẽtis eam quoque rem quæ sit sua, omnino necessaria est ad transferẽdum dominium *l. in omnib rebus 55. infr. de oblig. & action. l. vlt. supr. vsufr. quem. caueat. l. non omnis 19. infr. hoc t.* dominium porrò translatum esse oportet priusquàm condictioni locus esse possit, cùm nemo rẽ suã condicat nisi à fure *d. l. vlt. sup. vsufr. quem. caueat § sic itaq; Instit. de action.* Nullo igitur modo nullóq; casu fieri potest, vt furioso etiã qui pecuniã suã credidit, detur cõdictio siue eũ mẽtis compotẽ esse putaueris, siue furiosum esse sciueris: quia quod eum mentis suæ compotẽ esse putasti, bonam fidem tibi potest tribuere *l. 2. §. si à furioso. inf. pro emptor.* sed animũ, intellectũ & voluntatẽ furioso dare non potest. Rursum cur distinguamus an pecunia furiosi versa sit in rem tuã necne, cùm siue ex numeratione nascatur condictio, siue ꝙ verius est, ex cõsũptione secuta, æquè verũ sit & numeratã & consumptã fuisse pecuniam

BIU Cujas

quam à furioso accepisti? Dec. Sicuti furiosus obligatur non tantùm naturaliter, sed etiam ciuiliter, vt possit efficaciter cõueniri, quotiescunq; ex re actio venit *l. furiosus 46. infr. de obl. & act.* Ita & multò magis dicendum est condictionem & aliam actionem quamlibet quæ ex re ipsa nascatur furioso acquiri posse: Nempe quoniam eo casu nec scientia nec voluntas requiritur in eo qui ex re ipsa vel obligat vel obligatur. Ex quibus autem causis etiam ignorantibus nobis acquiri possunt actiones, ex iisdẽ furioso quoque acquiri eas posse certum est: *l. filiusfamilias 16. §. Marcellus. infr. qui test. facer poss. §. sui autem heredes. Instit. de hered. quæ ab intest. defer.* ne propter furorem deterioris conditionis sint furiosi quàm ignorãtes, cùm nihil adiiciat furor ad ignorantiam, nisi vt furiosus tum quoque cùm præsens est pro ignorante habeatur, vt nec ea quę videt sciat, quemadmodum de pupillo scriptum est in in *l. 1. C. de fals. mon.* quamuis in plerisque melior sit cõdicio pupilli quàm furiosi *d. l. 1. §. furiosum, & seq. de obl. & action. d. l. 5. de reg. iur.* Atqui cõdictio certi ex mutuo acquiritur etiam ignoranti quoties quis alienam pecuniam credidit, aut suam quidem, sed cuius alienandæ potestatem non habuit si is qui mutuam accepit, eam consumpserit *l. prox. l. non omnis 19. §. si pupillus. infr. hoc tit. l. si quis pro eo 56. §. si nummos. inf. de fideiuss. l. pater filiæ 81. inf. de iur. dot.* Idem ergo etiam in furioso dicendum est. Eiusque sententiæ alia exempla adferuntur ex eodem Pomponio cuius hæc lex est, licet ex alio libro sumpta, nempe ex libro singulari regularum *in l. si à furioso 24. infr. de oblig. & act.* vbi eadem quæ hîc sententia & veluti regula proponitur. Quare non possum intelligere cur Ioannes dandam noluerit hoc casu vtilem tantùm condictionem ex mutuo non etiam directam, aut cur Azo neque directam, neq; vtilem specialem ex mutuo concedat, sed tantùm condictionem certi quam vocat generalẽ aut condictionem sine causa ex *l. si & me 32. inf. h. t.* Quidni enim detur directa ex mutuo, cùm verũ sit, & mutuam acceptam esse pecuniã, ac proinde pecuniam furiosi consumptam ab eo qui accepit non esse penes eum sine causa cùm sit ex causa mutui, quod licèt ab initio non valuerit, ex postfacto tamen per consumptionem conualuit: Et pecuniam furiosi, quamuis non ex eius consensu qui nullus fuit nec esse potuit, tamen facto ipsius ad eũ peruenisse qui mutuam pecuniam rogauit? Quam rationem adfert Vlpianus dandæ condictionis pupillo, qui mutuam pecuniam suam credidit sine authoritate tutoris *in d. l. non omnis. §. si papillus.* In quo differt casus *d. §. si pupillus.* & huius legis à specie, quæ proponitur *in d. l. si & me*, vbi errauerat debitor in persona creditoris cuius erat pecunia cùm eam stipulatus esset à debitore vnius, tãquam à debitore alterius, vt proinde mutuum nullum contractum dici posset neq; ab initio per numerationem neque ex postfacto per consumptionem. Quoniam ea demum pecunia fit mutua per consumptionem quæ facta fuisset mutua per numerationem si is qui numerauit, alienandæ pecuniæ potestatem habuisset *in l. si filiusfamilias 14. inf.* vt in exemplis huius legis, *& d. §. si pupillus. & l. si à furioso 24. de obl. & action.* Ideóque dicitur nasci hęc condictio ex causa numerationis *in d. l. si quis pro eo 56. §. si nummos. inf. de fideiuss.* quia nihil prodesset consumptio si non præcederet causa numerationis, & quidem talis ex qua actio esse potuisset si dominiũ ad accipientem trãsisset, vt loquitur Vlp. *in d. l. si filiusfam. 14. inf.* Atqui in specie *d. l. si & me*, is cuius intelligitur fuisse pecunia quæ ad debitorem per delegationem peruenit, poterat transferre dominium suæ pecuniæ per numerationem, aut quod effectu idem est per delegationem, quæ hîc numerationis loco est si debitor in personâ creditoris nõ errasset, neque fuisset necessaria consumptio ad hoc vt mutuum conualesceret. Et quod mutuũ ab initio non valuit, non contigit defectu potestatis aut voluntatis in persona creditoris, sed propter debitoris errorem circa personam sui creditoris cùm alij obligari vellet quàm ei cuius erat pecunia, quippe quam alterius esse putabat quàm cuius esset. Nihil igitur hîc facere consumptio potest ad inducendam siue directam, siue vtilem certi cõdictionem ex mutuo, & ideo ad aliam condictionis speciem decurrendum est, quæ generaliorem causam habeat quàm habere debeat condictio certi ex mutuo, illã nimirum quæ à Celso ibi traditur, quòd pecunia mea ad te peruenit, & quidem quod ad me pertinet eo animo vt tu mihi obligareris, licet ex parte tua cõsensus nullus interuenerit, quia alij obligari voluisti non mihi. Eã igitur mihi abs te reddi bonum & æquũ est. Quibus verbis, cùm ratio & æquitas quædam naturalis potius quàm ciuilis significetur, non aliam puto esse speciem illam condictionis, quàm quæ iuris gẽtium esse dicitur à Marciano in *l. rerum 25. inf. rer. amot.* vbi ait Iure gentium cõdici nec posse ab his qui non ex iusta causa eas possident. Aliud enim longè est habere quid sine causa, quo casu comparata est cõdictio quæ ob id dicitur sine causa, aliud verò habere quid ex non iusta causa: Causa siquidem non iusta causa tamen est, licèt non iusta. Et alia etiam iure ciuili condictio est quæ dicitur sine causa, alia verò quæ ob turpem vel iniustã causam, vt ex diuersitate Titulorum apparet, & ex *l. vlt. infr. de condict. sine caus.*

a *Item si is qui seruo.* Rat. Dyb. Cùm numeratio pecuniæ creditæ furorẽ præcessit, non potest furor superueniens impedire ne ex numeratione condictio nascatur, sicuti nec furor superueniens dirimit nuptias iam contractas *l. patre furioso 8. supr. de his qui sui vel alien. iur. sunt.* Præsertim cùm ex numeratione translatum sit dominiũ in accipientem, id est in serui accipientis dominum, cui scilicet per seruum & dominium & possessio statim acquiritur, ita vt ne momento quidem temporis acquisitio in persona serui cõsistat *l. placet 79. infr. de acq. hered.* Cùm igitur is qui seruo alieno pecuniam credidit, postea furere cœpit, nihil obstare videtur, quominus statim nascatur condictio, nec expectandũ est, vt seruus eam pecuniam vtiliter consumpserit, & in rem domini sui verterit. Dec. Melior cõdicio nostra fieri potest per eos quos in potestate habemus, deterior nõ potest *l. melior 133. de reg. iur.* Itaque nõ quemadmodum per seruum obligatio acquiritur ipso iure domino, ita illud quoque admitti potest, vt per seruum mutuam pecuniam accipientem dominus obligetur, nisi quatenus in peculio serui est, si is peculium aliquod habeat aut si quid amplius in rẽ domini versum fuit *tot. tit. de pecul. & de in rem vers. infr.* Tractamus autem hîc de seruo qui peculium nullum habeat: Alioqui statim ex numeratione nasceretur condictio de peculio ex mutuo bene contracto, neque vtilis consumptio expectaretur. Vt ergo dominus hoc casu obligetur, necesse est in rem domini versam esse pecuniã, quæ seruo numerata est. Quo tempore si creditor furere cœperit qui numerationis tempore non erat furiosus, non tamen faciet furor quominus condictio certi ex mutuo nascatur, qua-

BIU Cujas

tur quate nus in rem domini versum probabitur, id est cum adiectione illa de in rem verso. Est enim non tam propria & separata actio illa, quàm qualitas & adiectio quædam alterius competentis actionis, sicut & actio de peculio. §. *præterea Inst. quod cum eo qui in alien. potest.* Et ita benè hîc Accursius explicat. Condici ergo furioſi nomine poterit hæc pecunia. Non ait Pomponius furiosum posse condicere, quia neque agere ipse neque aliud negotium vllum facere potest ne quidem authore curatore, sed ipsius nomine & agere & omnia facere curator debet *l. in negotiis 5. De regul. iur.* quia absentis loco habetur furiosus, tum quoque cùm præsens est vt supra diximus ex *leg. vbi non voce* 124. §. 1. *eodem titul.*

e *Et si alienam pecuniam.* RAT. DVBIT. Cum aliena pecunia credita est, non potest consumptio facere, vt eo magis videatur fuisse credentis, licet credendi causa & animo fuerit numerata, nec proinde vt dominium pecuniæ creditæ translatum dici possit in accipientem quod numquam fuit penes numerantem *l. traditio* 20. *infr. De acquirend. rerum domin.* Ergo nec potest consumptio facere vt condictio certi ex mutuo nascatur ex huiusmodi numeratione cùm mutuũ esse nequeat si non fiat de meo tuum *l.* 2. §. *supr.*

DEC. Toties datur condictio pecuniæ ex causa mutui numeratæ & postea consumptæ quoties numerata est pecunia ex ea causa ex qua actio esse potuisset, si dominium ad accipientem transisset *l. si filiusfamilias* 14. *infr.* Atqui nemo dubitat, quin si credentis fuisset pecunia, vtique nata fuisset certi condictio ex mutuo statim ex ipsa numeratione. Fuisset enim pecunia facta accipientis. Ergo etiamsi aliena pecunia credita sit, si tamen consumpta fuerit: dicendum est condici eam posse, & quidem condictione certi ex mutuo, perinde ac si mutuum ab initio valuisset, directa igitur non vtili. Etsi enim consumptio non est legitimus modus acquirendi dominij, est tamen modus amittẽdi, cùm nemo possit se dominum dicere eius pecuniæ, quæ consumpta nec amplius in rerum natura est. Amisso itaque dominio per consumptionem nihil impedit quominus is qui numerauit, eo iure censeri debeat quo censeretur si pecuniam suam numerasset, cùm verum sit numeratam ab eo fuisse pecuniã quam nemo iam possit suam dicere: & quam rursum negari non potest factam fuisse accipientis per consumptionem, cùm omnem rei vtilitatem habuerit is, qui rem consumpsit. Quid enim aliud habere potuisset etiamsi dominium statim & ab initio per numerationem in eum transiisset? Aut quis ei iam inuideat dominium hoc quod neque habere, neque sibi acquirere alius quisquam amplius possit? Merito igitur dicendum est nasci hoc casu condictionem siue vtiliter siue inutiliter pecuniam consumpserit is qui accepit. Tunc enim hæc distinctio adhibenda est, cùm agitur de ea persona quæ nec alium obligare potuerit nec seipsam aliter quã si pecunia in rem aliquam verteretur, vt in seruo illo de quo actum est in *versicul. præced.* aut in minore se obligante aut muliere pro alio intercedẽte *leg. doli* 17. *infr. De nouat. l. vir vxori* 17. §. 1. *infr. ad SC. Velleianum.* Ergo si alienam pecuniam credendi causa quis dederit, deinde furere cœperit & consumpta sit ea pecunia, verum est quod hîc scribit Pomponius & in *l. si à furioso de oblig. & action.* condictionem acquiri furioso. Ex quo apparet tanto manifestiùs quod suprà diximus, condictionem hanc immediatè & proximè nasci ex consumptione non ex numeratione: quãuis non nascatur ei cuius fuerunt nummi, sed ei qui numerauit, quoniam & ipsi acquisita ab initio esset si nummi eius fuissent. *Iunge l. prox.* §. 1. *Vnde Papinianus infr.*

13. VLPIANVS libro 26. ad Edictum.

NAm & si fur nummos tibi credendi animo dedit, accipientis non facit: sed consumptis eis, nascitur condictio.

Ad l. Nam & si fur 13.

RAT. DVB. Nemo ex improbitate sua consequi debet actionem *leg. itaque* 12. §. 1. *infr. de furt.* Ergo si fur nummos quos subripuit credendi animo dederit, cùm eos non faciat accipientis, nullam condictionem habere debet, nec si consumpti sint. Nam nec alij potest acquiri actio quàm cuius interest *leg. stipulatio ista* 38. §. *alteri iunct. leg.* 3. §. 1. *de verborum oblig.* Non autem videtur cuiusquam interesse si non interfit ex honesta causa *l. tum is* 11 *infr. de furt. leg.* 3. §. *sciendum supr. Ad exhib.* Quæ ratio est propter quam fur furti agere non potest *d. l. itaque* §. 1. Neque enim ex honesta causa interest furis, quippe qui neque actione ad exhibendum neque condictione furtiua tenetur alia de causa quàm quia fur est.

DEC. Condictio pecuniæ quam fur mutuam dedit, non acquiritur furi ex eius improbitate, sed ex numeratione quam ipse fecit, propterea quòd verum est eum contraxisse cum illo qui mutuam pecuniam rogauit, & facto furis, non autem illius qui dominus fuit, peruenisse pecuniam ad accipientem. Vnde illud etiam fit, vt ea condictio dari non possit domino pecuniæ, qui neque contraxit, neque pecuniam numerauit. Proinde si ea furi quoque denegaretur, dicendum esset manere pecuniam debere penes eum qui accepisset, atque ita fieret vt is alienam pecuniam sibi creditam impunè retineret, & ex aliena iactura locupletaretur, quod non tantùm à ciuili sed etiam à naturali ratione abhorret *leg. nam hoc natura* 14. *infr. de condict. indeb. l. iure naturæ* 206. *de reg. iur.* Actionis ad exhibendum aut furti longè alia ratio est. Competunt enim non ex facto agentis, sed ex sola improbitate illius qui cõuenitur, & alienam rem vel subripuit, vel saltem iniustè detinet, nec alia ratione, quàm quia interfit agentis, & quidem ex honesta causa. Mirum igitur non est huiusmodi actiones furi denegari quas non nisi ex sua improbitate haberet, nec alia de causa quàm quia fur fuisset, si permitteretur ipsi iis experiri: quamuis permittatur domino condicere certi etiam contra furẽ condicione furtiua *l. certi* 9. *supr.* licèt nullũ quoq; domini factũ in eo intercedat, nẽpe quia ex honesta causa ipsius interest, nec æquum est furem ex delicto suo lucrari.

BIU Cujas

1 ¶ Vnde Papinianus libro 8. Quæstionum ait: Si alienos nummos tibi mutuos dedi: non antè mihi teneris, quàm eos consumpseris: quòd si per partes eos consumpseris [a], an per partes tibi condicam, quærit, & ait condicturum si admonitus alienos nummos fuisse, ideo per partem condico, quia nondum totos consumptos compereram.

Ad §. 1. Vnde Papinianus.

RAT. DVB. & DEC. eadem est quæ ad versic. vltimum legis præcedentis, vbi diximus condictionem certi ex mutuo licet acquiratur ei qui contraxit & pecuniam numerauit, quamuis alienam potiùs quàm domino pecuniæ, non tamen acquiri ex numeratione, sed ex consumptione, quoties per numerationem non transiit dominium in accipientem. Ex quo apparet quàm otiosa sit quæstio quæ ab Accursio hîc proponitur, & quàm mala ad propositam quæstionem responsio. Quærit enim, si alienam pecuniam quam dedi tibi mutuam reddi mihi stipulatus sim, & dominus eam vindicet antequam sit consumpta, An mihi ex stipulatione tenearis? Respondet autem repelli me posse & debere exceptione doli, propterea quòd eam pecuniam vindicanti domino restituere tenearis, vt proinde cùm restituis videaris eam amittere sine culpa tua: quæ res dare tibi debet doli mali exceptionem *l. 1. §. si seruus communis infr. de stipul. seruor.* Quasi verò interposita stipulatio ex causa mutui aliquas vires habere possit, cùm mutuum reuera nullum contractū est: quod vtique nemo probabiliter dixerit. Nam si verum est, vt est, quod ait Pomponius in *l. cùm enim 7. infr. de nouat. & delegat.* Cùm pecunia mutua data stipulamur non nasci obligationem ex numeratione & eam deinde per stipulationem nouari, quia id agitur vt sola stipulatio teneat, nec nisi implendæ stipulationis gratia numerationem intelligendam esse fieri, quis putet impletam esse stipulationem per mutuum alienæ pecuniæ, quod sit inutile & ex quo non sit translatum dominium pecuniæ in accipiētem? Nec certè negari potest, quin id agatur inter contrahentes hoc casu vt vnus tantùm sit contractus, & quidem obligationis verborum non duplex, sed ita tamen, vt non alio casu nascatur condictio certi ex stipulatione quàm quo nasceretur certi condictio ex mutuo si stipulatio interposita non fuisset. Tanquam interposita stipulatione in locum condictionis, vt *in l. vlt. §. 1. infr. Rat. rem haber.* Atqui etiamsi non fuisset interposita stipulatio, nulla tamen certi condictio ex mutuo nasceretur ex huiusmodi numeratione, quia nec valuit mutuum ab initio: Ergo neque actio vlla & condictio certi ex stipulatione nascetur ante consumptionem: quo demum tempore nasceretur condictio certi ex mutuo, si nulla fuisset interposita stipulatio. Proinde nihil est quod de doli exceptione tractari hîc possit, quippe quæ semper & in necessarium antecedens supponit natam ac competentem actionem ex stipulatione. Nec similis est hic casus illi quo interposita sit aliqua stipulatio sine causa: quo casu dicimus necessariam esse doli exceptionem *l. 2. §. circa inf. de doli mal. except.* Id enim rationem illā habet, quia cùm stipulatio aliqua simpliciter sine causa interponitur, id inter contrahentes agitur, vt stipulatio teneat omnimodo ipso iure: Quæ res necessitatē inducit opponendæ exceptionis doli mali, vt & in specie *d. l. 1. §. si seruus communis infr. de stipul. seruor.* At in proposito, quemadmodum id agitur vt sola stipulatio teneat ex causa mutui, vnúsque sit contractus obligationis verborum *dict. l. cùm enim iunct. § vlt. legis præced. de nouat. l. si ita stipulatus 126. §. Chrysogonus de verbor. oblig.* Ita & id agitur vt ita demum teneat stipulatio, si valida & efficax fuit numeratio ad inducendam per se condictionem certi ex mutuo quod in proposita specie non contingit cum aliena pecunia credita & numerata est: Sufficit igitur hactenus valere stipulationem vt ex ea possit nasci actio eo casu & tempore quo nulla stipulatione interposita nasci posset condictio certi ex mutuo, id est secuta demum consumptione. Alioqui cōtractus hic qui constat ex numeratione & stipulatione dimittendus esset, vt quamuis numeratio nō valeret, stipulatio tamen teneret, quod esset absurdum cùm sit vnicus contractus *l. tutor vrgentibus 47. §. 1. supr. de minor l. nam absurdum 7. infr. de bon. liber. l. si ita stipulatio 39. in fin. de oper. libert.* Idem Accursius quærit, si alienam pecuniam quasi mutuam tibi numerauerim, neque velis eam consumere an aliqua & qua demum actione tenearis. Et postquàm tentauit neque teneri te condictione certi ex mutuo, quandiu in pendenti est consumptio *l. non omnis 19. vers. & cùm pecunia infr. hoc tit.* neque condictione sine causa, cùm pecunia hęc sit penes te ex causa, quę nondum est finita; nec detur illa condictio ratione solius possessionis, sed ita demum si coniuncta sit causa dominij. Concludit tamen perinde teneri te debere, ac si pecuniam consumpsisses, quia nonnisi per te stet, quominus eam consumas ex regula *l. iure ciuili 24. de condict. & demonstr.* Nisi, inquit, hoc facias, bona fide, fortè si denunciatum tibi sit à domino ne consumas. Sed malè. Nam præter id quod is qui mutuam accipit pecuniam non statim cogitur eam consumere, nec idcirco videri potest in mala fide esse, quòd illam tardius consumat. Falsum est sufficere ad inducendam condictionem certi ex mutuo credita pecunia aliena, quòd per te stet ne eam consumas. Alioqui dicendum esset ipso numerationis die nasci condictionem nulla etiam secuta consumptione, quia certum est potuisse eo ipso consumi pecuniam si is qui accepit consumere illam voluisset. Verius igitur est quod generaliter Iulianus scribit *in d. l. non omnis*, quandiu est in pendenti an id futurum sit, quod condictionem parere potest, cessare obligationem. Ac proinde eo casu quo non tam ex numeratione quàm ex consumptione pecuniæ nasci potest condictio tandiu pendere condictionem, quamdiu pendet consumptio. Nec igitur posse tibi pecuniam condici prius quàm eam consumpseris: siue causam aliquam habeas eius non consumendæ siue nullam. Nec ratio vlla est cur tibi succurri debeat, daríque condictio ante consumptionem, cum pecuniæ dominium in accipientem non trāstuleris quia fuit aliena *d. l. traditio 20. de acquir. rer. dom.* nec tamen eam vindicare possis quia non est tua. Interim igitur condictionem pendere necesse est, vt & in aliis pleríque casibus de quibus *in d. l. non omnis & l. proinde 8. supra*

quia

BIU Cujas

quia pendet an pecuniam sis consumpturus, an dominus eam priùs vindicaturus. Quod autem pendet non pro eo est quasi sit, vt habet iuris regula *l. is damnum dat* 169. §. 1. *de regul. iur.* Neque verò ideo teneturis qui alienam pecuniam sibi creditam consumpsit, quia consumpserit, sed quia per consumptionem fecit vt verus dominus qui extantem pecuniam quasi suam poterat vindicare, dominium rei suæ amiserit, & ita in eum statum rem redigit, vt vel danda sit actio ei qui pecuniam quamuis alienam numerauit, vel relinquenda in perpetuum pecunia penes eum qui accepit, vt ex aliena iactura impunè locupletetur, quod est multo absurdius. Atqui, quod is qui mutuam accepit pecuniam eam consumere potuerit, quam tamen non consumpsit, quódque per eum steterit quominùs consumpserit siue sciuerit siue nesciuerit esse alienam, non facit vt pecuniæ dominus videri possit dominium eius amisisse quandiu adhuc reuera extat nec proinde vt pecunia quæ consumpta non est, haberi debeat pro consumpta: vindicare enim illam potest dominus quandiu extat, quam consumptam vindicare non posset.

a *Quòd si per partes eos consumpseris.* RAT. DVB. Contractus omnes sui natura sunt indiuidui, quòd credendum sit eum qui in solidum ita contraxit, nō fuisse pro parte contracturum *l. tutor vrgentibus* 47. §. 1. *supr. de minor. l. cùm ex causa* 139. *infr. de verbor oblig. l. si quis aliam* 46. *de solut.* Ergo tum quoque cùm quis alienam pecuniam credendi animo numerauit, & ea pro parte consumpta est, dicendum est ex ea siue numeratione siue consumptione actionem & condictionem vel nullam penitus nasci debere vel pro tota quantitate.

DEC. Quemadmodum cùm ex numeratione actio nascitur, quod contingit quoties dominiū pecuniæ transiit in accipientem, non nascitur condictio nisi quatenus numeratum est *l. si tibi* 17. *supr. de pact. l. cùm vltra* 9. *C. de non numer. pecun.* Ita & cū nascitur cōdictio ex consumptione, quod euenit in hac specie cùm fur subrectos nummos, aut aliàs alienos credidit, nulla potest nasci condictio nisi quatenus pecunia consumpta est, vt effectus causæ suæ respōdeat. Nam & cùm de in rem verso agitur, nō nascitur actio quatenus pecunia credita & numerata est, sed quatenus in rem versa adeóque quatenus durat versa *l. si propatre* 10. §. *versum & pass. infr. de in rem vers.* Ergo si alienos nummos tibi mutuos dedero, sicuti non antè mihi teneris condictione quàm eos cōsumpseris, ita si per partes eos consumpseris consequens est, vt si per partes consumpseris, possim ego partem consumptā condicere, si admonitus alienos nummos fuisse ideo per partē condicam, quia nondum totos consumptos compereram. Sic enim legendum est vt Florentiæ, non vt apud Accursium *si admonitus fueris* addita deinde particula *vel* ante dictionem *ideo*, quasi Papinianus distinguat, an admonitus fuerit is qui mutuam pecuniam accepit, ne eam consumeret, an consumpserit non admonitus; quod ridiculum est. Nihil enim facit admonitio, sed sola consumptio, sensus igitur est posse me per partes condicere eo demùm casu quo postquā fui admonitus alienos nummos esse, comperi nondum consumptos totos fuisse. Ideo enim de admonitione locutus est Papinianus, quem Vlpianus hîc refert, quia non priùs quærendum est de consumptione, id est, an pecunia credita consumpta sit in totum vel pro parte, nec proinde de condictione per partes danda, quàm compertum sit alienos nummos fuisse quod citra admonitionem & denunciationem alicuius fieri non potest. Non igitur eo sensu quem sibi fingit Accursius de admonito debitore vt pecuniam non consumat, sed de admonito creditore alienam esse pecuniam quam numerauit: quod si aliter resciuerit quàm per alicuius admonitionem, idem iuris erit, vt statim sciens ei debeat creditos nummos condicere per partes quatenus scilicet compererit consumptos eos fuisse. Nam quamdiu putat creditor suam se pecuniam non alienam credidisse, frustra quærat, an possit pecuniam pro parte condicere, quam totam potest. Qui enim totum petere potest, non est prohibendus quin partem iudicio persequatur si velit, cùm humanius sit vt & inuitus partem accipere cogatur si debitor partem duntaxat debiti offerat, de alia verò litigare velit, vt in *l. quidam existimauerunt* 21. vbi dicemus *infr. hoc tit.* At cùm non tam ex numeratione quàm ex consumptione nascitur condictio, non videatur priùs nasci posse quàm tota pecunia consumpta esset, sicuti & cùm nascitur ex numeratione non prius nascitur quàm tota quantitas numerata sit, ne alioqui tot inducamus condictiones quot erunt nummi crediti si in singulos nummos qui numerantur, condictio aliqua nasceretur. Sed non est bona comparatio numerationis & cōsumptionis, quia numerationis actus indiuiduus est, consumptionis verò diuiduus. Itaque tota Accursij ad hunc vers. glossa delenda est.

¶ 2. Si seruus communis decem crediderit: puto siue administratio seruo communi concessa est, siue non, & consumantur nummi, in quinum competere actionem. Nam & si communes tibi nummos credidero [b] centum: posse me quinquaginta condicere, lib. 8. quæstion. Papinianus scribit: etiam si singula corpora communia fuerint.

Ad § 2. Si seruus communis.

RAT. DVB. Cùm seruus communis, cui administratio concessa erat, à dominis, communes nummos credidit, fecit statim mutuam pecuniam, quia transtulit dominium in accipientem, quòd ex dominorum voluntate pecuniam numerasse & tradidisse intelligatur *l. rogasti* 12. §. *vltim. supr. hoc titul.* Ergo non est expectanda consumptio, nec adhibenda distinctio an sint consumpti nummi necne. Rursus cùm nummi fuerunt communes, non videtur seperatim acquiri posse condictio dominis singulis in quinque, sed communiter in decem vt in locum dominij succedat condictio. DEC. Consumptione conualescit mutuum etiam quod ab initio non valuit, vt diximus in præcedentibus. Ergo si consumpti sint nummi quos seruus communis credidit communes, non est distinguendum an administratio concessa fuerit seruo an non. Quomodo tamen distinguendum esset, si consumptio

BIU Cujas

secuta non fuisset, concessa enim administratione, valeret mutuum ab initio, quod ea concessa non valeret nisi propter secutam consumptionem. E contrario cùm administratio concessa est, non distinguimus an secuta sit consumptio nè ne, quomodo distingui oporteret si administratio concessa non esset. Secuta enim consumptione valeret mutuum etiam non concessa administratione, quod alioqui non valeret. Cæterùm acquiritur condictio dominis non communiter quamuis corpora nummorum communia fuerint, sed pro parte, quia & partem quisque dominij in nummis habuit, siue communionem in singulis nummis pro indiuiso esse quis intelligat siue in pecunia non corpora cogitet, sed quantitatem, vt Papinianus loquitur in *l. si is cui* 94. §. 1. *infr. de solut.*

a *In quinum competere actionem.* Benè *in quinum* non vt vulgo *in quinque.* In quinum enim non idem significat quod in quinque, sed vt Accursius explicat in quinque & quinque, id est, ita vt singuli domini possint à debitore singula quinque condicere. Vox enim distributiua est non collectiua.

b *Nam etsi communes tibi nummos credidero.* Malè Accursius noster hunc versiculum intelligit de nūmis qui sint communes mihi & tibi, non autem mihi & alij. Nam cùm loquatur Vlpianus de nummis quos tibi credidi, certum est si credam tibi centum nummos qui mihi & tibi sint communes, non posse mutuum valere pro ea parte dominij quam habes in his bonis communibus, & adeò non valere vt nec cōsumptione secuta conualescat, quasi pro tua parte alienis nūmis creditis, etsi n. alieni sunt quod ad me pertinet, attamen quod ad te spectat, nō sunt alieni, cùm sint tui. Itaq; cùm eos consumis nō tāquam creditos, aut tanquā alienos cōsumis, sed tanquam tuos: & idcò non magis æquum est te obligari ex consumptione tuę pecuniæ, quàm ex numeratione. Intelligi ergo debet Vlp. de nummis tibi à me creditis, qui erant communes mihi & alij: quo casu sicuti nō aliter potest mihi cōpetere condictio pro alterius parte, cui sunt hi nummi mecum communes quàm si pro illa parte consumpti sint, ita pro mea parte frustra consumptionem requiras aut expectes, cùm per numerationem dominiū translatū statim fuerit in te, ideóque statim ex numeratione quæsita mihi fuerit condictio. Neq; verò versiculū hunc subiunxit Vlpian. vt de consumptione loqui pergeret, quod malè sensisse videtur Accursius, sed vt ostenderet non esse nouum quod proximè dixerat, creditis nummis communib. licèt corpora nummorū fuerint communia, non tamen acquiri communiter omnib. condictionem totius quantitatis, sed vnicuique separatim, pro ea parte dominij quā siue in corporib. ipsorum nummorum siue in quātitate pecuniæ habuit. Idem enim contingit, inquit Vlpianus, si nummos mihi & alij communes tibi credidero centum. Nam possum statim quinquaginta condicere, id est, non expectata consumptione, quæ tamen expectanda esset, si non nisi totos centum nummos liceret mihi condicere. Certū si quidem est non posse mihi competere condictionē pro ea parte quæ socij mei fuit quousque sit consumpta. Sed si quinquaginta tantùm condicere velim, potero statim non expectata consumptione. Ratio dubitandi non alia est, quam quæ ab Vlpiano exprimitur, quòd singula nummorum corpora communia fuerunt. Consequens enim videbatur, vt nec vnum nummum nedum quinquaginta possem ipso iure condicere, nisi pro parte, cùm non aliud possim condicere quàm id demum quod meū fuit. ergo nec nisi quatenus meum fuit: quomodo circa consumptionem argumentati sumus ad §. precedentem. Sed decidendi ratio ex eo petenda est, quòd earum rerum quæ per corporalem diuisionē corrumperentur, diuisio non per singula corpora facienda est, sed per numerum. Quemadmodum contingit etiam cùm diuisio facienda est non singulorum corporum, sed gregum puta, & armentorum mixtorum ex pecoribus tuis & meis, nempe si eorum discretio sit difficilis, vt in specie *leg. vsufructuarium* 62. § 1. *supr. de vsufruct.* Nolim autem cum Ioanne & Accursio rationem huius versiculi petere ex discretionis difficultate, sed ex diuisionis impossibilitate, quia cùm credidi tibi nummos centum communes mihi cum Titio, non sunt corpora nummorum discernenda, cùm nullius sit nummus, qui totus sit Titij aut totus meus, sed essent singula corpora diuidenda si commodam diuisionem pati possent per quā eorum vsus ad eos fines, in quos pecunia cōparata est, non corrumperetur. Ideò autem facilius diuidi possunt, & debet nummi per numerū, quoniā in iis non tā corpora spectanda sunt quā quantitas *l. si is cui* 94. §. 1. *infr. de solut.* Vnde est quod etiā numerantur nōnumquam inter res incorporales *l. qui heredis* 47 *infr. de condic. indeb.* Numerus autē vnicus modus est diuidendæ quantitatis discretæ. Iunge *l. si pœnæ* 9. §. *vlt eo. tit. de cond. indeb l. si Titius* 62. *infr pro socio.* Addit Accursius *l. cum pater* 77 *in princ. de legat.* 2. Sed nihil ea lex ad rem nostram facit, quia non tractat de diuidēda pecunia, sed de ea quæ vni ex coheredibus per præceptionem legata sit tota ex ipsius hereditaria portione redigenda, vt & in *l. deducta* 58 §. *acceptis infr. ad Senatusconsultum Trebellianum.*

14. IDEM libro 29. ad Edictum.

SI filiusfamilias contra Senatusconsultum mutuatus, pecuniam soluerit: patri nummos vindicanti nulla exceptio obiicietur. Sed si fuerint consumpti à creditore nummi [a]: Marcellus ait, cessare condictionem, quoniam totiens condictio datur, quotiens ex ea causa numerati sunt, ex qua actio esse potuisset, si dominium ad accipientem transisset: in proposito autem non esset. Denique per errorem soluti [b] contra Senatusconsultum crediti, magis est cessare repetitionem.

Ad l. Si filiusfamilias 14.

RAT. DVB. Non est prohibendus filius etiam si contra Senatusconsultum Macedonianum pecuniam mutuatus sit, bonam fidē agnoscere, & quod se debere scit, soluere, sicuti dicimus de tutore vltro

BIU Cujas

vltro soluente debitum pupillare in *l.quoties 9. §. sicut autem infr. de admin. tutor.* Obligatur enim naturaliter filiusfamilias creditori à quo mutuam accepit pecuniam, licèt contra Senatusconsulti authoritatem, ideóque si soluat non repetit, quamuis perpetua tutus exceptione *l.sed si 9. §. vlt & l. seq. inf. de SC. Maced. l. qui exceptionem 40. de condict. indeb.* Ergo non est permittendum patri, vt eos nummos vindicet à creditore cui filiusfamilias soluerit, non solùm si ex peculio castrensi, vel quasi castrensi soluerit: qui casus nullam recipit dubitationem, cùm in ea pecunia filiusfamilias pro patrefamilias habeatur *l. 2. inf. de SC. Maced.* Sed etiamsi ex peculio aduentitio, adeóque profectitio, cuius habeat administrationem. Hoc enim necessariò supponendum est, vt quæstioni locus fieri possit, scilicet ex iuris veteris ratione. Nam iure nouo certum est peculij aduentitij proprietatem manere penes filium solo vsufructu ad patrem pertinente *l. cùm oportet & l. vltim. Cod. de bon. quæ liber.* quamuis in peculio profectitio nihil sit immutatum.

Dec. Senatusconsultum Macedonianum prohibet ne filiusfamilias ex mutuo obligetur ob eas causas quæ recensentur in *l. 1. ill tit de SC. Maced.* Nõ ita vti ne dominium pecuniæ creditæ transeat in filiumfamilias, sed vt in filiumfamil. nulla creditori actio dari debeat, aut vt si agat creditor, exceptione Senatusconsulti repelli possit *d. l. 1. & tot. ill. tit.* Proinde si filiusfamilias ex ea causa soluat, non potest transferre dominium pecuniæ, quia traditio nuda est, & inefficax ad transferendum dominium quoties nuda est, nec habet pro causa iustum titulum id est, iure ac legib. improbatum *l. numquam nuda 31. de acq. rer. domin.* Ergo si soluerit ex nummis quorum dominium ad patrem pertineat, quomodo pertinet omnium, qui non sint castrenses vel quasi castrenses, dicendum est non posse transferri dominium quod patris fuit non filij, quamuis filius liberam peculij administrationem habuerit: nec enim videtur ei mãdatum à patre vt pecuniam perderet *l. 3. § si filiusfamilias. aut potius § proinde inf. de SC. Maced.* id est, vt id solueret quod neq; ab eo neque à patre exigi potuisset, & aduersus cuius petitionẽ exceptione perpetua se tueri potuisset: quasi nec videatur debere is à quo propter exceptionem nihil peti potest *l. nihil interest 112. l. Marcellus 66. de regul. iur.* Vnde est quod nec hi quib. naturaliter tantùm debetur, creditorum loco habentur *leg. creditores 10. de verb. signific.* nempe quia ex naturali obligatione illa nullam habent actionem, nec obstat quòd filiusfamilias si soluat non repetit. Hoc enim fit contra cõmunis iuris regulã solo odio exceptionis Macedoniani, quę licèt summa ęquitate nitatur, hoc ipso tamen odiosa est, quod eam Senatus introduxit solo creditoris odio, non etiam fauore debitoris, in quo maximè differt ab exceptione Senatusconsulti Velleiani *dict. leg. qui exceptionem 40. de condict. indeb. & d. l. sed si 9. §. penult. de SC. Macedon.* Neque rursum quod dicimus filiumfamilias si soluat non repetere, ita debet accipi, si soluat adhuc filiusfamilias (nec enim naturalis obligatio quæ suos omnes effectus à iure ciuili habet, hunc habere potest, vt impediat repetitionem soluti ex causa iure ciuili improbata) sed ita si iam paterfamilias factus soluat, quo casu ideò non repetit, quia ratum habuisse videtur *l. item si 7. §. vltim. & dict. l. sed si 9. in princip. eod. & d. l. qui exceptionem in fine principij.* Bene igitur Vlpianus hîc scribit, si filiusfamilias contra Senatusconsultum mutuatus soluerit, patri nummos vindicanti, nullã exceptionem obiici posse. Alioqui deterior fieret condicio patris per filium qui meliorem tantùm eam facere potest *l. melior 131. de regul. iur.* Et certè cùm dominium nummorum quod solutionis tempore fuit patris, non transierit in accipientem, consequens est vt vindicare eos pater tanquam dominus possit *d. l. 3. § proinde versic. quemadmodum Iulianus de SC. Macedon.* nimirum si extent. Nam si consumpti sint, condicendi erunt, quia vindicari iam non possunt. Atque ita accipi debet quod scriptum est in *l. sed si paterfamilias 9. §. 1. eod tit* condictionem patri ex omni euentu competere. Non quasi Vlpian. putet omni casu condictioni locum esse, sed vt significet ad extremum, & omnimodo condictionẽ competere, cessante scilicet vindicatione, vt benè Cuiacius interpretatur *lib. 14. obser. c. 15.* Adeò autem condictio patri competit si consumpti sint nummi, aut vindicatio si extent, vt dubitatum etiam sit si filiusfamilias contra Senatusconsultum mutuatus soluerit, & patri suo heres effectus vindicare nummos adhuc extantes velit, an possit. Videbatur enim posse iure hereditario & tanquam heres patris qui vindicare hodie posset si viueret, sed tamen magis est vt ab huiusmodi vindicatione nummorum summoueri debeat exceptione doli, cùm ipse mutuam pecuniam acceperit & soluendo, debitum, bonámque fidem agnouerit, vt Vlpianus concludit in *leg. si non sortem 26. §. filiusfamilias infr. de condict. indeb.* In eóque fauorabiliorem esse causam patris, quàm filij mirum non est.

a *Sed si fuerint consumpti à creditore nummi.* Rat. dvb. Eo casu quo competere vindicatio potest nũmorum si extent, solet dari condictio in vicem & locum vindicationis si consumpti sint *leg. rogasti 11. § vltim. & leg. sequent. supr. hoc titul.* Atqui in proposita specie competeret patri vindicatio nummorum extantium, quos filiusfamilias siue ex patris, siue ex alterius pecunia etiam filiofamilias donata soluisset dum ne ea mente ab alio donata & credita fuisset, vt creditori solueretur *l. sed si paterfamilias 9. §. 1. inf. de SC. Maced.* extra causam scilicet peculij castrẽsis, & quasi castrensis, vt proximè diximus ex *leg. 2. iunct. §. vltim leg. 1 eod. tit.* Ergo iisdem nummis consumptis debet competere patri condictio. Atque ita Iulianum sensisse Vlpianus noster refert in *dict. l. sed si paterfamilias §. 1. in fin.*

Dec. Toties consumptio nummorum parit condictionẽ, quoties numeratio facta est ex ea causa ex qua nasci potuisset cõdictio si dominiũ in accipientem transisset. Atqui in proposito si nummorum, quos filiusfamilias soluit, dominiũ in accipientem creditorem transire potuisset, nõ ideò tamen habere condictionem filiusfamilias potuisset, quia naturalis obligatio condictionem soluti impediuisset *l. quia naturalis 10. iunct. §. vlt. legis præcedent. eod. ill. tit.* quomodo Cuiacius interpretatur *libr. 14. obseru. c. 35.* Aut quomodo interpretari malo cũ Accursio, quia si per solutionẽ translatum fuisset dominiũ in accipientem, vt puta si solutio facta fuisset ex nũmis castrẽsib. aut quasi castrẽsib. nata fuisset ex solutione liberatio non condictio, nec enim aliter nasci potest ex solutione liberatio, quam si dominium solutæ pecuniæ transeat in accipientem, & quidem irreuocabiliter *leg. si rem 20. leg. si aliam 46. leg. qui res 98. in princip. & §. 1. de solut.* Regula autem iuris est,

BIU Cujas

ex quibus causis solutio liberationem parit, nō posse ex ea nasci condictionem *l.cùm quis* 38.§.1.*& §. qui hominem eod.tit.* extra casum *l.Neratius* 63. *de cond. indeb.* Ideò autem magis placet interpretatio Accursij quàm Cuiacij, quòd naturalis obligatio, quæ nihil habet commune cum iure ciuili, ex quo sunt actiones & condictiones omnes, non potest impedire ne condictio nascatur ipso iure, sed tantùm facit vt elidatur ea per exceptionem quæ semper parit retentionē: Marcelli autē argumentū ad eum casum pertinet in quo nulla possit ipso iure nasci ex numeratione condictio, etiamsi nummorum dominium translatum sit in accipientem: quod non aliter potest cōtingere quàm si solutio pariat liberationem. Scio interdū contingere vt eadem numeratio prosit in duas causas, pariatq; non modò liberationē, sed etiā actionē vt in *l.in numerationib.* 44 *de solut.* Sed vt eadē numeratio & solutio possit, & liberationē parere, & condictionē præsertim respectu eiusdē personæ, hoc verò est quod fieri posse nego: longéque facilius est vt neq; liberationem pariat neq; condictionē, vt in casu *d.l.Neratius*: quanquam hoc quoq; perrarū est, & dignum, quod à Caio nostro relatum fuerit in librū illū singularē de casib. ex quo sumpta est *d.l Neratius*, & qui totus fuit de singularib. casib. Benè igitur Marcellus cōcludebat in proposita specie nullā posse condictionē nummorū competere. In quo certè dissensit Marcellus à Iuliano, vt aliàs plerunq; solet. Et in hoc sentio libenter cū Cuiacio, potiùs quā cū Accursio cæteríſq; glossatorib. qui in his legib. cōciliandis tātopere ac frustrà se torserūt. Nā quod Irnerius dicebat posse quidē patrē condicere ex sua persona, sed nō ex persona filij, ad Marcelli sensum accōmodari non potest, qui cùm denegat patri condictionē, vtiq; denegat eo ipso casu & modo quo dat patri vindicationē nummorū extantiū. Atqui cū nūmi extant, datur patri eorū vindicatio ex propria persona ipsius patris, qui ipsorū dominus fuit, non ex persona ipsius filij, cui nullo casu cōpetere potest vindicatio, cū neque dominus ille sit neq. vnquā fuerit aut esse potuerit *leg.in rem* 23. *de rei vind.l. Quintus* 27.§.*argento de aur.& argen. legat iunct. l.placet* 79.*infr. de acqu.hered.l.*1.*infr.si à parent.quis manum.* Ergo neq; ex patris persona condictionem ei dari Marcellus patitur. Ioannis autē distinctio licèt ab Accursio & Bartolo magis probata æquè improbabilis est. Ait. n. nummorū quidē extantiū vindicationē patri indistinctè dari, sed si cōsumpti sint, distinguendum esse, an bona fide consumpti sint, an mala fide, vt si bona fide, cōdictio nulla patri competat, si verò mala fide & tanquā furtiui, possit eos pater condicere: cū tamē neq. in hac lege distinctio vlla adhibeatur, neq. in *d.l.sed si paterfamilias* §.1. alia vlla, quàm illa, vtrum pecunia quam extraneus filiofamilias donauit, & ex qua filiusfamilias soluit creditori donata sit ei simpliciter an hac condicione, vt creditori eam solueret, vt hoc posteriore casu dominium pecuniæ transeat in accipientem, & quidem rectà, id est, nunquam factum patris, ac proinde nec filij vel vno quidem momento *d.l placet.* Priore verò casu patris facti sint nummi, & ideò extantes vindicare eos possit, consumptos autem condicere, quomodo verò possunt consumpti esse mala fide, ac tanquam furtiui cùm eos simpliciter filiofamilias donauit extraneus? Quod si ita esset nō nisi furtiui possent esse nummi quos filiusfamilias solueret, nisi quos ei donasset extraneus hac lege vt ex iis solueret creditori, quem tamen casum nemo dixerit in hac lege ab Vlpiano & Marcello tractari: præter id quod neque Marcellus hîc, neque Iulianus tractant de condictione furtiua, sed de illa, quam Cuiacius ex vetere formula vocat de benè depensis, quæ nascitur ex sola consumptione: vt taceam nec facilè admitti posse, vt filiusfamilias furtum faciat patri, maximè verò in nummis peculiaribus, quorum cùm habeat filiusfamilias liberam administrationem quomodo fieri potest, vt eos inuito patre contrectare furtúmque eorum facere videatur? Nec enim negari potest quin de iis nummis loquatur Vlpianus quorum dominium in accipiētem transiret, si non aduersus Senatusconsultum Macedonianum mutuatus pecuniam fuisset. Alioqui quid attineret loqui de pecunia contra Senatusconsultum credita: etsi autem Marcelli sententia videtur verior ob rationem, quæ in hac lege affertur, posset tamen quis pro Iuliano negare propositionem quā Marcellus pro vera assumit, vt toties condictio locum habere debeat consumptis nummis quorum dominium ab initio per numerationem translatum non fuit, quoties translato dominio æquè condictio aliáve actio competisset, & in huius propositionis locum aliam substituere, vt toties consumptis nummis cōdictio danda sit, quoties in sdem extantibus vindicatio danda esset: quod vtique in proposito contingeret. Nec illa rursum distinctio conciliare Marcellum, cum Iuliano potest quam alij adferunt apud Accursium, an solutio facta sit à filio nomine patris, an ipsius filij, vt si patris nomine facta sit condictio competat, quandoquidem pater ex eo contractu filij nullomodo tenebatur ne quidem de peculio *l.si filius* 6. *C. de SC. Macedon* nec magis naturaliter quàm ciuiliter, cùm ipse non contraxerit. Si verò nomine filij, non detur condictio, quia filius naturaliter debuit *argu. leg.*1.§.*vltim.& leg.*2.*infr.de pecun. constitut.* Nam tametsi filiusfamilias suo nomine soluerit pecuniam quam contra Senatusconsultum erat mutuatus, cùm tamen ex iis nummis soluit, qui patris fuerunt, & quorum proinde dominium in accipientem transferre ignorante patre non potuit, non prohibetur pater eos vindicare si extent: nec igitur condicere si consumpti sint secundum sententiam Iuliani, sed si Marcello credimus, cessabit hoc quoquè casu condictio, quia etiamsi dominium in accipientem translatum fuisset per numerationem, non actio aliqua, sed liberatio ex ea solutione nata fuisset. Suauis verò certè est Bartolus qui ad hanc legem notat, difficilem eam videri scholaribus, sed non esse, cùm tamen ad conciliandum Marcellum cum Iuliano nihil aliud proferat, quàm quod suprà ex Ioanne glossatore retulimus, & refutauimus.

b *Denique per errorem soluti.* Malè Cuiacius *libro* 14.*obseruation. capite* 35. hunc versiculum ita accipit, vt sit conclusio syllogismi quo vtitur Marcellus vt probet contra Iulianum cessare hoc casu cōdictionem, quasi *denique* dixerit hîc Vlpianus cum Marcello pro *ergo.* Sic enim ille syllogismum Marcelli concipit, vt propositio hæc sit, toties condictio datur quoties ex ea causa numeratio fit, ex qua actio esse potuisset, si dominium ad accipientem transiisset. Assumptio autē ista: Atqui in proposito non ita esset, id est, non nasceretur condictio ex numeratione: cōclusio verò hæc: proinde per errorem

rorem soluti contra Senatusconsultum crediti dicendum est cessare repetitionem, id est, condictionem quæ ex consumptione quæsita videri poterat patri per filium. Sed pace tanti viri dixerim, ineptus hic syllogismus esset. Ponit enim idem in assumptione quod in conclusione, assumítque idipsum quod omnimodo probandum est, & de quo disputatur, An nimirum hoc casu condictio aliqua competat, vt Iulianus existimabat. Nec rursus bona esset probatio conclusionis illius negatiuæ: Nullam condictionem hoc casu competere, si ex syllogismo nihil aliud inferre possis, nisi quod inferri vult Cuiacius, ergo condictionem indebiti cõpetere. Nam cessante quoque indebiti condictione, quæ nunquam nisi translato dominio competit, nihil vetat aliam supereſſe, quam suprà diximus cum Cuiacio de benè depensis appellari, quæ competit etiam non translato per numerationem dominio, vi & potestate solius consumptionis. Ex eo igitur tantò magis verum apparet quod diximus, non ea ratione Marcellum negare hîc competere condictionem, quod eam naturalis obligatio impediret si dominium ex numeratione translatum esset, sed quia huiusmodi solutio proficeret ad liberationem, nec proinde condictionem, aut aliam actionem vllam parere posset, eiúsque rei confirmandæ gratia bene subiicit Vlp. ex Marcello, non solùm in hac specie, cùm dominium in accipientem translatum nõ est, cessare condictionem de benè depensis, sed etiam cùm de condictione indebiti quæritur, ac proinde cùm ex numeratione dominium translatum fuit, cessare soluti repetitionem non minùs quàm vindicationem extantis pecuniæ, nempe quia naturalis obligatio impedit condictionem indebiti, cùm nec indebitum dici possit id quod naturaliter debitum fuit, vt docuimus ex *d. l. sed si paterfamilias* 9. §. *vlt. & l. seq. de SC. Maced.* Nisi cùm is soluit qui exceptione perpetua eáque fauorabili tutus fuit, puta Senatusconsulti Velleiani *dict. l. qui exceptionem* 40. *de condict. indeb.* Porrò nihil interest ex qua pecunia filiusfamilias soluerit an ex castrensi, an quasi castrensi etiam in potestate manens, an ex alia, dummodò paterfamiliàs iam effectus, vt benè Accursius explicat: sed quod hîc scribitur de errore, malè Accursius intelligit de errore iuris. Meliùs Cuiacius supradicto loco de errore facti, quoniam in eo qui per errorem iuris, aut scienter indebitum soluit, nulla dubitatio est quin non possit repetere *l. error facti* 9. *C. ad legem Falcid. l. cùm quis* 10. *C. de iur. & facti. ignor.*

15. IDEM libro 31. ad Edictum.

SIngularia quædam recepta sunt circa pecuniam creditam. nam si tibi debitorem meum iussero dare pecuniam: obligaris mihi, quamuis meos nummos non acceperis. quod igitur in duabus personis recipitur [a], hoc & in eadem persona recipiendum est: vt, cùm ex causa mandati pecuniam mihi debeas, & conuenerit, vt crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia, & à me ad te profecta.

Ad l. singularia 15.

RATIO DVB. Mutuum ex eo dictum est quod fiat de meo tuum. Et solet bonum esse argumentum ab etymologia negatiuè, vt si de meo non fiat tuum non sit mutuum *l.* 2. §. *appellata*, vbi diximus *supr. hoc tit.* Atqui siue debitorem meum iusserim tibi dare pecuniam, siue cùm ex causa mandati pecuniam mihi deberes, conuenerit inter nos vt crediti nomine eam retineas, verum est pecuniam quæ penes te est tanquam mutua, nunquã fuisse meam. Nec enim quod mihi debetur meum est, adeò vt nec quod meum est, deberi mihi possit non magis quàm ex noua causa fieri meum. §. *sic itaque. Instit. de act. l. nemo rem suam* 82. *de verb. oblig. l. non vt ex pluribus* 159. *de regul. iur.* Ergo dicendum est neutro istorum casuum posse mutuum contrahi, ne alioqui paulatim eueniat, vt dicamus nuda voluntate posse ex quolibet alio contractu mutuum fieri quod ferendum non est, si Africano credimus *in l. qui negotia* 34. *infr. mandat.* Contrahitur enim mutuum interueniente re & traditione non nuda voluntate nudóve consensu *l.* 1. §. 1. *infr. de oblig. & action.*

DEC. In his quæ contra iuris rationem & iure aliquo singulari recepta sunt, non possumus sequi regulam iuris *l. in his* 15. *& seq. sup. de legib.* Atqui in contractu mutui singularia quædam recepta sunt, id est non contra cæterorum cõtractuum regulas, vt malè Accursius post Ioannem & Azonem explicat, sed contra regulas ipsius mutui, vt meliùs Bartol. cum aliis, post Cernotum, vt ille nominat, Accursij. Præsertim verò contra hanc quæ vult in contrahendo mutuo debere pecuniam fieri de mea tuam. Non enim publica vtilitas patitur, vt semper necesse sit tam exactè seruari hanc iuris regulam, vt non aliter mutuum contrahi possit quàm si fiat de meo tuum, ne alioqui sæpissimè impediatur via mutui contrahendi, quam potiùs ampliari interest publicè ob frequentem huiusmodi contractus necessitatem, vsumque commerciorum: illis nimirum casibus in quibus nihil repugnat ex parte rei quominùs pecunia quæ adhuc non est, fiat statim mea, & rursum ex mea fiat statim tua, nisi quoniam expeditius & vtilius esse creditur vt celeritate coniungendarum inter se actionum vna breui manu occultetur, quomodo Vlp. noster loquitur in *l.* 3. §. *sed si debitorem infr. de donat. inter vir. & vxor.* vbi tractat casum quo maritus donandi animo iusserit debitorem suum vxori soluere. Quo casu licèt donationem validam facere illud videatur quod non à marito, sed à mariti debitore mulier pecuniam acceperit, negat tamen Vlpianus ex Celso eam valere, magísque esse ait, vt & debitor liberatus sit, & nummi facti sint mariti, non vxoris. Nam si donatio, inquit, iure ciuili non impediretur, is rei gestę ordo futurus esset, vt pecunia à debitore ad creditorem, deinde à creditore ad mulierem ex donatione perueniret, quòd si pecunia debitori numerata esse intelligitur, adeóque ipsius facta fuisse, quamuis reuera numerata non sit, vt liberationem inducamus, quæ aliter induci non posset *l. is qui alienum* 60. *l. si alieni* 78. *l. si mihi alienum* 92. *de solut.* Quidni etiam dicemus mutuum contrahi posse si debitorem meum iusserim tibi pecuniam numerare, vt eam mihi ex causa mutui debeas? Aut quid tua meáve referre potest, aut

BIU Cujas

etiam debitoris mei, vt pecuniam mihi tradat, & ego tibi, an tibi soli suo meóque simul nomine? Cur non breui manu fiat commodiùs & expeditiùs, quod longiore fieri posset, vt in *l. licèt* 43. §. 1. *de iur. dot.* Nam & aliquando manu longa traditio fieri intelligitur, vtputa si pecuniam meam in conspectu meo ponere te iubeam, aut aliam rem quamlibet, cuius possessio corporaliter à nullo detineatur *l. pecuniam* 79. *de solut.* Denique superuacui circuitus isti semper euitandi sunt *vulg. l. dominus* 53. *de condict. indeb.* & expediendarum rerum gratia fiunt multa, quæ alioquin fieri non deberent *l. si ad pupillum* 11. *infr. de author. & consensu tutor.* Et in hoc prudentes omnes consenserunt ne Africano quidem excepto *d. l. qui negotia* 34. *infr. mandat.* vbi fatetur hoc benignè receptum esse: quod nihil aliud est quàm iure singulari, & ob publicam vtilitatem, contra regulam illam iuris, quæ mutuam aliter contrahi non patitur, quàm si de meo tuum fiat. Nam vt in aliis negotiis celeritate coniungendarum actionum vna occultetur, non fit iure aliquo singulari, quia iuris regula nulla est, quæ repugnet, vt in specie *d.* § *sed si debitorem, & d. l. licèt.* §. 1. dixi ad *l. certi condictio* 9. §. *si nummos. supr. hoc tit.* Ex his apparet quàm parum ad rem pertineant, quæ hîc Accursius congerit quasi specialia & singularia vel in contractu mutui ad differentiam cæterorum contractuum, vel in pecunia numerata ad differentiam aliarum rerum, etiam in quibus mutuum possit consistere. Quale illud est quòd faciliùs pecunia consumatur, vt sola immixtione ex *d. l. si alieni nummi* 78. *de solut.* quamuis idem possit in frumento quoque vino & oleo aliisque rebus, in quibus mutuum consistit, æquè facilè contingere *l.* 1. §. *præterea. infr. de separat. l.* 5. *in princ. supr. de rei vindicat.* Item quòd pecunia ex bonis debita partem quamlibet facultatum, non etiam species afficiat *l. cùm pater* 77. *in princip. de legat.* 2. *l. deducta* 58 §. *nummis ad SC. Trebell. iunct. l. si fideicommissum* 50. §. *tractatum. supr. de iudic.* Item vt tutor ex causa mutui possit se facere pupilli debitorem, adeóque si sit creditor sibi soluere, *l. quoties* 9. §. *non tantùm* 7. *iunct.* §. *sicut autem* 5. *infr. de admin. tutor.* cùm tamen non possit sibi ipsi vendere rem pupillarem *l. si in emptione* 34. §. *vltim. de contrah. empt.* aut aliter in rem suam pupillo authoritatem præstare *l. pupillus* 5. *de author. tutor.* Etsi video posse tutorem etiam pupillaris rei quam à defuncto emerit, possessionem sibi tradere, in illa eleganti specie *l. fistulas* 78. §. 1. *de contrah. empt.* non tamen se debitorem facere ex causa venditionis vel donationis si nulla præcesserit, non magis quàm alius quilibet *l. nuda ratio* 26. *infr. de donat.* Item vt facilius per pactum vnius alteri condictio certi acquiratur dummodò eius nomine contractum sit *l.* 2. *C. per quas personas nob. acquir. d. l. certi* 9. §. *si nummos.* vbi dixi *supr.* Item vti nummorum creditorum pars condici possit licèt corpora nummorum fuerint communia *l. nam etsi fur* 13. §. *vltim. supr.* Denique vt vsuræ pecuniæ creditæ non nisi ex stipulatione deberi possint *l. Titius* 24. *infr. de præscript.* cùm aliarum rerum debeantur etiam ex pacto nudo *l. frumenti* 17. *iunct. l.* 3. *C. de vsur.* Sed nil hæc omnia pertinent ad hanc legem, quia non sunt singulari iure recepta in mutuo, neque contra proprias mutui regulas, neque rursum specialia sunt omnia in mutuo aut in pecunia credita, illud præsertim quòd de vsuris pecuniæ fœnebris vltimo loco adiectum est, cùm & alia multa sint quæ per nudum pactum etiam incontinenti appositũ promitti non possunt, at per stipulationem possunt. Vt in exemplis quæ attulimus ad *l. quod si locus* 11. *sup. de religios. & sumptib. funer. ex illa lege, & l. seruus ea lege* 7. *infr. de seru. export.* Dicendum igitur est, quomodo iam explicauimus, singularia hîc ab Vlp. dici recepta esse circa pecuniam creditam quæ in cõtractu mutui recepta sunt ob publicam vtilitatem aduersus ipsas mutui regulas. Planè quoties negotium quod geritur tale est, vt dominium ex eo transferri oporteat, quomodo cõtingit in donatione, permutatione, solutione, aliisq; similibus *l. in ædibus* 9. §. *vlt. infr. de donat. l.* 1. *de rer perm.* traditionem fictã non minùs quàm in mutuo interuenire necesse est, vt dominium translatum esse intelligatur, sed cum hac differentia, q̃ ibi præsentem rem esse oportet vt fictio veritati respondeat, quia res absens tradi non posset *l. eius rei* 46. *& l. seq. sup. de rei vindic. l. si sponsalib.* 58. §. *infr. de iur. dot. l. qui decem* 72. §. *idem responsum. in fin. de solut.* sicuti nec absenti *d. l. falsus* 43. §. *si is qui indebitũ. inf. de furt l. si procuratori* 79. *infr. de verb. obligat.* At pecuniam præsentem esse nil necesse est in mutuo, quia consistit mutuũ in iis rebus, quæ functionẽ recipiunt in suo genere, ac proinde non minùs absentes quàm præsentes, quod in cæteris contractibus diuersum est, in quibus agitur de traditione facienda speciei, aut si generis saltem per modum speciei, vt in *l.* 3. §. *vlt. & l. seq. de donat. int. vir. & vxor. d. l. falsus.* §. 3. *de furt. l. qui id quod* 33. §. *vltim. infr. de donat.* Atque ita ego cum Accursio sentio, licèt Bartolus adhibitis, vt solet, distinctionibus, & subdistinctionibus quàm plurimis contrà putet.

a *Quod igitur in duab. personis recipitur.* RAT. DVB. Id quod iure singulari & contra communes iuris regulas receptum est, non debet trahi ad consequentias *l. quod verò* 14 *supr. de legib.* Atqui iure singulari receptum est, & benignè aduersus mutui regulas, vt si tibi debitorem meum iusserim dare pecuniam mutuam, obligeris mihi ex mutuo, quamuis nummos meos non acceperis, vt & Vlpianus hîc fatetur, & Africanus in *d. l. qui negotia* 34. *infr. de mandat.* Ergo non ad alios casus porrigi hoc ius debet, nec recipiendum est, vt si ex causa mandati pecuniæ quantitatem aliquam mihi debeas, & conuenerit inter nos, vt crediti nomine eam retineas, fiat pecunia mutua, tanquam mihi abs te data, & à me rursum ad te profecta. Atque ita concludit Africanus in *d. l. qui negotia*, dissentiens ex professo ab Vlpiano, hac vna potissimum ratione, & quia non sit ferendum, vt ex quolibet contractu nuda voluntate fieri mutuum possit. Nam qui cum Accursio & Bartolo respondent, fuisse hîc pecuniam non quidem præsentem, sed tamen extantem & paratam solutioni, ibi verò cõsumptam fuisse, præterquam quod omnino commentitium, & diuinatorium est, nec Vlpiano conuenit, nec Africano, non Vlpiano, qui hũc posteriorem casum æquiparat superiori, cùm iussi debitorem meum dare tibi pecuniam. In quo casu nemo dixerit requiri vt pecunia extet, sitque parata solutioni, cùm in debitore generis nihil prorsus referat an pecunia debita extet, nécne: quia nec si incendio pecuniam suam omnem debitor amiserit, attamen liberatur *l. incendium* 11. *C. si cert. pet. at.* Multò minùs igitur in hoc posteriore casu requirit Vlpianus extare pecuniam, cùm id quod in duabus personis receptum est, multò magis in vna eademque persona recipiendum esse arbitretur. Nec simile est quod affert Accursius ex *l. certi condictio* 9. §. *vlt. supr.* Ibi enim debebatur pecunia per modum speciei cùm esset deposita, & ideò poterat depositarius

rius incipere animo eam possidere, & suam facere ex mutuo pecuniam, & eadem ipsa corpora nummorum quæ antea erant deponentis, vt scripsimus ad illum §. quod in pecunia ex causa mandati debita dissimile est. Non conuenit rursum Africano supradicta conciliatio. Non enim ex eo mouetur Africanus, quòd pecunia consumpta esset, quæ nec consumi potuerat, cùm in genere deberetur, nec quòd solutioni parata nõ esset, sed ex eo solo, quod pecunia ex causa mandati debita nunquam fuisset in dominio mandantis, vt ex crediti causa fieri posset mandatarij, quódque nuda voluntate mutuum ex alio contractu fieri non possit. Sed tamen Vlpiani sententia quæ publicè vtilior est, & à cęteris prudentibus magis probata fuisse videtur, illam decidendi rationem habet, quòd ea quæ publicè vtilia sunt, licèt iure singulari recepta sint, facilè tamen producenda sunt ad alios casus similes, id est, in quibus eadem, multo magis si maior æquitatis & publicę vtilitatis causa in iis locum habeat *l. non possunt 12. & seq. d. l. ius singulare 15. supr. de legib.* Atqui facilius est, vt fictio breuis manus in vna eademque persona inducatur, quàm vt in duabus, nec minùs ad vtilitatem publicam pertinet, vt mutuum contrahatur, si conuenerit inter nos, vt pecuniam quam mihi ex causa mandati debes ex causa mutui retineas, quàm si iusserim debitorem meum tibi pecuniam mihi debitam numerare, vt ex mutui causa eam mihi debere incipias. Quidni ergo quod in illo casu receptum est, multò magis in alio recipietur? Denique fuit Africanus religiosior iuris, vt loquitur Cuiacius *ad d. l. qui negotia*, & scrupulosior: Vlpianus verò audentior, & æquitatis publicæque vtilitatis hac parte amantior. Frustra ergo quis laboret diutiùs in iis conciliandis qui & vltro dissenserunt, & tam probabiles dissentiendi causas, vt alibi scripsimus, habuerunt. Videntur tamen cum Africano potiùs, quàm cum Vlpiano sentire Impp. *in l. si ex precio 6. C. si cert. pet.* vbi negant ex precio debitam quantitatem non tam facilè in mutui causam conuerti posse: Aut potiùs cum Vlpiano, si aliis credimus, qui ex eo mouentur, quod in ea specie debentur vsuræ si per stipulationem promissæ sint tanquam pecuniæ creditæ. Sed ego neque istis, neq; illis assentior, qui longè aliam Impp. sententiam esse video, à nobis fusè explicatam *lib. 5. Coniect. cap. 10.* vbi vide. Minùs obstat *l. pecuniam 79. de solut.* quę eandem constituere videtur rationem pecuniæ, & aliarum rerum. Est enim eadem quidem ratio, hactenus vt res quam mihi tradere vis, & quæ ab alio nullo corporaliter possidetur si in conspectu meo posita sit, siue poni iusserim, siue non iusserim, dummodò ideò posita sit vt mihi tradatur, quasi manu longa mihi tradita esse intelligatur: Sed non etiam si res in conspectu posita non sit: Nec enim eo casu haberi potest pro tradita, quomodo pecunia quæ habetur, etiam pro data. Nam & differentia illa est inter pecuniam & speciem, quòd in specie cuius dominium transferri in alium necesse est, requirimus non tantum vt præsens sit ad hoc vt pro tradita habeatur, sed etiam vt dominium penes eum sit qui tradere vult, vt habeatur pro data, siquidem dare est dominium trãsferre *l. vbi autem 75. §. vlt. de verb. oblig. §. sic itaque. Inst. de action.* Nemo autem tradendo potest dominium transferre, quod non habet *l. traditio 20. de acqu. rer. domin.* At in pecunia credenda nec præsentiam pecuniæ, nec dominium requirimus, quoniam cùm pecunia consistat in genere, qui non est dominus huius vel illius pecuniæ, alterius tamen esse potest. Idem igitur in cæteris quoque rebus iuris est quæ in pondere, numero, & mensura consistunt. Alia species est quæ proponitur *in l. si pro mutua 8. C. si certum pet.* & quæ propiùs accedit ad illam, de qua *in l. rogasti 11. supr.* quàm ad eas, de quibus in hac lege.

16. PAVLVS libro 32. ad Edictum.

SI socius propriam pecuniam mutuam dedit, omnimodo creditam pecuniam facit, licèt cæteri dissenserint, quòd si communem numerauit[a], non aliàs creditam efficit, nisi cæteri quoque consentiant, suæ partis tantùm alienationem habuit.

Ad l. si socius 16.

RAT. DVBIT. Socius vniuersorum bonorum de quo solo benè Accursius hanc legem intelligit, vt probabilem aliquam dubitationis causam habeat, cõmunicare cogitur per actionem pro socio quicquid sibi proprio nomine acquisiuit post contractam societatem. Nam quæ contractæ societatis tempore iam acquisita sunt, continuò & ipso iure communicantur *l. 1. §. 1. l. 3 §. 1. l. cùm duobus 52. §. sociũ 16. l. si societatem 73. in princ. & l. seq. infr. Pro socio.* Ergo perinde haberi debet ac si communicatio illa iam facta esset, cùm parum referat an quid iam factum fuerit, an in eo sit vt statim fieri debeat. Atqui communicatione iam facta non posset vnus ex sociis totam pecuniam communem creditam facere cæteris dissentientibus, sed pro ea tantùm parte dominij, quam in illa pecunia haberet *l. nemo ex sociis 68. in princip. eod. tit. l. si cui 94. de solut* Ergo si socius propriam pecuniam mutuam dederit, non facit omnimodo pecuniam creditam, sed pro parte tantùm, non modò si cęteri dissentiant, sed etsi non cõsentiant, quod minus est. Inuitus enim hac parte accipiendus est, vt & in aliis plerisque iuris partibus, nõ tantùm is qui contradicit, sed etiam qui non consentit *l. si iusfamilias 8 §. inuitus supr. de procurat.*

DEC. Etiam is qui vniuersorum bonorum societatem contraxit, proprium aliquid habere potest, non solũ si quod plerumque fit ab vniuersali societate aliquid exceperit, sed etiam si post contractam societatem aliquid acquisierit. Nam quod acquirit ipsius fit, non commune, licèt societatis iudicio cogatur id communicare *l. si quis societatem 74. infr. Pro socio*, quod diuersum est si societas contracta sit non totorum bonorum *leg. si vnus ex sociis 67. §. 1. eod.* Interim ergo, id est, quandiu communicatio facta non est, manet pecunia hæc propria eius ex sociis qui eam sibi acquisiit aut stipulando, aut rem aliquam vendendo, etiam communem (nec enim pecunia redacta ex rei communis venditione communis est *d. l. si vnus. §. 1. l. qui vas 48. §. vlt. infr. de furt.*) ac proinde si pecuniam illam propriam crediderit,

BIU Cujas

facit eam omnimodo creditam, & quidem in solidum, licèt cæteri dissentiant, cùm nihil tam naturale sit quàm voluntatem domini rem suã in alium transferre volentis ratam haberi *l.qua ratione 9.§.hæ quoque res.infr.de acquir. rer.domin.* nec homini ingenuo prohibenda sit rerum suarum alienatio *l.2. infr. si à parent.quis manum.sit.* Non enim quod eam pecuniam socius hîc aliis sociis communicare cogatur, facere potest, vt eò minùs videri debeat interim tota eius esse *l. non ideo 66. supr.de rei vindic. l.plerumque fit 205. de regul.iur.* quamuis contra sentiat Cuiacius *lib.23.Obseru.cap 27.* vbi hanc legem putat ideo accipiendam esse de socio qui non sit totorum bonorum, quasi hîc proprium nihil habere possit. Quod certè non ita est: non enim commune fit ipso iure quod socius communicare cogitur, & in commune redigere, scilicet iudicio societatis. Planè, si quæras, An certi condictio, quæ ex huiusmodi contractu mutui ei soli ex sociis acquiritur, qui suam pecuniam credidit, aliis sociis communicanda sit, alia quæstio est: ad quam respondeo, communicandam esse. Et quoniam subrogata est quodammodo in locum eius rei, quam si alienata non fuisset, communicari hodie oporteret *argum.l.si quis eum 10.§.qui iniuriarum.supr.si quis caution.* Et quia etiam actiones tanquam quæ in bonis nostris quoque sint, communicari debent *d.l.3. in princip.pro socio. l.quam Tuberonis 7.§.in peculio. infr.de pecul.l.bonorum 49.de verb. signific.*

a *Quòd si communem numerauerit.* RAT. DVB. Quod commune est, negari non potest quin vniuscuiusque sit, licèt sit etiam alterius *l.illud 46. infr. de rit.nupt.* Ergo permittendum est vni ex sociis vt pecuniam communem credendo totam omnimodo faciat creditam, licèt cæteri dissentiant, saltem propter publicam commerciorum vtilitatem & promiscui vsus, vt loquitur Paulus *in l.si quis mancipiis 17.§.si impubes.infr. de instit.act.* propter quam alia etiam multa recepta sunt *l.quod si minor 24.§. non semper supr. de minor. l.si seruus communis 12. infr. de author. tutor.* Præsertim cùm indemnitati sociorum aduersus eum qui inuitis ipsis totam pecuniam credidit consuli possit per actionem pro socio: vt proinde nihil ob eam causam eis abfuturum esse videatur, *vulg.l.is qui actionem 15.de reg.iur.* DEC. Nemo ex sociis plus parte sua potest alienare licèt totorum bonorum socij sint *l. nemo 68. infr pro socio,* quia quod commune est, nemo ex sociis potest suum dicere nisi pro sua parte *l.5.§.1. & vlt.de legat.1.* Atqui non fit mutuum nisi dominium transferatur *l.2.§.appellata.supr.* quod per alienationem efficitur *l.1. Cod. de fund.dotal. l.alienationis 28. de verb. signific.* Ergo cùm socius suæ tantùm partis alienationem habeat, dicendum est, si vnus ex sociis communem pecuniam crediderit & numerauerit, non omnimodo fieri totam pecuniam creditam, sed ita demum si cæteri quoque omnes consentiant. Nec quod cæteri aduersus socium qui credidit actionem de indemnitate habere possint, ad rem facit. Nam si nemo ideò obligatur quod ab alio postea recepturus sit si quid præstiterit *l.nemo ideo 171. de regul. iur.* multò minùs ferendum est, vt quis rei communis partem suam ideo amittere cogatur, quòd indemnitatem postmodum à socio consecuturus sit. Interest enim cuiuslibet rem suam non amittere, potiùs, quàm amissam recuperare, sicut & non soluere potiùs quàm solutum repetere *l.3.infr. de compensat. l.si stipulatus 15. in princip.infr. de fideiuss.* imò longè magis. Nam qui pecuniam soluit, pecuniam repetit, aut denique illud ipsum quod soluit etiamsi consistat in specie, ideóque nihil omnino damni patitur, nisi in eo quod soluit cùm posset retinere. At qui rem suam amisisset per alienationem factam à socio, is non nisi pecuniam pro re sua iure indemnitatis consequi posset. Est enim omnis indemnitas præstanda in pecunia, per quam scilicet omnes res æstimantur *l.si ita fideiussorem 42.eod.tit.* atque ita rem suam vendere cogeretur, quod nec iusto nec iniusto pretio facere quisquam cogendus est *l.nec quasi 70. supr.de rei vindic.l.non enim 9.infr.rer.amot.* Etsi in pecunia de qua sola hæc lex loquitur, ratio ista locum habere non potest, sed tantùm in rebus cæteris, siue in specie siue in pondere, ac mensura consistant. In quibus omnibus æquè verum est quod Paulus in hac lege scribit, socium quemlibet suæ tantùm partis alienationem habere. Nec sanè vnquam ferendum est, vt vnus ex sociis & condiuisoribus in re communi amplius sua parte dominationem interponat *l.duo fratres 78. infr. de acquir. hered.* nec vt cuiquam hominum ius suum per alium detrahatur *l.2.supr.de his qui sui vel alien. iur.sunt.l.id quod nostrum 11 l.non debet 74.de regul.iur.l 1.vers.vnus enim quisque.infr.de succes.edict.* Planè, quin pro parte illius qui pecuniam communem credendi animo numerat, mutuum contrahatur, nec dubitandum est cùm pro ea parte nihil sit quod impediat alienationem etiam sociis dissentientibus siue in singulis nummis communionem pro indiuiso quis esse intelligat, siue in pecunia non tam corpora cogitet, quæ indiuidua sunt, quàm ipsam quantitatem quæ diuidua est *dict. l.si is cui nummos 94.infr. de solut.l.nam etsi fur 13.§.vlt.* vbi dixi *supr.hoc tit.* Nam quod dici solet in re communi & pari iure potiorem esse causam prohibentis *l.Sabinus 28.supr.commun.diuidund.* ad hunc casum non pertinet ob tam facilem quantitatis diuisionem, quæ omni casu si non per singula corpora, tamen per numeros fieri commodè potest *dict.l.si is cui.*

17. VLPIANVS libr.1. Disputationum.

CVm filiusfamilias viaticum suum mutuum dederit, cùm studiorum causa Romæ ageret: responsum est à Scæuola, extraordinario iudicio esse illi subueniendum.

Ad l.Cùm filiusfamilias 17.

RAT.DVBIT. Filiusfamilias suo nomine nullam actionem habere potest nisi iniuriarum, Quod vi aut clam, Depositi, Commodati, & eas quæ in factum appellantur *l.filiusfamilias 9. l.in factum 13.infr. de oblig.& action.* Inter quas actiones non enumeratur certi condictio; quæ ex mutuo nascitur. Ergo si filiusfamilias viaticum suum mutuum dederit cùm Romæ ageret studiorum causa, dicendum est certi condictionem si qua ex eo mutuo nascatur, patri non filiofamilias competere, ideóque nec ordinario nec extraordinario iudicio filiofamilias subueniendum esse. Nam nec dominium pecuniæ huius

penes

penes filiumfamilias est, sed penes patrem, iure peculij profectitij, quod magis est patris quàm filij *l. patri 27. in princip. supr. de minor.* Cùm non patris nomen faciat peculium quasi castrense, vt neque castrense nec rursùs causa studiorum, sed acquisitio filiifamilias militantis, aut quasi militantis Reipublicæ. Condictio autem certi ex mutuo non potest nasci si mutuum nullum contractum sit, nec rursus mutuum esse si de meo non fiat tuum, nec magis condictio certi vtilis quàm directa: quicquid in contrarium senserit Ioannes ab Accusio relatus, qui existimauit directam quidem certi condictionem in hac specie patri competere, filio autem vtilem, nisi cùm pater abest, nemóque est qui patris nomine possit velítque agere, vt scriptum est in *l. si longiùs* 18. §. 1. *sup. De iudic.* vbi inter cætera, etiam hoc exemplum ponitur de filiofamilias, qui cùm Romæ studiorum causa ageret, sui viaticuli pecuniam alij credidit. Aut si quis cum Ioanne vtilem actionem filiofamilias dare velit, nil necesse est cum Scæuola inducere iudicium extraordinarium per quod filiofamilias subueniatur. Actiones enim vtiles quoque actiones sunt, & ideò iudiciorum ordine solito expediuntur & per iudices pedaneos, extraordinaria verò iudicia, non nisi cognitione prætoria *l. 1. & tot. tit. infr. de var. & extraor. cognit. leg. quòd si minor.* 24. §. *vlt. supr. de minor.* Dec. Quoties eadem æquitas in eiusdem personæ fauorem duplex auxilium inducit, nihil vetat vtrique auxilio locum esse, hactenus saltem, vt vel hoc vel illo vti possit *l. sin autem* 27. §. *si homo supr. de rei vindic. leg. cùm filius* 76. §. *variis, de legat. 2.* Atqui summa æquitas facit pro filiofamilias vt & vtili actione, & extra ordinem ei subueniendum sit, siue damnum aliquod & iniuriam Romæ passus sit, cùm pater abesset in prouincia, siue viaticuli sui pecuniam deposuerit, aut alicui crediderit. Priore quidem casu, ne impunita sint maleficia dum pater expectatur si fortè pater venturus non sit, vel dum venit, se subtrahat is qui noxiam cõmisit, posteriore verò ne interim laboret egestate filius Romę, viaticulo suo nõ recepto, quod ei pater ad sumptus destinauerat, vt eleganter ratiocinatur Vlpianus *in d. l. si lõgiùs* §. 1. *de iudic.* Vtrunque igitur auxilium, & ordinarium vtilis actionis & extraordinarium cognitionis prætoriæ huic filiofamilias accõmodandum est, vt per alterutrum ei subueniatur. Vt enim vtrunque siue simul & eodem tempore, siue diuersis temporib. exerceat, fieri certè nõ potest. Hæc tamen differentia est inter duo huiusmodi auxilia, quòd actionem vtilem nõ aliter exercere filiusfamilias potest, quàm si nemo sit, qui patris nomine agat iure *d. l. si longius* §. 1. Extraordinariũ autem filio competit nulla distinctione adhibita. Nẽpe quia vtilis actio quæ non nisi deficiente directa datur & veluti in subsidiũ directæ actionis, nõ potest exerceri quando adest qui directã exerceat: extraordinarium autem iudicium non ideò datur, quod directũ sufficiat, sed quia fauor causæ vel personæ id exigat, vt Prætor per se cognoscat de negotio nõ per iudicem datum & pedaneum *d. tit. de var. & extraord. cognit. l. 2. C. de pedan. iudic. l. vix certis ex causis* 53. vbi diximus *supr. de iudic. iunct. l. si cui libertas* 50. *inf. de condict. & demonstr. l. mulier* 22. §. *non est dubitatum inf. ad S C. Trebell.* Non est igitur bona consecutio, vt quoniam adest aliquis qui patris nomine agat condictione directa certi ex mutuo, denegandum sit filiofamilias extraordinarium auxilium per quod & promptiùs, & commodiùs misero filiofamilias subueniatur. Quid enim si is qui patris nomine Romæ egit, & pecuniam exegit, eam posteà filio nolit reddere? An non æquè futurũ est, vt filiusfamilias laboret egestate, ac si directa cõdictio effectum nullum habuisset? Sanè si ponas patrem ipsum Romæ esse & agere, dubitationem nullam res habebit, quin extraordinariũ auxilium cessare debeat, quia non potest auxilio Magistratus indigere filiusfamilias qui bonum & præsentem patrem habet. Extraordinarium igitur auxilium hìc intellige, non officium iudicis dati, cum Martino aliísque interpretibus, nec actionem vtilem, quamuis hæc quoq; extraordinaria sit, non tamen iudicium extraordinarium, vt contra Tribonianum disputaui ad *leg. actio* 47. *supr. de negot. gest. & lib. 4. Coniect. c. 7.* Sed cognitionem prętoriam, aut alterius iudicis ex iis qui maiores appellantur in *l. non distinguemus* 32. §. *de liberali infr. de recept. qui arbitr. recep.* Ordinarium enim erat vt Prætor ipse aliúsve Magistratus & maior iudex non ipse cognosceret, sed iudicem pedaneum daret. Quod si quando accidebat olim, vt per se ipse cognosceret, tunc extra ordinem id facere dicebatur *d. l. 2. C. de pedan. iudicibus l. 2. C. de ordin. iudic. l. si quis sepulchrũ* 12. vbi dixi *sup. de religios. & sumptib. funer.* Nec tamen mirum est ab interpretib. nostris vetustiorib. perceptum non fuisse, qui antiquũ illum iudiciorũ Romanorum morem & ritum non obseruarunt. Etsi autem summa æquitas pro filiofamilias vtrumq; auxilium induxit, & condictionis vtilis, & extraordinarij iudicij: ausim tamen dicere hoc posterius quod Scæuola placuit non tantùm esse fauorabilius & commodius, sed etiam iuris rationi conuenientius: quia magis alienum est à ratione iuris, vt actionem vtilem filiusfamilias suo nomine in vicem directæ patri cõpetẽtis, & ipso iure acquisitę ex cõtractu filij exerceat *l. placet* 79. *de acq. her. l. 1. inf. si à parent. quis manum. sit*, quã vt filiofamilias cognitionis prætoriæ auxilium accommodetur, quod nec seruo in quibusdam casibus denegatur *d. l. vix certis ex causis, & d. §. non est dubitatum.* Condictio autem certi directa ideo patri competit, si filiusfamilias sui viatici pecuniam mutuam crediderit, quoniam licèt pecunia magis sit patris, quàm filij tanquam quæ sit profectitia, vt diximus, habet tamen filiusfamilias eius alienandæ potestatem à patre, qui non alia mente filio studiorũ causa Romam proficiscenti eam dedisse videri potest quàm vt erogaret eam & alienaret, dum ne perderet *l. filiusfam. 7. inf. de donat.* nõ perdit autem qui credit nisi si quis credat perdituro, & perditurus. Hic enim donare videtur certè magis, quàm credere *d. l. quòd si minor* 24. §. *restitutio supr. De minor.* Vnde illud elegans distichum Martialis,

Dimidium donare Lino, quàm credere totum
Qui mauult, mauult perdere dimidium.

18. Idem libro 7. Disputationum.

SI ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias: Iulianus scribit donationem non esse, sed, an mutua sit, videndum: & puto,

BIU Cujas

nec mutuam esse: magísque nummos accipientis non fieri [a], cùm alia opinione acceperit. Quare si eos consumpserit: licèt condictione teneatur [b], tamen doli exceptione vti poterit: quia secundùm voluntatem dantis nummi sunt consumpti.

Ad l. Si ego 18.

RAT. DVB. In donatione magis inspicitur animus donantis quàm accipientis. Donans enim ille est qui rei suæ dominium transfert, ac proinde cuius voluntas maximè exquirenda est, quoties de dominij translatione agitur *l. qui mihi* 13. *infr. de donat.* Ergo si pecuniam tibi dedero quasi donaturus, quãuis tu eam, quasi mutuam accipias, dicendum est donationem esse. Donatio enim hæc perficitur traditione. Qui autem tradit, donator est non qui accipit.

DEC. In omnibus contractibus, qui dominium transferunt, necesse est vt concurrat affectus ex vtraque parte contrahentium, siue ea venditio, siue donatio, siue alia quælibet causa contrahendi fuit. Alioqui nisi vtriusque animus consentiat, perduci ad effectum id quod inchoatur non potest, *l. in omnibus rebus* 55. *inf. de oblig. & action.* Contractus enim omnes consensum requirunt, licèt non omnes consensu perficiantur. Quis autem consensus inter dissentientes esse potest *l. in omnib. negotiis* 57. *eod. titul.* Ergo si quis tanquam donaturus tibi tradiderit pecuniam, quam tu quasi mutuam accipias, dicẽdum est donationem non esse: eadémque ratio facit vt nec mutuũ dici possit, quia licèt tu pecuniam quasi mutuam accipias, ego tamen tibi trado quasi donaturus, non quasi mutuam futuram. Neque cum Vlpiano, qui Iuliani authoritate hîc nititur, pugnat quod Iulianus ipse scribit in *l. cùm in corpus* 36. *infr. de acquir. rer. domin.* quæ tanquam huic maximè contraria opponi passim solet. Non enim ibi dicit Iulianus donationem esse, quod hîc ex Iuliano negatur, sed illud tantùm, nummos fieri accipientis: quod tamen Vlpianus hîc disertè negat iis verbis quæ sequuntur:

a *Magísque nummos accipientis non fieri.* RAT. DVB. *ex d. l. cùm in corpus* 36. *De acquir. rer. domin.* vbi Iulianus disertè scribit, si in corpus quod traditur consentiamus, in causis verò acquirendi dissentiamus, non ideò debere inefficacem esse traditionem. Velut, inquit, si ego credam me ex testamento obligatum esse vt fundum tibi tradam, tu autem ex stipulatu eum tibi deberi existimes. Mox addit cõfirmationis gratia, *nam etsi pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire. Nec impedimento esse quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus.* In quibus verbis nihil est quod magis mirer quàm quod Iulianus ait hoc constare. Sic enim loqui prudentes nostri solent, cùm de eo iure tractant, quod apud omnes fuerit certissimum, & à nemine controuersum, *vt in l. inter omnes* 46. *in princip. infr. de furt.* Et tamen Vlpianus in hac lege scribit non fieri nummos accipientis: idque tam apertè vt nulla conciliationis ratio inueniri posse videatur. Nulla mihi certè placet ex iis quę ab Accursio & Bartolo aliisque interpretibus adferũtur. Nam quemadmodum prior illa Accursij planè commentitia est, vt Vlpianus eũ casum tractet, quo certa erat tradendi causa ex qua sola volebat tradens dominium transferre non ex alia, ita nec Iuliani verbis conuenit, vt dicamus donationem ibi non sicut hîc per traditionem factam fuisse, nec à donaturo vel à donante, sed ab eo qui iam donauerat, ac proinde exsoluendi magis quam nunc primum contrahendi debiti gratia, vt *in l. si tibi pecuniam* 20. *infr.* Repugnant enim verba illa Iuliani *si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia*, quib. verbis proculdubio non tam facta quàm facienda, futuráq; donatio significatur. Non enim donãdi causa traditur quod iam donatũm est, licèt ad perficiendam donationem traditio adhuc sequi debeat. Vt taceam nec fieri posse, vt traditionem præcedat donatio, nisi ponas contractam fuisse donationem per stipulationem, cùm Iuliani & Vlpiani temporib. non aliter quàm per traditionem aut stipulationem fieri posset donatio, non etiam nudo pacto, quod primus Iustinianus introduxit *in l. si quis argentum* 35. §. *vlt. C. de don.* Facta autem per stipulationem donatione tanto minùs possis cum Iuliano sic loqui, vt dicas donandi gratia fieri traditionem quæ non nisi in executionem iam factæ perfectæque donationis fiat. Itaque quãuis nõ negem quod ait Bartolus, fauorabiliorem lõgè esse liberationem quàm obligationem *l. Arrianus* 41. *infr. de oblig. & act.* Nego tamen faciliùs vno casu quàm alio transferri dominium, siue Vlpiano, siue Iuliano malis credere. Præter id quod is qui tradendo donat, nec se liberat, nec se obligat, nisi hactenus vt rem donatã auocare & repetere nunquam possit, si excipias donationem factam sub modo, quæ obligat non donatorem, sed donatarium. Veluti si donem tibi pecuniam vt eam posteà mihi credas, quemadmodũ in specie *dict. l. si tibi pecuniam.* Nec probabilius est, quod recentiores quidam apud Iulianum verba illa *tu eam quasi creditam accipias* sic interpretantur, ac si scriptũ esset, *tu eam quasi ex crediti prioris causa tibi solutam accipias.* Cùm tamen apertissimum sit non alio sensu ita scripsisse Iulianũ, quam quo in hac lege Vlpianus, *tu quasi mutuam accipias*, creditam. n. & mutuã pecuniã indistinctè tanquã synonyma prudentes nostri vsurpant, cùm de mutuo tractant. Fateamur ergo id quod res est dissensisse Vlpianum à Iuliano, dissentiendíq; rationes vtrinq; magnas esse ac probabiles. Mouit illa Vlpianũ quã expressit his verbis *cũ alia opinione acceperit.* Sensus. n. est donationẽ non perfici sola traditione quæ fiat à donatore, nisi vicissim aliquis sit qui rem donatam accipiat: quod plurib. tractat Cuiac. *lib. 12. obseru. c. 28. ex l. absenti* 10. *de don. l. si verò* 8. §. *sed etsi mortis vers. cæterũ. De bon. libert.* Non ergo sufficere qua opinione traditio facta sit, si is cui traditio facta est, alia opinione acceperit. Iulianũ autẽ illa magis ratio mouit, quę fortior mihi videtur, quod licèt in causa specifica transferẽdi dominij dissẽtiamus, cũ tu pecuniã mihi tradis quasi donaturus, ego quasi mutuã accipio, consentimus tamẽ in ipsa translatione dominij & proprietatis, quia sicuti voluntas tua illa est vt proprietas in me trãseat, licèt ex causa donationis, ita volũtas quoq; mea est vt eadẽ proprietas in me transeat, licèt ex causa mutui. Vterque enim titulus & donationis & mutui æquè habilis est ad dominiũ transferendũ. Nãsi ego quasi deponens pecuniã tibi dedero, tu quasi mutuã accipias, vt in specie §. *seq.* fatebor

bor libenter cũ Vlpiano, nõ solũ nec depositũ esse nec mutuũ, sed neq; nũmos fieri tuos, cũ nõ modò in causa traditionis dissẽtiam⁹, sed etiã in trãslatione dominij. Tu enim tibi dominiũ acquiri putas ex causa mutui. Ego neq; puto neq; volo, quãdo quidẽ trado tibi tanquã ex causa depositi ex qua certũ est neq; dominiũ trãsferri neq; possessionẽ *l. licèt* 17. §. 1. *inf Depos.* sicuti neq; ex causa cõmodati *l. rei commodatæ* 8. *inf. Cõmod.* Nec puto Iulianũ in hac specie aliter fuisse respõsurum: quẽ video exẽpla duo proferre, in quibus id agitur ex vtraq; parte vt dominium transferatur: sed & obseruandũ est ita loqui Iulianũ vt dicat non videre se cur inefficax sit traditio. Non ait, nõ videre se cur inefficax sit cõtractus aut donationis aut mutui aut inefficax causa testamẽti vel stipulationis, sed cur inefficax sit traditio, quæ nõ aliã ob causam fit, quã vt dominiũ à tradẽte in accipiẽtẽ transferatur. Quid. n. aliud exigimus ad transferẽdum dominium, quam vt in eo transferẽdo vterq; cõtrahẽtium cõsentiat? Nec obstat quod nuda traditio nunquam transfert dominiũ *l. nunquã nuda* 31. *eod. ti. de acq. rer. domin.* Non. n. nuda dici põt quę iustã causam habet, vt eadẽ lex ait, hoc est quę ex iuris ratione & potestate sit habilis ad translationem dominij. Nec rursum deest iusta causa ob id solũ quòd duplex illa sit, vna quidẽ in opinione tradentis, alia verò in opinione accipiẽtis, dũmodò ambæ, vt dixi, in eo cõueniant, quòd iustæ sint & habiles ad dominium transferẽdum. Igitur *ἀσυμφωνία* in eo est, quod Vlpianus requirit, vt cõtrahẽtes non tantũ in trãslatione dominij cõsentiant, sed etiam in causa translationis, quasi neutra sit satis iusta & sufficiens causa transferendi dominij in qua nõ vterq; consentiat. Iulianus verò illud tantũ exigit, vt contrahentes de transferendo dominio cogitent in eóq; cõsentiant, & in genere causæ iustę & habilis ad translationem dominij, licèt errent & dissentiant in causa specifica, quasi possint ambæ causæ coniungi in genere, licèt earũ diuersitas & repugnantia faciat ne possint coniungi in specie. Quamuis in contractibus non soleat inspici, quid vnus ex cõtrahentib. animo gerat si nõ id expresserit, nisi in ipsius præiudiciũ, vt hîc Bartol. tractat ex *l. si repetendi* 7. *C. de cond. ob caus. dator. l. si maiores* 25. *C. de transf.* Nam & hîc vterque id animo agitat vt dominij translatio & acquisitio fiat, licèt vnus ex vna causa, alius verò ex alia.

b *Licèt conditione teneatur.* RAT. DVB. Condictio supponit translationem dominij. Nemo. n. rem suã condicit nisi à fure *l. vlt supr. vsufr. quẽ. caueat. §. sic itaq. Inst. de act.* Atqui negauit proximè Vlpianus nũmos accipientis factos esse. Ergo cõdictioni hoc casu locus esse non põt. DEC. Consũptione transfertur dominium quod translatũ non fuerat traditione *l. rogasti* 11. §. *vlt. & l. seq.* vbi dixi *supr.* Ergo quãuis nũmi per traditionẽ facti non sint accipientis, ideóq; vindicari possint si extent, secundum Vlpiani nõ etiam Iuliani sententiam, si tamen consumpti sint, cõdicẽdi sunt: quia si dominium translatum fuisset in accipientem ex causa mutui, vt ille putabat, vtiq; condictione certi ex mutuo teneretur, iuxta Marcelli regulã de qua in *l. si filiusf.* 14. *sup.* An ergo dabitur hoc casu cõdictio certi ex mutuo consumptis nũmis. Et non puto, quia verum est mutuũ ab initio contractũ non esse, nec proinde posse ex postfacto conualescere. Tunc. n. conualescit cum ab initio fuit mutuũ contractum, sed inutiliter. Cõpetet igitur condictio sine causa, cum non possit dicere is qui nummos accepit ex qua causa eos habeat, quando neq; donatio sit neq; mutuum. Et ita benè Azo apud Accursiũ, & melius quã Ioannes qui dabat certi cõdictionẽ generalẽ, quasi possit illa exerceri nulla speciali causa proposita, quod nos negauimus ad *l. certi cond.* 9. *sup.* Quamquam potest etiam dari ea condictio de qua *in l. si & me & Titium* 32. *inf.* quæ ex iure gentium datur aduersus omnes qui non ex iusta causa rem alienam possident, de qua in *l. rerum quidem* 25. *infr. rer. amot.* Nec tamen defendi põt quod Accursius notat idem esse etiamsi nummi extent nec cõsumpti sint quasi cum extant, videatur vtriusq; voluntate cõciliari posse donatio *arg. l. & post rem iudic.* 7. § 1. *& vlt. supr. de transf.* Nã si ex postfacto conualescit & reconciliatur donatio, vt putat Accursius, quomodo põt obsecro competere donatori cõdictio aut vindicatio cum ex iusta donationis causa fecerit rẽ accipiẽtis? Non. n. donatio est nisi res fiat eius cui donatur. *l. in ædib.* 9. §. *vlt. infr. De don.* At neq; potest recõciliari donatio ex posteriore illa voluntate, quin vtriusque voluntatem concurrere eodem tempore necesse sit *d. l. in omnibus reb.* 55. *De obl. & act. l. vlt. supr. Comm. præd.* quod cũ accidit, nouus cõtractus est, qui traditioni vim præbet vt possit transferre dominiũ, nec proinde ideò reconciliatur prior cõtractus, sed fit nouus. Quòd si Accursius sic intellexit, vt quemadmodum consumptis nummis, quos donator quasi donaturus tradidit si velit eos cõdicere, doli exceptione repellendus est, quòd eius voluntate nummi consumpti sint, ita iisdem extantibus si eos donator vindicet, æquè doli exceptio ei nocere debeat quasi reconciliata donatione per superuenientem eius, qui accepit voluntatem, adhuc tamen repugnabo. Cõsumptio. n. bona fide facta non solum prodest ad inducendam trãslationem dominij quod per traditionẽ aliqua de causa transferri non potuit, sed etiam ad impediendam cõdictionem, eo casu quo rei extãtis vindicatio impediri nõ posset, vt cernere est in fructibus à bonæ fidei possessore perceptis qui si extẽt veniunt in restitutionẽ officio iudicis, si consumpti sint nõ veniunt, quod eos bonæ fidei possessor percipiendo quidẽ acquirat *l. bonæ fidei* 48. *De acquir. rer. dom.* non tamen lucretur nisi consumendo *l. . §. post litem* vbi diximus *supr. fi. regũd. & Inst. de officio iudic.* Licèt in fructibus perceptis à malæ fidei possessore, aliud sit, quippe cui consumptio nullũ ius possit acquirere propter malam fidẽ quominùs omnes fructus restituere teneatur. Nisi quod pro extãtibus tenetur vindicatione, pro cõsumptis verò cõdictione *l. certum est* 22. *C. de rei vind.* Igitur & in proposita specie dicendum est consumptionem sicut ei qui quasi donaturus nummos tradiderat acquirit condictionem, ita & ei qui consumpsit bona fide & ex voluntate tradẽtis, acquirere doli exceptionem, ne alioqui occurrat illa iniquitas, vt cogatur reddere id quod nec habeat, nec dolo malo habere desierit *l. mulier* 22. §. *sed enim infr. ad S. C. Treb.* Quod nũmis extantibus non possis similiter dicere, cùm accipiẽtis nullum sit incommodum si extantes nummos reddere cogatur domino vindicanti quos & cõmodè possit reddere & alienos esse sciat. Et verò cur de consumptis ex domini voluntate nummis Vlpianus hîc loqueretur, si idẽ iuris esset in extantibus? Quod autẽ Accursius in argumentum adducit ex *d. l. & post rem* 7. §. 1. *& vlt. supr. De transf.* ab hac specie quam tractamus omnino alienũ est, nec ad sententiam ipsius confirmãdam vllomodo pertinet. Nec obstat quòd is qui quasi donaturus tradidit animum repetendi non habuerit. Non enim ea res impedit vindicatio-

BIU Cujas

nem quoties error in causa traditionis impediuit translationē dominij, sicuti nec impedit cōdictionem indebiti aut aliā quamlibet, quæ nec daretur, si quis sciens indebitum animo repetendi soluisset. *l. quod quis sciens 50 inf. de condic. indeb.* Minùs me mouet quod pro tuenda Accursij sententia adducit Bart. ex *l. si tibi dederim 25. infr. de donat.* Ibi enim donator, & donatarius consenserant in causa transferendi dominij, vt scilicet haberet rem donatarius ex donatione. Et in eo tantùm error erat, quod donatarius putabat tradentē esse donatorem & ab eo causam se habere, cùm tamen is qui tradiderat tanquā nudus minister electus esset, vt donatoris nomine rem donatario traderet, cui tamen nomine suo tradiderat. Ideóq; facilius est vt in ea specie quā in hac detur exceptio doli contra donatorem donatam rem vindicantem à donatario, habente rem ex donatione & ex donatoris voluntate.

1 ¶ Si ego quasi deponens tibi dedero, tu quasi mutuum accipias: nec depositum, nec mutuum est. Idē est, & si tu quasi mutuam pecuniam dederis, ego quasi commodatam ostentandi gratia accepi. sed in vtroque casu, consúmptis nummis, condictioni sine doli exceptione locus erit.

Ad §. 1. Si ego.

Mallem legere vt vulgo, *Nam & si ego*, vt sit hæc confirmatio prioris sententiæ nec nouum §. constituat. Nā & cętera quæ in hac lege sequuntur, ostendunt eandem hîc tractari quæstionem, De condictione danda consumptis nummis, & an cum exceptione doli, an sine exceptione? Proponuntur autē hîc duo casus similes superiori in eo quod quēadmodum si ego quasi donaturus tibi pecuniam tradiderim, tu quasi mutuam & creditam accipias, neque donatio neque mutuum est. Ita si quasi deponens, aut quasi commodans tibi dicis causa pecuniā vt *in l. 3. §. vlt. infr. commod.* eam tibi tradidero, tu verò quasi mutuam acceperis neq; depositum aut commodatum neque mutuum est. Ob eandem nimirum rationem, quia dissentimus in causa traditionis. Sunt tamen superiori dissimiles in eo quod ex mea parte siue quasi deponens siue quasi commodās tradam tibi pecuniam, quam tu quasi mutuam accipias, non id ago vt dominium vllum in te transferam, quod ex neutra harum causarum depositi vel commodati transferri potest, ideóque nec Iulianus diceret nummos fieri hoc casu accipientis, vt suprà disputauimus. Minor igitur ratio dubitandi est ad hanc partem legis, & apertior ratio decidendi, quoniam in hoc casu dissentimus non tantùm in causa tradendi & transferendi per traditionem, sed etiam in translatione ipsa. Nolo enim transferre, Tu translatum putas.

a *Sed vtroque casu consumptis nummis.* RAT. DVB. Vtroque isto casu verum est nummos meos ad te ex voluntate mea peruenisse. Ergo vtroque casu sicuti verum est consumptis nummis locum esse condictioni: ita dicendum est exceptioni doli aduersus condictionem locum esse debere.

DEC. Non potes videri consumpsisse his casibus nummos meos secundùm meam voluntatem, cùm eos tibi tradiderim ex causa depositi vel commodati, ac proinde vt eos tandem mihi redderes, eadémque corpora nummorum, non autem vt cōsumeres. Cessat igitur his casibus ratio, quæ in superiore parit doli exceptionē. Nec potest videri quicquam facere dolo malo is qui depositum vel commodatum reposcit, sed is demum qui denegat. *l. si quis inficiatus 13. in princip. & §. 1. infr. depos.* Et quamuis tu ab initio nihil dolo malo feceris, cùm nummos meos quasi mutuos accepisti, nunc tamen facis cùm mihi reposcenti non vis reddere quamuis consumptos, cùm possis si non eadem ipsa corpora nummorum quæ deposui vel commodaui, saltem tantundem reddere, quemadmodum si mutui causa dedissem *leg. 2. §. circa infr. de doli mali except.*

19. IVLIANVS libro 10. Digestorum.

NOn omnis numeratio eum, qui accepit, obligat: sed quotiens idipsum agitur, vt confestim obligaretur. Nam & is, qui mortis causa pecuniam donat, [a] numerat quidem pecuniam: sed non aliter obligauit accipientem, quàm si exstitisset casus, in quem obligatio collata fuisset: veluti si donator conualuisset, aut is, qui accipiebat, prior decessisset. Et cùm pecunia daretur, vt aliquid fieret: [b] quandiu in pendenti esset, an id futurum esset, cessabit obligatio: cùm verò certum esse cœpisset, futurum id non esse, obligabitur, qui accepisset, veluti si Titio decem dedero, vt Stichum intra Kalendas manumitteret: ante Kalendas nullam actionem habeo: post Kalendas ita demum agere potero, si manumissus non fuerit [c].

Ad l. Non omnis 19.

RAT. DVB. Obligatio mutui est ex earum numero quæ re cōtrahuntur id est traditione & numeratione *l. 1. §. 1. inf. de oblig. & act. §. 1. Inst. quib. mod. rei cōtr. oblig.* Ergo statim atq; numerata est pecunia mutui cōtrahendi gratia, dicendū est cōfestim, & ab ipso instāti factæ numerationis nasci obligationē mutui & ex obligatione condictionē. DEC. Philosophorū axioma est, actus non operari vltra intentionē agētium. Ergo quamuis in contractibus qui re perficiuntur, non aliter possit nasci obligatio quàm si rei traditio interueniat, aut numeratio quoties agitur

agitur de pecunia numerata, non tamen ideò statim consequens est, vt interueniente traditione ac numeratione confestim nascatur obligatio, nisi etiam illud concurrat, vt inter contrahentes id ipsum agatur, vt confestim qui accepit obligetur. Agi tamen intelligitur non id tantùm, quod expressè dictum est, sed etiam id quod tacitè actum fuit. Plerunque enim accidit vt extra id quod expressè agitur, tacita obligatio nascatur, inquit Pomponius *in l. is qui* 13. *in fin infr. Commod. l semper in stipulationibus* 14. *de reg iur l. pen. infr. de euict.*

a *Nam & is, qui mortis causa pecuniam donat.* Argumentum est à simili eandem proinde admittens rationem dubitandi, & decidendi. Nam & donatio causa mortis fit vt plurimùm per traditionem, sicut & donatio inter viuos, licèt vtraque fiat interdum etiam per stipulationem *l. sed interim* 11. *de donat. int. vir. & vxor. iunct. l Papinianus* 23. *l. cùm hic status* 32. § *siue autem res fuit & l. seq. eod.* Differentia tamen illa est inter donationem causa mortis, & mutuum, quòd ex mutuo simpliciter facto si aliud nihil dictum sit, statim transfertur dominium, adeò vt nec conuentione expressa fieri possit vt mutuum priùs contractum intelligatur quàm dominium translatum sit. At donatio causa mortis tum quoque cùm per traditionem facta est, non tamen transfert dominium statim, sed tum demùm cùm mors fuerit insecuta donatoris *d. l. sed interim*. Vnde est quod dicimus non videri perfectam donationem causa mortis antequam mors insequatur *l. non videtur* 32. *inf. de mort caus. don.* ob eámque causam donationes causa mortis æquiparari legatis *l. Marcellus* 1. *l. illud* 37. *eo. tit. l* 2. *sup de Public. in rem act.* Quanquam autem potest ita fieri donatio causa mortis, vt dominium statim transferatur in donatarium *d. l. sed interim* §. 1. non tamen ita potest vt nullo casu reuocetur, alioqui magis donandi causa mors est, quàm mortis causa donatio *l. vbi ita donatur* 27. *de mort. caus. donat.* Et ideo quisquis donatarius est mortis causa, hocipso obligatur, vt aliquo casu id quod donatum est restituat donatori, sed non tamen statim, at in eum demum casum, & in id tempus quo reuocata sit donatio, siue per pœnitentiam donatoris, siue quòd extiterit condicio sub qua reddi conuenerit id quod donatum fuit *l. si alienam* 13. § 1. *l. Seia* 42. *& pass. eo. tit.* Variæ enim sunt condiciones sub quibus non tam fieri quàm resolui solent donationes mortis causa, puta si donator conualuerit, aut is qui donationem accipit, prior decesserit. Quæ duæ ponuntur in hac lege, & apud *Iustin* § 1. *de donat.* addita tertia, si donatorem pœniteat donationis: quia conditio tacitè inest omnibus mortis causa donationibus, vt per pœnitentiam reuocari possint exemplo alterius vltimæ voluntatis cuiuslibet *l. 4. inf de admin. legat.*

b *Et cùm pecunia daretur, vt aliquid fieret.* RAT. DVB. Dominium transfertur per traditionem *l. traditio* 20. *infr. de acquir. rer. domin. l. traditionibus* 20. *C. de pact.* Ergo aut ipso traditionis tempore, aut nunquam, nec proinde potest esse in pendenti translatio dominij, nec per consequens obligatio quæ nascitur ex illa translatione. DEC. Etiam effectus traditionis, id est, dominij translatio potest esse in pendenti, nempe si traditioni aliqua condicio inserta sit *l. omnia* 6. *& seq supr. hoc tit.* vbi diximus. In proposito autem cum pecunia datur vt aliquid fiat, licèt ea res non faciat traditionem condicionalem nec dominij translationem in suspenso teneat, facit tamen vtis qui pecuniam ad id faciendum accepit, hocipso se obligauerit ad restituendam pecuniam sub condicione si non faceret id quod faciendum recepit. Ergo quandiu in pendēti est an id futurum sit, in pendenti quoque obligationem esse necesse est, & vt hæc lex loquitur, cessare, id est, nōdum natam esse. Cur enim habeamus iam pro non facto absolutè id quod tametsi nondum factum sit, fieri tamen adhuc potest? *l. quod Seruius* 8. *inf de condit. caus. dat.* At cùm certum esse cœperit futurum id nunquam esse, tum demum obligabitur is qui accepit vt eam pecuniam restituat, veluti, inquit Iulianus, si Titio decem dedero vt Stichum intra Calendas proximas manumittat. Nullam enim actionem ante Calendas habeo: at post Calendas agere potero & agam rectè si Stichus manumissus non fuerit. Hinc capta occasione quærit Accursius, si decem tibi dederim vt domum faceres intra proximas Cal. Iulias, & tantum tempus præterierit, vt certum sit intra residuum tēpus fieri domum amplius non posse, an statim agere possim ad id quod mea interest? nec tamen concludit quid sentiendum putet, vt neq; Bartolus. Dicendum est multū referre an obligationi faciendi adiectus sit dies certus necne, si adiectus sit non priùs agi posse quàm dies venerit, licèt certum esse cœperit intra diem præstitutum fieri opus amplius non posse, quia nec prius stipulatio committitur, cùm tota obligatio in diem collata sit, nec stipulationis status cuius dies certus in exordio fuit, ex postfacto mutetur, vt subtiliter ratiocinatur Papinianus in *l. insulam* 124. *infr. de verb. oblig. iunct. l. stipulationes non diuiduntur* 2. § *si quis ita eod. tit & l. vero procuratori* 12. § *pen de solut.* In eóque Sabinus & Proculus consenserunt *l. in illa stipulatione* 8. *de verb. oblig.* quamuis de eo dubitasse videatur Proculus in *l cum stipulatus sim* 113. *in fine primi responsi de eod. tit.* scilicet, cùm agitur ad pœnam promissam quasi iam commissam, vt ibi, non autē ad id quod interest, quia nec sciri potest quantum interfit opus factum non esse intra præstitutum diem antequàm dies venerit, & præterierit *d. l. in illa* sempérq; facilius est vt committatur stipulatio quantum ad pœnā, quàm quantum ad id quod interest *l. stipulatio ista* 8 §. *aliter l. & ideo* 44. *eod. tit.* quamuis in stipulationibus dandi nec pœna ante diem committatur *l. si eum* 10. §. 1. *supr si quis caution.* Sed si dies adiectus non sit, dubitationi locus nullus relinquitur, quin agi possit, siue ad pœnam siue ad id quod interest, statim atq; tēpus præterierit, intra quod potuit fieri insula, nec facta est. Sed de illo tantum quæri potest, & quæsitum fuit inter veteres Iureconsultos, an expectandum sit vt tantum temporis præterierit quanto insula ædificari potuerit, quod Proculiani sensisse videntur, in quorum numero Celsus fuit, cuius sententiam Pomponius refert & probat in *l. si ita stipulatus essem abs te* 14. *cum l. seq. infr. de verb. oblig.* An verò sufficiat vt inchoandæ insulæ mota facta sit nec aliud quicquam expectari oporteat, quod Sabiniani magis probarunt inter quos Vlpianus in *d. l stipulationes non diuiduntur* 72. § *vlt. eo tit. Paulus in l si insulam* 84. Papinianus *in l. ita stipulatus* 113. §. *vlt.* vbi dissensionis huius vestigia quædam præbet & Venuleius in *l. continuus* 137. §. *item qui insulam eod. tit. l. insulam* 58. § 1. *infra locat.* Ex quibus omnibus locis apparet arbitrio boni viri statuendum esse intra quod tempus fieri insula debeat *dict.* §. 1. *&* §. *item qui insulam*, & ideo statim atque mora probabiliter facta est inchoandæ insulæ

BIU Cujas

vt in *dict. §. item qui insulam*, agi posse ex stipulatione, sed tamen liberari posse, si quandoque insulam faciat etiam post elapsum tempus totum intra quod fieri potuit *d. §. item qui insulam*, nisi ex commissa stipulatione iam fuerit lis contestata *d. leg. si insulam* 84. Atque ita bene ante nos clarissimi Iureconsulti Iacobus Cuiacius & Dionysius Gothofredus *ad d. leg. si ita stipulatus essem* 14. *de verborum obligation.* Ad hanc verò Proculianorum & Sabinianorum dissensionem hæc lex nil pertinet, in qua tractatur de obligatione in diem certum concepta. Et ideò quamuis Iulianus primùm scribat, *Cùm verò certum esse cœpisset futurum id non esse, obligabitur*, concludit tamen *post Calendas demùm agere potero si manumissus non fuerit.* In quo, vt iam dixi, prudentes omnes veteres consenserunt.

c *Si manumissus non fuerit.* RAT. DVBIT. Cùm quis pecuniam accepit vt seruum suum intra certum tempus manumittat, si cesset in manumittendo, facit hoc ipso vt seruus liber sit ipso iure & sola potestate constitutionis diuorum Marci & Commodi ad Aufidium Victorinum *leg. 2. C. si mancip. ita fuer. alien.* Ergo ei qui pecuniam dedit vt seruus manumitteretur, actio nulla competere potest ob id quod seruus manumissus non fuerit, quasi rupta fide suscepta neque ad condicendum id quod datum est, neque ad petendum id quod ex ea causa interesse potest, cùm seruo libertatem nacto nihil possit interesse nec serui nec eius qui pecuniam dedit *leg. penul. & vltim. eod. titul.* DEC. Hæc lex Iuliani est cuius temporibus nondum ius illud obtinebat, quod Marcus & Commodus posteà introduxerunt. Vixit enim Iulianus sub Hadriano, cuius etiam iussu perpetuum Prætoris edictum composuit, Hadriano autem posteriores in imperio Marcus & Commodus fuerunt. Hoc verò Accursius noster non intelligens, quia iuris nostri historiam ignorauit, sic locos istos conciliat, vt in huius legis specie contrahentes senserint de actu ipso manumittendi. In aliis autem de effectu. Quasi verò contrahentes qui de actu aliquo loquuntur, non etiam de effectu ipso intelligant. Vbinam verò gentium magis quàm in contractibus locum habere debet, quod dici solet. Verba cum effectu esse accipienda. Aut quid interest contrahentium aliquid factum non esse secundùm verba contractus, dummodò idem sequatur effectus? *leg. vltim. §. 1. infr. Mandati.* Sed neque verum est si subtilius respicias quod Accursius supponit pro vero, nullum actum manumissionis in danda huiusmodi libertate interuenire. Nam imò interuenit sed per fictionem & repræsentationem legis, vt loquitur *d. lex vltim. Cod. si mancip. ita fuer. alien.* Nec enim constitutio diuorum Marci & Commodi dat huic seruo libertatem tanquam non manumisso, sed tanquã manumisso, supplente scilicet lege factum hominis, quod facilius ei est, quàm vt sine manumissione tribuat alicui libertatẽ.

¶ 1 Si pupillus sine tutoris auctoritate crediderit: aut soluendi causa dederit: consumpta pecunia, condictionem habet, vel liberatur: non alia ratione, quàm quòd facto eius intelligitur ad eum, qui acceperit, peruenisse. quapropter si eandem pecuniam [a] is, qui in creditum, vel in solutum acceperat, alij porrò in creditum, vel in solutum dederit: consumpta ea, & ipse pupillo obligatur, vel eum à se liberabit, & eum, cui dederit, obligatum habebit, vel se ab eo liberabit. nam omnino qui alienam pecuniam credendi causa dat, consumpta ea, habet obligatum eum qui acceperit. item qui in solutum dederit, liberabitur ab eo, qui acceperit.

Ad §. 1. Si pupillus.

RAT. DVB. Pupillus pecuniam suam tradendo, & siue in causam mutui, siue in solutum dando, sine tutoris sui authoritate, non transfert dominium in accipientem, quia nihil ex bonis suis alienare sine tutore potest *l. quòd si fortè 14. §. vltim. & l. sequ. infr. de solut. §. nunc admonendi Instit. quib. alien. licet vel non.* Ergo neque condictionem certi ex mutuo acquirere sibi priore casu potest, neque solutio liberationem. Nam & condictio & liberatio supponit translationem dominij & quidem irreuocabilem *l. 2. §. appellata l. si filiusfamilias 14. supr. hoc tit. l. in perpetuum 61. infr. de solut.* Est autem specialior dubitandi ratio in pupillo, quia tum quoque cùm soluit id quod non solùm naturaliter, sed etiam ciuiliter debuit, puta tutore authore si tamen soluat sine authoritate tutoris repetit, quoniam persona locum facit repetitioni *l. interdum 29. infr. de condict. indeb. l. obligari 9. infr. de author tutor.* Nunquam autem liberatio contingit quoties competit repetitio siue per viam vindicationis competat, siue per viam condictionis *d. l. in perpetuum, iunct. l. cùm quis 38. §. 1. & §. qui hominem de solut. d. l. interdum, iunct. l. si non sortem 26. §. si centum & l. Neratius 63. de condict. indeb.* Nec admitti potest quod Accurs. respõdet & post eũ Bart. iis locis tractari de pupillo qui fuerit debitor naturaliter tantũ nõ etiã ciuiliter, quasi faciliùs danda sit pupillo soluti repetitio si naturaliter duntaxat fuerit debitũ, quàm si & naturaliter & ciuiliter: nihil enim planè refert quoties quæritur, an persona locum faciat repetitioni *d. l. interdum*, vbi indistinctè hoc ipsum traditur, quamuis aliàs soleat multùm interesse vt *in l. si is cui 94. §. vlt. infr. de solut.* E contrario autem cùm persona non facit locum repetitioni, hoc est, cùm pupillus tutore authore soluit quod ipse debuit, sufficit naturaliter debitũ fuisse à pupillo, vt non possit habere repetionem *l. naturaliter 13. §. vlt. & l. seq. de condict. indeb. l. cùm illud 25. §. heres meus infr. Quand. dies legat. ced.* Multo minus defendi potest quod addit Accursius, In supradictis legibus quæ pupillo dant repetitionem, liberari tamen pupillum si id maluerit. Liberatio enim iuris est non facti, quamuis solutio facti sit nõ iuris *l. Stichum aut Pamphilũ 95. §. naturalis. De solut. l. 1. C. de probat. l. consilio 7. §. vlt. inf. de curat. furios.* Iuris autẽ potestas & authoritas nõ est in arbitrio pupilli, adeóq; nec ius

BIU Cujas

necius dicentis *l. ordine 15. inf. ad municip.* sicuti nec in potestate pupilli est, vt pecuniæ suæ dominium in alium transferat: quod ipsi lex interdicit. Legis enim potestas illa potissimum est, non voluntas hominis, quæ dominium transfert, aut quæ, retento dominio, alienandi viam obstruit, vt loquuntur Impp. *in l. siquidem 11. iunct. l prædia 8 Cod. de præd. minor. l. vltim. Cod. de rebus alien. non alienand.* Et quod hîc scribitur, pupillum, consumpta pecunia, vel condictionem habere vel liberari, non ad eundem casum referendum est, sed ita accipiendum, vt si crediderit, condictionem habeat, si verò in solutum dederit, liberetur: vt explicat finis huius §. Denique quod Martinus suo more distinguebat, vt hæc lex procedat de æquitate, illa de rigore, ridiculum est, cum non minus æquitas, quàm rigor iuris faciat pro pupillo, ne dominium rei suæ transferre in alium sine tutoris authoritate possit, cum per naturam ipsam fiat, ne sibi prospicere per rerum naturam valeat, vnde est, quod neque promittendo sine tutoris authoritate, neque mutuam pecuniam accipiendo, se obligat iure naturali *l. quod pupillus 41. De condictione indeb. l. penultim. infra De obligat. & act.*

Dec. Numeratio quidem à pupillo facta ex quacunque causa sine tutoris authoritate, dominium pecuniæ pupillaris transferre nullo modo potest, ideoque vindicatio nummorum pupillo competit, quandiu extant *d. l. interdum & d. § nunc admonendi.* Sed consumptio secuta aufert dominium pupillo, quod numeratio ei auferre non potuit. Et idcirco fatendum est, consumptæ pecuniæ condictionem competere, cuius extantis vindicatio competere potuisset, vt supradictis locis scriptum est, & in *l. si à furioso 12. & seq. sup. hoc titul. l. pater filiæ nomine 81. inf. de iur. dot. d. l. si is cui 94. vers. sin autem communes de solut.* Porro quo casu daretur condictio, si dominium nummorum translatum fuisset in accipientem, dabitur vindicatio, si adhuc extent. Iisdem consumptis dabitur cõdictio, si pupillus pecuniam crediderit: quod si in solutum dederit, liberabitur vtrumque eâdem & communi ratione, quia verum est eius facto pecuniam ad eum qui accepit, peruenisse, vt hîc Iulianus scribit. Addi potest alia ratio, propter quam liberari debeat pupillus, qui pecuniam in solutum dedit, quia locupletior factus intelligitur pupillus, qui à creditore liberatur *l. si pupilli debitor 66. eod. tit.* Sed hæc ratio in debito ciuili tantùm haberet locum, non in eo, quod pupillus naturaliter duntaxat debuisset *d. l. si is cui §. vlt.* Iam autem diximus, in vtroque debito, & quod naturali tantum, & quod etiam ciuili iure debeatur, hanc Iuliani sententiam locum habere. Illa tamen semper manet dubitatio, qua ratione fieri possit, vt contingat liberatio ex solutione per pupillum facta, cum persona, vt diximus, locũ faciat repetitioni *d. l. interdum d. l in perpetuum.* Nisi quis dicat fieri hoc non tam iure quam occasione, vt loquitur *l 2. inf. de viuis*, id est, ex euentu, & eo demum casu, quo certum sit pecuniam penes eum qui accepit, remãsuram, vt in *l qui res 98. in fin. principij & §. rem autem tastrensis peculij eod titul. de solut.* Cur enim repeteret pupillus aut eius tutor pecuniã illam, quam vbi repetierit, iterum soluere cogi per Prętorẽ possit? An non ipsius interest potius, vt eam pecuniam relinquat creditori, ac eius periculo, ac si à maiore fuisset credita §. *item is cui Instit. quib. modis re contrah. obli.* & ita liberetur, fiatque locupletior? *d. l. si pupilli.*

Quemadmodum è contrario stultus esset pupillus, qui pecuniam naturaliter tantum debitam & sine tutoris authoritate solutam nollet repetere, cuius nomine conueniri postea non posset, nisi conscientiæ magis quam vtilitatis suæ rationibus vrgeretur, vt naturalem obligationem, bonamque fidem agnoscere mallet, forte si ex ea pecunia locupletiorem se factum esse sciret, quanquam hoc casu conueniri etiam posset, tanquam ciuiliter quoque obligatus ex rescripto D. Pij *l. 3. § pupilli sane l. si pupilli 6. l. Nesennius 34. sup. de neg. ge.* Sed potest fieri tamẽ, vt pupillus etiã naturaliter tantũ obligatus, nec factus locupletior, naturalem obligationem nihilominus velit agnoscere, nec vnquam repetere, vt in *d l cum illud 25. § heres meus infr. quand. dies legat. & d. l. si pupillus 21. ad leg. Fal. id l. si eius pupilli 4. ad Senatusconsultum Trebellia. uml. Stichum aut Pamphilum 95. §. aliquando inf. de solut.* Nam etsi pupillus postquam soluit sine tutoris authoritate quod debuit, siue naturaliter tãtum, siue etiam ciuiliter debuerit, certum est heredem eius non repetiturum, atque ita pecuniam omnimodo penes creditorem mansuram, quia sicuti persona pupilli illa est, quæ locum facit repetitioni *d. l. interdum* ita & eadem persona pupilli ea est, cui repetitio dare debet, & quæ præcipuum fauorem meretur, non causa, vt loquitur Papinianus *in l. expluribus 42. inf. de admin. tutor.* nec proinde persona heredis. Quidni ergo dicamus hoc casu liberatum esse omnimodo pupillum solutione pecuniæ quocunque iure debitæ, si pecunia sit consumpta, cum certum esse incipiat nullo casu posse illam à à creditore auocari? Ex regula *d. l. in perpetuum, iunct. l. præced. & d. l. qui res 98. l si rem meam 23. de solut.* Quid item si is qui pecuniam à pupillo accepit sibi debitam & consumpsit, tam egenus sit, vt non habeat, quod reddat, & inanis futura sit condictio contra eum danda *l. nam is 6. sup. de dolo. l. itaque 13. §. 1. de furt.* annon certum est hoc casu pecuniam penes eum mansuram? Cur non ergo acquiretur pupillo saltem liberatio? Plane, si extaret pecunia, vindicari vtique posset etiam per heredem, quippe qui non iuuus esset dominus pecuniæ, quàm fuisset pupillus. Ideoque nec liberatio vlla hoc casu competeret, quia naturalis obligatio impedit quidem cõdictionem soluti, sed non vindicationem: nimirum quoniam nec soluta intelligitur pecunia, cuius dominium translatum non fuit in accipientem, saltem quandiu remanet penes soluẽtem *l. si quis aliam 46. l. is qui alienum 60. & pass. eod tit. de solut.* Ex quo intelligimus, quam verum sit, quod nos contra interpretes disputamus, non esse in hac specie distinguẽdum, an quod pupillus debuit naturaliter tantum fuerit debitum, an etiam ciuiliter, sed illud tantum inspici oportere, An pecunia soluta penes creditorem perpetuo mansura sit, an verò repeti adhuc possit, vt quandiu repeti potest siue per vindicationem siue per condictionem non contingat in plenum liberatio, sed in pendenti sit, pendeat autem ex futuro euentu. Vbi verò certum est remanere pecuniam penes creditorem, tum demum contingat plena liberatio, siue per pupilli voluntatem tutore authore declaratam id accidat siue per ipsius pupilli mortem, quæ contigerit ante repetitionem. Quid ergo si pecunia quam pupillus soluit sine tutore cõsumpta quidem non sit, sed vsucapta sit: Nõ esset dubitandum, quin contingeret liberatio per vsucapionem non minus quam per consumptionẽ, cum in hanc rẽ tantum faciat vsucapio, quantum

BIU Cujas

consumptio *d. l is qui alienum iunct. l. qui alienam 33. de mort. caus. donat.* vbi dicitur eum qui alienam rem vsucepit, non ab eo videri cepisse cuius res fuit, sed ab eo qui rem tradendo, occasionem vsucapionis præstitit. Sed tamen obseruandum est longè aliam esse hac parte rationem vsucapionis, aliam cõsumptionis. Vsucapio enim non potest procedere sine titulo, nec magis vsucapio pro soluto quàm ex aliis causis *l. Celsus 27. l. penult. pen. de vsucap. l. Pro soluto.* Atqui titulus nullus est cùm pupillus sine tutoris authoritate contraxit siue crediderit siue insolutum dederit *d. leg. obligari 9. de author. tutor.* Nihil ergo est quod de vsucapione tractari hoc casu possit. At consumptio titulum nullum exigit, sed tantùm bonam fidem *l. rogasti. 11. §. vlt. sup. hoc tit.* Non potest autem non bona fide consumpta esse pecunia quæ fuit verè debita ei qui consumpsit, quique eam accipiendo suum recepit, licèt à pupillo ipso sine tutoris authoritate acceperit *arg. leg. repetitio 44. infr. de condict. indeb.* Quamuis repetionem habere pupillus possit. Habet enim condictionem non tanquam indebiti soluti, sed tanquam malè soluti propter personam quæ locum facit repetitioni *d. l. interdum.* Nec de condictione indebiti lex illa intelligi potest qua parte dat nummorum consumptorũ condictionem, quandoquidem per condictionem indebiti numquam repetitur tantundem, sed idem ipsum quod solutum fuit, quæ dubitandi ratio est ad *leg. si pœna 19. §. si falso & §. vlt. infr. eod. ill. tit.* In quo differt maximè condictio illa à condictione certi ex mutuo *l. 2. §. mutui datio l. 3. supr.* Licèt ei qui indebitum accepit perinde condici possit si appareat eum dare oportere, acsi mutuum accepisset, inquit Iustin. *in §. 1. Instit. quib. mod. re contr. oblig.* & quasi ex mutui datione, vt Caius loquitur in *l si quis absentis 5. §. is quoque qui non debitum de oblig. & action.* quod certè ad nomen & substantiam condictionis magis quàm ad qualitatem actionis referendum est.

a *Quapropter si eandem pecuniam.* RAT. DVB. Cùm is qui pecuniam à pupillo sine tutoris authoritate creditam vel solutam accepit, eámque postmodum alij siue credidit siue in solutum dedit, quæ deinde consumpta sit, verum est consumptam esse pecuniam post secundum creditum & secundam solutionem. Ergo consumptio secundum mutuum duntaxat conciliare potest, non primum: Et secundam solutionem, non primam. DEC. Non potest conciliari secundum mutuum per consumptionem, quin in antecedens necessarium concilietur prius. Nec posterior solutio quin concilietur prior, quoniam eadem pecunia est quæ bis fuit credita vel in solutum data. Nec potest videri is qui secundo loco credidit, vel in solutum dedit pecuniam suam credidisse aut soluisse quin perinde habeatur, acsi ipse consumpsisset. Cùm verò eadem pecunia bis consumi non possit, consequens est, vt vna eadémque consumptio tantùm prodesse debeat ad conciliationem duplicis mutui dupliciſque solutionis quantum faceret duplex si possibilis esset consumptio. Et certè vix est vt non videatur is ipse consumpsisse pecuniam pupillarem, qui eam acceptam alij mutuam dedit vel soluit, à quo postea sit consumpta. Occasionem enim consumptionis saltem præbuit, vt de eo qui vsucapionis occasionem præbet, scriptum est *in d. l. qui alienam 33. infr. de mort. caus. donat.* Sed & ratio illa facit vt vtrunq; mutuum & vtraq; solutio per subsecutam consumptionem concilietur, quòd & facto pupilli pecunia ipsius peruenit ad primum debitorem ex causa mutui vel ad priorem creditorem ex causa soluti. Et facto eiusdem primi debitoris vel creditoris eadem pecunia peruenit ad secundum. Eadem igitur ratio facit in vtriusq; persona, vt si is qui pecuniam pupillarẽ in creditum vel in solutũ accepit, alij postea in creditum pariter vel in solutum eandem pecuniam dederit, consumpta ea, & ipse obligetur pupillo vel eum à se liberet, & eum cui dederit obligatum habeat, vel se ab eo liberet. Ac sanè locupletaretur hic secundus ex aliena iactura, si hanc pecuniã tradẽdo ipse alium sibi obligaret, aut ab alio se liberaret, neque tamen pupillo contra eum aut condictio aut liberatio acquireretur. Consequens ergo est quod in fine huius legis concludit Iulianus, Omninò id est generaliter ita esse, vt qui alienam pecuniã credendi causa dat, obligatũ habeat eũ qui accepit. Itẽ vt qui in solutum dedit liberetur ab eo qui accepit.

20. IDEM libro 18. Digestorum.

SI tibi pecuniam donassem, vt tu mihi eandem crederes: an credita fieret? dixi, in huiusmodi propositionibus non propriis verbis nos vti. nam talem contractum neque donationem esse, neque pecuniam creditam donationem non esse: quia non ea mente pecunia daretur, vt omni modo penes accipientem maneret. creditam non esse: quia exsoluendi causa magis daretur, quàm alterius obligandi. Igitur si is, qui pecuniam hac condicione accepit, vt mihi in creditum daret, acceptam dederit: non fore creditam: magis enim meum accepisse intelligi debeo. Sed hæc intelligenda sunt propter subtilitatem verborum; benignius tamen est, vtramque valere.

Ad l. si tibi pecuniam 20.

RAT. DVB. Contractus omnes ex voluntate contrahentium nomen & substantiam accipiunt quotiescunque in arbitrio & potestate sunt eorum qui contrahunt. Sunt enim ab initio voluntatis, *vulg. l. sicut 5. C. de oblig. & act.* nec præsumendi sunt contrahentes aliud voluisse quàm quod dixerunt *l. Labeo 7. §. 1. de supellect. legat.* neq; rursum admittenda est voluntatis quæstio, cùm in verbis ambiguitas nulla est *l. ille aut ille 25. §. 1. de legat. 3.* Si ergo tibi pecuniam donauerim, vt eam posteà mihi credas, quid impedit quominùs duo sint contractus, quorum prior sit verè donatio, posterior autem verè mutuum? Nã cùm in alia re qualibet, tum maximè in nummis rebúsq; cæteris quæ functionẽ recipiũt in suo genere, id obtinet vt eadẽ pecunia sæpiùs data & reddita diuersarum summarum vice fungatur *l. si quis duos 67. infr. de solut.* Fatendum igitur est, ea lege numerata Titio pecunia donationis causa, vt statim donatori mutuò detur: dicendũ est non impediri translationem dominij, ac propterea iisdem nummis donatori creditis, nouum dominium in iis acquiri.

BIU Cujas

acquiri. Atque ita diſertis verbis reſpondet Papinianus in *l. qui id quod 35. §. 1. infr. de donat.* tam apertè vt fruſtra quis in conciliandis duobus his locis laboraturus ſit. DEC. Donatio non eſt, niſi quæ fit ea mente, vt omnimodo penes accipientem res donata remaneat *l. 1. infra de donat.* In quo maxime differt donatio inter viuos, de qua hic loquimur, à donatione cauſa mortis *l. vbi ita donatur 27. infra De mort. cauſ. donat.* Nec rurſus mutuum eſt, niſi quod fit animo obligandi eum, qui accepit, vt condictio certi ex eo naſci poſſit *l. 3. l. ſi filius-familias 14. & paſſ. ſup hoc titulo.* &, vt addit Accurſius ſpontanea voluntate credentis *l. ſicut 5. Cod. de de obligat. & action.* In propoſita autem ſpecie, neque ea mente datur pecunia, vt omnimodo penes accipientem remaneat, neque tam obligandi donatoris cauſa, quàm exſoluendi debiti, & liberandæ fidei gratia, quæ donatori data fuit, magiſque ſuum accepiſſe donator videri debet, ſiue cum Accurſio interpretere *ſuum*, id eſt, *ſibi debitum*, ſiue quod Vlpianum potius ſenſiſſe puto, proprie intelligas *ſuum* pro eo, quod iam ſit vere donatoris. Quaſi nec tradendo ex cauſa donationis tranſtulerit dominium eius pecuniæ, quam ea lege donauit, vt ſtatim ipſi crederetur. Neque enim alienantur nummi, qui ſic dantur, vt ſtatim recipiantur *leg. qui ſic ſoluit 55. infra de ſolution.* Ergo neque donatio, neque mutuum eſt, ſi Vlpiano credimus, qui hanc opinionem ſumpſiſſe videtur ex veteribus quibuſdam Iureconſultis, quos Marcellus notat *in d. l. ſi quis duos*, à quibus ait male hoc deductum fuiſſe in dubitationem. Addita etiam ratione, qua mouebantur, quæ illa ipſa eſt, quam hic adfert Vlpianus, *quod non poſſit videri is qui ita accepit, vt ei à quo accepit, retro reddat, ſoluiſſe potius quam reddidiſſe.* Ita enim legendum puto, non vt Florentiæ *deceßiſſe* aut vt vulgo *dediſſe* aut vt alij legunt cum Haloandro *accepiſſe* vel *decidiſſe* cum Contio. Senſus enim eſt non ille, qui à doctiſſimis nonnullis viris traditus eſt, vt qui pecuniam accipit à debitore, ita vt ei retro illam reddat, non tam liberaſſe illum videatur, quã ipſi donaſſe. [Quis enim *ſoluiſſe* vnquam dixit pro *liberaſſe*? Aut quis neſcit longe aliud eſſe *dare* aliud *donare*?] Sed hic potius, vt qui ſolutam à ſe pecuniam creditori, & à creditore ipſi redditam iterum ſoluit eidem creditori ea lege, vt rurſum eidem debitori retro illam reddat, creditor non tam ſoluiſſe eam pecuniam videatur ad ſe liberandum, quàm reddidiſſe. Pertinet enim hoc ad ſecundam numerationem, non ad primam, de qua nemo dubitare poteſt, quin vera ſolutio ſit, quoties id actum eſt, quomodo in ſpecie illius legis, vt poſt multas reciprocationes creditor pecuniam ſibi primùm numeratam tandem retineat. Fuit autem fortaſſe Iuliani ea ſententia, quam hic Vlpianus ſequitur, & Marcellus in *dict. l. ſi quis duos* reprehendit. Solet enim ille paſſim notare Iulianum, nec rimam vllam prætermittit, ſi quam vel minimam in Iuliano reperit, in qua non figat aculeum: ita vt nihil certius in iure noſtro habeatur, quàm id in quo Marcellus cum Iuliano ſentiat, vt alibi ſcripſimus poſt Iacobum Cuiacium *lib. 8. Obſeruationum cap. 35.* Accurſius tamen, & poſt eum cæteri omnes interpretes Vlpianum cum Marcello & Papiniano ita conciliant, vt Vlpiani ſententia verior ſit de rigore iuris, vt loquuntur, Papiniani vero & Marcelli de æquitate, quæ rigori iuris ſemper præferenda eſt *l. placuit 8. Cod. de iudic. l. in omnibus quidem 90. de regulis iuris.* Quam in diſtinctionem mouent eos verba illa vltima huius legis, *Sed hæc intelligenda ſunt propter ſubtilitatem verborum: Benignius tamen eſt vtrumque valere.* Mihi tamen aliud iudicium eſt, putoque probabilius eſſe, vt hæc poſtrema clauſula vel Triboniani ſit, vel imperiti interpretis qui ſupradictam diſtinctionem aut induxerit primus, aut ab aliis inductam admiſerit. Non ob id ſolum, quod ſatis ineleganter & inconcinne ſcripta ſit, ſed etiam, quia non dubito, quin & Papiniani & Marcelli ſententia non ſolum æquior ſit, ſed etiam iuris rationi & rigori conuenientior. Atq; ita Papinianum & Marcellum ſenſiſſe apparet ex *d. l. qui id quod 35. §. 1. inf. de don. & d. l. ſi quis duos 67. de ſolut.* Cur namque impediatur tranſlatio dominij ex cauſa donationis ob id ſolum, quòd redeat ſtatim pecunia donata ad donatorem, cum redeat ex noua cauſa ſiue mutui, ſiue alia qualibet? Quo caſu certe locum non habet quod ſcriptum eſt in *d. l. qui ſic. De ſolut.* ſed ſed tum demum cum nihil commodi aut iuris remanſurum eſt penes primum accipientem, vt bene hic notat Bartolus *ex l. ſeruus dotalis 58. inf. ſolut matrim.* Et verò cum per ſtipulationem poſſit quis obligari ad credendam pecuniam, ita vt ſi poſtea non credat, teneri debeat eo nomine ad id quod intereſt *l. ſi pœnam ſtipulatus 68. infra de verborum obligationibus.* quidni poſſit etiam donatarius ad i dipſum ſe obligare per pactum in ipſa donatione aut incontinenti appoſitum? Ergo Papiniani & Marcelli, non Vlpiani ſententia ſequenda eſt. Nec admittenda diſtinctio Bartoli, an tranſlatio in dantem fiat ſponte an coacte ex *d. l. ſi quis duos.* Nam & Marcellus eum caſum tractat, quo tranſlatio facta ſit coacte & ex pacto, licet etiam illum tractet quo ſponte facta ſit.

21. IDEM libro 48. Digeſtorum.

QVidam exiſtimauerunt, neque eum qui decem peteret, cogendum quinque accipere, & reliqua perſequi: neque eum qui fundum ſuum diceret, partem duntaxat iudicio perſequi. ſed in vtraque cauſa humaniùs facturus videtur prætor, ſi actorem compulerit ad accipiendum id quod offeratur: cùm ad officium eius pertineat, lites deminuere.

Ad l. Quidam exiſtimauerunt 21.

RAT. DVBIT. Solutio & exactio per partes habet magna incommoda quantum ad creditorem *l. 3. ſup. famil. erciſc.* Eſt enim pecunia res fragilis per ſe & lubrica ſi non ſtatim cõuertatur in emptionem

BIU Cujas

prædiorum aut aliarum rerum quæ habent durationem *l. si chorus 79. §. 1. de legat. 3. iunct. Auth. nouissimè Cod. de admin. tutor.* Difficilius autem est vt quis occasionem emendi habeat pro parte pecuniæ, quàm si totam quantitatem sibi debitam haberet. E contrario longè commodius est debitori partem debiti soluere, quàm vniuersum debitum, cùm numeratio maioris quantitatis non sit in tam facili & expedito quàm minoris *l. si dubitet 10. infr. de fideiuss.* Fieretque debitor longè negligentior ad offerendam solutionem totius quantitatis si ei liceret partem debiti offerre & soluere. Excitatur enim diligentia debitoris metu grauiorum vsurarum, quæ maiores semper sunt maioris quantitatis *l. pecuniæ 9. §. 2. l. Caius Seius 11. l. Seia 12. infr. de vsur.* Non est igitur debitori indulgendum vt soluat partem quantitatis debitæ, cùm ita fiat iniuria creditori *l. in creditore 38. infr. de euict.* præterquàm fauore libertatis *l. cùm heres 4. §. item si decem infr. de statulib.* aut eorum qui possident emphyteuticos fundos patrimoniales, de quibus extat expressa in eam rem constitutio Valentiniani & Valentis *in l. 4. Cod. de collat. fundor. patrimon. & emphyteutic. lib. xi. tit. 64.* Fortasse ideò vt in hoc saltem releuentur qui in aliis multis grauantur, vt hîc notat Accursius. Aliud ergo est in cæteris debitis, etiam in collectis vt Baldus loquitur. Adeò vt nec sufficiat debitori obsignare partem debiti quominùs totius debiti vsuras præstare debeat, si creditor totum accipere paratus fuit *l. tutor 41. §. Lucius infr. de vsur.* Maximè verò si creditor pignus aliquod habeat aut quasi pignus, vt in *l. Iulianus 13. §. offerri infr. de action. empt. l. si seruus 57. de ædilit. edict.* Idque propter indiuisam pignoris causam vt loquitur *l. rem hereditariam 69. de euict. iuncta l. hæredes 25. §. idem obseruatur 14. supr. famil. erciscun. l. qui pignori 19. de pignor.*

Dec. Ad officium boni iudicis pertinet lites diminuere *leg. 2. in princip. de aqua & aquæ pluu. arcend. leg. 1. §. inde quæritur de oper. noui nunciat.* & quàm citissimè fieri potest terminare, vt finem velociter accipiant: quomodo loquitur *Iustin. Nouell. 83. Vt cleric. apud propr. Episcop. prim. conuen.* Nam & in totum eas tolli si fieri posset, publicè expediret, vtpote per quas crescat discordiarum materia inter ciues, quorum tamen salus non nisi concordiæ vinculo retinetur. Ergo si is à quo centum per iudicem petuntur, fateatur se debere quinquaginta eáque se paratum dicat soluere, alia verò quinquaginta neget se debere, cogendus est creditor, vt quinquaginta accipiat: de aliis verò quinquaginta litiget, vt tanto minor lis fiat quanto minor erit quantitas de qua litigandum supererit. Idque longè humanius est, ne cogatur debitor inuitus de ea re litigare, quam debere se fateatur, quod certe iniquum esset *leg. si reus 73. supr. de procurator. leg. si debitori 21. supr. de iudic.* Nec interest an quantitas petatur, an species. Eadem enim æquitatis ratio est, vt si fundum à te petam quem ego totum meum esse dicam, tu verò eius fundi partem dimidiam tuam esse adseras, sim æquè cogendus partem fundi accipere, aliam verò iudicio persequi, ne de ea quoque fundi parte litigandum habeas de qua nullam mihi controuersiam facere velis. Nec enim quicquam prohibet te rem aliquam possidere & partem scire dimidiam ad te pertinere, de altera verò parte controuersiam non facere *leg. permittendum 8. infr. supr. si pars hered. petat.* Planè, si eius partis, quam fateris te mihi debere, velis partem soluere, non eris audiendus ob eas rationes quas primùm attulimus. Sicuti è contrario si is qui diuersarum summarum ex diuersis contractibus debitor est, debitum vnum & quidem integrum velit soluere, non potest creditor solutionem recusare eo prætextu quòd aliud debitum non offeratur, etiamsi pro vtroque debito eadem data sint pignora *leg. vltim. infr. Quibus modis pign. vel hypoth. soluit. l. 2. 3. & seqq. de leg. 2.* Sed & obseruandum est æquitati huius legis locum non esse si fateatur debitor se totum debere nec nisi partem velit soluere, non magis quàm si quis partem duntaxat debiti agnoscens eius partis partem tantùm vellet soluere: quamuis solutio partis volenti creditori facta pareret sine dubio partis liberationem *l. stipulatus sum 9. §. 1. infrà de solut.* Soluere enim partem velle nihil prodest, sed soluisse prodest. Quemadmodum dicimus nihil prodesse debitori quòd velit satisfacere, sed prodesse tamen si satisfecerit, quia imputare sibi debet creditor, qui satisfactionem pro solutione, aut etiam partis solutionem admisit, quam iustè poterat recusare *leg. item liberatur 6. §. 1. quibus modis pignor. vel hypoth. soluit.* Eius summæ quæ per modum conditionis debetur, alia ratio est. Numquam enim solui potest pro parte, vt conditio pro parte impleta videatur. In eóque veteres omnes consenserunt. Sunt enim condiciones omnes indiuiduæ, quæ vni personæ sunt iunctæ, nec nisi enumeratio personarum facit diuiduas *leg. cui fundus 56. De condicio. & demonstr.* Eáque ratio est, ob quam indiuidua censetur causa pignoris *d. leg. rem hereditariam*, quia pignoris obligatio habet suas conditiones, si debitum non soluatur aut aliter eo nomine non satisfiat *leg. si rem 9. §. omnis pecunia. infrà de pignor. action. leg. grege 13. §. etiam de pignorib.* Vnde etiam fit, vt ad pœnam pro parte euitandam nihil prosit partem offerre siue in dando siue in faciendo condicio confistat *leg. heredes 25. §. idem iuris est suprà famil. erciscun. leg. in executione 85. §. penult. de verbor. obligation.* nisi cùm promissa est pœna certæ quantitatis in vicem eius quod interest. Tunc enim etsi committitur pœna in solidum, locus tamen est exceptioni doli pro parte *leg. si seruus 9. §. 1. suprà si quis cautionib.* quia nec stipulatio committeretur eius quod interesset, nisi quatenus interesset, *leg. si procurator 18. infrà Rat. rem haber. iunct. leg. vltima de prætor. stipulation.* Atque ita respondendum est ad *d. leg. 9. §. 1. si quis cautionibus* non quomodo respondet Accursius speciale esse in iudiciis, quod non probo. At neque illud quod post Accursium notat Bartolus, si creditor cui debitor partem debiti liquidam offert, nolit accipere, quomodo compelli possit à iudice ad eam accipiendam. Et aiunt nihil aliud debitori faciendum esse, nisi vt pecuniam offerat, quæ si à creditore recusetur, periculo ipsius posteà futura est propter moram accipiendi à creditore contractam ex *l. qui decem 72. in prin. de solut.* Nam cùm solutio sit facti *l. consilio 7. §. vlt. de curat. furiosi l. 1. C. de probat.* non est existimandum quod hîc scribitur, compellendum esse creditorem vt partem debiti accipiat, de compulsione præcisa intelligi debere, cùm nemo ad factũ præcisè cogi possit, quia id sine vi & impressione fieri non posset *l. si quis ab alio 13. in fin. infr. de reiudic. l. si pœnam stipulatus 68.*

l. quo-

BIU Cujas

l. quoties quis alium 81. *l. cùm stipulatus sum* 13. §. *vlt. de verb. obligat.* Et sanè ita est. Debet hic locus intelligi de coactione & compulsione causatiua, vt loquuntur, id est, nisi malit creditor eam debiti partem quę oblata est suo esse periculo, si modò facta sit oblatio congruo loco & tempore, nulla etiam obsignatione secuta *d. l. qui decem.* Sed non potest videri facta esse non congruo loco, & tempore quæ facta est in iudicio *d. l. si rem* 9. §. *vlt. infr. de pignor. act.* nisi cùm verbo tantùm facta est. Nec enim hoc sufficit, sed præsentem pecuniam aut aliam rem oblatam esse oportet, vt diximus ad *d. l. si debitori* 21. *supr. de iudic.* aduersus receptissimum errorem pragmaticorum nostrorum. Et rursum eam ipsam pecuniam quæ oblata fuit, periisse oportet, vt possit dici liberatus debitor quasi soluto eo in quo accipiendo creditor moram fecit, vt in *d. l. qui decem.* Alioqui non posset locus esse quæstioni cum pecunia in genere perire non possit *l. incendium* 11. *Cod. si cert. petat.* Sed & obseruandum est facta oblatione sola pecuniæ, licèt congruo loco & tempore præsentique pecunia, non tamen liberari debitorem, sed tamdiu manere ipso iure effectuque obligatum, quandiu pecunia extat, nec periit: non enim sola mora pro solutione est, sed duntaxat transfert periculum in moratorem hactenus, vt extincta re post moram creditoris, liberetur debitor, sicuti extincta ea post moram debitoris, perpetuatur obligatio, vt res debita peti adhuc possit *l. si seruum* 91. §. *sequitur & §. vlt. infr. de verb. oblig.* Extincta verò & perempta re quæ oblata fuit & post moram creditoris, contingit quidem liberatio debitori, at per exceptionem doli tantùm, non ipso iure *d. l. qui decem.* Vt ergo contingat ipso iure, meliùs ac prudentius faciat debitor si oblatam à se partem debiti obsignet ac deponat, vt *in d. l. si reus* 73. *supr. de procurat.* Obsignatio enim ritè ac legitimè facta, illa est quæ non modò transfert periculum in creditorem qui in mora est accipiendi *l. si soluturus* 39. *l. creditor* 102. *de solut.* sed etiam acquirit debitori plenissimam liberationem, cùm habeat vim solutionis *l. obsignatione* 9. *Cod. eod.* quæ licèt de ea obsignatione loquatur, quæ facta sit totius pecuniæ, sic tamen intelligenda est, vt quo casu facta partis solutio pareret liberationem, obsignatio etiam partis sufficiat: quia semper obsignatio pro solutione est *l. acceptam* 19. *Cod. de vsur.* Quod cùm ita sit, non possum nō mirari quid illud sit, quod Bartolus quærit, si creditor qui tenetur recipere centum, velit petere tantum decem, debitor autem velit quòd agat ad integra centum, an creditor debeat compelli ad hoc, vt integra centum petat, & an cogatur tota centum recipere: magísque miror quod idem Bartolus post Petrum respondet, cogendum; ne inquit, continentia causæ diuidatur *ex l. nulli* 10. *Cod. de iudic. l.* 1. *supr. de quibus rebus ad eund. Iudic. eat.* Nam cùm debitor à quo creditor non nisi decem petit, scit se centum debere, an non promptius habet auxilium obsignationis ad se liberandum si tota centum obsignare paratus sit, quàm vt cogat inuitum creditorem agere ad centum integra? Planè si debitor neget quicquam se debere ei qui contendat deberi sibi centum ex vno tantùm contractu, nec tamen petere velit nisi decem, vt pluribus iudiciis fatiget debitorem, ad iudicis officium sanè pertinet ex ratione & æquitate huius legis, vt de toto debito agere cogat creditorem, vt vna lite vnóque iudicio tota controuersia terminetur, nec lites multiplicentur: *d. l. nulli*: quod secus esset si creditor decem sibi ex vna causa deberi diceret, ex aliis autem nonaginta *l. singulis* 6. *de except. rei iud.* Nam & contra iuris regulam est, vt agere quis cogatur, nec si agere quis velit *ex l. diffamari* 5. *Cod. de ingen. manum.* vt ostendimus in *Error.* 1. *decad.* 51. *De error. pragmat.* An autem ad euitandam expensarum condemnationem debeat offerre debitor id quod debet, si ab eo plus quàm debeat petatur, aut an ea res expensarum compensationem possit inducere alia quæstio est de qua vide quæ in Codice nostro scripsimus *de fin.* 1. *de plur. petit.*

22. IDEM libro 4. ex Minicio.

VInum, quod mutuum datum erat, per iudicem petitum est, quæsitum est, cuius temporis æstimatio fieret, vtrùm cùm datum esset, an cùm litem contestatus fuisset, an cùm res iudicaretur. Sabinus respondit: si dictum esset, quo tempore redderetur, quanti tunc fuisset: (si non, quanti tunc,) cum petitum esset. Interrogaui, cuius loci pretium sequi oporteat, respondit: si conueniisset, vt certo loco redderetur, quanti eo loco esset: si dictum non esset, quanti, vbi esset pretium.

Ad l. Vinum 22.

Hæc lex pertinet ad quæstionem illa, quæ toties ab interpretibus omnibus & à nobis quoque agitata est, cuiusnam temporis habenda sit ratio in inenda rei debitæ æstimatione. De qua scripsimus fusissimè *libr.* 16. *coniectur. & in Chiliade de error. pragmat. & interpr. iur. Decad.* 20. Et in nostro Codice *de fin.* 6. *& seqq. vsque ad* 16. sed tritiùs *Decade* 84. *Error.* 9. Summa hæc est in iudiciis bonæ fidei æstimandā esse litem, id est, rem de qua lis est, vtro tempore pluris fuit vel moræ, non litis contestatę si ante contestationem mora præcesserit, vel rei iudicatæ *l.* 3. §. *in hac inf. commod. l.* 3. §. *si per venditorem l. si sterilis* 21. §. *cùm per venditorem de action. empt.* In strictis verò quāti res est præcisè tempore litis contestatæ, vt scriptum est in hac lege *& d* §. *in hac l. vlt. De condict. tritic. l. hominem* 37. *mandat.* præterquàm in condictione triticaria in qua spectatur, quanti res est præcisè tempore condemnationis *l.* 3. *de condict. tritic.* In arbitrariis non quanti res est, siue hoc, siue illo tempore, sed quanti interest actoris arbitrio iudicis paritum non esse, quod ipsum æstimatur aliquando per iusiurandum in litem idque vt plurimum *l. qui restituere* 68. *sup. de rei vindic.* aliquando autem sine iureiurando *l. si inter* 21. §. *vlt. infr. de pignor.* Medij temporis æstimatio nunquam attenditur, vt ex supradictis omnibus locis apparet, nec si post motā in bonę fidei iudiciis

BIU Cujas

aut post litem contestatam in strictis æstimatio creuerit. Tantum abest vt æstimatio incunda sit, quanti plurimi vnquam res fuit à tempore moræ, quomodo putant vulgo interpretes ac post eos pragmatici etiam in iudiciis strictis. Quod tamen nullo casu admittit Iurisprudentia nisi in actione legis Aquiliæ, & in condictione furtiua, in qua licèt sit omnium fauorabilissima propter odium furis, non egreditur tamen æstimatio, quanti plurimi retrorsum iudicij accipiendi tempus *l. 2. §. quæsitum inf. de priuat. delict. l. ait lex 21. supr. ad leg. Aquil.* quamuis fur ex die furti admissi moram in re furtiua restituenda semper facere intelligatur *l. in re furtiua 8. §. 1. de condict. furt.* Sed hæc ita si non ipsa æstimatio in obligationem deducta sit, puta per hæc verba *quanti res est.* Hoc enim casu præsens æstimatio debetur, quæ fuit tempore contractus, vt in *l. fundum Cornelianum 28. inf. de nouat.* aut nisi cõtractui dies adiectus sit. Quo casu eius præcisè temporis æstimatio præstanda est quo dari res debuit, quoniam adiectio diei facit, vt hoc ipsum nominatim conueniisse videatur, vt in hac ipsa lege *& d. l. vlt. inf. de condict. tritic. l. quoties in diem 59. de verb. oblig. l. cum quis in diem 22. de oblig. & act.* vbi sine dubio legendum est addita negatione *non quo satis acceperit*, vt à nobis probatum est supradictis locis. Nihil autem hac parte interest, an dies tacitè insit stipulationi, an expressè adiectus sit *l. idem erit 60. de verbor. obligat.* Nec rursus an dies, an condicio, cùm cuilibet condicioni insit tempus, quo continget eam existere *d. l. quoties in diem 59. eod.* Alia quæstio est, cuius loci ratio habenda sit in æstimanda re debita. Ad quam quęstionem respondet Vlpianus in hac lege, cùm conuenit vt certo loco quid reddatur, æstimari rem debere quantieo loco fuerit, tempore scilicet litis contestatæ, si verò dictum non sit quo loco, eius loci spectandam esse æstimationem vbi res petita est. Quod & Caius scribit *in d. l. vlt. de condict. tritic.* Idque in omnibus iudiciis generaliter & indistinctè videtur obtinere, nisi quòd distinctio aliqua videtur adhibenda inter condictionem certi ex mutuo, & condictionem certi ex stipulatione. Hęc enim per adiectionem loci fit arbitraria non item illa. Rursum inter condictionem certi & triticariam, quoniam per adiectionem loci non degenerat condictio certi in arbitrariam quomodo degenerat triticaria, vt ostendimus *in dict. decad. 84. Error. 5. & 6.* vnde pleraque cætera peti possunt, & ex iis quæ in dicta *decade & in 85.* sequuntur, quæ ad totum hunc tractatum & legis huius explicationem pertinent, & ex quibus videbis non plura esse in glossis Accursij & Bartoli commentariis verba quàm errata.

23. AFRICANVS libro 2. Quæstionum.

SI eum seruum, qui tibi legatus sit, quasi mihi legatum possederim, & vendiderim: mortuo eo, posse te mihi pretium condicere, Iulianus ait[a]: quasi ex re tua locupletior factus sim.

Ad l. si eum seruum 23.

RAT. DVB. Cùm eum seruum qui tibi legatus erat quasi mihi legatum possedi & vendidi, non potest negari quin bona fide & possederim eum, & vendiderim. Ergo mortuo eo penes emptorem teneri non debeo, neque de homine restituendo, siue per vindicationem, siue per condictionem, cùm nec eum possideam nec dolo desierim possidere, neque de ipsius precio. Cùm non tibi fuerit legatum precium serui, sed seruus ipse, quem porrò tibi tanquam domino periisse necesse est, non mihi qui dominus esse iam desieram *l. pignus 9. Cod. de pignor. act.* Nec enim succedit precium loco rei in actionibus specialibus, siue in rem sint, siue in personam, sed in vniuersalibus duntaxat vt in petitione hereditatis, siue directa & ciuili *l. si & rem & precium 22.* vbi diximus *supr. de hered. petit.* siue fideicommissaria *l. si heres institutus 70. §. 1. inf. ad SC. Trebell.* Precium enim quod accepi ex venditione serui legati, non tam videor ex seruo ipso percepisse quàm ex mea negotiatione *l. venditor 21. infr. de hered. vel act. vendit.* Adeò vt nec si ratam habeas venditionem à me factam, debeat tamen ea res tibi prodesse ad precium repetendum, quia ratihabitio tua illud demum negotium potest tuum facere quod tuo nomine gestum est *l. si pupilli 6. §. sed si ego sup. de negot. gest.* Ego autem nomine meo vendidi non tuo, nec tui contemplatione, sed negotij mei gerendi causa. DEC. Dominium rei per vindicationem legatæ transit recta via à testatore in legatarium etiam ignorantem *l. legatum 80. De legat. 2. l. à Titio 64. De furt.* Nec quod rem tibi legatam ego bona fide possederim quasi mihi legatam, facere potuit me dominum, quia sola fides bona sine titulo non est legitimus modus transferendi dominij sine titulo, nec si traditio concurrat à vero domino facta *l. nunquam nuda 31. de acquir. rer. domin.* imò nec ad vsucapiendum *l. Celsus 27. infr. de vsucap. l. diutina 4. & seq. C. de præscript. long. tempor.* Ergo cùm rem tibi legatam vendidi, vtique vendidi rem tuam, & precium quod ex ea venditione consecutus sum, licèt ex negotiatione mea magis quàm ex re tua ad me peruenerit, fatendum tamen est saltem occasione rei tuæ in meas manus peruenisse, nec aliter peruenturum fuisse. Hoc verò satis est, vt mortuo apud emptorem seruo tenear tibi condictione, non illa certi generali vt vult Bartolus, quæ in iudicium deduci & exerceri nunquam aliter potest, quàm si certam & specialem aliquam habeat differentiam ac denominationem, vt diximus ad *l. certi condictio 9. sup. hoc tit.* Neque rursum condictione sine causa vt putat Cuiacius, cùm non sine causa peruenerit ad me precium eius rei, quæ à me alij vendita & tradita est, eaque condictio non tantùm ex æquitate, sed etiam ex mera iuris ciuilis ratione nascatur, nec alij detur quàm ei qui facto suo dominium in accipientem transtulerit *l. 1. & tot. tit. de condict. sin. caus.* quorum neutrum hîc contingit, sed condictione illa quæ quoniam tota est ex æquitate naturali refertur ad ius gentium in *l. rerum quidem 25. infr. rer. amot.* Iure namque naturali & gentium iniquum est locupletari quem ex aliena iactura *l. nam hoc natura 14. infr. de condict. indeb. l. iure naturæ 206. de regul. iur.* quæ tota etiam ratio est inducendæ eius condictionis de qua *in l. si & me & Titium 32. infr. hoc tit.* In proposita verò specie constat locupletiorem fore me ex tua iactura si liceat mihi precium retinere quod ex rei tuæ venditione ignorante te facta percepi. Sed hoc ita si homo venditus, iam sit mortuus apud emptorem. Nam quandiu

viuit

viuit vindicare illum ab emptore debes quod facere potes etiam non oblato precio *l.3. C. de rei vindic.* non precium à me condicere, vt contrà quosdam glossatores benè hîc sentit Accursius, quoniam hęc condictio sicuti non tam ex mera iuris ciuilis ratione aliqua propria & ex negotio aliquo, quàm ex mera æquitate proficiscitur, ita non nisi ex necessitate datur & alia nulla competente ciuili aut prætoria actione. Planè si mihi seruum hunc indebitum soluisses quasi debitum, posses à me precium condicere, etiam re extante, vt idem Accursius rectè subiungit *ex l. si non sortem 26. §. libertus l. in summa 65. §. in frumento infr. de cond. & indeb.* Nec enim nouum est, vt aliud præstemus, aliud condicamus, vt ibidem Vlpianus scribit. Idem esset si me procuratorem constituisses ad vendendum hunc seruum qui tuus fuisset. Precium enim hoc casu, à me potes repetere, non quidem per condictionem, ne fortè fallat te Accursius, sed per actionem mandati contrariam non expectato eo vt seruus hic mortuus sit. Extra hos casus non teneor tibi de precio quamdiu seruus tuus quem vendidi, viuit, quia potes eum tanquam tuum iure tuo vindicare, nec condictio precij cum rei vindicatione potest vnquam concurrere, non magis quàm circa vnam eandémque rem *l. vlt. sup. vsufr. quem. caueat.* Quid ergo si seruus hic non mortuus sit apud emptorem, sed ab emptore vsucaptus? Idem esse putat Cuiacius *ex l. 1. C. de reb. alien. non alienand.* & iam olim ante Cuiacium Bartolus cùm hîc scripsit Ratihabitionem in specie huius legis nil prodesse, nisi re perempta vel præscripta. Ego tamen contrà puto. Etsi enim non ignoro, quod Cuiacius obiicit, duobus his modis fieri vt res desinere videatur, extare *l. si id quod 10. inf. si quid in fraud. patron. l. deperditum 21. sup. de hered. petit.* Multum tamen hac parte interest, an res pereat suo facto, an facto domini, quomodo perire intelligitur cùm vsucapta est, quoniam alienasse ipse intelligitur qui rem suam passus est vsucapi *l. alienationis 28. De verb. signific. l. si fundum 16 infra de fund. dotal.* Vt proinde imputari possit domino cur non ante completam vsucapionem vindicauerit rem suam: quod vtique non potest imputari ei, cùm res nondum vsucapta periit naturaliter. Itaque non minùs cessat æquitas quæ hanc condictionem domino dari suasit, si per eum factum sit quominùs rem suam hodie vindicare possit, quàm si vindicandæ eius potestas superesset. Atque ita intelligo quod scriptum est in *d. l. 3. C. de rei vindic. Vel alio modo proprietatem eius amiserit* nullo scilicet facto tuo, nullâque culpa interueniente: quia quod quis ex culpa damnum sentit, sentire non videtur, vt habet iuris regula. Estque inauditum, eum qui rem alienam vendidit, atque ita vsucapiendi causam præbuit, re tandem vsucapta precium domino restituere teneri, quod nec ante completam vsucapionem vlla actione peti ab eo posset *l. rem alienam 28. de contr. empt. iunct. l. qui alienam 33. infr. de mort. cauſ. donat.* Nec me mouet quod contrà scriptum putat Cuiacius in *d. l. 1. Cod. de reb. alien. non alienand.* Ibi enim agitur de malę fidei venditore, qui nullo iure munitus, id est, ne iuris quidem alicuius erronea opinione rem alienam sciens vendidit, siue scienti, siue ignoranti emptori. Quo casu non tam fauor domini quàm odium venditoris qui alienam rem mala fide vendidit, ius hoc euicit, vt saltem vsucapta re vendita, teneatur venditor domino ad precij restitutionem, & quidem actione negotiorum gestorum siue dominus expressim venditioni consenserit, siue amissa proprietate per rei venditæ extinctionem ratam venditionem habere velit, vt in *d. l. 3. Cod. de rei vindic.* Nam post completam vsucapionem sera esset ratihabitio ab eo facta, qui iam per suam negligentiam dominus esse desiisset. Ratihabitio enim sicuti facit meum negotium, quod reuera fuit alienum, si modò mei contemplatione gestum sit, nec fuerit verus dominus ex eo locupletatus *d. l. si pupilli 6. §. item quæritur & seq. sup. de negot. gest. l. vlt sup. si pars hered. pet.* ita & multo magis negotiũ quod iam reuera fuit meum, licèt non mei contemplatione gestum. *d. l. vlt. sup. de negot gest.* Qui autem precium venditionis petit hoc ipso ratam facere venditionem videtur *l. seruũ Titij 49. infr. mandat. l. ab vno 19. C. de negot. gest.* Quid ergo est, inquies, quod hæc lex dat domino condictionẽ precij? An fortè quia hoc casu possit cõdictio cum actione negotiorũ gestorum concurrere? Ita putat Accursius quem Bartolus reprehendit, quòd ratio quâ mouetur in hac lege Africanus, nihil commune habeat cum actione negotiorum gestorum. Non malè. Sed nec ille multo meliùs cùm admittit actionẽ negotiorum gestorum concurrere cum certi cõdictione generali. Non per hanc legem, inquit, sed per regulam generalem positam in *d. l. certi condictio 9. supra*, quod nos iam refutauimus. Et sanè cùm actio negotiorũ gestorum sit prætoria & subsidiaria, condictio autem quælibet sit ciuilis, frustra esset honorariam actionem ei dare qui haberet ciuilem *l. 1. supra de public. in rem act.* Dicendum igitur est, eidem quidem domino in specie huius legis posse & condictionem accommodari, & negotiorum gestorum actionem, sed diuersis respectibus, ita vt non ideò possint ambæ in eundem casum, eandémq; personam concurrere. Ratihabitio enim ritè facta venditionis, siue expresso consensu facta sit, siue per petitionem precij, siue perempta re, siue adhuc extante necdum tamen vsucapta, parit actionẽ negotiorum gestorum, vt diximus, etiam contra bonæ fidei venditorem: contra eum verò qui mala fide vendiderit, etiam re vsucapta *d. l. 3. Cod. de rei vindic. Iunct. d. l. 1. Cod. de rebus alien. non alienand. l. 1. Cod. de his qui à non domin. manum. sunt.* At si nulla sequatur ratihabitio, nec pecunia, quæ ad venditorem precij nomine peruenit, petatur tanquam precium re perempta, sed tanquam pecunia ex qua locupletior factus sit venditor cum aliena iactura, tum verò condictioni locus est, nec actioni negotiorum gestorum fieri locus potest. Et ita benè Cuiacius sentit ad *dict. l. vltim. supra de negot. gest.* quæ eiusdem Africani nostri est, licèt ex alio Quæstionum libro desumpta. Sed quid ad illa verba huius legis, *Mortuo eo posse te mihi precium condicere Iulianus ait*? Nihil ille respondet. Dicendum est meo iudicio, precij nomine hîc significari pecuniam & quantitatem illam quæ precij nomine ad me peruenit, vt ea quantitas demonstratiuè & materialiter sumpta non sub formalitate illa precij, condici possit citra ratihabitionem venditionis, id est, tametsi tu verus legatarius declaraueris nolle te ratam facere venditionem. Ideóque si fortè vilissimo precio res distracta sit, non tamen condictione teneor suprà quàm acceperim precij nomine, quia nec nisi eatenus possum videri factus locupletior ex re tua: qui tamen teneri deberem vsque ad quantitatem iusti & veri precij, nisi æquitas, quæ condictionem hanc inducit, esset

BIU Cujas

ſtrictior, ac proinde condictionem ipſam reſtringeret: adeo vt etiamſi mala fide ſeruum hunc tibi legatum poſſederim ac vendiderim, id eſt, ſciens tibi legatum, non ideo in plus teneri debeam iſta condictione, quam quatenus locupletior factus ſum. Niſi quod hoc caſu magis eſt, vt condictioni locus non ſit, cum teneat vindicatione tanquam qui dolo deſierim poſſidere. Dolus enim pro poſſeſſione eſt, vt in cæteris omnibus ita maxime ad inducendam rei vindicationem *leg. Iulianus* 17. *in princip. & §. 1. verſ. quod ſi dolo malo ſupra de rei vindi.* vbi quod dicitur malæ fidei venditorem debere ſerui mortui precium domino reſtituere, de vero iuſtoque pretio intelligi procul dubio debet, non de eo, quod conuentum & receptum fuit, vilius forte & impar iuſto. Atque ita Cuiacius quoque ſentit. Sed in eo non ſatis recte, quod non admittit differentiam, quam interpretes conſtituunt, an bonæ fidei venditor cauſam habeat lucratiuam, an vero oneroſam, vt priore tantum caſu condictione teneatur ex hac lege, non etiam poſteriore. Quæ tamen diſtinctio admittenda omnino eſt. Nam, vt argumentatur Accurſius, non poteſt venditor condictione ideo teneri domino ad reſtituendam quantitatem pretij, quod ex re domini factus ſit locupletior, ſi tantundem ei abſit, quantum ex venditione conſecutus eſt: §. *fires aliena Inſtit. de legat.* cum non illa ratio condictionem pariat, quod venditor pretium habuerit, ſed quod ex eo locupletior factus ſit. Quæ ratio in habente cauſam oneroſam non aliter locum habere poteſt, quàm ſi plus conſecutus ſit, & in rem ſuam verterit ex pretio, quàm ei abſit. Plane in negotiorum geſtorum actione facilius admitti poteſt, vt de pretio competat omni caſu, ſiue cauſam lucratiuam ſiue oneroſam habeat is qui vendidit, quia rationem habet generaliorem, quàm condictio illa, de qua Africanus in hac lege. Ex qua porrò male noſtri colligunt pretium ſuccedere loco rei. Seruus enim venditus ſi extaret, vindicaretur, non condiceretur, quia eſſet veri legatarij, ſi non vſucaptus proponeretur. Pretium autem mortui hominis non vindicatur, ſed condicitur, quia pretium redactum ex venditione rei meæ non eſt meum, cum ex negotiatione magis quàm ex re mea percipiatur, vt bene diſputat Cuiacius *ex d. l. venditor* 21. *de hered. vel action. vendit.* quamuis per occaſionem rei meæ ad venditorem peruenerit.

24. VLPIANVS libro ſingulari Pandectarum.

SI quis certum ſtipulatus fuerit, ex ſtipulatu actionem non habet: ſed illa condictitia actione [2] id perſequi debet, per quam certum petitur.

Ad l. ſi quis certum 24.

RAT. DVB. Actiones, quæ ex contractibus naſcuntur contractuum nomen habent. Sic enim dicimus actiones empti & venditi, quæ ex emptione & venditione naſcuntur, locati & conducti, quæ ex locatione & conductione, pignoratitiam, quæ de de pignore, & ſic de cæteris. Atqui ſtipulationum aliæ ſunt certæ, in quas res aliqua certa deducitur, aliæ incertæ, in quas aliquid incertum *l. interdum* 74. §. *vlt. & l. ſeq. inf. de verborum obligationibus.* Ergo ex ſtipulatu actio naſci debet non minus ex ſtipulatione, qua quis certum ſtipulatus fuerit, quàm ex ea, quâ quid incertum. DEC. Perpetuo id agunt Iureconſulti quantum poſſunt, vt ſingulis actionibus propria, & ſpecialia dent nomina pro rerum ac negotiorum diuerſitate, ne actionis nomen æquiuocum nouas pariat difficultates, & vel actori vel reo ſit captioſum, inſpecto præſertim iuris veteris rigore, ex quo periculum incurrebat actor amittendæ litis, ſi male actionem elegiſſet, ac in nomine actionis peccaſſet. Hinc nimirum comparatæ actiones Præſcriptis verbis, vt per eas tutius agi poſſet, ſi quando de iure aut nomine actionis competentis dubitaretur, *l. 1. & 2. l. quia actionum* 11. *leg. ſi tibi gratuitam* 17. *l. Titius* 24. *& paſſ. de præſcrip. verb.* Cum ergo aliud ſit nomen actionis ex ſtipulatu, aliud verò actionis ex ſtipulatione, merito induxerunt Iureconſulti, vt ex ſtipulatione certa naſcatur condictio certi quæ ſpeciali nomine dicatur ex ſtipulatione: at ex incerta ſtipulatione naſcatur actio ex ſtipulatu, quia certi condictio hoc caſu competere nulla poteſt, vt apud Iuſtin. *Tit. de verborum obligationibus in princip.* Neque vnquam apud prudentes aut Imperatores noſtros confunduntur hæc nomina, quamuis ita putet Accurſius ex *leg. ſi pactouo pænam* 14. *Cod. de pact.* Ibi enim ex ſtipulatu vere agitur, non autem condictione certi ex ſtipulatione, quia ex ſtipulatione pœnali, de qua ibi agitur, non perſequitur actor ſimpliciter pœnam, quæ ſemper certa eſt *l. ſtipulatio iſta* 38. §. *alteri de verborum obligationibus l. vlt. de prætor. ſtipulat.* Sed ad factum agit hoc eſt, vt fiat id quod in conuentionem deductum eſt, vt ea lex ait: Factum autem ſemper incertum eſt, *l. vbi autem* 75. §. *qui id quod in faciendo de verborum obligationibus.* Excipienda eſt actio ex ſtipulatu, quam Iuſtinianus ſpeciali quodam iure & contra vulgares regulas induxit, quaſi ex tacita ſtipulatione pro dote ſiue certa ſiue incerta *l. vnic. C. de rei vxor. act* §. *fuerat. Inſtit. de actio.* In his enim quę contra iuris rationem conſtituta ſunt, non poſſumus ſequi regulam iuris *l. in his* 15. *ſupra de legibus.* Nec eſt contrarium, quod ſcriptum eſt in *l. certi condictio* 9. §. 1. *ſupra hoc tit.* ex incerto quoque contractu naſci condictionem certi. Id enim tum demum obtinet, cum ex incerto contractu certum petitur, vt ad eum locum adnotauimus, non etiam cum ad rem incertam puta ad id quod intereſt, quod ſemper incertum eſt *d. l. vlt. de prætor ſtipulat.* In quo noſter errat Accurſius, qui condictionem certi ad incerta quoque dari putat, & ad id quod intereſt, quod nos iam refutauimus ad *d. l. certi*, quamuis Accurſium ſequatur Bartolus. Plane ſi quando dubitetur probabiliter an certum ſit, an incertum id, quod petitur ex ſtipulatione, tutius eſt agere ex ſtipulatu, quia huius actionis nomen generalius eſt, quàm condictione certi ex mutuo, quæ nunquam competit, niſi cum ex ſtipulatione certum certo petitur, quod & hîc notat Bartolus *ex hac lege & ex dict. Tit. de verborum obligationibus apud Iuſtin. in princip.* Elegantius autem Florentina lectio hîc habet *condictitia actione*, quàm vulgata *condictione* condictitiam enim actionem benè illam

BIU Cujas

ne illam dicimus quæ ex certi stipulatione nascitur aut ex quolibet alio contractu ad rem certam sicut & pignoratitiam, quæ ex pignore *tot. tit. inf. de pignorat. act.*

25. IDEM libro singulari de Officio consularium.

CReditor, qui ob restitutionem ædificiorum crediderit, in pecuniam, quam crediderit, priuilegium exigendi habebit.

Ad l. Creditor qui ob restitutionem 25.

RAT. DVB. Creditor, qui ad emendum ædificium pecuniam credidit, nullum habet priuilegium, neque inter chirographarios creditores, neque inter pignoratitios. Nusquam enim id proditum legimus. Cur ergo habebit is qui credidit ob restitutionem & refectionem ædificij? An non plus est ædificium emere quàm reficere? Proinde an non maius beneficium est illius qui mutuam dat pecuniam ad emendam domum, quàm eius qui ad reficiendam? Quòd si ea potissimùm ratione habet priuilegium & tacitæ hypothecæ & prælationis ille qui credidit ad reficiendam domum, quia saluam fecit totius pignoris causam, vt scriptum est in *l. interdum 5. & seq. infra qui potior. in pignor hab.* an non maiore beneficio dignus est, qui credidit ad emendam domum? quandoquidem hic non tantùm saluam fecit, sed etiam præbuit causam pignoris cæteris creditoribus; quibus non esset hodie domus hæc obligata si eam debitor non emisset, qui omnia bona tua præsentia & futura cæteris creditoribus suis obligauerat. Hoc enim ponendum est, vt quæstioni locus fieri possit. DEC. Reipublicæ interest refici ædificia quæ ruinam & casum minantur, itémque collapsa restitui ne vrbs ruinis deformetur, *l. Prætor ait 20 §. hoc interdictum prohibitorium est infra de oper. noui nunciat l. 2. §. si quis nemine, l. vlt infra ne quid in loc. public.* At reipublicæ nihil interest an Titij sit domus hæc, an Sempronij. Fauor igitur publicæ vtilitatis qui omnia ferè priuilegia tacitæ hypothecæ & prælationis induxit, suasit facilè, vt priuilegium exigendi haberet is qui ob refectionem ædificij pecuniam credidisset, potius quàm qui ad emendam domum *l. 1. infra de cess. bonor. l. cùm duobus 52. aliàs l. si fratres § idem respondit l. Socius 60. infra pro socio & Nouell. 97. De æqualit. dot. cap. 7. §. his consequens l. 1. infra in quibus caus. pignor. vel hypoth. tacit. contr.* vbi scriptum est Senatusconsulto quod sub Marco Imperatore factum est, pignus insulæ creditori datum qui pecuniam ob restitutionem ædificij extruendi mutuam dedit, ad eum quoque pertinere qui redemptori domino mandante nummos ministrauit, quod & scriptum est in *l. si ventri 24. §. 1. de rebus author. iudic. possid.* Vt nimirum eo veluti præmio inuitarentur homines ad pecuniam credendam in rem tam vtilem. Nam & ad curatoris Reipub. officium pertinet, vt dirutæ domus à dominis extruantur *l. ad curatoris 46 infra de damn. infect.* sicut è contrario districtè prohibitum est, ne quis ad demoliendum negotiandi causa domum suam partémve domus vendat *l. vlt. eod. tit.* Alia ratio est eius qui credidit ad emendam nauim. Hic enim habet priuilegium non minus quàm qui ad eam, vel reficiendam, vel armandam & instruendam *l. qui in nauem 26 l. quod quis nauis 34. infra de rebus author. iudic. possid.* Nempe quia reipublicæ interest nauim eius esse qui eam exercere velit, sciátque propter vtilitatem & necessitatem commerciorum ac transmarinæ negotiationis. Certum autem est non ab alio vendi nauem quàm ab eo qui exercere illam diutius nolit, nec ab alio emi quàm qui exercere illam velit. Iunge quæ scripsi *libr. 2. Coniect. capit. 10.* Alia item ratio est eius qui credidit ad faciendam domum & nunc primùm extruendam. Aliud enim est facere, aliud reficere *l. 3. §. penult. infra de itin. act. priuat.* longéque minor subest necessitas faciendæ insulæ quàm reficiendæ, licet ad publicam quoque vtilitatem pertineat quàm plurimis ædificiis vrbes exornari & augeri.

26. IDEM libro quinto Opinionum.

SI pecuniam militis procurator eius mutuam dedit, fideiussorémque accepit: exemplo eo, quo si tutor pupilli, aut curator iuuenis pecuniam alterutrius eorum creditam stipulatus fuerit, actionem dari militi, cuius pecunia fuerit, placuit.

Ad l. si pecuniam 26.

RAT. DVB. Etiam cùm alius quilibet alienos nummos mutuos dedit absente domino & ignorante, certum tamen est acquiri domino quamuis ignoranti condictionem certi ex mutuo *l. certi condictio 9. §. si nummos.* vbi rationem attulimus *supra hoc titul.* Nihil ergo speciale est in milite cuius procurator, aut in pupillo vel minore, cuius tutor, aut curator pecuniam numerauit. DEC. Potest militis procurator aut pupilli tutor, vel adulti curator pecuniam militis aut pupilli aut adulti suo nomine credere, aut nomine militis, vel pupilli, vel minoris. Posteriore hoc casu nihil speciale est in pecunia militis, vel pupilli, vel minoris, quantum ad condictionem certi ex mutuo quæ nascitur ex numeratione *dict. §. si nummos.* Itémque quantum ad hypothecariam hodie post constitutionem Iustiniani *in l. 2. Codic. per quas personas nobis acquir.* Sed tantùm, quod ad actionem

BIU Cujas

ex stipulatione competentem, siue aduersus eum qui mutuam accepit, si ponas in ipsa mutui datione, vel paullo antè, vel incontinenti post numerationem interuenisse stipulationem: quo casu nulla ex numeratione, sed tantùm ex stipulatione condictio nascitur *l. si ita fuero 6. §. 1. cum l. seq. infra de nouat. l. si ita stipulatus 26. §. Chrysogonus de verborum obligationibus.* siue contra fideiussores debitoris, quos à procuratore acceptos fuisse lex ponit, quia certum est vnius stipulatione alteri actionem quæri non posse, siue sibi, siue alteri quis stipulatus sit *l. quæcunque 11. de obligat. & action. vulg. l stipulatio ista 38. §. alteri de verborum obligationibus.* Fideiussores enim non nisi per stipulationem obligantur *l. blanditur 12. Codice de fideiussor.* Ideóque nec transibat olim fideiussoria obligatio sine cessione, ne tum quidem cùm principalis actio & condictio ex numeratione transibat ante Iustiniani constitutionem in *d. l. 2. Codice per quas person.* Sed priore casu cùm procurator militis, vel tutor pupilli, vel denique curator adulti suo nomine pecuniam credidit, quæ vel militis, vel pupilli, vel adulti fuit, speciale est & contra vulgares iuris regulas, vt ex ea numeratione quæratur condictio certi ex mutuo, non tantùm ei qui suo nomine credidit, sed etiam militi, pupillo, vel adulto, ne sit in potestate illius qui militis, vel pupilli, vel adulti pecuniam administrat grassantis in re aliena, ius eorum lædere, digni enim sunt quibus succurratur aduersus factum eorum per quos negotia sua gerere inuiti quodammodo compelluntur: quod in paganis & maioribus secus est quibus procurator actione sibi quæsita cedere cogitur *l. possessio 49. §. vltim de acquirend. possess.* Alioqui nullam ex facto & stipulatione procuratoris actionem haberet dominus, nisi cùm procuratori præsentis cautum esset, quo casu haberet dominus vtilem actionem *l. si procuratori 79. de verborum obligationibus.* Multo magis permittitur procuratori militis stipulari nominatim ipsi militi ex pecunia militis, sicuti potest tutor stipulari nominatim pupillo & curator adulto *d. l. 5. §. penult. de pecun. const. quod aliis procuratoribus non licet, dict. §. alteri.* Est autem hoc ius in fauorem militis pupilli & adulti sic comparatum, vtilitatis tantùm gratia, vt scriptum est in *dict. §. penult.* Ideóque nec directa huiusmodi actio est, sed vtilis tantùm *l. 2. infra quand. ex fact. tutor.* Vbi dicitur idem esse, si ex pecunia pupilli tutor in nomen suum rem aliquam emerit. Habet enim pupillus eius rei vtilem quoque vindicationem quod & generaliùs scriptum est in *l. 4. iunct. l. 2. Codic. eod. titul. & in l. si curator 3. Codic. arbitr. tutel. l. ex facto 52. §. planè si ex re pupilli infra de pecul.* Itemque de re empta ex pecunia militis in *l. si vt proponis 8. Codic. de rei vindic.* contra quàm in aliis obseruari soleat *l. si ex ea pecunia 6. eod. tit. l. procuratoris 5. §. planè si in eadem taberna infra de tribut. act.*

27. IDEM libro 10. ad Edictum.

Ciuitas mutui datione obligari potest, si ad vtilitatem eius pecuniæ versæ sunt. alioquin ipsi soli, qui contraxerunt, non ciuitas, tenebuntur.

Ad l. Ciuitas 27.

RAT. DVB. Ciuitas non potest consentire: consensus enim factum requirit personæ consentientis. Ciuitas autem non habet personam nisi fictam, vt vniuersitatum corpora, & collegia omnia de quibus in *l. 1. & pass. supra. Quod cuiusque vniuersit.* Vnde est quod nec moriuntur vniuersitates istæ, nec facilè pereunt *l. sicut 7. §. vltim eod. l. proponebatur 76. supra de iudic. l. an vsusfructus 56 supra de vsufruct. l. si vsusfructus 21. quibus modis vsusfruct. amitt.* Sed nec ciues ipsi & municipes ex quibus ciuitas constat consentire in vnum possunt *l. vltim. & l. 2. infra de acquiren. possess.* vbi dicitur ob hanc causam, nec possidere illos posse, nec vsucapere ipso iure, quamuis vtrumque vtilitatis causa receptum sit. Quomodo & de hereditate quæ ficta quoque persona est, scribit Vlpianus ex Scæuola in *l. 1. §. Scæuola infra si is qui testam. lib. ess. iuss.* Atquin ex mutui datione, vt ex alio quolibet contractu non potest nasci obligatio si non interueniat consensus, tametsi mutuum sit ex eorum contractuum genere qui re, non qui consensu perfici dicuntur. In omnibus enim rebus quæ dominium transferunt, quomodo transfertur vtique ex mutuo, concurrat oportet affectus & consensus ex vtraque parte contrahentium *l. in omnibus 55. & 57. infra de obligationibus & actionibus.* Ergo non potest ex mutui datione, neque ex alio vllo contractu obligari ciuitas. Nec si pecunia credita in rem & vtilitatem ciuitatis versa proponatur. Non enim facit ea versio, vt eo magis ciuitas consensisse videri possit. DEC. Persona vera Syndici vel actoris, aut alterius cuiuslibet habentis administrationem ciuitatis, aut Collegij, aut Vniuersitatis [nihil enim inter hæc distat] repræsentat fictam illam personam vniuersitatis, sicut è contrario interdum persona ficta, quod multo difficilius est, repræsentat veram *l. heres 22. infra de vsucap. l. hereditas enim 34. de acquirend. rer. domin.* Alioqui non tantùm incommodo summo adficerentur ciuitates & vniuersitates omnes nemine cum ipsis contrahere valente si non haberent personam certam & veram à qua regerentur, exemplo eius quod de minoribus scriptum est in *l. quòd si minor 24. §. restitutio supra de minor.* Sed neque possent vllo modo subsistere, nec earum negotia curari, quæ proinde deseri necesse esset: quod vtilitas publica non patitur. Ob eam igitur causam inducì necesse fuit, vt quicquid à ciuitatis administratore geritur, ab ipsa ciuitate tota gestum videatur, ita vt ex administratoris contractu perinde obligetur ac si ipsa contraxisset: sed & hocita demum si ex re & vtilitate ciuitatis contraxerit, ne alioqui quod in ciuitatum & vniuersitatum omnium fauorem ex necessitate constitutum est, in earum odium ac perniciem retorqueatur contra *legem quod fauore 6. Codice de legibus lege nulla 25. supra eodem illo titulo lege penult. Codice ad Senatusconsultum*

BIU Cujas

sultum Trebell. sic enim dicimus, Tutorem quoque domini loco habendum esse cùm tutelam bene gerit & administrat, non cùm pupillum spoliat *l. qui fundum 7. §. si tutor. infr. pro emptor.* Ergo si syndicus & administrator ciuitatis pecuniam ab aliquo mutuam acceperit ciuitatis nomine, dicendum est ciuitatem ex mutui datione obligari, vt contra eam detur condictio certi ex mutuo, sicuti contra priuatum alium debitorem quemlibet, sed & pignus rerum ciuitatis ex ea causa ab administratore datum teneri *l. si is qui 11. in princip. infr. de pignor.* Verùm hoc ita si in rem & vtilitatem ciuitatis pecunia versa probetur, & quidem à creditore, cui nimirum probatio hęc incumbit ad fundandam suam intentionem, non ciuitati cui sufficit negare, cùm negationis probatio per rerum naturam sit impossibilis *l. actor quod adseuerat 23. C. de probat. l. adseuerátio 10. Cod. de non numer. pecun. l. vnic. C. de solut. & liber. debit. ciuit. lib. 11. Tit. 39. Authent. hoc ius porrectum. in fin. C. de sacrosanct. Eccles.* Quod & in aliis personis obtinet quæ cum illis contrahunt, qui non aliter obligari possunt, quàm si in rem eorum pecuniæ versæ sint, vt in casu *l. si prædium 16. Cod. de præd. minor. l. si in rem 3. Cod. quand. ex fact. tutor. l. vir vxori 17. in princip. infr. ad Senatusconsultum Velleian.* Sed hoc intellige si administrator ciuitatis nomine ipsius ciuitatis pecuniam mutuam acceperit. Alioqui si in eam causam nominatim acceperit, quæ ad ciuitatis vtilitatem euidenter pertinebat, sufficiet hoc creditori, vt non grauiore probatione oneretur *argum. l. 1. §. vnde quærit Ofilius & seq. infr. de exercit. act.* Amplius putat Bartolus, nec malè si administratori ciuitatis mandatum sit, vt mutuam pecuniam acciperet, nihil aliud inquirere creditorem debere, nec eò minùs permittendum ipsi contra ciuitatem agere, quod in rem ciuitatis pecunia versa non probetur, *ex l. habebat 13. in princip. infr. de inslit. action.* Neque verò desunt qui putent sufficere ad obligandam ciuitatem, vt per eos sit accepta pecunia qui ciuitatem repræsentant, id est, qui sunt legitimi ciuitatis administratores, quod Zasius ad hunc locum scripsit. Quasi hæc lex restringenda sit ad eum casum, quo ciuitatis nomine mutuam pecuniam is acceperit qui accipiendi ius nullum habuit, hoc est qui ciuitatis administrator non fuit: contrà quam Bartolus, & alij sentiant, quorum tamen sententia longè probabilior mihi videtur: quia & ciuitatibus vtilior est, cùm imputari possit creditori mutuam danti pecuniam cur non fuerit diligentior, & curiosior ad inquirendum, in quam saltem causam pecunia quæreretur, si non illud quoque volebat curare, vt in vtilitatem ciuitatis pecunia verè, ac effectu ipso verteretur, *argum. dict. §. vnde quærit Ofilius dict. l. si prædium. d. l. si in rem, & dict. l. vir vxori.* Quamuis inter priuatos ignoscendum sit creditori, qui curiosior non fuit, vbi nec esse debuit *l. doli 17. ad fin. infr. de nouat.* Planè quin omni casu is qui mutuam pecuniam accepit ciuitatis nomine, teneri debeat etiam suo proprio siue administrator fuit, siue non fuit, nemo dubitat *ex l. eum qui mutuam 13. C. si certum pet.* Et ex notis ab Accursio in *l. si pupilli 6. §. 1. in fine gloss. magn. supr. de negot. gest.* Idque siue in rem ciuitatis versa sit pecunia siue non sit versa, dum ne specialiter conuenerit, vt priuato & proprio nomine non obligetur. Tunc enim non obligabitur, ne actus operetur vltra intentionem agentis, & aduersus conuentionem, vt Bartolus ratiocinatur *ex l. non omnis 19. supr. hoc titul.* Tenetur autem hic qui ciuitatis nomine mutuam sumpsit pecuniam siue administrator fuerit, siue non fuerit, condictione certi ex mutuo *d. l. eum qui. l. si litteras 7. C. mandat.* Aut etiam condictione ob causam dati si mutuam pecuniam acceperit quasi eam in Reipublicæ vtilitatem impensurus si non impenderit, vt Bartolus cõcludit ex *l. si procuratori falso 14. infr. de condict. ob caus. dat.* Quòd si neque versam esse pecuniam in rem ciuitatis probare possit, neque se administratorem fuisse qualem se dixerit, multò magis idem dicendum est, vt condictione ob causam dati causa non secuta teneatur. Nihil enim facit probata qualitas administratoris ad hanc actionem excludendam. Vnde infert bene Bartolus cessare hoc casu actionem de dolo, quamuis ille qui mutuam sumpsit pecuniam falso ac dolo malo administratorem se esse mentitus sit, cùm actio de dolo cum alia concurrere nunquam possit. *l. 1. & pass. supr. de dolo.* Sed quod idem addit, dandam actionem de dolo si non probet se administratorem, probet tamen versam pecuniam in rem ciuitatis, quod hoc casu condictioni ob causam dati locus esse nequeat, non puto defendi posse. Quænam enim subest necessitas dandæ actionis de dolo, quæ nunquam nisi subsidiaria est, cùm & ciuitas hoc casu obligetur condictione certi ex mutuo, vt hæc lex ait, & is ipse qui accepit eadem condictione certi ex mutuo, vt iam diximus, teneatur? Illud planè admittere nullomodo possum, quod quidam putant, eo casu quo necesse est probari pecuniam in rem ciuitatis versam esse, sufficere vt probetur, quod eo tempore ciuitas pecunia indigebat, nisi probetur in quam causam egebat pecunia, eámque causam postea secutam fuisse, nullis aliunde nummis corrogatis, vt Cynus docuit *ad dict. Authent. hoc ius porrectum. in fin.* & Angel. *ad dict. l. si prædium.* Alex. *consil. 4. col. 2. volum. 3.* Sed si administratori numerata esset pecunia præsente collegio, faciliùs admitti posset, quod vult Bartolus, nec dubitari posset, quin hoc ipso satis probatum sit pecuniam in rem ciuitatis versam esse, nec alia vlla probatione sit opus. Sicuti nec cùm pecunia nominatim in aliquam causam ciuitati vtilem mutua accepta est ab administratore, quamuis non probetur postea in eam rem versa esse *l. vlt. infr. de exercit. action.*

28. GAIVS libro 21. ad Edictum Prouinciale.

CReditor, qui non idoneum pignus accepit, non amittat actionem eius debiti quantitatis, in quam pignus non sufficit.

Ad l. Creditor qui non idoneum 28.

RAT. DVB. Sunt etiam tacita quædam pacta de non petendo, quę ex actu aliquo factóque creditoris inducuntur, vt puta si creditor chirographum & cautionem debitoris ipsi reddiderit *l. 2. supr. de pact.* Quidni etiam cùm creditor pignus accepit à debitore minùs idoneum, id est minoris æstimatio-

BIU Cujas

nis quàm illud sit quod debetur? Neque enim solet pignus dari aut accipi nisi vt creditori magis cautum sit pro omni eo quod ipsi debetur *l. si mandatu 59. §. vlt. infr. mandat. l. 4. §. addici 8. infr. de fideic. libert.* Ac proinde pro qua debiti parte pignus non est idoneum, videtur creditor ipsum debitum remisisse, non quidem vt liberetur debitor ipso iure, sed vt saltem ope exceptionis, Pacti scilicet de non petendo, exemplo eius quod scriptum est in *l. vlt. C. de pact. conuent. tam sup. dot.* Mulierem, quæ pro bonis paraphernalibus quasdam mariti res pignori accepit nullum in aliis mariti bonis ius pignoris habere. Sic enim dicendum est, non quomodo hîc scribit Bartolus, videri eam renunciare personali actioni: cùm lex nihil aliud dicat, nisi quod *siquidem in dotali instrumento hypothecæ pro his nominatim à marito scriptæ sint, vult his esse mulierem ad cautelam suam contentam.* Neque sanè existimandum est mulierem iacturam facere actionis personalis quam pro bonorum paraphernalium administratione habet contra maritum, ob id solum quod ab eo minùs idonea pignora acceperit: sed adimit tantùm ea conuentio ius hypothecę generalis, quam alioqui haberet mulier in omnibus bonis mariti ex illa Iustiniani constitutione. DEC. Conuentio in fauorem alicuius facta non debet in plius odium & perniciem retorqueri, ne inducta ad vnum effectum operetur contrarium *vulg. l. quod fauore 6. C. de legib. l. nulla 25. supr. eod. ill. tit. l. legata inutiliter 14. infr. de adim. legat. l. in ratione 30. §. tametsi. infr. ad legem Falcid.* Atqui pignoris conuentio & obligatio adiicitur in fauorem creditoris, quo magis ei cautum sit, plus siquidem cautionis est in re quàm in persona *l. plus cautionis 25. de reg iur.* Ergo quámuis soleant prudentes creditores sibi cauere idoneis pignoribus *d. l. si mandatu 59. §. vlt. mandat. d. l. 4. §. addici de fideic. libert.* vt possit non tantùm in sortis, sed etiam in vsurarum cæterarúmque omnium solutionem sufficere *l. 2. C. debit. vendit. pignor. imped. non poss.* Si tamen id per incuriam, aut debitoris fallaciam factum non sit, nõ debet ea res nocere creditori, ne superfluum debiti, quod ex distractione pignoris redigi non potest, possit petere *l. quæsitum 9. in princip. & §. 1. infr. de distract. pignor.* vbi Paulus ex Pomponio scribit, Quod in dãdis pignoribus adiici solet, vt quominùs pignus venisset, reliquum debitor redderet, superuacuum esse, quia ipso iure ita se res habet etiam non adiecto eo, sic *in l. 3. C. eod. l. aduersus 10. C. de oblig. & action. l. vlt. §. sed si quidem. C. de iur. domin. impetr. l. si creditor 26. infr. de solut.* Nam & è cõtrario si plus ex distractione pignoris redegerit creditor quàm debeatur, non creditoris lucro id cedit, sed debitori actione pignoratitia restitui debet. *l. quamuis 6. §. vlt. & l. seq. infr. de pignor. act. & d. §. sed si quidem.* Pignoris enim obligatio non nisi accessoria est ad principalem & personalem *l. res hypothecæ 5. infr. de pignor.* ideóque principalem nec tollere potest nec minuere: cùm, vt diximus, ideò tantùm pignus detur, vt debitori magis cautum sit, non vt debiti quantitas vel augeatur ex maiore valore pignoris, vel minuatur ex minore. Vnde etiam est quod redditio pignoris non inducit tacitã conuentionem de non petendo debito, quam induceret redditio chirographi & cautionis *l. 3. iunct. d. l. 2.* vbi diximus *sup. de pact.* Nec puto aliter apud Venetos obseruari, quamuis Accursius notet non seruari Venetiis hanc legem.

29. PAVLVS libro 4. ad Plautium.

SI institorem seruum dominus habuerit: posse dici Iulianus ait, etiam condici ei posse: quasi iussu eius contrahatur, à quo præpositus sit.

Ad l. Si institorem 29.

RAT. DVB. Condictio certi siue ex mutuo siue alio contractu quolibet cùm sit actio personalis, quæ ex contractu nascitur, non aduersus alium potest directò competere quàm cõtra eum ipsum qui contraxit. Cùm enim omnes contractus sint facti *l. consilio 7. §. vlt. infr. de curat. furios.* quæ autem facti sunt personalia omnino sint, nec transeant à seruo in dominum nec à filio in patrem *l. qui heredi 44. de condict. & demonstr.* non potest videri contractum esse cum domino vel cum patre quod cõtractum est cum seruo vel filio. Quam ob causam necesse fuit comparari à Prętore, & proponi actionem de peculio, vt ex contractu eius quem quis habet in potestate ad finem saltem peculij pater dominúsve teneatur. Qua actione nihil opus fuisset si directa & ciuilis actio quæ in solidum semper competit, dari potuisset. Ergo etiamsi institorem seruum dominus habuerit, dicendum est ex mutuo quod institor acceperit, neque directò neque in solidum condici domino posse. DEC. Quod cum seruo institore cõtractum est, perinde haberi debet, atque si cum domino ipso contractum esset *l. heres absens 19. §. penul. sup. de iudic.* quia domini hoc casu persona spectatur qui institorem præposuit, non serui, qui præpositus est *l. vlt. infr. pro socio.* Iussu enim domini contraxisse hoc casu intelligitur is quem dominus præposuit. *§. vlt. Instit. quod cum eo qui in alien. potest.* quod & Paulus noster exprimit his verbis *quasi iussu eius contrahatur.* Dixit enim *quasi* pro eo quod Iustinian. apertius scripsit *quia, in d. §. vlt.* Et est hîc dictio *quasi* expressiua veritatis, vt Accurs. loquitur, quomodo *& in l. emancipatum 7. §. vltim. supr. de Senator.* & alibi sæpe: Meritò igitur dicendum est ex eo contractu condici posse domino, & directa actione, & in solidum *d. §. vlt. d. l. vlt. pro socio. l. si quis mancipiis 17. in princip. & §. vlt. inf. de instit. act.* Nempe si quis contraxerit cum seruo ex eâ causa in quam præpositus fuit, vt bene Accursius notat ex *l. cuicunque 5. §. non tamen. l. habebat 14. in princip. eod. ill. tit. l. vlt. de exercit. act.* Alioqui nec cum institore contraxisse videri potest, nec dominum habere obligatum. Et hæc vera ac genuina legis huius sententia est, non quam adfert Bartolus, existimans dictionem *quasi* esse notam similitudinis, eo sensu vt æquiparet Paulus institorem procuratori. Etsi enim verum est quod ille ait, institorem eum esse qui proponitur certæ administrationi quęstuariæ & vniuersali, Procuratorem verò, qui ad vnum duntaxat actum *l. si cum villico 16. l. pen. in princip. & pas. de instit. act.* nullum tamen in tota hac lege de procuratore verbum est. Nec ait Paulus, eum qui cum seruo institore contraxit, perinde habendum, atque si cum procuratore contraxisset, sed perinde acsi cum domino, quod longè diuersum est.

Ad l. qui

BIU Cujas

30. IDEM libro 5. ad Plautium.

QVi pecuniam creditam accepturus, spopondit creditori futuro: in potestate habet, ne accipiendo se ei obstringat.

Ad l. Qui pecuniam 30.

RATIO DVB. Quod per te stat quominùs fiat pro facto haberi debet in tui præiudicium *l. si per te 9. Cod. de vsur. l. hominem 37. infr. mandat. l. in iure ciuili 161. de regul. iuris.* Atqui cùm quasi pecuniam creditam accepturus spopondisti creditori futuro, & pecuniam numeraturo, in tua potestate est accipere, & si non accipias, per te solum stat, non per stipulatorem qui paratus est numerare. Ergo perinde haberi debet quod ad te pertinet acsi accepisses: vt proinde non sit in potestate tua facere ne accipiendo aut non accipiendo pecuniam te obstringas stipulatori. Nec tantùm ipso iure veluti cùm quis stipulanti promittit sine causa *l. 2. §. circa de doli mal. except.* sed etiam cum effectu.

DECID. Stipulatio quæ fit & interponitur prætextu futuræ numerationis, totam vim & substantiam accipit ex numeratione, & per eam impletur. Alioquin inanis & vacua est *l. cùm enim 7. iunct. l. præced. §. 1. infr. de nouat. l. contra etiam 6. cum legib. præcedentib. infr. de Senatusconsul. Maced. l. si ita stipulatus 126. §. Chrysogonus. vers. planè. de verborum obligat.* nec habet nisi nudum verborum sonum, qui licèt sufficiat ad producendam obligationem summo iure cùm verba fuerunt idonea & solemnia, ea tamen obligatio, & quæ ex ipsa nascitur actio doli mali exceptione eliditur *d. l. 2. §. circa, de doli mali exception.* Sicut & pecuniæ solutæ professio facta spe futuræ numerationis obligationem non perimit *l. interest 21. Cod. de solut. l. si quasi 7. Cod. de non numer. pecunia.* Proinde quandiu non est numerata pecunia, non potest cum effectu teneri ille qui eam quasi accepturus spopondit, quia nec cogi potest eam accipere, cùm sicuti credere ita mutuam pecuniam accipere non sit necesse *l. quòd si minor 24. §. restitutio. supr. de minor.* Vnde est quod in pignore pro mutua pecunia obligato spectandum est tempus numerationis non conuentionis *l. penult. infr. quæres pignor. oblig. poss.* nisi cùm pignus pro dote datum est quæ ex postfacto soluta & numerata sit. Non enim solutionum tempora hoc casu spectanda sunt, sed dies contractæ obligationis, ne alioqui sit in potestate soluentis aut accipientis solutionem, facere mulierem indotaram, vt eleganter Papinianus tractat *in l. 1. infr. qui potior. in pignor. hab.* Extra hunc casum conditio potestatiua numquam retrotrahitur, sed ea tantùm quæ vel casualis sit, vel mixta *l. qui balneum 9. l. potior 1. in princip. & §. 1. eod. titul.* & plerisque aliis casibus secuta numeratio declarat, quid anteà fuerit *l. sed & si quid 25. §. 1. & seq. supr. de vsufr.* Nec quod promissor non accipiendo pecuniam mutuam facit, vt non sit obstrictus stipulatori, damno afficit stipulatorem, cùm pecuniam adhuc penes se habeat, nec ideò eueniat, vt ex eius iactura promissor locupletetur, quod certè ferendum non esset. Neque rursum obstat quod contractus qui ab initio sunt voluntatis, ex post facto sint necessitatis *vulg. l. sicut 5. C. de oblig. & action.* Nec enim contractus hic impletus, & perfectus esse intelligitur ante numerationem, vt diximus. Planè cùm stipulatio iam interposita sit, non est in potestate promissoris facere non accipiendo pecuniam, vt non sit obligatus ex sua promissione summo iure, sed est tamen in ipsius arbitrio & potestate ne cùm effectu obligetur, quandoquidem effectum habere non potest stipulatio quasi mutuæ pecuniæ si numeratio nulla secuta sit. Quærit Accursius, Quid si quis pecuniam sub vsuris acceperit, in certum tempus, & eam ante tempus velit soluere, vt se ab vsuris futuri temporis liberet, an sit audiendus, præteriti duntaxat temporis vsuras offerens? Et respondet rectè, non esse audiendum, *ex l. qui Romæ 122. in princip. infr. de verbor. oblig.* Sed addere debuit, quod probatur optimè ex *dict. l. qui Romæ*, & quod tamen mirabilius est, nec si oblatio congruo loco & tempore facta proponatur. Nec enim eiusmodi oblatio sistere potest cursum vsurarum quæ non ex mora debentur, sed ex conuentione & ex stipulatione, quę ab initio certam suam legem habuit, cui postea derogare alteruter non potuit, vt nos pluribus explicauimus ad *d. l. qui Romæ lib. 1. Coniect. cap. 1. iunge l. vero procuratori 12. § pen. infr. de solut.* Ex qua ratione apparet malè Bartolum distinguere an agatur de vsuris pecuniæ fœnebris ex stipulatione debitis, & quæ non nisi ex stipulatione deberi possunt *l. 3. C. de vsur. l. Titius 24. infr. de præscr. verb.* an verò de vsuris & accessionibus frumenti vel olei mutuo dati, quas etiam ex nudo pacto dum incontinenti apposito deberi placuit *leg. frumenti 17. l. oleo 23. C. de vsur.* quasi posteriore hoc casu contractus mutui licèt nominatus degeneret in contractum innominatū quod pertinet ad vsuras, ideóque admittat locum pœnitentiæ *ex l. si pecuniam 5. infr. de condict. ob caus.* Nam cùm nihil interest, an promissum quid sit per stipulationem, an per pactum incontinenti appositum, quando tale est, quod etiam per pactum promitti possit, ita vt ex eo pacto detur actio *l. lecta 40. infr.* non magis ex postfacto immutari potest lex dicta contractui per pactum, quàm per stipulationem. Sicuti nec eorum distinctio recipienda est, qui putant interesse an creditor cui offeruntur vsuræ, ante tempus alium habeat cui possit sub iisdem vsuris acceptam pecuniam credere, an non. Neque enim mutare debitorem cogendus est creditor, qui semel sibi bene cauit *l. 1. C. de nouat. l. 3. infr. de separat.* Planè si quis se obligauerit spe futuræ numerationis, & accipiendæ pecuniæ vsuras promiserit, non eò minùs liberum ei esse debet pecuniam non accipere, atque ita ab vsurarum incommodo se liberare. Siue quod contractus hic videri possit innominatus, in quo proinde locus est pœnitentiæ re adhuc integra, vt Castrensis disputat ex *d. l. si pecuniam*, vbi dicemus latiùs, siue quòd vsurarum promissio, quæ non nisi accessoria est, principalem obligationem, quæ condictionem ab initio habuit voluntariam, immutare non possit nec facere, vt cui sors nulla debetur, vsuræ aliquæ debeantur. Siue promissio sortis collata fuerit in futurum tempus, puta si promiserim restituere pecuniam quæ mihi numerabitur, siue in præteritum, quia confessus sum me accepisse, spe tamen futuræ numerationis. Nihil enim

BIU Cujas

refert, nisi quòd priore casu nulla est nata obligatio nec naturalis nec ciuilis ex promissione tanquam facta sub condicione quæ numquam extitit *l. Stichum 6. de leg. 1. l. cedere diem 213. de verb signific.* Postea-riore verò & naturalis & ciuilis obligatio nascitur ex stipulatione, & consequenter actio, sed quæ per doli exceptionem eliditur, & ita fit sine effectu *d. l. 2. §. circa de doli mali except.*

31. IDEM libro 17. ad Plautium.

CVm fundus, vel homo per condictionem petitus esset: puto, hoc nos iure vti, vt post iudicium acceptum causa omnis restituenda sit: id est, omne, quod habiturus esset actor, si litis contestandæ[a] tempore solutus fuisset.

Ad l. Cùm fundus 31.

RAT. DVBIT. Certi condictio est stricti iuris, vt sunt condictiones omnes, quarum quippe nulla enumeratur inter actiones bonæ fidei *in §. actionum. Instit. de action.* Condictio autem nihil nisi repetitio est, ideóque solemus dicere condictionis actione id solum repeti quod solutum est *l. 1. C. de condict. indeb.* Atqui fructus fundi vel hominis per condictionem petiti, numquam actoris fuerunt, nec magis illi qui post, quàm qui ante litem contestatam percepti sunt, quandoquidem ex re aliena perceptos eos esse necesse est, cùm nemo rem suam possit condicere nisi à fure *l. vlt. supr. Vsufr. quem. caueat.* Fructus enim non nisi iure soli ac dominij percipiuntur *l. qui scit 25. §. 1. infr. de vsur.* Ergo fructus in condictionem venire numquam possunt, non magis quàm vsuræ quæ vicem fructuum obtinent, nec facilè à fructibus separari possunt *l. vsuræ 34. infr. eod. ill. tit.* DEC. Quale quid est cùm petitur tale dari debet *l. 2. eod. titul.* ne alioqui improbo litigatori qui nullo iure litem contestatur, sua prosit frustratio, contra *l. hominem 37. infr. mandat.* Nam & litis contestatio facit malæ fidei possessorem etiam eum qui anteà bonæ fidei possessor fuit. Sunt enim possessores omnes post litem contestatam pares, id est, prędones *l. sed & si 25. §. si ante. supr. de hered. petit. l. si homo 45. supr. de rei vindic.* Iniquum autem esset malæ fidei possessorem lucrari fructus quos ex re aliena percepisset *l. & ex diuerso 35. §. 1. eod. ill. tit.* Ergo debet is qui condictione conuenitur fructus omnes restituere quos percepit, adeóque quos percipere potuit à die litis contestatæ *l. si nauis 62. §. 1. eod.* quia eos percepisset aut percipere potuisset petitor si litis contestandæ tempore præstita ei res fuisset. Quod omne vno *causæ* nomine significare & exprimere prudentes nostri solent *l. prætereà 20. eod. d. l. 2. de vsur.* & alibi passim. In eoque par condictionum omnium causa est quæ in personam actiones semper sunt § *appellamus. Instit. de action.* & de quibus Papinianus *in d. l. 2. de vsur.* Ad differentiam actionis in rem, id est, vindicationis, in qua distinguendum est, an bonæ an verò malæ fidei possessor sit is qui conuenitur. Nam malæ fidei possessor tenetur omnes omnino fructus restituere, etiam perceptos ante litem contestatam, adeoque consumptos, bonæ fidei verò possessor non item, sed quos percepit dumtaxat à lite contestata *l. certum 22. C. de rei vind.* quamuis non sit cogendus bonæ fidei possessor ius suum tam facilè indefensum relinquere *l. illud 40.* vbi dixi *supr. de hered. petit.* Ad periculum enim fati præstandi ea ratio pertinet, non ad periculum restituendorum fructuum, quorum scilicet restitutione damnum nullum incurrit, sed lucrum dumtaxat amittit. Sed tamen in condictionibus quoque adhibenda distinctio est si de fructibus ante litem contestatam perceptis quæratur. Condictiones enim quædam sunt, quæ nihil nisi repetitiones sunt eius, scilicet rei quæ aliquando nostra fuit, cuiusmodi est condictio indebiti, de qua in *dict. l. 1. C. de condict. indeb.* ob rem dati re non secuta, ob turpem vel iniustam causam vel sine causa. Et in his condictionibus omnes fructus veniunt, etiam qui ante litem contestatam percepti & consumpti sunt, quia sunt naturales, vt Paulus loquitur *in l. indebiti 15. infr. eod. ill. tit.* id est, naturalem habentes æquitatem, quòd æquissimum sit rem meam, quæ ex falsa vel ex nulla, vel ex iniusta causa ad te peruenit, mihi restitui: Cæteræ enim condictiones, licèt non pugnent cum æquitate, magis tamen mera iuris ratione, quàm æquitate nituntur: Qui autem facto suo proprio dominium rei suæ amisit, non ita facile admittendus esset ad repetitionem, nisi æquitate maxima adiuuaretur: quæ porrò æquitas tantò fauorabiliorem eum facit, vt fructus omnes restitui oporteat, quia cõdictiones istæ per quas res repetitur, hoc ipso dãtur ad rei restitutionem, non etiam illæ quæ competunt ad dandum, licèt ex iis quoque fructus restituantur. Non autem restitui res videretur si non fructus quoque omnes restituerentur *l. videamus 38. in princip. & §. 1. & sequ. §. in Fauiana. & §. si actionem. infr. de vsur. iunct. l. plus est in restitutione 22. l. hæc verba 73. l. restituere 75. l. vltim. de verborum significat.* Restitutionis enim verbo, tota rei vtilitas continetur *l. cùm Prætor 81. eodem tit.* Extra has condictiones, aliæ omnes petitiones tantùm sunt, non etiam repetitiones, ideoque non restitutionem rei continent, sed solutionem, vt hæc lex loquitur: Proinde nec fructus in eas venire possunt propter ipsius rei restitutionem, sed duntaxat tanquam causa, id est, tanquam id quod habiturus fuerat actor si litis contestandæ tempore soluta ei res fuisset, id est, si petitam rem præstare quàm litem contestari maluisset, nec enim potest negari quin saltem exinde iudicialem moram fecerit *l. nemo 82. §. 1. de verborum obligat.* nisi in singulari casu *l. 3. §. 1. infr. de vsur.* Fructus autem hîc quoties dico, naturales accessiones intelligo, id est, quæ ex re ipsa petita naturaliter nascuntur, de quibus in *dict. l. indebiti, & dict. l. videamus.* Non etiam ciuiles, quales sunt vsuræ quæ non natura, sed iure percipiuntur, vt eleganter Papinianus scribit in *dict. l. si nauis 62. in princip. de rei vindic.* Vsuræ enim ex condictionibus nullæ vnquam præstantur, id est, ne quidem illius temporis quod secutum est litem contestatam, nec si agatur de condictione naturali puta indebiti *dict. l. 1. Cod. de condict. indeb.* quia scilicet vsuræ non ex pecunia ipsa, quæ sui natura sterilis est, nec aliam pecuniam parit, sed ex negotiatione percipiuntur, nec proinde certum est eas percepturum fuisse actorem etiamsi litis contestatæ tempore soluta ei pecunia

vel

BIU Cujas

vel restituta fuisset. Quamuis vsuræ quæ ante litem contestatam deberi cœperunt, non idcirco desinant lite contestata currere, qui sensus est *l. lite contestata 35. infr. de vsur.* vt docuimus *in Error. 1. Decad. 1. de error. Pragmat.* Nolo tamen, quod dixi de fructibus naturalibus ad eos restringere, qui specialiori nomine naturales appellantur ad differentiam industrialium. Nam & industriales naturales sunt, & ex facto naturæ proueniunt, licèt etiam factum hominis & culturam requirant *l. bonæ fidei 48. de acquirend. rerum domin. §. si quis à non domino. Instit. de rerum diuis.* Denique industriales quoque fructus accessiones naturales sunt non ciuiles. Idem ergo etiam in illis iuris est, & de omnibus intelligendum quod scriptum est in *l. Iulianus 17. aliàs l. si hominem. §. 1. supr. de rei vindicat. l. Iulianus. §. quantum. supr. ad exhib.* Nihil autem interest an hîc legas *litis contestandæ*, vt Florentiæ, an vt vulgo *litis contestatæ*. Idem enim tempus est sicut & *accipiendi iudicij* & *accepti*. Bonæ fidei iudiciorum alia ratio est. In iis enim accessiones omnes & naturales & ciuiles debentur ex die moræ, sicut & in legatis & fideicommissis petitis per actionem ex testamento, quæ licèt stricta sit sui natura, hac parte tamen actionum bonæ fidei ius & naturam imitatur *l. mora 32. §. in bonæ fidei dict. l. videamus 38. §. ex causa, & seqq. infr. de vsur. l. in minorum 3. Cod. in quibus caus. restit. in integrum necess. non est.*

1 ¶ Seruum tuum imprudens à fure bona fide emi. is ex peculio, quod ad te pertinebat, hominem parauit, qui mihi traditus est. Sabinus, Cassius, posse te mihi hominem condicere. sed, si quid mihi abesset ex negotio, quod is gessisset, inuicem me tecum acturum. & hoc verum est. nam & Iulianus ait videndum, ne dominus integram ex empto actionem habeat, venditor autem condicere possit bonæ fidei emptori [a]. quod ad peculiares nummos attinet [b], si extant, vindicare eos dominus potest, sed actione de peculio tenetur venditori, vt pretium soluat [c], si consumpti sint, actio de peculio euanescit [d], sed adiicere debuit Iulianus [e], non aliter domino serui venditorem ex empto teneri, quàm si ei pretium solidum, & quæcumque, si cum libero contraxisset, deberentur, dominus serui præstaret [f]. idem dici debet, si bonæ fidei possessori soluisset, si tamen actiones, quas aduersus eum habeam, præstare domino paratus sim [g].

Ad §. 1. Seruum tuum.

Obscurus est hic §. & valde intricatus, vt sunt aliæ ferè omnes quæ ex libris Pauli sumptæ sunt leges, quemadmodum ex Accursij glossis & aliorum interpretum commentariis facile est intelligere. Speciem § fingere, & quid Sabinus & Cassius sibi voluerint explicare non est difficile. Sed quid Iulianus ad Sabini & Cassij sententiam addiderit, quid rursum Paulus ad Iuliani additionem, hoc verò est quod obscuram facit loci huius interpretationem. Species igitur ita constituenda est, Seruum tuum Stichum imprudens ego emi à fure Mæuio, id est, bona fide, cùm Mæuij eum esse existimarem. Is Stichus cùm haberet peculium duplicis generis, vt & in *l. hinc quæritur 19. §. 1. infr. de pecul.* vnum quod ad te verum dominum, alterum quod ad me bonæ fidei emptorem pertinebat, ex peculio tuo comparauit Pamphilum à Sempronio Pamphilum tradidit mihi Sempronius. Illa incurrit prima inspectio, Cui sit acquisitum Pamphili dominium, mihine an tibi? Videbatur enim tibi quæsitum, cùm & à Sticho verè tuo, & ex re tua comparatus esset. Sed tamen verius est mihi esse acquisitum non tibi, non ob id tantùm, quòd seruo tuo Sticho traditus non sit, sed mihi. Verùm etiam, quia non potuerit acquiri tibi per seruum tuum quem non possideas, nec si seruo tuo Sticho non mihi traditus esset Pamphilus *l. si seruus 21. infr. de acquirend. rerum domin.* qua miror abuti Accursium, vt contrà putet. Solus enim casus ille excipiendus est, quo acquiratur aliquid per seruum fugitiuum, aut cum quo liberale iudicium ordinatum sit *l. si cui 25. §. vlt. infr. de liber. caus.* Consequens igitur est, vt Pamphilus, qui per Stichum seruum tuum acquiri tibi non potuit, acquiratur mihi Stichum bona fide possidenti, ex regula iuris, quæ vult, vt quibus casibus seruus vnius bona fide ab alio possessus domino acquirere non potest, aut liber homo sibi, acquirat omnimodo bonæ fidei possessori si aliud nihil obstet *l. qui bona fide 23. §. generaliter. infr. de acquirend. rerum domin. l. liber homo 20. de stipul. seruor.* Sed hoc ita si, vt posuimus, Pamphilum tradiderit mihi Sempronius, non Sticho seruo tuo: alioqui si Sticho traditus esset, non magis acquireretur mihi, quàm tibi, aut ipsi seruo, qui acquisitionis omnino incapax est, quamuis acquireretur homini libero bona fide seruienti, cuius in eo, vt in aliis plerisque melior condicio est, quàm serui *dict. l. si seruus.* Ideoque nimirum ponit bene Paulus traditum mihi à Sempronio fuisse Pamphilum, vt appareat ex traditione illa meum factum esse. Nec est quòd quis obiiciat errasse Sempronium in tradendo Pamphilo, cùm tradiderit eum Sticho tanquam seruo meo, qui erat tuus. Neminem verò errantem suam rem amittere *l. si procurator 35. eodem titul. leg. 3. §. subtilius. infr. de condict. caus. dat. leg. falsus 43. in princip. & §. 1. infr. de furt. leg. si quis vxori 62. §. cum Titio. leg. si is qui rem pignori 66. §. si tu Titium. eodem titul. l. & si consensum 15. §. vltim. de empt.* Non enim hîc error vllus est in voluntate Sempronij dominium rei suæ transferre in Stichum volentis, sed in opinione tantùm, quod putet Stichum seruum meum esse, cùm tuus sit. Qui error licèt non sit in causa, vt malè putat Accursius, sed in persona eius qui dominus sit Stichi, non tamen magis impedit translationem dominij quàm si esset error in causa, qui numquam impedit, vt appa-

BIU Cujas

ret ex *toto tit. de condict. indebit.* Tantoque minùs in casu proposito, quòd non cum eo contractum est qui se dominum Stichi falsò diceret, vt *in d.l.falsus*, cum eo qui se creditorem aut procuratorem falsò adseuerabat, sed cum Sticho ipso in cuius persona nullus error suberat, neque substantiæ, neque accidentis. Hoc igitur ita posito ait Paulus Sabinum & Cassium existimasse, posse te Pamphilum mihi condicere, quod ex Iuliano quoque scriptum est, & ab eo probatum *in l.si seruus 24. §. 1. infr. de action. empt.* Condictionem tibi dant, non vindicationem, quia dominium mihi acquisitum fuit non tibi, per traditionem scilicet mihi factam: Nemo autem rem suam condicit nisi à fure *l. vltim. supr. Vsufr. quem.caueat.* Ego verò fur non sum, qui & bona fide Stichum emi à Mæuio, quamuis fure, & Pamphilum à Sempronio æquè bona fide quasi meum accepi. Cur verò tibi datur condictio, cessante vindicatione? Nempe, quia licèt per traditionem mihi factam effectus sim dominus, attamen verum est ex falsa causa dominium ad me peruenisse. Nec enim Pamphilum hunc mihi tradidisset Sempronius nisi Stichum meum esse existimasset, solutúmque Pamphili precium ex meis nummis, quod tamen fuerat solutum ex tuis. Ei namque rem venditam tradere venditor solet & debet à quo vicissim dominium nummorum precij sperare possit *l. ex empto* 11. §. 1. *de action. empt.* Non autem potuit ab alio, quàm à te sibi acquirere dominium nummorum, qui ex tuo erant peculio. Sed quænam erit hæc condictio? An fortè indebiti saltem vtilis ad euitandum circuitum, vt *in l. dominus 53. infr. de cond. indeb. l. videamus 5. infr. si cui plusquàm per leg. Falcid.* vt sentit Accursius? non puto. Neque enim condictio illa datur alij, quàm ei ipsi qui soluit *l. 1. & pass. de condict. indeb.* aut cuius saltem nomine solutum fuit *l. 2. l. indebitam 47. eod. tit.* extra casum *l. nec nouum 5. iunctis trib. præced. eod. t.* non etiam illi cum quo nullum negotium gestum est *dict. l. 2. l. si in area 33. eod. tit.* Sicuti neque contra alium datur, quàm contra eum cui solutum fuit, non contra eum cui solutio proficit *l. his solis 49. eod. tit.* Hîc autem nullum inter me & te gestum est negotium, neque inter te & Sempronium, sed tantùm inter Sempronium & me. Dicendum igitur est, potiùs condictionem illam esse sine causa: nec recurrere nos oportere ad vtilem condictionem indebiti, quam hîc Accursius noster comminiscitur, nec enim negari potest, sine causa esse penes me Pamphilum, cùm neque per seruum meum, sed per tuum emptus fuerit, neque ex nummis meis, sed ex tuis. Adeò vt & Stichum ipsum tanquam tuum vindicare possis si velis, & præterea nummos peculiares, ex quibus soluit precium Pamphili, si adhuc extent, vt hîc scriptum est siue ex Iuliano, siue quod probabilius est ex Paulo ipso. Quid enim est quod Stichi dominium & nummorum quos ex peculio tuo habebat, auferre tibi potuerit? Sed hoc ita temen quantum ad nummos pertinet, si Pamphilum præterea nolis condicere. Nam si condicas Pamphilum, æquum non est, vt liceat tibi etiam nummos vindicare à Sempronio, qui mihi tenetur de euictione Pamphili, & quem ita necesse esset, & suo Pamphilo, & Pamphili precio carere: quod euidenter absurdum & iniquum esset, quandoquidem nec rei venditæ dominium aliter discedere potest à venditore domino, & in emptorem transire, quàm si precium ab emptore solutum sit translato pecuniæ dominio in venditorem, aut aliter eo nomine satisfactum *l. quod vendidi 19. l. vt res 53. de contr. empt. §. venditæ. Instit. de rer. diuis.* Sicque intelligi debet quod de condictione Pamphili & vindicatione tuorum nummorum tibi danda traditum est in hoc §. vt scilicet alterutra actione contentus esse debeas nec vtramque exercere possis, quod & ex sequentibus clariùs apparebit. Aliud est si de vindicando Sticho tractemus. Nihil enim prohibet quominùs & Pamphilum condicas mihi, & Stichum quoque à me vindices, cùm & Stichus iam tuus sit, & Pamphilum tuum fieri æquum sit, ob rationem quam suprà attulimus. Cæterùm si hominem mihi condicas, quem Stichus seruus tuus emit quidem ex nummis tuis, sed qui traditus mihi est, id est Pamphilum, æquum erit mihi vicissim contra te actionem dari de indemnitate, si quid vicissim mihi absit eo nomine, id est, si quid damni & incommodi passus sim ob id quod Pamphilus mihi traditus meúsque effectus fuerit: vt puta si ex eius delicto actione noxali conuentus maluerim damnum decidere quàm eum noxæ dedere *l. si bona fide 12. & seq. supr. de noxal. action.* aut ex malo ipsius contractu de peculio, quod ille à me habebat, præstare aliquid coactus sim. Cùm enim per condictionem id agas, vt Pamphilus qui hodie meus est tuus fiat, tanquam qui ab initio tuus fieri debuerit, eam omnium rationem haberi oportet quæ haberetur si tuus ab initio fuisset: Quo casu nullum vtique ex eius delictis aut contractibus damnum passus fuissem, sed totum quantum id tuo damno & incommodo cessisset. At quanam obsecro actione? Quia quicquid à me præstitum est ob acquisitum Pamphilum impenderim verè in rem meam aut saltem ob rem meam, & animo me liberandi potiùs quàm alium obligandi. Quod cùm accidit, placet nullam eo nomine actionem competere, sed tantùm retentionem *l. in hoc iudicium 14. §. 1. l. si quis 29. supr. Commun. diuid.* aut si per errorem omissa sit retentio, dandam solius possessionis condictionem *l. qui exceptionem 40. §. si pars. infr. de condict. indebit.* Atque ita sentit Azo apud Accursium, sed malè, ac omnino improbabiliter, nec enim agitur vnquam per retentionem, & in libris nostris passim actioni opponitur retentio; neque verò possidenti, & ius retentionis habenti vltro dari solet actio *§. 1. Instit. de action. l. 1. infr. de pignor.* Meliùs ergo Accurs. post Hugolinum actionem dat negotiorum gestorum de peculio mihi contra te qui condicis Pamphilum ex *l. atquin 19. §. si libero. supr. de negot. gest.* quia reuera & effectu ipso gessi tuum negotiũ, postquàm per condictionem auocas à me Pamphilum, licet in ipso gestu non habuerim animum te obligãdi? Plerumque enim id accidit, vt extra id quod agitur, tacita obligatio nascatur, inquit Pomponius *in l. is qui 13. in fin. infr. commod.* Sed tamen actio hæc non datur, nisi cum adiectione illa de peculio, vt ex Sabino & Cassio in hac ipsa specie scribit Iulianus *in d.l. si seruus 24. §. 1. de action. empt.* quia non vltra peculij taxationem condemnandus est dominus, vt scriptum est *in §. vlt. eiusd. leg.* vbi licèt agatur de domino serui vendentis, non aliud tamẽ iuris est in domino serui ementis. Vtroque siquidem casu dominus ex serui contractu conuenitur: quæ res inducit actionem de peculio. Eámque adiectionem à Paulo hîc prætermissam fuisse miror. Sequitur apud Paulum *& hoc verum est.* Quæ verba notari volo aduersus errorem

Accur-

BIU Cujas

Accursij à nobis iam refutatum, qui cõdictionem, de qua diximus, interpretatur de vtili condictione indebiti: quasi ex æquitate tantùm detur & circuitus vitandi gratia non ex mera iuris ratione. Quod si ita esset, æquam dicere Paulus debuerat Sabini & Cassij sententiam, non veram. Quidni autem vera videri debeat in eo quod dat tibi contra me Pamphili condictionem? An fortè quòd directa condictio tibi contra Sempronium dari potiùs deberet, vt putant interpretes? Hoc verò tam falsum ego esse arbitror, quàm vera est contraria Sabini & Cassij sententia. Nam quod affert Accursius ad Sempronium condictione obligandum, quia, inquit, non fuit liberatus cùm alij soluerit, id est, Pamphilum tradiderit quàm cui debuit [tradendus enim tibi erat, non mihi, cùm & Stichi dominus esses, qui emebat, & nummorum quos in causam precij soluebat] sanè ad rem non pertinet. Quid enim possis Sempronio imputare cur Pamphilum, quem vendebat, tradiderit mihi, quem Stichi emptoris dominum esse existimabat, itémque nummorum ex quibus precium soluebatur? Sed esto quod vult Accursius posse imputari Sempronio cur mihi Pamphilum tradiderit, potiùs quàm tibi. Nihil aliud ex eo inferre possis, nisi quod perinde teneri debeat acsi nondum Pamphilum tradidisset: quo tamen casu non condictione teneretur ad dandum Pamphilum, sed actione ex vendito ad eum tradendum, quod longè diuersum est. Hoc autem, quod ex Sabini & Cassij sententia Paulus dixerat posse te mihi Pamphilum condicere, & inuicem me tecum agere, si quid ex Pamphili negotio mihi absit, verum esse probat his verbis, *Nam & Iulianus ait videndum ne dominus integram ex empto actionem habeat, venditor autem possit condicere bonæ fidei emptori.* Quæ tamen ratio quò pertineat difficile videtur dicere, cùm probet potiùs non esse tibi dandam condictionem contra me, sed Sempronio, tibi verò actionem ex empto contra Sempronium. Et sanè hoc ipsum est quod Iulianus ait, sed vt probet id quod ex Sabino & Cassio retulerat posse te mihi Pamphilum condicere: argumento à maiori ad minus, vt ego quidem arbitror, in hunc modum explicando. Nam si tibi domino Stichi, qui à Sempronio ex tuis nummis emit Pamphilum, permittendum est vt agas ex empto contra Sempronium, quæsita nimirum tibi actione personali ex contractu serui tui, quæ per traditionem mihi factam tolli summo iure non potuit, si tu factam mihi traditionem ratam habere nolis, multo magis dicendum est, si è contrario ratam habeas traditionem mihi factam, atque ita actionem ex empto omittas quæ stricto iure tibi competit, dandam tibi esse condictionem contra me, quasi quæsito mihi per eam traditionem dominio Pamphili, sed tibi restituendo in vicem actionis ex empto quam amittis contra Sempronium si malis Pamphilum mihi condicere, quàm cõtra Sempronium agere ex empto ad traditionem: nec enim aliqua in eo mihi aut Sempronio fit iniuria, non mihi, quoniam nihil mea interest, an condicatur mihi Pamphilus à te, an à Sempronio, cùm retinere illum nõ possim nec effugere quin eum aut tibi restituere debeam, si me rectà conuenias, aut Sempronio si contra Sempronium malis agere ex empto vt eum tibi tradat, quippe quem non aliter possit tibi præstare, quàm si eum mihi condicat: nec rursum Sempronio, cuius similiter nihil interest an mihi potiùs Pamphilum condicas, cùm ita fiat vt ipse ab actione ex empto liberetur; nec de condicendo Pamphilo laborare ampliùs debeat. Eadem ergo iuris ratio facit, vt Pamphili nomine teneatur tibi Sempronius ex empto, & simul possit eum mihi condicere, nempe quia tradendo illum mihi, tradidit vtique alij quàm cui ex cõtractu tradere debuit, cùm actio ex empto nulla mihi acquiri potuerit per Stichum, qui tuus fuit non meus, & ex tuis nummis non ex meis Pamphilum comparauit, nec eo minùs tamen transtulit Sempronius in me dominium per traditionem, cùm transferendi dominij & animum & causam habuerit. Quænam autem erit rursum hæc condictio? An certi generalis aut indebiti, vt putat Accursius? Ne hæc quidem, sed condictio sine causa vt in præcedente casu diximus. An non enim verè potest dicere Sempronius esse Pamphilum penes me sine causa, cùm à te cõuentus actione ex empto cogitur eum tibi tradere aut præstare quanti tua interest eo nomine, nullo tamen à me aut ex meis nummis accepto precio? Illa tantùm dubitatio incurrit, quam nec Accursius noster prætermittit, cur non vindicatio Pamphili detur Sempronio potiùs quàm condictio, cùm Pamphili dominium à Sempronio numquam recesserit, quia nec dominium nummorum tuorum quos pro precio Stichus soluit à te ignorante recedere potuit *d. §. venditæ Instit. de rer. diuis. d. l. quod vendidi 19. l. vt res 53. de contr. empt.* Sed benè respondet Accursius conualescere solutionem precij, tuorúmque nummorum dominium in Sempronium translatum intelligi ex eo quod tu agendo ex empto contra Sempronium ratam habeas precij solutionem, quia nec aliter ex empto agere emptori permittitur, quàm si priùs offerat precium venditori *l. Iulianus 13. §. offerri de action. empt.* Nam quemadmodum is, qui ex vendito petit precium etiam tanquam procurator venditoris hoc ipso adprobat venditionem *l. seruum Titij 49. infr. mandat.* ita & è contrario qui agit ex empto ad rem tradendam, eum necesse est in antecedens necessarium ratam habere precij solutionem, vt & in *l. non omnis 19. §. vlt. supr.* conciliatur mutuum ex postfacto alienæ pecuniæ creditæ, sed consumptione, hîc ratihabitione. Sequitur apud Paulum,

a *Quod ad peculiares nummos attinet.* Hoc verò iam ex parte explicauimus in præcedentibus, nec rationem obscuram habet, cur tibi vindicatio nũmorum danda sit quos ex peculio tuo Stichus Sẽpronio soluit. Manserunt enim tui, cùm eorum dominium à te inuito vel ignorante discedere non potuerit: melior enim condicio nostra fieri potest per eos quos in potestate habemus, deterior non potest *l. melior 133. de regul. iur.* Potest autem quisque vindicare id quod suum est *l. Quintus 27. §. argento infr. de aur. & argent. legat. l. in rem 23. supr. de rei vindic.* Sed hoc ita si nummi extent, quia vulgaris illa formula vindicationis *hanc rem ex iure Quiritium meam esse aio*, non nisi in rem extantem, adeóque præsentem cadere potest. Ideoque hos nummos si vindicare velis, necesse est te probare eos ipsos, esse qui ex tuo peculio sunt & eadem ipsa corpora nummorum quæ Stichus seruus tuus Sempronio soluit. Etsi enim consistunt in quantitate, vindicantur tamen per modum speciei non quantitatis, nec permutationem, id est, functionem in suo genere reci-

BIU Cujas

piunt, quòm odo alioquin nummi solent *l.sed si certos 51.infr.de legat.1.iunct.l.planè 34.§.sed hoc ita eod.tit.* Vnde est quod neque cum quantitate compensantur, quia speciei ad quantitatem non fit compensatio, vt neque in actionibus in rem olim ante *leg.vlt. C.de compensat.* Idq; est quod Paulus subiicit *sed actione de peculio tenetur venditori vt precium soluat*, vt intelligamus non fieri compensationem nummorum adhuc extantium cum pecunia quæ debetur per actionem de peculio, ne quidem ad concurrentem vsque quantitatem, vt nec *in leg.si creditor 37.§.1.infr.de pecul.* Teneris ergo Sempronio actione de peculio ex contractu Stichi serui tui qui emit Pamphilum nec soluit precium. Non enim videri potest soluisse cùm soluerit ex nummis tuis quos tu hodie vindices, *leg. quod euincitur 190. de reg.iur.* nec solutum videtur quod euincitur *leg.si rem meam 20.leg.si quis aliam 46.leg.quis res 98. infr.de solut.* Cùmq; seruus tuus contraxerit, quamuis contractum eius ratum habere nolis, qui nummos vindicas, facere non potes, quin ex eius contractu, sicut ex cæteris, saltem de peculio tenearis. Nam quominùs vindices nummos tuos, prohiberi non potes, nec si Sempronius paratus sit præstare tibi condictionem, quam aduersum me habet: potest enim ea res exceptionem acquirere aduersus condictionem vt in *leg.cùm quis 38.§. de solut.* sed non æquè aduersus vindicationem: nemo siquidem suam rem ideo amittere cogendus est quòd indemnitatem ab alio consequi possit *leg. nec quasi 70. de rei vindic. supr.leg.non enim 9.infr.rer.amot. leg.nemo ideo 171.de regul.iur.* Adeò potentius est ius vindicationis, quàm condictionis, quoniam & longè plus est, meum iam quid esse, quàm mihi adhuc esse debitum. Quamquam illud etiam dici potest, licèt minùs appositæ, quod Accursius respondet, in specie *d.l.cùm quis 28.§.1.* fauorabiliorem esse causam debitoris qui ex creditoris sui mandato, quod reuocatum ignorabat, Titio soluerat, quamuis dolo malo nummos creditoris intercipienti & furanti, quia mandatum soluendæ pecuniæ præcesserat, nec eius reuocatio denunciata fuerat debitori, quem proinde summa ratio æquitatis & bonæ fidei tuebatur. Cæterùm nullo casu posse vindicantem exceptione summoueri ob id solùm quod aliquam ei actionem præstare velit, ex eo intelligimus, quòd neque in personalibus actionibus alio casu id obtinet, quàm quo is qui conuenitur non alia de causa tenetur, quàm quod habeat actionem *leg.quod debetur 51.infr.de pecul.* Atqui possessor numquam tenetur vindicatione ob id quod actionem aliquam habeat, sed quia possidet: nascitur enim vindicatio ex præsenti possessione *leg. non aliàs 24. §.sed si postulatur supr. de iudic.* quam differentiam non benè videtur obseruasse Accursius: Sequitur,

d *Si consumpti sunt, actio de peculio euanescit.* An quasi facta compensatione inter te & Sempronium vindicationis & actionis de peculio, vt Ioannes putabat? Minimè. Nam vt benè ratiocinatur Accursius, cùm peculiares nummi consumpti sunt, vindicari amplius non possunt, nec alio modo vllo auferri Sempronio, cui pro precio Pamphili Stichus seruus tuus eos soluerat. Proinde cessante vindicatione, & nummis consumptis, neque res neque actio vlla supereſt, quæ compensari possit cum actione de peculio. Sed nec de peculio actio vlla superesse potest Sempronio contra te, quandoquidem non alia de causa poteras conueniri de peculio, quàm quia nummos tuos vindicabas, atque ita faciebas, vt Sempronius venditor & suo Pamphilo, & eius precio carere cogeretur, cùm tamen ex eius contractu teneretis precium Pamphili soluere saltem ad finem vsque peculij. Consumptis igitur nummis, qui proinde vindicari & auocari amplius non possunt, consequens est euanescere actionem quoque de peculio cui sola nummorum vindicatio causam dabat. Inducit enim consumptio amissionem dominij, facitque vt concilietur solutio quamuis ex alienis nummis facta, cùm exinde verum sit pecuniam auocari ampliùs non posse *leg.si filiusfamilias 16.d.leg.non omnis 19.§.vlt.supr.* quod cùm euenit, contingit semper liberatio *leg.in perpetuum 61.infr.de solut.* Ergóne peribunt tibi nummi tui? Peribunt vtique, nisi malis ratam habere emptionem Pamphili, quo casu non peribunt, quoniam ob eorum solutionem à seruo tuo factam acquiris tibi vel condictionem contra me, vel actionem ex empto contra Sempronium vt Pamphilum tibi tradat, & mihi condicat. In quo cùm neque periculum, neque incommodum tuum vllum sit, tanto magis imputare tibi debes damnum, quod non nisi ex culpa tua sentis. Nec proinde distinguendum est, an plus minúsve sit in peculio, quàm quantum precij nomine solutum fuit: sed tantùm an extet pecunia an consumpta sit, vt benè contra Lotharium Accursius disputat. Neque rursum, Pluríne sit Pamphilus, quàm quanti æstimatus est, vt quod per actionem de peculio seruari non potest, seruetur per actionem de in rem verso. *arg.leg.3.in princip.infr.de in rem verſ.* Non enim actio de in rem verso aliter nasci potest, quàm si id egerit seruus vt rem domini gereret, & eo animo, vt pecuniam in rem domini verteret *leg.si res 5.§. vlt.& leg.seq.leg.& ideo 7.§.penult.eod. ill. tituł.* Illud sanè ponendum est Stichum seruum tuum liberam peculij sui administrationem non habuisse. Nam si habuisset, vtiq; transtulisset dominium nummorum in Sempronium, nec eos vindicare tibi permitteretur *leg.si liberam 10.C.quod cum eo qui in alien.potest.* Qui autem liberam non habet peculij administrationem, alienare ex peculio nihil potest, sed tamen non eo minùs obligat dominum de peculio *leg.quam Tuberonis 7.§.1.l.quæsitum 30.l.libera 48. & pass.infr.de pecul.* Subiungit Paulus,

e *Sed addere Iulianus debuit, Non aliter domino serui.* Nota hæc est Pauli ad Iulianum, non tam reprehendentis Iulianum, quàm supplentis quod eius sententiæ deerat. Iulianus enim postquàm ex Sabino & Cassio dixerat in proposita specie posse te mihi Pamphilum condicere, ac vicissim si quid mihi ex ea causa abesset, acturum me tecum, & quidem de peculio, vt ab eodem Iuliano scriptum est in *dict.leg.si seruus 30.§.1.infr.de action.empt.* addiderat vt Paulus hîc refert, non solùm dandam tibi aduersum me condictionem, sed etiam, si malis, habere te actionem ex empto integram aduersus Sempronium, qui Sticho seruo tuo vendiderat Pamphilũ, Sempronium autẽ contra me condictionem. Nec tamen adiecerat, quid vicissim Sempronio præstare deberes si contra eum ex empto ageres, an scilicet eatenus duntaxat teneri ei te oporteret quatenus esset in peculio, an in solidum, & quantum Sempronio deberetur, si cum homine libero

BIU Cujas

libero contraxisset? Nam cùm in priore specie dixisset Iulianus non teneri te dominum Stichi nisi de peculio si Pamphilum ab eodem Sticho emptum mihique traditum velis condicere, idem poterat videri in posteriore quoque sensisse. In eo igitur Paulus Iulianum reprehendit, non quasi idem hoc etiam casu senserit, sed quia non satis apertè sententiam suam expressérit, *Sed adiicere*, inquit, *debuit Iulianus, non aliter domino seruo venditorem ex empto teneri, quàm si is precium solidum & quæcunque si cum libero contraxisset, deberentur, dominus seruo præstaret.* Cur verò debuit hoc Iulianus adiicere? Nempe quoniam vt in superioribus diximus, cùm tu Stichi dominus actionem ex empto instituis contra Sempronium, vt tradat tibi Pamphilum quem iam mihi tradiderat, hocipso contractum serui tui adprobas, & consequenter te obligas, vt vicissim ea omnia Sempronio præstes quæ Stichus ipse si liber homo esset, præstare teneretur, vt eueniret si iussu tuo Stichus contraxisset *leg. 1. infr. Quod iuss.* Quid enim refert an iussu mandatóque tuo seruus tuus contraxerit, an eius contractum ratum habueris? *dict. leg. 1. §. si ratum quod iuss. leg. depositi 38. §. si nuptura infr. de pecul. leg. si cum filiofamilias 9. infr. de compensat.* Atquin siue iussu tuo Stichus cum Sempronio contraxisset, siue is ipse suo nomine cùm liber esset Pamphilum emisset à Sempronio, non esset dubitandum, quin Sempronius in solidum actionem ex vendito habere deberet, non tantùm ad precij quantitatem integram, sed ad cætera quoque omnia, quæ venditori præstare emptor ex natura iudicij debet. Idem ergo admittendum est in hac quoque specie, te ex empto contra Sempronium agente. Malè autem Accursius noster hoc explicat, cùm ait, quòd hîc scribitur teneri Sempronium ad tradendum seruum Pamphilum, ita accipi debere si nondum mihi eum tradiderit, vel si tradiderit quidem, sed fuerit iam condictus. Nam imò verò tractat Paulus eum casum, quo Sempronius Pamphilum mihi iam tradiderit, necdum tamen condixerit, quia nec priùs condicere mihi potest, quàm fuerit à te conuentus actione ex empto. Planè nec dubitandum est quin perinde possis ex empto agere contra Sempronium, etiam priùs quàm Pamphilum mihi tradiderit, tantóque iustius, quanto facilius erit Sempronio eum tibi tradere quem adhuc penes se habet, ita vt nec vlla in eam rem egeat condictione. Sed hoc contendo, etiamsi Sempronius Pamphilum mihi tradiderit, necdum per condictionem eum à me euicerit, posse tamen illum à te conueniri ex empto vt Pamphilum tibi tradat, & vtroque casu procedere, quod Paulus à Iuliano adiici debuisse ait, vt non aliter Sempronius ex empto tibi teneatur, quàm si & solidum precium Pamphili præstes ei & cætera omnia quæ vicissim ille agens ex vendito consequeretur si non cum seruo tuo, sed cum te ipso alióve homine libero quolibet contraxisset. Sic in *leg. si seruus 57. infr. de ædilit. edict. leg. 3. §. vltim. infr. Rer. amot.* Malè rursum idem Accursius, quod Paulus ait de cæteris quæ deberentur, interpretatur de precio, vt tenearis tu facere illud accipientis. Iam enim id satis expressum erat præcedentibus illis verbis *precium in solidum* & proinde debent sequentia intelligi de vsuris precij, de quibus æquè actio ex vendito competit venditori aduersus emptorem ex die moræ, adeóque citra moram si emptor fructus rei venditæ perceperit *d. l. Iulianus 13. §. veniunt infr. de act. empt. l. curabit 5. Cod. eod. l. 2. Cod. de vsur.* Potest etiam poni exemplum in pœna pecuniaria, quam fortè venditor alij promiserat si ad diem non præstaret eam pecuniæ quantitatem, quam ex precio soluere potuisset vt in *l. si venditor 6. §. 1. & l. seq. infr. de seru. export.* Sequitur apud Paulum,

f *Idem dici debet si bonæ fidei possessori soluissem, si tamen actiones quas aduersus eum habeam præstare domino paratus sim.* Sic enim habet Florentina lectio. At vulgata longè aliter, & in tertia persona. *Idem dici debet si bonæ fidei possessori soluisset, si tamen actiones quas aduersus eum habeat præstare domino paratus sit.* Vulgatam interpretes omnes sequuntur, & ego quoque magis probo. Vix enim est, vt Florentina bonum vllum sensum habeat. Vulgatam autem sic omnes interpretantur, vt quemadmodum teneris Sempronio, ad precium solidum ei præstandum, cæteráque omnia quæ præstare deberes si Sempronius cum homine libero contraxisset, agente nimirum te ex empto contra Sempronium, ad tradendum tibi Pamphilum siue eum mihi nondum tradiderit, qui casus facilior & expeditior est, siue iam tradiderit, & condicere mihi eum velit, vt tibi eum tradat, ita & idem dici debeat, vt scilicet solidum precium ei præstes cæteráque omnia quæ præstanda esse diximus, si contra eum agas ex empto postquam ipse mihi Pamphilum iam tradidit, quem nec velit ille tibi tradere, nec mihi condicere: Si modò paratus sit condictionem, quam aduersum me habet tibi præstare: vt hoc casu sicut & in aliis leriísque sola cessio actionis pro iusta præstatione sit, pariátque liberationem Sempronio, non minùs quàm si Pamphilum tibi tradidisset, vt in *l. quod sæpe 35. §. si res vendita infr. de contr. empt. l. quod debetur 51. infr. de pecul.*

RAT. DVBIT. Frustrà quis ab alio petit id quod iam suo iure penes se habeat, cùm iam nihil eius possit interesse, nec cuiquam permittendum sit vt agat si non eius interest. *leg. 3. §. ... leg. stipulatio ista 38. § alteri de verbor. obligat.* Atqui habes tuo iure condictionem Pamphili aduersum me, si malis eum rectà mihi condicere, quàm contra Sempronium ex empto agere, vt initio huius §. scriptum est. Ergo dicendum est vel denegandam tibi actionem ex empto contra Sempronium, si non ad aliud ille tibi tenetur quàm vt paratus sit præstare tibi condictionem quam iam habes, vel ad aliud quid ampliùs teneri tibi Sempronium, quàm vt præstet condictionem quæ iam tibi iure tuo competit, si etiam post traditum mihi Pamphilum à Sempronio integram tamen habeo contra eum ex empto actionem. Augetur verò dubitatio, ex eo quod iam suprà diximus, eo demùm casu cessionem actionis pro iusta præstatione esse, quo non aliam ob causam quis teneatur tibi, quàm quia contra alium habeat actionem, vt scriptum est in *dict. leg. quod debetur 51. infr. de pecul.* Atqui tenetur tibi Sempronius actione ex empto, non quia paratam contra me habeas condictionem, sed quia cum Sticho seruo tuo contraxit eíq; Pamphilum vendidit, nec tamen ipsi aut tibi sed mihi

BIU Cujas

eum tradidit : argumento esse, quod si Pamphilus non Sempronij fuisset, sed alienus, non eo minùs imò tanto magis tibi teneretur Sempronius, qui alienum seruum vendidisset, neque tamen aut vindicationem aut condictionem vllam haberet qua posset tibi cedere *dict. §. si res vendita.* Non igitur æquum est liberari eum ab actione ex empto qua tibi tenetur, etiãsi condictionem quam aduersum me habet præstare tibi, & cedere paratus sit. DEC. Qui adprobat contractum ex quo res aliqua acquisita est, condicere rem illam nunquam potest : sunt enim ista pugnantia. Atqui cùm ex contractu Stichi serui tui agis ex empto contra Sempronium, vt tradat tibi Pamphilum, quem mihi iam tradidit, adprobas & ratam habes emptionem, vt suprà diximus. Ergo condicere ampliùs mihi Pamphilum ex persona tua non potes, sed posset Sempronius, qui tibi ex empto tenetur, siue malit eum tibi tradere, quod facere nequeat, si non priùs eum habeat, siue malit præstare quanti tua interest ob non factam traditionem, vt in *leg. 1. infr. de act. empt. leg. si traditio 4. Cod. eod.* vt in vicem eius quod præstiterit, repetat Pamphilum, pro quo nullum precium habere intelligitur. Consequens igitur est vt non sit hoc casu inutilis cessio condictionis Sempronio aduersus me competentis, sine quâ contra me agere amplius non posses. Nec ferendus est Accursius, qui ait competere tibi condictionem vtilem ex persona tua ad vitandum circuitum, & ex sola æquitate, eam verò quæ tibi ceditur à Sempronio, esse directam. E contrario namque verum est, quod suprà probauimus, condictionem, quæ tibi contra me rectà, & sine cessione competit, si contractum Stichi serui tui ratum habere nolis, directam esse, non vtilem, eam verò quæ ceditur, vtilem tantùm esse posse, non directam, cùm directa mandari quidem possit, vt eam cessionarius ex cedentis persona exerceat, sed cedi numquam possit tanquam quæ ossibus, vt aiunt, cedentis perpetuo infixa maneat *leg. qui stipendia 9. Cod. de procurat. leg. si cum emptore 16. supr. de pact. leg. emptor 5. leg. postquam 7. & sequentib. Cod. de hered. vel act. vendit.* Sed neque verum est quod eidem Accursio, & interpretibus placet, condictionem tibi dandam esse rectà contra me circuitus vitandi gratia, quandoquidem eo casu, quo tibi aduersum me datur condictio, nullam habes contra Sempronium, neque Sempronius contra me condictionem, siue aliam vllam actionem : nec si circuitum vitare nolis : nam cùm mihi condicis, contractum Stichi tui improbas : quæ res facit, vt nulla tibi aduersus Sempronium, nec Sempronio aduersus me actio dari debeat, quia non simul contraximus, sed Sempronio tantùm contra te de peculio, quia cum seruo tuo contraxit. At cùm serui tui contractum adprobas, desinis Sempronio teneri de peculio, & incipis ei obligatus esse in solidum : habes autem eum obligatum actione ex empto, ille verò me condictione. Quod autem liberatur Sempronius præstando tibi quam contra me habet condictionem si ex empto à te conueniatur, rationem illam habere potest, quòd quamuis non ea ratione tibi teneatur ex empto, quia condictionem contra me habeat, quam nec vllam haberet, vt diximus, si non priùs à te conueniretur, solutio tamen, id est, traditio Pamphili ab eo mihi facta bona fide, cùm ille me Stichi dominium esse existimaret, hactenus prodesse illi debet, non quidem vt ipso iure liberetur, cùm nec ei soluerit & tradiderit cui debebat, vt diximus in superioribus, nec illi rursum cum quo contraxerat, vt in *leg. fugitiuus 19. leg. filiæ 88. infr. de solut.* (non enim mihi Pamphilum vendiderat, sed Sticho seruo tuo, atque ita tecum potiùs quàm mecum contraxerat) sed tamen vt non ad aliud teneatur, quàm vt præstet tibi contra me condictionem, eáque præstatione ac cessione consequatur liberationem, quam per traditionem mihi factam non fuerat consecutus. Sicuti dicimus, bonæ fidei possessorem hereditatis qui suonomine soluit hereditariis creditoribus, non equidem liberare verum heredem ipso iure, sed tamen quia ei acquirit exceptionem doli, posse ipsi reputare quod soluit, sed ita demùm si paratus sit ei præstare condictionem indebiti, quam habet contra creditores quibus soluit *leg. si quid possessor 31. in princip.* vbi diximus *supr. de hered. petit.* Alia ratio est eius actionis, quam quis præstare ideo tantùm tenetur, quod id facere sine vllo suo dispendio, & incommodo possit, vt in *leg. in creditore 38. infr. de euict.* aut cùm non aliam ob causam tenetur ad præstandam actionem, quàm quia eam habeat, vt in *dict. l. quod debetur 51. de pecul. dict. leg. cùm quis 38. §. 1. de solut.* vbi debitor iam liberatus ob solutionem bona fide factam procuratori iam reuocato, nihilominùs condictionem furtiuam præstare cogitur vero creditori, non alia ratione quàm quia æquum sit id saltem eum præstare quod sine ipsius dispendio futurum sit. Nam si nullam haberet actionem is qui soluit, non eo minùs tamen esset liberatus propter solutionem ei factam qui mandatum aliquando habuerat accipiendæ solutionis licèt postea reuocatum ignorante debitore, quem proinde bona fides excusare debet, quæ non tantùm ab ipsius credulitate causam habuit (nec enim sola & nimis prompta & facilis eius credulitas posset sufficere, cùm sibi debeat imputare qui credulus fuit *leg. 1. §. dolum sup. de eo per quem fact. erit. leg. 3. §. sed si sic accepit infr. de in rem verſ.*) sed etiam à facto ipsius creditoris qui vel procuratorem hunc constituere non debuerat, vel constitutum non reuocare, vel reuocationem à se factam denunciare debitori ne solueret. *l. si mandassem 15. infr. mandat.* Extra hunc casum, etsi quis alius similis est, non valet solutio alij facta, quàm vero creditori aut vero procuratori aut vero heredi, nec parit liberationem sed condictionem *leg. creditoris 8. Cod. de condict. indeb.* Nec si facta sit patri *leg. qui hominem 34. §. si gener infr. de solut.* aut ei quem soluens non tam bona fide quàm nimia credulitate procuratorem aut hæredem creditoris esse falsò existimabat, cùm mandatum nullum haberet *dict. leg. qui hominem. §. si nullo.* Non enim tam facilè debuit credere *leg. si quis inficiatus 13. in princip. infr. depos.* Quemadmodum è contrario permittitur aliquando etiam bona fide non credere *leg. 2. infr. quod falſ. tutor.* Errant igitur qui hoc §. abutuntur in his verbis *si bonæ fidei possessori soluisset,* vt probẽt sufficere ad liberationẽ debitoris, quòd soluerit bona

bona fide alij quàm vero creditori hactenus saltem vt si non ipso iure, tamen exceptionis ope liberetur *argum. d. ct. leg. cùm quis* 38. §. 1. *de solut.* Habet enim responsum illud Africani specialem rationem ob mandatum verum quod præcesserat, vt diximus, & cuius reuocatio non fuerat denunciata debitori ne solueret. Probatúrque contraria sententia ex *dict. leg. si quid possessor* 31. §. *vltim. supr. de hered. petit* vbi dicitur debitores hereditarios soluentes possessori hereditatis, siue bonæ fidei possessor ille fuerit siue prædo, ita demùm ipso iure liberari si pecunia ad verum heredem peruenerit, quod & scriptum est in *leg. sed etsi* 25. §. *certè si minori pretio cod. tit. & in dict leg qui hominem* 34. § *si prædo infr. de solut.* Vt non sine causa Paulus Castrensis annotauerit ad *dict.* §. *vltim. Caueant ergo soluentes vt faciant sibi caueri si contingat apparere, quod ille cui soluunt non sit verus heres* (sic enim addita ibi negatione legendum est) *aliàs possent damnum recipere.* Quamuis in eo qui soluit bonæ fidei possessori, adhibenda videatur distinctio, an ex ea solutione bonæ fidei possessor factus sit locupletior, si debitores qui ei soluerunt, regressum aliquem aduersus eum habituri sint, iuxta distinctionem ab Vlpiano traditam in *dict. leg sed etsi* 25. §. *item si rem*, quia bonæ fidei possessor ex SC. quod de hereditatis petitione factum est, numquam teneri potest suprà quàm factus sit locupletior neque directò neque indirectò vt idem Castrens. scribit ad *dict.* §. *item si rem numer.* 2. Locupletiorem tamen factum bonæ fidei possessorem intellige si à creditore suo aliquo liberatus sit *leg. si pupilli* 66. *in fin. de solut. leg species* 11. *infr. de acceptil.* licèt postea decedat aut fiat non soluendo. Aliud enim est locupletiorem non esse factum: aliud verò soluendo non esse. Diuersa causa est possessoris etiam prædonis soluentis etiam suo nomine debitori hereditario. hic enim etsi non liberat verum heredem ipso iure, liberat tamen ope exceptionis *dict. leg. si quid possessor* 31. *in princip.* cuius initium cum §. *vltim.* eiusdem legis ita coniungendum est, vt in tota lege nihil nisi hanc antithesim Vlpianus docere voluisse videatur, quod & Castrensis ad *dict.* §. *vltim.* bene obseruauit, & nos addere debuimus ad ea quæ ibi scripsimus. Iunge *leg. 2. cum seqq. infr. de cond. indeb.* vbi agitur de hereditatis possessore qui soluerit, non de eo cui solutum fuerit. Planè si ponas debitorem hereditarium soluisse bona fide etiam prædoni mandante iudice, aut ex edicto aliquo, & vt nostri loquuntur ordinamento Principis etiam Tyranni vel Magistratus dummodo graui & pœnali vt loquitur Bartolus ad *l. g. creditor* 102. *in fin. infr. de solut.* Nam cùm dolo & culpa careat qui paret iudici, cui parêre habet necesse, multóque magis Principi qui vitæ ac necis in eum habeat potestatem *leg. non videntur* 167. §. . *de regul. iur.* fatendum est liberationem hoc casu ipso iure contingere ex *leg. Paula Callinico* 27. §. *vltim. de legat. 3. leg. liberto* 21. §. *Lucius infr. de ann. legat.* etiam non expectato quadriennio de quo in *leg. bene à Zenone Cod. de quadr. præscript.* Semper enim benè soluit, qui mandante iudice soluit *leg sancimus* 25. *C. de admin. tutor.* nec appellare cogitur etiamsi maximè possit *leg. ait Prætor* 7. § *permittitur supr. de minor.* quamuis prudentiùs faciat si reluctetur quantum potest ne collusisse videatur, vt ex illo loco nostri vulgo tractant, nec requiritur vt præcisa aliqua, coactio sequatur decretum iudicis aut Principis, cùm metus ipse coactionis pro coactione sit *leg. nouissimè* 7. §. 1. *infr. quod falsi tutor. author.* nec bonam fidem agnoscere prohibeatur quisquis scit se debere *leg si reus* 73. *de procurat. supr. leg. quoties* 9. §. *nec vtique infr. de admin. tutor.* maximè si sub vsuris grauioribus pecuniam debuit à quibus voluerit se liberare §. *sed si sub vsuris ead. leg.* Cæterùm quo casu soluere quis iubetur, non sufficiet vt professionem solutæ pecuniæ & apocham referat à creditore: non enim quisquis solutionem accipere potest, etiam per acceptilationem aut alio quolibet modo liberare debitorem potest, vt cernere est in tutore, curatore, procuratore & aliis huiusmodi personis quæ alieni debiti exigendi ius habent *leg. pactum curatoris* 22. *Cod. de pact. leg. non absolut* 4. *Cod. de nouat. leg. fugitiuus* 10. *infr. de solut. leg cui recte* 10. *leg. non ideo* 25. *infr. de nouat* Idcóque leges quæ loquuntur de debitoribus hereditariis liberandis per solutionem factam possessori, loquuntur semper de solutis debitis & exactis: quæ verba naturalem & veram numerationem significant non fictitiam & ciuilem. Et verò, quomodo posset vnquam pecunia quæ possessori soluta dicitur ad verum heredem peruenire quomodo necesse est *dict leg. si quid possessor* 31. §. *vltim. supr. de hered. petit.* si verè soluta & exacta non fuisset? Quare nec satis erit vt vera illa & realis numeratio probetur ex nuda confessione bonæ fidei possessoris aut veri procuratoris, sed aliunde probari eam necesse est, ne alioqui facile sit legibus illudere ac fraudem facere. Sanè cùm ex mandato Principis vel iudicis alij soluitur, quàm cui debetur, inspiciendum est an debitoris odium an creditoris mandato causam dederit, & an debitoris mora aliqua præcesserit an nulla, vt nostri post Bartolum distinguunt ad *d. l. creditor* 102. *de solut.*

32. CELSVS libro 5. Digestorum.

SI & me, & Titium mutuam pecuniam rogaueris, & ego meum debitorem tibi promittere iusserim, tu stipulatus sis, cùm putares eum Titij debitorem esse: an mihi obligaris? subsisto: siquidem nullum negotium mecum contraxisti. sed propriùs est, vt obligari te existimem: non quia pecuniam tibi credidi: (hoc enim, nisi inter consentientes fieri, non potest) sed quia pecunia mea, quæ ad te peruenit, eam mihi à te reddi bonum & æquum est.

BIU Cujas

Ad l. Si & me & Titium 32.

RAT. DVBIT. Cùm tu & me & Titium mutuam rogasti pecuniam, & ego meum debitorem tibi iussi promittere, tu verò stipulatus es, cùm putares eum tuum debitorem esse, verum est te nullum negotium mecum contraxisse. Ergo nec vlla obligatio siue naturalis siue ciuilis nata dici potest vt tibi obligatus videri debeam saltem ciuiliter & actione aliqua, quæ scilicet nasci non potest, nisi contractum inter nos fuerit συνάλλαγμα *l. iuris gentium* 7. §. 1. *supr. de pact.* Multo minùs autem dici potest, teneri te mihi condictione certi ex mutuo, licèt mutuam pecuniam tu me rogaueris; quandoquidem non nisi inter consentientes, mutui obligatio contrahi potest, vt nec alia vlla earum quæ ex contractu nascuntur *l. in omnibus* 55. *iunct. l.* 57. *de oblig. & action. l. si ego* 18. *supr. hoc tit.*

DEC. Iure naturæ ac gentium æquum est neminem locupletari ex damno alieno *l. nam hoc natura* 14. *infr. de condict. indeb. l. iure naturæ* 206. *de regul. iur.* Atqui in proposita specie locupletareris ex mea iactura, si non haberem te obligatum eius pecuniæ nomine, quam iussi debitorem meum tibi promittere, licèt tu ab eo stipulatus sis, tanquam à debitore Titij. Nec enim vlla mihi superesse potest actio contra debitorem meum, qui per delegationem à me factam liberatus est ipso iure quasi facta nouatione quæ semper fit per delegationem nec minùs iure nouo quàm vetere, quoniam Iustiniani constitutio in *leg. vltim. Cod. de nouat.* quæ iura vetera circa nouationes correxit, ad eum casum non pertinet, quo delegatio expressim facta sit cùm nequeat fieri vnquam sine nouatione, vt benè hîc Castrensis, benè addens, aliud dicendum fore si mandassem debitori meo vt tibi solueret, tu autem ab eo stipulatus esses. Tunc enim quia nulla esset delegatio, nec nouatio facta intelligeretur *leg. Stichum & in fin. leg. si debitorem meum* 21. *infr. de nouat.* Ergo in proposito dicendum est dandam mihi contra te condictionem *vt & in l. si eum seruum* 23. *supr. hoc tit l. si quis mancipiis* 17. *§. vltim. & pen. infr. de instit. act.* Non quidem certi ex mutuo, cùm nullam tibi pecuniam crediderim, sed ea condictione, quæ ex iure gentium competit aduersus omnes qui non ex iusta causa possident, vt scriptum est in *l. rerum quidem* 25. *infr. rer. amot.* Perpetua enim fuit illa veterum opinio, id quod ex iniusta causa apud aliquem sit condici ei posse *l. perpetuò* 6. *infr. de condict. ob turp. vel iniust. caus.* Quamquam non idem est dicere *ex iniusta causa vt in dict. leg. perpetuò, & non ex iusta causa vt in dict. leg. rerum.* Est enim hoc postremum generalius vt constat ex hac lege, in cuius specie, pecunia mea quæ ad te peruenit ex tua stipulatione iussu meo interposita non ex iniusta causa penes te inuenitur, sed tamen est non ex iusta causa, & idcirco condici eam bonum & æquum est, vt hæc lex ait: quia licèt nullum inter nos negotium gestum sit, negari tamen non potest quin facto meo pecunia mea ad te peruenerit, quod vnum sufficit ad dandam condictionem adeóque certi ex mutuo si negotium aliquod inter nos gestum esset *l. non omnis* 19. *§. si pupillus supr. hoc tit.* Obseruandum autem est condictionem de qua hîc agitur ex mera necessitate introductam esse ac velut in subsidium, vt eo casu locum haberet quo alia nulla competeret, cùm tamen aliquam dari æquum esset, ne quis ex aliena iactura locupletaretur, vt & in *leg. si eum seruum* 23. *supr. eod.* semper enim subueniendum est aduersus improbum lucrum *leg. si pro patre* 10. *§. si domini infr. de in rem vers.* Nec tantùm si nulla alia actione consultum esse possit ei cuius fuit pecunia, sed etiam si consultum quidem aliquando fuit, sed tamen consultum esse posteà desiit, vt Castrensis hîc notat ex *leg. vlt. §. tutor. infr. de condict. indeb.* Addit Castrensis tertium casum, quando nec ab initio consultum fuit, nec consultum esse desiit, sed tamen si contra alium agerem, liberaretur ille ex aliqua æquitate cedendo mihi actionem, vt in specie §. *vltim.* legis proximè præcedentis. Sed nos ad eum locum id iam refutauimus. Illud sanè Azo benè notauit, toties hunc condictioni locum esse quoties is qui alienam accepit pecuniam nullam eius retinendæ causam habet: alioqui cessat condictio, sicut & si ex eadem æquitatis ratione alia actio possit competere puta mandati vt in *leg. si negotia* 31. *infr. mandat.* aut negotiorum gestorum vt in *l. quamquam* 7. *in fin. infr ad SC. Velleian. aut rei vxoriæ vt in leg. vir ab eo* 49. *infr. de iur. dot.* Cessantibus aliis actionibus, nec cessante tamen æquitate, condictio necessaria est vt in *leg quæ fundum* 50. *eod. leg. vxor marito* 55. *de donat. int. vir. & vxor.* condictio inquam, aut sine causa si negotium aliquod gestum sit *leg.* 1. *& tot. tit. infr. de condict. sin. caus.* aut generalior illa de qua hic agitur & in *dict. leg. rerum & in dict. leg. si eum seruum* 23. *supr. hoc tit.* cùm negotium nullum inter nos gestum est: cæteræ namque condictiones nascuntur omnes ex aliquo negotio gesto, hæc ex nullo. Quod ab Accursio, cæteríque interpretibus minùs benè perceptum videtur, qui hanc legem vel de condictione certi generali per se sumpta, & separatim à speciali (qualis certè nulla est) vel de condictione sine causa intelligunt. Planè quod lex ponit pecuniam meam ad te peruenisse benè Accursius explicat de pecunia mihi debita, vt & in *leg. si pecuniam* 9. *Cod. de negot. gest.* nam etsi quod mihi debetur, meum adhuc non est, quia quod iam meum est non magis deberi mihi potest quàm magis fieri meum *leg. non vt expluribus* 191. *de reg. iur. §. sit itaque Instit. de action.* meum tamen quodammodo esse videtur ex ea iuris regula quæ vult, eum qui actionem habet ad rem consequēdam ipsam quoque rem habere videri *l. is qui actionem* 11. *de regul. iur.* Nam & qui actionem ad rem habendam amittit rem quoque ipsam amittere intelligitur.

33. MODESTINVS libro 10. Digestorum.

PRincipalibus constitutionibus cauetur, ne hi, qui prouinciam regunt, quíve circa eos sunt, negotientur, mutuámve pecuniam dent, fœnúsve exerceant.

Ad l. Principalibus 33.

RAT. DVB. Mutuum contractus est iuris gentium itémque fœnus quæ species est pignoris *l. deportatus* 15. *infr. de interd. & releg.* vbi dicitur deportatū licèt amittat ciuitatem, posse tamen contractus facere

cere, quia non amittit ea quæ sunt ex iure gentium, ex quo sunt etiam cæteri omnes contractus, perpaucis exceptis *l. ex hoc iure* 5. vbi diximus *supr. de Instit. & iur.* Atqui Præsides prouinciarum & alij qui prouincias regunt, quive circa eos sunt, non ideo amittunt ea quæ sunt iuris gentium, ne sint deterioris condicionis ob id solum, quod maioribus fruantur honoribus contra *l. quod fauore* 6. C. *de legib. l. nulla* 25. *sup. eod. ill. tit.* & ne careat minoribus qui fruitur maioribus, vt ratiocinatur Papinianus *in l. cui pacto* 5. *inf. de seru. expor.* nemini enim ad inuidiam nocere dignitatem suam oportet *l. ad inuidiam* 6. C. *de his quæ vi metusve caus.* Ergo neque his, qui prouincias regũt, neque iis, qui circa illos sunt, interdicendum est, ne negotientur, mutuamve pecuniam dent, fœnusve exerceant, maxime verò si mutuã pecuniam gratuitam dare velint, vt solet, debetque mutuum omne, quod non est fœnus, esse gratuitum. Dic. Nihil est, quod conuentionibus hominum magis debeatur, quàm vt sint liberæ, non per vim aut potentiam alterutrius contrahentium extortæ *l. vlt. Cod. de eo quod met. caus.* cum omnes conuentiones ex consensu vim & substantiam accipiant, *l.* 1. *supr. de pact.* qui porrò consensus si per vim aut metum & impressionem extortus sit ab eo cui cõtradicere alius non audeat, proxime accedit ad dissensum *l.* 1. §. *quæ onerandæ inf. quar. rer. act. non det. l. pen. inf. de furt.* licet dici soleat, etiam coactam voluntatem nihilominus esse voluntatem *l. si mulier* 21. §. *vlt. supr. de eo quod met. caus. l. si patre cogente* 22. *inf. de rit. nupt.* Atquin ij, qui prouincias regunt, sola dignitate sunt terribiles, vt ait *l. vnic. Cod. si rect. prouinc. vel ad eum pertin. sponsalit. deder.* tanquam qui in prouinciales omnes habeant vitæ ac necis potestatem. Meritò igitur iis interdictum est, ne in prouincia sua negotientur, nec ipsis tantum, sed etiam ipsorum domesticis & consiliariis *l vnic. C. de contract. iudic.* vbi additur, nec per interpositam personam hoc eis licere: solent enim suspectiora esse quę clã fiunt *l. vlt. infr. De rit. nupt.* & per suppositam alterius personam *l.* 5. §. *sed si per interpositam infr. de author. tutor. l. si is qui bonis* 91. *De acquirend. hered.* Idemque constitutum est in cæteris, qui in mediocri dignitate positi sint *l. pen. Cod. de eo quod met. caus.* Fit ergo hoc ex principalibus constitutionibus, quæ hac parte ius nouum induxerunt, & ex non delicto fecerunt delictum, adeoque pœnam quadrupli irrogarunt, si quis contrà faceret *l. non licet* 46. *infr. de contr. emption.* vbi tamen additur exceptio *nisi specialiter quibusdam hoc consensum est.* Quæ tamen exceptio vereor ne sit Triboniani respicientis *ad d. l. vnic. C. de contract. iudic.* vbi hæc ipsa exceptio ponitur iis verbis: *nisi specialem nostri numinis hoc eis permittentem diuinam rescriptionem meruerint.* Incognita enim fuit toti Iurisprudentiæ veteri ea exceptio, sicut & tandem abrogata per Leonis *Nouell.* 84. Sed & Iustinianus ipse supradictam exceptionem adiicit in vrbanis tantum magistratibus Constantinopolitanis, non etiam in prouincialibus prouincias moderantibus, quibus prohibet districte non solum donationes, sed etiam emptiones quarumcunque rerum siue mobilium siue immobilium, præter eas, quæ ad alimoniam vel vestes pertinent, adeoque ædificationes *licet* inquit *sacri apices aliquid eorum permiserint.* Sed omnes eæ constitutiones ad Magistratus temporales pertinent, quales erant olim Præsides prouinciarum omnes, non etiam ad perpetuos vt constat ex *l. seq. & ex l.* 3. *Cod. si cert. pet.* in illis verbis *tempore officij sui* quib. vtique absurdum & iniquum esset perpetuo interdici commercio, vt de minoribus scriptum est *in l. ait Prætor* 7. §. *quæsitum supr. de minor.* ne, vt de Principe quodam loco Baldus ait, is qui omnium Præsul est, fiat omnium exul. Sed in temporalibus Magistratibus longe maior fuit ratio prouidendi, ne potestate illa abutantur, quam diuturnam non fore vident. nihil enim est, quod ad perpetuandam potestatem tantopere faciat, quàm si quis ea temperate vtatur, non insolenter, aut auare. Quæ res fecit, vt Magistratus Romanos Cæsar Tyberius primus fecerit ex temporalibus perpetuos, quod ea ratione meliores illos & Reipublicæ vtiliores fore speraret. Sane quod vulgo creditum est ab interpretibus, supradictas constitutiones non pertinere ad eos, qui prouinciam illam regunt, ex qua sint oriundi, probare non possum, si verum est, quod scriptum video *in l. qui officij* 62. *De contrahend. emption.* eum, qui officij causa in prouincia agit, vel militat, non posse comparare in eadem prouincia *præterquam* inquit *si paterna eius à fisco distrahantur.* Etsi non ignoro ea verba *paternæ eius* prætermissa esse ab Harmenopulo *libro tertio Tit.* 3. quæ tamen mihi semper visa sunt non prætermittenda. significant enim esse aliquid indulgendum adfectioni Præsidis, id agentis, vt bona paterna sibi feruet (honesta enim adfectio est *l. si in emptionem* 35. *supra di minor. l. prima*, §. *& alias videamus infr. si quid in fraud. patron. l. lex quæ tutores* 22. *Cod. de administrat. tutor.*) sed hactenus, vt non ab alio possit bona emere, ne quidem paterna, nisi à fisco, quippe cui Præses prouinciæ minus terribilis videri possit, cum fiscus sit Cæsaris. Nec eo magis tamen permissum est Præsidi prouinciæ à fisco bona quælibet emere, ne eo prætextu colludens forte cum procuratore Cæsaris, tanto facilior & propensior esset ad bona fisco adiudicanda, à quo postmodum eadem esset comparaturus. Neque illud rursum probo, quod nostri volunt, potuisse olim Præsides etiam in ea prouincia, in qua degebant, à non subditis comparare. Quomodo enim id fieri posset, quin is venderet, qui in prouincia versaretur? Atqui hoc sufficit, vt venditio prohibeatur, *l. quisquis* 16. *Codic. si cert. petat.* licet ea lex non de Præside sit, sed de Iudice, vt mox dicemus. Et sane illi etiam, qui subditi non sunt eius prouinciæ, quod ex alia sint, fiunt tamen subditi saltem secundum quid in ea prouincia, in qua versantur, siue in ea contrahant, siue delinquant *l. heres absens* 19. §. *primo*, vbi diximus, *supr. De iudic. l. prima, Codic. vbi de crimin. agi oport.* Cæterum quamuis pecuniam mutuam dare Præsides prouinciarum, & qui circa eos sunt, non possint, ne his artibus amicos sibi parent in ea prouincia, cui præsunt, quam nonnisi bonæ sanctæque administrationis dignitate sibi deuincire debeant, pecuniam tamen mutuam accipere possunt, adeóque fœnori *l. proxim. infr.* quoniam huiusmodi contractus non aliam causam habere soleat, quàm necessitatis, & vt plurimum ad necessarias res comparandas, præsertim cum ex pecunia mutua, siue fœnebris sit, siue gratuita, nihil aliud comparari potest *dict. leg. vnic. Cod. de contract. iud.* Nec obstat quod quidam adferunt *ex l. Scriniarios* 8. *Cod. de numer. actuar. & chartular. lib.* 12. *tit.* 50. in illis verbis *nullatenus in posterum aut mutuam pecuniam sumere.* Non enim ibi quiescit oratio, sed in iis, quæ statim sequuntur *aut polliceri cuiquam pro publicis expensis cogi.*

BIU Cujas

Ex quibus apparet non prohiberi ea lege scriniarios præfecti prætorio mutuam pecuniam sumere, sed ne sumere cogantur: quod ad abolendam contrariam eorum temporum consuetudinem ita constituendum fuit. Alia ratio est, & deterior condicio Iudicis cui si quis pecuniam mutuam dederit, etiam fœnebrem exilij pœna quasi emptor legum plectendus est cum ipso iudice, perinde ac collectarius qui honorem ambienti precium honoris dedit, vt scriptum est in *d.l.quisquis*. Nec enim Præsides iudicabant, sed dabant iudices pedaneos *l. 2. Cod. de pedan. iudicib.* quamuis interdum etiam dicantur Iudices *d.l.vnic. Cod. de contract. iudic.* sed maiores *l. non distinguemus 32. §. de liberali supra de recept. Qui arbitr. recep.* vbi diximus *& ad l. 4. §. 1. sup. de interrog. in iur fac.* Etsi videtur *dicta l. quisquis*, non tam ad prouinciales pertinere, quàm ad eos, qui quoniam ex aliena sunt prouincia, putant impunè sibi licere in ea prouincia in qua versantur, illa facere omnia quæ prouincialibus sunt interdicta. Id enim significant meo iudicio verba illa *si in prouincia fuerit versatus*, & quæ statim sequuntur, *quasi emptor legum atque prouinciæ*. Ideóque fuit illa constitutio necessaria, vt non prouincialibus tanto seuerius interdiceretur, quod solis prouincialibus fuerat interdictum. Habebit ergo lex illa locum hodie etiam in Præsidibus prouinciarum & Magistratibus qui hodie iudicandi habent necessitatem post *d. l. 2. Cod. de pedan. iudic.* quæ cùm sit Imperatorum Diocletiani & Maximiani qui Honorium & Theodosium in Imperio præcesserunt, efficit proculdubio vt *dicta lex quisquis*, etiam ad Præsides referri debeat, sed hoc semper retento ex iure vetere, vt ad temporales tantùm pertineat non etiam ad perpetuos, vt diximus. Ex quo apparet non esse hodie in vsu apud nos hanc legem, apud quos magistratus omnes sunt perpetui. Idémque nostri tractant *ad l. vnic. Cod. de contract. iudic. ex l. proxim. infra.*

34. PAVLVS libro 2. Sententiarum.

PRæsidis prouinciæ officiales, quia perpetui sunt, mutuam pecuniam dare, & fœnebrem exercere possunt.

Ad l. Præsidis 34.

RAT. DVB. Absurdum videtur melioris condicionis esse Officiales Præsidis quàm ipsum Præsidem. Ergo quod non licet Præsidi, nec Officialibus eius licere debet, atqui Præsides prouinciarum nec mutuam pecuniam dare nec fœnebrem exercere possunt, vt diximus in *l. prox. præced.* Proinde nec Officiales eius possunt. DEC. Differentiæ ratio magna & euidens est inter Præsides prouinciarum & eorum officiales. Præsides enim prouinciarum ad tempus duntaxat prouincias regunt, officiales verò sunt perpetui. mirum igitur non est diuersum ius constitutum esse, inter quos tanta est ratio diuersitatis *l. 3. §. vnde igitur in fr. de iniust. rupt.* Ergo quod scriptum est in lege precedente de iis qui circa Præsides sunt, vt non magis quàm ipsi Præsides mutuam pecuniam dare ac fœnus exercere possint, ad eos restringendum est, qui circa Præsides ad tempus sunt, non ad eorum officiales qui sunt perpetui, perpetui inquam non quia ibi perpetuò habitarent quòd inde orti essent: quæ vna est ex interpretationibus Accursij, sed quia eorum officium perpetuò durabat, vt idem ille interpretatur, nec erat annuum, aut temporale. Idem igitur obtinere hodie debet in Magistratibus ipsis, qui perpetui sunt non temporales, vt diximus ad legem præcedentem.

1 ¶ Præses prouinciæ mutuam pecuniam fœnebrem sumere non prohibetur.

Ad §. 1. Præses prouinciæ.

RAT. DVB. Contrariorum eadem ratio esse solet, & maximè correlatiuorum *l. 1. Cod. de cupress. lib. 11. tit. vltim.* Contraria autem, adeóque correlatiua sunt pecuniam fœnebrem dare & sumere non minùs quàm vendere & comparare. Ergo quemadmodum Præsidibus prouinciarum interdictum est ne mutuam pecuniam dent aut fœnus exerceant, ita interdicendum iis fuit, ne pecuniam mutuam siue gratuitam, siue fœnebrem ab aliquo ex prouincialibus accipere possint. DEC. Multum interest an Præses prouinciæ mutuam pecuniam fœnebrem det, an accipiat. Dare fœnebrem prohibetur principalibus constitutionibus, de quibus in lege præcedente, non tantùm quòd auarum nimis & sordidum sit, ac proinde indignum Magistratu quolibet, sed maximè Præside, & rectore prouinciæ fœnus exercere, verùm etiam quòd nec aliter ei in prouincia cui præest contrahere permittatur ob rationes à nobis suprà allatas. At pecuniam fœnebrem sumere necessitatis magis est quàm auaritiæ. quotus enim quisque est, qui pecuniam fœnori sumere velit, nisi coactus? si modò nummularios & argentarios excipias, qui plerumque accipiunt, vt aliis posteà collocent grauiore fœnore. Quod sicut auarissimum & sordidissimum est, ita nec Præsidibus prouinciarum permissum esse credendum est, qui à cæteris quoque contractibus etiam alioquin licitis abstinere iubentur. Quæ res facit, vt tanto magis licere illis debeat pecuniam fœnori accipere, cùm id facere eo consilio nunquam possint, vt ex ea pecunia fundos comparent, sed tantùm vt ea quæ ad victum & vestitum, & si qua sunt alia necessaria, quibus carere Præsidem prouinciæ, & egere cogi, non modò absurdum & iniquum esset, verùm etiam indecorum. Ex eo autem quod Paulus in hac lege loquitur de pecunia fœnebri quam Præses prouinciæ etiam à prouinciali creditore sumere non prohibetur, intelligimus non idem esse in mutua data pecunia gratuita: cur enim de fœnebri loqueretur, si in gratuita idem esset? Hoc autem ideo fortasse, quod magno se beneficio adstringit ille qui mutuam pecuniam accipit gratuitam ab alio, vt non abs re creditoris sui seruus quodam-

BIU Cujas

quodammodo esse videatur, vt dicebat Seneca, at non etiam ille qui creditori fœneratitio pro beneficio rependit fœnus, qua de causa nec ad αὐτὸ πάθος vlla obligari eum existimandum est.

35. MODESTINVS libro 3. Responsorum.

PEriculum nominum ad eum, cuius culpa deterius factum probari potest, pertinet.

Ad l. Periculum 35.

RAT. DVBIT. Periculum cuiusque rei ad dominum pertinet. cui enim magis perire res quælibet potest, quàm domino? *vulg l. quæ fortuitis 6. l. pignus 9. C. de pignor. actor.* Vnde est, quod periculum pignorum nominis venditi ad emptorem nominis pertinet tanquam qui per emptionem factus sit dominus nominis *l. periculum 30. inf. de pignor.* præsertim cum periculum nominis ex eo solo æstimetur, si debitor fiat non soluendo, vt hic notat Accursius, quod ipsum tamen ne accidat, non in potestate cuiusquam est, sed ex inopinato fortunæ euentu & impetu pendet, vt loquitur Papinianus in *l. 4. infr. vt in poss. legat. l. litis 37. §. si pecuniæ sup. de neg. gest.* Non ergo inspiciendum est cuius culpa nomen deterius factũ sit, cum quæritur de periculo nominis, sed quis eius dominus sit DEC. Etsi nonnisi aliquo casu fortuito solet accidere, vt nomen deterius fiat, vix tamen est vt non aliqua præcedat culpa & negligentia illius, qui ex eo nomine agere potuit & debuit, nec egit. Fiunt enim nomina deteriora tẽpore propter mutationes, quæ interim superuenire in dies solent. Æquum igitur est pertinere periculum nominis ad eum cui culpa & negligentia imputari potest, cur non egerit & exegerit, vt euenire aliàs generaliter solet, quoties culpa præcedit casum *l. 3. §. 1. de offic. præfect. vigil. l. si vendita 11. infr. de peric. & com. rei vendit. l. si ex plagis 52. §. in cliuo Capitolino sup. ad leg. Aquil.* Adeò cuius legislator exosam habet culpam & negligentiam, vt vix vnquam velit eam manere impunitam, nisi cum talis contractus est, in quo non culpa vindicari debeat & negligentia, sed dolus tantum aut lata culpa, quæ dolo æquiparatur, secundum distinctionem, de qua in *l. si vt certo 5. §. nũc videndum inf. commod. l. contractus 27 infra de regulis iur.* Non igitur ad alium pertinere periculum nominis æquum est, quàm ad eum, cuius culpa id deterius factum sit. Et quoniam non alij culpa hac parte imputari potest, quàm ei qui potuit agere nec egit (vnde est, quod nec ad prædonem pertinet periculum quia nihil ei potest imputari, qui actionem non habuit *l. si quid possessor 31. §. illud supra de hered. petit.*) is demum autem agere potest qui nominis dominus est consequens fit, vt ad dominum nominis periculum pertinere debeat regulariter: sed quia plerumque accidit, vt etiam is qui dominus nominis non est, exigendi tamen nominis ius habeat alieno nomine vt cernere est in tutore, curatore, procuratore, magistratu aliisque huiusmodi si qui sunt administratoribus, qui licet domini non sint, dominorum tamen loco habentur *l. qui fundum 7. §. si tutor inf. pro emptor. l. vero procuratori 11. infra de solut.* Ad hunc demum casum accommodanda est quæstio huius legis de periculo nominis, vt scilicet ad eum quoque pertinere debeat, qui non est dominus, si culpa ei aliqua & negligentia imputari possit, propter quam deterius nomen factum sit. Petenda itaq; sunt exẽpla huius legis ex iis locis, quos Accursius cõgerit, id est, ex *d. l. litis 30. § si pecuniæ sup. de negot gest. l. si tutor 5. l. chirographis 57. inf. de admin. tutor. l. 2. & l. quicquid 7. C. arbitr. tutel.* Sane quod ille adfert ex *l. id quod 19. §. vlt. inf. de pecun. const. l. si remunerandi 6. §. apud Iulianum supr. mand.* minus ad hanc legem pertinet, sicut & quod ille disputat de pluribus tutoribus aut magistratibus quando & quo ordine conueniendis ex *l. 2. & vlt. C. quo quisque ordine conuen. lib. 11. Tit. 35. & l. 2. C. de suscept. præpos. & arcar. lib. 10. Tit. 70. de quo in l. vlt. §. Imperatores inf. ad municip.* Illud notatu dignum est eum, qui in alium transferre vult periculum nominis ob ipsius culpam & negligentiam, probare debere idonea ab initio fuisse nomina *d. l. 2. vbi Accurs. C. arbit. tut.*

36. IAVOLENVS libro 1. Epistularum.

PEcuniam, quam mihi sine conditione debebas, iussu meo promisisti Attio sub conditione. cum pendente conditione, in eo statu sit obligatio tua aduersus me, tanquam sub contrariam conditionem eam mihi spopondisti: si pendente conditione petam, an nihil acturus sum? Respondit: Non dubito: quia mea pecunia, quam ipse sine conditione stipulatus sum, etiam si condicio in persona Attij, qui ex mea voluntate eandem pecuniam sub condicione stipulatus est, non extiterit, credita esse permaneat: perinde est enim, ac si nulla stipulatio interuenisset: pendente autem causa conditionis, idem petere non possum: quoniam cum incertum sit, an ex ea stipulatione deberi possit, ante tempus petere videor.

Ad l. Pecuniam 36.

RAT. DVB. Cùm pecuniam, quam mihi sine cõdicione debebas, iussu meo promisisti Attio sub condicione, facta delegatio est, ac proinde nouatio. Est enim delegatio species nouationis, & quidem omnium certissima & euidentissima *l. delegare 11. in princip. & §. 1. infr. de nouat.* & in qua non distinguitur, vt aliàs distingui solet, an animus nouandi interesserit necne, ne quidem post *l. vlt. C. de nouat.* quia delegatio nunquam fieri potest sine nouatione, vt diximus ad *leg. si & me 32. supra hoc titul.*

BIU Cujas

Ergo tollitur ipso iure prima obligatio quæ fuerat pura. Quid enim aliud nouatio est, quam prioris obligationis peremptio, & in sequentem transfusio? *l.1.eo.tit.de nouat.* Aut saltem dicendum est priorem obligationem ex pura factam fuisse condicionalem, quasi in eo statu sit obligatio tua aduersus me, ac si eandem pecuniam quam Attio sub condicione promisisti sub contraria cõdicione mihi spopondisses, vt de legato puro adempto sub condicione scriptum est in *l.legata* 14. *inf de adim.legat l.aliquando* 107. *in fin. de cond. & demonst.* Consequens igitur est, vt etiamsi posterioris stipulationis condicio deficiat, ex priore tamen agi nunquam possit, non magis quàm pendente adhuc condicione, cùm obligatio semel extincta nunquam reuiuiscat *l. qui res* 98. §. *aream de solut.* Alioqui si neque nouatio vlla per posteriorem stipulationem facta intelligitur, neque prior stipulatio facta esse condicionalis ex pura, dicendum erit etiam pendente adhuc condicione agi posse ex prima stipulatione, perinde ac si secunda stipulatio nulla fuisset interposita, cùm pendente condicione nulla possit esse vis stipulationis non modò ad agendum, sed ne quidem ad inducendam obligationem, quia ante condicionis euentum dies neque cessit, neque venit *l. cedere diem* 213. *de verb. sign.* In quo refert an sub condicione sit concepta stipulatio, an in diem certum, quia licèt hoc quoque casu agi ante diem non possit, quia dies nondum venit, iam tamen cessit *d.l. cedere diem.* Nec tam nihil agit, quàm malè agit qui ante diem petit, cùm tamen is qui ante diem cedentem petit, non tam malè agat quàm nihil agat *l. vnic. in fi. sup. quand. dies vsu fr. legat. ced. l. stipulatio ista* 38 §. *inter interrogantem inf. de verb. obl.* DEC. Non potest fieri nouatio puræ obligationis per condicionalem subsequentem nisi tum demum cùm posterioris condicio extiterit *l. si Stichum* 8 § 1 *l. quoties* 14. *infr. de nouat.* Oportet enim sequentem stipulationem aliquam esse ex qua nascatur obligatio, vt in eam prior transfundi possit: quæ nouationis natura & definitio est, vt diximus ex *d.l.1. de nouat.* Atqui ex stipulatione condicionali, nulla ante condicionis euentum nascitur obligatio, vt proximè probauimus. Ergo dicendum est si posterioris condicionalisque stipulationis cõdicio defecerit, fatendum est manere & obligationem & consequenter actionem ex priore pura stipulatione integram, vt ex ea perinde agi possit, ac si condicionalis stipulatio nulla interceßisset: nam nec vlla interceßisse intelligitur, cùm tandem condicio defecit *l. necessario* 8. *infr. de peric. & commod. rei vendit.* Nec tamen ideo consequens est, vt antequàm posterioris stipulationis condicio defecerit, agi ex priore possit, quia sufficit in eo statu rem esse propter posteriorem stipulationem, vt possit pura obligatio tolli, adeóque iam inde ex die condicionalis stipulationis sublata intelligi quandocunque contingat existere condicionem, cùm eo demum casu & tempore futurum sit, vt appareat factam ab initio nouationem, quia & posterioris stipulationis existens condicio facit, vt ipsa quoque posterior stipulatio fuisse videatur *l. potior* 11. §. 1. *inf. qui potior. in pignor. hab.* quo casu non dubitaretur, quin per posteriorem stipulationem nouata prior æquè pura statim, & ab initio fuisset. Proinde si ante condicionis euentum agam malè ago, non quia dies nondum cesserit, quod esset si agerem ex stipulatione condicionali ante condicionem existentem, nec rursum quasi dies cesserit quidem, sed nondum venerit, quomodo si agerem ex stipulatione concepta in diem certum [habeo enim obligationem, adeóque actionem iam natam & ipso iure competentem ex priore, eadem que pura stipulatione, quæ nondum nouata fuit,] sed quia perinde agere ante tempus videor, acsi dies obligationis nondum veniisset, propter dubium & incertum condicionis, quæ facit in ea causa esse putam obligationem, vt inuito posteriore stipulatore ius posterioris stipulationis, & spes nouationis quæ ex ea potest contingere, extingui non possit: quomodo ratiocinatur Vlpianus in *l. qui balneum* 9. *infra qui potior. in pignor. hab.* Tractamus enim de condicione casuali, cuius euentus ex casu pendeat aut in totum, aut ex parte, non de promiscua, & vt nostri loquuntur, potestatiua, quæ sit in arbitrio & potestate stipulatoris aut promissoris, cuius & in aliis plerisque diuersa condicio esse solet, vt diximus *ad l. qui pecuniam* 30. *supr.* vt scilicet non tam facilè retrotrahatur ad tempus interpositæ stipulationis. Sed ei distinctioni locus est, cùm agitur de retroagendo effectu condicionis ad tempus interpositæ stipulationis in præiudicium iuris medio tempore quæsiti alteri, vt in specie *l.1 eod ill tit. qui potior. in pignor. hab.* quod hîc non contingit. Res enim tota inter me & te & Attium agitur, nulla tertij alterius interueniente persona. Ex his porrò intelligimus, ipso quidem iure, actionem mihi competere ex prima stipulatione, etiam pendente posterioris condicione, sed tamen summouendum esse me exceptione pluris petitionis, qua & alius quilibet summoueri potest qui plus petit siue tempore, siue re, siue loco, siue causa § *si quis agens & §. plus autem Institut. de action. & tot. tit. Cod. de plur. petit.* Sícque intelligi debent postrema illa verba huius legis, *Pendente autem causa condicionis, ideò* [sic enim legendum est, non *idem*] *petere non possum, quoniam cùm incertum sit an ex ea stipulatione deberi possit, ante tempus petere videor.* Quod cùm ita sit, apparet non esse verum quod ex epistola illius, qui Iauolenum consuluit initio legis scriptum est, pecuniam quam mihi debebas pure si promiseris Attio sub condicione *si nauis ex Asia venerit* non videri amplius mihi debitam, nisi sub contraria condicione *si nauis ex Asia non venerit.* In eoque nimirum decipiebatur consultor ille Iauoleni existimans puram stipulationem, aut prorsus euanuisse, aut ex pura factam esse condicionalem. Iauolenus verò subtiliter vtrumque negat. Et quidem manere stipulationem priorem puram, qualis ab initio fuit, nec aut nouatam aut in condicionalem transformatam esse docet apertè, cùm ait pecuniam quam ego sine condicione à te stipulatus sum, etiamsi condicio in persona Attij qui ex mea voluntate eandem pecuniam sub condicione stipulatus est, non extiterit, creditam esse permanere, id est, adhuc debitam ex priore illa, eaque pura stipulatione, cùm perinde esse debeat, acsi posterior stipulatio condicionalis interuenisset, quæ nec vlla interuenisse hoc casu intelligitur *dict. l. necessariò* 8. *infra de peric. & commod. rei vendit.* Sicut è contrario si condicio extitisset, stipulatio pura ab initio fuisse intelligeretur. At quoniam huic propositioni consequens esse videbatur, vt possem igitur etiam pendente condicione posterioris stipulationis agere ex prima tanquam manente pura nec nouata, subiicit Iauolenus nec hoc rursum dici posse, ideò quòd pendente causa condicionis adiectæ in posteriore stipulatione incertum

BIU Cujas

certum sit, an ex ea stipulatione condicionali & posteriore debebitur pecunia, an ex pura priore. Itaque si antè agam, videor ante tempus petere, quasi suspensa vi & potestate prioris stipulationis per tacitam adiectionem non quidem condicionis contrariæ illi quæ in posteriore stipulatione fuit posita, sed temporis, quo contingat deficere condicionem posterioris stipulationis. Quod quidem tẽpus cùm sit incertum, facit æquè condicionem aliquam *d. §. inter incertam iunct. l. dies incertus 75. de condic. & demonstr.* sed non idcirco facit stipulationem ex pura condicionalem, nec suspendit natiuitatem vt ita dixerim obligationis, aut actionis, sed exactionem solam: quod non est nouum, vt constat *ex l. interdum 74. de verb. oblig.* paritque ea res condictionem indebiti: quamuis diuersum sit cùm eandem personam omnimodo debituram esse certum est, quod contingit cùm idem ille, qui purè debet, eandem pecuniam sub condicione nouandi animo promisit non etiam si diuersæ personæ proponantur eandem pecuniam & purè & sub condicione promisisse, vt in specie huius legis, quæ sententia & ratio est Pauli in *l. Iulianus verum debitorem 60. infra de condict. indeb.* quia proinde cum hoc loco benè cõsentit. Denique non tam condicione, quàm mora prior illa obligatio suspenditur, vt de legato puro scriptum est in specie *l. heres meus 106. de condic. & demonstr.* nec absurdum est obligationem etiam puram in pendenti esse, vt in *l. non enim 37. cum l. præced. l. si debitor 80. infra de iur. dot. l. quod Seruius 8. infr. de condict. caus. dat.* Adeò autem verum est in hac specie nullam fieri nouationem prioris obligationis puræ per posteriorem condicionalem, vt neque exceptio pacti de non petendo tibi accommodanda sit, si pergam agere ex prima stipulatione post defectam prioris condicionem *l. in personam 30. §. vlt. supra de pact.* quamuis facilius sit vt inducatur pactum de non petendo, quod potest etiam tacitum esse *l. 2. eod. tit.* quàm delegatio, quæ non nisi per expressam stipulationem fieri potest, maioresque proinde requirit solemnitates. Nimirum stipulatio nouandi animo interposita sub condicione, sicuti deficiente cõdicione non nouat, quia euanescit, ita nec vim pacti de non petendo habere potest, vt nec alia quælibet stipulatio inutilis *l. 1. §. si quis ita de verborum obligationibus & l. 1. §. eum qui infra de constit. pecun.* nisi cum acceptilatio facta est *l. si vnus 27. §. pen. sup. de pact. l. an inutilis 8. infra de acceptilat.* Alia & omnino diuersa species est quam Paulus tractat in *l. purè 5. in princip. infra de doli mali except.* si cùm purè mihi centum deberes ego eadem centum legauerim tibi sub condicione: hoc enim casu potest heres meus interim pendente condicione petere à te centum, nempe quia legatum non facit quominus verum sit deberi ea purè, cùm non fuerint tibi legata, nisi sub condicione quæ potest deficere, vt Paulus ait. Nec quod etiam possit existere facit, vt dolo malo petere videatur heres meus cùm petit, pendente condicione, quia quod pendet non pro eo est quasi sit, vt habet iuris regula *l. is damnum dat 169. §. 1. de regul. iur.* satisque consultum tibi est in eo, quod heres meus cogitur tibi cauere legati huius condicionalis nomine ex edicto prætoris *vt legat. seu fideicommiss. seruand. caus. caueat.* scilicet de condicionali legato soluendo eueniente quãdocunque condicione: quam cautionem si præstare heres meus nolit, tum demum incipiet posse repelli exceptione doli mali agens contra te ex stipulatione pura, quoniam incipit iam tua interesse, cùm existente condicione futurum tibi esset commodius retinere summam à te debitam eandémque tibi legatam quàm mitti in possessionem rerum hereditariarum ex alia parte Edicti. *Vt in possess. legat. seu fideicomm. seruand. caus. ess. lic.* ob non præstitam satisdationem, quæ si præstita esset, nihil omnino tua interesset: aut si vrgere velles, adhuc tua interesse non soluere potius quàm solutum repetere *l. 3. infra de compens. at. l. si stipulatus 15. infra de fideiuss.* nulla tamen huius rei ratio haberi posset, quia nec compensari potest id quod purè iam debetur cum eo quod sub condicione, quæ possit adhuc deficere, & qua pendente verum est nihil adhuc deberi *l. is cui 42. de obligat. & act. iunct. dict. l. cedere diem 213. de verborum signific.* Nihil enim debetur legatario condicionali præter satisdationem. Nec quod tibi legata sit sub condicione pecunia, quam purè debebas, facit vt eo minùs certum sit te purè debere, & quidem ex stipulatione, cum qua nihil commune habet legatum quod fit ad tuam liberationem, non vt ex eo obligeris. Et hæc Pauli sententia & ratio est in *dict. l. purè.* At in huius legis specie cùm pecuniam mihi purè debitam promittis purè, siue alij iussu meo, siue etiam mihi sub condicione animo nouandi, omnia sunt dissimilia. Etsi enim prior stipulatio & ab initio pura fuit & ex postfacto, id est, etiam post interpositam stipulationem condicionalem pura remanet, incertum tamen est quandiu condicio pendet, ex qua stipulatione futurum tandem sit, vt pecunia debeatur an ex prima, an ex secunda vt hic Iauolenus scribit, & Paulus in *d. l. Iulianus 60. §. 1. de cond. indeb.* ideoque nec vlla doli mali exceptione opus est, cùm ante tempus malè agatur, & causa cadat quisquis malè agit, & tempore plus petit *d. §. si quis agens.* inspecto scilicet iure vetere quod ante Zenonis & Iustiniani constitutiones obtinebat, quæ sunt sub *tit. C. de plur. petit.* Quamuis diuersum esset si quis ageret ex contractu condicionali: tunc enim non tam malè quàm nihil agebatur *l. bouem 43. §. si sub condicione inf. de ædilit. edict. l. vnic in fi. sup. quand. dies vsufr. legat. ced. non solùm autem 7. §. vlt. infr. de liber. legat. §. pen. Inst. de excep.* Qua ratione libentius item in sententiam Guillielmi de Cuneo veteris glossatoris, qui negabat duplicari hodie hoc casu inducias ex Zenonis & Iustiniani constitutionibus quæ certè non ad alium casum pertinent, quàm quo agatur ante tempus certum & in vicem iacturę litis, quam olim malè agens incurrebat, nisi viderem aliud constitutum esse in *cap. 1. ad fin. Extr. de plur. petit.* Duplicabitur ergo tempus non præcedẽs sed sequẽs, id est, quod fuit à die petitionis in euentũ vsque condicionis, & duplicabitur tum demũ cùm extiterit cõdicio, vt benè Castrens. disputat *arg. l. aut damnũ 8. §. quisquis inf. de pœn.*

37. PAPINIANVS libro 1. Definitionum.

CVm ad præsens tempus condicio confertur, stipulatio non suspenditur: &, si condicio vera sit, stipulatio tenet: quamuis tenere contrahentes condicionem ignorent: veluti, si Rex Parthorum viuit, centum millia dare spõdes?

BIU Cujas

eadem sunt, & cùm in præteritum condicio confertur.

38. Scævola libro 1. Quæstionum.

REspiciendum enim esse, an quantum in natura hominum sit, possit sciri eam debitum iri.

39. Papinianvs libro 1. Definitionum.

ITaque tunc potestatem condicionis obtinet cùm in futurum confertur.

Ad l. Cùm ad præsens 37. & duas seq. 38. 39.

Has tres leges coniunximus, quomodo & à cæteris interpretibus coniungi solent. Tractant enim de condicione, & condicionis potestate, nec nisi vnicam dubitandi & decidendi rationem admittunt. Ratio igitur dubitandi ex eo petenda est, quod de natura & essentia cuiuslibet condicionis est vt actum suspendat, cui adhibetur, alioqui nec condicio esse potest. Ergo condiciones quæ ad præsens, vel ad præteritum tempus referuntur, vel condiciones dicendæ non sunt, vel fatendum est habere illas vim, vt loquuntur, suspensiuam, scilicet quandiu nescitur an condicio, id est, materia condicionis, vt bene, licèt aliis verbis, Accursius explicat, vera sit an falsa. Dici enim solet, quod & verissimum est, non entium & non apparentium idem esse iudicium, adeò vt etiam ἀνάπτωρες dicantur qui patrem certum demonstrare nullum possunt, quâuis sine patre nasci nemo possit, ne is quidem, cui pater populus est §. *si aduersus Instit. de nupt. l. duo sunt Titij 30. infr. de testam. tutel.* Quid verò interest an Rex Parthorum viuat necne, quantum ad hoc vt condiciones istæ, *Si Rex Parthorum viuit, si Rex Parthorum heri vixerat* veræ condiciones sint, suspendántque stipulationem quandiu nescitur an viuat hodie, aut heri vixerit? Inscientia enim nostra inspicienda est potiùs quàm ipsa rerum natura intuëda, apud quam certa sunt omnia etiam futura, vt Paulus loquitur ex Stoicorum sententia *in l. sed etsi 28. §. vlt. supr. de iudic.* vbi diximus. Parum ergo refert an condicio relata sit in tempus præsens, aut in præteritum, an in futurum, sed distinguendum tantùm est, an sciuerint contrahentes extitisse condicionem aut defecisse, an ignorauerint. Nam si sciuerint vtique fatendum est, neque esse, neque dici condicionem posse, quæ non solùm iam extiterit aut defecerit, sed etiam extitisse aut defecisse non ignoretur à cõtrahentibus, nec de hoc dubitandi causa vlla esse potest. Dec. Aliud est habere nomen condicionis, aliud verò vim naturam, & potestatem condicionis. Condiciones nomine sunt omnes eæ, quæ concipiuntur per articulum Si ad differentiam modi qui concipitur per Vt *l. cùm ab eo 41. infra de contr. empt.* at vim & potestatem & naturam condicionum habent eæ solæ quæ actum cui adhibentur, possunt suspendere: quod in iis demum obtinet, quæ possunt existere & non existere, & vt interpretes loquuntur, quæ habent se indifferenter ad esse & non esse: cuiusmodi esse non possunt condiciones, quæ sunt vel necessariæ, vel impossibiles. Quæ enim sunt necessariæ non possunt non esse, sicut impossibiles non possunt esse: cùm autem condicio concepta est de re quæ iam extiterit, necessaria est, cùm non possit amplius non esse, quæ verò defecit, impossibile est vt sit, quia non potest ampliùs existere. Igitur condiciones solæ & propriè eæ sunt quę in futurum tempus conferuntur, quoniam futura incerta sunt non solùm apud nos, sed etiam apud ipsam rerum naturam, hactenus saltem etiam secũdum Stoicos, vt nec à nobis, nec à quoquam homine sciri possint, ideoque inspecta saltem humana inscientia nõ possunt non esse incerta *dict. l. sed etsi 28. §. vlt. de Iudic.* Sed præsentia & præterita omnia sunt certissima per rerum naturam, nec tantum apud naturam ipsam, siue naturantem intelligas, siue naturatam, vt Accursius loquitur, sed etiam apud homines, licèt à contrahentibus ipsis ignorentur. Nec enim contrahentium inscientiam oportet inspici, sed humanam quę in rebus præteritis aut præsentibus nulla esse potest, quæ enim ab initio fuerunt contingentia, ex postfacto, id est, vbi contigerunt, fiunt necessaria. Idem quod in his legibus scriptum est *in l. condicio in præteritum 100. l. si ita stipulatus fuero, hanc summam 120. infra de verb. oblig. §. condiciones Instit. eod. l. 3. §. si patronus vers. si tamen de bon. libert.* Malè tamen Accursius in hanc rem adfert quod Paulus ait in *l. interdum 73. in princip. de verb. oblig.* Ibi enim non de stipulatione cõdicionali agitur, nec de condicione collata in tempus præsens, aut præteritũ, aut futurum, sed de pura stipulatione quæ dilationẽ capit ex re ipsa, id est, ex materia stipulationis sumpta ex eo quod futurũ est. Planè probat optimè is locus, futura omnia esse adeò incerta, vt si in stipulationem, etiam purã collatum sit aliquid, quod pendeat ex futuro, stipulatio hoc ipso non quidem pura esse desinat, nec fiat cõdicionalis, sed tamen accipiat dilationem ex re ipsa: quæ dilatio licèt non sit condicio, quia neque obligationis, neque actionis natiuitatem suspendat, suspendit tamen exercitium, atque ita impedit effectum puræ stipulationis, vt non magis ex ea agi possit quàm si esset condicionalis; quod ad condicionis naturam proximè accedit. Nã nec valde referre solet an quis debitor non sit, an conueniri nondum possit *l. Fulcinius 7. §. si in diem quib. ex caus. in poss. eat.*

40. Paulvs lib. 1. Quæstionum.

LEcta est in auditorio Æmilij Papiniani præfecti prætorio, Iurisconsulti, cautio huiusmodi: *Lucius Titius scripsi me accepisse à Publio Mæuio quindecim mutua numerata mihi de domo. & hæc quindecim proba rectè dari Kalendis futuris, stipulatus est Publius Mæuius, spopondi ego Lucius Titius. Si ea die suprascripta summa Publio Mæuio,*

BIU Cujas

Mœuio, eíve ad quem ea res pertinebit, data, soluta, satísve eo nomine factum non erit: tunc eo amplius, quo post soluam, pœnæ nomine, in dies triginta, inque denarios centenos denarios singulos dari, stipulatus est Publius Mœuius, spopondi ego Lucius Titius, conuenítque inter nos, vti pro Mœuio ex summa suprascripta menstruos refundere debeam denarios trecenos ex omni summâ ei, heredíve eius. Quæsitum est de obligatione vsurarum, quoniam numerus mensium, qui solutioni competebat, transierat. Dicebam, quia pacta incontinenti facta stipulationi inesse creduntur, perinde esse, ac si per singulos menses certam pecuniam stipulatus, quoad tardius soluta esset, vsuras adiecisset: igitur, finito primo mense, primæ pensionis vsuras currere: & similiter post secundum, & tertium tractum vsuras non solutæ pecuniæ pensionis crescere: nec ante sortis non solutæ vsuras peti posse, quàm ipsa sors peti potuerat. Pactum autem, quod subiectum est, quidam dicebant[a] ad sortis solutionem tantùm pertinere, non etiam ad vsurarum, quæ priore parte simpliciter in stipulationem venissent: pactúmque id tantum ad exceptionem prodesse: & ideo, non soluta pecunia statutis pensionibus, ex die stipulationis vsuras deberi, atque si id nominatim esset expressum. Sed cùm sortis petitio dilata sit, consequens est, vt etiam vsuræ ex eo tempore, quo moram fecit, accedant: &, si (vt ille putabat) ad exceptionem tantùm prodesset pactum, (quamuis sententia diuersa obtinuerit) tamen vsurarum obligatio ipso iure non committeretur, non enim in mora est is, à quo pecunia propter exceptionem peti non potest. Sed (si) quantitatem, quæ medio tempore colligitur, stipulamur, cùm conditio exstiterit, sicut est in fructibus, idem & in vsuris potest exprimi: vt ad diem non soluta pecunia, quo competit vsurarum nomine, ex die interpositæ stipulationis præstetur.

Ad l. Lecta 40.

Suaues certè sunt interpretes quibus solemne est dicere legem hanc sæpius lectam esse, sed numquam intellectam: nihil enim facilius est quàm videre quid Paulus sentiat, & quam rationem Pauli sententia habeat. Proponuntur in hac lege tres conuentiones & ex iis duæ priores factæ per stipulationem, tertia verò per pactum nudum. Prima de tota sorte, quæ erat quindecim millium soluenda Calendis futuris, id est, proximis, vt *in leg. eum qui Calendis 41. infr. de verbor. obligat. probat.* id est, in nummis non reprobis, vt benè explicat Accurs. ex *l. eleganter 24. §. qui reprobos de pign. act.* Secunda de vsuris totius sortis ita soluendis, vt si nõ ad dictam diẽ tota sors solueretur: in singulos centenos aureos singuli denarij singulis mensibus, id est, in dies triginta (sic enim legendum est, vt Florentiæ, non vt vulgo *in dies viginti quinque*) præstarentur, quæ vsura est duodecima & centesima quâ maior nulla erat legitima extra nauticam, de qua in *Titul. de nautic. fœnor.* Tertia verò de solutione totius sortis in singulos menses per trecentos aureos diuidenda, nec vlla facta vsurarum mẽtione. Hinc nimirum dubitatio de vsuris quibus, & quomodo computãdis. Nam cùm debitor neque in Calendis proximis, vt ferebat prima stipulatio, neque in toto sequenti tempore quod pacto nudo comprehensum erat, quicquam soluisset, nec ex sorte, nec ex vsuris, quærebatur quantum vsurarum nomine deberet, & an totius sortis vsuræ computandæ essent ex die primarum Calendarum, ob non solutam ea die sortem, vt secunda stipulatione continebatur, an verò ex singulis mensibus præteritis vsuræ trecentorum duntaxat denariorum qui ex pacto incontinenti appositio solui eo mense debuissent. Pro prima parte mouebat quod ita stipulatio concepta erat diserti verbis ita vt nullus dubitationi locus relictus videretur, quamuis pacto incontinenti appositio de sorte aliis diebus soluenda conuenisset, tum quia pacta incontinenti apposita (id est antequam contrahentes ad alia negotia diuerterint *l. duos 6. §. vlt. infr. de duob. reis l. continuus 137. de verborum obligat. l. heredes palam 21. §. vlt. qui testam. facer. poss.*) non aliis cõtractibus inesse soleant ad formandam actionem ex eo contractu, quàm qui sint bonæ fidei, nec aliis iudiciis quàm quæ sint etiam bonæ fidei *l. iuris gentium 7. §. quinimò & §. adeo* vbi latè diximus *supra de pact. l. in bonæ fidei 13. C. eod. tit.* tum etiam quia in pacto incontinenti appositio de quo quærimus, nihil dictum est de vsuris, de quibus proinde seruandum videbatur, quod stipulatione cautum erat de totius sortis vsuris ex die primarum Calendarum soluendis, ac si pactum nullum esset subsecutum. Præsertim verò cùm non soleant pacta incontinenti post contractum stricti iuris, qualis stipulatio est, adhibita prodesse nisi ad exceptionem *dict. §. quinimò & §. adeò.* nec proinde possint impedire vim & potestatem stipulationis vsurariæ, quominus non soluta sorte ne quidem iis diebus quibus ex pacto solui debuerat, totius sortis vsurę ex die primarum Calẽdarum per stipulationem debeantur. Atque hæc Vlpiani nostri viderur fuisse sententia. Fuit enim cùm Paulo adsessor in auditorio Æmilij Papiniani, eúmque perstringit haud dubiẽ

BIU Cujas

Paulus non Papinianum, vt vult Cuiaic. (argumento nescio cur ducto ex *leg. 3. de separat.* quæ Papiniani quidem est verùm ad hunc tractatum nil pertinet) sed modestè vt par fuit, tacito eius nomine in illis verbis *Pactum autem quod subiectum est, quidam dicebat*, (sic enim legendum est non vt vulgo *dicebant*, vt sequentia demonstrant *vt ille putabat.*) Nam & illam Vlpiani sententiam non obscurè expressam legimus *in dict.* § *quinimò*, vbi cùr de pactis incontinenti post bonæ fidei contractum appositis locutus fuisset, si idem de pactis post stricti iuris contractum adhibitis existimasset? cur de iudiciis & actionibus bonæ fidei per pactum incontinenti appositum in formandis & reformandis, si non aliud in iudiciis & actionibus stricti sensisset? Paulus tamen cui solemne fuit, nec cum Vlpiano, nec cum aliis facilè consentire, contrà putat, nimirum pacta incontinenti post stipulationem facta etiam stipulationi inesse: quamuis stipulatio sit contractus stricti iuris, si quis vsquam alius, neque ad exceptionem tantùm hoc pactum de quo quæritur prodesse debere, sed etiam ad actionem quæ ex vsurarum stipulatione nascitur, informandam, vt in proposita specie, id est, interposita stipulatione, vt si Calendis proximis tota sors soluta non esset aut aliter eo nomine satisfactum, tunc pœnæ nomine in singulos menses & in centenos denarios singuli denarij penderentur, deinde secuto statim pacto de trecentis denariis ex omni summa sortis vno quoque mense soluendis, perinde esse debeat, ac si creditor per singulos menses certam pecuniam, id est, trecentos denarios stipulatus, adiecisset vsuras eius quantitatis quæ tardius soluta esset, & quoad tardius esset soluta aut quo tardiùs, vt mauult legere Cuiacius *ex l. vlt. infr. de re iudicat.* Ex quo infert Paulus, finito primo mense quo trecenti denarij solui debuerant, primæ pensionis dun taxat vsuras currere, non secundæ aut tertiæ, & similiter post secundum mensem secundæ pensionis quæ aliorum fuerat trecentorum denariorum: itémque post tertium tractum, vsuras quoque eius non solutæ pecuniæ quæ solui debuerat, crescere: cæterùm non ante vsuras peti aut deberi posse non solutæ sortis, quàm sors ipsa peti potuerit ac solui debuerit, vt dilatio quæ per pactum incontinenti appositum sorti soluendæ data est contrà quam prima stipulatione cautum fuerat, ad vsuras quoque pertineat per tacitam quandam consequentiam, vt nec tam citò deberi ac peti possint, quàm potuissēt si vsurarum stipulationi pactum illud incontinenti subiectum non fuisset. Itaque cùm aliàs ius ita comparatum sit, vt stipulatio non nisi per stipulationem elidatur ipso iure, per pactum verò posterius ne quidem pactum prius quod multo infirmius est nisi ope exceptionis, quia in stipulationibus ius, in pactis autem factum versatur, vt idem noster Paulus ait in *l. si vnus* 27. § *pactus ne peteret supra de pact.* hic tamen contrà euenit vt stipulatio ipsa per pactum tollatur, si non in totum, saltem ex parte, & ita reformetur vt noua quodammodo stipulatio contracta esse videatur vt in *d.* § *adeò d. l. iuris gentium supr. eod. titul. de pact.* nempe quia pactum hoc vt diximus inest stipulationi ipso iure etiam ex parte actoris & stipulatoris, ac proinde parit, formátque actionem, quod alioqui non prodesset nisi ad exceptionem si ex rei tantùm parte inesset, vt Vlpianus existimabat. Diuersam enim sententiam obtinuisse, ait Paulus, id est, non sibi tantùm, sed etiam Papiniano placuisse. Sed tamen progreditur Paulus vlterius, & admisso quoque eo quod Vlpian. putabat, Paulus verò negat, vt pactum hoc de sorte per pensiones mēstruas soluenda non insit nisi ex parte rei, nec prosit nisi ad exceptionem, probat tamen & quidem optima ac concludenti ratione, fieri non posse vt ex stipulatione vsuraria debeantur vsuræ totius sortis ex die primarum Calendarum, quia, inquit, cùm vsuræ in proposito casu promissæ sint pœnæ nomine, vt habent verba stipulationis, id est, in pœnam moræ quę in sorte suo tempore soluenda cōmitteretur, vt deberi regulariter solent *leg. cùm quidam* 17. § *si pupillo infr. de vsur. l. Titia Seio* 7. § *vsuras de legat.* . certum est nullam potuisse per debitorem contrahi moram nisi quatenus sortem soluisset tardius quàm debuisset. Id enim faciunt verba illa stipulationis *tunc eo amplius quo post soluam, pœnæ nomine.* Porrò quēadmodum mora nulla contrahi intelligitur, vbi nulla petitio actióve est, vt habet iuris regula *leg. nulla* 88. *de regul. iur. leg. si pupillus* 127. *de verb. obligat. l. non solum* 8. § *illud videndum de liber legat. l. Lucius* 2. . *in fin infr. depos.* ita neque cum actio aliqua quidem cōpetit, sed eiusmodi tamē quæ per instam exceptionem aliquam elidi possit. Nam vt est in alia iuris regula, nihil interest si effectum rei spectes, an ipso iure quis actionem non habeat, an ea per exceptionem infirmetur *l. nihil interest* 112. *iunct. l. non videtur* 13. *l. Marcellus* 66. *de reg. iur.* nam is enim est actio quæ per exceptionem elidi potest *l. quamuis* 5. § *Marcellus infr. ad S. C. Velleian. l. sciendum* 21. *infr. de vsur. l. penult. de cond. ob turp. causa. si dari* 25. *de verb. oblig.* Atqui exceptio nulla iustior est quàm quæ ex pacto conuento nascitur, si modò pactum illud neque contra leges neque contra bonos mores interpositum sit *l. 1. d. l. iuris gentium* 7. § *ait Prator. de pact.* Cùm igitur in proposita specie habuerit debitor exceptionem pacti ne ex stipulatione sortis totius soluendæ proximis Calendis conueniri potuerit ad totius sortis solutionem, sed tantum trecentos denarios singulis mensibus soluere debuerit, consequens omnino est vt nec moram contrahere potuerit nisi in trecentis denariis per singulos menses soluendis si eos suo tempore non solueret, nec proinde vsuras maioris quantitatis propter moram & pœnæ nomine debuerit, quàm eius in cuius solutione per singulos menses cessasset, non magis, quàm si ad diem pecuniam obtulisset & creditor accipere noluisset vt in *l. Celsus* 23. § *vlt. sup. de recept. Qui arbitr. recep.* Quid? inquies, nónne potest vtraque conuentio subsistere, & ea quæ in stipulationem de vsuris deducta est, & ea quæ in pactum incontinenti appositum? vt scilicet sors quæ ex prima stipulatione solui in Calendis proximis tota debuerat, soluatur ex pacto diuisis per singulos menses pensionibus, nec eo minus tamen totius sortis vsuræ ex die primarum Calendarum præstari debeant, quasi promissis ab initio integris & totius quantitatis sub ea condicione si suis diebus sors non solueretur. Potest sanè ita fieri si ea contrahentium voluntas fuit: non minus enim possunt in conuentionem deduci sub condicione vsuræ futuri temporis, quàm fructus qui nondum percepti sunt (nam & aliàs solet eadem esse ratio fructuum & vsurarum, quia vsuræ vicem fructuum obtinent *leg. vsuræ* 34. *infra de vsur. l. 3. de vsufruct. ear. rer. quæ vsu consum.*) vt quandocunque nati & percepti erunt, tunc debeantur ex die interpositæ stipulationis siue expressa fuerit condicio siue tacita *l. huiusmodi* 64. *l. interdum* 73. *infra de verbor. obligat.*

maximè

BIU Cujas

maximè adiecto articulo *tunc* quo denotatur extremitas temporis *l.4.§.1.de condict.& demonstr. leg.in substitutione 33.in fin.de vulg.& pup.substit.* Neque enim deberentur eo casu vsuræ propter moram, sed propter conuentionem: quod cùm accidit, non inspicimus an mora aliqua contracta sit, sed tantùm an & quomodo vsuræ promissæ sint *leg. qui Romæ 122. eodem tit.* de cuius sententia scripsimus *lib.1. Coniect. cap.1.* dum ne duplices vsuræ pro eodem tempore præstentur, quod certè numquam ferendum est *d.l. cùm quidam 17. in princip. de vsur.* non magis quàm vt vsura vsuræ præstetur *l.si non sortem 26.in princip. infra de condict.indeb.l.vlt.C. de vsur.* At in proposita specie nihil tale est. Fuerunt enim promissæ vsuræ solius sortis & quidem pœnæ nomine, & consequenter propter moram: quo casu habet locum ratio illa quam ex Paulo attulimus, quòd non priùs deberi possint quàm mora contracta sit, nec mora priùs contrahi, quàm tempus præterierit, quo sors peti cũ effectu potuerit. Atque hæc perspicua & dilucida est totius legis huius explicatio, circa quam vix vlla potest difficultas incurrere, nisi in eo quod cum Paulo diximus, pactum incontinenti post stipulationem adhibitum inesse etiam stipulationi, quandoquidem certum est & stipulationem; vt iam diximus, esse contractum stricti iuris, & contractibus ac iudiciis stricti iuris pacta incontinenti facta non inesse ex parte actoris, si Bartolo & aliis interpretibus credimus, ad producendam aut formandam siue informandam actionem. Id enim proprium esse dicunt pactorum incontinenti adiectorum post contractum bonæ fidei *d.l.iuris gentium 7.§ quinimò & § adeò supra de pact.l.in bonæ fidei 13.Cod.eod.* Qua de causa non potest Castrensis concoquere, quod Bartolus & alij magis communiter putant, eam esse Pauli nostri sententiam, etiam in contractibus stricti iuris pacta incontinenti apposita inesse, vt nouam pariant actionem, & veterem informent. Id enim dici posset, inquit Castrensis, si pacto contineretur aliquid diuersum, quod priore contractu non contineretur, & quando apponitur pro actore, secus verò si contineat illud idem, vel quando ponitur pro reo. Hîc autem pactum continet idem quod prima stipulatio scilicet reddi sortem vel solui licèt in diuersis terminis, & ponitur pro reo vt habeat longiores terminos, non pro actore. Ergo, inquit, non debet actori proficere, vt actionem ei producat aut veterem informet. Addit, pactum hoc venire ad destructionem stipulationis, in quantum per ipsum receditur à termino in stipulatione comprehenso: ergo non debet ab illa robur recipere vt ab ea vestiatur ad nouam actionem producendam, nec etiam illi robur dare vt eam informet, cùm tẽdat in oppositum vt eam destruat. Denique si per pactum informaretur actio ex stipulatione, inquit Castrensis, sequeretur quòd actio ex ea competens daretur vt soluatur in proximis Calendis tota sors, itémque vt non soluatur tota, sed singulis mensibus trecenta: quod tamen contradictorium est, & implicat. Itaque concludit in casu huius legis, nec actionem nouam per pactum produci, nec veterẽ informari, sed ipsam informari stipulationem, vt censeatur facta secundum terminos appositos in pacto. Quam sententiam mordicus defendit Cuiacius, eiúsq; vnicum authorem laudat Castrensem. Mihi verò videntur omnes Pauli sententiam non satis benè percipere. In eo primùm, quod ad omnes stricti iuris contractus porrigunt, id quod Paulus ait de sola stipulatione. Nõ enim ait Paulus pacta incontinenti facta inesse contractibus stricti iuris ex parte actoris ad formandum aut informandum contractum, quamuis generaliter dici soleat ea quæ incontinenti fiunt inesse videri *l. quoties 29. in princ.infra solut.matrim.l.si quis 5.vers.quod ita infr. de incend.ruin.& naufrag.l.penult.in fin.Cod.de instit.& substit.* Sed duntaxat ait inesse stipulationi: cuius certè diuersa ratio est à cæteris contractibus stricti iuris, quia cum constet pactum ex verbis & consensu nõ minus quàm stipulatio, nec in alio differant quàm in animo stipulandi aut paciscendi *dict.leg.iuris gentium 7.§.quod ferè supra de pact.leg.1.§. eum qui de pecun. constit.* & in solemnitate verborum quam requirit stipulatio non etiam pactum, nihil impedit quominus pactum appositum incontinenti post stipulationem ita insit stipulationi, vt quicquid in tale pactum deducitur, in stipulationem quoque deductum intelligatur, quasi idem stipulandi animus qui ab initio fuit, durare adhuc videatur, vt docuimus ad *dict.§.quinimò.* Neque fit hoc absurdum, etiamsi cum Accursio fingas in stipulationem deductum esse quid certum, in pactum autem quid incertum, nõ magis quàm si eâdem stipulatione qua promittis mihi centum, promittas etiam te iturum pro me Romam. Nempe cùm tot sint stipulationes quot sunt res *l.scire debemus 29.de verb.oblig.* nihil vetat in eandem verborum conceptionem deduci certum & incertum, & pro re certa dari condictionem certi ex stipulatione, pro incerta verò actionem ex stipulatu. At cùm credidi tibi centum, hoc pacto incontinenti addito, vt pro me Romam eas, nemo dixerit pactum hoc quamuis incontinenti appositum ita inesse contractui, vt condictionem certi, quæ ex mutuo nascitur, informare possit, & extendere ad id quod pacto est comprehensum: strictæ enim actionis natura repugnat, tametsi nec possit negari quin pactum hoc insit contractui, éique det legem, ne alioqui decipiar, qui non aliter fuerã creditурus & contracturus, vnde est quod ex huiusmodi pacto actionem mihi dari æquum est, non minus quàm si appositum esset incontinenti post contractum bonæ fidei, at non actionem ex contractu ipso, id est, condictionem certi ex mutuo, sed præscriptis verbis *l.vlt.C.de rer.permut. l.legem 9.Cod.de donat.* Nam nec donatio de qua in dictis legibus agitur inter bonæ fidei contractus enumeratur *leg.eum qui 22.infr. de donat.* In mutuo autẽ æquè dari actionem ex pacto scriptum est in *l.frumenti 12. Cod. de vsur.* nec aliam quàm præscriptis verbis: cùm vltra id quod reuera numeratum est condictio certi ex numeratione nasci nulla possit *l. cùm vltra 9.Cod.de non numer.pecun.l.rogasti 11.§.si tibi,* vbi diximus *supr.hoc tit.* In eóque fatendum est diuersam esse rationẽ contractuũ bonæ fidei, & contractuum stricti iuris, quoniam actio ex contractu bonæ fidei datur ad id omne quod pacto incontinenti appositо comprehensum est *dicto §. quinimò.* quamuis non eo minus detur etiam ex pacto illo actio præscriptis verbis *leg.2. Cod. de pact. inter empt. & vendit.* ne alioqui ad illam actionem præscriptis verbis inducendam debilius videatur pactum, quod incontinenti post contractum bonæ fidei adhibitum est, quàm quod post contractum stricti iuris. Nec rursus verum est quod vir doctissimus Iacobus Cuiacius ad hanc legem scripsit, & alibi sæpe, pacta incontinenti post contractum stricti iuris appositа non inesse contractui ex parte actoris

BIU Cujas

quoque, sed tantùm ex parte rei. Nam imò verò insunt etiam ex parte actoris cùm nouam actionem pariant, id est præscriptis verbis, vt ostendimus, cùm si non inessent nisi ex parte rei, vt ille putat, non parerent nisi exceptionem. Sed & cùm nullam pariunt actionem nouam, quod contingit, quoties pactum incontinenti appositum est post stipulationem [quis enim vnquam dixit, vel audiit ex stipulatione nasci vllo casu actionem præscriptis verbis?] non eo minus tamen inest ex parte actoris, vt scilicet actori detur actio & condictio certi ex stipulatione, si stipulatio sit certi, aut actio ex stipulatu si incerti ad hoc vt fiat id quod pacto promissum est, non solùm si pactum sit detrahens, vt in hac lege, sed etiam si adiiciens, puta si centum à te stipulatus sim hoc pacto incontinenti addito, vt pro me Romam eas. Sed & in specie huius legis, tametsi pactum incontinenti appositum respiciat fauorem debitoris, perinde tamen inest ex parte actoris, non vt aliquam ei præbeat actionem nec vt ei prosit, sed vt informet & transformet non modò stipulationem ipsam vt putat Caltrensis, sed etiam actionem ipsam ex stipulatione competentem, impediatque ne ex ea possit stipulator agere ad solutionem totius sortis ex die primarum Calendarum vt habebant verba stipulationis, sed cogatur agere ad diuisas pensiones trecentorum per menses singulos soluendorum, quasi mutata & conuersa materia stipulationis in materiam pacti, solaque manente vi & potestate stipulationis ad petendum illud ipsum quod ex pacto peti posset, si ex pacto daretur actio. Inesse igitur pactum ex parte actoris non illud est semper quod plerique putant, proficere pactum actori aut ex eo dari actionem, quemadmodum nec inesse ex parte rei est semper dari reo exceptionem, sed inesse ipso iure ex parte actoris cùm dicimus, intelligimus formari actionem ex stipulatione per pactum, ita vt non ad aliud agere possit stipulator quàm ad id quod pacto continetur: quo casu nulla reus indiget exceptione, qua vtique indigeret si pactum non inesset ex parte actoris, sed tantùm ex parte rei. In eoque errat sanè Cuiacius, existimans in specie huius legis posse stipulatorem finito primo mense in solidum agere ad totius sortis solutionem, sed conuentum debitorem posse tueri se potestate pacti tanquam quod insit stipulationi, nec teneri ipso iure nisi in pensionem primam, quia pactum faciat partem stipulationis. Hoc enim si ita esset, constaret stipulatio ex partibus secum pugnãtibus, perindeque esset acsi stipulatio sic concepta esset, vt debitor primis Calendis, & totam sortem & sola trecenta soluere cogeretur: quod absurdum vtique esset, & contradictorium. Ergo & illud quoque, vt ex huiusmodi stipulatione detur actio stipulatori ad totius sortis solutionem: vt necessaria sit debitori exceptio pacti ad euitandam condemnationem, vt in *l. quæcunque* 14. *supra de Public. in rem act.* quam nec necessariam esse fateri tandem Cuiacius cogitur: sed ita tamen vt semper velit tutum esse debitorem exceptione pacti, sed quæ tamen non sit opponenda, sed insit iudicio stricto, ideoque suppleri possit & debeat per iudicem si modò pactum allegetur. Quod Accursius noster ita explicat, vt quod hîc dicitur pactum inesse stipulationi ipso iure, suppleat subauditis his verbis *exceptionis vel æquitatis* quod est ridiculum. Nos verò negamus allegationem pacti vllam esse necessariam, & tacente quoque reo fieri nullomodo posse, vt ex ea stipulatione detur actio in solidum stipulatori. Tantùm distat vt ex ea actione sequi possit vlla solidi condemnatio. Longéque diuersum est quod aliàs solemus dicere doli & pacti exceptiones ipso iure inesse bonæ fidei iudiciis: id enim ad ea quoque pacta pertinet quæ ex interuallo adhibentur, nec nisi exceptionem pariũt *l. pacta* 72. *de contr. emp. l.* 3. *de rescind. vendit. l. sed etsi* 21. *infra solut. matrim.* Et ideo pactum eo casu allegandum est vt & dolus, non hîc. Nec vnquam certè illa fuit, siue Vlpiani, siue alterius quem Paulus reprehendit, quisquis ille fuerit, sententia, vt existimaret Calendis proximis totam sortem peti posse, in quo rursum vir doctissimus fallitur, sed tantùm vt diceret, non soluta primis Calendis pensione prima, totius sortis vsuras ex eo die deberi ob stipulationem secundam de vsuris interpositam, de quibus nihil in pacto dictum fuisset. Quòd si è contrario per stipulationem placuisset solui sortem diuisis pensionibus, id est, trecentos aureos in singulos menses, mox autem per pactum incontinenti appositum solui totam sortem Calendis proximis, aut vt ponit Cuiacius, si conuenisset per stipulationem solui sortem totam Calendis proximis, per pactum verò solui eam intra triduum, æquè dicendum esset, posse totam sortem exigi ex stipulatione iuxta formam pacti, id est, priore casu in Calendis proximis, posteriore verò intra triduum, quia pactum hoc æquè stipulationi inesset ex parte actoris, daretúrque in eam rem stipulatori actio non ex pacto, vt malè putat Cuiacius, sed ex ipsa stipulatione tanquam per pactum informata & reformata. Nam nec diuersitatis ratio vlla reddi potest inter hos casus & eum quem Paulus hîc tractat. Planè si pactum ex interuallo appositum sit, omnes consentiunt, & verissimum est, non posse illud inesse ex parte actoris nec reo prodesse nisi ad exceptionem, quia & idem esset, etiamsi bonæ fidei cõtractus præcessisset *d. l.* 7. *§. quinimò & seq. de pact.* Denique non puto fieri posse, vt pactum incontinenti appositum post contractum stricti iuris insit contractui ex parte rei & ipso iure, quin etiam insit ex parte actoris. Sed quod præcipites egit omnes interpretes, præcipuè verò Cuiacium, illud est, quod differentiam quam attulimus inter stipulationem cæteróque contractus stricti iuris, non obseruarunt, quæ tamen probatur etiam ex *l. si ita quis* 135. §. *Seia infra de verb. obligat.* vbi æquè tractatur de pacto incontinenti appositio post stipulationem, nec tamen dubitat Scæuola, quin per pactum illud ita informetur stipulatio ex parte quoque actoris, vt post tempus breuius quod pacto comprehensum erat, non patiatur agi posse ex stipulatione, quamuis verba stipulationis nullo tempore essent coangustata: nisi sub illa exceptione *si non multo post obtulisset*, vt intelligamus si oblationem antecesserit aliquod lõgius interuallum, non posse agi ex stipulatione, idque ex forma pacti contra formam stipulationis, nimirum tanquam reformatæ & transformatæ per pactum: quod proinde vult Scæuola inesse stipulationi etiam ex parte actoris. Nam inesse pactum stipulationi ex parte actoris, nihil aliud meo iudicio est, quàm affici stipulationem & actionem ipsam ex stipulatione competentem, ita vt contra id quod pacto comprehensum est, non detur actio ex stipulatione, siue pro stipulatore, siue pro reo interpositum sit pactum incontinenti: neque ab hac sententia valde alienum est, quod Pomponius scribit in *l. nec ex prætorio* 27. *de regul. iur.* Actionum modum qui

vel

BIU Cujas

vel lege vel per Prætorem introductus est priuatorum pactionibus non infirmari nisi tunc, cùm inchoatur actio, inter eos conuenerit. Etsi enim hæc sententia tam ad bonæ fidei quàm ad stricti iuris contractus pertinet, vt Cuiacius obiicit, generalis tamen adeò est, vt non minus ad stricti iuris quàm ad bonæ fidei contractus referenda sit, & pacta incontinenti apposita forment actionem ex contractu competentem, nec minus ex parte actoris quàm ex parte rei, si modò talis actio sit, cuius natura non repugnet, quomodo certè non repugnat natura actionis ex stipulatione aut ex stipulatu, quemadmodũ ostendimus, sicut nec repugnat natura condicionis certi ex mutuo, si ponas pactum incontinenti adiectum esse detrahens, puta si cùm decem tibi mutua darem, conuenerit inter nos vt nouem tantùm debeas. Verum enim est re hoc casu non debiturum iure, nisi nouem, *d.l.rogasti* 11.§.*si tibi sup. hoc tit.* Cur ita verò? Nisi quia pactum hoc inest cõtractui quantumuis stricto, & format non modò contractum, sed actionem quoque ex contractu, id est, cõdictionẽ certi ex mutuo, quia cũ in eo quod plus est, cõtineatur id quoque quod minus est, tam facilè patitur natura condictionis, vt numeratis decem cõdicantur sola nouem, quàm vt tota decem, secus autem si pactum esset adiiciens, id est, si numeratis decem conuenisset etiam incontinenti vt vndecim redderentur, natura enim condictionis quæ & stricta est, & ex numeratione nascitur, pati non potest vt vltra id quod reuera numeratum est, nascatur condictio *d.§.si tibi, l.cùm vltra* 9. *Cod. de non numer. pecun. l. si tibi* 17. *supr. de pact.* In eo siquidem quod plus est continetur quod minus est, vt habet iuris regula *l. in eo* 110 *de regul. iur.* non contra. Planè pareret hoc pactum actionem præscriptis verbis, nisi obstaret odium vsurarum, quicquid reluctetur Cuiacius, vt ex eo constat, quod si de frumenti vel olei accessionibus tale pactum interpositum esset, daretur ex eo præscriptis verbis actio, vt iam probauimus ex *l. frumenti* 11. *l. oleo* 27. *C. de vsur. iunct. l.* 3. *eod. l. Titius* 24. *infra de præscript. verb.* nempe quia incerti precij ratio facit vt frumenti vel olei & aliarum huiusmodi mercium accessiones fauorabiles existimẽtur. E contrario autem odiosæ vsuræ fœnebris pecuniæ, quoniam pecunia non modò sterilis res est & quæ aliam pecuniam gignere non potest, sed etiam habet certam & perpetuam æstimationem *l.* 3. *inf. de in lit. iur. l.* 3. *de eo quod cert. loc.* Hactenus autem odiosę sunt, vt ex pacto nudo quamuis incontinenti apposito deberi non possint, non etiam vt non ex stipulatione debeantur si promissæ sint: quod & in pœna obtinet, & aliis quibusdam rebus, quæ perinde sunt odiosæ, quod & Accursius noster hîc notat ex *l. quod si locus* 11. *supr. de religio.* vbi diximus *l. seruus ea lege* 7. *infr. de seru. export. l. auia* 6. *C. de iur. dot.* Finge itaque credidisse me tibi decem, eáque stipulatũ esse de te ita, vt non iam ex causa mutui, sed ex stipulatione debeantur iuxta *l.* 5. §. 1. *& l.* 6. *infr. de nouat.* mox pacto incontinenti apposito conuenisse inter nos vt mihi vndecim redderes addito nummo vndecimo vsurę nomine. Dico audacter quidem, quia nemo fortassis ante me dixit, sed tamen indubitanter & verissimè, ni fallor, competituram tibi actionem ex stipulatione ad vndecim consequenda tanquam nummo vndecimo propter pactum quidem incontinenti appositum debito, at ex stipulatione non ex pacto. Quid enim obsecro impedit? Non certè ratio quam attulimus ex *dict. l. si tibi* 17. *de pact.* quòd non possit re contrahi obligatio nisi quatenus datum est, non enim re contrahitur stipulatio, sed verbis sicut & pactum. Ideóque pacta omnia quæ incontinenti post stipulationem fiunt, perinde habenda sunt, ac si stipulationi ipsi inserta fuissent: quod & Cuiacius fateri cogitur ex *l.* 4. §. *vlt. eod. ill. tit. de pact.* Quod ipsum, quid aliud est, quàm inesse stipulationi ipso iure ex parte actoris? Inesse siquidem non illud tantùm est, prodesse actori ad producendam actionem vt diffinit Cuiacius, sed etiam prodesse reo ad impediendam actionis natiuitatem. Paris enim efficaciæ & potestatis est impedire ne qua ex stipulatione actio nascatur, quæ alioqui nasceretur si pactum nullum intercessisset, & actionem aliquam producere. Itaque quod diximus aliqua esse quæ non possunt deberi ex pacto, licet incontinenti post traditionem, adeóque post bonæ fidei contractum apposito, quæ tamen ex stipulatione debentur, non potest habere locum si eadem illa promissa sint per pactum incontinenti appositum post stipulationem: vt proinde possit verè dici pacta incontinenti post stipulationem facta, nõ solùm inesse stipulationi, vt in hac lege scriptum est, sed etiam potentiora esse quàm quæ incontinenti adhibentur etiam post contractum bonæ fidei, vt scilicet etiam nouandi vim habeant iure cuiusdam secundæ stipulationis, quod alia pacta non faciunt etiam incontinenti post bonæ fidei contractum interposita *d. l. auia* 6. *C. de iur. dot.* quod nescio, an quisquam adhuc obseruauerit. Facilius enim est vt pactum stipulationi incontinenti additum degeneret in stipulationem, quàm vt additum contractui emptionis degeneret in emptionem aut in alium contractum bonæ fidei. Neque id mirum videri debet, quia nullum obligationis vinculũ stipulatione potentius est, & stipulatio ipsa quolibet alio cõtractu etiam bonæ fidei fortior est & firmior, licèt dici soleat tantumdem in bonæ fidei iudiciis posse officiũ iudicis, quantum in stipulatione potest nominatim eius rei facta interrogatio *l. quia tantumdem* 7. *supra de neg. gest. l. quæro* 54. *inf. locat.* Illud sanè Cuiacius post Castrensem benè notat, nihil ad hunc tractatũ pertinere, quod scriptum est in *l. petens* 27. *C. de pact.* Ibi enim agitur, non de pacto incontinenti post stipulationem adiecto, sed de stipulatione interposita seruandi placiti causa siue stipulationem pactum præcesserit, siue subsecutum sit. Cętera quæ ad hanc legem plurib. verbis tractant interpretes consulto prætermittimus tanquam à Pauli sensũ aliena & ab huius loci interpretatione: sicut & quæ Cuiacius interserit de pactis ex interuallo appositis post contractũ bonę fidei, in quib. solet distingui an adiicięntia sint an detrahentia *l. pacta conuenta* 72. *infr. de cõtr. empt.* sed longè alio sensu quàm putet Cuiacius, vt ad eum locum dicemus & iam scripsimus in *Error.* 7. *Decad.* 95. *de error. pragmat. & interpr. iur.*

BIU Cujas

41. AFRICANVS libro 8 Quæstionum.

EIus, qui in prouincia Stichum seruum Kalendario præposuerat, Romæ testamentum recitatum est: quo idem Stichus liber, & ex parte heres erat scriptus, qui status sui ignarus, pecunias defuncti aut exegit, aut credidit: vt interdum stipularetur, & pignora acciperet. consulebatur, quid de his iuris esset? Placebat debitores quidem, qui ei soluissent, liberatos esse: si modò ipsi quoque dominum decessisse ignorassent. earum autem summarum nomine, quæ ad Stichum peruenissent, familiæ erciscundæ quidem actionem non competere cohæredibus, sed negociorum gestorum dari debere. Quas verò pecunias ipse credidisset [a]: eas non ex maiore parte, quàm ex qua ipse hæres esset, alienatas esse. Nam & si tibi in hoc dederim nummos [b], vt eos Sticho credas: deinde mortuo me ignorans dederis: accipientis non facies. neque enim sicut illud receptum est, vt debitores soluentes ei liberentur: ita hoc quoque receptum, vt credendo numos alienet. Quare si nulla stipulatio interuenisset [c]: neque creditam pecuniam pro parte cohæredis peti posse, neque pignora teneri. Quod si stipulatus quoque esset [d]: referre, quemadmodum stipulatus esset. Nã si nominatim, fortè Titio domino suo [e] mortuo iam, dari stipulatus esset: procul dubio inutiliter esse stipulatum. quod si sibi dari stipulatus esset [f]: dicendum, hæreditati eum adquisiisse. sicut enim nobismetipsis ex re nostra per eos, qui liberi vel alieni serui bona fide seruiunt, adquiritur: ita hæreditati quoque ex re hæreditaria adquiri [g]. post aditam verò à cohæredibus hæreditatem [h] non æquè idem dici potest: vtique si scierint eum sibi cohæredem datum: quoniam tunc non possent videri bonæ fidei possessores esse, qui nec possidendi animum haberent. Quod si proponatur, cohæredes eius id ignorasse [i] (quod fortè ipsi quoque ex necessariis fuerint) potest adhuc idem responderi, quo quidem casu illud euenturum [k]: vt si suæ conditionis cohæredes iste seruus habeat, inuicem bona fide seruire videantur.

Ad l. Eius qui in prouincia 41.

Hæc lex est de dispensatore, id est, de institore seruo, præposito Calendario exigendis scilicet pecuniis fœneratitis, & credendis sub fœnore. Nam & dispensator institor est *l. 5. § 1. l. in eum 19. §. vltim. inf. de institor. act. leg. tutorem 37. de administr. tutor.* licèt non omnis institor sit dispensator: est enim nomen institoris generale, dispensatoris speciale. Tractat autem hîc Africanus de dispensatore seruo, qui ignorans mortem domini sui, à quo fuerat manumissus testamento & heres ex parte scriptus pecunias Calendarij & exegerat & crediderat, quasi negotium domini semper gerens quem adhuc viuere existimabat. Duplex igitur quæstio est, vna de pecuniis ab eo exactis. Alia de creditis: de exactis quidẽ, an ei benè sint solutæ, ita vt per eiusmodi solutionem debitores liberati fuerint ipso iure, de creditis verò an sicuti numeratæ, sunt ita factæ sint creditæ & alienatæ, vt earum dominium translatum sit in accipientem, iámque ex causa mutui debeantur. Ad primam quæstionem respondet Africanus, debitores liberatos esse, si modò ipsi quoque ignorassent dominum decessisse: quod vtique intelligendum est pro coheredum portionibus, non pro ea quæ ad seruum hunc iam liberum & ipso iure heredem iure hereditario pertinet. Nam cùm pro ea parte sit ille verus creditor tanquam veri creditoris heres, certum est solutionem vero creditori factam ipso iure & indistinctè parere liberationem, sicut & si solutio facta esset vero procuratori *l. vero procuratori 12. infr. de solut. leg. si quis inficiatus 13. infr. depos. leg. creditoris 8 Cod. de condict. indeb.* Sed pro coheredum portionibus, qui sunt veri creditores, cùm sit verum solutionem factam esse alij quàm vero creditori difficilius est vt ex ea solutione acquiratur liberatio, quamuis solutio facta sit bona fide: non enim sufficit bona fides soluentis existimantis eum qui solutionem accipit habere mandatum si reuera nullum habeat *leg. qui hominem 34. §. si nullo de solut.* nec si facta sit solutio coniunctæ personæ cui permittitur interdum agere sine mandato *§. si gener. ead. leg. iunct. l. sed & hæ personæ 35. supra de procurat.* quia ea res non facit illos procuratores *l. 3. §. sed et si fortè infr. Rat. rem haber.* Et nimia credulitas illa dicenda est quæ multum distat à bona fide, sempérque imputatur ei qui nimis fuit credulus *l. 1. §. dolum supr. de eo per quem fact. erit* nõ autẽ alteri *l. 3. §. sed si sic accepit inf. de in rem vers.* nisi pecunia tandem peruenerit ad verum creditorem *dict. l. qui hominem §. si prædo leg. si quid possessor 31. §. vlt. supr. de hered. petit.* aut quod effectu idem est nisi per creditorem steterit, quominus ad eum pecunia perueniret, vt hîc Castrensis notat. At cùm præcessit man-

mandatum aliquod, sed quod fuerit reuocatum, si solutio facta sit procuratori iam reuocato, & ab eo qui reuocationem ignorauit, negari non potest, quin solutio facta sit bona fide, cui factum ipsum creditoris causam dedit, ideoque prodesse debeat soluenti ad liberationem *dict. leg. qui hominem* §. *si Titium & leg. cùm quis* 38. §. *si debitorem eod. tit.* Porrò nihil interest, an mandatum reuocaum sit expressa voluntate, an morte, dum rebus adhuc integris, §. *recte quoque & sequent. Instit de mandat.* vbi additur vtilitatis causa receptum esse, si mortuo eo, qui tibi mandauerat, tu ignorans eum decessisse exetutus fueris mandatum, posse te agere mandati actione, ne alioqui iusta, & probabilis ignorantia te damno afficiat, & huic simile esse quod placuit, si debitores manumisso dispensatori per ignorantiam libero soluerint, liberari eos, cum alioqui stricta iuris ratione non possent liberari, quoniam alij soluissent, quàm cui soluere debuerint. Nam & illud est, quod Africanus hîc scribit, Receptum esse, nimirum contra strictam iuris rationem, vt debitores reuocato dispensatori per ignorantiam soluentes ipso iure liberentur: quomodo argumentatur etiam in *leg. qui negotia* 34. *infra mandat.* Et ita debet accipi quod scriptum est in *leg. si seruus peculiari* 32. *de solut.* liberari debitores, vt scilicet liberentur ipso iure, nec tamen ex stricta & mera iuris ratione, sed tantum ex æquitate *Si modò ignorauerit creditorem mortuum esse*, vt ibidem addit Iulianus. Iusta enim & probabilis ignorantia illa est, quæ bonam fidem inducit *leg. si quis seruo* 18. *& sequent. eodem titulo.* Ergo si debitores scientes hunc dispensatorem manumissum ei soluerint, non liberabuntur, quia non possunt videri bona fide soluisse qui scientes soluerunt, nisi forte iustam quoque causam habuerit, non credendi bona fide, vt scriptum est in *lege* 2. *infra quod falsi. tutor. author.* Nam & bona fide non creditur interdum, sicut & creditur, vt diximus ad *leg. cum fundus* 31. §. *seruum tuum supra hoc titulo.* Sed tamen huic sententiæ obstare valde creditur quod scriptum est in *leg. si quis mancipiis* 17. §. *si impubes vers. eius contractus infr. de instit. act.* Si impubes patri habenti institores heres exstiterit, deinde cum his contractum fuerit, in pupillum dandam esse actionem propter vtilitatem promiscui vsus, quemadmodum si post mortem tutoris, cuius authoritate institor præpositus est, cum eo contrahatur. Deinde addit, *Eius certe contractus nomine, qui ante aditam hereditatem interceßit, etiam furioßus heres exiſtiat, dandam esse actionem etiam Pomponius scriboßit.* Mox subiicit, *Non enim imputandum est ei qui sciens dominum deceßisse cum institore mercem exercente contraxit.* Mirum est, quantopere se torqueant interpretes in harum legum conciliatione, & ipse quoque Cuiacius, qui refutatis aliorum omnium opinionibus, nec immeritò, constituit totam rationem differentiæ in vtilitate promiscui vsus, distinguitque institorem præpositum mercibus, & mercaturis faciendis à cæteris institoribus, quasi illius præpositio non finiatur, nec institotis officium, nisi remoueatur ille ab heredibus, vel à tutoribus eorum, vt in *leg. sed si pupillus* 11. *in princip. eod. tit.* Sed male meo iudicio. Nec enim vtilitas promiscui vsus tam fauorabilis esse potest, vt ob eam pupillus obligari debeat sine tutoris authoritate in fauorem eius, qui cum institore mercem exercente sciens dominum decessisse, contraxerit. Cui enim possis aliquid imputare, si nihil imputandum est ei, qui sciens dominum decessisse cum institore contraxit? Itaque fatendum est, locum illum corruptum esse, & pro *sciens* legendum esse *nesciens*, vt à nobis demonstratum est pluribus *libro secundo Coniecturarum cap.* 11. Vnde petenda sunt, quæ hîc congerere possemus. Sequitur alia quæstio de pecuniis per dispensatorem hunc Stichum iam factum liberum creditis siue per numerationem, siue per stipulationem contraxerit, de qua incipit tractare Africanus ab illis verbis, *Quas verò pecunias ipse credidisset.* Sed quærit priùs, qua demum actione coheredes Stichi possint ab eo repetere quod pro ipsorum portionibus hereditariis Sticho solutum fuit, an actione familiæ erciscundæ, quæ coheredibus inuicem dari solet, tum quoque, cum seruus liber, & ex parte heres esse iussus, aliquid ex rationibus, quas patrifamilias gessisset, penes se retinet *leg. Mæuius* 52. §. 1 *infr. famil. erciscund.* an potius negotiorum gestorum, quæ subsidiaria esse solet actioni familiæ erciscundæ. Respondet autem Africanus, *actionem familiæ erciscundæ coheredibus non competere, sed negotiorum gestorum dari debere.* Nunquam enim hæ actiones concurrunt circa eandem personam, eandem rem, eandémque speciem *leg. filiæ* 18. *in fin. leg. in familiæ* 20. *Cod. familiæ erciscundæ* quamuis vno respectu possit inter easdem personas locus esse iudicio familiæ erciscundæ, alio autem respectu actioni negotiorum gestorum, vt in *leg.* 3. *Cod. de negot. gest.* vbi heredi, qui pignoris liberandi gratia soluit creditori hereditario commune debitum, datur actio familiæ erciscundæ, quatenus liberauit pignus, cuius causa erat indiuidua, quodque non potuerat ille pro sua parte liberare, quin etiam pro coheredum portionibus liberaret *leg. rem hereditariam* 65. *de euict. leg. heredes* 25. §. *idem obseruatur supr. famil. erciscund.* Datur etiam actio negotiorum gestorum, quatenus soluendo totum debitum liberauit etiam coheredes ab ære alieno, cuius causa erat diuidua, vt bene Cuiacius docet in hanc legem. Verissima enim propositio est, quoties vnus ex heredibus aut sociis id fecit, quod pro parte sua facere non aliter potuit, quàm si rem totam gereret, familiæ erciscundæ vel Communi diuidundo actioni locum esse, extra hunc casum negotiorum gestorum agi oportere *leg. si communes* 40. *supra de negot. gest. dict. leg. heredes* 25. §. *idem iuris est, iunct. leg. his consequenter* 18. §. *vltim. famil. erciscund. leg. si quis putans* 6. §. *hoc autem*, §. *si damni supr. Commun. diuidundo frater à fratre* 38. *infra de conditione indebiti leg. fistulas* 78. §. *pen. infr. de contr. empt.* In proposita autem specie certum est potuisse Stichum accipere solutionem partis suæ hereditariæ non acceptis partibus coheredum. Ergo non potest locus esse iudicio familiæ erciscundæ, nec magis vtili, quàm directo, quamuis de directo minus ideo dubitari possit, quòd non habeat locum, nisi inter coheredes, qui aliquid gesserunt tanquam coheredes: hic autem non potuit Stichus solutionem accipere velut heres, qui se heredem ignorabat. Consequens igitur est, vt actioni negotiorum gestorum locus esse debeat. In quo ta-

BIU Cujas

men dubitandi ratio illa occurrit, quod nihil Stichus gesserit contemplatione coheredum suorum, quos nec magis sibi coheredes quàm se heredem esse existimabat, ac proinde nec ratihabitio coheredum potest facere eorum negotium, quod non ipsorum contemplatione gestum est *l. si pupilli 6. §. item quæritur in fin. supr. De negot. gest.* fecit enim quasi ex necessitate seruili. Sed decidendi ratio fortior illa est, quod effectu ipso negotium coheredum gestum sit à Sticho, & quidem eo tempore, quo licèt nihil ille gereret, nisi tanquam ex seruili necessitate, iam tamen reuera liber erat, & talis qui & obligare poterat, & obligari *l. atquin natura 19. §. si libero eod. titul. & l. is qui commodauit 13. §. vltim. infr. commod.* Nec pugnat quod in eâdem, vt videtur, specie Iulianus dat actionem familiæ erciscundæ, *in dict. l. Mœuius 52 §. 1. supr. Famil. erciscun.* Nam vt benè post Accursium docet Cuiacius, agitur eo loco de pecuniis viuo domino exactis & quæ mortis tempore inueniebantur hereditariæ, hîc verò de exactis post mortem domini, quæ nunquam fuerunt hereditariæ & quas Stichus etiamsi se heredem ex parte sciuisset, exigere tamen pro coheredibus non cogebatur, quod & nos ad locum illum docuimus. Restat iam vt ad aliam quæstionem veniamus de pecuniis à Sticho post mortem domini creditis antequàm ipse testamentum domini recitatum, séque in eo heredem ex parte scriptum resciuisset, de illa sic Africanus scribit:

a *Quas verò pecunias ipse credidisset* &c. Respondet igitur Africanus cum distinctione, vt ex qua parte Stichus heres scriptus inuenitur, alienauerit nummos quos dedit mutuos, pro partibus verò coheredum, non alienauerit, nec proinde mutuos eos dare potuerit, cùm sine alienatione mutuum contrahi non possit, si mutuum esse non potest quin de meo tuum fiat *l. 2. §. appellata supr. hoc titul.* Cuius distinctionis prior pars illam habet dubitandi rationem, quod nemo errans dominium rei suæ transferre in alium possit *l. 3. §. subtilius infr. De condiction. caus. dat. l. si procurator 35. De acquiren. rer. domin. l. & si consensum 15. §. vltim. De contraben. empt.* Hîc autem Stichus errat, cùm nummos reuera suos dat mutuos tanquam dominicos & domini sui nomine. Sed decidendi ratio est, quod hic error leuior est, quàm vt dominij translationem impedire possit: nec enim multùm distat à veritate, cùm persona heredis eadem ferè sit quæ persona testatoris, & rursum persona heredis eadem quæ fuit reuera dispensatoris, qui tam citò factus est heres quàm desiit esse dispensator, vt benè Cuiacius explicat. Quod verò pertinet ad posteriorem supradictæ distinctionis partem, ratio dubitandi illa est, quòd quemadmodum iusta huius dispensatoris & debitorum hereditariorum ignorantia facit, vt debitores ei soluentes liberentur, sicuti iam diximus, ita eadem ignorantia videatur facere debere, vt etiam pro coheredum portionibus nummi hereditarij alienentur quomodo alienarentur si dominus adhuc viueret. Generalis est enim iuris regula quę habet, bonam fidem tantum præstare quantum præstat veritas, vbi lex impedimento non est *leg. bona fides 136. de regul. iur.* Sed Africanus respondet, quæ decidendi ratio est, non sicut illud receptum est, vt debitores ei soluentes liberentur, ita hoc quoque receptum esse, vt credendo nummos eos alienet. Illud receptum est, ne iusta ignorantia debitoris bona fide soluentis damno eum afficiat cui nihil imputari potest §. *item si adhuc Institut. de mandat.* & quia ipsius interest consequi liberationem, quæ ipsa per se fauorabilis est. At hoc non similiter receptum est, nec recipi debet, non ob id solùm, quod quæ singulari iure & contra meram strictámque iuris rationem recepta sunt, non debent produci ad consequentias *leg. quod verò 15. supr. de legib.* quomodo idem Africanus argumentatur in *dict. leg. qui negotia 34. mandat.* sed etiam quia nullius damnum est, etiamsi nummi à Sticho crediti non alienentur, non domini, quia dominus manet, eorúmque quandiu extabunt, vindicandorum ius habet, non accipientis, quia cùm non sit dominus, non tam aliquod ei damnum infligitur, quàm acquirendi occasio eripitur, pro quo tamen incommodo si quod est, sentit illud commodum, vt non incidat in obligationem in quam incidere illum necesse esset, si nummi alienarentur. Et verò repugnat regulæ iuris naturalis gentium & ciuilis, vt ignoranti domino rei suæ dominium eripiatur: nec in eam rem quicquam prodesse potest prætextus bonæ fidei quia lex impedimento est, vt scripsimus ad *dict. l. si quid possessor 31. §. vltim. supr. de hered. petit. & ad d. §. seruum tuum leg. 31. supr. hoc tit.* Præter id quod nec regula iuris quæ bonam fidem veritati æquiparat, de qualibet bona fide loquitur, sed tantùm de bona fide possidentis: quæ proinde admixtam habeat causam possessionis, quod hîc non contingit: probat autem Africanus sententiam suam exemplo mandati, *Nam etsi tibi in hoc dedero nummos*, inquit, *vt eos Sticho credas, deinde mortuo me ignorans dederis, accipientis non facies.* Bona enim comparatio dispensatoris & mandatarij, nam dispensator quoque mandatarius est: & omni casu mandatum alienandi finitur morte, quia per mortem mutatur dominus, & fit nouus dominus, qui antè non erat, cuius proinde voluntas necessaria omnino est ad alienationem *leg. si ego 9. §. si res infr. de iur. dot. iunct. leg. id quod nostrum est 11. de regul. iur.* Est namque impossibile, vt dominium alienetur ab eo qui non habet *leg. nemo plus iuris 51. eod. leg. si vniuersæ 15. Cod. de legat.* Aliáque ratio est solutionis factæ à domino ei qui non habuit ius accipiendi solutionem, quamuis solutio quælibet inducat alienationem dominij: non enim nascitur impedimentum ex parte accipientis, sed ex parte dantis. Huic tamen conclusioni obstare valde creditur, quod à Pomponio scriptum est in *leg. fundi 33. vers. item si amicus infr. de acquirend. possess.* Si fundi venditor mandauerit alicui, vt emptorem in vacuam possessionem induceret, & amicus cui mandatum illud est mortuo eo priusquàm sciret mortuum, aut non prohibentibus heredibus id fecerit, rectè possessionem traditam esse: sed respondendum est agi eo loco de translatione non dominij: sed possessionis cuius translatio propriè non est alienatio *l. 4. §. 1. supr. de alienat. iudic. mut. caus. fact. leg. non alienat. 119. de regul. iur.* licèt per possessionem transferatur etiam dominium, quoties à possessione separari non potest *leg. procurator 8. Cod. de acquir. poss. leg. ex empto 11. §. 1. de act. empt. leg. traditio 20. de acquir. rer. domin.* Non enim attendi solent, quæ non fiunt nisi per consequentias *leg. 1. leg. quod dicitur 7. infr. de author.*

tutor.

BIU Cujas

ditor. Sed & translatio illa possessionis, etiamsi translationem dominij quoque includeret, non tam alienatio dici tamen deberet, quàm solutio, quomodo & à Paulo dicitur in *d. l. cum fundus* 31. § *seruum tuum supr.* ad hoc enim obligatus est venditor actione ex empto, vt rem tradat *dict. leg. ex empto* §. 1. *l.* 1. *de act. emp. l. si traditio* 4. *Cod. eod.* Itaque cùm is cui venditor mandauit, vt possessionem traderet emptori, tradidit eam post mortem venditoris, antequam sciret eum mortuum, pro eo habendus est, qui mandatum soluendi habens soluit post mortem mandatoris, quem mortuum ignorabat, & bona fide, quem liberari æquum est, non minus quàm eum, qui creditoris procuratori soluit post mortem creditoris, qui adhuc viuere putabatur: de quo iam supra diximus: quinimò esse hunc casum fauorabiliorem ex eo apparet, quod alio casu non prodest solutio ad liberationem si facta sit à mandatario iam sciente mortem mandantis, in hoc autem etiamsi mandatarius sciuerit mortuum venditorem, si tamen ab heredibus non prohibeatur tradere, valet traditio, quia mandatum tradendi causam habuit non merè voluntariam, sed ex obligationis necessitate profectam, cum ad hoc teneretur venditor actione ex empto, vt per se vel per alium rem vēditam traderet: quæ obligatio cum ad venditoris heredes transeat, mandatum hoc casu morte mandantis non finiri æquum est, sed ad heredes transire, quorum etiam interest impleri mandatum, vt liberati ab obligatione tradendi hoc ipso locupletiores fiant *leg. si pupilli* 66. *in fin. de solut.* Quod & Bartolus ad eum locum bene obseruauit, cùm notat mandatum factum super eo ad quod mandator tenebatur, non finiri morte mandatoris: quamuis ab heredibus reuocari possit. Minùs obstat, quod obiicitur ex Vlpiano in *leg. hoc iure* 29. §. *si quis dederit infra de donation.* Si quis dederit mutuam pecuniam Titio, reddendam Seio, cui donatum volebat, deinde Titius mortuo donatore Seio dedisse proponatur, dicendum esse pecuniam fieri Seij siue mortuum donatorem sciuerit Titius, siue ignorauerit. Ratio enim ab eodem Vlpiano statim redditur, *quia pecunia fuit dantis*, quæ ratio non similiter locum habet, si pecunia fuit mandantis. Sed si quæratur, an Titius liberatus sit, alia quæstio est: & in ea distinguendum cum Vlpiano, an sciuerit donatorem mortuum, an ignorauerit, vt hoc posteriore casu liberatus esse intelligatur condictione certi ex mutuo, aut saltem condictione ob causam dati causa non secuta, qua teneretur, si pecuniam Seio non dedisset: priore verò non sit liberatus, sed ea condictione possit conueniri ab heredibus donatoris, quia licet pecuniam dederit Seio, non tamen impleuit legem mutuo dictam, id est, donationem, quam donator mutuam dando pecuniam Titio in Seium conferre voluit. Non enim mortuo donatore potuit perfici donatio collata in Seium, cum donator amplius non viueret, quem iam mortuum esse sciebat Titius. Sed traditio facta Seio, quæ liberationem parere non potuit, pariet condictionem, vt eam pecuniam Seius Titio reddere teneatur condictione indebiti: nec enim potest videri debitum fuisse Seio ex causa donationis, quod illi solutum est eo tempore, quo perfici donatio amplius non poterat. Sed si mandauero tibi, vt pecuniam non meam, nec mutuam à me datam, sed merè tuam Titio des, cui donatum volebam, & tu post mortem meam Titio dederis, quæ alia species est, in qua nec de liberatione, nec de condictione tractari quicquam potest, distinctio omnimodo necessaria est, an sciueris, an ignoraueris, vt si ignoraueris me mortuum antequam dares, actionem mandati contra heredes meos habeas, si verò sciueris, nullam habeas, quia mādatum iam erat finitum morte, nec proinde impleri potuit donatio ex mandato. Et hæc Vlpiani sententia, & ratio est in *d. §. si quis dederit.* Sequitur,

c *Quare si nulla stipulatio interuenisset.* RATIO DVBIT. Adhiberi potest fideiussor, itemque pignus obligationi cuilibet etiam naturali tantum *l. 5. inf. de pignor. leg. stipulatus sum* 6. §. *inf. de fideiuss. l. Stichum aut Pamphilum* 95. §. *naturalis de solut.* Atqui ob numeratas à Sticho pecunias hereditarias post mortem domini, & bona fide non potest fieri, vt non aliqua contrahatur obligatio saltem naturalis ex parte accipientis, cum obligatio naturalis æstimetur ex facto magis, quàm ex iure *l. nec seruus* 41. *inf. de pecul.* Ergo fideiussores ex hac causa datos & pignora quoque teneri fatendum est. DEC. Non omnis numeratio parit obligationem aut ciuilem aut naturalem, sed ea tantum, per quam dominium transfertur in accipientem, ne alioqui contingat, vt quis locupletetur cum aliena iactura, quod esset contra naturalem æquitatem, vt in *leg. naturaliter* 13. *in fin. cum l. seq. de condict. indeb.* Atqui in proposita specie, non alienantur nummi, vt supra diximus. Nulla igitur obligatio ex ea numeratione contrahi potuit, neque naturalis, neque ciuilis, & consequenter neque fideiussores, neque pignora in eam causam dari potuerunt, alioqui neque vindicatio nummorum extantium dari posset, neque condictio consumptorum, si accipiens esset aliquomodo obligatus: non magis, quàm si is, qui vindicat, aut condicit, naturaliter obligatus esset. Iniquum enim esset accipientem manere obligatum, & carere nihilominus ea re quæ obligationem peperisset. Potrò nulla subsistente obligatione principali, nec accessoriæ possunt consistere *vulg. leg. cum principalis* 178. *de regulis iuris.* Planè, si nummi postea consumpti sint, an conualescet datio pignoris, aut fideiussoris? Vtique, quoniam & mutuum ipsum, si non conualescit, saltem conciliatur consumptione, sicut & ratihabitione, vt subtiliter Cuiacius tractat, ex *lege si quis pro eo* 56. §. *si nummos infra de fideiuss.* vbi Papinianus ait, consumptis nummis nasci condictionem, ex eóque infert fideiussorem obligatum esse, tanquam qui acceptus intelligatur in omnem causam, quæ ex ea numeratione nasci potest. Condictio autem illa est, quam Cuiacius ex Græcis interpretibus, & ex Theophil. in §. *vlt. Instit. quibus alien. licet vel non*, vocat de bene depensis, cùm bona fide consumpta est pecunia. Alioqui vel vindicanda est pecunia, si extet, vel agēdum eo nomine ad exhibendum si mala fide consūpta sit *l. rogasti* 11. §. *vl. d. l. nō omnis* 19. §. *vl. sup. hoc tit.* vbi plura hac de re scripsimus. Sed hæc ita si nulla stipulatio interuenerit. Nam si qua intercessit, dubitandum non est, quin ex ea nascatur obligatio ciuilis, & ex obligatione ciuili condictio certi ex stipulatione efficax, cum nihil sit quod repugnet *l.* 2. *C. si cert. petat.* Quanquam adhibenda etiam illo casu distinctio est, quomodo concepta sit stipulatio, vt Africanus noster mox subiicit. Cæterum eo casu, quo ex consumptione nummorum acquiritur con-

BIU Cujas

dictio dubitari adhuc potest cui acquiratur an coheredibus ipsis, an potiùs hereditati? Distinguendum est an consumptio superuenerit ante aditam hereditatem, an post, si ante aditam hereditatem, acquiretur condictio hereditati si qua sit iacens, qualem esse illam necesse est, si coheredes Stichi proponantur extranei, qui proinde non fuerint heredes ipso iure & per mediam hereditatem acquiretur posteà heredibus. Hereditas enim domina est *l. non minùs* 31. §. 1 *infr. de hered. instit. l. denique* 13. §. *quæsitum vers. accedit infr. quod vi aut clam. l.* 1. §. 1. *infr. si is qui testam. lib. esse. iuss.* aut saltem domini personam repræsentat, vt loquitur *l. cùm hereditas* 9. *C. depositi. iunct. l. liber homo* 13. §. *pen. supr. ad leg. Aquil. l. hereditas in multis* 61. *de acquir. rer. domin. l. si ante aditam* 15. *de interrog. in iur. faciend.* Ideóque per seruum hereditarium acquiri potest hereditati quicquid per alios seruos acquiritur dominis, vt sequitur in hac lege, extra casum *dict. leg.* 1. §. *Scæuola si is quitestam. lib. esse. iuss.* Si verò post aditam hereditatem consumptio nummorum secuta sit, acquiretur condictio heredibus rectà non per mediam hereditatem, quæ amplius nulla est, desinit enim esse hereditas vbi heres incipit esse. Proinde si ponas institutos fuisse heredes omnes necessarios, nullus distinctioni locus relinquetur, quia cùm ipso iure & statim sint heredes, etiam ante apertas tabulas, siue in solidum, siue ex parte heredes scripti sint, vt hæc lex probat, nulla videtur esse hereditas non magis quàm in heredibus suis, & necessariis *leg. in suis* 11. *infr. de liber. & posthum. l. in suis* 14. *de suis & legit.* & ita bene Cuiacius post Castrensem, qui rationem adfert prioris partis distinctionis, quod si quis pecuniam tuo nomine alij numeret, ipsa consumpta acquiritur tibi actio directa irreuocabiliter, adeóque tametsi tu nomen reprobaueris, eámque numerationem ratam habere nolueris ex *leg. si absentis* 4. *Cod. si cert. petat. leg. certi condictio* 9. § *si nummos supr. hoc tit.* vbi diximus. Quidni ergo etiam hereditati? In eóque obseruat bene Castrensis differentiam, quæ est inter condictionem certi quæ nascitur ex numeratione, & illam, quæ ex stipulatione, quòd certi condictio ex numeratione potuit per Stichum acquiri non tantùm hereditati iacenti pro coheredum extraneorum portionibus, sed ipsis etiam coheredibus, siue ignorauerint defunctum testatorem, siue sciuerint, quia & alij cuilibet extraneo acquiri per alium posset *dict.* § *si nummos & d. l. si absente*, at non etiam condictio ex stipulatione *d. l.* 2. *eod. tit. Cod. si cert. petat.* Idque adeò verum est, vt etiamsi nomen reprobare coheredes Stichi vellent, non eo minùs tamen directa condictio penes eos remaneret, qua cedere illum oporteret, nisi mallet ille suo nomine vtili actione experiri *dict. leg. si absente.* Sequitur apud Africanum,

d *Quòd si stipulatus quoque esset.* Percurrit diligenter Africanus omnes casus qui circa propositam speciem possunt emergere. Ac quoniam hucusque illum tractauit, quo nulla Stichi stipulatio in fœnerandis nummis intercesserit, pergit quærere, quid ergo si Stichus stipulatus proponatur ab iis quibus mutuas dedit pecunias? Et ait multum referre quemadmodum stipulatus sit. Nam si nominatim Titio domino suo iam mortuo stipulatus sit, proculdubio inutilem esse stipulationem, quòd si sibi stipulatus esset, dicendum esse hereditati eum acquisiuisse, nempe si ante aditam hereditatem stipulatus proponatur. Nam si post aditam à coheredibus hereditatem, aliud respondendum esse, nullam scilicet actionem ex stipulatione Stichi acquisitam esse coheredibus extraneis, quia cùm iam liber fuerit Stichus tanquam & liber scriptus, & heres necessarius, certum est per stipulationem personæ liberæ non alij acquiri posse quàm ei cui stipulator bona fide seruiat, si etiam illud concurrat vt ex re eius vel ex operis suis acquirat *l. qui bona fide* 23. *iunct. l. liber homo* 19. *infr. de acquir. rer. domin.* In proposito autem nemo dixerit Stichum bona fide possideri à coheredibus suis, qui sciuerint eum sibi coheredem datum ex recitatione testamenti. Sed si ignorauerint, quòd fortè ipsi quoque ex necessariis fuerint, atque ita heredes ipso iure etiam ante apertas tabulas, aliud est. Etsi enim non possunt videri Stichum bona fide possidere siue iam liberum eum, & coheredem sibi datum esse sciant, siue se liberos & coheredes esse nesciant, quia neutro casu possidendi animum habere possunt, potest tamen Stichus bona fide iis seruire quod sufficit, vt ex re ipsorum possit ipsis acquirere, quemadmodum cum Africano ad finem legis dicemus. Sola igitur quæstio illa superesse potest, cùm coheredes sunt extranei, cui danda sit condictio nummorum pro portionibus istis coheredum si consumpti sint, vt quæ ex stipulatione nasci nulla potuit, saltem ex consumptione nascatur. Nam si extent, cùm alienati non fuerint, apparet vindicationem eorum competere. Cui porrò alij quàm domino? Ergo coheredibus ipsis quos negari non potest eorum nummorum dominos esse, pro sua quemque portione hereditaria. Ad hanc verò quæstionem nihil Africanus noster respondet. Nos quid responderi debeat, docebimus, si priùs ad vnamquamque partem distinctionis Africani proprias dubitandi & decidendi rationes attulerimus. Ait lex,

e *Nam si nominatim fortè Titio domino suo.* RATIO VLPIANI. Cùm seruus stipulatur, nihil interest an sibi, an domino suo, an sine alterutra eorum adiectione dari stipuletur, quia omni casu stipulatio vtilis est, & ex ea domino acquiritur *l.* 11. *in princip. & pass. infr. de stipulat. seruor.* Nam & idem accidit in filiofamilias stipulante simpliciter vel sibi vel patri *l. quod dicitur* 130. *de verb. oblig.* § *si quis alij Institut. de inutil. stipulat.* Atqui si Stichus de quo agimus sibi stipulatus esset, valeret stipulatio, & acquireretur hereditati, vt Africanus subiicit. Idem ergo est etiamsi Titio domino suo nominatim stipuletur: præsertim cùm hereditas, vt diximus, personam domini repræsentet *dict. leg. cùm hereditas* 9. *Cod. depos.* DECIVS. Nihil quidem interest, cùm dominus viuit, an seruus sibi stipuletur, an domino suo, nec an sub nomine proprio domini, an sub appellatiuo. Sed cùm dominus mortuus est, vt in casu quem tractamus, multum interest. Stipulatio enim collata nominatim in personam Titij, non potest in hereditatem transferri, nec in personam Stichi, quandoquidem nec hereditas, nec Stichus potest vllo modo esse aut dici Titius. Nec quod hereditas repræsentet personam defuncti non heredis ad rem facit. Repræsentat enim personam defuncti, vt dominium rerum hereditariarum continuari possit in heredem, nec ea continuatio, vel vnico temporis momento interrumpatur, non autem vt Titius iam mortuus etiam nomen suum transferat in hereditatem, quippe quod nullam cum dominij translatione, aut continuatione habeat connexitatem. In stipulationibus autem verborum

ratio

BIU Cujas

ratio potissimùm habenda est *l. quicquid adstringendæ 99. de verb. oblig.* maximè verò personæ in quam stipulatio collata fuit, adeò, vt nec persona illa quæ nominatim adiecta est solutionis causa, videri vnquam possit adiecta obligationis gratia, vel contrà *l. eum qui 56. §. qui sibi l. vlt. §. pen. eod. tit.* Consequens igitur est, vt si Stichus pecunias quas fœnerauit stipulatus sit reddi nominatim Titio domino suo iam mortuo, inutilis omnino sit stipulatio, perinde atque si hominem iam mortuum sisti stipulatus esset *l. si homo mortuus 69. eod. tit.* aut si decessisset homo sisti promissus, qui tamen stipulationis tempore viuebat, vt in *l. 4. supr. qui satisd. cogant.* quia neque acquiri potest Titio, qui cùm iam mortuus sit nullus est, neque hereditati, neque ipsi Sticho, quia non hereditati, aut sibi stipulatus fuit Stichus, sed Titio domino suo nominatim: sic & aliàs plerunque multum refert, an quis nominatim stipulatus sit dominis suis, an non nominatim, vt sciatur, an pro dominicis partibus, an pro virilibus acquiratur dominis obligatio *l. si communis seruus 37. infr. de stipul. seruor.* Et seruus hereditarius, quamuis sibi aut simpliciter stipulando acquirat etiam heredi futuro *l. si seruus 18. §. seruus l. si ex re 28. §. vlt. l. seruus hereditarius 35. eod. tit.* si tamen nominatim futuro heredi stipuletur nihil agit, quia stipulationis tempore heres dominus eius non fuit *leg. seruus 26. eod.*

f *Quòd si sibi dari stipulatus esset.* RAT. DVB. Seruus quidem hereditarius, & hereditati & heredi futuro, dum ne nominatim, rectè stipulatur, vt modò diximus ex *leg. seruus hereditarius 35. iunct. leg. seruus 16. de stipul. seruor.* At is, qui stipulationis tempore non amplius seruus, sed iam liber est, cùm sit capax acquisitionis, si sibi stipuletur, cuinam alij obsecro quàm sibi potest acquirere? Aut cur hereditati, cùm non sit hereditarius, nec proinde habeat hereditatem pro domina? Nam & quod dicimus ex stipulatione serui hereditarij, acquiri etiam futuro heredi, non aliam rationem habet, quàm quòd hic seruus aditionis tempore in hereditate deprehendatur *dict. leg. si seruus 18. §. seruus eod. tit.* vbi ob hanc causam differentia elegans constituitur inter seruum & filiumfamilias, qui si mortuo iam patre sibi stipuletur, nec hereditati paternæ, nec futuro patris heredi quicquam acquirit. Igitur in proposita specie per stipulationem Stichi iam liberi, & heredis ex parte, nihil acquiri hereditati potest, ne quidem pro portionibus coheredum. DEC. Etiam liber homo stipulando acquirit ei cui bona fide seruit, dummodò ex eius re stipuletur *leg. acquiritur 10. leg. liber homo 19. leg. qui bona fide 23. infr. de acquir. rer. domin. leg. liber homo 20. de stipulat. seruor.* Ergo & acquirere hereditati potest cui bona fide seruiat, quomodo in casu proposito Stichus noster seruiebat bona fide hereditati tempore stipulationis cùm se putaret adhuc hereditarium, & ex domini sui testamento libertatem iam sibi obtigisse ignoraret, dummodò acquirat ex re hereditaria, quod & hîc euenerat, quia pro coheredum portionibus pecunia erat hereditaria nondum adita per ignorantes coheredes hereditate. Idque est quod Africanus scribit his verbis, *Sicut enim nobismetipsis ex re nostra per eos qui liberi vel alieni seruis bona fide seruiunt acquiratur, ita hereditati quoque ex re hereditaria acquiri.* Quam regulam valde notandam esse bene monuit Ioannes vetus glossator, quòd nullo alio iuris loco prodita inueniatur. Nec sanè aliqua videtur carere dubitatione, quandoquidem nõ potest hereditas possidere, quæ nec animum possidendi habet, nec bonam fidem, ita vt ne quidem possessio quæ fuit defuncti transire in hereditatem possit *l. 1. §. Scæuola infr. si is qui test. lib. esse iuss.* Quanto minùs potest incipere possidere bona fide Stichum, qui defuncto domino seruiebat non bona fide, sed tanquam qui verè seruus eius esset? Quod enim liber homo aut seruus alienus acquirit ei cui bona fide seruit dum ex ipsius re acquirat, non videtur fieri propter bonam fidem solam, sed magis propter possessionem, vt innuit illa iuris regula, quæ habet, bonam fidem possidenti tantum præstare quantum præstat veritas, vbi lex impedimento non est *leg. bona fides 136. de regul. iur.* Cur enim adderet *possidenti* si non potissima possessionis ratio haberi deberet? Neque verò aliud sensisse Africanus ipse videtur, qui cùm subiicit post aditam à coheredibus hereditatem non æquè idem dici posse, vtique si scierint Stichum sibi coheredem datum esse, rationem adfert *quoniam tunc non possunt videri bonæ fidei possessores esse, qui nec possidendi animum haberent.* nisi dicamus in hereditate speciali quodam iure, & vtilitatis causa sic comparatum esse, vt & alia pleraque, etiam ex iis quæ possessionem aliquam & possessionis continuationem requirunt, quale illud est, vt nondum aditæ hereditatis tempus vsucapioni prosit, siue seruus hereditarius aliquid comparat, siue defunctus vsucapere cœperat *l. iusto 44. §. nondum aditæ. Iunct. l. numquam 31. § pen. infr. de vsucap.* Non enim potest imputari hereditati cur non possideat, nec animum possidendi habeat, nec proinde ea res debet immutare rationem iuris, cùm non eo minùs verum sit Stichum iam factum liberum seruire bona fide hereditati quandiu nescit se liberum, & hereditas pro coheredum portionibus non est adita, licèt nec se putet esse hereditarium, qui dominum suum mortuum esse ignorat. Et verò Stichus qui se scit seruum Titij, quem putat adhuc viuere, quamuis reuera liber sit, mortuo Titio à quo fuit liber & heres ex parte scriptus, adhuc tamen bona fide seruit hereditati, quæ eiusdem domini personam repræsentat: vt perinde haberi debeat, acsi Stichus inter viuos manumissus à suo domino liber factus fuisset ignorans, nec eo minùs eidem domino seruire bona fide perseuerasset, si ita res geri potuisset: quod tamen impossibile est, quia neque ipso iure liber fieri per manumissionem inter viuos ignorans quis potest, neque bona fide possideri ab eo qui ipse manumiserit. Denique non tam inspiciendum est, vtrum homo liber bona fide possideatur ab eo cui acquirit, quàm vtrum ei bona fide seruiat, & ex re ipsius acquirat: vt Africanus quoque docet in sequentibus, cùm ait, si coheredes Stichi ignorauerint testatorem mortuum, datúmque sibi Stichum coheredem, quòd fortè ipsi quoque ex necessariis heredibus fuerint, æquè dicendum esse ipsis acquisitam stipulationem pro eorum portionibus hereditariis, tanquam ex re ipsorum contracta stipulatione, per Stichum tunc ipsis bona fide seruientem, tametsi non idcirco posset videri ab iis possessus qui nec possidendi animum haberet, nec possidendi ius posse habere se putarent, cùm se adhuc seruos esse crederent.

g *Post aditam verò à coheredibus hereditatem.* Ponit enim Africanus fuisse coheredes extraneos, quorum est adire hereditatem, non autem heredum necessariorum, qui statim & ipso iure sunt protinus

BIU Cujas

heredes siue velint, siue nolint §. 1. *Instit. de hered. qualit. & differ.* Idque apparet clariùs ex sequentibus, vbi tractatur tanquam de diuerso casu si coheredes quoque necessarij fortè fuerint. RAT. DVB. Aditio hereditatis facit duntaxat, vt per hunc Stichum nihil possit acquiri hereditati, quia nec hereditas vlla est ex quo fuit adita, sed incipit fieri patrimonium heredis per confusionem nisi impetretur separatio *l. 1. infr. de separat.* Atqui potest stipulatio Stichi prodesse coheredibus etiam post acquisitam iis hereditatem, puta si ignorauerint datum sibi Stichum coheredem, vt sequitur apud Africanum: ergo nihil facit hereditatis aditio, & acquisitio, sed tantùm bona fides, vel mala fides coheredum. DEC. Extranei heredes sicuti non possunt esse heredes quin fiant, nec fieri citra aditionem in quo differunt à necessariis siue suis, siue non suis *l. in suis* 14. *de suis, & legit. §. vltim. Instit. de hered. qualit. & differ.* ita neque adire quin sciant se institutos & apertas esse tabulas, ac testamentum recitatum, cùm non aliter possint adire quàm si de iure suo certi sint, & ex qua causa iis delata sit hereditas *leg. is qui putat* 15. *cum quatuor seqq. leg. si is ad quem* 22. *& sequentib. leg. heres institutus* 32. *& seqq. leg. eum qui* 51. *& pass. infr. de acquir. hered.* Ideóque lex Iulia Papia de caducis ad eos tantùm, non etiam ad necessarios heredes pertinet, vt iam diximus ex hac *leg. iunct. leg. vnic. in princip. Cod. de caduc. tollend.* Atqui non potest extraneus heres ex parte institutus scire se institutum, & ex qua parte, quin sciat etiam quem coheredem habeat, & ex qua parte. Porrò scientia illa statim malam fidem inducit, & impedit ne possint in proposita specie coheredes Stichi extranei possidere illum bona fide, vt per eius stipulationem aliquid acquirant, cùm nec habere possint animum possidendi eum, quem iam liberum, & coheredem sibi datum esse intelligunt. Bene igitur Africanus distinguit, an hereditas sit adita, nécne, vt vel ex hoc solo appareat tractare illum hucusque de hereditate quę adiri possit & debeat, vt acquiratur. Quamquam apertiùs & generaliùs ne dicam meliùs fecisset Africanus, si distinxisset, non an adita esset hereditas nécne, sed an Stichi coheredes necessarij fuissent, an extranei, & rursum si necessarij, an sciuissent datum sibi coheredem Stichum, an ignorassent, vt si sciuissent, nihil eis acquiri per Stichum posset (nam & necessarij possunt scire quod extranei possunt, licèt possint etiam ignorare, quod extranei non possunt) si verò ignorassent, acquisita iis esset obligatio ex stipulatione Stichi pro portionibus eorum hereditariis. At si extranei heredes essent, subdistingui oporteret, an hereditas per eos adita esset nécne, non autem an hereditate adita sciuissent datum sibi coheredem Stichum, quandoquidem id ignorare non potuerunt. Itaque quod hîc scribitur *vtique si scierint eum sibi coheredem datum* sic accipio, acsi scriptum esset *vtique quia sciuerint*, aut *cùm vtique sciuerint*. Sequitur enim statim coheredes non aliter potuisse ignorare datum sibi Stichum coheredem, quàm si ipsi quoque fuerint ex necessariis, vt intelligamus non nisi in necessariis heredibus posse hanc ignorantiam, & quæ ex ea nascitur, bonam fidem, probabiliter contingere, nisi malis sic intelligere vt distinxerit Africanus in coheredibus generaliter an sciuerint, an ignorauerint, sed non in coheredibus extraneis, id est, per aditionem factis in quos vtique non cadit probabiliter hæc distinctio, præsertim cùm heredes soleant & debeant habere penes se exemplum testamenti aperti & recitati *leg. 2. supr. de edend.* Quod nec Accursius noster, nec alius ex interpretibus videtur obseruasse, sicut & in eo labitur Accursius quod putat Africanum de pignoribus à Sticho acceptis, de quibus quæsitum fuerat, nihil respondere. An non enim satis respondet cùm de principali obligatione, quæ ex stipulatione nascitur, sententiam suam aperit? Nimirum pignoris, vt & fideiussoris obligatio tanquam accessoria sequitur principalem, & cui acquiritur ex stipulatione actio, & pro qua parte eidem acquiritur etiam ius pignoris & pro eadem parte. Contrà verò cui non acquiritur vlla ex parte principalis obligatio, eidem nec accessoria. Porrò principalis obligatio acquiritur Sticho pro parte hereditaria nisi cùm Titio domino suo iam mortuo nominatim stipulatus est, vt diximus, & quidem pro parte tertia non singulorum corporum sed totius summæ *leg. nam etsi fur* 13. *§. vltim. supr.* ergo & pignoris & fideiussoris. Coheredibus verò non acquiritur indistinctè, nisi quo casu acquiritur hereditati non aditæ, id est, si Stichus putans dominum adhuc viuere sibi stipulatus sit, aut si iam heredes necessarij ignorauerint datum sibi Stichum coheredem. Ergo nec nisi his casibus pignoris & fideiussoris obligatio ipsis acquiretur, scilicet ex stipulatione. Nam si quo casu concilietur mutuum ex consumptione etiam cessante vinculo stipulationis, pignoris quoque & fideiussoris datio conciliabitur, vt iam suprà docuimus ex *leg. si quis pro eo* 56. §. *si nummos inf. de fideiuss.* Errat etiam Accursius in eo, quod tum quoque cùm Stichus ante aditam ab extraneis coheredibus hereditatem, sibi aut simpliciter stipulatus est, quo casu diximus acquirere illum hereditati ex re hereditaria, distinguit an coheredes sciuerint, an ignorauerint Stichum datum esse sibi coheredem. Illa namque distinctio tum necessaria est cum quæritur, an coheredibus rectà & immediatè ius aliquod ex stipulatione Stichi quæsitum est, non etiam cùm per eum ius acquisitum est rectà & immediatè hereditati. Quicquid enim hereditati semel acquisitum est, id omnimodo necesse est per mediam hereditatem acquiri heredibus siue scientibus, siue ignorantibus *dict. leg. 1. §. Scæuola infr. si is qui testam. lib. eff. iuss.* Quod verò addit Accursius, eo casu quo negat acquiri actionem coheredibus ex stipulatione Stichi, nec ipsi Sticho acquiri posse directam ne quidem pro parte ipsius hereditaria aquè falsum est. Nam imò acquiritur & ex stipulatione, quãuis alij quàm sibi, hoc est domino suo acquirere voluerit, tum quoque cùm aut sibi, aut impersonaliter stipulatus fuit dum ne domino suo nominatim, & multo magis ex numeratione, in quam scilicet non cadit eadem distinctio, cuius nomine numeratio facta sit, cùm pecuniã partim suam, partim hereditariam Stichus numerauerit, quamuis si numerationem præcedat, aut sequatur incontinenti stipulatio, ex stipulatione detur actio non ex numeratione *l. cùm enim 7. iunct. §. 1. leg. præced. infr. de nouat.* Alioqui si directa hoc casu non daretur Sticho pro parte sua hereditaria, nec vtilem quidem ei dãdam putarem, cùm ex inutili stipulatione nõ magis vtilis quàm directa stipulatori actio quæri possit, licèt ex vnius stipulatione possit interdum acquiri alij vtilis actio, vt in specie *l. quodcunque* 45. §. 1. *leg. si procuratori* 79. *infr. de verb. oblig.* Nec me moueret Põponius

BIU Cujas

ponius *in leg. liber homo 19. i fin. de acquirend. rerum domin.* qua mouetur Accursius, vbi neque de directa, neque de vtili actione verbum vllum. Itaque si quis cum Castrensi dicat hanc glossam de libro abradi debere, vt ipse loquitur, non valde repugnarem. Planè de coheredum portionibus dubitari eleganter potest cui acquiratur ex consumptione actio, illo casu quo ipsis coheredibus ex stipulatione Stichi acquiri nulla possit. Idcirco autem loquimur de consumptione, quia nummis extantibus non posset dubitari, quin eorum vindicatio danda esset domino, ac proinde coheredibus qui vtique siue necessarij essent siue extranei, hoc ipso domini inuenirentur, quòd essent heredes §. *vltim. Instit. de hered. qualit. & differ.* Sed nummorum consumptio sicuti vindicationem tollit, quæ non nisi extantis rei fieri potest, ita difficiliorem inducit quæstionem de actione personali, quippe quæ non facilè ex alterius contractu nasci potest, cùm tamen vindicatio non ex contractu nascatur, sed ex præsenti possessione *leg. non aliàs 24. § sed si postulatur supr. de iudic.* Iam autem diximus actionem quæ ex stipulatione acquiri coheredibus non potest, acquiri tamen consumptione, cùm pecunia quam Stichus fœnerauit ipsorum fuerit, non adhibita distinctione illa, quam adhibendam esse diximus, cùm de condictione ex stipulatione quæsita disputatur, an sciuerint Stichum sibi datum esse coheredem, an ignorauerint: quia semper acquiritur actio directa ei cuius fuit pecunia: quamuis si numerationem ratam habere nolit, cogitur eam condictionem mandare numeranti, qui nihilominus ex persona sua habet vtilem *dict. leg. si absentis 4. Cod. si certum petatur.* Quemadmodum è contrario is qui ex aliena pecunia sibi stipulatus est, & condictionem ex stipulatione sibi acquisiit, vt *in leg. 2. eodem titul.* non tamen impedit quominus condictio certi ex numeratione acquiratur ei cuius fuit pecunia, adeóque actione illa quam ex stipulatione habet alij cedere cogitur, ne ex re alterius fiat locupletior si Castrensi credimus ex *leg. si & me 3 supr. leg. 1. § si seruus infr. de stipulat. seruor.* quod tamen ego probare non possum, quia loci supradict. de danda non de cedenda condictione loquuntur. Et verò cùm actio ex vtili stipulatione, quæ stipulanti quæsita fuit, doli mali exceptione possit elidi, quandiu pecunia credita vel vindicari potest à domino vel condici ab eo qui dominus fuit, vt scriptum est *in d. § si seruus iunct. leg. nam etsi fur 13. supr.* quem obiecto effectum habere potest cessio actionis quam possit debitor cõuentus per doli exceptionem elidere? Aut enim efficax actio cedenda est, aut nulla *leg. Stichum aut Pamphilum 95. § penult. in fin. infr. de solut.* In eoque rursum errat Castrensis, quod subiicit, interueniente vtili stipulatione non esse curandum de cõsumptione. Nam imò verò semper quærendum est de consumptione, non vt impediatur condictio certi ex stipulatione, quæ omnimodo ipso iure competit, sed vt sciri possit, an efficax ea actio futura sit, & cur non efficax. Si enim nummi extent, ideo non potest efficax esse actio, quia possunt vindicari *arg. dict. leg. nam etsi fur*, quod nec Castrensis diffitetur. Si verò sint consumpti, idcirco inefficax actio est, quoniam coheredes habituri sunt condictionem certi ex numeratione si modò ratam eam habere velint, & quidem efficacem condictionem quæ nullo casu per exceptionem eliditur, *dict. l. 1. § si seruus de stipul. seruor.* Quòd si ratam numerationem habere nolit, eo demùm casu erit vtilis & efficax stipulatio si aliud nihil obstet, nec vlla cessione stipulator indigebit *d. l. 2 C. si cert. petat.* Sequitur apud Africanum, *qui nec possidendi animum haberent.*

RAT. DVB. Nemo potest solo animo incipere possidere *l. 3. § infr. de acquirend. poss.* quia possessio licèt animo solo retineri possit, non tamen acquiri nisi animo, & corpore, vt dixi *ad leg. certi condictio 9. § vlt. supr.* Ergo non est bona ratio propter quam non possint videri coheredes isti bonæ fidei possessores esse, quia possidendi animum non habuerint, quandoquidem non aliud dicendum esset, si animum possidendi haberent, vt & Accursius fatetur.

DEC. Nemo quidem potest solo animo incipere possidere, sed tamen illud quoque verum est, neminem posse sine animo possidere. Est enim possessio corporis & animi simul, sed tamen animi magis quàm corporis, adeò vt etiam solo animo possit amitti possessio si amissio incipiat ab animo *leg. 3. §. in amittenda l. si quis vi 17. § differentia infr. de acquirend. possess.* Sensus igitur Africani est Stichum iam factum liberum nihil potuisse ex sua stipulatione acquirere coheredibus suis extraneis, tanquam ab iis pro portionibus ipsorum hereditariis bona fide possessum, cùm neque bonam fidem habere potuerint scientes datum sibi eum coheredem, neque possessores Stichi esse, cuius possidendi nec animum haberent.

i *Quòd si proponatur coheredes eius id ignorasse.* RAT. DVB. Ignorantia coheredum, quòd fortè ipsi quoque ex necessariis heredibus fuerint, non potest eos facere bonæ fidei possessores, qui nec possidendi animum habeant, quandiu se adhuc seruos esse putant, & se factos heredes ignorant: neque enim sibi possidere quicquam seruus potest, qui suum nihil habere potest, quique ipse ab alio possidetur *leg. 1. § sed & per eum leg. rem quæ nobis 15. infr. de acquirend. possess.* Et quamuis coheredes isti à nemine possideantur, cùm iam liberi sint, attamen vt possidere nihil possint, quòd sine animo nulla queat esse possessio, sufficit vt se putent possideri à domino quem credant adhuc viuere, quemadmodum solemus dicere, ad impediendam repetitionem sufficere, quòd quis se putet condemnatum, licèt reuera non sit condemnatus *leg. cùm putarem 36. supr. famil. erciscun.* Nec rursum ignorantia illa coheredum facere potest, vt hereditas aliqua supersit, cùm non eo minus sint illi ipso iure & liberi & heredes. Ergo quod in præcedentibus dictum est, ex stipulatione Stichi potuisse acquiri actionem hereditati nondum aditæ ex re hereditaria, quasi hac parte seruus non hereditarius adhuc videatur ab hereditate possideri quodammodo hactenus saltẽ vt ei possit ex re hereditaria acquirere, quandiu se putat hereditarium iam factus liber: scilicet pro coheredum extraneorum portionibus, pro quibus verum est adhuc iacere hereditatem, quandiu adiri ab illis vel repudiari hereditas potest, non idem hoc casu responderi potest, in quo ponimus coheredes non extraneos fuisse, sed necessarios, & iam factos liberos ipso iure, quia nihil est quod hoc casu de hereditate tractari possit, quæ iam nulla est, cùm coheredes necessarij perinde sint ipso iure liberi & heredes, ac Stichus, quem toties diximus liberum & here-

BIU Cujas

dem fuisse ipso iure, etiam ignorantem. Nec tam facile illud est, vt Stichus iam liber factus acquirat coheredibus suis à quibus non possidetur, quàm vt acquirat hereditati ex re hereditaria, quia licèt nec ab hereditate possideatur, quæ possidere nihil potest *leg.1.§.Scæuola infr.si is qui testam.lib.eff.iuff.* facilius tamen est vt videatur possideri quodammodo ab hereditate, quæ possessoris veri personam repræsentat, quàm vt à coheredibus cum quibus habet ius par, & æquale: dici enim solet quod & verissimum est, paris in parem nullum esse imperium *leg.4. supr.de recept.qui arbitr.recep.*

DEC. Coheredum ignorantia licèt non faciat eos possessores, facit tamen vt sint in bona fide, ac proinde vt verum sit dicere Stichum iis seruire bona fide, quamuis iam sit liber, cùm sint ipsi quoque liberi & is liberum se ignoret, quamuis nec liberos eos esse sciat. Quidni ergo etiam ipsis acquiret stipulando, non quidem simpliciter & absolutè, sed ex re ipsorum, quemadmodum acquirit hæreditati ex re hereditaria: nec enim magis ab hereditate possidetur quàm à coheredibus ignorantibus, sufficítque ad hoc vt possit iis acquirere quod bona fide ipsis seruiat. Nam & homo liber bona fide seruire homini libero potest. Et quod diximus, omnium coheredum necessariorum par esse ius, & æquale, non potest facere quominus videatur Stichus seruire bona fide coheredibus, sed tantùm vt vicissim ei quoque coheredes bona fide seruire videantur. Quod Africanus libenter admittit, tanquam quod mirabile sit magis, quàm absurdum. Sequitur enim,

k *Quo quidem casu illud euenturum est.* RAT. DVBITAND. Qui possidetur ab alio, possidere alium ipse non potest *dict.leg.1.§.sed & per eum in fin.de acquirend.possession.leg.homo liber 54.§.vltim.infr.de acquirend. rerum domin.* sicuti nec alium in sua potestate habere potest is qui ipse est in aliena potestate *leg. sic enim & 21. infr. ad leg.Iul.de adult.* Non ergo fieri potest, vt duo pluréve homines liberi bona fide inuicem sibi seruiant tanquam bona fide possessi simul, & possidentes, non magis quàm vt se inuicem possideant.

DEC. Bona fide seruire facti est, non iuris, siue factum ipsum seruiendi consideres (aliud enim est *seruire* aliud verò *seruum esse*) siue bonam fidem *leg bonæ fidei 48.§.1. de acquirend.rer.domin.* Possessio autem, licèt ipsa quoque facti sit, est tamen etiam iuris, & plurimum ex iure mutuatur *leg.possessio 49. in princip.& §.1.de acquirend.possess.* Nihil ergo prohibet, quominus plures sibi inuicem bona fide seruiant aut saltem seruire videantur, quomodo Africanus hîc loquitur quamuis fieri non possit vt plures se inuicem possideant. Sicuti nec quicquam vetat plures eiusdem negotiationis socios videri inuicem sibi institores, vt ex vnius contractu alij quoque in solidum obligentur etiamsi per seipsos exerceant, dum in diuersis locis aut in eodem etiam loco si separatim contrahant, vt ex Bartolo & Baldo concludit *Castr.ad leg.1.§.vltim.infr.de exercit.act.* quamuis secus sit in socijs vniuersorum bonorum *leg.antepenultim.inf. Pro socio*, & in exercitoribus eiusdem nauis, quia non æquè inuicem sui magistri videntur *leg.4.in princip.de exercit.action.* Itaque placet valde quod hîc notat Cuiacius ex Stephano Græco interprete & Græcorum, vt ipse vocat, peritissimo, non ita loqui Africanum vt dicat coheredes istos Stichi & à Sticho possideri, & Stichum vicissim possidere, quod non magis fictione iuris, vt putat Accursius, quàm verè fieri post (ad ea siquidem quæ facti sunt, non potest fictio vlla iuris pertingere *leg.denique 19.sup.ex quibus caus. maior. leg.in bello 12. §. facti infra de captiu. & postlim.*) sed sic duntaxat, vt dicat videri eos sibi inuicem bona fide seruire, quod longè diuersum est. Sed mirabile tamen, vt diximus, magis quàm absurdum. Ex quo intelligimus, vt homo liber alij possit ex re eius vel ex operis suis acquirere, non illud omnimodo requiri vt ab eo cui acquirit, possideatur, sed satis esse, vt ei bona fide seruiat: bona autem fide posse quem seruire illi etiam, à quo nullomodo possideatur, vt cernere est in hoc ipso Sticho de quo agimus, qui licèt iam liber & heres factus, pro coheredum tamen portionibus acquirit nondum aditæ hæreditati quandiu se liberum & heredem ignorat, putans se seruum hereditarium. Acquirit enim hereditati ex re hereditaria, quoniam hereditati seruit bona fide, nec tamen ab hereditate vllomodo possidetur: ipso etiam fatente Accursio ex *d. leg.1.§.Scæuola infra si is qui testam lib.eff.iuff.* Errant igitur qui ex hac lege probant, hereditatem quoque ipsam possidere aut saltem quasi possidere, quod vtcumque sanè falsissimum est, si de illa hereditate intelligatur, quæ est propriè hereditas, id est, quæ iacet, vt *in leg.1.§.veteres infr.de acquirend.possess. leg.heres per seruum 43 de acquirend.heredit.* non de ea quæ fuit aliquando hereditas, sed per aditionem facta iam est patrimonium heredis, licèt inspecto eo, quod fuit, retineat aliquando nomen hereditatis vt *in l.sed si plures 10.§.filio de vulg.& pupill substit. leg.in fideicommissaria 18. ad Senatusconsultum Trebellianum & tot.titul. de petit.heredit.* Illud certè notatu dignum est, hereditatem etiam pro parte aditam, nihilominus hereditatem verè ac propriè remanere pro portionibus nondum aditis, quandiu adiri aut repudiari possunt, quamuis in eo iam sint, vt si à coheredibus repudientur, hoc ipso per ius adcrescendi, coheredi qui partem suam adiit, acquirantur sola vi & potestate iam factæ aditionis, ita vt nulla sit opus noua aditione *leg.si solus 80.§.item si seruus & §.vltim iunct.leg.si ego 26. & leg.si duo 38. de acquirend.heredit.* ne quidem ad acquirendam hereditatem ex causa substitutionis si fortè coheres coheredi substitutus proponatur *leg.si quis heres 35. eodem titul.* Nec minus illud quoque notandum est, quod ex hac lege infert Bartolus, in heredibus necessariis ignorantiam præsumi eorum, quæ testamento continentur, ac proinde in filiis quoque qui sui sunt & necessarij, & hoc ipso tanto magis necessarij *leg.necessarius 57.eodem titul.leg. in suis 11. de liber. & post.* Sunt enim heredes iam viuo quodammodo patre *dict.leg.in suis*, serui autem non nisi post mortem domini, & quamuis habeant beneficium abstinendi, sicut & serui beneficium separationis *leg.1.§. vltim. de separat.* non eo magis tamen comparandi sunt extraneis aut emancipatis, vt malè hîc tentat Castrensis contra Bartolum. Qui enim sunt in potestate, statim heredes sunt & ipso iure etiam ex testamento, nec quod se possunt abstinere quicquam facit, vt Vlpianus scribit *in leg.1.§.qui sunt in potestate infr. si quis omiss. caus. testament.* adeò vt nec sit sine herede qui suum heredem habet, quamuis se abstinentem *leg.cùm quæsi 30.§.sed etsi suus infr. de fideicommiss. libert.* De quo videnda

BIU Cujas

videnda sunt, quæ pluribus scripsimus ad *leg. si filius* 12. *supr. de interrogationibus in iure faciendis.*

42. CELSVS libro 6. Digestorum.

SI ego decem stipulatus à Titio, deinceps stipuler à Seio, quanto minus à Titio cõsequi possim: si decem petiero à Titio, non liberatur Seius, alioquin nequicquam mihi cauetur. at, si iudicatum fecerit Titius [a], nihil vltra Seius tenebitur. Sed si cum Seio egero [b], quantumcumque est, quo minus à Titio exigere potuero eo tempore, quo iudicium inter me, & Seium acceptum est, tanto minus à Titio postea petere possum.

Ad l. vlt. Si ego decem.

RAT. DVB. In pluribus correis debendi, itémque in reo & eius fideiussore ita comparatum erat iure vetere, ac Celsi temporibus cuius est hæc lex, vt vnius electione alius liberaretur etiam nulla secuta exactione *l. 2. infr. de duob. reis.* Idcòque fuit necessaria Iustiniani constitutio *in leg. vlt. Cod. de fideiuss.* quæ ius vetus abrogaret, & ad omnes extenderet quod olim constitutum erat in solis mandatoribus *leg. reos 23. iunct. leg liberum 6 eod. tit.* Atqui in huius legis specie si ego decem stipuler à Titio, deinde stipuler à Seio *quanto minus à Titio consequi possim*, licèt Titius & Seius non sint correi debendi, neque Seius fideiussor sit Titij, attamen minùs debitor est, minúsque obligatus, quàm si aut correus debendi esset, aut fideiussor. Ergo non debet durior esse ipsius condicio: ac proinde dicendum est electione Titij licèt ab eo nihil exegerim, Seium tamen liberatum esse.

DEC. Seius in hac specie neque reus debendi est, neque fideiussor, quia non promittit illud ipsum, quod Titius debet, sed duntaxat quanto minùs à Titio seruare potero, vt indemnitatis tantùm fideiussor esse videatur. Proinde non est purè & simpliciter debitor, sed sub illa demum condicione, si totum debitum à Titio seruari non poterit, adeò vt si Titius exactus sit in solidum, non ideò tamen liberatus dici possit Seius qui nec obligatus vnquam fuisse intelligitur, vt subtiliter ratiocinatur Papinianus *in l. decem* 116. *de verb. oblig. l. si decem* 21. *infr. de solut.* Multo igitur minùs sola electione Titij liberari potest, cùm omnis liberatio præsupponat obligationem, sicuti priuatio habitum *d. l. decem & l. 4. supr. de iustit. & iur.* Et hæc vera certè ac germana decidendi ratio est. Quamuis illa quoque addi possit, quam Celsus noster insinuat his verbis, *alioquin nequicquam*, id est frustra *mihi caueatur.* Cuius sensus est, nunquam capiendam esse eam interpretationẽ quæ inutilem efficiat stipulationem, vt ei qui maximè per stipulationem cauere sibi voluit, nõ sit cautum. Hæc enim maligna esset interpretatio, talísque dicitur à Paulo *in l. si ita stipulatus* 126. §. *Chrysogonus vers. planè infr. de verborum obligationib.* Atqui si sola Titij electione aut condẽnatione liberaretur Seius, quamuis à Titio nihil exigi potuisset, fieret vt inutilis mihi esset cautio interpositæ huiusmodi stipulationis per quam maximè prospicere mihi volui. Nã cùm nulla mihi ex hac stipulatione actio contra Seium possit competere, quousque Titius excussus sit, quia nec ante sciri potest quid & quantum debiturus sit, adeóque nec cui sit omnino debiturus (si enim Titius totum solueret, nihil penitus exigere à Seio possem quasi defecta stipulationis condicione) si rursum agente me contrà Titium hoc ipso liberaretur Seius, consequens est vt nullum casum vtilem haberet hæc stipulatio, quod esset absurdum. Nec enim sola ratio iuris potest vnquam aut debet damno adficere creditorem, qui diligenter sibi prospexerit *leg. 3. in fin. inf. de separat.* Sed conuenientior, & fortior est ratio illa quam attulimus, quàm quæ ponitur in hac lege. Hæc enim probat Seium per electionem Titij liberari non debere, illa verò non posse, nec si Titius velit, & consentiat. Itaque malè nostri ad hanc legem tractant de exceptione non factæ excussionis, quæ hodie competit fideiussori ex Iustiniani *Nouell. 4. de fideiuss.* vnde sumpta est *Authent. præsente Cod. eod.* Nam quod ante excussum Titium Seius conueniri à me non potest *dict. leg. decem in fin.* non fit vi huius exceptionis, sed ipso iure, quia prius est vt obligetur Seius, quàm vt conueniatur: obligari autem non potest nisi excusso priùs Titio, vt sciatur an aliquid debiturus sit Seius, & quid & quantum. Si enim totum soluet Titius, nihil Seius debebit, sin partem duntaxat debiti soluere poterit, quòd pro reliqua sit non soluendo, quanto plus soluet, tanto minus exigetur à Seio, & contra, quanto plus soluet Titius, tanto minus Seius debebit, adeò vt si ante excussum Titium Seius solueret, dicendum esset competituram ei condictionem indebiti, quia soluisset id quod nondum debuisset nisi sub condictione, quæ non fuit omnimodo extatura *leg. sub condicione* 16. *cum duabus sequentib. leg. Iulianus verum debitorem* 60. *infr. de condict. indeb leg stipulatio ista* 38. §. *inter infr. de verborum obligationibus.* Non idem est in fideiussore qui si soluat, etiam hodie ante excussum principalem debitorem, non tamen repetit, quia quod ex noua Iustiniani lege habet exceptionem excussionis non factæ, non efficit quo minùs interim sit obligatus ipso iure. Alioqui nec conueniri posset sine actione *leg. si pupilli 6. §. vltim. supr. de negotior. gest.* nec per actionem sine obligatione *leg. licet* 42. §. *ea obligatio de procurat.* nec proinde exceptione vlla indigeret, cuius scilicet non alius vsus esse potest, quàm vt propositam actionem elidat. Ex qua differentia etiam illa nascitur inter fideiussorem acceptum simpliciter & fideiussorem indemnitatis acceptum in id, quod ab alio seruari non potuit, quod si per moram & cessationem creditoris debitor qui ab initio soluendo fuit, fiat non soluendo, non eo magis fideiussor conueniri potest, quia sibi debet imputare creditor cur diligẽtior non fuerit in exigendo debitore, tametsi de eo non fuerit interpellatus per creditorem, vt di-

BIU Cujas

sertè scriptum est in *leg. si fideiussores 41. de fideiuss.* At fideiussor acceptus simpliciter etiam si denunciauerit creditori, vt debitorem ad solutionem compelleret, aut pignus distraheret, ísque cessauerit; non idcirco potest eum doli mali exceptione summouere *leg. si fideiussor creditori 62. eodem titul.* Quamuis non sit sine ratione quod Castrensis notat aliud hodie probandum esse postquam placuit Iustiniano, vt fideiussor tametsi purè obligatus non nisi in subsidium conueniri possit. Non enim caret dolo creditor qui cunctatione sua id agit vt fideiussori eripiat commodum exceptionis, quam inuito quoque creditore haberet si hodie conueniretur, *argumen. leg. vltim. supr. de pact.* licèt dici soleat, quod verissimum est, neminem ad agendum cogi posse *tot titu. Cod. vt nemo inuit. ager. vel accus. cogat.* Id enim de præcisa necessitate intelligi debet non de causatiua, vt nostri loquuntur. Quid enim refert an exceptionem ipsam facto suo adimat creditor fideiussori, an exceptionis adhuc competentis effectum, & vtilitatem? Illud certè constat exceptionem non factæ excussionis esse dilatoriam, ideóque opponendam esse ante litem contestatam *leg. exceptionem 19. Cod. de probat. leg. vlt. Cod. de except.* in quo differunt exceptiones declinatoriæ, & dilatoriæ à peremptoriis, quæ opponi quandocunque ante sententiam possunt *leg. præscriptionem 8. eodem titul.* adeóque etiam in executione iudicati, dum tales sint quæ non impugnent iudicatum *leg Nesennius 41. §. vltim. de re iudic.* Proinde si post litem contestatam opposita sit, nullam eius rationem habere iudex debet. Sed etsi ante opponatur, potest iudex variis ex causis eam expressim reiicere, aut etiam tacitè procedendo ad vlteriora. Nec ideò processus est ipso iure nullus de quo tantopere laborant, & se torquent interpretes, sed si causa nulla fuerit reiiciendæ exceptionis, ab ea interlocutione appellari potest & debet statim, nec ex postfacto licet ne quidem rescripto Principis in eam rem impetrato, eóque iure vtimur, siue quòd in exceptionibus dilatoriis non grande damnum versari existimetur, siue quòd credatur exceptio hæc esse de apicibus iuris, ideóque facile negligenda per iudicem *leg. si fideiussor 29. §. quædam infra mandat.* itémque odiosa, siue de ea loquamur quæ fideiussori competit ante excussum debitorem, siue de illa quæ tertiis possessoribus conuentis hypothecaria per pignoratitium creditorem; quia lædit ius actionis quæsitum ei per propriam iustámque conuentionem contra *dict. leg. 3. de separat. leg. distractis 14. & sequent. Cod. de pignor. leg. 3. leg. liberum 16. Cod. de fideiuss.* quamuis æquum visum sit Iustiniano fauere fideiussori & cæteris qui pro alio quoquomodo interceserunt, itémque tertiis possessoribus, qui ex alieno facto conueniuntur, vt non tam facilè inquietentur si aliunde cautum & consultum esse potest actori, ne nouarum litium materiam ea res præbeat si conuento & condemnato fideiussori vel tertio possessori dandus sit regressus qui denegari non potest aduersus debitorem principalem, præsertim cùm nec aliter huic exceptioni locus sit quàm si in eadem prouincia sit debitor, aut heres eius & bona aliqua habeat, quæ possideri absque controuersia possint *leg quamuis 13. de rebus author. iudic. possid.* De quo nos plura scripsimus in nostro Codice sub *Titul. de exception.* & aliis plerisque locis. In eo sanè Castrensis errat, quòd Seium de quo hîc agimus, fideiussorem esse negat, mauúltque vocari expromissorem. Nam imo verò fideiussor est, sed indemnitatis non autem acceptus simpliciter, expromissor enim cùm ille sit qui solus obligatur, & pro alio quidem, sed qui vel nunquam obligatus fuerit, vel desierit esse obligatus (expromissione si quidè fit nouatio, quæ non fit fideiussione *leg. qui libertinus 37. §. vlt. de oper. libert.*) apparet Seium hunc, de quo egimus, expromissorem dici non posse, sed fideiussorem, quia obligatus est pro Titio, & pro eo, quod Titius debet. Sequitur,

a *At si iudicatum fecerit Titius.* Sensus est non liberari Seium si Titius non modò conuentus fuerit, sed etiam si condemnatus. RAT. DVB. Aliquando accidit, vt qui electione alterius non liberatur, condemnatione tamen liberetur. Solet enim per sententiam & iudicatum fieri nouatio *leg. vlt. C. de vsur. rei iudic. leg. si fundus 16. §. si pluris infr. de pignor.* Ergo si condemnatus sit Titius, sufficere hoc Seio debet vt non teneatur, nec expectandum est vt Titius iudicatum fecerit.

DEC. Nouatio quæ fit per iudicatum necessaria est non voluntaria, sicut & ea quæ fit per contestationem, ideóque neutra debet condicionem deteriorem facere actoris, eiusdémque victoris *leg. aliam 29. infr. de nouat. leg. non solet 86 & sequent. de regulis iuris.* Euidenter enim iniquum esset, ei nocere rem iudicatam pro quo iudicatum esset *leg. euidenter 16. infr. de exceptionib. rei iudic.* Et perceptione sola non etiam litis contestatione aut condemnatione solet contingere liberatio *leg. perceptione 4.* vbi dixi *supr. de his qui deiec. vel effud.* Planè si Titius fecerit iudicatum atque ita solidum ab eo sim consecutus, non vltra Seius tenebitur, id est, in ea causa erit Seius, vt obligari iam nullo casu possit. Nam vt benè Accursius notat, & nos iam suprà docuimus, non potest liberari is qui nunquam fuit obligatus ex *leg. decem 116. de verbor. oblig. l. si decem 21. infr. de solut.*

b *Sed si cum Seio egero.* RAT. DVBIT. Nemo potest agere sine actione *leg. si pupilli 6. §. vltim. supr. de negot. gest.* nec actionem personalem habere sine obligatione *leg. licet 47. §. ea obligatio de procurat.* Atqui non est obligatus Seius antequam egerim cum Titio, vt sciatur quantum possim ab eo exigere. Ergo quod lex ponit, me cum Seio egisse, nullo casu fieri potest *d. leg. decem 116. de verb. oblig.*

DEC. Potest fieri vt certum sit me non posse nisi quinque exigere & consequi à Titio qui decem debet. Et ita locum hunc interpretatur Accursius, què interpretes cæteri sequuntur. Sed ego probare non possum. Vnde enim obsecro certitudo tanta colligi potest? Neque verò, vt Seius conueniri posset, certitudo illa sufficeret, sed necessarium est omnimodo, vt sciatur quid & quantum à Titio exegerim, non etiam quid aut quantum exigere possim. Effectus enim exactionis non possibilitas inspici debet. Dicendum igitur est non priùs posse me agere cum Seio quàm Titium excussero, vt disertè scriptum est in *dict. leg. decem in fin.* id est, quàm cum Titio egero, & ab eo exegero quantum exigi potuit: neq; aliud Celsum nostrum aut sensisse aut scripsisse, si Florentinam lectionem sequamur, quæ non habet *potero* vt vulgata quæ interpretes decepit, sed *potuero* in illis verbis *quantumcunque est quo minùs*

à Titio

BIU Cujas

à Titio exigere potuero, vt intelligamus & actum fuisse cum Titio, & ab eo exactum priùs quàm cum Seio ageretur. Intellige autem sic actum esse cum Seio, vt ab eo quoque exactum sit. Ne putes cum Accursio, si nihil à Seio consequi potuerim, non eo magis ad Titium reuerti me posse. Non enim sola Seij electione liberari Titius potest, qui ad solidam quantitatem obligatus est, sed sola exactione & perceptione, vt in *d. leg. perceptione 4. supr. de his qui effud. vel deiect.* Nec defendi potest quod vult Accursius videri me hoc casu feciſſe duo pacta de non petendo, vnum cum Titio, ne possim ab eo quicquam petere licèt nihil consequar à Seio, alterum cum Seio, ne possim vnquam ab eo petere quod à Titio exigere potuissem si cum eo primùm egissem, licèt ex postfacto factus sit ille non soluendo: non solùm quòd huiusmodi pacta sint gratuita sapiántque donationem, nemo autem in necessitatibus liberalis existat, vt cæteri aduersus Accursium ratiocinantur *ex leg. rem legatam 18. infra de adim. legat.* sed etiam quia certam legem ab initio habuit hæc stipulatio quæ immutari posteà non potuit *leg. vero procuratori 12. §. penult. infr. de solut.* Fuit autem hæc lex stipulationis, vt neque Seius ante Titium excussum conueniri vllo casu posset, neque Titius aliter liberaretur quàm si decem vel ab alterutro vel ab vtroque integra percepta essent. Nec aliter in legatis obseruatur *leg. si ex toto 8. §. 1. de legat. 1.* licèt species quæ ibi proponitur, dissimilis sit ei quæ in hac lege. De illo sanè dubitari potest, si postquam cœpi agere cum Seio in id quod minus seruare à Titio potui, fiat Titius locupletior, an nihilominus sit condemnandus: quasi res ad eum casum peruenerit à quo incipere non potuit *argu. leg. quia in eum casum 16. sup. ad l. Aquil.* Sed verius est, non ideò corruere iudiciũ, quod ab initio constitit & quod vtiliter cœptum est. Non. n. hic casus ex numero eorum est, in quib. iudicium benè inchoatum ex superueniente casu soluitur, de quibus *in leg. iudicium soluitur 58. supr. de iudic.* quod nec status mutatione solueretur, *leg. tam ex contractibus 57. eod.* nec si mutatio illa per mortem litigantis aut per iudicis furorem contingeret *l. si is qui Romæ 34. l. iudex datus 46. eod.* vbi ratio illa redditur *quia rectè ab initio iudex addictus est.* In his namq; causis vt & in aliis ferè omnibus initium spectandum est *l. si procuratorem 8. in prin. inf. mandat. l. si id quod 58. §. si filiusfamilias infr. pro socio.* nec varietate status mutatur periculi causa, vt Papinianus loquitur *in l. pen. §. 1. inf. de instit. act.* quamuis aliquãdo tempus rei iudicatæ inspici debeat, non quo iudiciũ acceptum est vt in *l. quæsitum 30. in princ. infr. de pecul.* Idq; satis apertè Celsus hîc exprimit iis verbis *eo tempore quo iudicium inter me & Seium acceptum est.* Et ita omnino hic locus intelligendus est.

1 ¶ Labeo ait, cùm decem curari stipulatus sis, ideo non posse te præcisè decem dari oportere intendere, quia etiam reum locupletiorem dando promissor liberari possit. quo scilicet significet, non esse cogendum eum accipere iudicium, si reum locupletem offerat.

Ad §. 1. Labeo ait.

RAT. DVB. Promissio facti alieni non valet *leg. stipulatio ista 38. §. 1. de verborum obligationib.* de se enim promittere quemque oportet, non de alio *leg. inter stipulantem 83. in princip. eodem titul. §. si quis alium Instit. de inutil. stipulat.* Atquin videtur promitti factum alienum quoties id agitur, vt pecunia quæ in stipulationem deducitur ab alio quàm à promissore ipso soluatur. Id verò euenit, cùm quis decem sibi dari curari stipulatus est. Ergo dicendum est, ex huiusmodi stipulatione tanquam inutili agi nũquam posse, aut si sit vtilis, posse stipulatorem intendere decem sibi dari oportere: quomodo & intendere potest legatarius si testator heredem iusserit facere, vt Lucius centum habeat *l. si heres iussus sit 73. de leg. 1.* vbi ratio elegans redditur, *quia nemo potest facere vt habeam centum, nisi mihi dederit.*

DEC. Factum suum promittit ille, qui promittit curare decem dari stipulatori. Hoc enim promittere intelligitur se curaturum vt decem soluantur. Ergo bona & vtilis stipulatio est, nec tamen sic intelligenda, vt promissor ad danda decem præcisè conueniri possit ac si decem dare promisisset. Aliud enim est *promittere dari decem*, aliud verò *promittere curari dari decem.* Nam & satis curat ille qui dat reum locupletiorem, atque ita vel satisdat, vel satisfacit *leg illa stipulatio 67. §. 1. de verborum obligation.* vbi hæc eadem Labeonis & Celsi sententia ab Vlpiano refertur & probatur. *Iunct. leg. si quis stipulatus sit 112. §. 1. eodem titul.* Præter id quod in dubio semper facienda est interpretatio contra stipulatorem qui potuit legem apertiùs dicere ex regula *leg. veteribus 39. supr. de pact.* & in fauorem promissoris, vt non solùm quod minus est, sed etiam quod longius in stipulationem deductum intelligatur *leg. si ita stipulatus fuero 119. de verborum obligationib.* Planè qui decem dare promisit, non liberatur etiamsi offerat reum aut fideiussorem æquè locupletem, adeóque locupletiorem *leg. promissor 21. §. vltim. infr. de constit. pecun. leg. item liberatur 6. §. 1. infr. quibus mod. pign. vel hypoth. soluit.* nisi stipulator consentiat *leg. si rem 9. §. omnis pecunia infr. de pignor. action.* Nam quemadmodum non potest stipulator plus exigere quàm promissum sit, ita nec minùs præstare debet quàm promiserit: in eámque rem conceptio verborum spectanda est *leg. quicquid 99. dict. leg. si quis stipulatus sit 112. in princip. de verborum obligationib.* Minùs autem præstat qui decem promisit, si pro decem offerat fideiussorem aut expromissorem, at non etiam ille qui tantùm promisit se curaturum. Quid si promiserit quis se facturum vt stipulator centum habeat? Grauior hæc, & promissori onerosior promissio est, eúmque obligat ad danda præcisè decem, exemplo eius quod de hærede scriptum est in *d. leg. si heres iussus 73. de legat. 1.* Sic enim malo cum Castrensi dicere quam cum Accursio distinguere hac parte stipulationem à legato, cùm non satis bona vlla diuersitatis ratio reddi possit licèt in aliis plerisque differant stipulationes à legatis. Interpretes nostri nescio quid tractant hîc circa impersonalitatem stipulationis, & distinguunt post Bartolum an impersonalitas sit in verbis obligatoriis an in executoriis, vt prior vitiet stipulationem,

BIU Cujas

posterior autem non vitiet. Sed non video quænam in hac stipulatione sit impersonalitas, siue ex parte stipulatoris cùm decem sibi dari curari stipulatus sit vt in *d. leg. illa stipulatio* 67. §. 1. *de verb. oblig.* vbi eadem species proponitur. Nam etsi dictio illa *sibi* expressa non esset, attamen subintelligi deberet quod nec Bartolus negat *ex d. l. stipulatio ista* 38. §. *si quis ita eodem titul.* siue ex parte promissoris. Æquè enim de se non de alio promisisse intelligitur, siue promiserit curare per verbum infinitiuum actiui, siue curari per infinitiuum passiui, vt Castrensis loquitur, nimirum vt vtroque casu valeat stipulatio, quæ alioqui non valeret si stipulator alij quàm sibi stipulatus fuisse proponeretur, aut promissor alienum factum promisisse non suum ex *leg. quoties in stipulationibus* 80. & *dict. leg. si ita stipulatus* 126. §. *Chrysogonus eodem tit. leg. quoties* 12. *de reb. dub.* Illa tantum impersonalitas nocet stipulationi si promissor nihil de se responderit, sed impersonaliter *Promittuntur tibi* aut satisfiet non addito *siue à me siue ab alio*. Tunc enim verum est nihil eum promisisse *Auth. si quando Cod. de constit. pecun.*



DE IVREIVRANDO SIVE VOLVNTARIO, SIVE NECESSARIO, SIVE IVDICIALI,

TIT. II.

GAIVS lib. 5. ad Edictum Prouinciale.

MAximum remedium expediendarum litium in vsum venit iurisiurandi religio: qua vel ex pactione ipsorum litigatorum [a], vel ex auctoritate iudicis, deciduntur controuersiæ.

Ad l. 1.

RAT. DVB. Quisquis iureiurando suo decidit controuersiam, iudicem se constituit in causa propria *l. 1. infr. Quar. rer. act. non det.* adeóque testem. Habet enim iusiurandum vim sententiæ & rei iudicatæ, & probationis *l. 2. l. qui iurasse* 26. §. *vlt. l. eum qui iurauit* 30. *inf. hoc tit.* quod vtrumque tamen iure prohibitum est *tot. titul. C. vt nemo in caus. sua iudic. vel ius dic. l. nullus* 12. *inf. de testib. leg. omnibus* 10. *C. eod.*

DEC. Semper id agit legislator quantum potest, vt lites breui compendio terminet dum ne qua alterutri litigantium iniuria fiat: boni enim Prætoris & iudicis est lites dirimere *leg. quidam existimauerunt* 21. *supr. tit. prox. l.* 1. § *inde quæritur infr. de oper. noui nunciat.* ne scilicet per discordias quæ ex litib. nasci solent, concordia ciuium cuius solius vinculo salus reipublicę continetur, minuatur. Atqui nulla fit iniuria ei contra quidē iuratur, tametsi is qui iurat, iudex & testis in causa sua cōstituatur, quoniā vtrumque fit ita volente aduersario, qui iusiurandum defert, siue ex ipsorū litigatorum pactione, siue ex authoritate iudicis cōtrouersiæ hoc modo decidātur. Non. n. defert iudex vnquā iusiurandum decisorii, nisi aduersario ipso priùs deferente *l. 3. in princip. l. ait Prætor* 7. & *pass. infr.* Merito igitur vsu ita cōparatum est, nulla in eam rē lata lege, aut Principis constitutione, sed magis morib. populi Romani sensimque inducta cōsuetudine vt per iurisiurādi religionem decidātur controuersiæ siue ex authoritate iudicis lites terminētur, quæ alioquin si per testes aut alias probationes terminandę essent moras illas lōgiores paterentur, quas pati iudiciorū omniū exercitio solet *l. etiam* 15. *inf. vt legat. nom. caueat.* Ideóq; benè Paulus *lib. 2. sent. tit. 1. §. 1. iusiurandū* vocat *compendium litium*, quomodo Caius hîc maximū remedium litiū expediendarum. Nec minùs eleganter Laberius, quem Cuiacius refert in Paratitlis ad hunc Tit. vocabat *emplastrum æris alieni*, sed alio respectu, quia etiam solutionis loco cedit *l. iusiurandum etiam* 27. *inf.* Ita. n. fit plerumque, vt debitor, qui æs alienum de quo vrgetur, exsoluere non posset, hoc remedio, & veluti emplastro applicato se liberet. Nam post quā iuratum est etiam ex relatione actio denegatur *l. nā postea quàm* 9. *in princ. & pass. infr.* Mirandum autem non est tantam esse vim iurisiurandi, propter religionē, quam adnexam habet, respectu scilicet diuini numinis cui soli iuratur *l. qui per salutem* 33. *inf.* Vnde fit vt *iurisiurandi religio* dicatur hîc à Caio, & passim eáq; contępta solum Deum vltorē habeat *l. 2. C. de reb. cred. & iureiur.* cui titulus hic respondet. Et elegāter *iusiurandū*, vt intelligamus iurando ius acquiri.

a *Qua vel ex pactione ipsorum litigatorum.* RAT. DVB. Quemadmodum exemplo perniciosum est, vt ei scripturę credatur qua vnusquisque sibi adnotatione propria debitorem alium constituit *l. exemplo* 7. *C. de probat.* nempe propter periculum quod subest, ne magnam ea res falsitatibus comminiscendis materiam paret, ac fenestram patefaciat: ita nec permitti debuit vt etiam ex ipsorum litigatorum pactione iusiurandum deferretur, atque ita iudex & testis in causa sua constitueretur, propter ancipitis periurij periculum quod subit is qui iurat, cùm sint plerique tam faciles ad peierandū, quàm ad iurandum, contēptu nimio diuini numinis, vt tam facilī remedio liberationem sibi parent, nec aut carceres, aut bonorum venditionem ex ea causa pati vel metuere vnquam possint: certique non aliam sibi pœnam ex periurio imminere, quā eam quam tarditas vltionis diuinæ allatura sit *d. l. 2. C. de reb. credi. & iureiur.* Etsi. n. solet Deus Opt. Max, tarditatē illā grauitate supplicij plerumq; compensare, multi tamē sunt adeò impij, vt grauitatem illam quasi numquam futuram rideant, sibíque omnia interim licere arbi-

BIU Cujas

re arbitretur. Alij verò sunt adeò timidi ad superstitionem vsque diuini numinis, vt nec de eo quod sciant esse verissimum iurare velint, malintque certo aduersarij periurio litem litisque victoriam committere per iurisiurandi relationem, aut denique rē amittere. In quas angustias cōiici eum, qui alioquin deberet vincere, durum sane ac iniquū videatur. nā & hac ratione solet Prætor gratiam iurisiurandi facere, quoties hereditas aut legatum aut quid aliud sub conditione iurandi relinquitur, vt eleganter Vlpianus noster tractat in *l. quæ sub conditione 8. infr. de cond. inst. t.* éstque hæc condicio ex earum numero, quas Prætores improbant, de quibus in *l. condiciones 14. eod tit.* Ergo nec ratam habere delationem Prætor debet siue ex pactione ipsorum litigatorum, siue ab ipso iudice iusiurandum deferatur. DEC. Cum ex litigatorum pactione & conuentione iuratur, non potest iniqua videri conuentio, quæ consentientes habet litigantium voluntates. Nec enim volenti fit iniuria *l. in diem 9. §. 1. in fr de aqua & aqu. plu arcen.* sibiq; imputare debet, qui eam iurandi legem sibi vltro imposuit, adeo vt nec ei permittendum sit iusiurandum referre, etiamsi maxime velit. *l. iusiurandum quod ex conuentione 17. infr.* nempe quoniam id fieri non posset citra pœnitentiam, quæ in pactis & contractibus non admittitur *l. sicut 5. C. de oblig. & action.* Qua ratione putem nec illud ferendum esse, vt qui se ex conuentione ad iurandum obligauit, resilire possit ab ea lege, quam sibi dixit, & ad alias probationes confugere, etiam quas sibi ex postfacto superueniisse dicat, quod tamen in iureiurando ex iudiciali authoritate delato permittitur etiam in procinctu ipso iurandi, & antequam iuratum sit, dum ne quid dolo malo fiat, nec bis variare quis velit *l. si quis iusiurandum 11. C. de reb credit. & iureiur.* In alio autem iureiurando, quod ab aduersario defertur in iudicio, & ex iudicis authoritate præstatur, sicuti nullam querelæ causam habet is contra quem iuratur, quia ipse detulit, ita nec is, qui iurare iubetur, quandoquidem non solùm in causa sua & iudex & testis constituitur *d. l. 1. quar. rer. act. nō det.* sed etiā indulgetur ei vt si metu diuini numinis ad superstitionem vsque iurare nolit, referre iusiurandum aduersario possit *l iusiurandum & ad pecunias 34. in pr. & §. datur autem & l. manifestæ 38. inf. h. t.* Quod si nec iurare velit, nec referre, iā non timiditas nimia & superstitio, sed manifesta turpitudo est, adeóq; confessio, ex qua proinde sequi condemnatio potest *d. l. manifestæ.* sibique rursum imputet, qui condemnari maluit quàm iurare vel iusiurandum referre: videtur enim hoc maluisse *l. si patre cogente 22. inf. de rit. nupt.* Cæterum obseruandum est duplicis tantùm iurisiurandi mentionem in hac lege fieri, conuentionalis quod ex pactione ipsorum litigatorum proficiscitur, de quo & in *d. l. 17. in princip. inf.* & iudicialis quod in iudicio defertur, ab aduersario quidem, sed tamen adprobante iudice, & ex iudiciali authoritate. De necessario autem iureiurando, cuius meminit Tribonianus in conceptione huius Tituli, nihil hîc Caius addit. Hinc dubitatio non modica inter nostros interpretes quodnam iusiurandum illud sit, cui appellatio hæc necessarij accommodatur. Bartolus tradit triplex esse iusiurandum necessarium quod pertinet ad litis decisionem. Primum illud, quod putat deferendum esse in supplementum probationis de quo dicemus *ad l. admonendi 31. inf.* Secundum quod vocat purgationis, de quo in *l. præsente 6. §. sed si hoc facere versicul. Sic vbi depositæ Cod. de his qui ad Eccles. confug. & in Authen nouo iure C. de pen. iudic. qui male iudic.* Tertium quod dicitur in litem ad eam æstimandam, de quo in *Tit. de in lit. iurand. inf.* magis tamen communiter probatum est necessarium illud esse, quod est primi generis, quodque aliter vocant suppletiuum aut suppletorium, quale tamen nullum esse suo loco docebimus ad *d. l. admonendi*, & iam docuimus fusissime in libris Coniecturarum. Sed Iacobus Cuiacius in Paratitlis ad hunc Titulum, magis probat, vt necessarium iusiurandum illud sit, quod ex relatione præstatur, quia recusari non possit ab eo, qui prior detulit *l. generaliter 12. §. 7. vers. necessitate ei imponenda C hoc tit.* Et præterea est etiam referendi quædam necessitas in referente, quia nemo dubitet modestius eum facere qui referat, quā qui ipse iuret *l. illud 25. §. infr. de pecun. const.* Idemque nos etiam aliquando existimauimus. Verùm ne in eadem sententia persistere possimus, illud facit, quod non minus iudiciale dici possit, cum refertur, quàm cum defertur, siquidem fit vtrumque ex iudiciali authoritate. Quinimo, quod magis, est etiam voluntarium dici potest, quoniam initio inspecto proficiscitur ex voluntate deferentis, qui cùm prior detulerit, non potest recusare, quominus eo iure vtatur, quod in alium constituit *l. 1. sup. Quod quisque iur.* Debuit enim scire, cum detulit, non alia condicione deferri posse iusiurandum, quàm vt si referretur, iurare haberet necesse *arg. si duo 38. inf. de acquiren. hered.* Quamquam nec ab iolutè necessarium dici potest ex parte referentis, qui si referre nolit, iurare ipse potest aut soluere *l. iusiurandum & ad pecunias 34. §. vlt. inf. hoc tit.* Sanè ex parte illius, cui refertur, licet adhuc habeat electionem soluendi, non eo minus necessarium videri debet: alioqui nullum penitus erit iusiurandum necessarium, quandoquidem iurare præcise nemo vnquam cogitur, sed coactione tantum, vt vocant, causatiua, id est, nisi malit lite cedere *d. §. vlt. & d. l. generaliter §. 1.* Sed tamen negari non potest, quin cadat in speciem iurisiurandi iudicialis, quoniam non aliud iusiurandum est, quod refertur, quàm quod delatum fuit, licet ab alio præstetur, vt nec pila repercussa alia est, quàm quæ ab alio prius percussa fuit. Indeq; est quod tale iusiurandum referri debet, quale delatum fuit, nisi ex diuersitate rerum vel personarum emergat aliquid quod varietatem inducat *d. l. iusiurandum & ad pecunias 34. §. non semper infr. hoc tit.* Malo igitur iusiurandum necessarium referre ad iusiurandum purgationis, de quo in *d. l. admonendi*, non de eo quod nostri vocant suppletorium: est enim iusiurandum purgationis necessarium, non solùm si litigatorem attendimus, qui iurare debet, cùm non possit recusare, si velit vincere: sed etiamsi ad iudicem respicimus, qui in causis dubiis non aliter, aut saltem non melius quàm exacto huiusmodi iureiurando decidere litem potest *d. l. admonendi & l 3. C. hoc tit. & vlt. Extr. De iureiur* Quod verò in litem dicitur, à iudice quidem solo defertur, nec ab alio deferri potest *l. 4. §. d ferre inf. tit. prox.* sed tamen non ad decidendam, seu ad æstimandam litem pertinet, & vt Accursius loquitur, adfectionis est, non veritatis *l. 1. d. l. 4. §. iurare eod. l. qui restituere 68. supr. De rei vindic* esseque multo conuenientius, si ratio hæc non obstaret, iusiurandum necessarium restringere ad eum casum, de quo *in l. in actionibus 5. vers. plane in fra tit. prox.* id est, cùm præsens æstimatio speciei post moram peremptæ iocunda est, quoniam, vt lex ait,

BIU Cujas

non aliter potest iudex æstimare rem quæ non extat : æstimari autem id quod interest , etiam citra iusiurandum facilè potest. Sed malo tamen cum Cuiacio dicere distinctionem hanc triplicis iurisiurandi esse Triboniani, cùm apud prudentes nostros nuspiam fiat mentio iurisiurandi necessarij : præter id ex iis omnibus exemplis quæ nostri adferunt de iureiurando necessario nullum est quod non æquè benè & accommodatè iudiciale dici possit, cùm in omnibus authoritas iudicialis interueniat, nec sanè verisimile est Caium nostrum ex tribus iurisiurandi speciebus tertiam prætermissurum fuisse si tres assignari potuissent. Sunt tamen & aliæ species nonnullæ iurisiurandi quæ ad hunc Titulum & tractatum non pertinent , quia neque ad controuersiarum decisionem spectant, sed ad quædam præparatoria iudiciorum. Eiusmodi est iusiurandum de credulitate, vt loquitur Accursius, de quo *in tit. de iureiur. prop. cal. dand. & in Nouell. 72. Vt qui oblig. haber. se perhib.* Item iusiurandum testis *l. iurisiurandi 9. C. de testib.* Item liberti de præstandis operis cæterisque libertatis causa impositis *l. vt iurisiurandi 7. infr. de oper. libert.* Iusiurandum minoris, qui se maiorem adfirmauit *Tit. C. si minor se maior. dixer.* Nam quod adfert Accursius ex constitutione Friderici *de pact. tenend int. subdit. & iur. firm. §. vlt.* vnde sũpta est *Auth. sacramenta puberum C. si aduers. vendit.* de sacramentis puberum inuiolabiliter obseruandis , ad iusiurandum promissorium pertinet, de quo nos hîc non agimus. Est denique iusiurandum testis & aduocati, de quo in *l. rem non nouam 14. Cod. de iudic.* Planè quod putat Accursius , iusiurandum necessarium idem esse cum iudiciali , quia iudiciale præstetur ex necessitate iuris *l. vlt. inf. tit. prox.* non est probabile: cùm hic Titulus distinguat necessarium à iudiciali, non minus quàm à voluntario.

2. PAVLVS libro 18. ad Edictum.

IVsiurandum speciem transactionis continet, maiorémque habet auctoritatem, quàm res iudicata [a].

Ad l. 2.

RAT. DVB. Transactio non fit nisi aliquo dato, vel retento, vel saltem promisso *l. transactio 38. C. de transact.* Nec rursum transactio quicquam aliud est, quàm pactum , nec in alio ferè differt à pacto, quàm quia fit de re dubia & incerta *l. 1. supr. eod. ill. tit. de transact.* Iusiurandum verò etsi æquè de re dubia interponitur , tamen pactum dici non potest ne tum quidem cùm de voluntario loquimur, quia licèt illud ex conuentione & pacto proficiscitur *leg. iusiurandum quod ex conuentione 17. inf.* pactum tamen non est, alioqui pactum ex pacto nasceretur , quod absurdum esset , sed neque in iureiurando siue voluntario, siue necessario, siue iudiciali quicquam retinetur aut datur, aut promittitur. Quid ergo simile, aut commune habet iusiurandum cum transactione , vt dici debeat continere speciem transactionis, vt in hac lege Paulus scribit? DEC. Est iusiurandum in eo simile transactioni, itémque sententiæ , quod imponit finem litibus, & quidem multo expeditius quàm transactio & sententia quæ longiores moras habent *l. etiam 15. infr. vt legat. seu fideic. seruand. caus. caueat.* & longiorem tractatum vt nemo non videt. Propter quam causam licèt transactio & sententia duo sint magna remedia expediendarum & finiendarum litium *l. 1. inf. de re iud. l. fratris 10. l. non minorem 20. & pass. C. de transact.* omnium tamen maximum remedium est iusiurandum , vt scriptum est in lege præcedente , & quia multo expeditius est iurare, quàm vel transigere vel litigare , vt modò diximus. Et quia facilius est, vt quis restituatur aduersus trãsactionem vel sententiam quàm aduersus iusiurandum, siue per restitutionem in integrum *tot. tit. C. si aduers. transact. & tit. si aduers. sent.* siue per appellationem à sententia *tot. tit. de appell. infra & Codice* quàm aduersus iusiurandum ex quo lis decisa sit *l. 1. C. hoc tit.* extra casum *l. vlt. eod. tit.* quem solum excepturn puto cum Cuiacio postremis illis verbis, *nisi specialiter hoc lege excipiatur* à Triboniano additis ad Antonini constitutionem quę extat in *d. l. 1. iunct. l. vlt. infr. tit. prox.* Cùm igitur iusiurandum habeat eundem effectum quem transactio & sententia , bene Paulus in hac lege ait simile illud esse transactioni & rei iudicatę, nec enim aliud quicquã prꝛeter similitudinem denotant verba illa huius legis *Iusiurandum speciem transactionis continet* , dixitq; Paulus *speciem* pro similitudine ac repræsentatione, & vt vulgo loquuntur *apparẽtia*, non eo sensu quẽ absurdè post Accursium adstruunt interpretes, quasi iusiurandum sit species quædã transactionis & sub transactione tanquã species sub suo genere cõtineatur. Quis enim vnquam diffiniuit iusiurandũ per transactionem, quomodo species omnes diffiniendę sunt per sua genera? Imò verò nihil aliud iusiurandum est , quàm adfirmatio sancta & religiosa per quam pleraq; firmantur inter homines Deo interposito & teste & iudice , vt Cuiacius ex Cicerone aliisque & Græcis & Latinis authoribus eleganter diffinit , in paratitlis ad Codicẽ. Suauis verò est Bartolus, qui ex eo infert transactionem esse contractum innominatum, cùm aliud nomen non habeat quàm sui generis, sicuti permutatio, inquit Castrensis, ad confirmandam Bartoli sententiam, sed probare prius deberent transactionem contractum esse , quod nos negamus qui eam nihil nisi nudũ pactum esse dicimus , ita vt ex transactione nulla possit nasci actio , non magis quàm ex alio quolibet pacto nudo, nisi cùm stipulatio trãsactioni subiecta est , quomodo iam olim subiici solebat, vt & ad cæteras omnes conuentiones firmandas, etiam ex quibus alioqui ciuilis actio nasci potuisset , sed maximè nudas, & hodie semper subiicitur, quia nec magis hodie quàm olim ex pacto nasci actio potest. Atque ita accipi debet quod Iustinianus in *l. contractus 17. C. de fid. instrum.* transactiones quoque inter contractus enumerat, eas scilicet quas in instrumento recipi conuenit , in quibus certum est nunquam omitti stipulationem. Sed hac de re plura scripsimus *ad Tit. de transact. ex l. cùm proponas 17. & l. siue apud acta 28. C. eod. ill. tit. l. cùm proponas 21. Cod. de pact.* & aliis quàm plurimis. Ex iureiurando autem non tantùm exceptionem dat prætor , sed etiam si opus sit actionem, in factum ad exemplum & similitudinẽ iudicati *l. actori 8. C. hoc ti.* aut vtilẽ actionem ex eo cõtractu super quo iuratũ est *l. si duo 13. §. si quis iurauerit infr. eod.* Ex quo tanto apertius intelligimus iusiurandum neque esse transactionem, neque eo nomine donari posse, nisi alio sensu transactionis nomen accipias pro qualibet decisione negotij.

Dicitur

Dicitur enim transigere aliquod negotium qui cõficit illud & perficit. Sed longè aliud est transigere negotium, aliud verò transigere de negotio. Qui mandatum à te suscepit, & negotium vendendi aut emendi fundi si vendiderit aut emerit, transegit negotium, sed non ideo de negotio transegit. Transigi negotium sine vllo pacto potest, at trasigi de negotio citra pactum non potest. Transigere negotium quasi trans agere est id est, sic perficere & peragere, vt nihil agendum supersit. Qui autem iurat, finit negotium *l.4. vers. curatores infr. tit prox.* Meritò igitur transactionis speciem continere dicitur iusiurandum, id est, transactionis loco cedere, quemadmodum dicitur cedere loco solutionis *l. iusiurandum 27. inf. hoc tit.* itemque habere instar iudicij, & præterea nouationis ac delegationis *d.l. qui iurasse 26. §. vlt. eod.* & pro pacto conuento esse *l. tutor 35. §. 1. infra* Vt intelligamus non esse iusiurandum verè transactionem, nec pactum non magis quàm solutionem aut nouationem, sed habere duntaxat effectum transactionis pacti solutionis & nouationis sicut & rei iudicatæ. Nullum enim simile est idem, nullaque similitudo est tam accommodata, quæ non aliqua ex parte claudicet. In eo sanè similis causa est transactionis & iurisiurandi, quod in iureiurando non minus quàm pacto conuento naturalis obligatio tollitur ipso iure *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis inf. de solut.* nempe quia proficiscitur ex conuentione, tum quoque cum in iudicio defertur, dum ne à solo iudice, sed ab ipso etiam aduersario *d.l. qui iurasse §. vlt.* Alia ratio est rei iudicatæ. non.e. potest tollere obligationem naturalẽ, cum reddatur in inuitum *l. inter stipulantem 83. §. 1. de ver. obl iun. l. Iulianus verum debitorem 60. inf. de condict. indeb.* Etsi enim cum ab inferiore aliquo iudice pronuntiatum est, à quo appellari potuit, videtur is, qui non appellat hoc ipso saltem tacite consentire: reuera tamen non tam consentit, aut expresse aut tacitè quàm fingitur cõsentire, quod non sufficit ad tollendam obligationem naturalem, vt non insubtiliter Bartolus hîc ratiocinatur.

a *Maiorémque authoritatem habet, quàm res iudicata.* RAT DVB. Permulta sunt, in quibus maior est potestas sententiæ, quàm iurisiurandi, vt in exemplis, quæ hîc Accursius congerit. Sententia enim contra sententiam, inquit, non valet *l. 1. Cod. quando prouoc. non est necess.* sed contra iuramentum valet *l. 1. nam posteaquam 9. §. si damnetur infr. hoc tit.* similiter si patronum se quis iurauerit, non tamen habetur pro patrono quantum ad succedendum: quod secus est, si pro eo tanquam pro patrono sententia lata proponatur: iusiurandum enim patronum non facit: at res iudicata pro veritate habetur *l. si iurauero 14. infr. de iur. patron. l. ingenuum 24. sup. de stat. hom. l. res iudicata 208. de regul. iur.* Addit Accursius sententiam per instrumenta postea reperta non retractari *l. sub specie 4. Cod. de re iudic.* nisi in casu legis *Imperatores 35. inf eod. ill tit.* id est, cum agitur de negotio publico: iusiurãdum verò retractari *ex l. admonendi 31. infr. hoc tit.* sed malè. nam nec iusiurandum regulariter prętextu instrumẽtorum postea repertorum retractatur, vt cõstat ex *d l admonendi*, quæ solum illũ casum excipit, quo iuratum sit purgationis gratia, & quo protesteturis contra quem iuratum est, non aliis se instrumentis vsurum, quàm quæ post iusiurandum præstitum inuenerit. DEC. Sicut in nonnullis maior est authoritas rei iudicatæ, quàm iurisiurandi, ita & in aliis multis plus potest iusiurandum, quàm res iudicata, quæ etiam Accursius noster hîc cumulat. In eo primùm, quòd contra sententiam minor restituitur *tot tit. Cod. si aduers. rem iudic.* at contra iusiurãdum suum non restituitur siue iuramẽtum promissorium sit, vt in *Authentic. sacramenta puberum Cod si aduers. vendit.* siue assertorium, vt in *l. 3. vers. si tamen C. si minor se maior dixer.* Sed nos de iureiurando, ex quo decisa lis est, tractamus, aduersus quod etiam restituitur minor, si se captum probet in eo, quod detulit *d.l. nam posteaquam 9 § si minor in f. hoc ti.* Item in eo, quod iusiurandum tollit ipso iure naturalem obligationem *d.l. Stichum 95. § naturalis de solut.* non etiam sententia *d.l Iulianus 60. de condict. indeb.* Denique in eo, quòd à sententia prouocari potest quandiu non transiit in rem iudicatam *l. 1. & tot tit. de appellat. l. præfecti 17. supr. de minor.* At non similiter à iureiurando receditur, nisi in speciali casu *l. vlt. hoc tit.* nec prouocatur, post quam præstitum est, sed antè duntaxat *l. generaliter 12. §. 1. & pass. Cod. eo.* Addit Bartolus, Iusiurandum habere paratam executionem, non minus quàm sentẽtiam ex *l. sed si possessori 11. § si cum de hereditate inf. hoc tit. l post rem iudicatam 56 infrà de re iudic.* nisi quod post iusiurandum præstitum sententia interdum necessaria est, per quam sequatur vel absolutio vel condemnatio *l iusiurandum & ad pecunias 34. § vlt. inf. hoc tit.* Vt proinde si bene inspicias, sententia semper illa sit, quæ paratam habet executionem, iusiurãdum verò paratam absolutionem vel condemnationem. Eoque iure passim vtimur, vt is, contra quem iuratum est, non tam pro condemnato, quàm pro condemnando habeatur. Qua de causa solent nostri iudices post præstitum iusiurandum dare dilationem ei, aduersus quem iuratum fuit, intra quam veniat causam dicturus, si quam habeat, cur non debeat condemnari, quod pragmatici dicunt *venir defendre à la condemnation.* Itaque non possum intelligere quid velit sib. Bartolus cũ ait, mirari se, quòd consuetudo nondũ adinuenerit hunc modum deferendi in instrumento iurisiurandi, vt possit habere paratam executionem, qualem habent certè instrumenta omnia iurata, quæ vocant guarentigiata, idque ex statutis Italiæ, quæ volunt eiusmodi instrumenta vim habere rei iudicatæ. Placet sanè quod Castrensis notat, transactionem, iusiurandum & sententiam habere se inuicem vt excedentia & excessa. Idque proculdubio est. Ratio enim, quam adfert Accursius, cur maioris potestatis esse debeat iusiurandum, quàm sententia, quòd, inquit, sententia nonnisi iudicis authoritate nitatur, iusiurandum verò & authoritate iudicis & voluntate litigantium, ab omnibus meritò improbatur, quod ad iusiurandum voluntarium non pertineat, de quo etiam tamen hæc lex loquitur, sed tantum ad iudiciale. Nec melius tamen Castrensis rationem sumit ex eo, quòd lis facilius expediatur per iusiurandum, quàm per sententiam. Aliud enim est dicere breuiorem & expeditiorem esse viam iurisiurandi, aliud verò esse iusiurandum maioris authoritatis. Nec illud rursus verum est, quod ad probationem assumit contractus illos, qui consensu solo perficiuntur dici maioris potestatis & authoritatis, quàm cæteros, qui præter consensum, aut rem, aut verba desiderant, ex *l. iurisgentium 7. in princ. supr. de pact.* vbi hac de re verbum nullũ. Et nemo nescit contractum stipulationis esse omnium firmissimum & ad firmandos adeoque nouandos & tollendos reliquos introductum. Tota igitur ratio ex eo potissimum petenda est, quòd à sententia

BIU Cujas

iam prolata appellari adhuc potest *l. & post rem 7. supra de transact.* vbi hanc ob causam dicitur post latam sententiam posse adhuc transigi, siue à sententia sit appellatum, siue appellari adhuc possit. At verò à iureiurando præstito appellari nunquam potest, siue voluntarium fuerit siue iudiciale, vt diximus. Ideóque nec post iusiurandum præstitum transactioni locus relinquitur, nisi fortè negetur iuratum esse, aut de eo dubitetur, vt in *leg. nam posteaquàm 9. in princip. infra.* Hoc enim casu non alia ratio esse potest iurisiurandi quàm rei iudicatæ *leg. post rem iudicatam 11. supr. de transact.* quia cùm dicimus maiorem esse authoritatem iurisiurandi quàm rei iudicatæ, de eo iureiurando loquimur de quo constet, non quod negetur aut de quo ambigatur.

3. VLPIANVS libro 22. ad Edictum.

AIt prætor: *Si is, cum quo agetur, conditione delata iurauerit.* Eum, cum quo agetur, accipere debemus ipsum reum. Nec frustra adiicitur *conditione delata.* nam si reus iurauit, nemine ei iusiurandum deferente: prætor id iusiurandum non tuebitur: sibi enim iurauit: alioquin facillimus quisque ad iusiurandum decurrens, nemine sibi deferente iusiurandum, oneribus actionum se liberabit.

Ad l. Ait Prætor 3.

Proponuntur initio huius legis prima verba Edicti Prætoris de iureiurando. Cætera subiicientur *in l. ait Prætor 7. infr.* Totus enim edicti contextus hic fuit *si is cum quo agetur, condicione delata iurauerit, & de qua re iusiurandum delatum fuerit, neque in ipsum, neque in eum ad quem ea res pertinet, actionem dabo.* Fuit etiam alia pars edicti & his quidem concepta verbis, *Eum à quo iusiurandum petetur, iurare, aut soluere cogam l. iusiurandum & ad pecunias 34. § ait Prætor infr. hoc tit.* vbi dicemus. Nunc primam partem cum Vlpiano tractemus. RAT. DVB. Nemo facilè credendus est immemor salutis æternæ *l. vlt. C. ad leg. Iul. repetund.* nec tam impius vt iurando peierare velit, Deiéque iustissimam vltionem in caput suum prouocare, cùm iurisiurandi concepta religio Deum vltorem habitura sit *l. 2. C. hoc tit.* Ergo si quis iurauerit etiam non delata per aduersarium condicione iurandi, standum est iuriiurando: vel ob id maximè ne alioqui de periurio quæri oporteat, quod tamen impunitum sit mansurum. Ideò namque de periurio quæri nec solet nec debet, quia vbi detectum & probatum esset, non ideo tamen puniri posset. DEC. Nemini permittendum est, vt facto suo & propria sola voluntate liberet se ab oneribus actionum quibus vrgeatur, sicuti nec potest quisquam facto suo suam obligationem tollere *l si seruum 91. §. nunc videamus de verb. oblig. l. ne in potestate 26. sup. de recept. qui arbitr. recep. l. 2. §. item si extr. in fin. sup. de iudic.* Alioqui facillimus quisque ad iurandum contemptu diuini numinis iurabit, nemine sibi iusiurandum deferente, atque ita aduersario adimeret actionem *l. Granius 71. §. pen inf. de condic. inst.* Delinquendi autem occasio vitanda est *§. 1. vers. sed ne dum talia Inst. it. vi bonor. rapt.* alteri enim iurare quis debet, id est, deferenti aduersario, non sibi, *l. si deferente 13. infra quibus modis pignus vel hypoth. soluit. l. illud 25. §. 1. infrà de pecun. constit.* vbi dicitur, modestius tamen eum facere cui iusiurandum delatum est, si illud referat, quàm si ipse iuret. Delationem igitur iurisiurandi necesse est præcedere, vt si non steterit per actorem quominus de calumnia iuret, reus per iudicem soluere, vel iurare necesse habeat, nisi referat iusiurandum *l. delata 9. C. hoc tit.* ac proinde vt iurante reo actor summoueatur eíque actio denegetur *d. l. ait Prætor 7. inf.* Alioqui fallaciæ species quædam est, si quis vltro iuret nemine deferente *l. si legatarius 23. sup. de dolo.* Nec ideo tamen quæritur de periurio, sed iusiurandum tanquam malè ac nullo iure præstitum negligitur, quia nemo in causa sua iudicem se constituere potest, ab aduersario tamen constitui potest *l. 1. inf. Quar. rer. act. non det.*

1 ¶ Quacumque autem actione quis conueniatur, si iurauerit, proficiet ei iusiurandum: siue in personam, siue in rem, siue in factum, siue pœnali actione, vel quauis alia agatur: siue de interdicto.

Ad §. 1. Quacunque autem actione.

RAT. DVB. Non debet priuatorum pactionibus iuri publico derogari *l. si vnus 27. §. pacta quæ turpem vers. item ne experiar. l. ius publicum 38. l. inter debitorem 42. supra de pact.* nec enim priuatorum cautiones legum authoritate censentur *l. vlt. infr. de suis & legit.* Atqui ad ius publicum maximè pertinet vindicta criminum, ne remaneant impunita *l. ita vulneratus 51. ad fi. supr. ad leg. Aquil. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. 1. de solut.* & publicè expedit timeri pœnam delicti *d. §. pacta quæ turpem.* Non ergo quacunque actione quis conueniatur proficere ei debet iusiurãdum, vt hîc Vlpianus scribit, sed debuerunt excipi actiones, & causæ criminales: præsertim si tractemus de iureiurando voluntario quod ex conuentione litigatorum extra iudicium deferatur. Quid enim absurdius, quàm deferente actore absoluino-centem fortassis reum, aut actore iurante condemnari innocentẽ? deniq; criminis probationes ex accusatoris, vel rei voluntate pendere? Quis enim erit innocens si accusare sufficit & iurare? quis nocens si negare satis est, & negantiiurare? Quòd si etiã de iudiciali iureiurando loquamur, quod ab actore in iudicio deferatur iudice adprobante, quid insulsius aut iniquius, quàm de crimine pœnaq; criminis ex alterutrius litigantium iureiurando pronunciare, cùm iudicibus omnibus præscriptum sit, vt nõ alias criminum probationes admittant, quàm quæ sint luce meridiana clariores? *l. vltim. C. de probat.* Nam & inde fit, vt neque ex sua confessione extraiudiciali possit quis de crimine condemnari, sed testibus in eam rem opus sit probandi criminis gratia *l. capite quinto 25. §. vltim. infra ad leg. Iul. de adult.* quamuis secus sit in causis ciuilibus *leg. generaliter decimatertia, Cod. de*

BIU Cujas

Cod. de non numer. pecun. Neque etiam ex iudiciali si non aliter, quàm ex illa confessione constet de commisso delicto *l. 4. ibi si tamen occisus sit homo infr. de confess.* Nemo enim auditur perire volens *l. non tantùm 6. infr. De appell.* quia nec quisquam est dominus membrorum suorum *l. liber homo 13. supr. ad leg. Aquil.* In eo autem iureiurando, quod nostri necessarium dicunt & alio nomine vocant suppletiuum quod in supplementum probationum defertur à iudice, quis ferat in re tanti momenti, quanti est, aut vita, aut existimatio ciuis Romani rem totam committi arbitrio & iuriiurãdo accusatoris, etiamsi reus deferat ei iusiurandum? Atque in eo interpretes omnes consentiunt, quia nec in cæteris causis arduis putant ei iuramento locum esse, vt dicemus *ad l. admonendi 31. infr. hoc tit.* quamuis non negent permitti debere iudici, vt reo iusiurandum hoc deferat etiam post exclusum à probationibus accusatorem, adeò vt nec aliter absoluere reum debeat, quàm si iureiurando innocentiam suam purgauerit *ex Auth. nouò iure Cod. de pœn. iudic. qui mal. iudic. & argum. l. vbi 22. Cod. ad leg. Cornel. de falsi.* Idémque ferè circa causam matrimonialem tractari potest quod circa criminalem: non solùm quòd æquè magni sit momenti, & ad statum personæ pertineat & habeat instar seruitutis, quomodo post Baldum Castrensis loquitur: sed etiam quia non debeat in potestate partium esse, vt matrimonium dissoluant, quod sui natura est indissolubile. Ergo etiam causa matrimonialis excipi debuit à generalitate huius §. eadémque ratione causa, vt vocant, monachationis, quæ matrimonium quoddam spirituale est *cap. inter corporalia Extr. De translat. prælat.* DEC. Generalis ratio est quæ facit, vt quacunque actione reus conueniatur, si delata condicione iurauerit, proficere ei debeat iusiurandum: nempe quia ab aduersario suo constitutus est iudex in causa propria *d. l. 1. infr. quar. rer. act. non det.* Volenti autem nulla fit iniuria, vt diximus *ad l. 1. supr. Ex l. in diem 9. §. 1. De aqua & aquæ pluu. arcend.* dum ea cautio adhibeatur, vt non aduersus alium proficiat iusiurandum quàm aduersus eum ipsum qui detulit *§. penult. infr. l. nam posteaquàm 9. §. vlt. & l. seq. infr.* nam nec pactum vnius alij prodest vel nocet *l. si vnus 27. § pacta quæ turpem. vers. ante omnia supr. De pact. adeóque nec res iudicata tot. titul. Cod. quib. res iudic. non nocet & tit. Inter alios act. nisi in casibus l. sæpe 63. infr. De re iudic.* Quidni ergo etiam in causa criminali poterit absolui reus ab actione, siue instituta, siue instituenda, si modò ex aduersarij delatione iurauerit. Idque indubitatum quidem est si de crimine agatur ciuiliter & priuata actione ad pœnam actori ipsi applicandam. Is enim sensus est eorum verborum *siue pœnali actione.* Nam & in popularibus actionibus iurari posse constat, dummodò bona fide iuretur *l. eum qui 30. § in popularibus infr. hoc titul.* adeò vt eiusmodi iureiurando etiam publica actio consumatur, si non per collusionem actum sit vt ibidem scriptum est: nimirum quia licèt in popularibus actionibus vtilitas publica quoque versetur, *l. 1. infr. De popul. act.* adeò vt non intelligatur locupletior qui habet has actiones antequàm litem contestatus sit *l. pen. eod.* pœna tamen applicatur actori *l. si quis id quod 7. in princip. supr. De iurisd.* Sed si de crimine agatur criminaliter ad vindictam & pœnam publicam, difficilius videtur vt iusiurandum vires aliquas habeat, ne reipublicæ præiudicium fiat, cuius certum est per priuatos lædi ius non posse. Placet tamen illa distinctio, vt si deferente eo qui agere volebat, iuratum sit extra iudicium, proficiat iusiurandum, vt ab accusatione actor summoueatur *arg. l. si maritus 15. §. si negauerit infr. ad leg. Iul. de adult.* non tamen noceat ea res accusatori publico quominùs vindictam criminis publicam prosequi suo iure possit nulla etiam probata, vt Castrensis ait, præuaricatione, si iudicis authoritas non interuenerit. Alioqui aut collusio probanda est, vt *in dict. §. in popularibus*, aut ex nouis instrumentis causa iterũ tractanda *l. Imperatores 35. infr. De re iudicat.* Sed si deferente reo accusator iurauerit reum crimẽ admisisse, si quidem extra iudicium nihil proficere iusiurandum potest, nisi vt reus qui detulit, hoc ipso crimen extra iudicium confessus esse videatur, at non etiã, vt ex ea confessione, quę non nisi extraiudicialis est, condemnari possit, cùm in criminalibus ad pœnam publicam irrogandam requiratur sententia nec sufficiat confessio *l. infamem 7. de public. iudic. l. si confessus 5 De custod. & exhib. reor.* Si verò in iudicio delatio facta sit accusatori à reo, siue reo ab accusatore, non debet iudex eam delationem admittere, ne aut reipublicæ fiat iniuria, si deferente accusatore nocens absoluatur, aut reo si ob iusiurandum accusatoris innocens reus condemnetur, ad pœnam scilicet corporalem. Nam in pœna pecuniaria etiam ex crimine publico, quin possit reus deferendo iusiurandum actori nocere sibi, vt ex eo iureiurando condemnari possit, nostri non dubitant, & nos iam diximus. Quod tamen ita intelligendum mihi videtur, si constet de delicto admisso, nec de alio dubitetur quàm quis admiserit ex *d. l. 4. inf. de cõfeß.* Nam nec in ciuilibus omnimodo condemnandus est is qui confessus fuit, si eius rei nomine confessus sit, de qua dubitetur an sit in rerum natura *l. vlt. iunct. l. certum 6. §. 1. eod. tit.* Nec quod ex eiusmodi crimine quod publici iudicij causam habeat lata sententia infamiam irroget, impedire delationem aut effectum iurisiurandi potest. Nam & in criminibus pleriſque priuatis, vt in furto, rapina, & aliis nonnullis idem obtinet, de quibus tamen nemo dubitat quin iusiurandum deferri, & ex eo præstito sententia ferri possit *d. l. infamem. l. 4. §. vlt. & l. seq. supr. de his qui not. infam. iunct. l. si duo 13. §. idem Iulianus. infr. hoc tit.* nempe quia membrorum quidem suorum dominus nemo est *d. l. liber homo 13. in princip. supr. ad leg. Aquil.* sed existimationis suæ dominus quisque est. In causis matrimonialibus idem ferè tractatus est, sed alia tamen distinctio adhibenda, vt iurisiurandi delatio admittatur ad probandum matrimonium dummodò inter eas personas, inter quas posset nunc primùm contrahi, quasi ex noua voluntate etiamsi contractum anteà non fuisset: ad dissoluendum autem matrimonium quod iam contractum esse dicatur, quodque sui natura indissolubile est propter vim & religionem sacramenti, non perinde admitti debeat. Idem in monachatione, vt post Iacob. Butrig. bene sentit Bartolus, & post eum Castrensis, longè meliùs quàm Accursius.

BIU Cujas

2 ¶ Sed & si de condicione personæ fuerit iuratum, prætor iusiurandum tuebitur. vtputa, detuli iusiurandum, & iurasti in potestate mea te non esse: tuendum erit iusiurandum.

Ad §. 2. Sed etsi.

RAT. DVB. De causa status compromissum fieri non potest, quia fauor eius est, vt maiores iudices habere debeat *l. non distinguemus 32. §. de liberali supra de recept. qui arbitr. recep.* tanquam quæ sit maioris momenti, cùm ex statu personæ iura ipsius omnia pendeant §. *si ab hostibus Instit. quibus mod. ius patr. potest. soluit.* quandoquidem res omnes non nisi personarum gratia sunt comparatæ *l. 2. supra de stat. homin.* Nec sanè fieri potest, vt hominis status qui à natura tantùm esse potest, vel à lege, in cuiusquam sit arbitrio & potestate, alioqui facilè subuertentur omnia & peruertentur, præsertim cùm ius quod circa statum personæ constituitur afficiat omnes quia indiuiduum est, sicut & persona ipsa *l. ex ea causa 9. supra de postul.* Atqui ad causam status pertinet, vt quis in alterius potestate sit, vel non sit siue de patria potestate quæratur, siue de dominica *l. 2. C. si aduers. rem iudic. l. si putas 6. Cod. de petit. hered. l. 1. & pass. C. vbi caus. stat. agi deb. l. 1. C. de patr. potest.* Ergo nec de hoc iusiurandum deferri potest, sicuti nec de statu suo interrogari quis in iure potest, vt ex sua responsione obligetur *l. si seruus ab hostibus 16. supra de interrog. in iur. fac.* Vnde est quod si is qui tutor non erat interrogatus in iure responderit se tutorem esse, nulla tamen ideo actione tenetur, id est, ne quidem interrogatoria *l. vlt. infra quod falsi. tutor. author. gest. sit*, quia tutorem esse quem, vel non esse ad statum personæ pertinet, cùm sit etiam potestas quædam tutoris in pupillum, sicut & patris in filium *l. 1. infra de tutel.* est enim tutoria potestas quodammodo vicaria patriæ potestatis, ideóque extenditur ad annum vsque decimum quartum completum, quo is qui filius fuit, effici iam pater ac tanquam paterfamilias de bonis suis testari possit *Tit. quib. mod. tutel. finit. Instit.* Alioqui si de condicione personæ iusiurandum deferre liceat, eueniet vt etiam inter alios seruari debeat, quod supra diximus esse contra naturam iurisiurandi & mentem Prætoris §. *pen. infr. d. l. nam posteaquam 9. §. vlt. & l. seq. infra hoc tit.* DEC. Iusiurandum non tantum ad pecunias pertinet, sed etiam ad res omnes *l. iusiurandum & ad pecunias 34. in princip. infr.* ac proinde etiam ad personas, quarum scilicet nomine etiam actiones comparatæ sunt, adeoque vindicationes *l. 1. §. 1. supra de rei vindic.* Quacunque autem actione reus conueniatur, si iurauerit, proficere illi iusiurandum debet, vt dictum est *in §. præcedente.* Quidni ergo tuendum erit iusiurandum, si quis iurauerit deferente aduersario se non esse in illius potestate? Semper enim ratio illa facit pro iurante quod aduersarius vltro iudicem in sua causa constituerit *dict. l. 1. quar. rer. act. non det.* Neque verendum est, vt iusiurandum hoc alij prosit vel noceat, cùm sit personalissimum & restrictum ad personas actoris & rei. Qui enim iurat se in actoris potestate non esse, non ideo iurat se in nullius esse potestate: neque rursum, vt maiores iudices hæc causa status non habeat, cùm dirimatur hoc casu controuersia ex voluntate litigantium, ita vt neque maioribus, neque aliis vllis iudicibus opus sit *arg. l. 1. §. inde quæritur infra de oper. noui nunciat.* In eóque obseruandum est aliam esse hac parte rationem iurisiurandi, aliam compromissi aut sententiæ, cùm causa status neque per compromissum decidi possit, neque per sententiam ab alio, quàm ab aliquo ex maioribus iudicibus latam *l. nec si volens 6. C. de liber. caus. d. §. de liberali.* vbi dicitur idem esse de causa populari, in qua tamen etiam iusiurandum deferri posse iam suprà diximus ex *l. eum qui 89. §. in popularibus infra hoc tit.* sicut & in causa criminali, cùm tamen aliàs crimen fateri videatur qui de crimine transigit sanguinis pœnam non ingerente *l. transigere 18. C. de transact. l. furt. 6. §. pactúsque supra de his qui notant. infam.* Nec enim fatetur crimen qui iurando negat se id admisisse, vt benè Accursius noster ad §. *prox. supr.* Et sanè æquissimum est potentius esse iusiurandum in eo de quo iuratur, & inter quos iuratur, ob fauorem præcipuum & vinculum religionis, maximè verò apud Christianos, apud quos ex regula iuris Pontificij seruandum est inuiolabiliter iusiurandum quodcunque seruari potest citra dispendium salutis æternæ *cap. cùm contingat. Extr. de iureiur. cap. 2. De pact. in 6.* nisi dolo malo vel metu extortum sit, aut præstitum contra bonos mores *cap. non est obligatorium de regul. iur. in 6.*

3 ¶ Vnde Marcellus scribit, etiam de eo iurari posse, an prægnas sit mulier, vel non sit: & iuri iurando standum. denique ait, si de possessione erat quæstio, seruari oportere: si fortè quasi prægnas ire in possessionem volebat, &, cùm ei contradiceretur, vel ipsa iurauit se prægnantem, vel cõtra eam iuratum est. nam si ipsa, ibit in possessionem sine metu: si contra eam, non ibit, quamuis verè prægnas fuerit. proderítque (inquit Marcellus) mulieri iuranti iusiurandum, ne conueniatur, quasi calumniæ causa[a] ventris nomine fuerit in possessione, néve vim patiatur in possessione: sed an iusiurandum eousque prosit[b], vt post editum partum non quęratur, ex eo editus, an non sit, cuius esse dicitur, Marcellus tractat, & ait, veritatem esse quærendam: quia iusiurandum alteri[c] neque prodest, neque nocet. matris igitur iusiurandum partui non proficiet, nec nocebit, si mater detulerit, & iuretur ex eo prægnans non esse.

Ad §.

BIU Cujas

Ad §. 3. Vnde Marcellus.

RAT. DVB. Non potest iurari an mulier sit prægnans necne, quin de partu quoque ipso quæri & tractari oporteat. Cur enim de muliere an sit prægnans quæritur, nisi propter partum? maximè verò cùm quæritur de muliere in possessionem mittenda ventris nomine ex edicto prætoris: ventrem enim dixit prætor pro eo, qui est in vtero, nec alia ratio edicti fuit, quàm quia prætor sicuti eorum liberorum qui in rebus humanis sunt, curam habuit: ita eos qui nondum nati sunt, propterspem nascendi non neglexit *l. 1. in princ. de ventr. in poss. mitt.* Imò fauorabilior est causa partus quã pueri iam nati, quia partui in hoc fauetur vt nascatur, puero autem vt duntaxat in familiam inducatur, partus igitur interim alendus est, qui non tantùm parenti, cuius esse dicitur, verùm etiam reipub. nascitur *d. l. 1. §. & generaliter.* Ideóque vt ventet in possessionem mittatur, mulierem omnimodo prægnantem esse oportet, nec sufficit vt prægnans esse dicatur *d. l. 1. §. 1.* Atqui iusiurandum matris partui neque prodesse debet, neque nocere, vt scriptum est in fine huius *§. & in l. 1. in princ. infr. si mulier ventr. nomin. in poss. calumn. caus. ess. dicet.* Ergo de eo iurari non potest an prægnans sit mulier, vel non sit, nec si de eo iuratum sit, iuri iurando stari debet, ne partui proficiat iusiurandum, vel noceat, & ita frustra iuratum esse appareat. DEC. Iusiurandum quidem matris partui neque prodesse debet neque nocere, sed tamen non eo minus ratum esse debet siue per ipsam mulierem siue contra eam iuretur, si fortè quasi prægnans noluerit ire in possessionem, cùm ei contradiceretur, quasi prægnans non esset. Nam si ipsa iurauerit se prægnantem esse, ibit in possessionem sine metu, etiamsi verè prægnans non fuerit, nec poterit conueniri quasi calumniæ causa ventris nomine fuerit in possessione. In eóque proderit ipsi iusiurandum, itémque ne vim patiatur in possessione, vt proinde non frustrà interpositum dici possit *d. l. 1. in princip. si mulier ventr. nom. in poss. calumn. caus. ess. dicet.* Non enim parua vtilitas est huiusmodi iurisiurandi cùm & alimenta mulieri præstita ventris nomine restituenda sint tanquam indebita, si quãdocunque postea mulieris calumnia detegatur *d. l. 1. §. intereße.* & infamia notetur mulier, quę calumniæ causa ventris nomine in possessione fuit *l. non alia 19. supr. de his qui not. infam.*

a *Ne conueniatur quasi calumniæ causa.* RAT. DVB. Per calumniam in possessione vẽtris nomine fuisse mulier dicitur, quæ sciens prudénsque se prægnantem non esse, voluit in possessionem venire *d. l. §. per calumniam.* Atqui nihil vetat eam quæ iurat se prægnantem esse vltro peierare & scire se prægnantem non esse. Non est igitur bona consecutio, vt mulier quæ iurauit se prægnantem non esse, ob hoc solùm de calumnia accusari non possit: nec enim dolosum mendacium carere potest calumnia.

DEC. Ea quæ falsa existimatione decepta est, nõ potest videri per calumniam missa fuisse in possessionem *l. ea quæ 18. supra de his qui not. infam.* Non potest autem non decipi falsa existimatione mulier, quę iurat se prægnantem non esse, cùm iusiurãdum inter eos inter quos iuratum est, non tantum pro præsumptione, sed etiam pro veritate habeatur, nec vllum quæstioni locum ampliùs relinquat, an verum sit necne id de quo iuratum est *l. 5. §. dato l. nam posteaquam 9. §. 1. l. eum qui 30. in princ. infr.* Non igitur accusationem calũniæ vereri potest. Alioqui nõ iam de calumnia, sed de periurio quærendum esset, de quo tamen quæri non solet contra eum qui ex necessitate iuris, id est, aduersario deferente iurauit *l. 1. C. hoc tit. l. vlt. infr. tit. prox.* Nec proinde potest hæc mulier quæ iurauit se prægnantem non esse, vereri actionem in factum quæ datur ad id quod interest intra annum contra mulierem quæ calumniæ causa in possessione fuisse probatur omnibus quorum interest, missam eam non fuisse siue substituti sint, siue coheredes vel qui ab intestato si partus non fuisset, succedere potuissent *dict. l. 1. §. competit si mul. ventr. nomin.*

b *Sed an iusiurandum eò vsque prosit.* RAT. DVB. Iusiurandum inter eos saltem inter quos iuratum est pro veritate habetur, vt modo diximus. Atqui partus quandiu in vtero est, nihil nisi pars & portio quædam est viscerum matris *l. 1. §. 1. inf. de ventr. inspic.* Non igitur fieri potest vt non habeatur pro veritate quantum ad partum, cùm habeatur pro veritate quod ad matrem. DEC. Non potest iusiurandum vnius nec debet prodesse aut nocere alteri, ne alteri per alterum iniqua condicio inferatur vel ius aliquod acquiratur: quod vtrumque abhorret æquè à iuris regulis *l. non debet 74. de regul. iur. l. stipulatio ista 38. §. alteri. de verb. oblig. l. 2. quod vi aut clam.* Atqui matris & filij personæ sunt diuersæ non quidem quandiu partus est in vtero & portio viscerũ matris, sed vbi editus est cœpítque esse homo *l. in Falcidia 9. §. 1. ad leg. Falcid.* Nos autem tractamus hîc de partu iam edito. Matris ergo iusiurandum neque illi prodesse neque nocere debet tanquam res inter alios acta *d. l. nam posteaquam 9. §. vlt. & l. seq. infr. d. l. 1. in princip. si mulier ventr. nomin. in poss. tot. titul. Cod. res int. alios act.* quemadmodum nec transactio matris nocet filio *l. transactione matris 26. C. de transact.*

c *Quia iusiurandum alterius.* RAT. DVB. Iusiurandum filijfamilias prodest patri, serui domino *l. si seruus 23. & seqq. infra hoc tit.* item socij & correi stipulandi *leg. si duo 13. idem dicemus l. in duobus 28. in princip. infr.* Ergo etiam vnius iusiurandum alteri prodesse interdum potest aut nocère. DEC. Iure potestatis fit, vt iusiurandum à filiofamilias vel seruo præstitum perinde habeatur ac si a patre ipso, aut domino præstitum esset *l. placet 79. infr. de acquiren. hered. l. 1. in princip. si quis à parent. manum. sit:* in sociis verò & correis stipulandi ius societatis & indiuisionis *l. si vnus 27.* vbi diximus *sup. de pact. l. si is qui duos 29. infr. de liber. legat.* & vt Accursius loquitur, alius ille cui iusiurandum his casibus prodest, fingitur nõ alius. Facilius est vt iusiurandum de vna re præstitum ad aliam de qua iuratum non sit trahatur, scilicet si veniat illa in consequentiam eius rei de qua iuratum est in *d. l. si duo §. si quis iurauerit infr. hoc tit.* de procuratore alia quæstio est, an iurare, vel iusiúrandum deferre possit, de qua dicemus ad *l. nam posteaquam 9. §. iusiurandum & ad l. iusiurándum quod ex conuentione 17. §. vlt. & l. seq. inf.*

4 ¶ Iurari autem oportet, vt delatum est iusiurandum. cæterum si ego detuli, vt per Deum iurares, tu per caput tuum iurasti.

BIU Cujas

Ad §. vlt. iurari.

RAT. DVB. Non semper consonans est tale iusiurandum præstari quale delatum est, sed ex diuersitate rerum vel personarum quibusdam emergentibus qua varietatem possunt inducere, aliter atque aliter conceptio iurisiurandi officio iudicis terminanda est *l. iusiurandum & ad pecunias* 34. §. *non semper infr. hoc tit.* vbi licèt loquatur Vlpianus de iureiurando relato, non aliud tamen iuris esse debet in delato, quia & quod refertur, defertur, idque expressim vetere statuto Sabaudiæ apud nos cautum est, vt delationi iurisiurandi possit ex iusta causa iudex quam velit adferre moderationem. Nec immeritò. Quis enim ferat Senatorem vel aliam clarissimam personam cogi iurare publicè populo in eam rem ad sonum campanę, vt fit, cõuocato super reliquiis sancti Antonij de re minima plebeio aliquo, & qui de fece populi sit, deferente? Quidni saltem ex causa necessitas populi per sonitum campanæ conuocandi necessitas remittatur? Quid si superstitionem aliquam miscuerit is qui detulit iusiurandum? Cur non iudici liceat decernere quod passim apud nos decernere Senatus solet, vt citra superstitionem iuretur?

DEC. Iusiurandum quod ab aduersario defertur siue in iudicio siue extra iudicium transactionis speciem quandam continet *leg. 2. supr.* quia etiam quod inuito defertur in iudicio, proficiscitur ex voluntate deferentis, licèt non ex partium conuentione: transactio autem non fit nisi ex mutuo partium consensu cui neque addi neque detrahi quicquam debet. Consensus enim ille indiuiduus est, vt in omnibus contractibus *l. cum ex causa* 139. *infr. de verbor. oblig. l. pacta conuenta* 72. *de contr. empt.* alioqui deciperetur is qui iusiurandum detulit, cùm non alia lege & condicione fuerit delaturus, suúmque aduersarium, quod perdurum sanè est, nec nisi omnibus aliis probationib. deficientibus faciendum est, iudicem in causa propria constituturus *arg. l. si donaturus* 9. §. 1. *inf. de condict. caus. dat. l. purè* 5. §. *penult. infr. de doli mal. except. l. vlt. C. de pact. int. empt. & vendit.* Ergo vel recusandum omnimodo iusiurãdum est, vel eo ipso modo præstandum quo delatum fuit, nec alia, meo iudicio, referendi relative iurisiurandi ratio est si iuris rationem spectemus, potius quàm quod sub Vlpiani nomine Tribonianus ni fallor de suo addidit in *dict.* §. *non semper*, vt ad eum locum dicemus. Quamuis tentari possit digniorem esse cui succurratur, eum qui iurat ex relatione, quia iurandi necessitatem præcisam habet, nisi malit liti cedere, cùm tamen non quasi iuraturus detulisset iusiurandum, sed quasi iuraturo. Idque ipso etiam statuto nostro de quo diximus, benè comprobatur: non enim erat, cur statutum moderandi iurisiurandi facultatem iudici daret, si iuris communis ratio non aliud suasisset: frustra enim statuto cauetur, quod iure communi permittitur *l. Imperatores* 30. *de rebus author. iudic. possid. aliàs l.* 15. *de priuileg. credit.* Optima enim ratione statutum nostrum subnixum est, cùm nimia deferendi præstandíque iurisiurandi facilitas pleraque superstitiosas, & improbandas formulas inuexisset, quas per moderationem iudicis restringi æquum fuit, ne rei tam sacræ & religiosæ superstitionem aliquam misceri contingeret, parum enim distat superstitio ab impietate, licèt à religione & pietate causam habeat. Semper enim & ante omnia obseruandum est, vt iusiurandum sit licitum, eáque cognitio in iudicis æstimatione est, & moderationem plerunque exigit, ne fiat illicitum, quod alioquin esset licitum: cæterùm vbi constat licitum esse iusiurandum, per quod sibi quis iurari voluit, dubitari non debet quin idoneum sit, & eo ipso modo, quo delatum est, præstãdum, tuendúmque, vt sequitur *in l. non erit* 5. *in princip. infr.* Ergo si detuli tibi iusiurandum, vt per Deum iures, tu verò per caput tuum iurasti vel filiorum tuorum, non erit ratum habendum iusiurãdum, vt ex Vlpiano & Paulo subiicitur in hoc §. *& in legib. seqq.* quia non eo modo iurasti quo delatum tibi fuit. Sic dicimus restituta hereditate fideicommissaria non transire actiones ex *S. C. Trebelliano* nisi restituta sit eo modo quo testator voluit *l. sed etsi ante* 10. *iunct.* §. *vlt. l. præced. infr. ad Senatusconsultum Trebellianum l. si mulier* 59. §. *ex asse infra de iur. dot.* Idque Accursius etiam adnotauit.

4. PAVLVS libro 17. ad Edictum.

VEl filiorum tuorum.

Ad l. Vel filiorum tuorum.

RAT. DVB. Iurandum est per Deum & per creatorem, non per creaturam aliquam, alioqui quid religionis & sanctitatis obsecro in iureiurando esse potest, si alij quàm Deo, & per alium quàm per Deum iuretur? Atquin is qui per caput suum iurat vel filiorum suorum, per creaturam iurat, non per creatorem, non est igitur licitum hoc iusiurandum, nec permittendum. DEC. Qui iurat per caput suum vel filiorum suorum, per salutem suam aut filiorum suorum iurare intelligitur, ac proinde respectu diuini numinis, à quo solo cuiuslibet salus pendet *l. qui per salutem* 33. *infr.* licitum ergo iusiurandum est, licèt nulla Dei mentio fiat, quemadmodum & si quis per genium Principis aut per salutem Cæsaris quod idem est, iurari sibi velit *l. si duo* 13. §. *vlt. inf.* Placet tamen quod nostri notant, hodie inter Christianos iurandum esse Deo & per Deum nominatim, non per creaturam, licèt prætextu diuini numinis iuratum esse videatur.

5. VLPIANVS libro 22. ad Edictum.

NOn erit iuratum habendum iusiurãdum. quòd si exegi, vt per salutem tuam iurares, & iurasti: stabitur. omne enim omnino licitum iusiurandum [a], per quod voluit quis sibi iurari, idoneum est, &, si ex eo fuerit iuratum, prætor id tuebitur.

Ad l.

BIU Cujas

Ad l. Non erit 5.

RAT. DVB. Nihil refert quid ex æquipollentibus fiat *l. vlt. infr. mandat. l. mulier 22. in princ ip. vers.* Brasidas *infr. ad S C. Trebellian.* Atqui iusiurandum Deo præstitum æquipollet iuriiurando præstito per salutem, aut per caput iurantis. Fuerunt enim iurisiurandi verba illa solemnia, *ita me Diespiter salua vrbe arceéque bonis eijciat, vt ego hunc lapidem*, vt ex Cicerone, Sexto Pompeio, Plauto, & Polybio tractat *Cuiac. lib. 1. Obseruat. cap. 21.* nec negari potest quin is qui iurat per salutem suam, iuret etiam respectu diuini numinis *l. qui per salutem 33 infr.* vt diximus *ad leg. præceden.* Ergo ratum habendum est iusiurandum quo quis per caput suum aut per salutem suã iurauit, quamuis delatum ei fuerit vt per Deum juraret.

DEC. Iurisiurandi delata condicio implenda est, vt & aliæ ferè omnes in forma, vt nostri loquuntur, specifica *l. qui heredi 44. l. Mœuius 55. infr. de cond. & demonstr.* Non autem impletur in forma specifica, cùm is cui delatum est iusiurandum, vt per Deum iuret, iurat per caput suum aut filiorum suorum: nec ergo videtur præstitum, ac proinde ex integro solemniter iurandum est, vt idem Vlpianus noster scribit in *l. qui per salutem.* Planè si exegerim à te vt per salutem tuam iurares, & tu per caput tuum iuraueris, puto huic iuriiurando standum esse: idque Vlpianum hîc sentire, iuncto principio huius legis cum fine legis præcedentis. Quasi nihil interfit, quomodo nihil proculdubio interest, nisi nudo verborum sono, an quis per salutem suam iurer, an per caput suum: vereque vsurpari hoc casu potest quod obiecimus, nihil referre quid ex æquipollentibus fiat: nam sic locũ hũc intelligere quomodo nostri vulgo intelligũt, vt iuriiurando standum sit si is cui delatum est iusiurãdum vt per salutem suam iuret, per salutem suam iurauerit, ridiculum est, & extra omnem omnino dubitationem, cùm nec dubitandi causa vlla sit quin sic deferri iusiurandum possit, vt per salutem tuam iures. Quid ergo si cùm tibi delata esset condicio iurãdi per tuam salutem, iuraueris per caput filiorum tuorum? Ostendit, n. lex præcedens nihil interesse an per tuum an per filiorum tuorum caput iures. Sed non puto. Aliud enim est iurare te per tuam salutem, aliud verò per caput filiorum tuorum. Nam etsi delatum tibi esset, vt per caput tuum iurares, adhuc aliud esset si per caput filiorum tuorum iurares, itémque si vt per salutem tuam iurares, non poteris iurare per salutem filiorũ tuorum. Alia enim est salus tua, alia verò salus filiorum tuorum. Nec argumẽtum contra nos sumi potest ex lege præcedente, quæ alterius Iureconsulti & Pauli est, non Vlpiani. Erit tamen bona comparatio si detulerim tibi iusiurandum, vt per salutem iures tuorum filiorum, túque per eorum caput iuraueris, aut contra, nam inter caput & salutem nihil interest, nisi verborum sono, vt dixi.

a *Omne enim omnino licitum iusiurandum.* Malè Accursius noster subiicit exceptionem: Nisi specialiter à iure prohibeatur, *ex §. sed si quis inferret leg. quæ sub condicione 8. infr. de condict. inst.* Non enim licitum potest videri iusiurandum quod à iure prohibitum est vt in *dict. §. sed si quis*, vbi disertè illicitum appellatur. Quod verò à Prætore remittitur, vt in specie *d. l. quæ sub condicione*, non quidem illicitum est, sed tamen est inutile tum quoque cum ab eo præstitum est qui iurauit se daturum aliquid, vel facturũ, nisi det postea vel faciat, nec ad aliud prodesse potest quàm ad præbendam causam periurij, deóque benè ac sapienter Prætores remittendum illud putauerunt *l. hæc scriptura 26. infr. de condict. & demonstr.* Sed non pertinet iusiurandum illud nisi ad institutiones & legata vel fideicommissa quibus iurandi condicio adscripta est, nos de eo loquimur quod ab vno ex litigatoribus delatum est alteri siue in iudicio siue extra iudicium, quod cùm licitum est, nunquam à Prætore remittitur, sed ab eo solo remitti potest qui detulit si forte contentus sit voluntate suscepti iurisiurandi *§. vlt. & l. prox. infr.* Illud certè non malè Accursius ex hoc loco notat, satis esse si fiat aliquid ad voluntatem eius cui fit. Id enim demum ac propriè satisfacere est *l. rem 9. §. omnis pecunia, infr. de pign. act. l. item liberatur 6. §. 1. quib. mod. pig. vel hypoth. solu. l. 3 §. necnon illud quoque de in rem vers. l. 1. sup. qui satisd. cogan. l. satisfactio 52. de solut.* Iunge quæ scripsimus ad *§. vlt. l. 3. sup.*

1 ¶ Diuus Pius iuriiurando, quod propria superstitione iuratum est, standum rescripsit.

Ad §. 1. Diuus Pius.

Habet hic §. duplicem lectionem, affirmatiuam vnam quæ ponit Diuum Pium rescripsisse standum esse iuriiurãdo, quod propria iurantis superstitione iuratum sit, negatiuam alteram huiusmodi iuriiurando standum non esse. Qui affirmatiuam probant, intelligunt de superstitione propria publicè non improbata, qui verò negatiuam, de propria superstitione publicè improbata. Castrensis qui negatiuam magis probat, benè ponit rescriptum hoc Diui Pij ad eum casum pertinere, quo iusiurandum simpliciter delatum sit inter eos qui sint eiusdem religionis, quorum tamen alter propriam aliquam superstitionem habeat secundùm quam iurauerit: sed non probo exemplum quod ille adfert de eo qui iurauit per aliquem sanctum, inquit, in quem habebat deuotionẽ. Religio enim hæc & deuotio non superstitio est: nec video quodnam exemplum huius §. adferri possit apud Christianos, qui propriam superstitionem nullam agnoscunt, quæ non sit publicè improbata, qui tamen casus tractatur in §. *seq.* Rescribebat enim Diuus Pius ad paganos & infideles, quorum tot erant ferè superstitiones, quot capita, cùm vix esset quisquam qui non proprium aliquem Deum peculiari aliqua superstitione coleret: nisi fortè ad Christianos potius respexit Diuus Pius quorum religionem ethnici passim vocabant superstitionem, præsertim verò Vlpianus noster, vt fuit ille nomini Christiano infestissimus, adeò vt Christianos exorcismis vtentes, impostores appellet in *l. 1. 1. §. medicos infr. de extr. cognit.* quod iam alio loco à nobis obseruatum est. Sensus igitur erit, si paganus iusiurandum Christiano deferat vt iuret fortè per Iouem aut genium aut salutem Cæsaris aut per salutẽ suam vt in *l. si duo 13. §. vlt. l. qui per salutem 3. inf. hoc tit.* Christianus autem quia per creaturam iurare prohibetur, iuret per Chri-

BIU Cujas

ſtum, aut vt paſſim hodie fit, per ſacroſancta Chriſti Euangelia, non eſſe ſtandum huic iuriiurando tanquã præſtito contra formam delatam & ex propria ſuperſtitione iurantis. Ita. ff. Vlpianus & Diuus Pius loqueretur. Atqui hoc iniquiſſimũ fuerit: ſic namq; eueniet, vt tali delato iureiurãdo quale Chriſtianus ſua religione præſtare prohibeatur, nunquã poſſit ille iurando vincere, cùm tamẽ pagano lis eſſe poſſit cum Chriſtiano, iuris autem ratio faciat, vt inter quos omnes lis eſſe poteſt, decidi quoque lites & controuerſiæ iureiurando poſſint, quamuis Romanorum legib. & moribus Chriſtiana religio publicè improbata eſſet, non minùs quàm hodie apud nos Mahumetica: nõ igitur defendi poteſt negatiua lectio, ſed affirmatiua qualis eſt Florentina, omnimodo retinẽda eſt, vt huic iuriiurando quod Chriſtianus iuxta ſuam religionem præſtiterit, ſtandum ſit, licèt contra formam delatam præſtitum fuerit. Eóq; iure paſſim vtimur. Nam ſi hodie Catholicus hæretico deferat iuſiurandum vt iuret ſuper veneranda Chriſti crucifixi imagine, vt Catholicis moris eſt, aut ſuper ſacroſancto miſſæ Canone aut ſuper ſanctis Diui Antonij reliquiis: hæreticus verò cuius impietas & imaginem Crucifixi, & Miſſæ canonem & omnes omnium ſanctorum reliquias rider, per ſacroſancta Dei Euangelia iuret, ratum habetur iuſiurandum. Alioqui ſic, vt diximus, delato iureiurando, nulla iurandi ratio hæretico ſupereſſet. Proinde ſi Mahumetano etiam apud Chriſtianum iudicem litiganti cum Chriſtiano quod Venetiis & aliis pleriſque locis ſæpe accidit, Chriſtianus deferat iuſiurandum Mahumetano vt iuret per Chriſtum in quem Mahumetanus non credit, ille verò per Mahumetum ſuum iuret, non dubito quin ratum haberi debeat iuſiurãdum, quamuis Mahumetana ſuperſtitio & impietas publicè apud nos improbata ſit, quia Mahumetano Mahumetus pro Chriſto eſt, adeò vt ſi è contrario iuraret per Chriſtum, non eſſet ei credendum, quia id ageret ſanè vt Chriſtiano illuderet, nõ vt ſerio iuraret, perinde ac ſi Chriſtianus per Mahumetũ apud Mahumetanos. Nam apud Chriſtianos tale iuſiurandum nec per iocum in re tam ſeria tantique momenti ferenda eſſet. Ex quo apparet quàm malè hic §. à Bart. Caſtrenſi & aliis interpretibus acceptus ſit, qui hunc §. reſtringunt ad eum caſum quo iuſiurandum ſimpliciter delatum ſit, nullo modo ſpecialiter expreſſo, & inter eos qui ſint eiuſdem ſectæ, aut ſi inter eos qui ſint diuerſæ, ad eum caſum quo delatum ſit iuſiurandum per Deum eius cui defertur, non per Deum deferentis. Quod eſſet ridiculum & contra §. *ſed ſi illicitum infr.* vbi dicemus. Nec dubitandi cauſa vlla, cur non huic iuriiurando ſtandum eſſet, quod præſtitum inueniretur quale delatum fuiſſet. Ratio igitur dubitandi ad hunc §. illa eſt, quòd iuſiurandum tale præſtari debeat quale delatum eſt. Sed decidendi illa fortior, quòd cùm iuſiurandum Deo præſtetur, & in teſtimonium religionis non minùs quàm veritatis, permittendum eſt ei cui defertur, vt iuret ſecundum propriam ſuam ſuperſtitionem quæ vnicuique pro religione eſt. Et ſufficit hoc caſu præſtari per æquipollens iuſiurandum, quod nec aliter præſtari poſſet. Facit enim neceſſitas licitum quod alioquin eſſet illicitum.

2 ¶ Dato iureiurando, non aliud quæritur, quàm an iuratum ſit: remiſſa quæſtione, an debeatur: quaſi ſatis probatum ſit iureiurando.

Ad §. 2. Dato iureiurando.

RAT. DVB. Etiam poſt præſtitum iuſiurandum, multæ tamen poſſunt ſupereſſe quæſtiones, puta vtrum iuratum ſit iuxta formam delatam *l. 3. §. vlt. ſupr.* aut an priuſquàm iuratum ſit delatio fuerit reuocata *l. ſi quis iuſiurandum 11. Cod. hoc tit.* item an delatum fuerit ab eo qui ius habuit deferendi, aut præſtitum ab eo qui ius habuit iurandi *l. nam poſteaquàm 9. §. iuſiurandum l. iuſiurandum quod 17. §. vlt. & l. ſeq. l. tutor 35. in princip & §. 1. infr.* Ergo etiam dato iureiurando aliud quærendum eſt, quàm vtrum iuratum fuerit. DEC. Semper præſupponendi ſunt termini habiles *l. 1. §. vlt. infr. ad SC. Tertyll. l. tutor 35. §. 1. inf. hoc tit.* Proinde cùm loquimur de iureiurando delato & præſtito, de eo intelligere debemus quod rectè delatum & ritè præſtitum ſit, nec vnquam reuocatum. Et cùm ait Vlpianus poſtquàm iuratum eſt non aliud quæri quàm an iuratum ſit, excludit duntaxat quęſtionem an debeatur, quaſi hoc ipſum ſatis probatum ſit iureiurando, vt ſcriptum eſt *in hoc §. & in d. l. nam poſteaquam 9. in princip. & §. 1. l. in duobus 28. §. vlt. infr. l. poſt rem iudicatam 56. infra de re iudic.* Sic dicimus in actione in factum, quæ competit ad precium recuperandum ſi mancipium redhibitum fuerit, non illud quæri, an mancipium in cauſa redhibitionis fuerit, ſed hoc tantùm, an ſit redhibitum *l. quòd ſi nolit 31. §. in factum 17. infr. de ædilit. edict.* Interdum tamen etiam poſt præſtitum iuſiurandum ſupereſt quæſtio an debeatur, vt in ſpecie *l. admonendi 31. infr. l. vlt. C. eod. l. ſi legatarius 23 ſupr de dolo.* Sed omnes illi caſus ſpeciales ſunt, & ſpecialem habent rationem quæ ex ipſis legum verbis colligi facilè poteſt, habet ergo iuſiurandum maximè vim probationis ſicut & tranſactionis, & rei iudicatæ *l. 2. l. qui iuraſſe 26. §. vltim. & l. ſeq. infra.*

3 ¶ Sed ſi quis illicitum iuſiurandum detulerit, ſcilicet improbatæ publicè religionis: videamus, an pro eo habeatur, atque ſi iuratum none ſſet: quod magis exiſtimo dicendum.

Ad §. 3. Sed ſi illicitum.

RAT. DVB. Non habet, quod conqueratur ille cui iuratum eſt ad eum modum quo ipſe detulit, cùm nulla volenti fiat iniuria *l. in diem 9. §. 1. infr. de aqua & aquæ pluu. arcend.* iuncto principio huius legis. Ergo nil attinet diſtinguere, an licitum iuſiurandum ſit an illicitum, ſed illud tantum inſpicere oportet, an præſtitum ſit eo modo quo fuit delatum. DVB. Prius eſt, vt iuſiurandum bene deferatur, quàm vt bene præſtetur. Non autem poteſt videri bene

bene delatum, & iure, si sit illicitum & irreligiosum, cùm in omni iureiurando pietas maximè ac religio debeat elucere. Iuratur enim Deo aut saltem respectu diuini numinis & in venerationem non in contemptum ipsius *l. quæ sub condicione 8. infr. de condic. instit. l. qui per salutem 33. infr. hoc tit.* Illicitum ergo est iusiurandum omne quod est irreligiosum, puta si quis apud nos deferat iusiurandum, vt per capillos vel per viscera Dei iuretur, quod exemplum adfert Bartolus. Blasphemia enim esset, quæ etiã pœnam mereretur. Aut si Christianus Christiano deferat iusiurandum vt iuret per Dianam aut Apollinem, vt apud Accursium. Est enim hoc iusiurandũ improbatæ publicè religionis. Itaq; quamuis permittatur ei cui iusiurandum licitum delatum est, vt per suam propriam superstitionem iuret, quamuis publicè improbatam sicuti diximus ad §. *Diuus Pius supra* non tamen permittitur ei qui iusiurandum defert, vt illicitũ deferat & religionis publicè improbatæ. An enim licitum vel illicitum sit iusiurandum quod præstandum est ex delatione ipsa æstimari debet non ex præstatione. Quisquis enim iusiurandũ defert, tale deferre debet quale præstare ipse possit si referatur *l. iusiurandum & ad pecunias 34. §. datur autem infr.* Et iuramentum quod defertur, argumentũ præbet religionis non personæ illius, cui defertur, sed eius qui defert. Nullius ergo momenti est iusiurandum illicitum, vt neque probationis neque sententiæ neque transactionis vim habeat, & ideo perinde habetur, ac si non esset iuratum.

4 ¶ Si neque iuratum est, neque remissum iusiurandum: pro eo debet haberi, atque si res in iusiurandum admissa non esset, proinde si postea iurare paratus sit, nihil ei hoc iusiurandum proficiet: quia ex eo, quod delatum est, iuratum non est.

Ad §. vlt. Si neque.

RAT. DVB. Quod factum est, non potest haberi pro infecto *l. in bello 12. §. facti infr. de captiu. & postlim.* nec rursum potest quisquam mutare consilium in alterius iniuriam *l. nemo potest mutare 7. de reg. iur.* Atquin is qui semel iusiurandum detulit, hoc ipso iudicem constituit aduersarium in causa propria *l. 1. in princ. infr. quar. rer. act. non det.* Non ergo potest recusare quominus iuret aduersarius etiam ex interuallo neq; ex pœnitentia delationem reuocare, sed sibi imputare debet cur semel voluerit *l. in diem 9. §. 1. infr. de aqua & aquæ pluu. arcend.* Aut cur delationi nõ inieceris condicionẽ si incontinenti iuraretur? Loquimur.n. de pure facta delatione, cui tacitam condicionem addi quæ expressa non sit, facile non oportet *l. si ita stipulatus 126. § Chrysogonus in fin. de verb. oblig.* Sunt.n. odiosæ condiciones omnes, per quas scilicet fit vt actus condicionalis reuocari possit, & haberi pro nõ facto ac si nunquam interuenisset *l. pecuniam 36 sup tit. 1.* quomodo & lex cõmissoria in venditionib. odiosa creditur, quia resoluit vẽditionem *l. Æmilius Larianus 41. supr. de minor. l. 1. 2. & pass. infr. de leg commiss.* Maximè verò cũ iurisiurandi religio tanti momenti sit, vt nihil imputari possit ei, qui post delatũ sibi iusiurandum nõ tam facilis esse voluit ad iurandũ, sed deliberare maluit an iurare expediret, aut referre *l. quæ sub condicione 8. de condic. inst. l. iusiurandum & ad pecunias 14. §. 1. inf hoc tit. l. illud aut illud 21. §. 1. inf de pecun. constit.* DEC. Iusiurandum pro pacto conuento cedit *l. tutor 35 §. 1. infr. hoc titu.* vnde & transactionis specie continere dicitur *in l. 2. supr.* In omni autem pacto, conuentione & contractu consensum vtriusque pacisc entium & contrahentium concurrere oportet *l. 1. supr. de pact. l. in omnibus rebus 55. infra de oblig & actio.* ac proinde interuenire eodem tempore, alioqui non possunt videri cõcurrere, quæ fiunt diuersis temporibus. Consensus autem illius qui defert iusiurandum interuenit in ipsa delatione, illius verò cui iusiurandum defertur, in acceptatione & susceptione iurandi: suscipi ergo iusiurandum oportet & acceptari statim & incontinenti, hoc est, priusquam diuertatur ad alia negotia *l. duos 6. §. vlt. infr. de duob reis. l. continuus 137. in prin. de verb. oblig. l. 1. §. item si ita infr. ad l. Falcid.* non autem ex interuallo, ne facile eueniat, vt quo tempore reus suscipere iusiurãdum volet, is qui prius detulit, nolit iam deferre, nisi fortè qui detulit perseueret instare vt iusiurandũ vel præstetur, vel referatur, tunc enim iurari etiam ex interuallo post nouam delationem potest, sed quasi ex noua voluntate, nouáque delatione, nec quod purè ac sine vlla cõdicione facta sit delatio, ad rem facit. Tanto magis n. agnosci & suscipi statim debuit nulla interposita dilatione, nam quemadmodũ quod purè promittitur, statim debetur, ita quod purè defertur, statim agnoscendum & expectandum est, aut nunquam. Et sicuti aliquando accidit vt pura stipulatio ex re ipsa dilationẽ capiat *l. interdum 73. de verb oblig.* ita & nonnunquã vt condicio tacitè aliqua inesse intelligatur, etiã cùm actus purus est, nẽpe cùm ex eo de quo agitur, intelligi id potest, vt Paulus loquitur in *d. §. Chrysogonus in fi.* In proposito autẽ natura rei de qua agitur, id est, delati iurisiurandi ita fert vt etiãsi pure fiat, condicionẽ tamen tacitam habere videatur, si incontinenti iusiurandum suscipietur, aut referetur vt neutro secuto sit locus pœnitentiæ, & deferẽs reuocare delationẽ possit, postquam verò susceptum est iusiurandum, non est locus pœnitentiæ, quamuis nondũ iuratum sit non magis quàm si iuratum esset, nisi hactenus vt is qui iusiurandum detulit, gratiam iurisiurãdi facere possit, hoc est, iusiurandum ei remittere, cui delatum est, & eum qui iuraturus fuit, habere pro iurato, vt dicemus *in l. seq.* aut nisi post delatum iusiurandum, superueniant nouæ probationes, quibus malit actor confidere, quã lubrico periurij rem committere, vt in *leg. si quis iusiurandum 1. C. hoc tit.* Cuius periculi metu eo iure passim vtimur, vt in ipso quoque procinctu iurandi reuocari iusiurandum possit, etiamsi non modò susceptum sit ab eo, qui iurare debeat, sed etiam si iudex iusiurandum admiserit, & interlocutus sit iurari oportere. Solemus enim dicere, interlocutionem de iurando nunquam transire in rem iudicatã quousque iuratum sit: itaque tametsi iudex pronunciauerit ex delatione iurari oportere, intra certum diẽ (plerunque autem octauus dies in eam rem præstituitur) liberum est ei qui detulit, pœnitere impunè, id est, nullis ob eam causam refusis sumptibus, multo magis autem intra tẽpus, quod dari solet ei, cui iusiurandum delatum est, ad deliberandum vtrum

BIU Cujas

iurare velit, an alio modo intentionem actoris excludere suámque probare, nec enim aut iurare, aut referre, aut soluere cogendus est, si per testes, aut per instrumẽta probare malit. Adeò pleriq; sunt timidi metu diuini numinis, & ad superstitionem vsque vt nec de ea re, quam certissimam esse sciant, iurare velint *d.l. quæ sub condicione*, in quo certè modestius faciũt, nec tantùm modestius, vt illi qui referre malunt, quàm iurare *d.l. illud* 25. §. 1. *inf. de pecun. const.* sed etiam longè certius. Quod autem datur iis tempus ad deliberandum, ex *dict. l. iusiurandum & ad pecunias* 34. *in pr. infr.* non impedit quo minus suscipere iusiurandum possint, etiamsi ex interuallo id fiat instante scilicet ac vrgente non tantùm aduersario, sed etiam iudice. Cætetùm posteaquam delatum susceptúmque est iusiurandum, non est ei permittendũ, qui detulit, vt reuocet, nisi ex iusta causa: vt puta si quis easdem probationes habebat tempore delati iurisiurandi quas nunc habeat: sibi enim debet imputare qui vltro detulit, cùm non cogeretur, *d.l. iusiurandum* 34. §. *datur autem infr. l.* 3. §. *vlt. & l. seq. infr vt in poss. legat. l. qui bona fide* 13. §. *de illo infr. de damn. infect.* Prudenter itaque faciet is, cui iusiurandum delatũ est, si petat tempus ad deliberandum, non an iutare velit, aut referre, ne locum pœnitentiæ relinquat, sed qua de re, aut ad quam formam iuraturus sit, vt hîc Bartol. notat, ex *d.l. iusiurandum in prin.* Quamuis nec quicquã vetet peti tempus ad deliberandũ ante acceptationẽ, vt tutius, & minore periurij periculo iuretur. Isq; proculdubio sensus est Vlpiani, in *d. l. iusiurandũ*, vt benè ad illũ locũ Castrensis, nisi malis nostram interpretationem probare, quã ad eum locũ adferemus: nec. n. ideò verendũ est, vt iusiurãdum delatum reuocari faciliùs sine causa possit, aut vt præstari minùs possit, quasi ex interuallo, cùm tẽpus mediũ quod ad deliberandum petitur, & indulgetur cõiungat extrema delationis & acceptationis, vt negari nõ possit iuratũ esse ex eo iureiurãdo quod delatũ est. Multũ verò interest, an remissũ sit iusiurandũ, an reuocatum. Remissum. n. habetur pro præstito, vt dicemus ad *l. seq.* sicut & illud quod habetur prõ remisso de quo in *l. si non fuerit* 37. *infr. hoc titul.* Reuocatum autem pro nec delato, nec tantùm si reuocatum sit, sed etsi nulla reuocatione interueniente, neque iuratum sit, neque remissum iusiurandum: perinde namque haberi debet, ac si res in iusiurandum admissa non esset, vt hîc Vlpianus scribit: sed non iuratum intellige, si nullo modo iuratum sit, id est, neque ex delatione neque ex relatione.

6. PAVLVS libro 19. ad Edictum.

REmittit iusiurandum, qui deferente se, cùm paratus esset aduersarius iurare, gratiam ei facit, contentus voluntate susceptí iurisiurandi. Quod si non suscepit iusiurandum, licet postea parato, iurare actor nolit, non videbitur remissum, nam quod susceptum est, remitti debet.

Ad l. Remittit iusiurandum 6.

Hæc lex est de remisso iureiurando, id est, quod delatum quidem susceptumque, sed tamẽ nec præstitum adhuc, nec ampliùs præstandum est, quod accidit, cùm is qui detulit, contentus est voluntate susceptí iurisiurandi, habétq; id pro præstito. RATIO VLPIANI. Fieri facilè potest, vt qui iusiurandum susceperit fingens paratum se iurare, nunquam tamen iuraturus sit, aut conscientia mendacij, aut etiamsi maximè antea iurare paratus fuit, mutata subinde voluntate, iniecto fortassis scrupulo, propter quem non modò iusiurandum relaturus, sed etiam litem omissurus, & amissurus sit, faciliùs quàm iuraturus. Longè enim aliud, & quidem multo periculosius est iurare, quàm iusiurandum suscipere. Peierat, qui malè iurat, non etiam is qui delatum sibi iusiurandum duntaxat suscipit. Ideóque solent iudices, & debent eum qui iurare paratus est, piis, variísque exhortationibus, proposita diuinę vltionis comminatione conscientiã hominis & instruere, & terrere, ne quid contemptu diuini numinis faciat, aut inconsideratius, quibus exhortationibus persuasi vel deterriti plerique, aut recusant iurare, aut iurant timidius, sępe etiã verius: quam ob causam illud quoque bene receptum est, vt is cui iusiurandum delatum est, iurare per se debeat, non per procuratorem, qui huiusmodi exhortationes parum curaturus sit, tanquam in alterius animam, vt loquũtur, & alieno periculo iuraturus: nisi per se iurandi impossibilitas tãta sit, vt neque is qui iurare debet, possit ad iudicem accedere, neque ad eum iudex: quo tamen casu obseruandum est, vt alius iudex substituatur in ea prouincia, eóque loco vbi iurari oportet, potiùs quàm vt per procuratorem iuretur: quæ res tamẽ magnorum sumptuum plerumque materiam præbet, cùm eum cui iurandum est, adesse oporteat, & quidem sumptibus illius, quem coram substituto iudice iurare necesse est. Ergo iusiurandum remissum, non eo magis pro præstito haberi debet, quod susceptũ fuerit, cùm reuera non sit præstitum. DEC. Cùm ex delatione iuratur, non tam sibi iurat is, qui iusiurãdum suscepit, quàm ei qui detulit: in cuius potestate fuerat, vt non deferret si vinci maluisset: quidni ergo ei licere debeat iurisiurandi gratiam facere, & habere iusiurandum pro præstito contra se, si malit contentus esse voluntate susceptí iurisiurandi: siue quòd rem aliter se habere posteà compererit, quàm ab initio crediderat cùm iusiurandum deferret, siue quòd aduersarium, qui iurare paratum se dicit, in eo esse videat, vt temerè sit peieraturus? quod cùm accidit, valde prudentis, & pij hominis est, iurisiurandi gratiam facere, potius, quàm sua pertinacia in id adigere aduersarium, vt peieret: nã nec citra peccatum mortale fieri hoc posset, si Diuo Augustino credimus, vt credere debemus, quoties is qui iusiurãdum defert, certò scit aduersarium peieraturum. Denique nihil tam naturale est, vt habet iuris regula, quàm vnũquodque dissolui eo modo quo colligatum est, atqui iurisiurandi non solùm voluntarij quod ex conuentione proficiscitur *leg. iusiurandum quod* 17. *inf.* sed etiam iudicialis, quod in iudicio defertur, delatio tota pendet à voluntate deferentis, *l. qui iurasse* 26. §. *vlt. & d.l. tutor pupilli* 35. §. 1. *inf.* Quidni ergo ex sola deferentis voluntate reuocari poterit? Planè sicuti non potest iusiurandum reuocari, nisi quod delatum fuit, ita neque remitti nisi quod fuit susceptum: & mutatio voluntatis superueniens post delatum, & ante susceptum iusiurandum, non remissio, sed reuocatio iurisiurandi dicenda est. Est etiam quædam quasi tacita remissio iurisiurandi, de qua in *l. si non fuerit* 37. *inf.*

7. VLPIA-

BIU Cujas

7. VLPIANVS libro 22. ad Edictum.

AIt Prætor: *Eius rei, de qua iusiurandum delatum fuerit: neque in ipsum, neque in eum, ad quem ea res pertinet, actionem dabo.* eius rei sic erit accipiendum siue de tota re[a], siue de parte sit iuratum. nam de eo, quod iuratum est, pollicetur se actionem non daturum: neque in eum, qui iurauit: neque in eos, qui in locum eius, cui iusiurandum delatum est, succedunt [b].

Ad l. Ait Prætor 7.

RAT. DVB. Iureiurando siue dato & præstito, siue remisso, reus qui iurauit, acquirit sibi exceptionem, *l. nam posteaquam 9. §. 1. l. sed si possessori 11. l. si duo 13. §. idem Iulianus. & pass. infr.* adeoque perpetuam *l. l. iusiurandum à debitore 40. eod.* Atqui exceptio omnis præsupponit actionem, nec eam tantùm quæ competat, sed etiam quæ instituta & proposita sit, cùm nihil aliud sit exceptio, quàm actionis exclusio, & quædam velut elisio *l. 2. in princip. & pass. inf de except.* Implicat ergo contradictionem, vt prætor ex huius edicti verbis polliceatur se actionem non daturum aduersus eum qui ex delatione iurauerit, & tamẽ ei qui iurauit det exceptionem, quandoquidem sine actione agere nemo potest, *l. si pupilli 6. §. vlt. supr. de negot. gest.* nisi contra seipsum *l. quoties 9. §. & generaliter infr. de admin. tutor.* DEC. Actiones omnes ciuiles competunt quidem ipso iure, id est, priùs etiam quàm à prætore dentur, itémque prætoriæ nonnullæ, sed tamen dantur omnes à prætore, tanquam ab eo qui sit viua vox iuris ciuilis, *l. nam & ipsum 8. supr. de iustit. & iur.* Quamuis ergo non possit prætor ius ciuile tollere, nec quicquam facere contra leges, *l. necnon 28. §. quoad eius supr. ex quibus caus. maior. l. cùm sponsus 12. §. si res. supr. de Public in rem act.* prætoris tamen est sicuti actiones iure competentes dare petentibus, ita & denegare si iustam denegandi causam subesse videat, vt in specie *l. necessariis 57. infr. de acquir. hæred.* nec enim prætor cùm ita facit, tollere dicitur ius ciuile, aut aliquid contra ius aut leges facere, sed asperitatem iuris ciuilis æquitate summa corrigere ac temperare, quod ei facere licet. *Instit. de bonor. poss. in princip.* Nam & cùm Prætor dat actionem sub exceptione, aut exceptionem sub replicatione, dicitur emendare exceptionem per replicationem, & actionem per exceptionem *l. in duobus 28. §. si ei qui. infr. h. tit.* Est igitur in potestate prætoris, à quo petitur actio, post præstitum ex delatione iusiurãdum, vt vel actionem omnino deneget, ex verbis huius edicti, si nihil allegetur eorũ quæ diximus ad *l. 5. §. dato iureiurando. sup.* posse obiici aduersus iusiurandum præstitum, vel si quã adhuc subesse controuersiam videat, siue de eo ambigatur an iuratum sit, siue, quod effectu idem est, an ritè rectéq; iuratum sit *l. qui per salutem 33. inf.* actionem det quidem, sed sub exceptione *d. l. nam posteaquàm 9. in princ. & §. 1. inf.* Imò interdũ etiam sine exceptione, si fortè per obreptionem petita sit actio, & impetrata nullius iurisiurandi facta mentione. Potest enim postea & apud iudicem datum allegari exceptio iurisiurandi, etiamsi omissa esset in formulâ si modò iudiciũ esset bonæ fidei, cùm huiusmodi iudiciis insint exceptiones omnes etiam iurisiurandi non minùs quàm pacti & doli *l. sed si ideo 21. solut. matrim. l. huiusmodi 84. §. qui seruum de legat. 1. l. 3 infr. de rescind. vendit.* Parũ verò interest, si effectum rei inspicias, an actionem alicui deneget prætor, an verò det aliquã cum exceptione, cui locus esse possit, *l. nihil interest 112. iunct. l. Marcellus 66. de reg. iur.* Et quemadmodum solemus dicere, ei cui damus actionem, multò magis exceptionẽ dandam esse, *l. inuitus 156. §. cui damus eod. l. 1. §. is autẽ infr. de superfic.* ita & dicendũ est, cõtra eum cui actio denegatur, multò magis exceptionẽ dari oportere. Sic dicimus ex *SC. Maced.* nullam ei, qui contra Macedonianum filiofa. pecuniam credidit, petitionem actionémve esse. *l. 1. infr. de SC. Maced. & ex SC. Velleiano* nullam similiter contra mulierem, quæ aduersus SC. intercessit, *l. 2. ad SC. Velleian.* nec tamen in iis titulis quicquam frequentius est, quàm vt mẽtio exceptionis fiat, vt & in *l. qui exceptionem 40. de cond. indeb. & alibi pass.* Sed non patiar cum Accurs. Bartolo, & Castr. dicas, verba illa edicti *actionem non dabo*, id significare, vt actio competens tollatur, non ipso iure, sed ope exceptionis. Neutrum enim verum est, & significatur iis verbis denegari actionẽ à Prætore, vt in *d. l. necessariis*. Actio autẽ, quæ denegatur, nec tollitur ipso iure, nec per exceptionem: nõ ipso iure, quia non aliter potest denegari quã si petatur, sicuti nec concedi *l. 4. §. hoc autem iudicium infr. de damn. infect.* peti autem nõ aliter iure potest, quàm si competat ipso iure, nõ etiam ope exceptionis, quia actio quæ denegatur, nunquam proponitur, nec vlli exceptioni locum admittit. Sed & defendi potest, cõtra omnes Interpretum omnium sententias per iusiurandum nouari actionem, ideoque tolli ipso iure cùm habeat vim nouationis & delegationis *l. qui iurasse 26. §. vlt. infr.* vbi dicemus, vt proinde quod ait prætor, se actionem non daturum in eum, qui iurauit, rationem illam habeat, quia nec vlla competit. alio sensu quàm quo scriptum est in *d. l. necessariis* actiones hereditarias in suum heredẽ, qui bonis patris se abstinuit denegari. Quãquam nihil vetat obrepi prætori, & actionem ab eo impetrari tacito iureiurando. quo casu exceptio necessaria sit: illud certè constat exceptionem, quæ ex huiusmodi edicto competit, talem esse vt vim habeat exceptionis litis finitæ, & ex earum numero sit, quæ impediunt litis ingressum non minùs quã exceptio transactionis aut doli, ex causa interpositæ transactionis *l. eleganter 23. §. si post transactionem. vers. potuit autẽ quis infr. de cond. indeb.* Nam cùm id agit prætor, vt actionẽ alicui deneget, multò magis id curare debet, vt data actione, impediatur tamen litis ingressus, si fortè is qui conuenitur, opponat exceptionẽ, & quod magis est, eã probet statim, aut saltem petat dilationem, ad eam probandã, quæ non esset similiter cõcedenda, si de ea exceptione ageretur, quæ nõ esset litis finitæ, quãuis ingressum litis impeditura esset, si de ea in promptu constaret, vt ad Bart. tractat Castrens. *ex c. 1. de lit. contest. lib. 6.* addens alias pleraſque exceptiones, quę impediũt litis ingressum, si statim opponantur, & probentur, nec tamẽ sunt exceptiones litis finitæ, inter quas ponit exceptionẽ præscriptionis pacti de non adeundo iudice, cui ego addo exceptionem pacti de non petendo, itẽ exceptionẽ præiudicialem. & vulgatam illã, quam de euictione tenet, actio eundẽ agẽrem repellit exceptio. itémq; aliam quamlibet exceptionem notoriam, quia quæ sunt notoria nõ indigent probatione. Quarum exceptionum omniũ singulare, aut potiùs commune

BIU Cujas

ius est, vt opponi possint, & ante litem contestatam, vt dilatoriæ *l. exceptionem 19. C. de probat.* & post litem contestatam, vt peremptoriæ *l. præscriptionem 8. C. de except.* nec minùs tamen impediant litis ingressum, si modò ab initio allegentur, & incontinenti probentur, ita vt hoc casu non sit in arbitrio, & potestate iudicis differre pronunciationem super his exceptionibus in longius tempus, non magis quàm iuris ordinem peruertere, vt ex Baldo notat hîc Castrēs. *ex cap. exhibita. extr. de iudic. l. 1. §. 1. supr. de fer.* alioqui remittendæ sunt ad tempus vsque quod erit post litem contestatam, quod de dilatoriis & peremptoriis omnibus iuris est, si in vim peremptoriarum opponantur. Solæ præscriptiones fori excipiūtur, quæ ab initio ita opponēdę sunt, vt opponi posteà nunquam possint, *l. vlt. C. de except.* Coniungit Castrensis supradictis exceptionibus exceptionem litis renuntiatæ, sed non satis bene. Est enim hæc litis finitæ, si qua vsquam alia, cùm non meliùs finiri lis possit, quàm si liti renūciatum sit, quod fiebat olim solemniter, & in iure *l. postquàm liti 4. C. de pact.* vt & repudiatio hereditatis *l. sicut 4. C. de repud. vel abstin. hered.* Planè, quoties exceptio, siue iurisiurandi siue alia quælibet, altiorem requirit indaginem, dum ne sit præscriptio fori, differenda est pronunciatio, & in tempus litis contestatæ ex *d. l. nam posteaquam 9. in princ. infr. l. ille à quo 13. §. si de testamento. vers. quid ergo ad SC. Trebell. l. 3. in princip. inf. vt in poss. legat.*

a *Siue de tota re.* RAT. DVB. Iusiurandum habet speciem, & vim rei iudicatæ, *l. 1. & 2. supr.* hactenus scilicet vt imponat finem liti, & controuersiæ, quomodo imponit res iudicata *d. l. 1. in fi. l 1. l. post rem iudicatam 56. infr. de re iudic.* Atqui non imponitur finis liti, si de parte tantùm iuretur: nam de alia parte lis supererit. Ergo vel nullomodo, vel de tota lite iurandum est. Quemadmodum, & si compromissum factum sit, cogitur arbiter de tota cōtrouersia sententiam dicere, nec sufficit vt de parte controuersiæ pronunciet, *l. qualem 19. §. 1. supr. de recept. qui arbitr. recep. iunct. l. Pompon. 13. §. recepisse. eod.* DEC. Boni prætoris est lites diminuere, quantum facere potest, vt si totam controuersiam dirimere fortassis nequeat, saltem pro parte dirimat *l. quidam existimauerunt 21. supr. tit. prox.* Ergo si tota controuersia per iusiurandum decidi non possit, non eò minùs permittendū est, vt de parte litis iusiurādum & deferatur, & præstetur. Tantò minor enim futura est reliqua controuersia, tantoque faciliùs expediri alia ratione poterit, *l. de rebus 14. infr. ver. amot.*

b *Neque in eos qui in locum eius succedunt.* His verbis videntur significari successores vniuersales, siue iure ciuili succedant, siue honorario, aut ex Senatusconsultis, vel ex Constitutionibus, circa quos minor est dubitatio, cùm succedant in vniuersum ius quod defunctus habuit *l. nihil est aliud 24. de verb. signif. l. heredem 59. de reg iur.* Et hæc quidem decidendi ratio est: sed dubitandi illa, quòd iusiurandū sit, quid tam personale, vt non nisi iurantis personam afficiat. Nec enim iurat quisquam alienę animæ periculo, sed suæ. Vnde est quod si quando petatur in integrum restitutio aduersus contractum, qui iuratus sit, absolutio ei quidē qui iurauit necessaria est, ne alioquin obstet illi exceptio periurij, at heredi eius non item, quia periurium in eum cadere non potest qui iurauit, tametsi in iurantis iura omnia successerit. Nec enim succedit heres quantumlibet vniuersalis in iura illa personalissima quę personam defuncti egredi non possunt *l. ex pluribus 42. de administr. tutor. l. si ita expressum 69. de condic. & demonstr. iunct. l. si ita legatum 65. §. illi si volet. de legat. 1. l. qui Romæ 122. §. Agerius. de verb. oblig.* quamuis faciliùs sit vt personalia ista transeant à defuncto in heredem, quàm à filiofamilias in patrem, vel à seruo in dominum *l. si stipulatus fuerim 76. in princ. eod. tit. iunct. l. qui heredi 44. de condic. & demonstr.* Sed pertinet hæc obiectio ad vinculū iurisiurandi, quod certè non modò personale est, sed etiam personalissimum, ita vt iurantis personam egredi nūquam possit. Cæterùm ius exceptionis, quod ex iureiurando acquiritur, transit ad eius heredem, & successorem quemlibet vniuersalem, non minùs quàm si ex pacto, aut ex transactione, aut ex sententia esset acquisitum, cùm iusiurandum & pacti conuenti & transactionis, & rei iudicatæ vim obtineat *d. l. 1. & 2. supr. l. tutor pupilli 35. §. 1. infr. hoc t.* Adeò autem verum est, trāsire exceptionem iurisiurandi in heredem iurantis, vt trāseat etiam in successorem singularem, vt subiicitur *in l. seq.* Obserua tamen, aliud esse quærere, an exceptio quæsita ex iureiurando transeat in heredem iurātis, de quo hîc agitur; aliud autem quærere, an ex iureiurando defuncti, siue promissorio, siue assertorio heres obligetur: de quo neq; in hac lege tractatur, neque in toto hoc titulo. Illa tamē distinctio hac in re obiter notanda est, vt si iusiurandū tale sit, quod contractum alioqui futurum inualidum cōfirmare possit, vt *in Auth. sacramenta puberum. C. si aduers. vendit. c. 2. de pact. in 6. c. cùm contingat. extr. de iureiur.* non minùs sit necessaria restitutio in integrū heredi quàm ei qui iurauit, quia in eum transit obligatio, ex contractu qui ob iusiurandum validus est. At si cōtractum, quia fortassis legib. aut bonis moribus prohibitum iurisiurandi religio validare non possit, puta si contractus sit vsurarius, aut qui alienæ mortis captandæ votum inducat, tum verò, quia nō est obligatorium contra bonos mores præstitum iusiurandum, ex regula iuris pōtificij, necessaria non est absolutio heredi qui non iurauit, quíque nec ex contractu tenetur, sed iurāti tamen ipsi necessaria semper est, si modo tale sit iusiurandum, vt seruari possit citra dispendium salutis æternæ *c. debitores ext. de iureiur.* metu scil. exceptionis aut replicationis periurij, quæ alioqui omnimodo obstaret.

8. PAVLVS libro 18. ad Edictum.

ETiamsi in rem successerint.

Ad l. Etiamsi in rem successerint 8.

Sensus est, exceptionem iurisiurandi trāsire non modò in vniuersales successores, de quibus actum est proximè, sed etiam in singulares, qui in re aliquā singularem successerint, & titulo singulari puta vēditionis, vel donationis vel permutationis, aut alterius huiusmodi. RAT. DVB. Personalis obligatio passiua non sequitur fundi possessorem, nec alium quemlibet singularem successorem *l. vlt. §. 1. infr. de contr. empt. l. 1. §. si heres. ad SC. Trebell. l. æris alieni 15. C. de donat.* Ergo neque personalis obligatio actiua, id est, quæ parit actionem, nec ipsa actio transire in alium potest, qui non nisi singularis successor est, ob eámque causam introductum est remedium cessionis actionum *l. 3. §. vltim. supr. vsufruct. quem. caueat. l. si res obligata 58. de legat. 1. l. si res quam 59. infr. de euict. l. Modestinus 76. de solut.* DEC. Qua de re iuratum est, eius

BIU Cujas

eius rei nomine exceptio iurisiurandi ei qui iurauit, acquisita est Ergo si ea res in alium transferatur, eadem exceptio simul cùm re ipsa transit in successorem singularem. quemadmodum è contrario, si contra aliquem ius competat ratione cuiusdam rei, transibit ius illud etiam contra singularem eius rei acquisitorem *l.idémque 16. in fin. infr. pro socio. l. in hoc iudicium 14. § uersatur etsi abalienauero prædium. suprà Commun. diuid. l. venditor 13. supr. commun. præd. l. si tertius 6. §. si quis priusquam. infr. de aqua & aquæ pluuiæ arcend.* Idque est quod habet iuris regula, Ea quæ obstant his qui contraxerunt, etiam successoribus eorum obstare, & plerunque emptoris eandem causam esse debere circa petendum & defendendum quæ fuit auctoris *l. quod ipsis 143. l. inuitus 156. §. plerunque. l. aliud est 160. §. vlt. d. reg iur.* fit enim semper alienatio cum sua causa *l. alienatio 67. de contrah. empt. l. 3. in princip & §. 1. infr. de pign. or. l. iudicatæ 29. §. 1. infr. de except. rei iudicat.* quamuis in iudicio, in quo tractatur de iureiurando præstito, non tam principalis causa exercetur, quàm iusiurandum conseruatur *l. eum qui 30. in princip. infr. hoc titul.* Optimum tamen est in cautionibus omnibus, quas ideo quis interponit, vt sibi quis suisque successoribus omnibus prospiciat, adiici mentionem eorum omnium ad quos res pertinebit, vt in *l fluminum 24. §. adiicitur. infr. de damn. infect.* ne scilicet locus quæstioni relinquatur, an singulares quoque successores ea cautione contineantur. Planè cùm agitur de iure aliquo reali, & quod ipsi rei cohæreat, vt in specie *d. l. si tertius 6. §. si priusquam, de aqua & aquæ pluu. arcen.* aut de iure hypothecæ, vt in *d. l. si res quam 59. de euict.* dubitari minùs potest, quin transeat in successorem, etiam singularem, vt pluribus tractat Bart. ad *d. §. si priùs.* At cùm tractatur de obligatione actiua, in singularem successorem transferenda cessio necessaria est, vt diximus *tot. tit. de hered. vel act. vendit. infr. & Cod.*

VLPIANVS libro 22. ad Edictum.

NAm, posteaquam iuratum est, denegatur actio, aut si controuersia erit, id est, si ambigitur, an iusiurandum datum sit: exceptioni locus est.

Ad l. Nam posteaquam 9.

Huius legis initium iam explicauimus ad *l. non erit 5. §. dato iureiurando, & ad l. 7. supr.* Neque alia hîc dubitandi vel decidendi ratio occurrit, aut quicquam aliud monendum, nisi quod iam docuimus, ad *d. l. 7.* malè Accursium in hac quoque lege verba illa, *denegatur actio*, sic explicare acsi scriptum esset, *exceptione repellitur.* Aliud enim est denegari actionem, aliud verò dari exceptionem, per quam actio elidatur, vt explicauimus. Veriúsque est denegari actionem hoc casu à Prætore, quia nec vlla competat ipso iure, si modò sciat prætor iusiurandum præstitum fuisse (fieri enim facile potest, vt ei obrepatur,) aut vt de eo ambigatur, vt hæc lex ait, cùm iusiurandum sit species quædam nouationis & delegationis, & quidem voluntariæ, *l. qui iurasse 26. §. vlt.* vbi dicemus, & ad *l. eum qui 30. in princ. infr.* vt lex ait.

1 ¶ Iureiurando dato, vel remisso, reus quidem adquirit exceptionem sibi, aliisque[a]: actor verò actionem adquirit, in qua hoc solum quæritur, an iurauerit dari sibi oportere: vel, cùm iurare paratus esset, iusiurandum ei remissum sit.

Ad §. 1. Iureiurando dato.

Hunc quoque §. iam tractauimus ad *l. 5. §. dato. supr.* Eadem enim ferè loci vtriusque sententia est, easdémque admittit dubitandi & decidendi rationes, nisi quòd ibi agitur de iureiurando præstito duntaxat, hîc etiam de remisso, cuius tamen eadem in omnibus causa est, quæ præstiti cùm iusiurandum ritè rectéque delatum, si remissum sit, pro præstito habeatur, & similiter quod iuratum est, pro probato *l. sed si possessori 11. §. vlt. infr.* Ergo si reus ille sit, qui vel ex delatione iurauit, vel cùm iurare paratus esset, remisso iureiurando pro eo habetur, acsi iurasset, dicendum est, acquirere illum sibi exceptionem, si verò actor sit, acquiret sibi actionem in *l. in duobus 28. §. vlt. infr.* In qua actione hoc solùm quærendum est, an iurauerit dari sibi oportere, an verò cùm iurare paratus esset, iusiurandum ei remissum sit: non enim difficilius est, vt ex iureiurando detur actori actio in factum ad exemplum actionis, quæ ex iudicato nascitur *l. actori 8. Cod. hoc tit.* aut actio ex eo contractu, de quo iuratum est, vt in *l. si duo 13. § si quis iurauerit. infr. eod.* quàm vt reo acquiratur exceptio, sicut & ex iudicato nascitur tam actio in factum, quàm exceptio rei iudicatæ. Quo exemplo etiam exceptionem quæ ex iureiurando nascitur, vocamus exceptionem iurisiurãdi, quamuis actio iurisiurandi, quæ speciale hoc nomen habeat, nulla sit, nec minùs exceptiones in factum esse possint quàm actiones. Caue tamen, ne ex hoc §. inferas actionem priorem non perimi ipso iure, ob id solùm quod iuranti reo detur exceptio. Non enim datur hæc exceptio, nisi cùm ambigitur, an iuratum sit, aut an ritè iuratum: alioqui denegat prætor actionem, quasi peremptam per nouationem & delegationem illam, quæ ex iureiurando inducitur, vt scriptum est initio huius legis, *iunct l. qui iurasse 26. §. vlt. in f.* Quanquam facile fieri potest vt actor obrepat prætori petátque ab eo actionem & impetret tacito iureiurando: & ad hunc casum aptari commodè possunt loci omnes, in quibus tractatur de prima actione ab actore post iusiurandum instituta, vel de exceptione per reum opposita actori: & quibus abuti solent nostri, vt probent non fieri nouationem per iusiurandum.

a *Sibi aliisque.* Placet valde quod Accursius mauult, aliorum nomine intelligere fideiussores, quibus proculdubio prodest fideiussoris iusiurandum, si modò de ipso contractu & de re agatur, non de persona quæ iurauit, *l. in duobus 28. §. 1. infr. hoc tit.* siue dicas iusiurandum hoc solutionis loco cedere, vt in *dict. §. 1.* siue pactionis: nam & pactum rei prodest fideiussori, si modò in rem fuerit, non in personam, *l. & heredi 21. §. vlt. & legib. seqq. supr. de pact.* Nam de iurantis successoribus vniuersalibus ne hoc verbum intelligi commodè possit, quamuis iis quoque iusiurandum proficiat, illud facit quod non alij esse videntur, qui eadem cum defuncto persona censentur *Nouell. 48. de iureiur. à morient. præst. in princip.* Cúmque iusiurandum, de quo hîc agimus, habeat vim pacti *dict. l. 2. supr. l. qui iurasse 26. §. vltim. l. tutor*

BIU Cujas

35. §.1. *infr. hoc titul.* consequens est, vt quemadmodum quisquis paciscitur, non tantùm sibi, sed etiam suis heredibus pacisci intelligatur, *l. si pactum* 9. *infr. de probationib.* ita & quisquis iurat, non minùs heredibus suis, quàm sibi ipsi iurasse videatur.

2 ¶ Si damnetur quis post iusiurandum ex famoso iudicio, famosum esse magis est.

Ad §.2 Si damnetur quis.

Potest hic §. habere sensum duplicem: vnũ hũc, vt sententia post iusiurandum reddita pro eo, qui iurauit, perinde famosum & infamem faciat eũ, qui ex famoso iudicio condemnatus est, acsi per veras non fictas probationes condemnatus esset: alterum illum, vt sententia contra eum lata qui ex aduersarij delatione iurauerat se non deliquisse, non eò minùs famosum efficiat cõdemnatũ. Nascitur autem duplex hæc interpretatio ex iis verbis, *si dãnetur quis post iusiurandum.* Possunt enim intelligi de iureiurando præstito, aut à se aut ab aduersario. Prior interpretatio supponit iusiurandum prẽstitum ab aduersario condemnati: posterior autem à condemnato ipso. Prior ponit condemnatum fuisse illum contra quem iuratum est: posterior verò condemnatũ esse illum ipsum, qui iurauit. Interpretes vtramque sententiam probãt. Sed Iac. Cuiac. primam, ad Paulum in *l. eum qui* 30. *infr.* dummodò, inquit, condemnatio secuta sit ex famoso iudicio, non ex actione illa in factum quam iusiurandum parit. Ad primam, ratio dubitandi nõ tam illa placet quæ à nostris adfertur, quòd in criminalib. probationes luce clariores esse debeant, (iusiurandum enim probatio est, nõ ficta, vt putant, sed vera nõ minùs quàm si facta esset per illius confessionem qui iusiurandum detulit) quàm quòd is qui post præstitum ab aduersario iusiurandum condemnatus est, per iusiurandũ priùs, & potiùs quàm per sententiam cõdemnatus fuisse videatur, sententia autem illa sit, quæ infamiam irrogat condemnato non crimen solum, non iusiurandum *l. infamem* 7. *infr. de public. iudic.* Sed ratio decidẽdi est, quia si iusiurãdum habeat vim rei iudicatæ, exinde per sententiam condemnatus videtur is, contra quẽ iuratum est. Quidni ergo famosus fiet ex iudicio famoso, siue aliqua sententia sequatur iusiurandum siue nulla? causa namque semper inspici debet, quæ est famosa. Quod si probationis tãtùm vim habeat, quod necessariò dicendum est, cùm aliqua sequitur sententia (nec enim duplex sentẽtia in vno eodémque iudicio locum habere potest *l. singulis* 6. *infr. de except. rei iudic.* & iusiurandum non tam ad hoc tendit, vt finiatur instantia quomodo sententia, quàm vt finiatur probatio, vt Bartolus ad hunc §. non insubtiliter ratiocinatur) non eò minùs sententia debet infamare, quod probatum sit crimen per iusiurandum actoris, siue quòd nõ alia certior probatio quærenda sit, quàm quæ fit per iusiurandum *l. eum qui* 30. *infr.* siue quod quemadmodum post iusiurandum præstitũ non de alio quæritur, quàm vtrum iuratum sit §. *prox. supr.* Ita & post latam sententiam illud duntaxat inspiciendum est, an lata sit sententia, & an ex causa famosa, quæ etiam in priuato iudicio infamiam condemnato irrogaret si non à sententia prouocatum sit *l. furti* 6. §.1. *supr. de his qui not. infam. d. l. infamem.* Quemadmodum è contrario si quis iudicio famoso conuentus sit, satis ei erit ad euitandam notam infamiæ, quòd iurauerit se non deliquisse, cùm eo modo suam innocentiam iureiurando adprobauerit *dict. l. furti.* §. *sed etsi iureiurando.* Poterat quidem videri agẽdum mitiùs cum eo, qui ex aduersarij iureiurando condemnatus esset famoso iudicio, quasi abundè sufficeret exonerati petitorem necessitate probandi *d. l. eum qui.* Sed vt bene Castr. respondet, alia est pœna negationis, de qua eo loco agitur, & quam non potest incurrere is qui deferendo iusiurandum fateri potiùs intelligitur, alia verò pœna infamiæ, de qua agimus, & quam incurrit etiam ille qui confitetur. Nec ad rem pertinet, quod actio in factum, quæ ex iureiurando nascitur, non est per se famosa: fit enim famosa, cùm actio, de qua iuratum est, famosa fuit. Et quamuis iusiurandum nouet actionem præcedentem *l. qui iurasse* 26. §. *vlt.* non tamen delet infamiã, quia retinet causam quæ famosa est: retinet enim qualitates omnes primordiales præcedentis actionis, vt dicemus ad *l. eum qui* 30. *infr.* quod Cuiac. supradicto loco non videtur bene percepisse. Ad secundam verò interpretationem dubitandi ratio illa est, quòd iusiurãdum habeatur & pro sententia, & pro veritate, vt proinde non possit non iniusta valde esse sententia, quæ condemnat eum qui iureiurando suo innocentiam suam adprobauerit. *arg. d. §. sed etsi iureiurãdo.* tantùm abest, vt is, qui quamuis innocens condemnatus perperam fuit, infamia quoque notari debeat. Sed decidendi ratio fortior ea est, quòd licèt in quibusdam maiorem vim habeat iusiurandum quàm res iudicata, vt diximus *ad l. 2. supr.* hac parte tamen plus potest res iudicata, quàm iusiurãdum, vt hic tractat Accurs. quia publicè interest res iudicatas effectum sortiri *l. seruo* 65. §. *cùm Prætor. infr. ad SC. Treb. l. si fundus* 16. §. *si pluris. infr. de pignor.* At iusiurandum haberi pro veritate, & pro re iudicata interest tantùm priuatim, & eius qui iurauit, quoniam ex priuata litigantium conuentione proficiscitur *leg. iusiurandum quod* 17. *l. qui iurasse* 26. §. *vltim. l. tutor* 35. §.1. *inf. hoc tit.* Ergo quamuis sententia contra sententiam lata non valeat *l. 1. Cod. quand. prouoc. non est necess.* iusiurandum tamen per sententiam subsequentem tolli potest, valétque sententia contra præcedens iusiurandum reddita adeò vt transeat in vim rei iudicatæ si ab ea non fuerit appellatum: nam si appelletur, vix est vt possit defendi sententia contra iusiurandũ lata, ex quo sequi potiùs absolutio debuerat *l. iusiurandum, & ad pecunias* 34. §. *vltim. infr. hoc tit.* Sic dicimus, si quis post transactionem condemnatus nihilominùs fuerit, dolo quidem id fit, sed tamen sententiam valere *l. eleganter* 23. §. *si quis post. inf. de condict. indebit.* quidni enim bona comparatio sit, cùm iusiurandum habeat etiam vim transactionis? *d. l. 2. supr.* Sed & valeret sententia post sententiam si non esset opposita exceptio prioris rei iudicatæ *cap. inter monasterium. extr. de re iudic.* quippe quam cùm sit facti supplere iudex per se nec potest nec debet, sed ea tantùm quæ sunt meri iuris *Tit. Cod. vt quæ desunt aduoc. part. iud. suppl.* Et certè si quis hanc secundam interpretationem probare malit, quã video & Zasio, & aliis plerisque magis placuisse, ponendum necessariò est cum Accursio fuisse omissam, siue per errorem, siue consulto exceptionem iurisiurandi, qua nimirum allegata fieri vtique vix potest, vt tam fatuus iudex quis reperiatur, qui eum, qui ritè iurauerit, condemnare velit. Quamquam etsi tam fatuus sit is, qui iurauit, vt nolit aut nesciat iurisiurandi

BIU Cujas

iurandi exceptionem obiicere, fatendum est sententiam non eò minùs valituram *argum. dict. §. si quis post.* Non ergo maioris hac parte potestatis est sententia quàm iusiurandum, cùm nulla opposita exceptio est, veriúsque est quod Castrensis concludit, exceptionem rei iudicatæ, iurisiurandi, & trãsactionis à pari procedere. Sed si opposita sit exceptio rei iudicatæ aut iurisiurandi, aut transactionis, eo nimirum casu plus poterit res iudicata contra iusiurandum, vel transactionem, quàm contra rem iudicatam, quia valebit sententia, vt diximus etiam, contra iusiurandum vel transactionem reddita *dict. §. si quis post.* non etiam contra rem iudicatam *dict. l. 1. C. quand. prouoc. non est neces.* Cæterùm an valeat processus si exceptio iurisiurandi opposita sit, siue tãquam exceptio litis finitæ ante contestationem, siue post litem contestatam quasi peremptoria, alia quæstio est à Castrensi quidem nec indiligenter nec malè hîc tractata, sed ad huius §. sententiam parum pertinens, sicuti nec illa valde ad rem facit, quam ex professo tractat Bartolus hîc, an sententia contra aliam sententiam lata valeat. In qua placet plerisque distinctio, quam ille adfert, an secunda sententia feratur in eadem instantia, an in alia, vt si in eâdem, non valeat, siue secunda sit absolutoria siue condemnatoria: quod equidem certissimum, & apud omnes in confesso est, quia per sententiam primam finitur instantia *l. 1. de re iudic.* si autem in alia valeat, & priore potentior sit, cùm habeat quod sibi imputet, qui aut prioris sententiæ exceptionem non opposuit, aut post habitam pro se sententiam iterum egit ex *l. duobus 19. infr. de except. rei iudic.* Sed magis placet, quod Castrensis contra Bartolum disputat, posteriorem sententiam non tenere etiamsi ex aliis actis aliáque instantia iudicatum fuerit ex *d. l. 1. Cod. quand. prouoc. non est neces.* quæ alioqui nullam penitus dubitationem haberet si de eadem instantia intelligeretur. Ob idque cauere boni iudices debent ne sæpiùs eadem causa tractetur, quoniam alioqui facilè contingat non modò diuersa, sed etiam contraria & pugnantia pronunciari *d. l. singulis in fin.* nisi in posteriore instantia nouum aliquid & validum afferatur, vt in *dict. l. duobus.* quomodo in supplicationibus, vt vocant, ciuilibus, quæ aduersus Senatusconsulta proponi solent, quotidie obseruatur, aut si fortè plures libelli, siue ab eadem parte, siue à diuersis partibus propositi sint, iungendæ sunt instantiæ, quomodo Pragmatici loquuntur, vt vna eadémque sententia ambæ terminentur ad euitandam contrarietatem.

3 ¶ Si is, qui temporaria actione mihi obligatus erat, detulerit iusiurandum, vt iurem eum dare oportere: egóque iurauero: tempore non liberatur: quia post litem contestatam cum eo perpetuatur aduersus eum obligatio.

Ad §. 3. Si is qui temporali.

RAT. DVB. Actiones temporales nõ perpetuantur nisi contestatione *l. 1. §. vlt. l. 3. supr. de fer. l. vlt. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* Atqui iurisiurandi delatio non est litis contestatio, maximè verò si iusiurandum ex conuentione & extra iudicium deferatur. nam & de huiusmodi iureiurando loqui hunc §. magis communiter placuit, & rectè, quamuis non æquè de iureiurando promissorio siue assertorio. Igitur temporales actiones per iusiurandum perpetuari non possunt. DEC. Iusiurandum siue voluntarium siue iudiciale per quod deciduntur controuersiæ licèt non sit propriè litis contestatio, attamen contestationis vim & speciem quandam continet, vt hic §. probat omnium optimè, aut vt meliùs dicam, succedit in locum litis contestatæ, quomodo loquitur Paulus in *l. sed etsi 18. §. ex quib. supr. de iudic.* nempe quia si non iuraretur, & eo modo lis non expediretur, contestatio facienda necessario esset, vt ad sententiam perueniri posset adeoque ad iudicis dationem. Nec enim iudices dabantur olim à prætore, nisi post litem contestatam. Ideoq; dicitur iusiurandum habere instar iudicij sicut & nouationis & delegationis *l. qui iurasse 26. §. vlt. infr.* delegatio autem fit etiam per contestationem *l. delegare 11. §. 1. l. aliam 29. in fr. denouat.* Ergo si quis actori detulerit iusiurandum, vt iuret reum dare oportere ex actione, quæ erat temporalis, ísque iurauerit, non liberabitur debitor tempore, sed actio perpetuabitur quasi per contestationem. E contrario igitur si qua talis actio proponatur quæ per contestationem perpetuari non possit, qualis est actio de dolo *l. vltim. C. de dolo.* dicendum erit nec per iusiurandum eam perpetuatum iri, vt bene Accursius ratiocinatur subiiciens, aliud esse in actione in factum quæ dari solet in subsidium & locum actionis de dolo: ea namque perpetuatur vt cæteræ, cùm non sit famosa *l. si superstite 5. eod. l. non debet 11. §. 1. sup. eod. ill. tit.* Actioni de dolo similis est restitutio in integrum, quam voluit Iustinianus finiri quadriennio continuo ex eo tempore numerando, ex quo annus vtilis incipiebat olim currere *l. vltim. Cod. de tempor. in integrum restit.* nec tantùm ad interponendam contestationem, sed etiam ad finiẽdam litem, vt habent verba constitutionis. Dices tempus non esse modum tollendæ aut inducendæ obligationis *l. obligationum ferè 44. §. placet. de oblig. & act.* frustra ergo quæri, an actio tempore pereat. Sed ad actiones illas hoc pertinet, quæ sui natura sunt perpetuæ, vt ciuiles omnes & pleræque honorariæ, de quibus in *l. in honorariis 35. eod. tit.* quas tamen etiam triginta annis tolli & perimi posse Imperatores posteriores voluerunt *l. 3. & 4. C. de præscr. 30. vel 40. annor. & Tit. de perpetuis & tempor. action.* Sed quæ hîc natura & ab initio sunt temporales, vltra tempus, quod iis exercendis præstitutum est, quales sunt redhibitoriæ de dolo, & aliæ multæ honorariæ, non possunt viuere.

4 ¶ Si minor viginti quinque annis detulerit: & hoc ipso captum se dicat aduersus exceptionem iurisiurandi [a] replicari debebit, vt Pomponius ait. ego autem puto, hanc replicationem non semper esse dandam: sed plerumque ipsum prætorem debere cognoscere, an captus sit. & sic in integrum restituere. nec enim vtiq;, qui minor est, statim & circũscriptum se docuit [b]. Præterea exceptio ista [c], siue cognitio statutum tempus post annum vicensimum quintũ non debet egredi.

Ad §. 4. Si minor.

RAT. DVB. Quoties ex delatione iuratum est, nihil aliud quærendum supereſt, nisi an iuratum sit *l. 5. §. dato supr.* & in principio huius legis *l. sed si possessori* 11. *§. vltim. leg. tutor* 35. §. 1. *infr. eod.* tanquam decisa per iusiurandum non minùs quàm per sententiam, aut transactionem controuersia *l. 1. & 2. supr. l. post rem iudicatam* 56. *infr. De re iudic.* ita vt nec de periurio quæri vllo prætextu possit *l. 1. Cod. hoc tit. l. vlt. infr. tit. prox.* Ergo si ex delatione per minorem facta, siue in iudicio, siue extra iudicium iuratum sit, non eo magis restituendus est minor in integrum & adiuuandus per replicationem aduersus exceptionem iurisiurandi, præsertim cùm minore quoque iusiurandum deferente non minùs iurare aut referre cogendus sit aduersarius, quàm si maior detulisset, ne alioqui deterioris condicionis sint minores quàm maiores, si hoc modo lites suas decidere ac terminare prohibeantur, quod iniquum esset *leg. quòd si minor* 24. §. *non semper supr. de minor.* Atqui si minoris aduersarius conscientia fortè motus iurare ipse noluisset, sed iusiurandum referre minori voluisset, minor autem iurasset, atque ita vicisset, nullam hodie de sua delatione conquerendi & in integrum restitutionem petendi causam haberet, quippe qui per aduersarij relationem iudex in causa sua constitutus victorem se effecisset *l. iusiurandum & ad pecunias* 34. §. *vltim. infr. hoc tit.* Ergo etiamsi victus fuerit aduersario iurante cui detulerat, non eo magis in integrum restitui debet tanquam læsus, quia nemo audiendus est id petens cuius contrarium non fuerat in contrarium euentum postulaturus *l. penult. C. de solut. l. si pater puellæ* 12. *Cod. de inoffic. testam. l. de fideicommisso* 11. *C. de transact.* Non potuisset autem iusiurandum referri minori, & minor ex ea relatione vincere nisi delatio præcessisset. In integrum autem restitutiones minorum non ex euentu æstimandæ sunt, sicut nec cæteræ, sed ex initio, & ex eo quod potuit euenire *l. 3. §. scio in fin. l. verum* 11. §. *item non restituetur & §. si locupleti supr. de minor.* Nec ad rem pertinere videtur, quod minor ab initio læsus dici possit ex iurisiurandi delatione, si eo tempore alias probationes habuit, ex quibus vincere tutiùs potuisset, vt in *dict. l. tutor pupilli* 35. *infr. hoc tit.* Nam imò verò ob hoc ipsum tantò minùs videtur audiendus, si post præstitum ab aduersario iusiurandum restitui velit in integrum, cùm ex ea restitutione futurum sit, vt nouis allatis probationibus periurium detegatur, quod ne eueniat, summopere cauendum est, nec damni quod minor incurrit, quódque non nisi pecuniarium est, tanta ratio videtur habenda esse, quanta honoris, & existimationis illius qui iurauit *arg. l. cùm pater* 77. §. *cùm existimaret. in fin. infr. de legat. 2.* præter id quod esset etiam multò melius non esse detectum periurium, quàm vbi detectum est, manere illud impunitum, ideoque dicimus de periurio quæri non solere *d. l. vlt. infr. tit. prox.* quia nec de puniendo eo tractari quicquam potest *l. 2. C. hoc tit.* DEC. Quicquid cum minore gestum est, si ex eo minor læsus sit siue dolo aduersarij, siue sua nimia facilitate, rescindēdum est per in integrum restitutionem, vt minor indemnis seruetur *l. 1. l. ait prætor 7. in princ. & pas. tot. tit. sup. de minor.* siue minor curatorem habeat etiam cuius authoritas in eo negotio interuenerit, siue non *l. 1. & 2. C. si tut. vel curat. interu.* Atqui minor qui aduersario iusiurandum defert siue in iudicio, siue extra iudicium gerit aliquod negotium, cùm iusiurādum illud susceptum & præstitum habeat vim pacti cuiusdam conuenti *l. 2 supr. d. l. tutor §. 1. infr. hoc tit.* Meritò igitur placuit aduersus delationem huiusmodi si ex ea iurauerit aduersarius, & minor victus sit, restitui minorem posse: at non absolutè, & omnimodo ex hoc solo, quod minor sit, vt credidisse videbatur Pomponius, quem Vlpianus hîc refert, quanquam nec in iure tam certo erasse Pomponiū probabile est, sed ita demum si captum, id est, læsum se probet ex sua delatione: non enim subuenitur passim minoribus per restitutionem in integrum, sed ita demum si capti & læsi non modò dicantur, sed etiam probentur *d. l. 1. d. l. quòd si minor. §. non semper. d. l. verum* 11. *§. sciendum est autem l. non omnia* 44. *& pas. supr. de minor.* Nec videri potest minor circumscriptus, qui vsus est iure communi *l. vlt. C. de in integrum restit. minor.* aut qui id fecit quod alius quilibet etiam maior annis viginti quinque facere potuisset, & debuisset *l. minor se in id* 48. *§. vlt. supr. de minor.* Ergo ita demum poterit restitui minor, qui aduersario iusiurandum siue conuentionale siue iudiciale detulit, si ex ea delatione aduersarius iurauerit, & consequenter vicerit. Nec enim sola iurisiurandi delatio minori damnum vllum adfert quandiu iuratum non est, cùm è contrario possit delatio ei prodesse, si fortè malit aduersarius referre, quàm iurare, neque rursum exceptio delati iurisiurandi vlla est, sed tantùm præstiti aut remissi. Præstito autem vel remisso iureiurando, quod minor detulerat, nec aliter captus, & læsus minor fuisse intelligitur, quàm si alias probationes habeat quibus causam suam instruere, & ita ius suum in tuto collocare possit, alioqui non habet quod conqueratur si id fecerit, quod etiam tutor pupilli facere ipsius nomine debuisset, nam si tutor pupilli omnib. aliis probationib. deficientibus iusiurandum deferat, vtique audiendus est, cùm iusiurandum ex ea delatione præstitum pupillo quandocunque agenti obstaturum sit *d. l. tutor pupilli.* Quid enim aliud, aut melius facere possit tutor qui videat etiam nullo delato iureiurando in ea causa pupillum esse, vt defectu probationum omnium certum sit iamiam condemnatum eum iri? Cur non tentare debeat potiùs an per iurisiurandi delationem possit extorquere relationem, & per relationem vincere? Porrò quicquid tutor nomine pupilli sui facere potest, idipsum potest minor suo nomine facere ac citra spem restitutionis, si tale sit in quo nec pupillo aduersus id quod à tutore gestum esset, dari restitutio deberet: nec enim restitutio puberis fauorabilior aut plenior potest esse quàm impuberis. Idque adeò verum est, vt nec aliud admittendum putē, tametsi aliquæ fortè probationes post iusiurādum præstitum superuenerint minori, qui delationis tempore nullas habuerat: nullus enim hac parte minoris fauor esse potest, qui iusiurandum detulit nō expectatis probationibus, quas nec sperare tum potuisset, præsertim si iā tum vel in iure, vel apud iudicem vrgebatur, vt intentionem suam vel tum probare vel vinci cogeretur. Excipio casum illum quo etiam maior post præstitum iusiurandum audiendus esset nouas adferens probationes, vt in specie *l. admonendi* 31. *infr. hoc titul.* Sed si alias probationes minor habuit, ex quibus certam propemodum victoriam sperare potuerit, dubitari non potest, quin læsus sit, & hoc ipso restituendus si iusiurandum deferre maluerit atque ita victus sit. Quid enim periculosius quàm

aduer-

BIU Cujas

aduersarium suum in causa propria iudicem constituere? quod tamen fit ab eo qui iusiurandum defert *l.1.infr.quar.rer act.non det.* Nec sanè maior quisquam prudens ac benè consultus id faceret, vt iuris sui aleam mallet ancipiti periurio aduersarij committere, quàm certiorem litis victoriam ex certis probationibus sibi parare. Minor igitur hoc casu restituendus est *d.l.48.§.vlt.de minor.* Et quamuis hoc etiam casu potuerit euenire vt minor qui iusiurandum detulit ex relatione vinceret, minùs tamen sperandum id fuit quàm vt ex delatione vinceretur, cùm faciliores vulgo sint homines, & à communiter accidentibus procliuiores ad iurandum quàm ad referendum. Inspiciendum autem est ab initio id quod probabiliùs potest euenire *dict. leg. verum* 11.§. *item si locupleti supr. de minor.* Et quamuis minor victus sit non tam propter delatum, quàm propter præstitum iusiurandum, delatio tamen à minore facta, illa est, quæ damni causam attulit, cùm non aliud iusiurandum præstari possit, quàm quod delatum fuit: vt proinde fatendum sit læsum fuisse minorem non eo tempore quo iurabatur, sed quo iusiurandum deferebatur, quamuis non nisi in casum præstiti postea iurisiurandi: vt diximus, exemplo eius, quod scriptum est *in l.is cui* 18. *infr.quand.dies legat.ced.* Ergo minori qui in delatione iurisiurandi captus & læsus fuit, necessaria est in integrum restitutio. In eóque Vlpianus reprehendit Pomponium, qui minori captum se dicenti dabat replicationem quasi sufficeret minori vt læsum se diceret si modo minorem se apud iudicem pedaneum probaret, non quasi crediderit Pomponius, contra quàm prudentibus cæteris omnibus visum sit minori succurrendum esse, tanquam minori, etiamsi læsus non sit, sed potiùs quasi fieri nequeat, vt non sit læsus minor hoc ipso quod iusiurandum aduersario detulit, si iuratum sit, cùm non possit non vinci. Idque significant verba illa Pomponij, *& hoc ipso captus sit.* Et sanè vix est vt non lædatur is qui aduersarium suum in causa propria iudicē constituit. Et verò læditur quoties habet alias idoneas probationes, per quas certiorem possit sperare victoriam, nec tantùm hoc casu qui tamen vnicus tāquam singularis notatur ab Accursio cæterisq; interpretibus, sed etiam si qua iusta exceptione potuit aduersarij intentionem elidere, cùm minor ipse conueniretur, aut si actore intentionem suam non probante minor qui etiam nihil præstando, tamen absolui deberet *leg.4.C.de edend.l.vlt.C.de rei vindic.* actori iusiurandum vltro detulerit, quem tamen poterat nulla quoque obiecta exceptione summouere tanquam aut nullo iure agentem, aut fortassis etiam sine actione. His ergo casibus & aliis si qui sunt similes quos non multo difficilius esset inuenire, quàm quærere, cùm lædatur minor qui iusiurandum defert, si ex ea delatione iuratum fuerit, putabat Pomponius non esse illi necessariam restitutionem, sed posse illi sufficere replicationem aduersus exceptionem iurisiurandi si contra eum ageret qui iurasset, itémque exceptionem si ab eo qui iurasset conueniretur. Sed cùm varij similiter casus sint in quibus fieri potest vt non sit læsus minor qui iusiurandum detulit, tametsi aduersarius iurauerit, benè monet Vlpianus non ita indistinctè probandam esse Pomponij sententiam, nec semper dandam esse minori replicationem illam quam dabat Pomponius, sed plerumque ipsum Prætorem debere cognoscere an captus sit minor, & sic, id est eo demum cognitio in integrum eum restituere. Nec enim vtique, inquit, qui minor est, statim circumscriptum se docuit. Admittit ergo Vlpianus aliquo casu quod volebat Pomponius ei sufficere replicationem aduersus exceptionem iurisiurandi, sed vult tamen plerumque necessariam esse restitutionem, de qua tamen Pomponius nihil dixerat. Nec est quod cum Accursio nostro cæterisque interpretibus pugnantes istas Vlpiani & Pomponij sententias sic concilies, vt dicas minori dandam esse replicationem, sed data illi priùs in integrum restitutione. Nam quo casu dabis locum replicationi, necesse est excludi restitutionem in integrum, & contra inducta necessitate petendæ restitutionis excludes replicationem. Ratio est quam non potuerunt videre interpretes ignoratione eorum, quæ circa restitutionem in integrum minorum, & ea iudicia quæ iuris ordinarij habebant executionem iure vetere obseruabantur. De minorum restitutione in integrum solus cognoscebat Prætor, & in prouinciis Præsides vel Proconsules qui partibus Prætoris fungebantur, vt diximus *ad d.l.1.supr.de minor.* ideóque ex edicto illo Prætoris de minoribus nulla propria actio vel cautio proficiscitur, sed totum id pendet ex cognitione Prætoria *d.l. quòd si minor* 24.§. *vlt.l.Aemilius* 41.*eod.tit.* At iudicia ordinaria per datos iudices & pedaneos expediebantur vsque *ad l.2. C. de pedan.* In extraordinariis cognitionibus nullæ vsurpabantur formulæ, nec proinde vllus actioni aut exceptioni, aut replicationi locus relinquebatur *leg. actio* 47.*supr.de negot. gest.* vbi dixi, *& tot.tit.C.de formul. & impetr. act sublat.* At in ordinariis sicut actio à Prætore dabatur actori & formula, ita & exceptio reo quæ actionem, si æquum esset, emendaret, itémq; replicatio actori quæ exceptionem si opus esset corrigeret *leg.in duob.* 28. § *si ei quæ infr.hoc tit.l.2.3.& pass infr.de except.* Proinde de replicationis, aut exceptionis veritate & æquitate, nemo alius cognoscebat quàm datus iudex nominatus In formula, qui tamen non poterat de in integrum restitutione minoris cognoscere quæ maiores, vt dicimus, iudices exigebat, vt de causa liberali scriptum est in *leg.non distinguemus* 32. §.*de liberali supr. de recept. Qui arbitr.recep.* nec si in alia specie quæ per iudicem datum iure ordinario expediebatur, quæstio restitutionis incidisset. Hoc enim primus induxit Iustin.in *leg.vlt.in fin.C.vbi & apud quem cognit.in integr.restit.agit.sit* vbi & aliis plerisq; magistratib. quibus antea de huiusmodi restitutione cognoscere non poterant, cognitionē hanc dedit, sed Magistratibus non pedaneis iudicibus, nisi hactenus vt de ea incidenter cognoscerent. Quod ita accipiendum videtur, vt de ea pronuntiare etiā possint, quāuis regulariter aliud sit in iis qui non nisi incidenter quæstionem aliquam ad se non pertinentē examinant *l.1.C.de ordin.iudic.* Quonam igitur casu dicemus cū Pōponio & Vlpiano posse minorem adiuuari per replicationem? Nimirum eo casu quo appareat & in cōfesso aut notorio sit læsum fuisse minorem, cùm detulit iusiurandū, puta si probet apud iudicem datum eas se iā tum habuisse probationes ex quibus haud dubiè potuerit vincere, & ad quas nihil penitus etiamnum respōdere aduersarius possit. Nam si altiorē indaginē & prolixiorē tractatum ea res exigat, ad Prætoté necessario remittenda res est, quia & super restitutione in integrum antea pronunciandum est, vt Vlpian. noster significat his verbis, *sed plerunque ipsum Prætorem debere cognoscere an*

BIU Cujas

captus sit & sic in integrum restituere. Illa enim verba *& sic* non aliter à prudentib. nostris accipiuntur quàm si scriberent, *atq; ita ex ordine.* Et notãdum est, quod ita loquitur Vlp. vt dicat *ipsum prætorem debere cognoscere*, vt significet cognitionem hanc adeo propriã esse Prætoris, vt illam exercere per se debeat, nec sit in eius arbitrio & potestate iudici pedaneo eam committere. Prætori enim ea res cognoscenda & inquirenda concessa est, non negligẽda aut alij cõmittenda, vt in simili noster idem Vlp. loquitur in *l. cùm hi* 8. *§. si Prætor aditus supr. de transact.* etsi species quæ ibi tractatur de cognitione transactionis alimentorum, huic nostræ dissimilis in eo est, quod cognitionem de alimentorum transactione Diuus Marcus Prætori mandauit. Vnde est quod nec mãdare ex hac causa iurisdictionem suam Prætor potest *d. l. cùm hi in princip. & §. sed nec mandare* ex regula *leg. 1. supr. de offic. eius cui mandat. est iurisd.* Cognitionem verò de minorum restitutione Prætores ipsi sibi reseruarunt verbis illis edicti, *Vti quæque res erit animaduertam d. l. 1. de minor. l. 1. l. 4. §. duas infr. de damn. infect.* ideóq; mandare iurisdictionem suam ex hac causa possunt *leg. solet 16. & seq. de iurisd.* sed iudicem pedaneum dare ea de re non possunt, quia iudex datus iurisdictionem nullam habet, sed tantùm iudicationem *leg. ait Prætor 5. infr. de re iudic.* Nec illud quoq; defendi potest, quod volũt interprètes, posse cum replicatione coniungi restitutionem in integrum per modum contradictionis vt in *l. Papinianus* 8. *§. si filius supr. de inoff. testam.* Nam in querela inofficiosi testamenti de qua eo loco agitur, erant iidem iudices qui & in petitione hereditatis, nimirum centumuiri. Erat enim vtrumq; iudiciũ Centumviuorum ab initio, vt nos docuimus *ad l. 5. §. vlt. supr. de hered petit. ex l. vlt. C. eod. ill. tit.* licèt immutatum illud posteà fuerit, vt de hereditatis petitione etiam iudex pedaneus cognoscere & dari posset, quò nos respeximus, cùm negauimus de hereditatis petitione cognitionem Centumvirorum fuisse ad *d. §. si filius ex l. 1. C. de ordin. iudic.* secundum eam illius loci emendationem quam nos in Coniecturarum nostrarum libris attulimus, aliisq; quã plurimis iuris locis, in quibus mentionem fieri videas iudicis de hereditate & eius petitione cognoscentis. Eo namque nomine non alium significare prudentes solent, quàm qui à Prætore vel à Præside datus sit. At restitutionis minorum alia semper ratio fuit: nec enim de ea cognoscere alij potuerunt quàm Prætores in vrbe & Præfecti vrbis ex appellatione, vt in *d. l. Aemilius.* Præsides verò in prouinciis ad legem vsq; Iustiniani quæ extat in *d. l. vlt. C. vbi & apud quem cognit. in integr. restit. agit. sit.* Ergo nec per modũ contradictionis proponi potuisset apud iudicem pedaneum qui de principali alia causa ordinaria cognoscendi & pronunciandi ius habuisset, quamuis non negem posse hodie hoc fieri post *d. l. vlt. in fin.* Sed Pomponium, & Vlpianum ex eo iure, quod ipsorum temporib. obtinebat, explicamus, non ex eo quod nunc obtinet. Nam & morib. nostris passim admittitur rescindentis & rescissorij iudicij cumulatio, vt pragmatici loquuntur, quæ tamen ex iuris communis ratione admitti certè nũquam potest, sed rescindens iudicium absolui necesse est antequàm ad rescissorium perueniatur *l. in causa* 13. *§. 1. in illis verbis, vel rescissa alienatione dato in rem iudicio supr. de minor.* vbi dixi & *in part. 1. Chiliadis nostræ de error. pragmat. & interpret. iur.* Eodémq; modo intelligendũ est, quod in hoc §. sequitur *Prætereà exceptio ista siue cognitio.* Non vt exceptio ista & cognitio sint idẽ quid & vnũ, sed vt exceptio, id est, vt benè Accurs. explicat, replicatio (nam & replicationes omnes sunt exceptiones quædã secundariæ) referatur ad eũ casum quo admittit Vlp. ex Pomponij sententia replicationi locum esse posse, cognitio autem ad eũ casum, quo velit Vlp. nõ replicationi, sed restitutioni in integrum locum esse debere. Inter quos casus illa etiam differẽtia est, quod petita per cognitionem prætoriam restitutione in integrum speciale mandatum requireretur si eam petere minor per procuratorem vellet quod opposita replicatione non requireretur, quoniam idem esset iudicium, eadémq; instantia vt benè hîc Castrensis notat, *ex l. illud 25. §. vlt. & l. seq. supr. de minor. & ex notat. per Innoc. in cap. coram de in integr. restit.*

a *Iusiurandũ detulerit.* Intellige cum authoritate curatoris, si quem habuit: alioqui non valeret delatio, nõ magis, quàm si à pupillo facta esset, cùm minor curatorem habens æquiparetur pupillo quantum ad ea quæ ad bonorũ administrationẽ pertinent ex *l. si curatorem habens 3. C. de in integr. restit. minor.* si credimus interpretibus, contra quos tamen vide quæ scripsimus in Chiliade *de error. pragmat. decad.*

b *Aduersus exceptionem iurisiurandi.* Ponit ergo Iurisconsultus egisse minorem ex prima sua actione quæ ante præstitum iusiurandum ei competebat, eo scilicet casu, quo non fuerit ipso iure sublata per iusiurandum, aut potiùs quo sit obreptum prætori impetrata actione tacito iureiurnado, aut etiam eo casu quo minor non voluerit haberi eam pro sublata. Iusiurandum enim habet speciem quandam nouationis & delegationis, vt diximus ad *l. ait Prætor* 7. *supr. ex l. qui iurasse 26. §. vlt. infr.* scilicet cùm hoc actũ est: nam nec aliter fiebat iam olim nouatio *l. 2. infr. de nouat.* Nam si iusiurandum modus est tollendæ obligationis etiam naturalis *l. vlt. infr. eod. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis de solut.* multo magis obligationis ciuilis, ex qua nascitur actio *l. licèt 42. §. ea obligatio supr. de procurat.* Quòd si cum Castrensi poneres alium casum, quo sublata fuisset ciuilis obligatio & consequenter actio, puta si minor debitorem suum liberasset per acceptilationem aut vsucapta esset res mobilis & ita dominium rei suæ perdidisset, (nullo enim casu volunt nostri actionẽ pristinam tolli per iusiurandum, vt dicemus ad *d. l. qui iurasse 26. §. vlt.*) non posset minor incipere à prima actione quæ ampliùs nulla esset, sed petere in integrum restitutionem deberet, vt ei restitueretur actio quæ nõ iam directa vt antea sed vtilis dicenda esset & rescissoria & prætoria, proindéq; annalis tametsi rei persecutoria. *ex reg. l. in honorariis 35. de oblig. & action.* vt benè Castrensis notat. In qua restitutione de eo quærendum & cognoscendum erit an læsus fuerit minor cùm iusiurandum detulit, & iureiurando præstito debitorem suum per acceptilationem liberauit, aut rem suam vsucapi passus esset, neque separatim de exceptione aut replicatione vlla tractandum esset. Itaq; non est hic casus, de quo egit Pomponius, & post eum Vlpianus.

c *Statim & circumscriptum se docuit.* RAT. DVB. Minor plerumq; læsus præsumitur ita vt probatione onerandus sit potiùs is contra quem restitutio in integrum postulatur: puta si minor in eo læsum se dicat, quòd pecunia in rẽ eius versa non sit, vt *in l. prædiorum 10. l. si prædium 6. C. de præd. minor.* Nõ est igitur probatione oneratus minor vt se non modò minorem docere debeat, de quo equidẽ non dubitatur

tur *l.minor* 32.*l.de ætate* 43 *sup.de minor.* sed etiam circumscriptum. DEC. Generale est vt actor quilibet suam intētionem probare debeat, alioqui summouendus sit etiam si aduersarius nihil præstet *l.4.C.de edend.l.actor* 23.*C.de probat.l.vlt. C.de rei vindic.* Atqui minor qui petit restitutionem in integrum etiā per viam exceptionis & contradictionis actor est *l. in exceptionib.*19.*infr.de probat.* Ergo minori incumbit onus probandi se, & minorem & læsum fuisse. Alia quæstio est, An pecunia in rē minoris versa sit: probatio enim ei iniungitur, qui cum minore contraxit, si contra legis prohibitionem & non seruatis solemnib. contraxerit nec adhibito curatore vt in *d.l. prædiorum & d.l.si prædium.* Secus si seruatis solemnibus, & authore curatore. Sed & si solutio facta sit curatori ipsi, non cogitur disputare is, qui soluit an pecunia versa sit in rem minoris *l ait Prætor* 7.§.*sed etsi ei sup.de minor.* De quo videnda sunt quæ scripsimus in Codice nostro *defin.*1.*&* 4.*Si tut.vel curat. interuen.* Separant nostri creditorem à cæteris, quasi causa eius durior esse debeat, vt probare semper teneatur versam esse pecuniam in rem minoris ex *l.*1. *C.si aduersf. credit.* Sed excipiendus tamen ille casus est, quo quis crediderit minori authore curatore, vt scripsi *defin.*1.*&* 2.*C si aduersf. credit.* Subinde quærunt de minore qui renunciauit appellationi aut passus est labi tempora ad appellandum prestituta, aut cōpromisit in arbitrum vel in arbitratorem, an possit statim restitui in integrum, an verò probandum habeat se bonam causam fouere, vt se læsum probet, quemadmodum in specie huius §. probare cogitur se alias probationes habuisse, vt probet se læsum in delatione iurisiurandi. Et Bartolus quidem variauit, sed eo iure vtimur, vt minori quidem detur restitutio statim & sine causæ cognitione ad fines vt aiunt agendi aut appellandi, sed tamen non aliter vincat quàm si bonam se causam habere probauerit, ideóq; in finem iudicij differtur pronunciatio de iure & æquitate restitutionis. Idque certè multo æquius & expeditius est, nec minùs si compromissum sit in arbitratores quàm in arbitros iuris, licèt Castrensis distinguat. Nam etiamsi malam causam habens minor, nec satis idoneas probationes, potuit tamen vincere compromisso facto in arbitratorem qui secundùm suam conscientiam ferre sententiam potest, non eo minùs tamen læsus intelligitur, qui auxiliū iuris communis sibi ademit, ideóq; restitui statim & indistinctè potest quāuis fieri possit, vt post impetratam restitutionē succūbat in lite: sibi namque imputet qui restitutionē maluit impetrare, quàm arbitri expectare sententiā aut arbitratoris, per quem vincere fortassis potuisset *l.si minor* 34.§.1.vbi dixi *supr.de minor.iunct.l.si dictum* 56.§.*si cōpromiserо de euict.* Quemadmodum enim nō læditur minor qui iure cōmuni vtitur *l. vlt. C. de in integr. restit.minor.l.inter eos* 51.§.*pen.inf.de fideiuss.* ita è cōtrario læditur, qui iuris cōmunis auxiliū sibi prēripit quale est appellationis *l.*3.§ *falsus procurator infr.rat.rē haber.* sibi autē præripit qui in arbitrū compromittit, quia standum est sententiæ arbitri siue æqua sit siue iniqua *l.diem proferre* 27.§.*stari sup.de recept.qui arbitr.recep l.*1.*C.eod.* licèt morib. nostris magno reipublicæ malo permissa sit appellatio & petitio reductionis ad arbitrium boni viri ex iuris canonici vt vocant æquitate *Can.iudic.*2.*quæst.*6.*ca.*2.*& cap.exposita de arbit c.causam Extr.de elect.* Quod iure ciuili nūquam permittitur nisi per oppositam exceptionem doli in singulari casu *l. non distinguemus* 32.§.*cùm quidam supr. de recept. qui arbitr. recep.* Est autem tanto absurdius quod volunt interpretes minorem non aliter posse restitui ad appellandū, aut aduersus cōpromissum quàm si probet se iustam appellándi aut non cōpromittendi causam habuisse, quod volunt probationes in hanc rē factas prodesse in principali negotio nō debere. Sic enim Castrens. post alios, quia, inquit, probationes istæ ad aliū finem producuntur *Ex cap. veniens. Extr. de testib.* Atq; ita duplici incommodo & dispendio minorē afficiunt, quod iniquum est. Aliud esset si summariā illā cognitionē quam exigunt ad dandam minori restitutionem ex sola actorum & instrumentorū inspectione perfici sufficeret, nullis allatis nouis probationibus. Posset enim id fieri cōmodè ac sine sumptu. Sed cùm iudicium nullum sit adeò summariū, nulláq; cognitio tam summaria vt non sit necesse fieri quicquid sit vocatis omnib. qui ex eo actu lædi possent *l.de vnoquoq.* 47.*infr.de re iudic.l.nam ita* 39.*sup.de adopt.* apparet nouas probationes quas nostri à minore exigunt nō sine magno ipsius incommodo sumptúq; fieri posse, quæ nihil ei in principali negotio sint profuturæ, vt ei actum iterum agere sit necesse. Cur ergo, inquies, causæ cognitionē requirit Vlpianus, si velit minor in integrum restitui aduersus delationem iurisiurandi? An non etiam appellationis auxilium sibi præripit is, qui aduersario iusiurandum defert, cùm ex sua velut confessione ac voluntate condemnetur? Eóq; sanè videtur respexisse Pomp. cùm minori succurrendū esse dixit per replicationem solam, nulla restitutionis facta mētione, quod nec Vlp. negat in quibusdam casib. sequendū esse. Sed addit tamen, quod Pomp. prætermiserat, plerunq; Prætorem i, sum debere cognoscere an minor captus sit. Non quasi in dubio non sit præsumendus captus & læsus, hoc ipso quòd aduersariū in causa sua iudicem constituerit (in eo namq; videtur Vlp. cum Pomponio sentire: alioqui non plerunq;, sed semper & omni casu cognoscere Prætor deberet, cùm nunquam possit ei subueniri tāquam minori si non & læsus sit.) Sed vt intelligamus nō ob id solùm quod quis minorem se docuit, videri etiam docuisse se captū vt prohibendus sit aduersarius probare contrariū: est enim hæc tantùm præsumptio iuris qua Pompon. nitebatur, vt minor qui iusiurandum detulisset, hoc ipso quo probatur minor fuisse delationis tempore pro capto quoq; habeatur, sed quæ tamen non tanta probatio est, vt nō admittat probationem in contrarium, si fortè is qui ex minoris delatione iurauit alleget velitq; probare non fuisse læsum minorem, sed se non minus ex veritate, quàm ex delatione iurasse? An non necessaria est hoc casu prætoria cognitio, si minor perseueret dicere se & minorem, & læsum fuisse? Debet quidem minor docere se captum & læsum esse, sed tamen docet aliquādo sola iuris præsumptione nisi aduersarius probet contrarium vt in *d.l. prædiorum & d.l.si prædium.* Aliquando verò probare cogitur, idque quoties præsumptio nulla est quæ pro eo vrgeat cōtra aduersariū, & eo casu si probauerit haud dubiè vincit. Sic dicimus dotem quæ in prius matrimonium data est non aliter videri conuersam in posterius quā si id actū fuerit vt Paulus loquitur in *l.dote* 30.*infr.de iur.dot.* sed tamē *dum hoc agi semper interpretemur nisi probetur aliud cōuen sse*, vt ibidē subiicitur. Similiter & minor qui se captū dicit in delatione iurisiurandi, docere quidem debet se captum fuisse, sed docet tamē satis sola præsumptione iuris

BIU Cujas

hoc ipso quod iusiurandum detulit, nisi contrarium ab aduersario probetur.

c *Præterea exceptio ista siue cognitio.* RAT. DVB. Quæ sunt ad agendum temporalia, sunt perpetua ad excipiendum *l.purè* 5. §.*vlt.inf.de doli mali except.l. petendæ* 6.*Cod.de tempor.in integr.rest.l.licèt* 5.*C.de except.* Ergo quamuis restitutio in integrum ex capite minoris ætatis sit petenda intra annum vtilem si ius vetus inspiciatur, aut intra quadriennium continuum ab eo die numerandum quo incipiebat olim annus vtilis currere post Iustiniani constitutionem in *l.vlt.Cod.de tempor.in integr.restit.* si tamen petatur per viam exceptionis, debet esse perpetua. DEC. Non potest aut perpetua esse aut tempore finiri exceptio quæ nunquã nata est: prius enim debet quid habere initium quàm vt finẽ habere possit vel debeat *l.Titio vsusfructus* 96.*de condic. & demonstr.l.non potest videri* 208.*de regul.iur.* Atqui non potest nasci exceptio, aut replicatio, ante quàm actio proposita sit, quamuis nasci speretur. Meritò igitur Vlp. hîc scribit siue per modum exceptionis, id est, replicationis siue per viam cognitionis prætoriæ velit minor iusiurandum ex delatione sua præstitũ improbare: neutrum ei post præstitutum tempus elapsum permitti debere, quasi non tã extincta, finitáq; exceptione quàm nunquam nata, vt non insubtiliter Bartolus & Castrensis tractant: at non meliùs quã Accurs. qui benè distinguit inter exceptionẽ & replicationem, vt exceptiones quidẽ sint perpetuæ, at replicationes non item, quia cùm sint exceptiones ex parte actoris in cuius potestate fuit quãdo ageret, non maior in iis ratio sit cur non finiantur tẽpore quàm in actionib.*d.l.petendæ l.quæsitum* 30.§.*in dolo infr.de pecul.* (etsi locus ille de replicatione doli nõ est vt vulgo putant, sed de actione de dolo domini, quæ inseri solet actioni de peculio *leg.in bona* 36.*eod. tit.* vt bene Cuiac. docuit *ad l.*17.*supr.de dolo*) *l.nec non* 28.§.*exemplo* vbi dixi *supr.ex quib.caus.maior. & ad l.is cuius* 31. *eod.tit.* quamuis alioquin, cùm actio perpetua est, etiã doli replicationes sint nõ minùs perpetuæ quã exceptiones *l.si pactum.* 6.*C.de except.* Et tamen in specie huius §. vt Castrensis argumentatur, si actor minore iusiurandũ deferente iurasset, minorem sibi debere, & cõuentus minor vellet excipere de minori ætate, & læsione nõ esset ei permittendum extra tẽpus petendæ restitutioni præstitutum. Esset enim exceptio ista rescissoria vt ita dicã, & restitutoria exẽplo actionis vti proinde intra idẽ tẽpus proponi deberet, quoties daretur nõ possessori *arg.d.§.exemplo.* Nec vnquam est actio perpetua domino, nisi cùm nactus est possessionẽ rei suæ ab alio vsucaptę si eam posteà amiserit *l.si is cuius* 31.*eod. ill.tit.* nec proinde exceptio, nisi cùm possidet. Non displicet etiam quod Castrẽsis tradit, eas exceptiones nõ esse perpetuas quæ de ea re sunt de qua etiã actio competere potuisset, sed eodem tempore finiri quo actio ipsa finiretur, vt cernere est in exceptione non numeratæ pecuniæ *l.in contractib.* 14 *& l.vlt.C.de non numer.pecun.* Eiusmodi est exceptio de qua in hoc §. nec obstat, quòd exceptio doli sit perpetua, cùm actio de dolo sit annua iure vetere, hodie verò biennalis. Doli enim exceptio competit etiam ei qui dolum passus non est *l.* 2.§.*planè de doli mal.except.* ac proinde qui de dolo agere ipse vltro nõ posset, præter id quòd aliquãdo dolus nullus est actoris nisi tũc cũ incipit agere *vt in l.*2.§.*circa eod.ti.*

5 ¶ Sed & si quis in fraudem creditorum iusiurandum detulit debitori: aduersus exceptionem iurisiurandi, replicatio fraudis creditorib. debet dari. Præterea si fraudator detulerit iusiurandum creditori, vt iuret sibi decem dari oportere: mox, bonis eius venditis, experiri volet: aut denegari debet actio, aut exceptio ôpponitur fraudatorum creditorum.

Ad §. 5. Sed & si quis.

RAT. DVB. Exceptio iurisiurandi non potest habere locum, nec proinde aduersus eam replicatio, nisi in ea ipsa actione in qua iuratum est. Nec enim iusiurandum de actione aut re aliqua præstitum ad alias res aut actiones extendi potest non magis quàm ad alias personas *l. ait Prætor* 7.*supr.& §.vlt.huius l.cùm l.seq.l.de rebus* 14.*infr.rer.amot.* sicuti nec pactum *l.si vnus* 27.§.*pacta quæ turpem vers.ante omnia supr.de pact.* nec res iudicata *l.cùm quæritur* 12. *& seqq. infr. de re iudic.* Atqui ponimus in actione directa quæ debitori aduersus debitores eius directo competebat iuratum fuisse nihil deberi. Actio autem quæ huius debitoris creditoribus competit aduersus ipsius debitores non alia esse potest quàm vtilis, cùm detur tanquam obligatis prætorio pignore nominibus per missionem in possessionem rei seruandæ causa factam in bona omnia debitoris, & consequenter in nomina, quæ bonorũ quoque appellatione continentur. *l.bonorum* 49.*de verb. signific.* acsi conuentione generali bona omnia debitoris pignori data proponerentur, quo casu haberet creditor non directam sed vtilem actionem in nomen debitoris *l.nomen* 4.*C.quæ res pignor.oblig. poss.l.si conuenerit.*18.*infr.de pignor.act.* sicut & emptor nominis *l.*5.*l.postquam* 7.*& seq.C.de hæred.vel act.vendit.* Ergo creditoribus hac vtili actione agentibus aduersus debitorem debitoris, non potest opponi exceptio iurisiurandi aduersus debitorem ipsum in actione directa præstiti, cùm & alia sit actio, & alia agentis persona: nec proinde creditoribus aduersus hanc iurisiurandi exceptionem necessaria vel vtilis videri potest replicatio doli mali. DEC. Actiones directæ & vtiles licèt diuersæ sint speciei, tum quoque cùm de eadem re competunt, eiusdem tamen potestatis sunt eundémque habent effectum *l.actio* 47.*supr.de negot.gest.* nempe cùm aduersus eãdem personam exercentur: nec possunt creditores tui habere plus iuris ex tua persona contra debitores tuos, quàm tu ipse habeas *l.nemo plus iuris* 54.*de regul.iur.* Atqui noceret tibi exceptio iurisiurandi si contra aliquem ex tuis debitoribus experireris qui te deferente iurasset nihil tibi deberi. Ergo & creditoribus tuis eadem exceptio iurisiurandi nocere debet. Quod tamẽ quoniam iniquum est, cùm in fraudem creditorum tale iusiurandum, & à debitore delatum sit, & susceptum ab eius debitoribus, quos ponendum est fraudem participasse, vt interdicto fraudatorio, & Paulianæ actioni locus esse possit, æquissimum è contrario est doli replicationem creditoribus tuis accommodari ne ipsis noceat quod in fraudem ipsorum factum est. Non ergo debet hic locus intelligi de creditorib. agentib. Pauliana, vt malè putat Accursius, in hoc meritò à Castrensi reprehensus, sed de creditorib. agentibus vtili actione ex nomine debitoris tanquã obligato

per pi-

BIU Cujas

per pignus prætorium: nec enim posset in Pauliana actione locus esse exceptioni iurisiurandi, quandoquidem in ea iuratum non fuit nec iurari potuit, cùm nec debitori competat qui alienauit aut qui iurauit, sed ipsius creditoribus in quorum fraudem alienatum fuit. Planè, si creditores tui vellent agere Pauliana ad reuocationē iurisiurandi possent vtiq; hoc facere, & vltrò petere vt iusiurandū in ipsorum fraudem delatum & præstitum pro nec delato nec præstito haberetur: rescinditur enim per Paulianā, quicquid in fraudem creditorum quoquomodo malo more gestū est *l.2.& 3.& pass.infr. Quæ in fraud. credit.* Sed eo casu nihil esset quod de iurisiurandi exceptione aut de replicatione aduersus exceptionem danda tractari posset. Ratio tamen dandæ tuis creditorib. replicationis aduersus exceptionem iurisiurandi in specie huius §. tota ex eo pendet, quod cui daremus actionem Paulianam multo magis danda sit agēti replicatio, sicuti daretur ei exceptio si conueniretur, vt ad hunc §. Bartol. notat *l inuitus 156.§.1.de regul.iur.l.1.§.is autem infr.de superfic.* Dicat aliquis, replicationem hanc non posse competere, nisi rescisso prius iureiurando quasi nec delatum fuerit nec præstitum, non posse autem rescindi iusiurandum nisi per Paulianam: prius igitur agendum esse Pauliana, exemplo eius quod in specie §. præcedentis placere interpretib. diximus de replicatione minori danda post petitam ab eo in integrum restitutionem. Respondeo tunc necessariam esse Paulianam, cùm tale quid alienatum est quod in bonis debitoris esse desierit, si quidem prius est vt rescindatur alienatio facta in fraudem creditorum, quàm vt quod alienatum est habeatur pro nō alienato, creditúq; manssisse in bonis debitoris §. *item si quis in fraudem Instit. de action.* Nec rursus fieri potest, vt missio in possessionem bonorum debitoris facta rei seruandæ causa postulantib. creditoribus, ea quoq; bona comprehendat quæ per alienationem desierunt esse debitoris, quin priùs restituantur quæ alienata sunt in massam bonorum debitoris. At in proposito, cùm debitore iusiurandum deferente in fraudem creditorum suorum iuratum est, non ideò sublata videri potest ipso iure actio ciuilis, quę debitori in debitores suos competebat, cùm iusiurandum non sit modus tollendæ ciuilis obligationis, nec proinde actionis quæ ex ea nascitur, sed naturalis tantùm vt dixi ad *l.ait Prætor 7.sup. ex l.vlt infr. hoc tit. l.Stichum 95.§.naturalis infr.de solut.* Remanet igitur in bonis debitoris etiam post iusiurandum ciuilis illa actio & quidem directa. Proinde vtilem quoque actionem ex eius persona creditorib. competere non ambigitur, quæ extincta etiam directa nihilominùs danda iis esset, cùm neque ex facto neq; ex fato vnius alteri actio adimatur *l.Granius 71.§.vlt infr.de fideiuss.l.3.de sepa. l.1. C.de oblig & act.* Non ergo indigent actione Pauliana, vt possint sibi consulere, sed tantùm æquitate actionis Paulianæ vt habeant replicationem: eiusdem enim æquitatis est dare actionem, & replicationem. Nec simile est quod obiicitur ex §. præcedente, de replicatione danda minori per restitutionem in integrum. Nam neq; verum est dari replicationem illam, postulatâ priùs restitutione, vt ibi docuimus, neq; hîc accidit, quod in specie *d.§. præced.* vt alius debeat cognoscere de æquitate replicationis, alius de æquitate Paulianæ actionis: quomodo alius est qui cognoscit de restitutione minoris, alius verò de replicatione aduersus iusiurandum danda. Nam de replicatione iudex datus solus cognoscit, de restitutione verò solus Prætor.

a *Prætereà si fraudator.* Diuersus est hic casus à superiore, eandem tamen habens rationem. Dictū enim est de iureiurando delato à creditore debitori vero in fraudem creditorum, qui tamen debitor verus iurauerit se nihil debere. In hoc autem versu agitur de iureiurādo quod debitor in fraudem creditorum suorum detulerit falso creditori, qui ex delatione iurauerit aduersarium dare oportere.

RAT. DVB. Ex iureiurando non minùs nascitur actio in factum ei qui iurauit, quàm exceptio §. *prox. infr. leg. actori 8. C. hoc tit.* & à nobis iam dictum est sæpius in præcedentibus. Ergo si fraudator detulerit iusiurandum falso creditori, & is iurauerit decem sibi dari oportere, mox boni eius venditis ex edicto *de reb.author.iudic.possid.seu venund.* non vt mittatur in possessionem bonorum debitoris cum cæteris creditoribus, quomodo malè interpretatur Accursius (debet enim missio in possessionem præcedere non subsequi venditionem bonorum, & cùm vnus ex creditoribus missus est in possessionem, cæteri quoque omnes missi intelliguntur *leg.cùm vnus 12.infr.ill.tit.de reb.author.iudic.possid.*) sed vt in distributione precij ex venditione reducti concurrat suo ordine cum cæteris, non est ei denegāda actio, neque danda exceptio contra iurantem, cùm iusiurandum pro veritate habeatur, ne alioqui quærendum sit de periurio, quod detectum tamen nec puniri possit, nec impunitum remanere debeat. DEC. Dolum & factum cuiquę suum nocere oportet, non alteri *leg.1.supr.de alien.iudic.mut. caus.fact.leg.factum 155.in princip.de reg.iur.* nec debet fraus & dolus debitoris iusiurandum deferentis in fraudem creditorum iis nocere, quos fraudare debitor voluit participante fraudem eo qui iurauit. Hoc enim omnimodo requiritur, vt Paulianæ actioni locus esse possit, & æquitati quæ Paulianam induxit *leg.1.l.g ait Prætor 10.§.ait Prætor 5.& pass.inf. Quæ in fraud credit.* Ergo si debitore in fraudem verorum creditorum iusiurandum deferente falsus creditor iurauerit dari sibi oportere, non debet ea res nocere cæteris creditoribus nec falso prodesse quamuis iurauerit, cùm de debiti fide constare non possit *vt in leg.1. C.de non numer.pecun.* Proinde quāuis stricto iure prætorio danda sit actio ex iureiurando, Prætor tamen aut denegare illam debet ne faciat contra edictum suum, si iusiurandum adprobet, quod delatum & præstitum fuerit in fraudem creditorum, vel saltem si de fraude tam euidenter non appareat vt eam absolutè denegare Prætor nō possit, dare illam debebit sub exceptione fraudis & doli, atque ita formulam actionis emendare vt loquitur Vlpianus in *leg.duob. 28.§.si ei qui debitorem infr. hoc tot.* quomodo & aliæ exceptiones quæ ad hanc speciem propiùs accedunt, qualis est non numeratæ pecuniæ, creditoribus debitoris dari solent etiam inuito debitore *leg.pen. C. de non numer.pecun.* Sed in hac specie hoc dissimile est, quòd habent creditores aduersus iusiurandum exceptionē, quam non haberet debitor ipse qui detulit fraudandorum suorum creditorum gratia, quoniam ei factum suum nocere deberet, nec fraudem & turpitudinem propriam allegans audiendus esset.

6 ¶ Iusiurandum defensoris, vel procuratoris ei ab aduersario delatum pro-

desse, exceptionémque domino parere, Iulianus scribit. Idem ergo dicendum erit, & si datus ad petendum procurator, reo deferente, iurauerit dari mihi oportere: nam actionem mihi parit. quæ sententia habet rationem.

Ad §. 6. Iusiurandum.

RAT. DVB. Per liberam personam neq; actio neq; exceptio acquiri nobis potest, neq. aliud quicquam extra causam possessionis *l.1. Cod. per quas person. nob. acquir. & extra casum l.2. C. eod.* Ergo etiamsi defensor quis vel procurator alterius iurauerit aduersario deferēte vel nihil deberi actori vel absenti eidémq; actori aliquid dari oportere, dicendū est nullam ex eiusmodi iureiurando aut actionem aut exceptionem domino quæri posse. Atq; ita ex Pōponio idem Vlpianus noster disertè scribit in *l. non solùm 39. §.1. supr. de procurat.* si actoris procurator ex delatione vel relatione aduersarij iurauerit absenti dari oportere, agere illum debere hoc iudicio suo nomine propter suum iusiurandum. *Aequè enim*, inquit, *hæc actio competere domino potuit*, sed tamen non eo minùs de rato cauere illum oportere.

DEC. Tam per procuratorem qui mandatum à nobis habeat, quàm per defensorem, id est, eum qui pro nobis vltro litem susci pit, acquirere nobis actionem possumus non quidem directam sed vtilem, in iis nimirum quæ circa litem in iudicio siūt, adeò vt nulla sit in eam rem opus cessione, vt nostri vulgo tradunt ex *leg. in causæ 27. §. si ex parte, iunct. l. seq.* vbi tamen vide quæ dixi *supr. de procurat.* Alioqui dicendum esset neque procuratori, neque defensori permittendum esse, vt in iudicium rem deduceret, si non posset similiter ea facere omnia quæ ad tractandi & finiendi iudicij causam pertinent *arg. l.2. supr. de iurisdict.* In quo numero est delatio & relatio iurisiurandi, tum quoq; cùm iusiurandum ex conuentione extra iudicium defertur cùm instar iudicij habeat & rei iudicatæ *l.1. sup. l qui iurasse 26. §. vlt. l. tutor pupill. 35. §.1 infr.* Nemo autē dubitat, quin & procuratori & defensori liceat rem in iudicium deducere, vnde & illud placuit ex eorum pacto etiā domino acquiri exceptionem posse *l. nam & nocere 12. cum præcedentib. & seq. supr. de pact.* non quidē pacti sed doli vt ad eas leges notauimus. Quidni ergo etiam ex ipsorum iureiurando, quod pacti quoq;, & transactionis vim obtinet? *l.2. supr. d. l. tutor 35. §.1. & d. l. qui iurasse 26. §. vlt. infr.* Atqui ita ex Pomponio scriptum est in *l. vlt. §. pen. infr. hoc tit.* præsertim cùm facilius sit vt per procuratorem vel defensorem acquiratur domino exceptio, quàm vt actio, quia exceptio prodest ad retentionem, quæ semper facilior est *l.1. in princip. infr. de pignor.* Debet enim sibi imputare is, qui procuratori alterius dato siue ad petendum siue ad defendendum aut detulit aut retulit iusiurandum: nisi fortè dicat se & iudici & iudicio illudere voluisse, quod non esset ferendum. Directa sanè actio per procuratorem acquiri non potest ex alterius iureiurando, vt interpretes omnes consentiunt, sed vtilis tamen plerisq; casibus acquiritur, maximè si ex re domini procurator stipuletur aut quid aliud tale faciat mandato non refragante *l. quod procurator 68.* vbi latiùs dixi *supr. de procur. l. si procuratori 79. infr. de verb. oblig.* Hic autem acquirit procurator ex re domini cùm de ea re iuratum sit quæ ad dominum non ad procuratorē pertinet. Nec aliam fuisse sententiam Pomponij quem Vlpianus refert & probat in *d. l. non solum 39. §.1. de procurat.* apparet satis ex hoc §. qui eiusdem Vlpiani est, & qui aliter cum *d. §.1.* conciliari nō potest, itēq; ex *d. l. vlt.* quæ eiusdem Pōponij est *§. pen. infr.* quāuis eo loco non de actione tractetur, sed de exceptione tantùm, quę vt dixi, facilius acquiritur, & sine distinctione vtilis, & directæ. Etsi cadit hæc distinctio in exceptiones quoque *l. quoties 21. de præscr. verb.* quāuis exceptiones omnes sint ex æquitate, æquitas autem, vt sæpius monui, ex publica vtilitate. Cæteræ interpretationes & cōciliationes quas nostri adferūt post Accursiū, vt actio quidē directa nō acquiratur domino, sed tamē exerceatur à procuratore ad domini nō ad suam vtilitatē, aut vt hæc lex loquatur de procuratore in rē suam dato, sunt improbabiliores quā vt admitti possint. Itē illa, quam de suo ingenio addit Bartol. vt loquatur Pomp. in *d. l. 39. §.1.* de procuratore quē non constaret habere mandatum Vlp. verò in hoc §. de procuratore habente verū, & certū mandatū planè cōmentitia est vt nemo non videt, nec Bart. ipse negat qui aliam veriorē esse putat quā probamus de differentia vtilis actionis & directæ & in ea tandem conquiescit.

7 ¶ Si petitor iurauit, possessore deferēte, rem suā esse: actori dabitur actio. sed hoc duntaxat[a] aduersus eū, qui iusiurandū detulit, eósq;, qui in eius locum successerūt, ceterū aduers. aliū si velit prærogatiua iurisiurādi vti, nihil ei proderit.

Ad §. vlt. Si petitor.

RAT. DVB. Non nuda voluntate amittuntur rerum dominia vel acquiruntur, sed tantùm traditionib. iisq; à domino factis *l. Si quis vi 17. §. differētia infr. de acquir. poss. l. traditio 20. de acquir. rer. domin. l. traditionib. 20. C. de pact.* Nemo autē dixerit iusiurandū esse pro traditione, aut etiam pro titulo qui sit habilis ad transferendū dominiū etiā coniuncta traditione vt in *l. nunquam nuda 31. de acquir. rer. domin.* Ergo etiamsi petitor iurauerit possessore deferente rem suam esse, non ideo tamen dari ei debet actio in rem siue directa, qualis est vindicatio ciuilis siue vtilis, id est, Publiciana, de qua tamen Vlpianū hīc intelligendū esse cōstat ex eodē Vlp. in *l. sed etsi 7. alias l. eum qui §. si petenti supr. de public. in rem act.* vbi etiam dixi, quamuis Accursius & post eum cæteri locum hunc intelligant de actione in factum, quam nasci volunt etiam ex iureiurando iudiciali nō minùs quàm ex voluntario ad exēplum actionis quæ nascitur ex iudicato *l. actori 8. C. hoc tit.* DEC. Iusiurandū pro veritate habetur nec postquàm iuratum est, quæritur ampliùs quicquam aliud, nisi an iuratum sit *l.5. § dato iureiurando supr. & hac l. in princip. 11. l. sed etsi 11. § vlt. l. eum qui 30. in princip. inf.* Ergo quāuis petitor, qui aduersario deferente iurauit rē suā esse, nō idcirco fiat dominus, ideóq; nec directā rei vindicationē habere possit quæ nō datur alij quā qui sit dominus iure gētiū vel ciuili *l. in rem 23. supr. de rei vindic.* vtilē tamē habere debet, hoc est Publicianā *d. §. si petenti* quippe quæ ex eadem est iurisdictione Prætoris ad quā pertinet iusiurādū etiam tueri. Cui cōsequēs est vt actio in factū, quā petitori huic dant interpretes, locū habere nō debeat, cùm nō sit nisi subsidiaria, vt cæterę omnes in factū actiones, deficiētib. aliis quę certū ac speciale nomē habēt: cuiusmodi est Publiciana. Tantū abest vt verū sit quod

vulg

vult Accursius, duplicem hoc casu actionem in factum competere, vnam ex iureiurando, alteram ex sententia post iusiurandum præstitum lata *arg. l. non est nouum 10. inf. De act. empt.* Etsi enim aliàs tam ex iureiurãdo, quàm ex iudicato nasci soleat in factum actio, vtrumq; tamen fit ex necessitate, ne alioquin esset inutilis sententia & inutile iusiurandum, ex quo agi non posset. At cùm alia potest actio competere, vt Publiciana in proposito, nihil est quod de in factum actione tractari oporteat, nisi quod post sententiam de Publiciana redditam, cùm per iudicatum fiat nouatio *l. vlt. Cod. de vsur. rei iudic.* cõsumpta est Publiciana & agendum necessariò in factum & ex iudicato. Nam etsi ex iureiurando in factum actio competeret, secuta tamen postea quãdocunque sententia, esset illa quoque in factum actio perempta, nec alia posset superesse, quam ex iudicato, quæ, licet idem haberet nomen, alia tamẽ esset. Nec enim actiones in factum minus nouantur per iudicatum, quàm cæteræ etiam reales & vindicationes, ex quibus quisquis condemnatus est, iam conueniri post iudicatum non potest actione vlla in rem siue directa siue vtili, sed sola illa in factũ actione, quæ nascitur ex iudicato quolibet *d. l. actori 8. C h. t.* vt proinde stulta sit quæstio, quam hîc nostri tractant, an in specie huius §. actio, quæ datur iuranti, sit datiua an natiua. Nec dici potest cum Accursio Publicianam, si qua hoc casu competeret, fore vt daretur contra quemlibet, cum tamen actio in factum, quæ datur ex iureiurãdo, non detur nisi contra iurantem. Repugnat enim Vlpian. in *d. §. si petenti* vbi diserte scribit, nec Publicianam istam dari contra quemlibet, sed contra iurantem solùm, & habentes ab eo causam, vt sequitur in hoc §. Refert sanè, an petitor sit, qui ex aduersarij delatione iurat, an possessor. In petitore iurante id obtinet, quod diximus. At in possessore iurãte rem suam esse, cuius possessionem postea quoquomodo amiserit, aliud est, nec aliam, quàm in factum actionem habere potest aduersus eum qui detulit, si eiusdem rei possessionem quouis modo nactus sit *l. sed si possessori 11. vers. proinde infr.* quia scilicet non potest nasci Publiciana in fauorem eius, qui iam ipso iurandi tẽpore possidebat, & cui nec potest tunc videri tradita res per petitorem non possidentem: nam nec è contrario per possessorem videtur tradita petitori, qui iurauit rem esse, scilicet eo tempore quo iurauit: sed fingitur tradita iam prius quàm iuraretur, & quàm peteretur: nam cum non possit res esse petitoris, quin & titulus & traditio præcesserit *d. l. nunquam nuda*, quisquis iurat rem suam esse, perinde haberi debet ac si iuraret, & titulum habilem & traditionem iam antea præcessisse. Nec proinde adhibẽda quoque illa distinctio est, quam adhibet Accurs. ad *d. §. si petenti* an dominus fuerit, qui iusiurandum detulit, an non dominus, cum ex eo iureiurando non aduersus alium, quàm eum qui detulit, ius acquiratur: nec illa rursum in qua Bartolus quoque post Accursium conquiescit, an is qui iurauit ex iureiurando solo, an verò ex traditione quoque sibi facta, vt priore casu actio duntaxat in factum competat, posteriore verò etiam Publiciana. Nam & quisquis nititur ex iureiurando, quo iurauit rem suam esse, nititur etiam ex traditione, quam ponit sibi aut suo authori factam esse suppositis scilicet terminis habilibus, qui semper supponendi sunt *l. tutor 35. §. 1. inf. l. 1. §. vlt ad SC. Tertyll.* cum nonnisi per traditionem dominia transferri possint *d. l. traditionibus 20. C. de pact.* Quare nec ad rem pertinet quod Accursio Bartolus obiicit, ex ea traditione, quæ per possessorem facta sit petitori, qui iurauit rem suam esse, non potuisse transferri dominium, etiamsi verè res fuisset tradentis, quia tradidisset quasi rem, quæ iam esset accipientis ex *l. 3. §. subtilius inf. de condict. caus. dat.* ergo nec Publicianam nec vsucapiendi condicionem, si non fuit dominus is, qui detulit iusiurandum *ex l. clauibus 74. de contr. empt. §. namque Instit. de action.* Non enim damus Publicianam hanc petitori quasi fingamus rem ei traditam à possessore, quem ponimus etiam post præstitum iusiurandum manere adhuc possessorem, ob idq; Publiciana conueniendum esse, sed quasi verum sit & iuratum, habuisse illum & titulum anteriorem & quidem iustum habilémque ad transferendum dominium, & traditionem sibi suísve authoribus factam siue à domino siue à non domino, sed cum bona fide. Itaque nec est necessarium, cum eodem Bartolo huius obiectionis effugiendæ gratia ad absurdam illam eiusdem Bartoli opinionem confugere, quæ vult speciale esse in causa iudicati, vt ex ea dominium sine traditione transferatur. Quam opinionem nos abundè refutauimus *in Error. Decad. vlt. de error. pragmat.* Cætera, quæ ad huius §. interpretationẽ pertinẽt, explicauimus ad *§. si petenti.* vide & iunge quæ dicemus ad *l. sed si possessori 11. v. proinde infr. hoc tit.*

a *Sed hoc duntaxat.* RAT. DVBIT. Iusiurandum rite delatum pro veritate, adeóque pro veritatis probatione habetur, & contra quam non possit admitti probatio in contrarium, vt toties diximus ex *§. 1. supr. & l. eum qui 30 inf. hoc ti.* Atqui veritas semper vna, eadémque & sibi similis est. Ergo quo casu nascitur actio ex iureiurando contra eum qui iusiurandum detulit, nasci etiam debet contra alium quemlibet, cùm id quod respectu vnius verum est, falsum alterius respectu videri non possit. DEC. Prærogatiua iurisiurandi illa quidem est, quo modo hîc Vlpianus loquitur, vt pro veritate habeatur, quoties ex delatione vel ralatione præstitum est, quia quisquis defert, is aduersarium suum iudicem testémque in propria causa constituit, vt diximus ad *l. 1. supr. ex l. 1. in fr. quarum rer. act. non det. &c.* Ergo nonnisi contra deferentem eiusque successores eiusmodi prærogatiua vti potest is qui iurauit, non aduersus alios, quia imputari potest is qui detulit, cur detulerit, non etiam aliis qui non detulerunt *l. iusiurandum & ad pecunias 34. §. datur autem inf. hoc tit.* nunquam enim ex vnius facto lædi ius alterius debet *l. id quod nostrum 11. l. non debet 74. de regul. iur. l. sup. de alien. iudic. mut. caus. fact.* Eadem ratio facit, vt nec alij iusiurandum prosit etiam illi ipsi qui iurauit, aut iis qui in locum eius siue vniuersali siue singulari aliquo titulo successerunt *l. cui Prætor 7. & seq.* vbi diximus *supr. hoc titul.* Vtroque enim casu iusiurandum & prodest & nocet successoribus etiam singularibus, si modo posteriorem causam habeant ab eo, qui iurauit aut contra quem iuratum est, quia iusiurandum non tam personam afficit, quàm rem ipsam de qua iuratur. Et consequenter alienatio fit cum sua causa *l. alienatio 67. de contr. empt. l. 3 in princip. & §. 1. inf. de pignor.* nec enim potest melior esse causa successoris quàm sui authoris *l. iudicata 29. §. 1. de except. rei iudic.* dixi ad *l. 8. supra.*

BIU Cujas

10. PAVLVS libro 18. ad Edictum.

QVia non deberet alij nocere, quod inter alios actum esset.

Ad l. Quia non deberet 10.

RAT. DVB. & DEC. eadem est quæ ad §. *vlt. legis præcedentis*. Hîc enim ratio tantùm redditur generalior eius quod in *d.* §. *vlt.* scriptum fuerat actionem ex iureiurando dandam non esse nisi contra eum ipsum qui detulit, aut eos qui in ius ipsius successerunt, nempe quia generaliter verum est non debere aliis nocere quod inter alios actum est, *Tot. tit. C. inter alios act. aliis non nocer. l. de vnoquoque 47. infra de re iudic. l. nam ita 39. supra de adopt.* Sic enim natura comparatum est, nec minus iure ciuili, vt melior condicio nostra per alios fieri possit, sed deterior non possit *l. soluendo 39. supr. de negot. gest. l. melior 131. de regul. iur.* Aliqui tamen casus sunt in quibus sententia etiam inter alios lata aliis nocet de quibus in *l. sæpe 63. inf. de re iudic. l. à sententia 5. de appellat.*

11. VLPIANVS libro 22. ad Edictum.

SEd si possessori fuerit iusiurandum delatum, iurauerítque rem petitoris non esse: quamdiu quidem possidet, aduersus eum, qui detulit iusiurandum, si petat, exceptione iurisiurandi vtetur: si verò amiserit possessionem, actionem non habebit: nequidem si is possideat, qui ei iusiurandum detulit. non enim rem suam esse iurauit, sed eius non esse. Proinde si cùm possideret, (&) deferente petitore rem suam iurauit: consequenter dicemus, amissa quoque possessione, si is, qui detulit iusiurandum, nactus sit possessionem, actionem in factum ei dandam & fructus perceptos ex re[a], quam meam esse iuraui, restitui mihi placuit. sed & partum editum, fœtúsque pecorum restituendos constat post iusiurandum delatum.

Ad l. Sed si possessori 11.

RAT. DVB. Non debet possessor deterioris condicionis esse quàm petitor, cùm quisquis possidet hocipso plus iuris habeat etiam in pari iure quàm qui non possidet *l. 2. infr. Vti possid.* præsertim cùm fauorabiliores sint rei quàm actores *l. fauorabiliores 125. de regul. iur. l. Arrianus 41. infr. de oblig. & act.* possessor autem semper sit reus, præsertim verò in actionibus in rem quæ nunquam vltro dantur possessori §. 1. *Instit. de action.* Cùm ergo petitori qui iurauit, non tantùm exceptio detur, si rei de qua iurauit, possessionem nactus sit, sed etiam actio si non possideat, vt dictum est in §. *vltim. legis præcedentis*, quidni eadem prærogatiua dabitur etiam possessori qui iurauerit? DEC. Alia ratio est hac parte petitoris, alia possessoris ob diuersitatem formulæ concepti præstitíque iurisiurandi. Petitor enim nunquam sic iurare debet, vt dicat rem quam petit, non esse possessoris, nihil enim ipsi tale iusiurandum prodesset, cùm ei ad litis victoriam necesse sit probare rem suam esse, alioqui succumbet in rei vindicatione *l. vlt. C. de rei vindic.* siquidem non est bona consecutio, vt res quæ non est possessoris ideò statim sit petitoris, cùm possit neutrius esse *leg. si inter me 15. infra de except. rei iudic.* quo casu vincere tamen possessor deberet iure possessoris *d. l. 2. vti possid.* & vt interpretes loqui solent, per non ius actoris etiamsi nihil ipse præstaret *l. qui accusare 4. Cod. de edend.* At possessori non est inutile iusiurandum, etiamsi non iuret rem suam esse, si modo iuret non esse petitoris: hoc enim sufficit, vt petitorem summoueat, qui non aliter potest in rei vindicatione vincere, quàm si probet rem suam esse *l. in rem 23. & pass. suprà de rei vindicat. l. Quintus 27. §. argento infra de aur. & argent. legat.* quod tamen probare amplius non potest, postquam iurauit possessor non esse rem petitoris. Melior igitur est etiam hac parte condicio possessoris quàm petitoris, cùm leuiore, & vt ita dixerim, negatiuo quoque iureiurando possit vincere. At si ponas eodem modo iuratum esse à possessore, quo posuimus iuratum à petitore, scilicet rem suam esse, par & æqualis erit condicio vtriusque, quia non tantùm exceptionem habebit contra petitorem qui detulit, si pergat ille petere, sed etiam actionem aduersus eundem petitorem, si quo casu possessor amiserit possessionem, eamque quoquomodo nactus sit petitor, contra quem iuratum est, vt subiicitur in hac lege *vers. proinde*. Differentia tantùm illa est, quod actio quæ datur petitori, qui iurauit rem suam esse, non alia est, quàm Publiciana, *l. eum qui 7. §. si petenti supr. de Public. in rem act.* vbi hæc ipsa ponitur antithesis, quæ in hac lege, *& in §. vlt. l. prox. præced.* inter iusiurandum delatum petitori à possessore, & illud quod possessori delatum est à petitore: quæ autem datur possessori iuranti similiter suam rem esse, non Publiciana est, quippe quæ possessori nunquam acquiritur, sed in factum, quæ cùm sit subsidiaria, nunquam deficit quoties actionis dandæ aliqua æquitas supereſt, *l. quoties 21. infra de præscript. verb.* In proposito autem ideo deficit directa actio, quia possessori nulla acquiri potuit eo tempore quo iurauit, eadem ratione, qua Publicianam impediri diximus, quòd possidenti nulla vnquam acquiratur actio, qua nec indiget. Nam nec iurauerat possessor, vt acquireret sibi actionem, sed vt exceptionem solam ex iureiurando, qua indigebat ad summouendum petitorem. Non tamen deficit æquitas dandæ actionis, cum possessor iurauerit rem suam esse, mutatúsque sit hodie status, facto iam possessore eo qui antea petitor erat, & petitore illo qui fuerat possessor, atque ita cessante iam causa quæ faciebat, ne iurisiurandi tempore acquiri aliqua actio

posset

BIU Cujas

posset. Iusiurandum enim per se tam aptum est ad producendam actionem, quàm ad pariẽdam exceptionem, si modò concurrant cætera, quæ sunt ad actionem inducendam necessaria. Quemadmodum autem exceptione vti non potest is qui non possidet, ita nec actione is qui possidet. Vnde fit quod Accursius hîc notat pro mirabilissimo, vt actio hæc in factum, quæ tempore præstiti iurisiurãdi nec nata fuerat, nec nasci potuerat in fauorem possidentis, nascatur tamen postea, detúrque à Prætore si possessor ille qui iurauit, possessionem subinde amiserit, quæ quoquomodo peruenerit ad deferentem: vtque quod factum est ad exceptionem, prosit etiam ad actionem, vt & in specie *l. quod mihi 12. inf. de liber. leg. l si cum ante 7. C de donat. ant. nupt.* Nec proinde causa vlla est, cur dicamus cum Accursio speciale esse in hac actione in factum, vt ex postfacto quoque incipiat competere, quasi sequatur in hoc naturam actionum realium, exemplo eius quod de actione ad exhibendũ scriptum putat *in l. 3. §. est autem supr. ad exhib.* vbi tamen nihil tale est. Nam & acti ad exhibendum est personalis, vt ibidem scriptum est, & actiones omnes personales naturam propriam habent à realibus distinctam, in eo præsertim quod non dantur contra possessorem quemlibet, sed contra eum duntaxat qui contraxerit, vel quasi, aut deliquerit, vel quasi, aut qui in contrahẽtis vel deliquentis ius successerit, si actionem illam ad exhibendum excipias, quæ quoniam præparatoria est actionis in rem non aduersus alium dari potest, quam qui possideat, & exhibendæ, ac subinde restituendæ rei habeat facultatem *d. §. est autem & §. vlt. eiusd. leg. cum legib. seqq.* Idq; ita esse apparet in hac ipsa actione in factum, de qua tractamus: non enim datur contra possessorem quemlibet, quomodo daretur, si naturam actionis in rem imitaretur, sed cõtra eum solum, qui detulit. Denique actiones in rẽ omnes nascuntur ex præsenti possessione *l. non alias 24. §. sed si postulatur supr. de iud.* hæc verò in factum actio licet non detur nisi contra deferentem factum ex postfacto possessorem, non tamen nascitur ex præsenti possessione, sed iureiurãdo tanquam quod ab initio fuerit aptum ad producendam actionem non minus quàm exceptionem, habens se indifferenter ad vtramque, & vt dicam apertius, hoc iusiurandum producit quidem etiam ab initio actionem sed potentia magis quã actu. nõ. n. actu ipso producitur statim, sed est producibilis, tamen ab illo ipso instãti, quo iuratũ est, dilata tantũ productione ipsa in id tẽpus, quo nulla erit ex parte materię repugnãtia, quominus actio vel exceptio nascatur: quod & Bartolus sensisse videtur, nisi quod male hoc ipsum refert ad similitudinem actionum realium, quę non eo minus domino competunt aptitudine, quod rei suæ possessor sit, quamuis actu non competant, quamdiu possessor est. Sanè in actionibus ciuilibus difficilius est, vt ex postfacto competant, quæ ab initio non competierunt. habent enim causam magis præcisam, & ad id tempus restrictam, quo debet aut nunquam nasci actio, quod & in prętoriis actionibus obtinet, quę certum nomen naturámque habent, vt Publiciana: sed actiones in factum subsidiariæ, quæ maximè ex æquitate proficiscuntur, qualis hæc est, facilius possunt in aliud tempus potentiam suam & aptitudinem extendere, dummodo earum æquitas semper duret, & ab initio statim nata fuerit obligatio, quomodo in hac specie nata fuit ex iureiurando. Actionem namque facilius est suspendi aut extendi in certum vsque tempus, vt *in l. si finita 15. §. vlt. in f. de damn. infect.* quàm obligationem, tum quoque cùm obligatio pura est, vt *in l. interdum 73. de verb. oblig.* quanquam nec obligationem ipsam suspendi quicquam verat, vt cernere est in stipulatione condicionali *l. cedere diem 123. de verb. oblig. l. pecuniam 36. sup. tit. 1.* Planè quod hîc tractat Bartolus etiam post factam executionem sententiæ contra reum condemnatum si à possessione victor cecderit, & res ad condemnatum redierit, posse iterum fieri executionem eiusdem sententiæ implorato iudicis officio quasi adhuc duret contra eundem cõdemnatum, neque verum esse puto, neque probari ex hac lege: nulla enim hîc facta fuerat executio iudicati, quia nec iudicatum quicquam fuerat post iusiurandum præstitum, nec si iudicatum fuisset, vlla tamen executio fieri potuisset, cùm sententia nõ potuisset esse absolutoria, quæ, vt pragmatici solẽt dicere, suam secum semper trahit executionem. Cæterum facta semel executione sententiæ, & per eam executionem victore facto possessore si postea possessionem amiserit, non ideo redintegrari executio debet, sed aliis actionibus aut remediis possessoriis vti victor debet, ad possessionem suam vel retinendam vel recuperandam, nec vllum iudicis officium superesse amplius in eam rem potest, non magis, quàm vlla iudicati actio *l. à Diuo Pio §. si post addictum infr. de re iudic.* nec minus aduersus condẽnatum ipsum, quàm contra extraneum, quia sicuti singulis controuersiis singulæ actiones propositæ sunt, ita singulis actionibus vnum iudicati finem, & vni iudicato vnam executionem sufficere placuit, ne alioqui res abitura esset in infinitũ *l. singulis 6. inf. de except. rei iudic. iun. d. l. à Diuo Pio § sed si emptor.* nisi poneres incontinenti, aut saltem modico interuallo interposito condemnatum eripuisse victori possessionem animo retractandæ, aut potius impediẽdæ executionis, potius quàm nouæ committendæ violentiæ. Hoc enim casu facilè admitterem, quod Bartolo Castrensis concedit, durare adhuc non modò iudicis officium, sed ipsam quoque iudicati & in factum actionem, ad vigendam ex integro executionem, quasi ea nec dum facta sit, quæ facta nõ durauit *arg. l. si pro patre 10. §. versum inf. de in rem vers. tum similib.* Iunge quæ diximus ad *§. vlt. l. nam postea quam 9 supr. & ad d. l. eum qui 7. §. si petenti de Public. in rem act.*

a *Et fructus perceptos ex re.* RAT. DVBIT. Fructus percipiuntur & acquiruntur iure soli & dominij, *l. qui scit 25. §. 1. infr. de vsur.* Atqui possessor, qui rem suã esse iurauit, non ideo suam illam fecit, cum iusiurãdum non sit modus transferendi dominij, adeóque nec titulus habilis ad translationem inducendam dominij etiam secuta traditione. Ergo nec fructus ab alio fortassis vero domino percepti, contra quẽ iuratum est, restituendi sunt ei, qui iurauit, idémque de partu ancillæ, & de fœtu pecorum iuris est, cum fœtus quoque in fructu sit *leg. in pecudum 28. de vsur.* partus verò licet nõ sit in fructu, vt ibidẽ scriptũ est, & *in l. vetus fuit quæstio 68 sup. de vsufr.* eodẽ tamẽ ferè in omnibus iure quo fructus censetur *l. præterea 20. supr. de rei vindic.* DEC. Absurdum est lucro condemnati cedere fructus rei, de cuius dominio victus sit *l. ex diuerso 35. §. 1. eod. tit.* vbi eleganter Paulus scribit, si alienum fundum petierim, & iudex sententia sua declarauerit meum esse, debere illum etiam de fructibus eodem tenore possessorem condemnare, vt causa fructuũ in omnib. causam dominij sequatur,

BIU Cujas

quandoquidem, vt in dubitandi ratione diximus, fructus iure soli & dominij, non seminis percipiuntur. Atqui cùm possessor iurauit rem suam esse, perinde est, acsi per sententiam iudicis idipsum pronũciatum esset, cùm iusiurandum habeat vim rei iudicatæ *l.1. & 2.sup.l.post rem iudicatam* 55. *inf.de re iudic.* ideóque pro veritate habeatur exemplo rei iudicatæ *l.res iudicata* 207. *de reg.iur.* adeóque pro certissima veritatis probatione contra quam nec admitti probatio vlla possit *l.5. §.dato iureiurando l. nam posteaquàm* 9. *in princip. & §.1.sup.* Ergo etiamsi peierauerit is, qui falsò iurauit rem suam esse, eodem tamen siue errore, siue periurio, idem de fructibus constituendum est, quod de re ipsa petita, vt ad eum pertineant, qui iurauit rem suam esse, licèt nihil de fructibus iurauerit, [de iis siquidem loquimur de quibus nec iurari potuerit, & qui percepti sint post præstitum iusiurandum] cùm fructus sint accessiones, & quidem naturales quæ proinde veniunt in consequentiam necessariam *d.l. & ex diuerso* 35. *§.1.de rei vindic.* Idq; obtinet nõ solùm si possessor rẽ suam esse iurauerit, vt in specie huius legis, sed etsi petitor vt *in §.vlt.d.l.9 sup.* Eadẽ enim hac parte vtriusq; casus ratio est, quod & Accursi[9] noster bene hîc notat.

1 ¶ Item si iurauero, vsumfructum alicuius rei vel meum esse, vel dari mihi oportere: eatenus mihi competit actio, quatenus, si verè vsumfructum haberem, duraret, quibus verò casibus amitteretur [a], non competit mihi actio. Sed etsi rerum [b], in quibus vsusfructus, propter abusum constitui non potest, iurauerit vsumfructum se habere, vel sibi deberi: effectum iurisiurandi sequendum arbitror, ideóque tunc quoque videri eum rectè iurasse puto, & ex eo iureiurando posse petere vsumfructum, cautione oblata.

Ad §.1. Item si iurauero.

RAT. DVB. Vsusfructus non nisi certis modis constituitur *l.3.sup.de vsuf.* inter quos modos non est iusiurandum. Ergo si iurauero vsumfructum alicuius rei vel mihi dari oportere, non potest mihi eatenus dari actio quatenus si vsusfructus verè meus fuisset: prius enim est, vt vsusfructus sit ritè rectéque constitutus, quàm vt peti & vindicari per confessoriam possit, ex *Tit.sup.si vsusf.pet.* DEC. Iusiurandum pro veritate habetur, & pro veritatis probatione, vt toties diximus *l. eum qui* 30. *in prin & §.si mulier inf.hoc tit.l.nam posteaquam* 9. *in pr.& §.1.sup.* nec postquàm iuratum est, de alio quærendum supereſt, quàm vtrum iuratum sit, & quid iuratum: si ergo iurauerim vsumfructum alicuius rei vel meum esse, vt eum vindicem, vel mihi dari oportere, vt possim eum ex testamento petere, aut alia qualibet actione personali, dicendum est, perinde dandam mihi actionem de vsufructu, siue realem, siue personalem, acsi reuera meus esset, sed non aliter tamen quàm si caueam boni viri arbitratu me vsurum, & finito vsufructu restituturum *d.l. eum qui §.vlt.* nam etsi vsusfructus verè constitutus esset, eadem cautio præstari deberet *l.1.& tot.tit.sup.vsufr.quem.caueat.* Sic mulier quæ iurauit dotem sibi deberi, aut à se datam esse dotem, petere potest nulla etiam probata traditione vel numeratione, *d. §.si mulier* quamuis dotem sola numeratio & traditio faciat, non scriptura, non confessio nuda, vel iusiurandum *l.1. C. de dot.caut.non numer.* Sic dicimus, depositi obligationem non nisi re contrahi *l.1.§.is quoque inf. de oblig. & action.* sed tamen contractam probari ex sola depositarij confessione *l.Publia* 26. *§.vlt. inf. depositi.*

a *Quibus verò casibus amitteretur.* RAT. DVB. Non potest finiri vsusfructus, qui nunquam constitutus fuit, necdum initium accepit *l. Titio vsusfructus* 95. *de condic.& demonstr.* DEC. Non potest fictio plus operari in casu ficto, quàm veritas in casu vero *l.confessionibus* 13. *sup. de interrog. in iur. fac.* & probatur optimè ex hoc loco, atqui vsusfructus quem meum esse iurauit: aut dari mihi oportere, si tam verè constitutus esset, quàm habetur pro constituto finiretur, iis modis quibus vsumfructum finiri & amitti placuit, de quibus dictum est *sup.Tit.quib.mod.vsufr.amitt.* Ergo & cùm fictè constitutus est, per iusiurandum æquè dicendum est iisdem modis finiri eum quibus finiretur, si esset verè constitutus. Alioqui potentior esset, ac longioris vitæ vsusfructus fictitius quàm verus, quod absurdum foret.

b *Sed etsi rerum.* RAT. DVB. Confessiones aliæque falsæ & fictitiæ probationes ita demum admittendæ sunt, si ius & naturam recipiant *l.si is cuius* 14. *§.1.sup.de interrog.in iur.fac.* id est, si tale quid sit, quod per rerum naturam, aut per iuris rationem, tale esse possit, quale fingitur. Ergo quamuis iusiurandum pro veritate, adeoq; pro confessione habendum sit, attamen tale esse debet id quod iuratur, vt verum esse possit. Atqui earum rerum quæ in abusu magis quàm in vsu consistunt, id est, quæ vtendo seruari non possunt, vsusfructus verus esse non potest, cùm vsusfructus sit ius vtendi fruendi alienis rebus, salua earum substantia *l.1.sup.de vsufr.* Ergo neque per iusiurandum constitui poterit, aut pro cõstituto haberi, ne plus possit fictio in casu ficto quã veritas, vt diximus ad versic. præcedẽtem. DEC. Post Senatusconsultum de quo *in l.1.& seqq sup.de vsufr.ear.rer.quæ vsu consum.* cœpit quasi vsusfructus huiusmodi rerum constitui, introducto remedio cautionis de restituendo tantundem, vt ait *l.2.§.eod.tit. l.1.C.de vsufr. l.vxori* 24. *inf.de vsufr. legat.* ac proinde si effectum rei magis quàm subtilitatem iuris inspicias, nihil interest inter verum vsumfructum & hunc quasi vsumfructum, verba autem cum effectu magis quàm ex subtilitate iuris sunt accipienda *l.1. §.1. quod quisque iur. l.pen. §. docere supr. Ne quis eum qui in ius vocab. vi exim.* præsertim vt periurij siue suspicio, siue calumnia euitetur: semper enim odiosa est præsumptio delicti *l.merito* 51. *inf.Pro socio.* Ergo si iurauero earum rerum, quæ in abusu cõsistunt, vsumfructum meum esse, vel mihi deberi rectè iurasse videor, nõ minùs quàm si iurassem de quasi vsufructu, vt ex eo iureiurando possim quasi vsumfructũ petere, oblata cautione licèt in iurando nihil de cautione dictum sit, quippe quam sufficit præstari ante perceptionem *d. l.vxori* 24. *de vsuf.legat.& d.l.1.C.de vsufr.* Ideoque offerri eam necesse est, priùs etiam quàm petatur, vt probant huius §. verba illa *cautione oblata. §. constituitur Inst.de vsufr.* Effectus igitur iurisiurandi sequendus erit, vt Vlpianus hic scribit, nec nouum est, quod

BIU Cujas

quod hîc notat Accursius, vt si non valet quod ago, vt ago valeat, vt valere possit. § *vlt. Instit. de adopt.* de quo nostri tractant ad *l. 1. de iur. codicillor* itémque vt verba improprientur, potiùs quàm vt nihil operentur: debent enim intelligi secundùm subiectam materiam, *l. ex conducto* 15. §. *Papinianus aliàs l. si vno. vers. sed etsi. infr. locat.* præsertim verò vt actus valeat, potiùs quàm pereat *l. si tibi* 20. *supr. tit. proxim. l. quoties in stipulationibus* 80. *de verbor. obligat. l. quoties* 1. *de rebus dub.*

2 ¶ Si, cùm de hereditate inter me, & te, controuersia esset, iurauero hereditatem meam esse: id consequi debeo, quod haberem, si secundùm me de hereditate pronuntiatum esset: & non solùm eas res restituere debes[a], quas tunc possidebas. sed & si quas postea cœpisses possidere: perindéque haberi, quod iuratum est, atque si probatum esset, idcirco vtilis actio mihi competit. Quod si ego ex eadem hereditate possiderem[b], túque cœpisses petere eam, cùm aduersus te iurassem, exceptione me vti debere iurisiurandi. Planè si alius à me hereditatem petere cœperit[c], dubium non erit, (vt & Iulianus scribit) nihil mihi iusiurandum prodesse.

Ad §. 2. Si cùm de hereditate.

RAT. DVB. & DEC. eadem est quæ ad §. præcedentem. Quod enim ibi traditur de vsufructu hîc proponitur de hereditate, vt si cùm de hereditate inter me & te controuersia esset, iurauero te deferente hereditatem meam esse, ea omnia consequi debeam quæ haberem, si secundùm me de hereditate pronunciatum esset. Quamuis enim hereditatis petitio ciuilis non alij possit competere, quàm ei qui verè heres est siue ex iure vetere, siue ex nouo *l. 2. & 3. supr. de hered. petit.* haberi tamen debeo pro vero herede, ac si probassem me verum heredem, siue ex testamento siue ab intestato, cùm id quod iuratum est, perinde haberi debeat, ac si probatum esset, & super eo pronunciatum, vt bene addit Accursius: non enim probatio sufficeret in petitione hereditatis, vt hereditatem consequi actor posset, nisi de hereditate pronunciatum quoque proponeretur: sententia enim illa est, quæ ius tribuit, aut saltem quæ ius quod competit declarat in causis ciuilibus *l. & ex diuerso* 35. §. 1. *supr. de rei vindic. l. si fundus* 16. §. *si pluris infr. de pignor.* sicut & in causis criminalibus, ex qualicunque crimine quantumlibet atroci & probato, non nascitur infamia, nisi secutâ demum condemnatione *l. infamem* 7. *infr. de public. iudic. l. post contractum* 15. *infr. de donat.* Iusiurandum ergo habet vim non tantùm probationis, sed etiam sententiæ *l. 1. & 2. supr.* quia scilicet habetur pro confessione facta in iure *l. post rem* 56. *de re iudic. l. 1. infr. quarum rer. act. non det.* Confessus autem sua quodammodo sententia damnatur. *l. 1. l. 3. de confess.* Ille autem qui iusiurandum detulit, condemnatur ipsius aduersarij sententia *d. l. 1. quarum rerum act. non dat.* Proinde dicendum est actionem mihi ex iureiurando contra te competere: non quidem petitionis hereditatis, vt malè interpretatur Accursius (tota enim de hereditate quæstio & controuersia iureiurando iam decisa est *dict. l. post rem.* nec debet litis vnius finis alterius esse exordium *l. 3. C. de fructib. & lit. expens.* quod eueniret si pacta iam quasi ex causa iudicati, persecutio ad initium alterius petitionis redigeretur, vt Vlpianus noster loquitur in *l. minor annis* 40. *in princip. supr. de minor.*) sed actio illa in factum quæ ex iureiurando nasci solet qualis ex iudicato ipso nasceretur *l. actor* 8. *C. hoc tit. & hac ipsa lege in princip. vers. proinde.* Quamquam Accursij quoque interpretatio defendi potest, vt actio vtilis petitionis hereditatis mihi competat aduersum te ad consequenda ea omnia, quæ in petitionem hereditatis venire solent, dum ne amplius quæratur in ea actione vtrum hereditas mea sit, sed de illo tantùm: an aliquid adhuc penes te habeas quòd possessorem dare oporteat, petitori vincenti in petitione hereditatis, quomodo & iurâti mihi rem meam esse quam vsu capere cœperam, datur Publiciana, vt diximus ad *l. nam posteaquam* 9. §. *vlt. supr. ex l. eum qui* 7. §. *si petenti. supr. de public. in rem act.* Nimirum, quia in huiusmodi iudiciis, quæ ex iurando dantur, non id agitur, vt principalis causa exerceatur, quæ iam decisa est, vt modò dicebamus, sed vt iusiurandum conseruetur *l. eum qui* 30. *in princip. infr. hoc tit.* ideóque non directa hæc actio est, sed vtilis, quemadmodum Vlp. hîc scribit: nimirum quia non directa probatione nititur, sed ficta. Nec tam sum verè heres, quamuis iurauerim hereditatem meam esse, quàm habendus pro herede, satísque mihi esse debet quod per actionem hanc vtilem tantundē consequor quantum si directa hereditatis petitione egissem & vicissem, cùm vtilis actio eiusdem potestatis sit, eundémque habeat effectum *l. actio* 47. *supr. de negot. gest.* Non enim ob id solum, quod quæstio de hereditate, de qua lis inter nos erat iureiurãdo meo decisa sit, facere potest, vt petitio hereditatis consumpta sit, quomodo esset si eam semel exercuissē: præsertim cùm non possit iusiurandum eam vim habere, vt ciuilem actionem tollat ipso iure *l. ait Prætor* 7. vbi diximus *sup. hoc tit.* Ex quo intelligimus iusiurandum hoc olim præstari solitum in iure, id est, apud Prætorem in ipsa litis contestatione, antequàm daret actionem Prætor qui nunquam dabat, nisi post litem contestatam. Idque apparet euidentius ex verbis ipsis edicti De iureiurando, quib. ait Prætor se actionem non daturum eius rei nomine, de qua iuratum fuerit *l. ait Prætor* 7. *supr.* Itémque ex eo quod dicimus iusiurandum habere vim confessionis & sententiæ. Non etiam alius confessus habetur pro condemnato, quam qui in iure confessus est, & ante litis contestationem *l. 1. & 3. l. qui Stichum* 5. *infr. de confess.* 4. *C. de repud. vel abstin. hered.*

a *Et non solum eas res restituere debes.* RAT. DVB. Iusiurandũ non ad alias res pertinere potest, quàm quæ sunt penes deferentem eo tempore quo iusiurandum vel defertur vel saltem præstatur. Nam nec alias res tum restituere possessor potuisset si litigare noluisset. Vnde est, quod in omnibus ferè causis solemus inspicere tempus litis contestatæ, vt dixi ad *l. vinum* 22. *sup. tit. prox.* quia quale quid est, quãtumque cum petitur, tale tantúmq; dari debet *l. 2. infr. de*

BIU Cujas

vsur. Sufficit igitur, vt cùm iurauí hereditatẽ meam esse, eas res mihi restituas, quas tũc possidebas, nec præterea vrgendus es, vt eas quoque restituas quas cœpisti postea possidere. Quemadmodum solemus dicere, nõ posse videri in iudicium venisse id, quod post iudicium acceptum accidisset, ideoque alia interpellatione opus esse *l. non potest* 23. *supr. de iudic.* Quidni enim bona sit comparatio cùm iusiurandum iudicij instar habeat *l. qui iurasse* 26. §. *vlt. l. tutor pupilli* 35. §. 1. *inf.* hoc quomodo eandem ob rationem solemus argumentari à iudiciis ad compromissa? *l. 1. supr. de recept. Qui arbitr. recep.* DEC. Hereditas nomen iuris est *l. hereditas* 50. *supr. de hered. petit.* & quidem vniuersale comprehendens res omnes hereditarias, non tantùm quæ defuncti fuerunt mortis tempore, sed etiam quæ postea accesserunt, recipit enim augmentum & diminutionem *l. item veniunt* 20. §. *item non solùm eod. tit.* Ergo cùm iurauí te deferente hereditatem meam esse, de rebus omnibus hereditariis iurasse intelligor siue à te siue ab alio tunc possiderentur: & quamuis non alias restituere possis, quàm quas possides, perinde tamen potes hodie restituere illas, quas à tempore iurisiurandi præstiti possidere cœpisti, atque illas quas iam tum possidebas. Perinde igitur omnes restituere mihi debes *l. 4. l. item videndum* 18. §. *pen. eod. ill. tit.* Nec tantùm in vniuersalibus iudiciis hoc obtinet, quale est etiam actionis de peculio *l. quæsitum* 30. *in princ. inf. de pecul.* verùm etiam in actione in rem speciali, & in actione ad exhibendum, vt ibidem scriptum est, & in *l. sin autem* 27. §. 1. *supr. de rei vindic. l. tigni* 7. §. *si quis non possideat supr. ad exhib.* Ergo si eas res, quas iurisiurandi tempore possidebas, desieris postea possidere, sine dolo malo tuo, dicendum è contrario est absolui te oportere. Nam & in actionibus in rem, & ad exhibendum idem contingeret, quamuis possit imputari tibi cur non statim, & ipso iurisiurandi tempore eas restitueris *dict. l. tigni* §. *si quis cùm, & d. l.* 27. §. 1. *de rei vindic.*

b *Quòd si ego ex eadem hereditate possiderem.* RAT. DVB. Multum distat hereditas à re aliqua hereditaria. Nam cùm hereditas sit nomen iuris, vt diximus, non corporis, adeò vt etiam sine vllo corpore possit subsistere *d. l. hereditas* 51. *de hered. petit.* est quid incorporale *l.* 1. §. *vltim. sup. de rer. diuis.* Res autem hereditariæ, siue sint mobiles, siue immobiles, dum ne sint iura & actiones, sunt res corporales, ideoque nec hereditas in re aliqua corporali & singulari, nec pars hereditatis vlla consistere intelligitur, *l. quamuis* 14. *inf. si quis omiss. caus. testam.* imò, quod magis est, fructus hereditatis, non tam hereditati, quàm rebus ipsis hereditariis accepto feruntur *l. in fideicommissaria* 18. *infra ad Senatusconsultum Trebellianum.* Ergo aliud est, iurare hereditatem meam esse, aliud verò rem aliquam singularem, licèt hereditariam: & quamuis iurauerim hereditatem meam esse, non ideo iuuandus sum exceptione iurisiurandi, ne cogar restituere rem singularem quam possideo.

DEC. Hereditas ab eo peti potest, qui vel vnam rem aliquam hereditariam iure hereditario possidet, quamuis minimam *l. etsi non totam* 13. *cum tribus seq. si quis omiss. caus. testam. l. regulariter* 9. *& seq. supr. de hered. petit.* Ergo sicuti conueniri potest petitione hereditatis, quasi possideat hereditatem, ita & permittendum ei est, vt deferente aduersario iuret hereditatem suam esse, atque ita acquirat sibi exceptionem iurisiurandi pro ea re, non minùs quàm si in ea re tota hereditas vel hereditatis portio aliqua consisteret. Nam etsi quis non totam hereditatem, nec hereditatis portionem aliquam, sed vnam rem vel minimam iure hereditario possideat ab intestato, cùm possidere eam ex testamento posset, placet ob eandem rationem teneri eum Edicto, *si quis omiss. caus. test.* perinde acsi totam hereditatẽ in fraudem legatariorum ab intestato possideret *dict. l. etsi non totam* 13. *iunct. l. cùm enim* 16. vbi hęc ipsa ratio adfertur *eod. tit.* Etsi enim res corporales, quæ in hereditate sunt, efficiunt partem bonorum non hereditatis quæ valde inter se differunt, *l. si quis seruum* 8. §. *vlt. & l. seq. de legat. 2. l. subsignatum* 39. §. *bona de verbor. signific. iunct. l. cogi* 16. §. *inde quæritur ad Senatusconsultum Trebellianum.* hereditas tamen in se & sub se continet materialiter, vt loquuntur, ac emineriter res omnes singulas hereditarias, vnde fit, quod diximus, vt qui rem vnam hereditariam vel minimam tenet, rectè hereditatis petitione conueniatur, denique quo casu non possidenti actio ex iureiurando quæritur, multò magis exceptio possidenti acquiritur *arg. l. 1. infr. de pignor. & ex regula l. inuitus* 156. §. 1. *de reg. iuris.*

c *Planè si alius à me hereditatem petere cœperit.* RATIO DVB. Qualitas heredis indiuidua est, sicut & persona ipsa quam afficit, nec fieri potest, vt quis heres sit quod ad vnum, quin heres sit, quod ad omnes cæteros, non magis quàm vt quis alicuius rei sit dominus, & non dominus, qui enim heredem dicit, significat dominum §. *vltim. Instit. de hered. qualit. & differ.* Implicat autem contradictionem vt quis heres ac dominus sit, & non sit, ergo si te deferente iurauero hereditatem meam esse, debet iusiurandum meum mihi prodesse, etiam quod ad omnes cæteros, siue petam ab illis hereditatem, siue illi à me. DEC. Non debet aliis nocere, quod inter alios actum est, vt Paulus scribit in lege præcedente, vbi diximus, nec iusiurandum vera est probatio simpliciter, & indistinctè quantum ad omnes, sed dntaxat quantum ad eum qui detulit, quíque imputare sibi debet, cur detulerit, & aduersarium suum iudicem, & testem in causa fecerit *l. 1. infr. quarum rer. act. non det.* Non igitur eadem prærogatiua vti potest, contra eos qui non detulerunt is qui iurauit, vt idem Vlpianus noster loquitur in *l. nam posteaquam* 9. §. *vlt. supr.* Sic dicimus interrogatoriam actionem, ex confessione illius qui interrogatus, in iure confessus est se heredem, non aliis dari posse quàm ei ipsi, qui interrogauit *l. vlt.* vbi dixi *sup. de interrog. in iur. faciend.* Verum igitur est, quod Vlpianus hîc ex Iuliano scribit, si posteaquàm te deferente, iurauí hereditatem meam esse, alius eandem à me petere cœperit, nihil mihi iusiurandum prodesse. Accursius tamen noster aliam rationem adfert ex Azone cur hoc iusiurandum mihi prodesse non debeat, quia, inquit, aut probatur de dominio, & tunc mihi non prodest Publiciana quam oppono iure exceptionis, ex regula *l. vlt. supr. de public. in rem act.* aut non probatur de dominio, & tunc nulla etiam opposita iurisiurandi exceptione debeo vincere: sed non erit bonum dilemma, nisi priorem eius partem adiuues, ratione illa quam attulimus, quod iusiurandum inter alios præstitum aliis nocere non debeat, nam contra deferentem ipsum, quamuis reuera esset dominus, certum est, posse opponi Publicianam per viam exceptionis, quandoquidem etiam per viam actionis proponi contra eum posset, vt diximus in superioribus ad initium huius legis ex *l. eum qui* 7. §. *si petenti supr. de Public. in*

rem

BIU Cujas

rem act. Ideo ergo non potest opponi Publiciana per eum qui iurauit contra extraneum, postea agentem, non tantùm quia sit dominus, sed quia cùm sit dominus, & heres, non ille est, qui iusiurandum detulit, vt proinde nulla conseruandi iurisiurandi necessitate subsistente, at ne quidem ratione, consequens omnino est, vt principalem causam exerceri, & suo marte currere oporteat; *d.l.eum qui 30. in princ. infr. hoc tit.*

12. IVLIANVS libro 9. Digestorum.

IDem est, & si ego à quolibet alio possidente res hereditarias petere velim. quia & si petissem à te hereditatem, & probassem meam esse, nihilominus ab altero petendo, id ipsum probare necesse haberem.

Ad l. Idem est 12.

RAT. DVB. & DECID. eadem est quæ ad vers. vltimum legis proximè præcedentis: nam siue is qui iurauit hereditatem suam esse contra Titium, qui res aliquas ex ea hereditate possidebat, eandem hereditatem petat à Mæuio alias res hereditarias possidente, qui casus est huius legis, siue conueniatur ipse ab alio, vt in *dict. vers. vltim.* non potest iusiurandum iis nocere, qui non detulerunt. Eiúsque rei nouam rationem Iulianus hîc adfert, quia, inquit, etsi petiissem à te hereditatem, & probassem meam, nihilominus ab alio petendo idipsum probare necesse haberem. Sensus est non posse maiorem vim esse huius iurisiurandi quàm vt habeatur pro vera, certáque probatione. Atquin etiamsi probassem me heredem contra Titium, non posset tamen ea probatio mihi prodesse contra Mæuium tanquam res inter alios acta. Nam nec probationes in vno iudicio contra vnum factæ possunt in alio iudicio, & aduersus alium prodesse: nec parua altercatio est inter nostros interpretes, an acta in vno iudicio faciant fidem, in alio etiam inter easdem partes, de quo alio & commodiore loco fortasse scribemus: at per alias partes non prodesse nec fidem facere certissimum est, probátque hic locus optimè: quod ergo non possem assequi per veras certásque probationes, multo minùs possum assequi per fictam, qualis illa est, quæ per iusiurandum inducitur *l.eum qui 30. in princip. infrà hoc tit.* Quod autem Accursius noster addit, hanc Iuliani sententiam & rationem procedere, si agam petitione hereditatis, aut actione in factum ex iureiurando, nó etiam si agam Publiciana, nimirum quasi Publiciana danda sit, contra quemlibet ei, qui aliquo deferente iurauerit rem suam esse, contrà quàm scriptum sit *in l.eum qui 7. §. si petenti supra de Public. in rem act.* Hoc verò nos iam refutauimus ad eum locum & ad initium huius legis.

13. VLPIANVS libro vicensimosecundo ad Edictum.

SI duo patroni essent, & libertus, altero deferente, iurasset, se libertum eius non esse, vtrum alteri totius debitæ patronis portionis, an verò dimidiæ debitæ eis partis bonorum possessio competeret? & ait, si is, cui iuratum est, patronus fuisset, alteri suæ partis bonorum possessionem competere: nec ei prodesse, quòd aduersus alterum libertus iurasset, multum tamen fidei, & auctoritatis[a] apud iudicem, patronum habiturum, quo magis solum se patroni probaret, quod libertus iurasset, alterum patronum non esse.

Ad l. Si duo 13.

Pendet etiam hæc lex, vt superiores duæ ex eo quod dictum est in *§. vlt. l. nam posteaquàm 9. & l. seq.* iusiurandum inter alios præstitum, aliis nec prodesse nec nocere. Tractat enim hîc Vlpianus de duobus patronis eiusdem liberti, qui altero ex patronis deferente iurauerit eum patronum non esse, & quærit vtrum alteri qui non detulit, antè sibi debitæ tantùm partis bonorum possessio post mortem liberti competeret contra tabulas de qua in *tit. de bon. libert.* an verò alterius quoque portionis alij patrono debitæ cui iuratum fuit: hanc enim quæstionem esse quæ hîc proponitur, constat inter omnes, sed non quibus verbis: aliter enim habet vulgata lectio, aliter Florentina: vulgata sic concepta est, *Vtrum alteri antè sibi debitæ portionis an verò dimidiæ debitæ ei suæ partis bonorum possessio competeret*, in quibus verbis construendis, quæ certè nec construi commodè possunt, mirum est quantopere Azo & Accursius se torqueant. Florentina verò in hunc modum, *vtrum alteri totius debitæ patronis portionis, an verò dimidiæ debitæ eis partis bonorum possessio competeret.* Vtraque, nisi me fallo, vitiosa est: prima enim pars quæstionis non est de tota portione patronis debita, id est, de tota dimidia, quæ inter patronos, quoties plures sint, diuidenda est, *leg. si ex patronis 10. in princip. leg. si libertus 34. infrà de bon. libert.* sed de parte ante debita, quàm alij patrono iuratum esset, id est, de dimidia parte dimidiæ: posterior autem pars est de tota dimidia, duobus patronis simul debita. Itaque ex duabus lectionibus hanc vnam conflare malò *vtrum alteri antè sibi debitæ portionis* quomodo habet vulgata lectio *an verò dimidiæ, debitæ eis partis* vt habet Florentina, id est, quæ dimidia tota, pars est debita duobus patronis *bonorum possessio competeret.* Nihil enim est quod inexplicabilem faciat vulgatã editionem, præter illa verba *ei suæ* quæ nos tollimus & pro iis reponimus ex Pand. Flor. dictionem vnicam *eis* quæ non ad alterutrum ex patronis, sed ad ambos referatur. Respondet autem Vlpianus ad pro-

BIU Cujas

positam quæstionem, si is cui iuratum esset, patronus verè fuisset, alteri suæ tantùm partis, id est, ante sibi debitæ, quàm exclusus esset alius patronus, bonorum possessionem competere, nec ei prodesse cui iuratum non est, quod aduersus alterum libertus iurasset. RAT. DVB. Qui libertum se confitetur, is vt patronum aliquem habeat necesse est, & quidem in solidum, si non plures habeat patronos, necenim magis fieri potest, vt pro parte sit libertus quàm vt seruus *l.1. & 2. C. de comm. seru. manum. l si pariter 9. in fin. de liberal. caus.* At quin hic de quo agimus, qui duorum libertus asserebatur, non negabat se libertum, nec rursum iurauerat se nullius libertum esse, quod neciurare potuisset alterutro duntaxat deferente, sed tantùm se alterius qui iusiurandum detulerat, libertum non esse. Consequens igitur est vt hoc ipso maneat, & probetur non præsumptiuè solùm, sed etiam concludenter, libertus in solidũ alterius, contra quẽ nihil iuratũ est. Quidni enim ei liceat totum libertum suum dicere qui nullius alterius libertus æquè dici possit? *l. rectè dicimus 25. de verb. signif. l. illud 46. de rit. nupt.* siue se alicuius libertum esse fateatur, siue dicat se ingenuum. Ac proinde fatendum est iusiurandum quod ei ex patronis noceat qui detulit alteri patrono qui non detulit, prodesse, si nõ per se & directò, saltem per consequentias necessarias. DEC. Iusiurandum inter alios præstitum sicut aliis nocere non debet qui non detulerunt, ita nec prodesse *l. quia non deberet 10. supr.* si eos excipias qui à iurante causam posteriorem habuerunt, etiam titulo aliquo singulari, vt scriptum est in *l. ait Prætor 7. & seq. sup. hoc tit.* aut qui sint socij obligationis, quales sunt correi debendi *l. in duob. 28. in princip. infr.* Ergo si is cui iuratum fuit patronus fuerit, quomodo ponitur in principio huius legis, duos fuisse patronos, dicendum est alteri patrono prodesse non debere, quod aduersus alterum libertus iurauerit, nec ideo tamen verendum est, vt non nisi pro parte libertus maneat si alium compatronum ostendere non possit: nec enim iusiurandum potest extinguere iura patronatus ipso iure, sed tantummodo patronum cui iuratum est, excludere à petitione bonorum possessionis, & operarum, quia nec aliter iusiurandum conseruari & ratum manere possit *l. eum qui 30. §. pen. infr. hoc tot.* Sicut è contrario, si quis iurauerit se patronum alicuius, non ideo tamen fit patronus, adeò vt nec acquirat sibi ius petendæ bonorum possessionis defuncti quandocunque liberti, nec petendarum operarum *l. si iurauero 14. infr. de iur. patron.* vbi hæc ipsa ratio redditur, quam attulimus, *quia iusiurandum patronum non facit*, nisi iurauerit aduersarium libertum suum esse, *l. adoptiuum 8. §. patronum supr. de in ius vocand.* vt dicemus latiùs ad *d. l. eum qui 30. §. pen. inf.* Et in summa in hoc iudicio quod ex iureiurando datur, non principalis causa exercetur, quæ esset de iure patronatus, sed iusiurandum solummodo conseruatur *d. l. eum qui in princ.* Nihil ergo vetat, & pro patrono non haberi eum, cuius libertum se non esse iurauit libertus, & alium pro sua tantum parte quam habebat in eo liberto ante iusiurandum præstitũ iura patroni retinere, & quãtum ad operas, & quantum ab bonorum possessionem contra tabulas, vt pro alia parte libertus qui iurauit, interim libertate huius iuris patronatus fruatur, exemplo eius quod scribit Proculus *in l. aquam 16. in fin. supr. quemadm. seruit. amitt.* Interim, inquam, id est, quoulque patronus alter cui iuratum non est probauerit se patronum in solidum: nam si fateatur se pro parte duntaxat patronum esse, tametsi patronus alius nullus appareat, quæstioni locus non est, sicuti nec si libertus consentiat se patronum alterum solum & in solidum habere, neque item si libertus hic fateretur se pro parte libertum huius qui se solum patronũ dicit, nec alium patronum allegaret: argueretur enim ex suo mendacio vt bene Castrensis disputat ex *l. rem alienam 41. infr. de pignorat. action.* Quamquam in specie huius legis ponendum est defunctum fuisse libertum, & litem à patrono non cum liberto ipso institutam, sed cum alio qui se patronum æquè diceret, aut cum liberti heredibus de eius hereditate cum patrono contendentibus, alioqui non esset tractandum de bonorum possessione liberti viuentis. Alia ratio est communis liberti, à quo alter ex patronis iusiurandum exegit, contra legem Æliam: Sentiam, ne vxorem vnquam ducat, iniuncto ei præcipuo cœlibatu: alter enim qui extra culpam fuerit, partis vtrique debitæ bonorum possessionem solus habebit liberto mortuo, quemadmodum si alter cõpatronus prædecessisset sine liberis, & hic solus superuixisset, vt in *l. à communi liberto 24.* sic enim legendum est, *infrà de bon. libert. l. vnic. C. si liberal. imper. socius siue hered. deceff. lib. 10. tit. 14.* His enim casibus extinguitur omnino, & ipso iure totum ius patronatus in persona eius, qui aut contra legem fecit aut sine liberis antè defunctus est *l. qui contra 15. iunct. l. adigere 6. §. si patronus infr. de iur. patron. l. quæsitum est 31. infr. qui & à quib. manum. liber. non fiunt d. l. adoptiuum 8. §. vlt. de in ius vocand.* quæ res inducit facilè ius adcrescendi, non etiam exclusio quæ ipso iure non fit, sed ope tantùm exceptionis, vt post Accursium Bartolus hic docet, addens sic esse interpretandam & restringendam Constantini constitutionem *in d. l. vnic.* quamuis malè Castrensis in hanc rem alleget *l. vnum ex familia 67. §. sed si vno de leg. 2.* vbi per exceptionem doli non deficit portio, sed retinetur, de iure adcrescendi quod patrono datur, vide *l. sed cùm patrono 6. de bonor. poss l. siue patronus 2. §. ex duobus de iur. patr.* Certè mirum non est, maiorem esse potestatem legis Sentiæ, quàm hominis aut iurisiurandi siue pactionis & transactionis siue rei iudicatæ vim obtineat *l. vlt. infr. de suis & legit.*

a *Multum tamen fidei & authoritatis.* Sensus est, non posse quidem hoc liberti iusiurandum, quod ei nocet ex patronis qui detulit, prodesse alteri qui non detulit, vt ei sufficere debeat ad litis victoriam, quod libertus iurauerit, se alterius libertum non esse, cùm sit res inter alios acta, nec ad patroni alterius vtilitatem, sed ad suam libertus iurauerit, ita vt non eo minus vinci debeat, is qui se nunc in solidum patronum esse dicit, si alias probationes non adferat, sed tamen aliis probationibus, si quas proferat, vt possit vincere, multum fidei & authoritatis accessurum esse, ex eo liberti iureiurando ad mouendum eum qui de patronatus iure cognoscet, vt credat facilius hunc esse patronum solum liberti, cuius nemo alius patronum se possit hodie dicere aut probare: nempe si libertus, alicuius se libertum fateatur, nam si ideo iurauerit se deferẽtis libertum non esse quòd ingenuum se diceret, nulla ex tali iureiurando pro alio patrono nasci præsumptio potest. Facit ergo iusiuradũ hoc eius qui se libertinum fatetur, præsumptionem qualem qualem pro altero patrono, contra quem iuratum non est, sed non talem, vt vel ex ea præsumptione sola possit

possit vincere, vel probandi onus totum in aduersarium transferre, vt intelligamus, non esse hanc iuris præsumptionem, quomodo videtur sensisse Zasius, & cum eo plerique, sed dispositionem quãdam potius ad inducendam probabilem credulitatem. Nam quemadmodum præsumptio quam nostri vocant iuris & de iure pro indubitata probatione est, ita vt non admittat probationem in contrarium *leg. filium 6. supra de his qui sui vel alien. iur sunt.* ita præsumptio iuris quamuis non si æquè probatio, eam tamen vim habet, vt probandi onus totum transferat in aduersarium *l. si chirographum 24. & seq. infr. de probat.* Sic dicimus, neque professionem matris negantis se grauidam esse ex marito nocere filio, neque patris confessionem adeò ei prodesse, vt hoc ipso debeat haberi omnimodo pro suo herede ac necessario, sed tamen grande præiudicium, aut pro filio, aut contra filium ex eo nasci *l. 1. §. Iulianus infr. de agnosc. & alend. liber iunct. leg. Imperatores 29. §. 1. de probat.* RAT. DVB. Quod inter alios gestum est, nullum omnino præiudicium inter alios generare debet *l. quia non deberet 10. supr. hoc tit. l. Lucius 21. sup. de his qui not. infam.* Generaret autem præiudicium aliquod saltem quale quale, si leuiores probationes ab alio patrono exigerentur, ob iusiurandum præstitum aduersus alium patronum *leg. prox. supr.* præsertim si ponas, de hoc iure patronatus contendi, non inter patronum hunc qui se solum patronum asserit, & alium qui se pro parte patronum dicat, sed inter patronum hunc, & libertum, qui se alterius libertum non esse iurauerit. Nam cùm ad suam vtilitatem ita iurauerit, an non perabsurdum fuerit quale quale præiudicium sentire illum ex suo iureiurando, ex quo etiam exceptionem sibi acquisierit? quemadmodum solemus dicere exceptionem rei iudicatæ, neque ei prodesse debere, contra quem iudicatum est, nec ei nocere, pro quo lata fuit sententia *l. si à te 9. §. 1. l. euidenter 16. infr. de except rei iudic. l. si fundus 6. §. creditor infr. de pignor.*

DEC. In his quæ causam habent connexam, & quorum alterum ab altero quodammodo pẽdeat, non potest fieri, vt non aliquod præiudicium, & saltem quale quale alij per alium inferatur, vt in exemplis quæ adfert Accursius ex *l. si suspecta 29. supra de inoff. testam. l. à sententia 5. l. si perlusorio 14. infr. de appellat. l. 3. §. ibidem Iulianus 8. inf. de Carbon. edict.* Adeóque præiudicium aliquando tale est, vt à sententia etiam inter alios lata, aliis necesse sit appellare, non tantùm in casib. de quib. in *l. sæpe 63. de re iud.* qui specialem habent rationem, sed etiam in aliis, vt in *d. l. à sententia & d. l. si perlusorio iunct. l. 3. in prin. infr. de pign. l. si seruus 50. §. 1. de legat. 1.* Atqui cõnexa sunt iura patronorum in persona vnius eiusdémque liberti, adeò vt si vnus patronus esse desineret, alteri totum ius patronatus quæreretur *d. l. à communi liberto 24. de bon. libert.* Mitum igitur non est ex iureiurando liberti contra vnum ex patronis multum fidei & authoritatis accedere probationibus ab alio factis qui se patronum solum dicit: sed ita tamen vt nulla probandi necessitate exoneretur, qua tenetur quisquis se patronum contendit, tum quoque cum est in possessione patronatus *l. 18. in prin. inf. de probat.* Proderit igitur patrono hæc qualisqualis præsumptio quæ oritur ex hoc liberti iureiurando, hactenus tãtùm, vt si aliis probationibus idoneis causam suam instruxerit, & nihilominus ob contrarias liberti probationes causa sit dubia, quod fæ issimè ex facto contingit *l. admonendi 31. infr. hoc tit.* debeat patronus ob hanc solam præsumptionem cæteris paribus vincere, nullo etiam præstito iureiurando, quod tamen alioqui ab eo exigendum & præstandum esset *d. l. admonendi.*

1 ¶ Iulianus ait, eum, qui iurauit fundum suum esse, post longi temporis præscriptionem etiam vtilem actionem habere debere.

Ad §. 1. Iulianus.

RAT. DVB. Ex iureiurando petitoris, qui rem petitam suam esse iurauit, aduersario scilicet deferente, nascitur actio in factum, perinde atque ex iudicato, vt sæpius iam diximus *ex l. nam posteaquam 9. §. vlt. l. sed si possessori 11. vers. proinde supr. hoc titul. l. actori 8. C. eod.* idque licèt nulla longi temporis possessio aut præcesserit aut secuta sit: multo igitur magis interueniente possessione longi temporis, cùm dici soleat, quod & verissimum est, duo vincula esse vno fortiora *l. pen. C. de adopt* Coniuncta enim iurisiurando longi temporis possessio, quo magis non quo minus danda sit iuranti in rem actio, facit, & absurdum foret minus iuris habere iurantem, ob id solùm, quod longo tempore rem possederit, *argu l. in bello 12. §. si quis seruum infra de captiu. & postlim. l. 3. §. si emancipatus filius vxore infr. de bonor. poss. contr. tab.* Ergo quod Vlpianus ex Iuliano hîc scribit, eum, qui iurauit fundum suum esse, post longi tẽporis præscriptionem etiam vtilẽ actionem habere debere, vel stultum est, tanquam carens omni dubitatione (debent enim responsa omnia prudentum sic intelligi, vt sint de re dubitabili *l. Domitius 27. inf qui testamen. facer. poss. l. quod Labeo 9. infr. de Carbon. edict.*) vel falsum, si sic intelligatur, quomodo plerique interpretum intelligunt, vt is qui fundum iurauit suum esse non aliter actionem vtilem in rem habeat, quam si post iusiurandum longi temporis possessionem cõpleuerit cùm iusiurandum solum sufficiat ad inducendam pro iurante actionem: possessio autem lõgi temporis nũquam possit actionem parere, inspecto iure vetere, quod Iuliani & Vlpiani temporibus obtinebat & obtinuit vsque ad *l. vnic. C. de vsucap. transform.* sed tantùm præscriptionem, id est, exceptionem. Quo posito illa etiam dubitandi ratio ad hunc locum occurrit, quod qui longo tempore rem possessam cum titulo & bona fide, nec tamen vsucaptam iurat suam esse, falsum iurat, cùm longa possessio non sit modus acquirendi dominij licut nec iusiurandum, vt diximus ad *d. l. 9. §. vlt. supr.* sed vsucapio, & traditio *l. traditionibus 20. C. de pact. l. 1. infr. de vsucap.* itémque mancipatio, cessio in iure, adiudicatio, & lex vt idẽ Vlpian. noster refert in *instit. tit. 19. de acquisit. rer.* Nullam ergo ex hoc iureiurando actionem in rem habere debet ne quidem vtilem, siue ex longi temporis possessione, quæ in eam causam est inefficax, siue ex iureiurando quod falsum esse, & ex falsa causa præstitũ inuenitur. Et hæc ratio dubitandi verior mihi videtur, & ad hunc locum accommodatior. DEC. Ex longi temporis possessione præscriptio quidem duntaxat acquiritur, id est, exceptio, non actio in rem siue di-

BIU Cujas

recta siue vtilis, quia nec dominium per solam possessionem cum titulo & bona fide coniunctam acquiri potest, quoties à non domino facta est traditio, nec secuta vsucapio quæ ad solum Italicum olim restricta erat, vt refert Iustinianus in *Tit. de vsucap.* sed tamen tantam securitatem tribuit possessori quantam vsucapio ad rem retinendam & summouendum petitorem *d. §. diutina.* Proinde inspecto effectu, qui in iureiurando quoque potissimum inspiciendus est *l. sed si possessor.* 11. *§. item si iurauero sup. hoc tit.* non malè nec falso iurat, qui rem à se longo tempore cum titulo, & bona fide possessam esse iurat, cùm perinde possit eam retinere inuito domino, atque si eius esset. Quid enim refert, an verus dominus actionem in rem nullam habeat ad rem petendam, an verò talem habeat, quæ exceptione perpetua & fauorabili possit summoueri? *l. nihil interest* 112. *de reg. iur. leg. qui exceptionem* 40. *de condict. indeb. l.* 1. *& tot. tit. Cod. de long. tempor. præscript.* Et quemadmodum dicimus, non videri in totum esse falsum, quod veritatis primordio adiuuatur *l. cùm filius* 76. *§. heres meus de legat.* 2. ita neque id quod veritatis effectum habet. Quamquam nec de eo quæri potest, postquàm iuratum est, an falso iuratum sit: esset enim id, quærere de periurio, de quo quæri non debet, quoties ex necessitate iuris & aduersario deferente iuratum est *l.* 1. *C. hoc tit. l. vlt. infra tit. prox.* Itaque si cùm à te rem peterem quam longo tempore nondum possederim, tu mihi iusiurandum detuleris, & ego iurauero meam esse, perinde ex iureiurando dari debet mihi actio vtilis, & in factum, acsi eam rem longo tempore possedissem *d. l.* 9. *§. vlt. sup.* nihil enim adiicit longi temporis possessio, nisi maiorem dubitandi rationem contra actorem qui iurauit, quasi iurando nihil voluerit iuri suo addere, quod longa possessione iam quæsierat, sed tantùm ius illud iureiurando suo probare atque ita exonerare se à probandis cæteris, quæ probare debet, quisquis longi temporis possessione nititur *l. eum qui* 30. *inf.* & ius suum quod habet stabilire, non nouum sibi acquirere. Nam & dici solet iusiurandum quodlibet sumere naturam eius actus in quo interponitur *l. vlt. Cod. de non numer. pecun. leg. vlt. sup. qui satisd. cogant. l. vlt. in princip. infr. ad municip.* Proinde cùm ex longi temporis possessione præscriptio tantùm nascatur & exceptio, is qui iurat rem suam esse, quam longo tempore possedit, non alia mente iurare videtur, quàm vt suam sibi exceptionem conseruet, non etiam vt actionem sibi acquirat, maximè verò, si ponas fuisse illum possessorem eo tempore, quo iurauit: alioqui si ante iusiurandum præstitum à possessione sua cecidisset, nihil ei ad dandam actionem prodesse deberet præterita possessio, soliusque iurisiurandi rationem haberi oporteret. Debet igitur hic locus necessario intelligi de possessore, qui post completam longi temporis possessionem conuentus rei vindicatione à vero domino, & eo deferente iurauerit rem suam esse. Hic enim non tantùm exceptionem saluam habere debet, quam habebat iam antea ad summouendum petitorem, sed etiam actionem vtilem, non tamen in rem, vt vulgo creditur, sed in factum, si possessionem illam aliquo casu sine culpa sua amiserit, sed contra eum solum qui detulit, si possessor quoquo modo factus sit, non etiam aduersus cæteros vt *in d. l.* 9. *§. vlt. & d. l. sed si possessor vers. proinde supr.* Ideoque nimirum hæc actio dicitur vtilis, vt sunt subsidiariæ in factum actiones omnes *leg. quia actionum* 11. *l. quoties* 21. *infr. de præscript. verb.* ad differentiam scilicet actionis directæ, quæ datur petitori, iuranti rem suam esse, quam alius possidet. Ita enim directa est, quia nascitur ex iureiurando, eam ob causam interposito vt actio iuranti acquireretur. In proposito autem iuratum fuerat animo non actionis acquirendæ, sed conseruandæ exceptionis, vt in *dict. vers. proinde.* Quare etsi voles cum interpretibus etiam de vtili in rem actione & Publiciana locum hunc intelligere, dicendum tamen erit contra solum eum, qui iusiurandum detulit Publicianę hunc locum fore, non etiam aduersus alium quemlibet *ex l. eum qui* 7. *§. si petenti sup. de Public. in rem act.* Non enim datur Publiciana directa, nisi eis qui possessionem amiserunt earum rerum quas ex iustis & legitimis causis acquisiuerint *l. quæcunque* 13. *eod. ti.* Atqui nec iusiurandum, nec longi temporis possessio iusta causa est acquirendi dominij vt diximus. Ergo nec Publiciana ex his causis acquiri potest nisi contra solum deferentem, contra quem iusiurandum pro veritate habetur. Atque ita locus hic intelligi certè debet, & quod nos ex hoc §. scripsimus *ad l. pen. supr. de mort. infer.* ne quis putet nos tum putasse ex longa possessione acquiri olim actionem vtilem potuisse in rem, extra casum huius §. hoc est, nisi iureiurando interueniente, & contra deferentem solum. Noli ergo cum quibusdam ex interpretibus, quos Castrensis refert, sic locum hunc intelligere, vt etiam is qui rem præscripsit, si iuramentum deferat, perdat exceptionem præscriptionis: etsi enim hoc verissimum est, quia sibi debet imputare is qui detulit, & ita exceptionem quam habebat sibi ipsi ademit, est tamen alienum à mente Iuliani & Vlpiani, sicuti nec quod alij volunt huius loci sensum esse, eum qui nondum compleuit præscriptionem (sic enim loquuntur) vel nondum incepit si iusiurandum deferat non posse ab eo tempore vel incipere vel complere, quia iusiurandum habeat vim litis contestatæ ad perpetuandam actionem in quadraginta vsque annos *d. l. nam posteaquam* 9. *§. si is qui temporaria supr.* de quo certè Vlpianus non cogitauit, qui non de complenda vel inchoanda longi temporis possessione tractat, sed ponit completam iis verbis *post longi temporis præscriptionem*, scilicet acquisitam, quæ porrò non nisi longo tempore completo acquiritur: ponenda enim est virgula post ea verba, vt scilicet determinent præcedentia non sequentia. Planè quod Castrensis addit post Bartolum posse aliam quoque adferri huius loci interpretationem, nimirum ex solo iureiurando actoris secuta traditione dari causam præscribendi, & præscriptione completa vtilem vindicationem cõpetere, contra quemlibet possessorem, sed ea nondum completa competere Publicianam, hoc verò mihi omnino improbabile videtur. Iusiurandum enim non magis habilis titulus est ad longi temporis præscriptionem quàm ad vsucapionem, proinde nullo penitus casu potest ei qui iurauit rem suam esse, alia actio competere quàm Publiciana, nec contra quemlibet, sed contra solum deferentem, vt disertè scriptum est in *dict. §. si petenti* vbi hoc latè explicauimus, & *ad d. l. nam posteaquam* 9. *§. vltim. supr.* Illa igitur omnino sequenda interpretatio est, quam attulimus.

2 ¶ IDEM

BIU Cujas

2 ¶ Idem Iulianus scribit, eum, qui iurauit furtum se non fecisse, videri de toto iurasse, atque ideo neque furti, neque condictitia tenetur, quia cõdictitia, (inquit) solus fur tenetur. Numquid ergo, qui iurauit se furtum non fecisse, hoc solo nomine, condictione si conueniatur, exceptione vtatur? cæterùm si contendat, qui condicit quasi cum herede se furis agere non debet repelli: & quasi μονομερὴς. i. *vnimembris*, condictio dari debeat aduersus furis hæredem: nec pati eum iudex debet, si cœperit tentare furem probare.

Ad §. 2. Idem Iulianus.

RAT. DVB. Iusiurandum habet vim pacti conuenti & transactionis *leg. 2. supr. l. tutor pupillum* 35. §. 1. *infr. hoc tit.* Ergo qui iurauit se furtum non fecisse, videtur de furto pactus fuisse & transegisse, & vt loquuntur nostri, damnum decidisse. Atqui si pro fure damnum decisum sit, condictio tamen furtiua non impeditur, quia decisione actio quidem furti, sed non condictio tollitur, vt disertè idem Vlpian. noster scribit in *l. si pro fure 7. in princip. infr. de condict. furt.* Ergo non potest verum esse, quod hîc scribitur, eum qui iurauit, se furtum non fecisse, videri de toto iurasse, id est, etiam de condictione furtiua vt post suum iusiurãdum non magis ea actione, quam Vlpianus hic condictitiam vocat, quàm furti possit conueniri. Ac sanè manifesta est hac parte inter actionem furti & condictionem furtiuam differentia: nam de furto lex duodecim tabularum locuta est, vt de eo paciscì liceret, pactúmque tanquam legitimum tolleret ipso iure furti actionem *l. si tibi* 17. §. 1. *iunct. l. legitima 6. supr. de pact.* quod sit odiosa tanquam & merè pœnalis & famosa §. *ex maleficiis instit. de action. l. infamem 7. infr. de public. iudic. leg. 1. l. furti 6. supra de his qui notant. infam.* quorum neutrum de cõdictione furtiua dici potest *d. l. si pro fure* §. 1. *de condict. furt. l. cessat* 36. *infr. de oblig. & action. d.* §. *ex maleficiis in fin.* Nec nisi de actione furti lex duodecim tabularum locuta est, non etiam de condictione furtiua, quam prudentum interpretatio ad eam legem & authoritas introduxit.

DEC. Condictio furtiua quamuis sit merè rei persecutoria ex parte vtriusque tam rei quàm actoris, nullomodo autem pœnalis, nascitur tamen ex delicto, & ex furto ipso *l. ambo* 10. §. *quoties inf de cõpensat. l. sed si damnum* 9. §. *siue autem infra de pecul. leg si mulier* 21. §. *hac actio infr. rer. amot. l. cessat* 36. *de oblig & actio l.* 1. §. *illud vtique 6. infr. de vi & vi armat.* vbi quod scriptum est, interdictum illud non pertinere ad res mobiles, quod pro iis, ex causa furti, vel vi bonorum raptorum actio competat, non de furti actione intelligi potest, quæ non vt actio vi bonorũ raptorum, mixtam vim habet rei persecutionem, sed de condictione furtiua, quæ non ad aliud datur, quàm ad rem mobilem, quę furto subtracta est, persequendam. Iustinianus quoque noster in §. *ex maleficiis Instit. de action.* posteaquam dixit ex malleficiis nasci actiones quasdam merè pœnales, quasdam etiam mixtas, & partim pœnæ partim rei persecutorias, addito etiam exemplo actionum merè pœnalium in actione furti, cùm videret condictionem furtiuam, non minus quàm actionem furti ex delicto nasci, & ex furto ipso, neque tamen esse illam vel merè pœnalem, vel mixtam, subiicit *eo amplius aduersus furem etiam condictio est rei*: vt significet ex maleficio furti non modò actionem illam furti pœnalem nasci, sed etiam condictionem furtiuam, sed ad rem ipsam, non ad pœnam persequendam. Dictio enim *eò amplius* cùm sit inclusiua & implicatiua, includit & implicat omnes præcedentis dispositionis qualitates *l. in repetendis* 63. *de legat.* 3. Nec sanè de hoc quisquam ex interpretibus, aut antiquis, aut recentioribus dubitauit, excepto vno, qui vt Iacobi Cuiacij erroremordicus tueretur existimantis, actiones ex delicto etiam merè rei persecutorias non esse dandas in heredem in solidum, sed de eo tantùm quod peruênit, nec prpinde condictionem furtiuam, contra quam tamen disertis verbis ab Vlpiano nostro scriptum est *in l. in condictione 9. infra de condict. furt.* cùm verba Vlpiani, neque cauillari, neque effugere vllo tandem commento posset, ad quæ nec respondeti posse fatebatur Cuiacius, petitis ad respondendum inducijs *lib. 7. Obser. cap. 37.* audacter affirmare ausus est, quod Cuiacio nunquam in mẽtem venerat, vt diceret, condictionem furtiuam non esse ex delicto, nec nasci ex furto contra tot supradictos, & alios innumeros iuris locos, quibus idipsum apertissimè traditum est, seu ex nescio qua planè commentitia causæ suæ figura, quam tamen nec verborum vllis ambagibus, ossunt exprimere, nec intellectu ipso quisquam assequi, nimirum vti ne turpiter Cuiacij sui desertor fuisse videretur, cõcedens Vlpiano, & nobis condictionem furtiuam dari in solidum contra heredem, si non hoc saltem retineret ex doctoris sui ratiocinatione, ex quo maiorem ille sui syllogismi propositionem conflauerat actiones ex delicto, quamuis merè persecutorias, non dari in heredem, nisi de eo quod peruênit, quod tamen æquè falsum & nugatorium est, vt cõstat clarissimè non solùm ex *d. leg in condictione 9. de condict. furt.* quo solo iuris loco dicũt nostram probari ententiam, sed etiam ex *d. l. si pro fure 7* §. *vltim. eodem titul. leg. Caius Seius 21. de Senatusconsulto Silan. l. fraudati 8. l. cotem 11.* §. *illicitarum l. commissa 14. de publican & vectig. l. donationes 31.* §. *vlt de donat. l. pen. & vlt. Cod. ad leg. Iul. maiest. &* §. *his verbis 9. Institut. ad leg. Aquil.* vbi dicitur actionem legis Aquiliæ quæ perinde ciuilis, atque condictio furtiua est, transituram in solidum contra heredem (nam de eo quod peruênit, dubitatio nulla est quin detur, etiamsi sit pœnalis *l. inde Neratius* 23. §. *hanc actionem supra ad leg. Aquil.*) si in ea nunquam lis æstimaretur supra damnum quod actor passus fuisset, nempe quoniam eo casu esset merè rei persecutoria nõ minus quàm condictio furtiua, id est, non minus ex parte illius qui conueniretur, quàm ex parte actoris & tamen non eo minus esset ex delicto. Cùm ergo quæritur an aliqua actio rei persecutoria detur in solidum contra heredem, non illud inspiciẽdum est, an sit ex delicto necne, sed an sit merè rei persecutoria ex vtraque parte tam rei conuenti quàm actoris, siue ex delicto sit siue nõ sit. Nam nec aliam ob causam

BIU Cujas

actiones ex contractu transeunt in solidum contra heredem, quàm quia nihil nisi meram rei persecutionem continent, tum quoque cùm dolus interceſſit & ob dolũ dantur, cùm hoc casu dolus ipse ex contractu reique persecutione descendat, vt subtiliter & eleganter Vlpianus noster ratiocinatur *in l. si hominem 7. §. datur infr. depos.* Proinde nulla ratio fuit, cur Cuiacius hic tam pertinaciter descenderet contra præceptoris sui sententiam, condictionem furtiuam non nasci ex furto, vt maiorem illam propositionem defenderet, quam Cuiacius imprudenter sanè & incautè potius quàm prudenter & imperitè effuderat: actiones ex delicto etiam merè rei persecutorias ex vtraque parte non dari in solidum contra heredem. Etsi enim turpius & periculòsius erratur in maiore propositione, quàm in minore, fuisset tamen honorificentius discipulo errorẽ magistri agnoscere, & in Vlpiani qui multo melior iuris magister fuit, si in nostras pudebat descendere, quàm contra tanti magistri prudentúmque omniũ sententias, minorem illam *Actionem condictitiam* de qua hîc agitur, id est, condictionem furtiuam *esse ex delicto*, quæ vera est, in falsam conuertere, & negare condictionem furtiuam ex delicto esse, tótque aliis erroribus ad hunc tuendum, vt euenire solet, se inuoluere: sed hoc obiter dictum sit, ex professo enim hos errores profligauimus *lib. 4. Coniect. c. 1.* & fusius ac melius vt diligentius in *decad. 76. & seqq. Chiliadis nostræ de erro. pragmat.* & dicemus etiam ad *dict l. 9. de condict. furt.* Ibi enim probanda & continuanda erit Vlpiani sententia, de condictione furtiua in solidũ contra heredem danda. At in hoc §. tractandũ fuit, an condictio illa esset ex delicto: esse autem apparebit manifestius etiã ex iis quæ mox subiiciemus. Iam ergo ad rationem decidendi redeamus. Condictio furtiua licèt sit merè rei persecutoria ex vtraque parte, tamen ex delicto est & ex furto, non minus quàm actio ipsa furti, tametsi pœnalis hæc sit merè ac famosa, condictio verò furtiua, non itẽ, vt iam ostendimus, & hic locus, si quis alius in iure, omnium optimè probat. Atquin is qui se furtum nõ fecisse videtur de toto iurasse, id est, non de toto furto, quippe quod non potuit pro parte fieri, sed de tota causa furtiua, nec de vna actione, sed de omni iure, quod ex causa furtiua pendêre potuit, ac proinde non solùm de actione furti, quæ pœnalis & famosa est, sed etiam de condictione furtiua, quæ merè rei persecutoria. Prodesse igitur ei debet iusiurandum, non solùm si actione furti, sed etiam si condictione conueniatur *l. in duobus 20. §. exceptio infr. hoc tit.* non magis enim potest condictio furtiua competere, quàm furti actio, si furtum nullum factum sit. Diuersum est si quis affirmatiuè iurauerit furtum ab aduersario sibi factum esse. Non enim ideò statim acquirit sibi condictionem *d. l. in duobus §. pen.* quia iusiurandum affirmatiuum nõ facit rem furtiuam, quomodo negatiuum purgat furem & consequenter vicium rei furtiuæ, alioqui non posset à quoquam vsucapi res cuius furtum factum esse iuratum esset tanquam hoc ipso facta furtiua, quod esset ridiculum: ita enim fieret vt iusiurãdum vnius aliis noceret quàm deferenti contra *l. quia non deberet 10. supr.* Et præterea actorem dominum esse oportet. Imò si verum amamus, condictio furtiua magis immediatè pendet à furto quàm actio furti, cùm non detur nisi contra furem ipsum, aut furis heredem, actio autem furti detur contra eum quoque, cuius ope, consilio furtum factum est, licèt is neque fur sit neque furis heres *leg. ex furtiua 5. & seq. de cond. furt.* vnde est quod si is qui liber esse iussus erat, aliquid ex hereditate ante aditam eam auerterit (hic enim cùm rei hereditariæ furtum facere non possit, ex regula *leg. rei hereditariæ 68. infr. de furt.* ob rationem positam *leg. 1. §. Scæuola infr. si is qui test. lib. ess. iuss.* auertere propriè dicitur non furari aut subripere *d. leg. 1. §. sed & in omnibus*, sicut & coniunx amouere *l. vlt. & tot. tit. rer. amot.*) atque ita inciderit in edictum, vt conueniri possit actione pœnali, in factum prætoria, quæ ad similitudinẽ actionis furti nec manifesti in duplum comparata est, tenetur quidem præterea vindicatione, perinde ac si furtum fecisset, ac furti actione conuentus iam, & condemnatus fuisset *d. l. 1. §. præter hanc actionem l. 7. iunct. l. 1. de priuat. delict. l. si pignore 54. §. cùm furti infr. de furt. d. l. si pro fure 7. §. 1. de cond. furt.* at non similiter tenetur condictione furtiua, vt apparet ex *d. §. præter*, vbi de sola vindicatione Vlpianus loquitur nõ etiam de condictione: an quia melioris condicionis sit, aut esse debeat is, qui dolo malo res hereditarias auertit, quàm si furtum fecisset? Minimè. Deberet enim potius esse deterioris, qui tam improbũ factũ admisit, factus ob id solùm audacior, quòd videret se, neque tanquam seruum, coerceri posse, propter spem imminẽtis libertatis, neque vt liberum damnari, quod hereditati furtum fecerit, quæ tum erat domina, dominæ autem cum seruo suo neque furti neq; alia vlla possit esse actio, vt ex Labeone Vlpianus tractat in *d. l. 1. §. 1.* Ergo non alia causa est, propter quam condictione furtiua non teneatur, quàm quia fur non est, quandoquidem solius furis odium induxit condictionem, quò pluribus etiam contrariis actionibus teneretur §. *sic itaque. Instit. de actio.* In quo differt actio illa in factum ab ea, quam prætor proposuit aduersus publicanos in *l. 1. de public. & vectig.* quæ scilicet non magis furtiuam condictionem, quàm vel furti, vel vi bonorum raptorum actionem aut ad exhibendum, aut vindicationem excludit: cùm publicanus qui prætextu vectigalis aliquid vi ademit, verè fur sit & raptor, quisquis autem fur & raptor est, condictione ista teneatur. Consequens igitur est, vt qui iurauit se furtum non fecisse, non magis timere debeat condictionẽ furtiuam, quàm actionem furti. De vindicatione & ad exhibendum actione non idem dici potest: etsi enim hæ quoque actiones, simul cum condictione furtiua aduersus furem competunt *d. §. sic itaque d. l. si pro fure §. 1. d. l. si pignore 54. §. cùm furti de furt. d. l. 1. de priuat. delict.* non tamen nascuntur ex furto, neq; ex eo pendent, vt actio furti, & condictio, sed ex dominio actoris, & ex præsenti possessione rei *l. non alias 24. §. sed si postulatur sup. de iudi.* nec odio furis cõtra iuris regulas dantur in furẽ, vt actio furti & cõdictio, sed eo iure quo darentur actiones illæ, contra quemlibet possessorem: & tamen nulla inter vindicationem & condictionem hac parte deberet esse differentia, si cõdictio furtiua non magis quàm vindicatio ex furto ipso nasceretur. Itaque de vindicatione, non de condictione accipi debet, quod scriptum est in *l. si quis vxori 52. §. si quis iurauerit 27. infr. de furt.* exemplo eius quod scriptum est in *d. l. 1. §. præter hanc actionem inf. si is qui test. lib. est iuss.* præsertim si sequare vulgatam lectionem, quę addita negatione sic habet *deinde rem furtiuã non contrectet.* Et ea sanè rectior est, iusiurandum enim non aliud furtum purgare potest, quam cui causam dedit anterior contrectatio, non etiam illud quod ex possessione

contre-

BIU Cujas

contrectatione inducitur, ex qua non minus condictionem furtiuam, quàm furti actionem nasci oporteret: nam quod quidam putant, eo nomine actionis furti etiam condictionem furtiuam eo loco, & aliis quibusdam significari, non possum admittere. Etsi enim ambæ nascuntur ex eadem causa, id est, ex delicto furti, à quo & nomen vtraque accepit, habent tamen tam diuersos effectus naturámque dissimilem, vt vnius nomine aliam contineri fuerit sine perabsurdum: nec illud quoque probari potest quod Accursius notat, responderi posse ad *d. §. si quis iurauerit*, loqui eo loco Vlpianum de cõdictione furtiua, contra eum qui iurauit, danda, quasi furis heredem, secundum id quod subiicitur in hoc ipso §. cùm nulla in *d. §. si quis iurauerit*, heredis mentio fiat, sed eius tantum qui iurauerit, contra quem rei quidem persecutio domino seruatur contra possidentem, quisquis ille sit, sed per vindicationem, non per condictionem. Etsi enim cõdictio rei quoque persecutionem contineat, attamen rei persecutionem simpliciter cùm dicimus, vindicationem magis proprie intelligimus, quæ in rem ipsam actio est, & in qua nonnisi de actoris dominio quæritur, non condictionẽ, quæ in personam actio est, vt cæteræ omnes condictiones, nec tantùm probationẽ dominij ab actore exigit, quamuis non detur nisi domino *l. 1. de condict. furt.* sed etiam vt furtum ei factum sit, de quo tamen quæri amplius non potest aduersus eum qui iurauit, se furtum non fecisse, nisi specialiter ac nominatim tanquam furis heres conueniatur, vt sequitur in hoc §. Et condictionem rei dicimus, non simpliciter rei persecutionem, cum de furtiua condictione intelligimus *d. § ex maleficiis in fin.* Et sane speciali nota & nomine digna est hæc actio, quæ habet tam multa specialia & singularia, nempe vt detur domino, vt soli domino, & vt cum vindicatione concurrat, quorum duo primum & tertium solo furis odio constituta sunt *d. § sic itaque.* secundum verò non quidem fauore furis, qui nullo certè fauore vnquam dignus est, sed minore ipsius odio, ne condictione furtiua teneretur omnibus, quibus & furti tenetur: sed soli domino, cuius vtiq; fauorabiliorem causam esse æquum est, quàm cæterorum omnium, qui cùm non sint domini, ob eã tamen rationem solam ad furti actionem admittuntur, quod ipsorũ interfit ex honesta aliqua causa *l. cuius interfuit 10. & seq. infr. de furt.* Nam nec vllius interesse magis potest, quàm cuius interest ratione dominij, ideóque & aliàs distingui plerunque solet, an ipsa furti actio iure dominij, an iure tantum eius quod interest, deferatur, *l. si vendidero 80. §. 1. eod tit.* itemque cum de iureiurando in litem quæritur *l. cùm furti 9.* vbi dicemus *inf. tit. prox.*

a *Cæterum si contendat qui condicit.* RAT. DVBIT. Is qui iurauit, in specie huius §. iurauit de toto, vt proximè dictum est, nec minus quantum ad condictionem furtiuam, quàm quod ad actionem furti. Ergo nullo casu teneri potest condictione furtiua, nec magis tanquam furis heres, quàm quasi fur, alioqui non de toto iurasse videretur, si non de omni condictione iurasset. Et certè condictio furtiua non alia potest competere aduersus furis heredem, quàm quæ competit, & dari potuit aduersus furem ipsum: est enim actio hereditaria, quæ non alio iure datur contra heredem, quàm quo dari aduersus defunctum debuit *l. debitor 59. infr. ad SC. Trebell.* vbi *quoniam hereditaria est actio l. vlt. & toto tit. C. de heredit. action.* Ergo si non potest hic qui iurauit, conueniri furtiua condictione, propter suum iusiurandum, tanquam fur, multo minus tanquam furis heres.

DECIDEND. Tota vis iurisiurandi æstimanda est ex formula & conceptione verborum, quibus iusiurandum delatum ac præstitum est *l. 3. §. vlt. & legib. seq. supr. hoc tit. l. iusiurandum & ad pecunias 34. §. nõ semper inf.* At in proposito non iurauit reus in rem, id est, furtum factum non fuisse, sed in personam, se furtum non fecisse, vt & in *l. si quis vxori 52. §. si quis iurauerit infr. de furt.* Ergo quamuis iusiurandum pro veritate habeatur, nihil tamen ex eo inferri potest in hac specie, quàm furem non esse illum qui iurauit, non etiam furtum factum non esse, vt proinde nihil prohibeat, hunc qui iurauit, furem quidem nõ esse, sed furis tamen heredem esse: quod non similiter dici potest, si iuratum esset in rem, furtum factũ non fuisse, id est, de ipso delicto, & de re, non de persona, vt in *l. in duobus 28. §. 1. infr.* Tunc enim neq; fur, neque furis heres quisquam esse posset, nec aliud est in transactione, si inter transigentes actum sit de toto facto tollendo, vt bene Castrensis contra Accursium disputat, itemq; e in sententia si iudex quod facere potest, non tantum de actione, sed etiam de actionis causa pronuntiauerit, scilicet inter easdem partes, non inter alias. Ex quo idem Castrensis bene infert, sententiam absolutoriam, inter priuatos latam, nullum facere præiudicium in criminali, nequidem inter eosdem, cùm in iudicio priuato vtilitas priuata, in criminali verò vindicta versetur publica *l. locatio 9. §. quod illicitè inf. de public. & vectig.* id est, causa rei publicæ, cui per priuatorum conuentionem præiudicium fieri non oportet *l. ius publicum 38. l. inter debitorem 41. sup. de pact.* Aliud ergo est dicere de toto iuratum esse, quod verissimum est, hoc sensu, vt de toto furto, quod iurãti obiiciebatur, tanquam furi iuratum sit, ac proinde de omni actione, quæ ex furto nasci poterat, & consequenter de furtiua quoque condictione, quæ cõtra eum tanquam furem competebat: aliud verò iuratum esse de omni condictione, quæ ex furto nasci posset, non modò contra furem, sed & contra furis heredem: hoc enim non aliter fieri potuit, quàm si iuratum esset, furtum factum nõ esse: omnis enim condictio furtiua regulariter habet duas partes, & duo quodammodo membra, vt quisquis eam proponit, si se dominum probet, debeat omnimodo vincere, dummodo probet etiam, illum, qui conuenitur, vel furem esse, vel furis heredem. Ergo tametsi iureiurando excludatur actor, ne possit rem furtiuam ei qui iurauit, tanquam furi condicere, non tamen prohibendus est, si contendat se cum eo velle agere quasi cum furis herede, nec debet hoc casu vel denegari ei actio quasi contra iusiurandũ venienti ex *l. ait Prætor supra.* neque contra eum agentem iurisiurandi exceptio accommodari, cùm nouam causam in iudicium deducat, quæ in iusiurandum deducta nunquam fuit. Si tamen actor impetrata condictione non possit probare reum furis heredem esse, & tamen, ne succumbat, velit probare esse ipsum furem, quod satis esse ad victoriã solet ei, qui agit condictione furtiua, non erit audiẽdus, nec talis articulus admittendus, tanquã merè impertinens, id est, ad materiã in libellũ deductã nil pertinens, & qui etiam qualitercunq; probatus nil releuaret, vt nostri loquuntur, ex *l. ad probationem 22. & l. neque natales 10. & pass. C. de probat.* & ex hoc maximè loco ꝓbatur, quia salua iurisiurãdi authori-

tate fieri hoc nõ posset. Nõ igitur debet Prætor hoc casu, contra eum qui iurauit se furtum non fecisse dare condictionem bimembrem, vt solet, id est, sub duplici & alternatiua condicione. *Si paret Titium cum quo agitur vel furem esse vel furis heredem*, sed μονομερῶς & vnimembrem *si paret Titium quocum agitur furis heredem esse*, vt etiam post iusiurandum à reo præstitum de furto à se non facto possit adhuc actor vincere, sed vno tantùm casu probando scilicet præcisè Titium esse furis heredem, cùm si iuratum non esset, vtique vincere duobus casibus potuisset, probando nimirum aut furem eum, aut furis heredem esse. Est igitur hic casus valde singularis, in quo furtiua condictio vnimembris est, nec quicquam prodest actori, quod probet reum ipsum furem esse: cùm tamen hæc condictio non nisi contra fures & eorum odio comparata sit, contra furis autem heredes qui nullo certè odio digni sunt non nisi per consequentias. Sed hoc ad tuendam iurisiurandi religionem & authoritatem. Simile quiddam est in *leg. in duobus* 28. §. *exceptio & seq. leg. si actor.* 36. *infr. hoc tit.*

3 ¶ Si quis iurauerit vendidisse me ei rem centum: ex empto agere poterit, vt ei cætera præstẽtur: id est, res tradatur, & de euictione caueatur. an tamen, ad pretium consequendum [a], ex vendito conueniri possit, videndum. & si quidem & de hoc ipso iuratum est, quòd pretiũ solutum est: nulla pro pretio actio supereſt. si verò hoc non fuerit iuratum: tunc consequens est, de precio eum teneri.

Ad §. 3. Si quis iurauerit.

RAT. DVB. Iusiurandum eatenus duntaxat actionem, aut exceptionem parere potest, quatenus iuratum est, vt diximus ad §. præcedentem, & dicemus ad sequentem ex *l. in duobus* 28. §. *si quis iurauerit & §. penult. l. si actor* 36. *infr. hoc tit.* Atquin is qui iurauit me fundum ei vendidisse precio centum aureorum, de solo actu & contractu venditionis iurauit, non etiam me tradere fundum ei debere, aut euictionem præstare. Ergo non potest ex hoc iureiurando nasci actio, siue ex vendito, siue in factum vt ei res tradatur, sed multo minùs, vt de euictione ei caueatur. Nam vẽditio quidem esset inefficax & nullius vtilitatis si traditio non sequeretur, aut ob non factam traditionẽ, non præstaretur emptori id quod ipsius interesset *l. i. infr. de act. empt. l. si traditio* 4. *C. eod.* vt non etiam si euictio nulla deberetur, quę & conuentione remitti potest, hactenus saltem vt extra precij restitutionem nullam vtilitatem petere emptor posset *l. ex empto* 11. §. *qui autem infr. eod. ill. tit. l. qui libertatis* 69. *de euict.* DEC. Iusiurandum pro veritate habetur quantum ad id, de quo iuratum est *l.* 5. §. *dato iureiurando l. nam posteaquàm* 9. *in princip. &* §. *i. l. sed si possessori* 11. §. *vlt. sup. l. eum qui* 30. *infr.* Ergo cùm iurasti me tibi fundum vendidisse certo precio, perinde habendum est, acsi reuera vendidissem licet non vendiderim. Atqui si vendidissem, haberet emptor actionem ex vendito contra me & ad rem tradendam, & ad euictionem præstandam *d. l. ex empto* 11. *in princip. infr. de action. empt.* Idem ergo admittendum est, cùm venditio per solum iusiurandum probatur, nam & traditio rei venditæ, & euictionis præstatio veniunt ex natura venditionis, & eam necessariò consequuntur *d. l. ex empto l. si in venditione* 60. *infr. de euict.* Vnde & in hoc §. *cætera venditionis* dicuntur *& in l. magis putes. §. eadem ratione infr. de reb. eor. qui sub tutel.* vt & *cætera cognitionis in l. intra vtile* 39. *supr. de minor.* Planè si conuenerit, vt cum fideiussore dupla cautio præstetur extra naturam contractus est, & ad contractus adminicula non ad naturalia pertinet *l. pacta conuenta* 72. *de contr. empt.* vbi latiùs dicemus. Ex hoc autem intelligimus non esse verum quod volunt interpretes ex huiusmodi iureiurando nasci actionem quoque in factum, quæ aliàs ex iureiurando nasci solet *l. sed si possessori* 11. *in princ. vers. proinde supr. l. actori* 8. *Cod. de reb. credit.* quasi non sit absurdum eam cum actione ex contractu concurrere. Nam cùm actio in factum quælibet sit subsidiaria, nec possit competere nisi deficiente ciuili actione, fieri certè nequit, vt idem iusiurandum possit & actionem ex empto inducere, & actionem in factum: quia nec tam vim habet rei iudicatæ hoc iusiurandum quo demùm casu parit actionem in factum exemplo iudicati *d. l. actori*, quàm probationis, ne iam negari possit factam esse venditionem, qua probata quanam alia actione indigere emptor potest, aut quàm aliam vberiorem, & commodiorem quærere? Et verò quis diceret actione illa in factum dandam sibi contra me actionem, vt & rem tibi tradam & euictionis nomine me obligem? Sunt enim ista consequentia venditionis per iusiurandum probatæ, magis quàm iurisiurandi ad probandam venditionem tantùm, non etiam ad acquirendam nouam actionem interpositi. Proficit igitur hoc casu iusiurandum ad probationem duntaxat, non ad actionis vllius nouæ productionem: nam & in sententia idem dicendum esset, si fortè iudex condemnasset aliquem ad traditionem rei quasi venditæ, nec de venditione aliter, quàm per sententiam constaret: perinde enim condemnandus esset ad præstandam euictionem, acsi hoc ipsum in sententia contineretur, vt Castrens. hîc concludit sumpto argumento ex hoc §. & ex comparatione iurisiurandi & sententiæ *l. sed si possessori* 11. §. *vlt. supr.* quamuis sententia sit stricti iuris *l.* 1. *C. si plur. vna sentent. condemn. fuer.* Nam nec iusiurandum vnquam egreditur formam & materiam iureiurando comprehensam, & tamen proficit ad illa etiam omnia quæ veniunt in consequentiam venditionis de qua sola iuratum sit. Quare non facile dici potest quam rationem habeat, quod Bartolo, Castrensi, aliisque interpretibus placere video actionem ex vendito de qua Vlpianus in hoc §. vtilem esse non directam, quasi oriatur ex iureiurando, ideóque non nisi ficta sit. Est enim ficta quidem probatio quæ fit per iusiurandum, sed venditionis veræ ex qua proinde nasci debet directa actio ex vendito, non vtilis. Et verò quod per iusiurandum probatur, quamuis falsum esse possit, attamen etiam verum esse potest, magisque præsumendum est vt verum sit, quàm vt falsum. Sed tamen dicitur vtilis hæc actio, quæ nascitur ex contractu probato per solum iusiurandum, in §. *Marcellus infr. & in d. l. sed si possessori* §. *vlt. supr.* quia non habeat aliunde causam & originem quàm ab ipso iureiurando, quandoquidem vt iactari vulgo solet non entium, & non apparentium idem iudicium est *vulg.* §. *si aduersus Instit. de nupt. l. duo sunt Titij* 70. *infr. de testam. tutel.* Ex iureiurando autem

quantum-

BIU Cujas

quantumuis formaliter prestito, vt loquuntur, id est vt explicant, expressa causa, quæ si esset vera, esset obligatoria, fieri certè nequit, vt nascatur actio directa, siue ex vendito, siue ex empto, siue pro socio, siue de dote, de quibus agitur in hoc §. *& seqq.* Vtilè ergo eam esse, dicique necesse est, vt & in *l quod si iurauit 29. infr. hoc tit.* Iusiurandum enim conuentionis quidem instar obtinet, adeoq; transactionis, quæ de lite facta sit, at non venditionis, nisi ad inducendã eius probationem, quę scilicet multo facilius inducitur, quàm substantia contractus, quem vel mutuo consensu, vel re, vel verbis, aut literis perfectum esse oportet antequam de probando eo quæratur *l. Publia 26. §. vlt. inf depositi.* Proinde si quæ aliæ adsint probationes contractus præcedẽtis, actio ex eo contractu competet directa, qualis competeret, etiamsi iuratum non esset, quod nec Bartolus negat: iusiurandum enim ideo interponitur, vt iuranti prosit, non vt noceat: noceret autem si actionem directam extingueret, quod nec facere vllo modo potest, vt eam in vtilem commutaret: quinimo nec vtilis dari vlla potest, quandiu directa competit *l. 1. Cod. de obli. & act.* Idque non malè nostri protrahunt ad statuta, si quando ex iis, quod sæpe accidit, aliqua actio indicatur, vt si statutum formiter disponat, locum habeat actio ex illo contractu, aut ex illa, super qua disponit formiter. Si verò informiter & simpliciter agendum sit, condictione ex lege, vel ex statuto, vt in iis exemplis videre est, quæ adfert Bartolus. Bene autem Vlpianus ponit iurasse te venditam à me tibi fuisse rem centum aureis, quia sicuti non potest fieri venditio sine certo pretio, ita nec facta probari, ideoque de certa pretij quantitate iurare cogendus esset, alioqui nec iurasse credendus esset *l. in duobus 28. §. si et qui inf. hoc tit.* sicuti si quis incertum quid contentus sit, vrgeri potest, & debet, vt certum confiteatur, & certam quantitatem, nec aliter pro confesso haberi potest *l. certum 6. in prin. & §. 1. inf de confess.* nam nec probatio incertæ quantitatis valeret, siue per testes fieret, siue per instrumenta, nec sententia, quæ certæ quantitatis condemnationem non haberet *l. vlt. C. de senten. quæ sin. cert. quantit. profer. l. 3. C. de inutil. stipulat.* nisi certitudo quantitatis non expressæ in iureiurando possit colligi ex iis quæ inter partes acta sunt ante delationem iurisiurandi, & ad quæ referri iusiurandum possit *arg. l. Titia 134. § idem respondit 1. de verb. oblig. & l. 2. C. de sentent. quæ sin cert. quantit.* Quòd si iurauerit factam tibi à me venditionẽ certo pretio, id quoque pretium sequendũ erit, & habendum pro vero ac probato tanquam quod conuentum fuerit & formale, vt idem Vlp. noster loquitur *in l. in lege Falcidia 6. §. 1. inf. ad leg. Falcidiam* vt planè defendi non possit, quod Castrensis putat non esse standum declarationi iurantis si iniustum sit pretium, sed arbitratu potius viri boni taxandum *arg. l. domum 57 infr de contr. empt.* quę ad hunc casum omnino nil pertinet, nec de re æstimata loquitur, sed de æstimanda.

a *An tamen ad pretium consequendum.* RAT. DVBIT. Non debet iusiurandum ei nocere qui iurauit, nec rursum ei prodesse contra quem iuratũ est. Vtrumq; enim fieret contra mentẽ Prætoris, & contra ipsius propositũ in hoc edicto, quo id agit, vt suũ cuiq; iusiurandum tueatur, nec ei det actionẽ cõtra quẽ iuratum est, & aduersus eum qui iurauit *l. ait Prætor 7. sup. h. t.* sicut in exceptione rei iudicatæ dicimus, euidenter iniquum esse, vt noceat illa ei pro quo iudicatum est *l. euidenter 16. inf. de excep. rei iud.* Atqui pominus iurasse te venditã tibi à me rẽ fuisse, de pretio autẽ soluto neq; dictum neq; iuratum quicquã esse. Consequẽs igitur est, vt ex eo iureiurando danda sit tibi contra me actio ex empto, non mihi contra te actio ex vẽdito. DEC. Venditionis, & emptionis vnus idémq; contractus est, licet actiones empti & venditi sint separatæ, adeo vt his nominib. emptionis & venditionis promiscuè veteres vterentur *l. veteres 19. inf. de act. empt.* Est enim hic contractus ex numero eorum qui dicũtur vltro citroq; obligatorij, nec potest venditor obligari emptori, quin emptor vicissim venditori obligetur, nisi forte quis cõtraxerit cum pupillo sine tutoris authoritate *l. Iulianus 13. §. si quis à pupillo ante. eod. t.* Non tam igitur cõnexitas vt loquitur Accur. quã vnitas & indiuisa causa cõtractus *l. cùm ex causa 139. de ver. obl. iũ. l. rem hereditariam 65. inf. de eui.* efficit, vt nõ possit ex huiusmodi iureiurando venditor teneri emptori actione ex empto ad rem tradendam præstandamq; euictionem, quin pariter emptor teneatur venditori actione ex vendito ad precium soluẽdum, adeo vt si ante pretij solutionem vrgeatur venditor actione ex empto ad rem tradendã, possit iure quasi pignoris retinere rem à se venditã quousq; solutũ sit ei pretiũ aut aliter eo nomine satisfactum *d. l. Iulianus §. offerri.* nisi opponas de hoc ipso iuratum esse, quòd pretium solutum sit: tunc enim nulla de pretio actio superesset. Extra hunc casum emptor, qui iurat sibi factam esse venditionem, vt venditorẽ sibi obliget ad rem tradendã, & euictionem prestandã, hoc ipso se obligat venditori, vt pretium ei soluere teneatur. Quod tamen Accurs. noster ait esse mirabile, vt iusiurãdum etiã pacti obligatorij vim habeat non minus quàm rei iudicatę, vt & in *l. vt iur. siu. ãdi 7. §. 1. inf. de oper. lib. l. vlt. §. vlt. de lib. caus.* Sed an poterit venditor cõuentus actione ex empto ad rem tradendã remotari effectum actionis & iurisiurandi, & excipere de pretio nõ soluto, vt interim non cogatur tradere? Bart. negat, quia iusiurandum habeat vim rei iudicatę, & executionem paratã, sicut & res iudicata, de quo diximus ad *l. 2. sup.* non possit a peti solutio pretij ante traditionem, nisi iure cuiusdã exceptionis perẽptoriæ *d. §. offerri*, cui portò locus esse nõ possit post rẽ iudicatam *l. peremptorias 2. C. sent. rescind. non poss.* Sed alij post Castrens. cõtrà putant, & multo verius, non illa solùm ratione, quam adferũt, q; etiam post sententiam admitti possint exceptiones peremptoriæ, quæ modò non impugnent iudicatum *l. Nesennius 41. §. vlt. de re iudic. l. quid quod 33. inf. de donat.* maximè verò, si iuratum sit extra iudicium, quo casu imputari minus potest reo cur exceptione omiserit, quã nec opponere potuit ante propositã actionem: sed etiam quia actio vtilis, quę ex iureiurando nascitur, non alterius naturæ, & condicionis esse possit, quã cuius est directa *l. actio 47. sup. de neg. gest. & §. Marcellus inf.* nec rursum causa vlla sit propter quam denegari debeat exceptio ei cui datur actio *l. 1. §. is autem inf. de superfic. l. inuitus 156. §. 1. de reg. iur.* nec ad rem facit, quod Bart. respondet ad *d. §. Marcellus*, non fuisse ibi natam actionẽ ante solutionem debiti: cum pignoratitia nulla possit competere, nisi toto debito prius soluto *l. si rem alienam 9. § omnis pecunia inf. de pign. act.* nã præter id q; nihil effectu interest, an nulla dum sit nata actio, an verò talis actio sit nata, quæ per exceptionẽ elidi possit *l. nihil interest 112. de regul. iur.* dico etiã in venditione, de qua tractat hic §. speciale esse rationẽ, quã nemo obseruat, cur pretium solui vẽditori oporteat ante traditionẽ, quia nec si

BIU Cujas

traditio fieret, dominium tamen transferri posset ex ea traditione in emptorem, quousque solutum esset precium venditori, aut aliter eo nomine satisfactum: idque iure ita constituto per legem duodecim tabularum *l. quod vendidi* 19. *l. vt res* 53. *infr. de contr. empt. l. Paulus respondit* 38. §. *quæsitum est infr. de liber. caus. §. venditæ Instit. de rer. diuis. l.* 5. §. *pen. infr. de tribut. act.*

4 ¶ Idem dicemus, & si quis societatem feciſſe iurauerit. nam & is pro socio poterit conueniri.

Ad §. 4. Idem dicemus.

RAT. DVB. & DECID. eadem penitus est quæ ad §. præcedentem. Eadem enim quæstio est, an ex iureiurando possit acquiri actio ei qui non iurauit, contra eum qui iurauit. Nisi quod in §. præcedente tractatum est *de actionibus empti & venditi*, hic verò *de actione pro socio*, quæ licet nascatur ex contractu vltro citróque obligatorio, qualis est contractus societatis non minùs quàm venditionis, in eo tamen differt, quòd actiones empti & venditi diuersæ sunt & nomine & effectu, quoniam & personę contrahentium diuersa habent nomina, & alius est emptor, alius venditor, aliud merx, aliud precium *l. 1. infr. de rer. permut.* In societate autem omnes, qui contrahunt, vno nomine socij dicuntur, & quamuis vtrinque nascatur obligatio & alij aliis obligentur, vnam tamen duntaxat habent actionem pro socio eaſdem vtrinque habentem præstationes, quia & societatis contractus nihil nisi fraternitas quædam est *l. verum est* 63. *in princ. infr. Pro socio.*

5 ¶ Marcellus etiam scribit, si quis iurauerit ob decem pignori dediſſe fundum, non aliàs eum pigneraticia agere posse, quàm si decem soluerit. sed & illud adiici[a], fortassis eum etiam in decem ex iureiurando suop osse conueniri. quod magis probat. cui Quintus Saturninus consentit. argumentóque vtitur eius, qui iurauit[b], eam, quæ vxor sua fuerit, rem sibi in dotem dediſſe. nam & hic vxori ait vtilem de dote actionem dandam, quæ non esse extra æquitatem posita, non negauerim.

Ad §. 5. Marcellus.

RAT. DVB. Is qui iurauit se ob decem, quæ accepit, pignori dediſſe fundum Cornelianum, non ideò iurat se decem debere, nec contra se iurat, aut vt sibi noceat, sed contra creditorem pignoratitium, vt sibi aduersus eum acquirat pignoratitiam actionem. Ergo cùm sibi suo iureiurando quæsierit pignoratitiam actionem, non est prohibendus ea experiri tametsi decem non offerat. Alioqui deterioris erit condicionis quàm si non iurasset, quo casu creditoris esset probare veram & realem numerationem, tametsi pignus ei datum proponeretur *l. 1. C. de non numer. pecun.* DEC. Actio pignoratitia vtilis, quæ ex solo iureiurando nascitur non potest alterius esse condicionis quàm cuius esset directa, nec pleniores habere præstationes *l. actio* 47. *supr. de negot. gest.* ne plus operetur fictio in casu ficto, quàm veritas in casu vero *l. si ante aditam* 15. §. 1. *supr. de interrog. in iur. fac.* Atqui si de contractu pignoris constaret, ex quo nasceretur pignoratitia, non aliter tamen nec priùs posset debitor pignoratitiam exercere quàm totum debitum soluisset creditori, aut aliter ei satisfeciſſet *l. si rem alienam* 9. §. *omnis pecunia infr. de pignor. act. l. item liberatur* 6. §. 1. *infr. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.* Ergo nec si ea actio ex solo debitoris iureiurando competat. Fit enim hoc non tam ratione connexitatis, vt diximus *ad §. si quis iurauit supr.* quàm ex necessaria quadam consequentia, quia non potest pignus dari nisi pro debito aliquo cùm pignoris obligatio accessoria sit quæ principalem aliquam præsupponit saltem naturalem *l. res hypothecæ* 5. *infr. de pignor.* Et consequenter quisquis agit pignoratitia, cùm hoc ipso fateatur pignus tenere, fatetur etiam in necessarium antecedens esse se debitorem. Qui enim dicit non fuisse sibi numeratam pecuniam quam cauit se accepisse, negat tenere intentionem dati pignoris, vt loquitur *dict. l.* 1. *Cod. de non numer. pecun.* ideóque secum pugnaret, & allegaret contraria si nihilominùs actione pignoratitia experiretur, nec proinde esset audiendus *vulg. leg.* 1. *Cod. de furt.* Cùm ergo iurat debitor se fundum dediſſe pignori pro decem, vt sibi acquirat pignoratitiam actionem, præripit sibi exceptionem non numeratæ pecuniæ, perinde acsi debiti portionem aliquam soluere cœpisset *leg. cùm fidem* 4. *Cod. de non numer. pecun.* nec distinguendum est cum Accursio & Bartolo, an in iureiurando adiecerit *pro decem quæ accepi*, an non adiecerit. Quid enim aliud possunt hæc verba ad iusiurandum addere quàm confessionem acceptæ, numeratæque pecuniæ? Atqui ea ipsa confessio est, quæ exceptionem inducit non quæ excludit *dict. leg.* 1. 2. 3. 5. *& pass. eodem titul.* Adeò vt nec aliud sit, quamuis confessio sit iurata in contractu ipso aduersus quem obiicitur exceptio non numeratæ pecuniæ *leg. vltim. cod.* nisi deferente aduersario iuratum esset fuisse numeratam ex consilio Bart. *ad l. 2. supr. hoc tit.* Plus enim potest iusiurandum quod aduersario deferente præstitum est, quàm quod vltro in ipso contractu licèt inter easdem partes. Non enim habet illud vim & authoritatem rei iudicatæ, quomodo habet iusiurandum præstitum ex delatione. Interest sanè an iureiurando expressa sit causa ex qua decem debita sint, an non sit expressa sit. Nam si expressa sit fortè ex mutuo, petentur decem illa condictione certi ex mutuo, quia formiter iuratum est, vt in *dict. §. si quis iurauerit* non etiam si informiter, id est, nulla expressa causa, vt Accursius loquitur: tunc enim actio in factum necessaria est, quæ ex iureiurando nascitur *leg. actori* 8. *Cod. de reb. credit. leg. sed si possessor.* 11. *vers. proinde supr.* In proposito tamen ne ei contra quem iuratum est, possit opponi exceptio non numeratæ pecuniæ, non tam facit iusiurandum ipsum, cùm de eo nihil iuratum sit, quàm quia cùm agit pignoratitia fatetur pignus tenere, vt ostendimus.

a Sed

a *Sed & illud adiicit.* RAT. DVB. ET DECID. eadem est quæ ad vesiculum præcedentem, nisi quod in specie præcedente consulitur per exceptionem & retentionem ei, cõtra quem iurauit debitor pignus se dedisse pro decẽ, vt scilicet nõ prius possit actione pignoratitia conueniri quàm soluta sint tota decem, vt & in § *si quis iurauerit supr. & in l. Iulianus* 13. §. *offerri infr. de action. empt. d. l. si rẽ* 9. §. *omnis pecunia infr. de pignor. act.* In hoc autem versiculo tractatur de danda ei actione vltro ad petenda decem, nõ expectato eo, vt debitor velit agere pignoratitia. In quo certè maior dubitandi ratio subest, cùm difficilius sit vt vnius iusiurandum alij tribuat actionem, præsertim verò ei contra quem curatum est quàm vt acquirat ipsi exceptionem, quæ semper facilius quæritur vt pariat retentionem *l.* 1. *de pignor. l. heres* 21. *infr. ad SC. Trebell. l. si in area* 33. *infr. de condict. indeb.* Sed tamen cõcludit Vlpianus cũ Marcello licet dubitanter, eum qui iurauit datum sibi esse pignus pro decem etiãsi nondum agat pignoratitia, in decem tamen quæ debet, conueniri posse. Nam & hic omninò fatetur debitum cùm iurat se pignori fundum dedisse atque ita pignus tenere, quod alio qui non teneret si pignus datum non fuisset, vt iam diximus ex *d. l.* 1. *C. de non numer. pecun.* deberétque hic debitor pignus, quod iureiurando suo probare voluit, improbare potiùs proposita exceptione aut etiam querela non numeratæ pecuniæ si numerationem negare, quod ei sufficere poterat, voluisset: eiusdem enim æquitatis est apud Prætorem eiusdémque facilitatis dare actionem ex iureiurando atque exceptionem *l. ait Prætor* 7. *supr.* cùm id agat omnimodo Prætor vt iusiurandum conseruet ac tueatur, quod fit data actione non minus quàm exceptione *l. eum qui* 30. *in princip. supr.* Quamuis in pactis nudis quibus etiam iusiurãdum æquiparatur, aliud sit quæ scilicet Prætor non tuetur nisi data exceptione *l. iuris gentium* 7. §. *ait Prætor & §. igitur nuda supr. de pact.* quia ex pacto nudo nunquam Prætor pollicitus est actionem, nisi de constituta pecunia & de hypotheca, quã tamen proposuit ex iureiurando *d. l. ait Prætor.* In eóque fatendum est, vt & in aliis pluribus, longè maiorem vim esse iurisiurãdi quàm pacti, cùm etiã contractus & stipulationis vim obtineat *l. qui iurasse* 26. §. *vlt inf.* Nec ad rem pertinet quod non iurauerit debitor vt sibi noceret, sed vt prodesset potiùs, actus autem nõ debeant operari vltra intentionem agentium *vulg. l. non omnis supr. tit prox.* Fit enim hoc, vt & alia multa de quibus in superioribus, non tantùm ratione cõnexitatis, sed etiam in consequentiam necessariam: qui enim vult antecedens, vult etiam necessarium consequens & contrà *vulg. l. ad rem mobilem* 56. *l. ad legatum* 62. *supr. de procurat.*

b *Argumentóque vtitur eius, qui iurauit.* RAT. DVB. Dotem neque scriptura facit neque confessio, sed tantùm numeratio *l.* 1. *C. de dot. caut. non. numer.* aut traditio fundi si dos cõstituta sit in fundo non in pecunia. Est enim contractus, qui re perficitur, & per quẽ dos marito datur eo animo & voto vt perpetuò remaneat penes maritum *l.* 1. *infr. de iur. dot.* vbi hanc obrationem dicitur causam dotis esse perpetuam, non sicuti causa pignoris est temporalis. Ergo neque ex iureiurando mariti qui soluto matrimonio iurauit fundũ sibi in dotem datum esse (ita enim ponendũ est, non vt Accursius ponit *constante matrimonio* vt apparet ex illis verbis *eã quæ vxor sua fuerit*) potest dari mulieri actio rei vxoriæ ad repetendã dotem soluto matrimonio, quasi verè constitutam, cùm neque constitutio neque traditio vlla intercesserit, neque animus restituendæ dotis induci possit ex sola constitutæ dotis assertione. DEC. Soluto matrimonio dos restituenda est aut mulieri, si morte mariti solutum sit matrimonium, aut eius heredibus, si morte ipsius mulieris seruatis olim in singulos liberos quintis in infinitum, si morte mulieris soluebatur matrimonium, aut sextis vsq; ad dimidiam partem dotis si facto diuortio, vt latiùs refert Vlp. noster in Fragmentis Institutionum *Tit. de dotib. & tot tit. D. & C. solut. matrim. quemadm. dos petat.* Quæcunque igitur dos peti aut retineri potest constante matrimonio, siue quia verè constituta sit, siue quod pro constituta habeatur, eam quoque reddi & repeti posse necesse est, si non mariti lucro cesserit, & cõsequenter eum qui iurauit datũ sibi esse fundum dotis nomine, siue constante siue soluto etiam matrimonio iurauerit, vt scilicet se & dominum, & possessorem probaret (nam ex dotis titulo secuta traditione transfertur & dominium & possessio, quam non nisi per manus mariti aut heredum ipsius nãciscimulier potest *l. dotis actione* 9 *C. solut. matr. iunct. l. in rebus* 30. *C de iur. dot.*) hoc ipso conueniri posse iudicio de dote soluto matrimonio ad eum fundum restituendum: adeò constitutio dotis includit eiusdem restituendæ necessitatem sed, suo loco & tempore. Est tamen actio hæc de dote quæ ex mariti iureiurando contra mulierem præstito datur ipsi mulieri vtilis non directa, vt hîc scriptum est, quia iusiurandum non tam modus est constituendæ dotis quàm probandæ constitutionis, vt diximus ad *d.* §. *si quis iurauerit.* Nec rursus iuratum fuit ad inducendam obligationem restituendæ dotis, sed tantùm ad probandam constitutionem. Nunquam autem nasci potest directa actio ex eo actu qui non fuerit gestus ea mente vt pareret actionem, sed vtilis tantùm, si qua æquitas ex eo ipso actu, non contra, sed præter mentem contrahentium actionem aliquam dari suadeat, vt in proposito. Totum enim hoc proficiscitur ex æquitate potius quàm ex mera iuris ratione ostendunt postrema illa huius §. verba *quæ non esse extra æquitatem posita non negauerim.* Sic enim habet Florentina lectio elegantior quàm vulgata, quæ ad solam hanc actionem de dote restringit æquitatem, his verbis *quam non esse extra æquitatem positam*, cùm tamen omnia quæ scripta sunt in præcedentibus à §. *si quis iurauerit*, sint ex æquitate, ideóque non nisi de vtilibus actionibus intelligantur. Placet sanè quod Accursius ex hoc §. notat, debere vnumquemque contra se admittere id quod pro se admitti velit, vt & *in leg. cum fundus* 31. §. 1. *supr. titul. proxim. Facit lex* 1. *& tot. titul. suprà. Quod quisque iur. in alium statuer.*

6 ¶ Si quis iurauerit in re pecuniaria per genium principis, dare se non oportere, & peierauerit: vel dari sibi oportere: vel intra certum tempus iurauerit se soluturum, nec soluit: Imperator noster cum patre rescripsit, fustibus eum castigandum dimittere: & ita ei superdici, πωγωνᾶτος μὴ ὄμνυε. i. *petulanter ne iurato.*

BIU Cujas

Ad §. vlt. Si quis iurauerit.

RAT. DVB. Iurisiurandi contemptâ religio solum Deum vltorem habet *l. 2. C. hoc tit.* nec de periurio eius qui ex necessitate iuris iurauit quæri facilè solet *l. vlt. inf. tit. prox.* Nec distinguendum videtur cum Accursio, & interpretibus, an quis per Deum iuret, an per genium aut salutem Principis, cùm per Deum iurare videatur quisquis etiam per salutem suam iurat, quia respectu diuini numinis ita iurare intelligitur *l. qui per salutem 33. infr. hoc tit.* Ergo non est puniendus tanquam periurus qui per genium Principis iurauit, licèt peierauerit: tantum abest, vt etiam fustibus castigandus sit, quomodo ab Imperatoribus rescriptum fuisse Vlpianus hîc refert, & præterea superdicto illo Græco dehonestandus ἀφρόπετως μὴ ὄμνυε, id est *petulanter ne iurato*, præsertim cùm prius sit, vt de periurio inquiri & cognosci oporteat, quàm vt quis eo nomine ac quasi periurus condemnari possit. DEC. Specialiter ita fuit constitutum ab Imperatoribus quos hîc Vlpianus refert, vt si quis per genium & venerationem Principis peieraret, etiam corporis periculum & Maiestatis crimen incurreret, vt apparet non solùm ex hoc §. *sed etiam ex d. l. 2.* vbi tamen Imperator Alexander ab ea constitutione illos excipit, qui calore quodam & inconsulto animi motu peierarunt, de quibus hic §. non loquitur. Ita fit, vt quemadmodum cùm per Deum iuratum est solus Deus vindex est, ita & Princeps cùm per Principem, tutiúsque per Deos omnes, vt Tertullianus paganis exprobrabat, quàm per vnius Principis genium peieretur: in hoc nimirum seculo. Nam vt benè Accursius monet, qui per Deum peierat, sicuti delinquit longè grauiùs, ita & multo maiorem ac duriorem vltorem habet, solitum tarditatem supplicij grauitate compensare. Obseruandum tamen est, licèt placuerit eum qui per genium & venerationem Principis peierat crimen maiestatis incurrere, non eas tamen pœnas pati quæ tanto sceleri debentur, & quæ constitutæ sunt *in l. quisquis 5. C. ad leg. Iul. maiest.* sed longe mitiùs puniri, vt fustibus tantùm castigetur, & ei siue scripto, siue per præconem superindicatur illo quod diximus superdicto, non quod Accursius malus alioquin Græcæ linguæ explanator ita vertit, *Importunè ne iurato.* Suauis verò est idem Accursius qui genium in neutro genere dicit esse Deum Principis, ita dictum, quod ingentem, id est, magnam suam potêtiam exerceat, quod est ridiculum. Quoties tamen dicimus puniri periurium illius qui per genium & venerationem Principis peierauit, fustibus castigandum esse, de eo periurio accipi debet, de quo in promptu constet ac tam apertè, vt nullus cauillationi, at ne quidem cognitioni & quæstioni locus relinquatur, vt in specie *l. vlt. C. hoc tit.* Alioqui si inquisitio & cognitio aliqua necessaria sit, non facile de periurio eius qui etiam per Principem peierauerit, quæri oportebit *l. 1. eod. d. l. vlt. infr. tit. prox.* nimirum vt periuriũ ipsum puniatur. Nam si quod aliud crimen periurio admixtum sit, non ideo magis debet manere impunitum, quòd periurium adnexum habeat *l. vlt. infr. stellionat.* Punitur autem is qui per Principem peierauit in re pecuniaria, vt hîc Vlp. scribit, ad differentiam scilicet eius qui peierauit in causa capitali, quem etiãsi per Principem peierauerit, puniri tanquam periurum non oportet, vt hic locus manifestè innuit, ideò fortasse quòd honesta sit quælibet ratio redimendi sanguinis, *leg. 1. infr. de bonis eorum qui sibi mortem consciuerunt.*

14. PAVLVS libro 3. ad Edictum.

QVotiens propter rem iuratur: nec parenti, nec patrono remittitur iusiurandum. propter rem autem iusiurandum exigitur: veluti de pecunia credita: cùm iurat actor, sibi dari oportere: vel reus, se dare non oportere. idem est, cùm de pecunia constituta iusiurandum exigitur.

Ad l. Quotiens 14.

RAT. DVB. Parentibus & patronis tanta debetur reuerentia, vt de ipsorum fide ac probitate dubitare piaculum magnum esse videatur, vnde est quod nec liberis nec libertis contra parentes, vel patronos de dolo agere permittitur, nõ solùm quòd ea actio sit famosa *l. non debet 11. §. 1. supr. de dolo l. si superstite 5. C. de dol.* sed etiam quia sola doli mêtio tum quoque cùm non infamat, vt in doli exceptione habeat in se turpitudinem & optimi cuiusque existimationem apud bonos, & probos viros suggillet *l. 4. §. aduersus infr. de doli mal. except. l. parens 6. §. 1. & legib. seq. infr. de obseq. parent. & patron. præst.* Atqui suggillat etiam existimationem apud bonos & graues viros, si quis aut minùs se facilem ad iurandum, aut nimis timidum si nolit iurare, quòd alterum præ se ferat, nescio quem contemptum diuini numinis, alterum verò vergat ad superstitionem *l. quæ sub condicione 8. infr. de condic. instit. l. illud 25. §. 1. de constit. pecun.* Non debet ergo permitti liberis aut libertis, vt iusiurandum parentibus & patronis deferant, atque ita eos adigant ad iurandum aut referendum, præsertim cùm formula iurisiurandi habeat mentionem admixtam doli. Fuerunt enim verba formulæ illa solemnia *si sciens fallo ita me diespiter salua vrbéque arcéque bonis eiiciat vt ego hunc lapidem*, quemadmodum iam suprà docuimus post Cuiacium *libr. 1. Obser. cap. 21.* ex Marco Tullio, Sexto Pompeio, & Plauto in Asinaria, cuius formulæ etiam vestigium quoddam extat *in l. qui iurasse 26. in princip. infr.* DEC. Multum interest an iuretur propter rem ipsam, id est de ipsa re quæ in iudicium deducta est, an verò propter personam ipsam. Si propter personam ipsam quod contingit in iureiurando calumniæ per eum præstando qui iusiurandum alij defert, vt scilicet iuret se non calumniæ causa id facere, alioqui delatio inutilis est & similis remissioni *leg. iusiurandum & ad pecunias 34. §. qui iusiurandum & l. si non fuerit 37. infr. hoc tit.* remittendum est iusiurandum æquè parentibus & patronis, vt habet vulgata lectio *dict. §. qui iusiurandum* longè rectior quàm Florentina, quæ nos aliquando decepit, quæ malè habet *neque* pro *æquè*, vt ad eum locum dicemus, & constat ex *leg. licet 7. §. 1. de obseq. parent. & patron. præst.* Is enim demum iurare debet de calumnia, qui si calumniator esset, calumniæ reus fieri posset aut saltem suspectus, quòd à reuerentia quam liberi, & liberti parenti-

BIU Cujas

parentibus ac patronis debent tam alienum est, vt nec allegari quidem possit. At cùm propter rem iuratur, id est, vt interpretati sumus de re ipsa in iudicium deducenda, & de qua lis est, nihil commune habet iusiurandum cum persona, nec proinde quicquam tractandum superest de reuerentia debita personæ, cùm de eo tantùm quæratur an pecunia verè credita sit aut constituta nécne. Nec potest conqueri parens aut patronus qui à filio suo vel liberto iudex & testis in propria causa constituitur, quod fit per iurisiurandi delationem *l. 1. infr. quarum rer. act. non det.* maximè verò cùm in eius potestate sit an iurare malit, an iusiurandum referre, nisi de eo fortè conqueri parens aut patronus velit; ille quòd filium emancipando, hic quòd seruum manumittendo dederit ei deferendi iurisiurandi potestatem: in quo tamen est quod sibi imputent, & de se potius quàm de iure ac prætore conquerantur *leg. filio 7. infr. vt legat. seu fideic. seruand. caus. caueat l. si manumissori 4. C. de obseq. patron. præst.* Est enim hæc lex intelligenda de liberis emancipatis contra patrem agentibus, cùm filijfamilias in potestate manentes non tam reuerentia quàm iure potestatis impediantur, ne contra patrem agere, eique iusiurandum deferre possint *l. adoptiuum 8. in princip. supr. de in ius vocand. l. ne cum filiofamilias 16. infr. de furt.* Denique maior fauor est veritatis habendæ quàm exhibendæ parentibus patronisque reuerentiæ. Veritas autem per iusiurandum probatur *l. 5. §. dato l. sed si possessori 11. §. vlt. supr. & l. eum qui 30. infr. hoc tit.*

15. IDEM libro 6. ad Edictum.

AD personas egregias, eósque, qui valetudine impediuntur, domum mitti oportet ad iurandum.

Ad l. Ad personas 15.

RAT. DVB. Maior debetur prætori reuerentia, quam personis litigantibus quantumcumque sint egregiæ, cùm sit Magistratus populi Romani & ex eorum numero qui maiores appellantur & quibus ideò maior præstanda est reuerentia *l. 2. supr. de in ius vocand. l. cùm prætor 12. §. 1. sup. de iudic.* Et quemadmodum solemus dicere priuatorũ cautiones legũ authoritate non censeri *l. vlt. infr. de fuis & l git.* ita nec litigatores quicunque tandem illi sint, dignitate ac honore magistratuum censeri debent, vt etiam maior dignitatis eorũ quã prætoris ratio habeatur *l. 1. §. inde quæritur inf. de oper. noui nunciat.* Ergo ad personas quantumuis egregias quib. iusiurandum delatũ ac præscriptum est, non debet mitti domum ad iurandum, sed iubendæ sunt venire ad prætorem ne alioqui maiestatem & imperium prætoris negligere videantur. Aliáq; ratio eius esse videtur qui valetudine impeditur ne ad prætorẽ iurandi gratiâ venire possit, cùm nihil sit quod huic imputari possit *l. 1. inf. de diuers. tempor. præscrip.* Quamquam posset tolerabilius videri, vt is qui iurare iussus esset, per procuratorem iuraret, quàm vt ad eum vel ire vel mittere prętor cogeretur, postquam placuit etiam per procuratorẽ iurari posse *l. nam posteaquã 9. §. iusiurandum supr. hoc tit.* Quid n. refert an quis per se iuret, an verò per procuratorem iurantem in animam vt fieri solet constituentis, cùm videatur quilibet per se facere quod per alium facit *l. si quis 7. §. vlt. supra de iurisd. l. 5. §. quod si quis infr. de admin. tutor.* in eáq; rẽ potissimum procuratorum vsus constitutus sit *l. 1. supr. de procurat. l. Papinianus 20. supr. de minor.* DEC. Tantus est veritatis vndequaque habendæ fauor, tantáque necessitas vt nihil non agere bonus prætor bonúsque iudex debeat ne probationes intercidant: eæ præsertim quæ ex iureiurãdo nasci possũt, quæ tanto sunt fauorabiliores cæteris, quanto sunt expeditiores & faciliores. Quoties igitur tam egregia persona est, id est, extra gregem, vt ita dicam & ordinem vulgarium hominum posita, quales sunt Episcopi *Nouell. 123. de sanctis Episcop. c. 7. Magistratus l. 2. supr. de in ius vocand.* & qui magistratib. æquiparantur senes *l. semper 5 infr. de iur. immunit.* item honestæ mulieres, quas ad tribunalia accedere, præsertim iurandi gratia, inuerecũdum nec satis honestũ est *l. 1. supr. de postul. l. 1. C. de offic. diuers. iudic. iunct. Auth sed hodie eod.* quibus adiungit Accursius etiam legum Doctores, & medicos aliósque huiusmodi quib. similis reuerentia exhibetur ex *l. medicos Cod. de prof. & med.* mittere debet prætor domum ad iurandum, ne eo prętextu longior probationib. mora fiat. Non equidem cogitur prætor ire ad eum qui iuraturus est (nã & id à dignitate prætoris alienum esset *l. iubemus 37. in fin. C. de Episcop. & cleric.*) sed mittere aliquẽ debet iudicem scilicet pedaneum aut recuperatorem, qui iusiurandum exigat ab eo ipso qui iurare debet: nã, vt iuret per procuratorem, non est permittendum ne aliter posito iure facilior reddatur ad peierandum per procuratorem is qui per se iurare fortassis erubesceret. Multum enim refert ad instruendam conscientiam eius qui iudicaturus est, vt videat qua constantia, vel qua trepidatione iuretur, quod præstito per procuratorem iureiurando scire nullomodo posset, vt scripsimus latiùs in *Codice nostro defin. de reb. credit. & iureiur.* Malè vulgata editio hîc habet, *mitti domum oportet iusiurandum.* Nõ enim mittitur iusiurandum, sed mittitur ad iurandum, vt benè scriptum est in Pand. Florent. Quod autem obiecimus etiam per procuratorem iurari posse, tũ demum verum est, cùm procuratori ipsi iusiurandum delatum fuit, sibi namque debet imputare, qui procuratori detulit, atque ita eum ad iurãdum non modò admisit, sed etiam adegit. At cùm ipsi domino iusiurandum delatum est, non debet in ipsius esse potestate vt inuito deferente iuret per procuratorem. Nam nec eo modo iusiurandum hoc præstaretur quo delatum esset, quod tamen fieri semper debet vt prosit iurasse *l. 3. §. vltim. supr.* An verò procurator deferre iusiurandum possit, alia quæstio est, de qua dicemus ad *leg. iusiurandum quod 17. §. vlt. & l. seq. infr hoc tit.*

16. VLPIANVS libr. 10. ad Edictum.

SI patronus libertam suam vxorem duxerit, non compelletur iurare de rerum amotarum iudicio, sed & si ipse deferat iusiurandum libertæ suæ[a], de calumnia non debet iurare.

BIU Cujas

Ad l. Si patronus 16.

RAT. DVB. Actio rerum amotarum sicuti pœnalis non est, sed merè rei persecutoria *l. si mulier 21. §. hæc actio infr. rer. amot.* ita neque famosa neque turpis est : alioqui non daretur contra coniugem ne quidem soluto matrimonio in honorem scilicet transacti matrimonij *l. 1. & 2. eod.* non magis quàm eo constante, *l. 2. C. eod. tit.* Ergo non malè instituitur hæc actio à liberta contra patronum qui aliquando maritus fuit. Porrò si non malè instituitur, consequens omnino est, vt nec malè iusiurandum à liberta patrono deferatur, id enim in actione illa rerum amotarum ordinarij iuris est *l. Marcellus 11. §. 1. infr. eod. ill. tit.* In eóque fatendum est errasse Accursium qui scripsit, ideò actionem hanc rerum amotarum malè institui à liberta aduersus patronum, quòd sit famosa ex *l. 2. & l. parens 5. infr. de obseq. parent. & patron. præst.* vbi tamen nullum verbum de actione rerum amotarum, quæ si famosa esset, non daretur contra eum qui coniux fuisset, adeóque nec si, quod minùs est, turpis tantùm esset *d. l. 2. rer. amot.* vt cernere est in actione *de seru. corrupt. l. vlt. supr. ill. tit.* vbi diximus, *iunct. l. nec quisquam 56. infr. Pro socio.* Neque verò Vlpianus in hac lege ait actionem rerum amotarum malè institui à liberta contra maritum, quæ si malè instituereturr, non esset quærendum, an in ea iurare patronus deferente liberta cogeretur. Priùs enim est, vt actio aliqua institui possit ac benè instituta sit, quàm vt in ea iurari oporteat. Neque rursum negat Vlpianus posse actionem hanc institui à patrono aduersus libertam, sed hoc supponit potiùs cùm negat cogendum esse patronum iurare de calumnia si iusiurandum libertæ deferat in hac scilicet ipsa actione, vt iurare alij de calumnia solent qui deferunt iusiurandum. Alia igitur decidendi ratio quærenda est quàm quæ adfertur ab Accursio, quòd actio hæc quia famosa est, malè à liberta contra patronum eundémque quondam maritum instituatur. DEC. Cùm res amouentur ab alterutro coniugum quisquis ille sit, veritate furtum fit, licèt leuiùs coerceatur persona quæ res amouit, ideóque nec vsucapi ab vllo possunt res quæ sic amotæ sunt, non magis quàm furtiuæ *l. penult. infr. rer. amot.* Proinde cùm liberta defert marito quondam eidémque patrono iusiurandum de rerum amotarum iudicio, effectu ipso nihil aliud agit quàm vt furti, aut saltem delicti probationem ab ipsius patroni confessione extorqueat, si fortè maritus nec iurare velit, nec iusiurandum referre, quod manifestæ non modò confessionis, sed etiam turpitudinis esse dicitur in *l. manifestæ 38. infr. hoc tit.* Id verò minùs certè durum est satísque debet esse libertæ, quod ei permittatur actionem instituere contra patronum, dummodò causam suam aliis probationibus possit instruere quàm quas sumere velit ex ore ac domo patroni eiusdémque quondam mariti. Quod sanè nec permittendum ei esset, cùm actio rerum amotarum vi ipsa, vt diximus, exprobrationem quandam furti contineat, quæ licèt nec pœnam, nec infamiam irroget condemnato, re tamen ipsa & hominum opinione inurit quandam infamiæ notam & suggillat eius existimationem apud bonos & graues viros *d. l. 2. de obseq. parent. præst. leg. 4. § aduersus infr. de dolo mal. & met. except.* nisi iudicium rerum amotarum esset singulare & in eam rem comparatum, vt salua reuerentia inter eiusmodi personas debita, delictum tamen tam improbum coerceretur nec impunitum remaneret *l. 1. & penult. & pass. dict. tit. rer. amot.* Melius enim est violari in aliquo reuerentiam patrono debitam quàm delictum patroni manere impunitum *argum. l. ita vulneratus 51. suprà ad leg. Aquil.* præsertim cùm nulla in factum actio sit prodita in vicem actionis rerum amotarum, quomodo proditæ sunt aliis casibus in factum actiones & exceptiones in vicem actionum & exceptionum quæ contra parentes & patronos opponi non possunt *d. l. parens 5. de obseq. parent. præst. l. si superstite 5. C. de dolo l. non debet 11. supr. eod. ill. tit.* Planè si patronus cui iusiurandum in hoc iudicio rerum amotarum delatum est, iurare malit, dubitandum non est quin hoc ei permittendum sit. Non enim negat Vlpianus iurare eum posse, sed cogendum eum iurare, & longè aliud est subiicere quid alicuius potestati, aliud verò iuris necessitati *l. non quicquid 40. supr. de iudic.* Nec quod fauore patroni & ob reuerentiam ei debitam receptum est vt iurare non cogatur, vsque adeò in eius odium retorqueri debet vt nec si velit iurare possit atque ita vincere *vulg. l. nulla 25 suprà de legib. l. quod fauore 6. C. eod. l. pen. C. ad S C. Trebell.* qui tamen vincere nullomodo nullóque casu posset, si neque conueniri actione ista posset : prius enim est, vt possit quis actione aliqua conueniri quàm vt possit vincere. Quod si vincere potest, quidni etiam vinci & condemnari ? *arg. l. 3. infr. de re iudic.* Nam & formulæ omnes iudiciorum in condemnationem conceptæ sunt non in absolutionem : propter quam causam ita regulam iuris concipi oportuit, non vt is qui absoluere potest, possit etiam condemnare, sed è contrario vt qui damnandi ius habet, absoluendi quoque ius hoc ipso habeat *d. l. 3. l. penult. de conf. ff.* & vt nemo qui condemnare potest, absoluere etiam non possit *l. nemo qui cõdemnare 37. de reg. iur.* Ex quo intelligimus, priuilegium patroni in specie huius legis non illud esse vt actione rerum amotarum conueniri non possit, quod Accursius & Bartolus malè crediderunt (qua enim alia actione conueniri posset ? cùm iudicium hoc rerum amotarum singulare sit, vt diximus, id est, vt ego explico, nullum aliud habeat aut concomitans, aut subsidiarium *d. l. 1. infr. rer. amot.*) sed vt non sit cogendus iurare aut referre si nolit, nec tamen prohibendus si velit. Sequitur,

a *Sed & si ipse deferat iusiurandum libertæ suæ.* RAT. DVB. Ordinarij iuris est vt quisquis iusiurandum alij defert, prius iurare debeat de calumnia *l. iusiurandum & ad pecunias 34. §. qui iusiurandum infr. hoc tit.* vbi tamen additur, *si hoc exigatur.* Ergo si patronus deferat iusiurandum libertæ suæ siue in iudicio rerum amotarum siue in alio quolibet, cogendus est liberta postulante & id exigente iurare priùs de calumnia, præsertim ne duo singularia concurrãt, alioqui circa eandem speciem eandémque personam contra vulgare nostrorum brocardicum ex *l. 1. C. de dot. promiss.* Esset enim illud primum singulare circa actionem rerum amotarum quod iurare non cogitur de rebus amotis deferente liberta, alterum verò quod nec deferens ipse iurare de calumnia cogeretur. DEC. Iusiurandum de calumnia æquè patronis ac parentibus remittitur ob reuerentiam eiusmodi personis debitam, cui non conuenit, vt à liberis & libertis suis vel in minimam calumniæ suspicionem adducantur : adeò turpe & infame est vel nomen ipsum calumniæ. Meritò igitur placuit nec in iudicio rerum amotarum debere patronum qui libertæ suæ iusiurandum deferat, iurare prio-

rem

BIU Cujas

rem de calumnia, cùm neque aliter præstari à cæteris hoc iusiurãdum debeat quàm si exigi per libertam possit, quin suspicionem saltem calumniæ obiiciat patrono, quod non est ferendum. Neque est quod vereamur, ne duo singularia hîc cõcurrãt circa eandẽ speciẽ, cùm aliud sit agere patronũ, aliud cõueniri, præter id q̃ brocardicũ illud ex eorũ numero est, quę nobis nõ placent, vt alibi docuimus.

17. PAVLVS libro 18. ad Edictum.

IVsiurandum, quod ex conuentione extra iudicium defertur, referri non potest.

Ad l. Iusiurandum quod ex conuentione 17.

RAT. DVB. Non est manifestæ confessionis aut turpitudinis, si is cui iusiurandũ defertur, iurare nolit, sed si nec iurare velit nec referre *leg. manifestæ 38. infr. hoc tit.* Sunt enim plerique tam timidi metu diuini numinis ad superstitionem vsque vt nec de re quam sciant esse verissimam iurare velint *l. quæ sub condicione 8. infra de condict. instit.* sempérque modestius est iusiurandum referre quàm iurare *l. illud 25. §. 1 infr. de constit. pecun.* Ergo nihil causæ est, cur non etiam conuentionale iusiurandum, id est, quod ex conuentione extra iudicium defertur, perinde referri possit ac si in iudicio per aduersarium, aut per iudicem ipsum delatum esset, quasi conuentio illa iurandi tacitam condicionem in se habeat, nisi is cui iusiurandum delatum est, referre malit quàm iurare. Nam iniquum videtur cogi quem præcisè aut iurare aut succumbere, & ex alia parte nullam satis iustam querelæ causam videtur habiturus is, cui iusiurandum referetur, cùm ea ratione futurus sit iudex & testis in causa propria *l. 1 infr. quar. rer. act. non det.* DEC. Iusiurandum conuentionale in eo differt à iudiciali, quod sicut ex conuentione defertur, ita ex conuẽtione suscipitur. Proinde quemadmodum is qui detulit, reuocare illud non potest si non aliis probationib. causam suam instruere paratus sit *l. si quis iusiurandum 11. C. hoc tit.* ita nec is, qui suscepit, recusare potest quominus aut iuret aut succumbat, cùm propria sua voluntate in eas se angustias vltrò coniecerit & referendi potestatem sibi præripuerit, atque ita indignus sit cui succurratur *l. si fideiussor 7. §. 1. supr qui satisd. cogant. leg. 2. §. vim fluminis supr. si quis caution.* Nec sanè aliter sine summa eius qui iusiurãdũ ex conuentione detulit, iniuria cõstitui posset; nam cùm is cui iusiurandũ refertur, omnimodo iurandum habeat, nec iterum referre aduersario possit, ne alioqui dandus esset progressus in infinitum, quis ferat iurandi necessitatem præcisam ei imponi qui detulit suscipienti vltrò & ex conuentione, potius quàm ei ipsi qui suscepit? huic siquidem imputari hoc ipsum potest quod susceperit, illi verò penitus nihil. Deniq; cùm certã legem habuerit iurisiurandi ex conuentione suscepti delatio, nõ est permittendũ iis qui ea lege contraxerunt, vt ab ea resiliant nisi vtroque cõsentiente *l. vero procuratori 12. §. penult. infr de solut.* caut úsq; negotiari debuit is qui iusiurandum suscepit, & delationem iudicialem expectare si saluam sibi esse volebat referendi facultatem, nam in iureiurando quod in iudicio defertur ab aduersario, idcirco salua est referẽdi eius electio, quoniã nuito defertur, nõ ei qui vltrò suscipere id velit *d. l. manifestæ*, nec displicere debet iurisiurandi siue necessitas siue condicio ei qui ipse detulit *l. iusiurandũ & ad pecunias 34. §. datur autem inf. hoc tit. iunc. l. 1. supr. quod quisq. iur.* Iunge *l. vlt. infr. tit. prox.*

¶ 1 Pupillus tutore auctore iusiurandum deferre debet. quòd si sine tutore auctore detulerit: exceptio quidem obstabit[a], sed replicabitur: quia rerum administrandarum ius ei non competit[b].

Ad §. 1. Pupillus.

RAT. DVB. Suæ quisque rei moderator est & arbiter *vulg. l. in re mandata 21. C. mandat.* nec quicquã magis naturale est quàm voluntatem domini quoquomodo de re sua disponentis adeóque rem suã in alium transferre volentis ratam haberi *l. qua ratione 9. §. hæ quoque res infr. de acq. rer. domin.* Atqui pupillus nõ eo minus rerum suarũ dominus est quod tutorem habeat, nec. n. tutoris datio modus est aut acquirendi aut amittendi dominij. Ergo pupillus quoq; sine tutoris authoritate iusiurandum deferre potest, maximè verò si cum Azone hunc § intelligas de pupillo doli capace, & qui non possit videri carere dolo si aduersario iusiurandum deferat quod prætextu pupillaris ætatis velit postea eidẽ esse captiosum *l. heredibus 14. §. vlt. iunct. l. seq. supr. de dolo iunc. l. quod autem 6. § si quid cũ pupillo inf. quæ in fraud. credit.* DEC. Idemũ deferre iusiurandũ potest, qui rerum de quib. agitur administrandarũ ius habet: ad ius enim administrationis pertinet siue rem quis alienet, siue in iudiciũ deducat, siue de ea transigat, aut aliter contrahat, vt dicemus in §. *seq.* parúmq; est quod quis sit dominus, si rei suæ administrandæ ius non habeat, adeò vt etiamsi quis à vero domino emat, quem prætor alienare vetuerit, vt à prodigo, non solùm dominium sibi non acquirat, sed nec vsucapiendi condicionem *l. si ab eo 12. inf. de vsucap.* Atqui pupillus non habet ius rerum suarum administrandarum sine tutoris authoritate & quidem eius qui rerum pupillarium administrationem habeat non qui vel honorarius dumtaxat tutor sit, vt in *l. quod si fortè 14. §. 1. infr. de solut.* aut pro tutore negotia pupilli gerat quamuis bona fide vt in *l. 2. infr. de eo qui pro tutor.* siue de alicuius rei pupillaris alienatione quẽrendum sit, siue de re in iudicium deducenda, siue de solutione facienda, siue denique de transigendo aut de contractu aliquo celebrando, aut enim pupillum cum authoritate tutoris omnia hæc facere oportet *leg. pupillus 5. l. obligari 9. infr. de auth. r. tutor.* aut tutorem solum sine pupillo *d. l. 5. de regul. iur. l. 2. infr de re ad ministr. & peric. tutor.* Tutor enim ille est qui licèt dominus non sit, domini tamen loco habetur, quod pertinet ad administrationẽ, dũmodo benè administret nec pupillum dolo malo spoliet *l. qui fundum 7. §. si tutor infra pro emptor l. 4. in fin. infr. de euict.* Proinde siue iurisiurandi delationem velis æquiparare solutioni siue rei iudicatæ siue transactioni & pacto conuento ex *l. 1. & 2. supr. l. tutor 35. §. 1 infr. hoc tit.* dicendum est pupillum non nisi tutore authore iusiurandum deferre posse, quod & in prodigo iuris est *d. l. tutor 35. §. 1. infr.* Nec tantùm si

BIU Cujas

de conuentionali iureiurando agamus quod extra iudicium ex conuentione deferatur, de quo proximè diximus, qui casus minorem habet dubitationem, sed etiamsi de iudiciali *l.1.§.1.infr. quar. rer. act. non det.* Etsi enim iudicis authoritas supplere aliquando potest præsentiam & authoritatem tutoris, vt in *l.sancimus 25. Cod. de admin. tutor.* §. *at ex contrario Instit. quib. alien. licèt vel non.* id tamen non habet locum nisi cùm solutio facienda est pupillo, nec quisquam tamen aut tutor, aut curator est, qui solutionem pupilli nomine possit accipere ad liberandum debitorem, quem tamen inuitùm in obligatione retineri cùm paratus sit soluere, non minùs iniquum esset, quàm si eo nomine in ius venire cogeretur *leg. si reus 73. supr. de procurat. l. ait Prætor 7.§.1. versic. permittitur supr. de minor.* Nec quod iusiurandum etiam loco solutionis cedat *l. iusiurandum etiam 27. infr. hoc tit. ad rem facit.* Nam præter id quod de eo iureiurando intelligi hoc debet, quod ritè iam delatum præstitúmque sit, non quòd deferre quis velit, nihil causæ est, cur prætor præsentiam & authoritatem tutoris supplere debeat in deferendo iureiurando, cum ea res neque pupillo ipsi profutura sit, qui ex eiusmodi delatione periclitaretur potiùs, neque aduersario pupilli, cuius valde interest delationem ritè & cum tutoris authoritate à pupillo factam esse, vt ex ea iurare possit & iurando vincere: quem proinde melius est expectare, vt tutor aliquis adsit, ex cuius authoritate & consilio fiat delatio, si id videat expedire pupillo, quod aliis probationibus & instrumentis causam pupilli instruere non possit *d.l. tutor in princip. 35. infr.* de quo nihil prætor ipse per se constituere, aut diuinare potest. Quare nec distinguendum est, an pupillus qui sine tutoris authoritate iusiurandum detulit, doli capax sit nécne: neutro enim casu potest valere delatio, vt ex ea sequi iusta condemnatio possit, sufficítque pupillum esse impuberem, vt scriptum est in *leg. videamus 4. infr. tit. prox.* Quòd si obiicias, parum referre an tutoris authoritas interuenerit, nécne, cùm ea quoque interueniente non minùs futurum sit, vt aduersus delationem restituatur in integrum ex *leg. 1. & 2. Cod. si tut. vel curat. interuen.* vt noster putat Accursius, dicam imò verò esse hunc casum singularem in quo pupillus restitui in integrum non possit aduersus delationem, siue à tutore solo, siue cum tutoris authoritate factam, quia nec aliter potest valere huiusmodi delatio, quàm si facta sit omnibus aliis probationibus pupillo deficientibus *d. l. tutor.* Quo casu non potest fieri, vt pupillus ex ea delatione læsus videatur, aut se læsum probet, quod tamen ad inducendum beneficium restitutionis in integrum omnino requiritur *l. nam posteaquàm 9. §. si minor.* vbi diximus, *supr. hoc tit.* nisi fortè ponas post iuramentum præstitum superueniisse pupillo alias probationes quæ delationis tempore deficiebant, qui tamen casus non caret dubitatione, cùm in danda qualibet restitutione in integrum inspiciendum semper sit quis rei status fuerit eo tempore quo negotium gerebatur, non quid posteà superuenerit *l. verum 11. §. si locupleti l. quòd si minor 24. §. Scæuola supr. de minor. l. 2. l. si voluntate 8. C. de rescind. vendit. l. si quis iusiurandum 11. C. hoc tit.* nec præterea tam facilè danda sit restitutio in integrum aduersus ea quæ pupillus in iudicio tutore authore gessit, si modo indemnitatem consequi potiùs ab ipso tutore possit *l. properandum 13. §. vlt. C. de iudic.* cuius tamen indemnitatis aduersus tutorem persequendæ nulla subest ratio, cùm tutori imputari nihil potest. Quid autem imputare possis tutori, qui omnibus aliis probationibus deficientibus iusiurandum pupilli nomine detulit, aut deferenti pupillo authoritatem præstitit, vt vel hac vna saltem ratione posset pupillus vincere, nolente aduersario iurare, nec referre, aut etiam referente, cùm alioqui pupillum vinci & succumbere omnino necesse fuisset? Veriùs itaque est, quod Paulus concludit in *dict. leg. tutor.* quandocunque agere volenti pupillo aduersus præstitum iusiurandum denegandam esse hoc casu actionem, ac proinde in integrum quoque restitutionem. Cùm, vt idem Paulus in libris sententiarum diffinit, nihil aliud sit in integrum restitutio quàm redintegrandæ rei vel causæ actio. Aliáque longè ratio est minoris iam puberis, quippe quem nihil vetat etiam alias habentem probationes, iusiurandum tamen aduersario deferre quo casu sicuti manifestè læditur, qui ancipiti periurio aduersarij quàm certis probationibus exitum iudicij committere maluit, ita restitutionem in integrum implorare meritò potest, tanquam euidenter captus inspecto etiam eo tempore quo detulit. Nec distinguo cum Accursio, an minor hic qui iusiurandum detulit, habeat curatorem nécne, quasi cùm habet curatorem, non magis deferre iusiurandum possit aut debeat sine curatore, quàm pupillus sine tutore, propterea quod minor curatorem habens pupillo æquiparandus sit aut prodigo, ex *l. si curatorem habens 3. Cod. de in integr. restit. minor.* Etsi enim bona æquiparatio est, quod ad alienationem bonorum minoris pertinet, non tamen quantum ad contrahendam obligationem cùm puberes etiam sine curatoribus suis obligari rectè possint *l. puberes 101. de verb. oblig.* quod in pupillis diuersum est *d.l. obligari.* Iurisiurandi autem delatio pactionis & conuentionis instar obtinet *l. qui iurasse 26. §. vlt. & d.l. tutor §.1. hoc tit.* potiùs quàm alienationis aut solutionis, cùm nec obligationem ciuilem tollat, quam solutio vera tolleret, vt noster hîc ratiocinatur Accursius ex *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis infr. de solut.* sicuti nec res iudicata tollit obligationem naturalem, quamuis pro veritate & solutione accipiatur, vt hîc idem Accurs. notat ex *l. Iulianus 64. infr. de condict. indeb.* Planè si pupillo quis detulerit iusiurandum, & is iurauerit, quamuis sine authoritate tutoris, valebit iusiurandum tanquam ritè præstitum, & ex eo debebit pupillus vincere, quia sibi imputare debet is qui detulit *d. l. qui iurasse 26. in princip. infr.* nec quod in fauorem pupilli constitutum est, vt iusiurandum sine tutoris authoritate deferre non possit, in eius odium retorqueri debet, ne possit etiam suscipere atque ita victoriam litis sibi comparare *l. non eo minùs 14. C. de procurat.*

a *Exceptio quidem obstabit.* RAT. DVB. Iurisiurandi delatio à pupillo facta sine authoritate tutoris ipso iure nulla est, vt proximè diximus, ne contra iuris ciuilis regulas pupillus ea ratione sine tutore obligetur *l. contra 30. supr. de pact.* Nullum igitur effectum habere potest, nec proinde exceptionem vllam parere non magis quàm actionem. Atque ita Vlpianus noster disertè scribit in *l.1.§.1. infr. quar. rer. act non det.* in proposita specie exceptionem pupillo non obstare, quod cum Pauli sententia, quæ hîc extat pugnare ex diametro videtur. DEC. In actionibus versatur ius, in exceptionibus factum *l. si vnus 27. §. pactus ne peteret supr. de pact.* cúmque iurisiurandi delatio ipsa sit facti, & ex iureiurando iuxta formam

BIU Cujas

mam delatam præstito prætor & actionē & multo magis exceptionem polliceatur, vix est vt ei qui ex delatione iurauit denegare prætor exceptionē possit, cùm habeat pro se verba edicti. Sed iniquitatem huius exceptionis quæ nō nisi verbis edicti nititur, temperat, & emendat data replicatione, vt in *leg in duobus* 28. § *si ei qui infr. hoc titu. & d. § pactus ne peteret.* Cuius replicationis æquitas tota ex eo pēdet, quòd pupillus rerū suarum administrandarum ius nō habeat. Proinde obstat exceptio inspectis verbis formulæ in qua cogitur prætor exceptionē apponere, ne quid contra edictum suum facere videatur, sed in effectu non obstat, quoniā exceptio per replicationem eliditur. Et ita benè Accurs. explicat, nulla etiam petita, inquit, per pupillum restitutione, sicuti & si pupillus aliquid sine tutoris authoritate in iure confessus esset *l. certum 6. § pen. infr. de confess.* Sed hoc dissimile est, quia ex confessione quā pupillus in iure sine tutoris authoritate fecerit, nulla exceptio contra eum nasci potest ad quā elidendam indigeat replicatione, cū eiusmodi confessio ipso iure nullius sit momenti, siquidem instar condemnationis obtinet, *l. 1. eod.* Pupillus autem indefensus, & sine tutore sicut condemnari non potest, ita neque haberi pro condemnato *leg. contra pupillum 54. infr. de re iudic. d. l. 2. de admin. tutor.* Aliáq; longè ratio est delati iurisiurandi. Etsi namque ex delatione iurisiurandi à pupillo facta si valeret sine tutoris authoritate p. sser pupillus æquè vinci & condemnari iurāte aduersario si esset ipse reus, aut succūbere si actor: potest tamen aliquo etiam casu vincere, nimirū si aduersarius iurare nollet, sed referre iusiurandum mallet, vt suprà explicauimus. Non fuit autem prohibendum pupillo ne id faceret ex quo lucrum aliquo casu sentire posset, licèt aliis casibus posset etiā ex eo damnum sentire: ne dum id agimus, vt pupillo consulamus, ei potius noceamus contra *l. penul C. ad SC. Trebell.* Sic dicimus contra iuris ciuilis regulas facere illum qui à pupillo sine tutoris authoritate stipulatur *d. l. contra 30. de pact.* quia non potest fieri vt pupillus promittendo fiat vnquā locupletior, nisi per speciē nouationis promittat transfusa obligatione ciuili in naturalē, vt in *l. 1. in fin de nouat.* at non eum qui mutuā pecuniam dat pupillo sine tutoris authoritate, cùm possit pupillus eam pecuniam in rem suā vertere, atq; ita locupletior fieri ex mutuo, vnde est quod mutuā pecuniam accipiendo naturaliter obligatur etiāsi locupletior factus non sit *d. l. Stichum aut Pamphilū 95. § aliquando inf. de solut. leg. illud 25. § heres meus infr. quand. dies legat. ced.* quāuis non de iure naturali *l. penult. de oblig. & actio.* vt pluribus docuimus ad *d. l. contra.* Ideóque bene Paulus in hoc §. ita loquitur, vt dicat pupillū sine tutoris authoritate iusiurādū deferre nō debere, non autē ita vt dicat non posse: nam si non posset, vtiq. nec dāda esset ex iureiurando post eā delationem præstito vlla exceptio. Sed aliud nō posse quid facere, aliud non debere. Nō omne quod fieri potest, fieri etiā debet: quēadmodū nec omne quod licet, expedit aut honestum est *l. non omne 144. de reg. iur.* Et frustra quæritur an quod fieri non potest, fieri debeat, siue per rerum naturam siue per leges aut edicta aut constitutiones fieri prohibeatur, quoniam quicquid tale est æquè apud prætorem impossibile censetur *l. filius 15. iunct. l. præced. infr. de condict. inst.*

b *Quia rerum administrandarum ius ei non competit.* Hinc notat Accursius in omnib. contractibus quos ineunt ij qui iure electi nō sunt, cassari omnia ex *l. decernimus 16. C. de sacros. eccl. l. qui neque 8. infr. de reb. eor. qui sub tutel.* secus verò esse si institutio ab initio tenuerit, sed postea in irritum deducta sit: tunc. n. tenent quæ medio tempore gesta sunt bona fide ex *l. si non expedierit 6. §. . infr. de reb. author. iudic. possid.* cui potuit addere *l. quoties 44 inf. de acquir. hered.*

2 ¶ Si tutor, qui tutelam gerit: aut curator furiosi, prodigíve, iusiurandum detulerit: ratum id haberi debet. nam & alienare res, & solui eis potest: &, agendo, rem in iudicium deducunt.

Ad §. 2. Si tutor.

Rat. dvb. Tutor etiam qui tutelam gerit, non est dominus rerum pupillarium, nec curator furiosi prodigíve rerū furiosi aut prodigi: habent. n. isti nudam rerum alienarum administrationē non dominiū. Ergo nō possunt res alienare, cùm alienationis nomine is tantùm actus significetur per quē dominiū transfertur *l. 1. C. de fund dotal. l. alienationis 28. de verb. signif.* nemo autem plus iuris in alium transferre possit quā ipse habeat *vulg. l. nemo plus iuris 54. de regu. iur. l. traditio 20. de acquir. rer. domin.* & consequenter nō possunt accipere solutionē, quandoquidē quisquis accipit solutionē iustè, hoc ipso alienat debitorē quē amittit *§. nunc admonendi inst. quib. alien.* licet vel non multo minus possunt rem in iudicium deducere, quia quisquis deducit, amittit etiā actionē quā exercet, ac proinde alienat, proinde nec iusiurādū deferre possunt, sicuti dicimus nec alium in litē iurare posse quā qui sit dominus litis quíq. litē suo nomine cōtestatus sit *l. vulgo 7. inf tit. prox.* Dec. Lex sicuti regina ita domina est & personarū & rerū omniū, quæ sunt in republica *l. 1. & 2. sup. de legib.* proinde potest disponere de bonis priuatorum prout vult, & quatenus videt interesse, & ipsorū priuatorū & vtilitatis publicę, ad quā ciuilis legislator refert omnia: interest autem non solū publicè, sed etiam ipsorū maximè pupillorū furiosorū & prodigorū, ne iis cōmercio quodammodo interdicatur, quod contingeret si neq; ipsis, neq; ipsorū tutorib. & curatorib. res eorū alienare liceret, ne quidē pro eorū vtilitate *l. ait prætor 7. §. quæsitū sup. de minor.* Et quāuis possit pupillus tutore authore contrahere cæteráq; omnia facere quę maior posset, attamē ipsi etiā tutori soli tanquā legitimo administratori permissum est omnia facere sine pupillo, quę pupillus sine tutore posset exceptis iis quę factū personale pupilli exigūt, vt aditio hereditatis ad proferēda cretionis verba quę olim solēnia fuerunt & necessaria ante *l. cretionum 17. C. de iur. delib.* Furiosus verò & prodigus nihil omnino agere possunt ne quidē cum curatoris authoritate, sed eorū nomine curatores peragere omnia possunt & debent, quia certū est aut saltē sperari probabiliter potest, ætatē allaturam esse iudiciū pupillo, non etiā resipiscentiā furioso aut sanos mores prodigo *l. in negotiis 5. de neg. gest.* Ideóq; de solis furiosorū & prodigorum curatoribus hic Paulus loquitur, quia dātur personis principaliter, reb. autē non nisi per consequētiam exemplo tutorum. In eóque differunt à curatore minoris cuius longè alia ratio

BIU Cujas

est, quia rebus principaliter datur, personæ autem ne quidem per consequentias, eámque ob causam nihil ipse solus sine minore facere potest nisi ratione iudicij accipiendi *leg. 2. infra de excus. tutor.* sed tantùm auctoritatem præstare minori debet ad gerenda ea quæ ex ipsius minoris commodo & vtilitate fore intelligat. Vnde est quod tutores itémque furiosorum & prodigorum curatores licèt domini non sint, tamen dominorum loco sunt tanquam legitimi personarum eiusmodi administratores *leg. qui fundum 7. § si tutor infr. pro emptor. l. is qui 11. § si tutoris infr. quod vi aut clam. leg. quoties 21. § si tutor supr. de noxal. act. leg interdum 56. § penultim. de furt.* non etiam curatores minorum qui nec à lege duodecim tabularũ ius administrationis habent vt cæteri, sed à prætore. Consequens igitur est, vt possint illi & alienare res pupillorum, itémque furiosorum & prodigorum, & solutionem ab eorum debitoribus accipere, & rem in iudicium deducere, ergo & iusiurandum deferre, ita vt ratum id à prætore haberi oporteat, id est, ne quidem beneficio restitutionis in integrum rescindi *leg. si mulier 21. § 1. supr. quod met. caus. leg. quoties 44. infr. de acquirend. hered.* Nam qui cætera omnia supradicta potest, multo magis hoc quoque potest. Ex quo apparet, cùm ius dominij penes vnum esse possit, ius verò rerum administrandarum penes alium, longè plus posse illum qui ius administrationis habet, quàm qui ius dominij, cùm ius administrationis legitimum est, & à lege concessum, aut à priuato quidem, sed cui lex permittat concedere. Illud planè non est necesse, vt tutor tutelã gerat, licèt de hoc tutore nominatim Paulus loquatur, sed sufficit vt tutelæ gerendæ ius habeat, id est, vt non sit ei interdicta administratio, vt Accurs. noster notat ex *l. pupillum 49. de acqu. hered.* cui iunge *l. quòd si fortè 14. § 1. de solut.* Quare nec is, qui tutor est, & rerum administrãdarum ius habet, aliter tamẽ alienare res pupilli potest, quàm si causa administrationis id faciat, vt scriptum est in *l. non omni 16. C. de admin. tutor.* Quod & in furiosi curatore iuris est *leg. ab agnato 12 infr. de curat furios.* Indéque etiam fit, vt neque tutor ipse iusiurandum deferre possit, nisi cùm necessitas administrationis, & pupilli vtilitas id exigit, hoc est, ita demum si aliæ probationes omnes deficiant *l. tutor 35. in princ. infr.* tunc enim tutor domini loco habendus est, cùm ex bona fide rem pupilli administrat, non cùm pupillum spoliat *d. § si tutor l. tutor qui repertorium 7. in princip. & § 1. & 2. inf. de admin. tutor.* spoliaret autem qui alias habens pro pupillo paratas probationes, mallet certam litis victoriam cum ancipiti periurio aduersarij commutare. An autem tutor ipse iurare possit pupilli nomine & cogi vt iuret, alia quæstio est, de qua dicemus ad *l. 4. infr. tit. prox.*

3 ¶ Procurator quoque quod detulit, ratum habendum est: scilicet si aut vniuersorum bonorum administrationem sustineat, aut si idipsum nominatim mandatum sit, aut si in rem suam procurator sit.

Ad §. vlt. Procurator quoque.

RAT. DVB. Procurator licèt dominus nõ sit, domini tamẽ loco est, eiúsq. vice fungitur, paruíq. refert, an per se quis faciat aliquid, an per procuratorem *l. 1. & tot. tit. suprà de procur.* Nec rursus negari potest, quin procurator quilibet administrationis ius habeat cùm non aliam ob causam procuratores dẽtur, quàm vt administrent, ita vt imputari possit, & soleat, ei qui rerum suarum administrationi sufficere non potest, cur non procuratorem constituerit *leg. Papinianus 20. supr. de minor.* Procuratori igitur omnimodo & indistinctè permittendum est, vt iusiurandum deferat, exemplo tutoris vel curatoris furiosi aut prodigi, & cùm detulerit ratum id haberi à prætore debet, etiamsi neque vniuersorum bonorum procurator fuerit, neque nominatim id ei mandatum sit, neque in rem suam procurator fuerit constitutus, nam & parum est, vniuersorum bonorum procuratorem esse quem, nisi præterea liberam habeat administrandi facultatem *l. procurator cui 58. l. procurator totorum 63. supr. de procurat.* & frustra est requirere speciale mandatum, vbi generale sufficit, nec denique plus iuris habet, qui in rem suam procurator constitutus est, quàm qui in rem constituentis, circa eas res quarum nomine procurator datus est, nisi quod in rem suam constitutus electionem habet, an suo nomine velit facere an alieno, cùm tamen alio casu possit nomine tantùm alieno facere *leg. qui stipendia 9. Cod. de procurat. leg. si cum emptore 16. supr. de pact.* DEC. Multa sunt quæ mandato generali non continentur, sed exigunt speciale, quòd verisimile non sit mandantem de iis cogitasse, tanquam quæ sint extraordinaria, & insolita, quale illud est, vt restitutio in integrum per procuratorem petatur *leg. illud 25. § 1. supr. de minor.* Est enim restitutionis auxilium extraordinarium, & quod non competit priusquam fit specialiter petitum *leg. in causæ 16. in princip. eod. ill. titul.* & alia huiusmodi non pauca, quæ nostri solent congerere ad *Tit. C. etiam per procur. caus. restit. in integr. agi poss.* & nos nonnulla congessimus in Codice nostro Fabriano ad illum Titulum. Inter cætera verò quæ sunt huius generis, & quorum aliqua recensentur in *leg. mandato generali 60. supr. de procurat.* vbi etiam diximus, ponenda est ex hoc §. delatio iurisiurandi. Nec enim facilè credendus quis est aduersarium suum in causa propria testem ei iudicem constituere voluisse, quod tamen fit per iurisiurandi delationem *leg. 1. infr. quar. rer. act. non det.* Nec igitur procuratori hoc permittendum est, nisi habeat speciale mandatum, aut generale quidem & totorum bonorum, sed quod præterea adnexam habeat clausulam, *cum libera administratione*, quæ specialioris mandati necessitatem tollit tum quoque cùm non totorum bonorum, sed eius tantùm causæ, in qua delatum iusiurandum fuit, procuratio mandata est, *cap. qui ad agendum in fin. de procur. in 6.* aut denique nisi procurator in rem suam constitutus sit, quo casu sicuti mandatum est irreuocabile *l. illam 31. C. de donat.* ita nec tam ex constituentis, quàm ex constituti procuratoris voluntate ac vtilitate æstimandum est, cuius scilicet periculo futurum est si ex ea iurisiurandi delatione succumbat: cùm sibi imputare debeat, cur aduersario iusiurandum detulerit, eumque inscio constituente iudicem in causa sua fecerit. Ideo autem his tribus casibus procuratori constituto permittitur de-

BIU Cujas

tur deferre iusiurandum aduersario, quoniam iisdem casibus etiam pacisci & transigere de lite possit *l. nam & nocere 12. & seq. supr. de pact.* Iusiurandum autem delatum & præstitum pacti, & transactionis quoque vim obtinet *l. 2. supr. l. inter pupilli 35. §. 1. infr. hoc tit.* Idem in municipij defensore iuris est, vt nec aliter iusiurandum deferre possit, quàm si id ei nominatim mandatum sit *l. iusiurandum & ad pecunias 34. §. 1. infr.* nempe quia non suum ius proprium, sed municipium in iudicium deducit. Nec distinguemus an aliæ probationes adsint, an verò omnes deficiant, vt hoc saltem posteriore casu permittatur procuratori, itémque defensori municipium deferre iusiurandum. Exemplo eius quod de tutore & curatore furiosi, itémque prodigi scripsimus ad §. præcedentem, ex *dict. l. tutor pupilli in princip.* Neutri enim permittendum est vllo casu, vt iusiurandum deferat, nisi in aliquo ex supradictis casibus, ne alioqui in potestate tua sit ius meum perdere, quod nunquam ferendum est, nec si saluum illud facere alia ratione nulla possim: nec enim alienarum rerum administrandarum quisquam ius & arbitrium habere potest nisi cui vel à lege, vel à domino ipso mandatum est. Diligenter enim custodiendi sunt fines mandati *l. diligenter 5. infr. mandat.* nec sufficit, vt diximus, habere mandatum aliquod etiam generale, cùm speciali opus est, ne Ouidianum illud occurrat,

Inde procurator nimium quoque multa procurat,
Et sibi mandatis plura videnda putat.

18. VLPIANVS libro 26. ad Edictum.

ALiàs autem procuratorem deferentem iusiurandum non esse audiendum, Iulianus libro decimo Digestorum scribit, ne postea reus, qui semel iurauit, à domino conueniatur. nec multum ei proficere, si fuerit ei de rato cautum. siue enim dominus petat, cogetur reus docere, liquidò se iurasse, posita scilicet exceptione. siue ex stipulatione de rato agat: necesse habebit ipse de periurio suo docere.

Ad l. Alias autem 18.

RAT. DVB. & DEC. eadem est quæ ad §. *vlt. legis præcedentis.* Idem enim vtriusque loci tractatus & sensus est, de procuratore iusiurandum deferente alieno nomine: nisi quod superioris §. sententia affirmatiuè concepta est, procuratoris delationem ex qua iuratum sit, ratam haberi debere, si aut vniuersorum administrationem sustineat, id est, vt explicauimus, si generale mandatum habeat (quamuis alioqui sint ista diuersa) & quidem cum libera, vt loquuntur: aut si id ipsum nominatim ei mãdatum sit, aut denique si in rem suam procurator factus sit. Huius verò loci sententia negatiuè concepta est, extra tres illos casus, non esse audiendum procuratorem, si iusiurandum aduersario deferre velit, nec nocere domino iusiurandum, quod ex ea delatione præstitum sit, quia nõ teneatur dominus in hac specie factum sui procuratoris præstare, tanquam qui nec mandatum vllum in eam rem habuisse intelligatur, sicuti solemus dicere obligatione quantumuis generali bonorum omnium, & præsentium & futurorum non contineri supellectilem, vestes, naturales liberos, & alia huiusmodi, quæ quis obligaturus verisimiliter non fuisset *l. obligari 6. infr. de pignor.* Adfertur tamen in hac lege alia & noua dubitandi ratio ex eo sumpta, quòd accidere frequentiùs solet, vt procuratores de iis omnibus quæ agunt, præsertim in iudicio cauere de rato teneantur, non solùm si de mandato dubitetur, sed etiam si mandatũ proferant quod habeant ad agendum nõ etiam ad iusiurandum deferẽdum, vt in *l. prox. infr.* Hoc enim casu cùm de rato cautũ est, videtur procurator plus iuris habere, etiam ad iusiurandum deferendũ, cùm aduersario si ex ea delatione iuret, satis supérq; consultum sit eiusmodi cautione de rato. Nam etsi de mandati aut veritate aut validitate dubitaretur, admitti tamẽ posset & deberet eiusmodi cautione de rato præstita *l. 1. C. de procur.* sicut & coniuncta alia quãuis persona etiam sine vllo mandato *l. sed & hæ 35. supr. eod. ill. tit. l. 3. §. sed etsi forte infr. iudic. solui.* nempe quia nihil hoc casu interesse videtur eius cui cautum est de rato, cùm siue dominus ratum quandocunque habere velit, perinde haberi debeat, ac si specialiter & nominatim idipsum mandasset (ratihabitio enim æquiparatur mandato non generali, sed speciali actus illius qui ratus habitus est *l. qui in aliena 6. § 1. infr. de acq. her. l. 3. §. acquirere. de bonorum poss. l. pen. rat. rem haber.*) siue ratum habere dominus nolit hoc ipso futurum sit, vt ex sua promissione cum suis fideiussoribus conueniatur procurator, atque ita is qui iurauerit omne id quod sua interesse probauerit, consequatur. Sed tamen respondet Vlpianus ex Iuliano, non eò magis permittendum esse procuratori extra tres casus supradictos, vt deferat iusiurandum, ne cùm aduersarius ex ea delatione iurauerit, perinde tamen adhuc conueniri possit, & quidem efficaciter, id est sine meru exceptionis illius, quam alioqui Prætor cuilibet ex delatione iuranti accommodat, acsi non iurasset; quæ res ostẽdit inutilem, nec ritè factam fuisse delationem. Addítque non multum ei proficere qui iurauit nec tantum ad conseruandum iusiurandum, cui nihil commune est cum cautione de rato: sed etiam ad indemnitatem consequendam, qui vnicus cautionis de rato effectus est, si fuerit ei de rato cautum. Siue enim dominus petat, inquit, cogetur reus docere se liquidò iurasse, id est, vt bene meo iudicio Duarenus explicauit. verè nec tamẽ verè duntaxat, sed etiam apertè, ac sine vlla amphibologia: quod tamen non aliter facere potest, quã si apertè ac certissimè probet, nihil se debere. Quod tamen vbi fecerit, vincet equidem, at nõ quia iurauerit, sed quia verè se ac liquidò ex veteris iurisiurandi formula illa *Qua de re peto liquidò iuret*, iurasse probauerit, vt proinde nullum ex suo iureiurando commodum sentiat, tantundem enim consequeretur etiamsi non iurasset. Et præcipuus iurisiurandi effectus in eo consistit, vt ab onere probandi iurantem releuare debeat *l. non erit 5. §. dato iureiurando. l. sed si possessori 11. §. vlt. supr. l. eum qui 30. infr. hoc tit.* Quod certè Accurs. noster non percepit ignoratione veteris illius formulæ, quamuis à Cuiacio & Roberto defensus. Sic enim locum hunc accepit, quasi ponenda esset

BIU Cujas

virgula post dictionem *liquidò*, eáque dictio non ad verbum *iurasse* referēda, quomodo referēda est, sed ad verbum *docere* hoc sensu, vt reus qui iurauit se nihil debere, si à domino conueniatur, docere liquidò & apertè cogatur se nihil debere, cùm tamen Vlpianus dicat debere illum docere se liquidò iurasse. Quid autem esset facilius, quàm liquidò & apertè probare præstationem iurisiurandi? Atqui apertè & liquidò probandum est nihil deberi. Probandum igitur est non tantùm apertè, sed etiam verè iuratum esse, nihil deberi. Quo probato vincet sanè reus, sed opposita exceptione, vt addit Vlpianus. An iurisiurandi, vt quidā ex veteribus glossatoribus, quos Accursius refert crediderunt? Minimè. Non enim aliter exceptionem ex iureiurando pollicetur prætor, quàm si iusiurandum ritè delatum sit & ab eo qui deferendi ius habuerit: semper enim supponendi sunt termini habiles præsertim quod ad edictū hoc pertinet *l. tutor pupilli* 35. §. 1. *infr.* implicatq; contradictionem, vt iusiurandum procuratoris valeat, nec tamen quicquam releuet ab onere probandi. An ergo de exceptione pacti fortè sibi facti, vel rei iudicatæ, vel metus aut alterius similis vt Azo voluit? Nec vlla ex his quoque. Commentitiū enim est si quis ponat cum Azone & Bartolo aut pactum aliquod conuentum interuenisse, aut iudicatum aut metū intercessisse aut quid aliud simile ex quo dari exceptio debuerit, antequàm iuraretur, cùm apud Vlpianum de eo verbum nullum. Quod autem toties diximus iusiurandum habere vim pacti conuenti & rei iudicatæ ex *l.* 1. *&* 2. *l. qui iurasse* 26. §. *vlt. d. l. tutor pupilli* 35. §. 1. *hoc tit.* tunc verum est cùm iusiurādum ritè ac rectè fuit præstitū & ab eo qui deferendi ius habuit, quod in hac specie non euenit, neque verò sic Azo intelligere potuit, cùm adiecerit exceptionem metus, quæ tamen ex iureiurādo nunquam nascitur. Quod autē Ioannes, quē Accursius ita refert vt suo more magis probare videatur, dictionem *exceptione* accipit & interpretatur pro stipulatione, quis ferre obsecro vnquā possit? Fateor ex stipulatione ex qua daretur etiam actio, posse multò magis dari exceptionem si conueniatur stipulator ab eo ipso, quem conuenire posset ex stipulatione, cùm ei cui datur actio, longè magis danda sit exceptio, ex vulgata iuris regula *l. inuitus* 156. §. 1. *De reg. iur. l.* 1. §. *is autem De superfic.* Sed nos ponimus conuenirireum non à procuratore qui cauit de rato, sed à domino ipso qui reo nihil promiserit, cúmque stipulatio illa respectu agentis domini sit res inter alios acta, quid attinet de stipulatione tractare cùm stipulator ipse ab eo qui nihil promisit conuenitur? Et ratio quam subiunxit Accursius pro Ioanne, quòd si contra dominum agentem reus de sacramento excipiat, replicabit dominus, nullum sibi à procuratore præiudicium fieri potuisse. Concludit duntaxat nullam ex eo iureiurando exceptionem dari posse, non etiam tractari hîc aliquid de stipulatione debere. Tolerabilius est quod Bartolus apud Accursium legisse videtur *replicatione* non *stipulatione*. Sed neque interpretatio hæc defendi potest: non enim reo de quo solo Vlpianus hîc loquitur, datur replicatio sed actori *l. 2. infr. De except.* Est igitur necessariò hic locus intelligendus de exceptione doli quę omnium generalissima est, & quę deficientibus aliis omnibus subsidiaria esse solet, sed quæ tamen in proposito casu non ex iureiurando proficiscatur [hoc enim Ioanni & Accursio concedendum rectè est] sed ex eo, quòd aliis certissimis & liquidis probationibus docuerit reus, nihil se debere. Etsi enim nihil ab initio dolo malo fecit actor, qui post iusiurandum à procuratore suo malè delatū ac præstitum cœpit agere, nunc tamen incipit dolo malo facere, cùm post allatas indebiti tam certas probationes, perseuerat tamen petere, eo solo prętextu quod iusiurādum de quo nihil iam quærendum aut curandum est, sine vllo mandato delatum ac præstitum fuerit *l. 2. §. circa* vbi est textus elegans & ad speciem huic quam tractamus non valde dissimilem accommodatus *infr. De doli mali & met. except.* Atque ita hic locus alioqui sanè perobscurus intelligi meo iudicio debet, nec ad eum casum restringi, ad quem restringit Bartolus, quo iusiurandū delatū duntaxat fuerit, non etiam prętitū: quandoquidem is potissimùm casus ab Vlp. tractatur, quo iuratum fuerit vt probāt verba illa *cogetur docere reus, liquidò se iurasse*. Quanquā verissimum est, iustè recusari iusiurandum ab eo cui nihil profuturū sit iurasse. Sequitur apud Vlpianū alia pars dilemmatis non minùs obscura, nec minùs malè ab interpretib. nostris accepta. *Siue*, inquit, *ex stipulatione de rato agat, necesse habebit ipse de periurio suo docere*. Non enim facilè possunt intelligere, cur parū actori prodesse debeat cautio de rato, vel ad quid, an ad expensas tantùm litis & ad vsuras, an etiam ad sortem, siue dominus post iusiurandum ex procuratoris delatione præstitum egerit & succubuerit, siue obtinuerit aut iustè, aut iniustè, siue deniq; agere tantùm cœperit, nec dum tamen sententia lata sit. Hi enim ferè omnes casus sunt qui possunt contingere, & in quibus tamen stipulatio de rato, aliter atque aliter committitur, vt pluribus tractat Accursius. Nec illud quoque ad explicandum facilè est, quomodo, aut quonam, ex istis casibus de periurio suo doceat procurator, cùm agit ex stipulatione de rato, & an audiendus sit agēs, illo etiā casu, quo non aliter agere possit, quàm si de periurio suo doceat. Sic enim omnes locū hūc accipiunt vt nō eò magis prohibeatur is qui iurauit agere de rato, contra procuratorem, quod agendo periurium suum detecturus sit & edocturus, si modo non erubescat infamiæ suæ certissimo periculo id facere: quasi ob eam causam dicat Vlp. non multùm ei prodesse si agat de rato, compensatione facta commodi, quod ex ea actione sensurus sit, cum damno infamiæ, quod ex sententia pro domino contra reum lata possit emergere. Indè que sumpta occasione quærunt, an & quando alicui liceat propriam suam turpitudinem allegare: quam quæstionem nescio quot & quibus adhibitis distinct. Bart. hîc prosequitur. Ego puto Vlp. sententiā illā esse, cū negat multū prodesse reo, quod cautū ei sit de rato, vt nihil omnino ei prodesse debeat, nō magis si agat ex stipulatione cōtra procuratorē, quā si à domino cōueniatur. Et huius generalis sententiæ rationē illā esse generalē quæ ab Vlpiano adfertur, quòd ex stipulatione agere nō possit, quin cogatur de periurio suo docere, non quasi sit audiendus vel summouēdus, allegās suum periuriū, propriámq; turpitudinē, de quo solo interpretes disputant, Vlpianus verò nullo modo, sed vt intelligamus stipulationē, quæ nō aliter cōmitti potest, quā si stipulator de periurio suo doceat, nullā posse vtilitatē stipulatori adferre, nec si permittatur ei ex ipsa agere, quia hæc stipulatio de rato, vt & aliæ prętoriæ, nō cōmittitur, nisi ad id q; interest *l. vlt. inf. de præs. stip.* nihil. a. interesse creditur, quoties actoris interesse dicitur, ex nō honesta causa *l. 3. §. sciēdū sup. Ad exh. l. cuius interfuit* 11. *& seq. inf. De furt.*

De furt. Periurij autem causam honestam esse nemo dixerit. Frustra igitur, & inutiliter agat quis ex ea stipulatione, ex qua nihil aliud speret consequi, quàm quod ob suum periurium probauerit sua interesse. Non dico stipulationem hanc non committi vtiliter, aut ex ea honestè agi non posse: nam & honestè committitur, & quidem statim atque dominus ratum habere noluit, & ex ea proinde honestè agitur ad id quod interest, si modò quid honestè intersit. Sed nego vllam esse posse vtilitatem huius actionis, nec secutæ ex ea condemnationis, si non intersit actoris nisi ratione sui periurij, quoniam in executionem & taxationem condemnationis nihil aliud venire potest, quàm quod interest ex honesta causa, & quatenus probatur interesse quod à vi & potestate actionis ipsius & condemnationis longè distat *d. l. vlt. de prætor. stipulat. l. si traditio* 4. *C. de action. empt.* quia quatenus cuiusque honestè intersit, in facto non in iure consistit *l. quatenus* 24. *de reg. iur.* Cur verò in hac specie non aliter ex stipulatione De rato agere reus potest, quàm si de periurio suo doceat? Nimirum quia vel probare potest reus qui iurauit se nihil debere, vel non potest, si probare potest, nihil eius interesse videtur, quòd etiam post præstitum à se iusiurandum conueniatur, cùm habeat quod obiiciat petitori, & certus sit de victoria litis, non tantùm quod ad sortem pertinet, sed etiam quod ad expensas quas obtinere debet, quisquis vincit in principali *vulg. l. eum quem temerè* 29. *supr. de iudic. l. qui solidum* 78. §. 1. *de legat.* 2. præsertim cùm vincit per oppositam doli exceptionem, vt in specie quam tractamus, secundùm ea quæ suprà diximus. Quòd si hoc etiam casu, id est, probato quoque indebito, nihilominus succumbat reus & condemnetur, quod non nisi iniustè fieri potest, & per sordes aut gratiam, & imperitiam iudicis, non eò magis tamen committi stipulatio potest aduersus procuratorem, cui non debet nocere facta reo iniuria *l. si per imprudentiam* 51. *infr. de euict. l. exceptione* 67. *infr. de fideiuss.* nisi quantum ad expensas litis, quas vtique non erat facturus reus si dominus ratum procuratoris factum habuisset *l. si sine iudice* 22. §. *cùm autem infr. rat. rem haber.* Quanquam, vt verum fatear, mihi valde suspecta est tota illa clausula: *Verius tamen est hoc casu fideiussores non nisi in expensas litis teneri.* Nam cùm dictio *tamen* sit aduersatiua, non addidisset Iulianus verba illa *non nisi*, quæ faciũt, vt idipsum repetatur, quod iam dictum fuerat, quantum ad debitum principale, & de solis impensis litis addendum erat, vt tamen deberentur. Etsi nec hoc ipsum iuris rationi conueniens videtur. Cur enim expensas litis procurator aut eius fideiussor præstare teneatur stipulatori victo per iniuriam iudicis, in quas condemnari omnino dominus debuisset in pœnam litis temerariæ, si nulla stipulatori facta fuisset iniuria? An non hoc esset iniuriã factam reo, nocere procuratori, saltem quod ad expẽsas litis? Quidni verò perinde hoc iniquum sit, ac si noceret quantum ad sortem? Aut cur dicamus cum Baldo interdum ad accessoria teneri eum qui ad principale non teneatur? Sed si reus qui iurauit se nihil debere procuratore deferente, hoc ipsum probare non possit, cùm à domino ipso conuentus atque ita vel condemnatus iam sit, vel in eo saltem sit, vt cõdemnari omnimodo debeat (parum enim refert) quamuis negari non possit quin eius intersit, non aliter tamen ex stipulatione agere potest, quàm si doceat probétque non modò se iam condemnatum esse, aut cõdemnatum iri, sed etiam iustè id factum vel futurum esse, cùm alioqui iniuria quæ ipsi fieret, vel facta esset, vt que non deberet, vt diximus, procuratorem cõtingere *d. §. cùm autem.* Porrò non potest docere se iustè cõdemnatum esse, aut condemnari debere, quin hoc ipso euidenter doceat se periurum, cùm iurauerit nihil se debere. Non ergo potest dicere sua quicquam interesse ex iusta & honesta causa, quandoquidem nihil eius penitus interesset, si non peieraſſet. Non debet autẽ ex periurio suo & improbitate actionem vllam consequi, aut actionis ipsi iure competentis emolumẽtum vllum *l. itaque* 12. *infr. de furt. l. vlt. hoc tit.* Planè si dominus qui delationem iurisiurandi à procuratore factam ratam habere noluit, succubuerit, litémq; amiserit, certum est quod ex Marcello ad Iulianum notatur *in d. l. si fine. §. Marcellus.* nihil præter impẽdia litis in stipulationẽ de rato deductum intelligi debere, quia nec nisi propter impendia quicquam interest stipulatoris, nimirum si ad ea non fuerit condemnatus dominus, qui litem amisit. Hoc enim potest etiam interdum contingere, & contingit sæpenumero non tantùm de facto, vt loquuntur, sed etiam ex iuris ratione, quoties creditur is, qui succũbit, iustam habuisse causam litigandi *d. l. qui solidum* 78. §. 1. *de leg.* 2. quod ipsum in iudicis arbitrio & æstimatione positum est. Marcelli tamen sententiæ supradictæ valde obstare videtur, quod Venuleius respondit in *l. procurator* 8. §. 1. *eod. tit. Rat. rem haber.* si procurator à vero debitore pecuniam exegerit & satisfecerit ratam rem dominum habiturum, mox dominus de eadem pecunia egerit, & litem amiserit, commissi stipulationem in totum, & sortis quoque nomine. Nam quod Accursius & Bartolus, vt scopulum hunc euadant, Venuleium intelligunt de falso procuratore, qui nullum prorsus mandatum habuerit, Marcellum autem de vero procuratore, sed de cuius mãdato dubitabatur, etsi quod ad Venuleium pertinet, verissimũ est, cùm lex ponat reũ, etiam pro quo iudicatũ sit, manere nihilominùs debitorem, quod tamen falsum esset, si vero procuratori soluisset, qui accipiendæ solutionis ius habuisset, *l. hoc iure* 96. *& l. vero procuratori* 12. *infr. de solut.* nisi quod fieri potest, vt falsus procurator fuerit ad exigendum, sed tamen verus ad agendum. Nec enim procuratori in litem dato rectè soluitur, nisi ad hoc quoque mandatum habuerit *dict. l. hoc iure.* Attamen quod ad Marcelli speciem attinet, commentitium videtur, nec ex Marcelli verbis colligi potest, neque vno casu minùs quàm alio illa ratio procuratori fauere videtur, quæ Marcellum mouit, quòd non nisi impendiorũ nomine intersit stipulatoris, qui in lite pro negotio principali obtinuit. Cúmq; hæc lex de eo procuratore loquatur qui nullum penitus mandatum habuit ad deferendum iusiurandum, quod & Bartolus fateri tãdem cogitur, magis accedit hic casus ad Venuleij quã ad Marcelli speciem, vt proinde dicendum esset, in casu huius legis, permittendum stipulatori etiam de periurio suo docenti agere ex stipulatione contra falsum procuratorem, nisi ea ratio fortior esset, quam attulimus, quod non ex honesta causa eius intersit. Existimo illud ipsum hîc dicendum, quod iam diximus, aliud esse tractare de effectu actionis competentis & institutæ, aliud verò de iure stipulationis commissæ, & exercendæ actionis. Stipulatio de rato apud Venuleium in totum committitur, vt ex ea possit stipulator agere ad totum id, quod ipsius interest, quia

BIU Cujas

verum est dominum non modò ratum non habuisse, sed etiam factum sui procuratoris improbasse. Sed effectu inspecto nihil hoc casu veniet in taxationem eius quod interest, præter impendia litis, cùm dominus qui ratum habere noluit, litem amiserit, idque est quod Marcellus ait, nihil hoc casu præter impendia in stipulationem deduci, hoc est, deductum intelligi, cùm de taxando eo quod interest, tractatur, non quasi pro parte tantùm commissa sit stipulatio, quæ non magis pro parte committi potuit, quàm pro parte ratum haberi *l. 4. §. Cato in fin. de verb. oblig.* sed quia commissa etiam in totum stipulatio nunquam ad aliud competere potest, quàm ad id quod reuera interest stipulatoris *l. si commissa 13. Rat. rem haber.* & quidem ex honesta causa, vt dixi. Quod ab interpretibus nostris intellectum non est, qui post longas contentiones tandem concludunt, Vlpiani sententiam in hac lege eam esse, vt possit stipulator etiam docens de periurio suo, non tantùm condēnationem sed etiam exactionem & solutionem sortis consequi ex hac stipulatione, propterea quod lex dicat & ponat agere illum ex stipulatione iis verbis *siue ex stipulatione de rato agat.* Nos verò non negamus quidem agi ex hac stipulatione posse, nec tantùm de facto, sed etiam de iure, cùm verè commissa stipulatio sit, quod vnũ inspiciendum est *l. qui Romæ 122. §. Agerius & pass. de verb.obl. l. nuda 5. C. de contr. & committ. stipul.* quia sc. verum est, dominum ratum non habuisse, atque ita extitisse condicionem stipulationis vt *in d §. Agerius l. quo enim 12. § Iulianus.* Sed dicimus, vt maximè commissa stipulatio sit, nihil tamen ex ea consequi stipulatorem posse, quia nihil eius interesse videri potest ex honesta causa, sed tantùm ex causa periurij, quæ inhonestissima & turpissima est. Melius itaque faceret si ex stipulatione non ageret, séque inanibus sumptibus non vexaret, vt in specie *l. 1. supr. de inoff. test.* Illud verò longè absurdius est, quod iidem interpretes addunt duce Accursio, non posse procuratorem ex ea stipulatione conuentum obiicere stipulatori turpitudinem periurij, cùm ipse ei detulerit *arg. l. qui iurasse 26. inf.* quasi vero periurij huius particeps fuerit is, qui iusiurandum detulit, aut quasi idem sit iusiurandum deferre & periurio consentire, quod ridiculum est: nisi ponas deferre quem iusiurandum ei, quem certò sciat peieraturum, si hac parte Theologis nostris magis credimus, vt credere debemus, quàm prudentibus nostris, qui ethnici & pagani fuerunt. Nec sanè quicquam causæ est, cur peierantis turpitudinem allegare & obiicere prohibendus sit is, qui iusiurandum detulit cùm rem licitam fecerit, & legibus permissam, quibus tamen nihil placere potest, quod sit turpe, quandoquidem primum legis præceptum est, honestè viuere, cum quo pugnant omnia, quæ turpitudinis maculam & participationem aliquam habent, vel minimam *l. filius 15. & præced. inf. de cond. instit. l. generaliter 26. & seq. de verb. obl.* Illud certè non displicet quod Bar. notat, nemini permittendum esse, vt turpitudinem suam alleget ad fundandam suam intentionem *d. l. itaque 12. de furt. l. mercalem 5. & tot. tit. C. de cond. ob turp. vel iniust. caus. l. transactione finita 30. C. de transact. l. si creditoribus 5. C. de seruo pign. dat. manum.* sed tantùm ad fundandam exceptionem suam aut replicationem, si modò contra eum qui fuerit particeps turpitudinis vt *in l. de tutela 7. C. de integ. restit. minor.* quique certet de lucro, allegans autem turpitudinem de damno *ex l. viro 39. infr. solut matr. l. 4. Marcellus de doli mal. except.* Non etiam si contra eum qui non sit particeps turpitudinis *d. l. transactione, & d. l. si creditoribus cum simil.* nisi, inquit Bart. ab alio iam detecta fuerit, vt in *l. antepen infr. de suspect. tutor. l. relegatorum 7. in fi. de interd. & releg.* exceptis casibus *c. tertio loco Extr. de præsumpt. Auth. nouo iure C. de pœn. iud. qui malè iud. l. quisquis in fi. C. ad leg. Iul. maiest.* Sed quod addit probari hanc exceptionem ex hac lege, admitti certè non potest. Qui enim se nihil debere iurauerat procuratore deferente, licèt posteà domino condemnetur tanquam verus debitor, non ideo tamen periurus probatur, cùm fieri possit, vt vel per absentiam & contumaciam suam fuerit condemnatus, potiùs quàm quòd malam causam habuerit vt in *l. si ideo 55. inf. de euict.* vel quo alio suo vitio bonam causam perdiderit, vt in *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. pen. de solut. l. ex contractu 44. in fi. de re iud.* aut per sordes aut per ambitionem, aut imprudentiam, & imperitiam, vel denique iniuriam iudicis vt in *d. l. si per imprudentiam 51. de euict. l. exceptione 67. de fideiuss. l. seruo 65. §. cùm Prætor inf. ad SC. Trebell.* Tum verò quid si agat ex stipulatione de rato, antequam fuerit condemnatus? Potest enim statim atque dominus certior factus ratum non habuerit, si modò ἐν πλάτει hoc intelligas, & cum aliquo temperamento & spatio temporis nec minimo nec maximo, quamuis secuta quandocunque ratihabitione obstatura sit exceptio doli mali *l. quo enim 12. § Iulianus Rat. rem haber.* Nec expectandum est, vt feratur sententia nisi in casu *d. l. procurator 8. §. vlt. eod. tit.* In quo differt hæc stipulatio à stipulatione amplius non peti quæ non nisi lite contestata committitur, vt bene Accursius notat ex *l. amplius non peti 15. eod tit.* Quis hoc casu turpitudinem actoris detexerit? Non ergo verum est, quod vult Bartolus in specie huius legis, Agentem ex stipulatione de rato etiam postquam condemnatus est, detegere suam turpitudinem iam ab alio detectam, suúmque periurium. Nam nec vlla turpitudo est eius qui condemnatus est, nisi de periurio, aut ex alia causa famosa condemnatus fuerit *l. furti 6. §. 1. & pass. de his qui not. infam. l. infamem 7. de public. iudic.* Sed tota turpitudo actoris huius in eo est, quòd agens ex stipulatione de rato, siue iam condemnatus sit, siue non sit, non aliter potest vincere, quàm si doceat ipse de suo periurio: probando scilicet & affirmando se debere, quod antea non debere se iurauerat, vt suprà explicauimus. Detegit itaque nunc primùm suam turpitudinem nondum ab alio detectam, cùm agit ex stipulatione, cùm non aliter nec prius agere possit ex stipulatione de rato, quàm si probet stipulationem esse commissam, quæ porrò nec aliter commissa videri potest ad id quod interest, quàm si actor probet sua interesse: quod ipsum denique non aliter probare potest, quàm si non modo affirmet [nemo enim ex sola sua adfirmatione condemnationem extorquere potest] sed etiam doceat se debere: quod cùm facit hoc ipso docet de suo periurio, ac proinde non nisi ex inhonesta & turpi causa sua interesse. Quæ res inutilem & inefficacem facit ipsius actionem, quāuis alioquin ipso iure cōpetentem. Ex quib. apparet quàm malè tota hęc lex ab interpretibus accepta sit, totlicèt commētariorum ambagibus onerata, quos nisi refellere necesse fuisset, breuiores nos hîc esse potuissemus.

19. IDEM

19. IDEM libro 26. ad Edictum.

SI itaque mandatum fuit procuratori vt petat: ille autem iusiurandum detulit: aliud facit, quàm quod mandatum est.

Ad l. Si itaque 19.

RAT. DVB. Cui mandatum est vt aliquid faciat, mandata censentur ea quoque omnia antecedentia, per quæ ad illud faciendum, quod mandatum est peruenire potest *vulg. l. 2. supr. De iurisd. l. ad rem mobilem 56. l. ad legatum 62. supr. De procurat.* Ergo si procuratori mandatum fuerit, vt aliquid petat, mandatum quoque intelligi debet vt petitionem suam probet omnibus iis modis, quibus probare poterit, cùm certum sit petitorem nũquam aliter posse vincere, quàm si suam intentionem plenissimè probauerit, aduersario nihil etiam ex parte sua præstante *l. 4. C. de edẽd. l. vlt. C. de rei vind. l. actor quod asseuerat 23. & pass. C. de probat.* Atqui iurisiurandi delatio, probationis species quædam est, & quidem maxima *l. non erit 5. §. dato iureiurando l. sed si possessori 11. §. vlt. supr. l. eum qui 30. in princ. infr. hoc tit.* Ergo huic procuratori mandatum quoque intelligitur, vt ad probandam petitionem iusiurandum aduersario deferat, præsertim si aliæ omnes probationes deficiant, cùm eo casu hoc ipsum etiam tutori permittatur *l. tutor pupilli 35. infr. hoc tit.* vt diximus ad *l. iusiurandum 17. §. si tutor supr. eod.* DEC. Procuratori diligẽter custodiendi sunt fines mandati *l. diligenter 5. inf. mandat.* ne scilicet plus vnquã faciat quàm ei mandatum sit. Tantùm abest, vt aliud quicquam facere debeat, quàm quod ei mandatum est. In eo namque in quo procurator fines mandati egreditur, perinde falsus procurator, & vt Bartolus loquitur, funditus falsus esse intelligitur, acsi nullum penitus mandatum haberet, sicuti falsum procuratorem possumus & debemus eum dicere, qui tanquam procurator exegit & accepit solutionem, cùm ad agendum duntaxat cõstitutus esset vt in *l. procurator 8. §. 1. rat. rem haber. l. hoc iure 96. De solut.* licèt soleat non in totum falsum videri id, quod veritatis primordio adiuuatur, vt Papinianus loquitur *in l. cũ filius 76. §. heres meus De legat. 2.* Atqui longè aliud est mandare procuratori, vt petat, aliud verò vt iusiurandum deferat. Ideò enim constituitur procurator ad agendum, vt possit vrgere condemnationem, atque ita consequi solutionem: qui verò iusiurãdum defert aduersario, cùm testem illum adeoque iudicem faciat in causa propria *l. 1. infr. Quar. rer. act. non det.* magno se periculo exponit amittendæ litis, cùm credibile sit eum cui iusiurandum defertur, iuraturum potiùs quàm relaturum, atq; ita litis victoriam sibi facto suo comparaturum, & actori actionem adempturum: quod alio vllo præterea casu nunquam contingit *l. si seruum 91. §. nunc videamus De verb. obl. l. Granius 71. §. pen. De fideiuss. l. vlt. De pact.* Tantúmq; abest, vt iurisiurãdi delatio sit antecedẽs quoddã necessarium ad obtinendum, vt sit præparatorium quid potiùs ad incurrendum damnum litis, quamuis per accidens possit etiam ad victoriam prodesse, si qua fortè ex causa contingat eum cui iusiurandum delatum est, referre mallẽ quàm iurare, eũ verò qui detulit malle iurare. Quod autem obiecimus iusiurandum habere vim probationis, ita sanè est, sed pro eo qui iurauit, non pro eo qui detulit nisi ex accidente, si iurare eum contingat aduersario referente vt diximus. Verum igitur est quod hîc Vlpianus scribit, si mandatum sit procuratori vt petat, ille verò iusiurandũ detulit, non modò plus eum fecisse quàm mandatum ei fuerat, sed etiam aliud fecisse quàm quod ei mandatum est: quomodo etiam solemus dicere non teneri fideiussorem, non solùm si in duriorem causam se obligauerit, sed & multò minùs si in aliam *l. Græcè 8. §. si quis Stichum infr. De fideiuss.*

20. PAVLVS libro 5. ad Edictum.

SEruus quod detulit, vel iurauit, seruatur, si peculij administrationem habuit.

Ad l. Seruus 20.

RAT. DVB. Is qui in alterius potestate est, siue filiusfamilias siue seruus sit, condicionem eius cui subiectus est, deteriorem facere nullomodo potest *l. quanto magis 24. in fin. infr. hoc tit. l. melior 131. De regul. iur. l. soluendo 39. supr. De negot. gest.* Atqui facit deteriorem condicionem domini seruus, qui iusiurandum defert, cùm aduersarium suum testem & iudicem faciat in causa propria, vt proximè diximus ex *l. 1. infr. quar. rer. act. non det.* Idémque in filiofamilias iuris est, vt deferens iusiurandum hoc ipso deteriorem faciat condicionem patris. Neutri ergo permittendum est vt deferat, nisi patre vel domino sciente & consentiente. Nec quod circa rem peculiarem iusiurandum delatum sit, ad rem facere valde videtur, cùm peculiũ non sit filij, multo minùs verò serui nisi conniuentibus oculis, vt Seneca dicebat, reuera tamẽ magis sit patris aut domini *l. 3. §. sed vtrum l. patri 27. in princ. supr. De minor.* DEC. Peculium est pusillum quoddam veluti patrimonium filijfamilias, vel serui à rationibus paternis & dominicis separatum, deducto tantùm eo quod patri, vel domino debetur *l. depositi 5. §. vlt. infr. De pecul.* eiúsque liberam administrationẽ filiusfamilias, vel seruus habere intelligitur, si non aliud dictum sit in cõcedendo peculio, aut nisi quid superuenerit propter quod non debeat ea administratio libera permanere *l. libera 48. in princ. eod.* Vnde est quod cui administratio peculij data est, etiam delegare suum debitorẽ potest *d. l. libera §. 1. l. vlt. in princip. infr. De nouat. & l. prox. seq.* Atqui iusiurandum nouationis & delegationis cuiusdam vim obtinet *l. qui iurasse 26. §. vlt. infr.* Permittendum igitur vtrique est, tam seruo quàm filiofamilias, vt iusiurandum aduersario deferat de re peculiari quasi ex domini vel patris sui voluntate, *vt in l. quod seruus 35. infr. De solut.* nihilq; aliud ei prohibitũ est, nisi vt donet, quia donare perdere est *l. filius famil. 7. in princ. inf. De donat.* sicuti diximus ad *l. iusiurandũ 17. §. vlt. sup.* posse procuratorẽ quoq; iusiurandũ deferre, si liberã habeat administrationẽ siue totorum bonorum, siue solius eius causa in qua deferat, quoniam ex domini volũtate hoc facere intelligitur, qui talem ei tantámq; concessit potestatem: sibique debet imputare dominus, qui siue seruo suo siue procuratori eã potestatem concesserit, talemq; administratorem rerũ suarũ elegerit *d. l. 3. §. vlt. supr. De min.* Extra causam peculiarem id planè obtinet & in dubitandi ratione attulimus. Nam de sola causa

BIU Cujas

peculiari hæc lex loquitur, quæ sicut hac parte, vt in aliis ferè omnibus seperanda est à cæteris causis, ita eandem serui quam filijfamilias condicionem facit *l. quidam putant 22. infr.* Extra quam si seruus iusiurandum detulerit, aut aliter nouare obligationem noluerit, non solùm ratum id habendum non est, sed neque ex ea delatione quasi ex contractu serui de peculio teneri debet: quod in filiofamilias, si etiam extra causam peculiarem iusiurandum detulerit, diuersum est *d. l. depositi 5. §. si filiusfamilias infr. De pecul.* quod Accursius noster non intellexit, vt dicemus ad *d. l. quidam.* Iunge *l. non ideo 25. infr. De nouat.*

21. GAIVS libro 5. ad Edictum Prouinciale.

HVic enim solui quoque rectè potest, & nouandæ obligationis ius habuit.

Ad l. Huic enim 21.

RAT. DVB. Iusiurandum etiam nouationis & delegationis cuiusdam vim obtinet, vt proximè diximus *ex l. qui iurasse 26. §. vlt. infr. hoc tit.* Atqui non ideò nouare veterem obligationem quisquam rectè potest, quòd interdum rectè ei soluatur *l. non ideò 25. iunct. l. cui rectè 10. infr. De nouat.* Eiúsque rei exemplum adfertur in *dicta l. non ideò* in his qui in nostra potestate sunt, quibus rectè interdum soluitur quod ab ipsis creditum est, cùm tamen nemo eorum per se nouare priorem obligationem iure possit. Non ergo bona ratio & consecutio est, quæ ex Caio adfertur in hac lege, vt seruus nouandæ obligationis ius habeat ob id solùm, quod ei solui quoque rectè possit. DEC. Regula iuris est: Eum cui rectè soluitur, etiam nouare posse *d. l. cui rectè.* Et quamuis ea regula suas patiatur exceptiones *d. l. cui rectè, & d. l. nõ ideò*, vt & cæteræ ferè omnes *l. omnis definitio 202. iunct. l. 1. in fin. De regul. iur.* non eò minùs tamen vera iuris regula est, & consequenter non potest non esse bona ratio quæ ex ea sumitur, nisi cùm tractatur casus aliquis qui sit de numero exceptorum, vt in *d. l. cui recte ex d. l. non ideò.* Malè igitur, & nimis audacter Accursius noster rationem hanc Iureconsulti malam esse scripsit, cùm accommodanda sit ad legem præcedentem, in qua non de alio seruo tractatur, quàm qui administrationem peculij habuerit, & quidem liberam. De hoc autem seruo dubitat nemo quin & solui ei possit, & nouandæ obligationis ius habeat *l. vlt. eod. 1. quod seruus 35. infr. De solut.* Extra causam peculiarem aliud est, vt diximus ad legem præcedentem, & de eo solo casu intelligi debet, quod scriptum est in *d. l. non ideò.* Iunge quæ scripsimus ad *l. rogasti 11. §. vltimo supr. titulo proximo.*

22. PAVLVS libro 18. ad Edictum.

QVidam putant & de peculio actionem dandam in dominum, si actori detulerit seruus iusiurandum. Eadem de filiofamilias dicenda sunt.

Ad l. Quidam putant 22.

RAT. DVB. Magna in iure nostro differentia est inter filiumfamilias, & seruum. Nam filiusfamilias ex omnibus causis præterquàm ex voto & mutuo obligatur *l. filiusfamilias 49. infr. de oblig. & act.* & patrem suum à cuius potestate est, obligat de peculio *l. si quis cum filiofamilias 44 infr. de pecul.* Seruus autem ex suis contractibus neque obligatur ciuiliter, neque dominum suum obligat, ne quidem de peculio, quia nec nasci potest actio de peculio, quin præcedat aliqua ciuilis obligatio. Ex contractu autem serui nec seruus ipse obligari ciuiliter potest, sed naturaliter tantùm *l. nec seruus 41. infr. de pecul.* cùm non habeat personam integram, quia non habet caput in ciuitate *l. 3. §. vlt. & l. seq. supr. de capit. minut.* nec dominus, nisi quatenus ex eius voluntate seruus contraxit, quod non contingit nisi circa res peculiares *l. quod seruus 35. de solut.* Alia igitur hac parte constituenda est filiifamilias ratio, alia serui: vt si filiusfamilias quidem iusiurandum detulerit, ex eo iureiurando possit actio de peculio dari contra patrem quasi ex ea causa cum filiofamilias cõtractum sit; si verò seruus detulerit, aliud dicendum sit. Atque ita disertè scribit Vlpianus in *l. depositi 5. §. si filiusfamilias infr. de pecul.* DEC. Differentia quidem est inter filiumfamilias & seruum in rebus non peculiaribus, sed in peculiaribus nulla est, quoniam vtilitatis dominorum gratia perinde capax est seruus atque filiusfamilias habendi peculij, & ex ea causa contrahendi, adeoque dominum obligandi de peculio, cùm vterque contrahat hoc casu, hic ex patris, ille ex domini voluntate *d. l. quod seruus.* hac sola differentia, quòd cùm seruus de re peculiari contrahit, solus dominus obligatur ciuiliter de peculio, & consequenter primò per se ac principaliter, cùm autem filiusfamilias contrahit, obligatur ipse primò & principaliter: pater autem non nisi accessoriè *dict. l. si quis cum filiofamilias.* Atqui lex hæc eum casum tractat, de quo in *l. seruus 20 supr.* id est de seruo iusiurandum deferente circa res peculiares, quarum liberam administrationem habuit. Est enim vterq; locus ex eodem eiusdem Pauli libro 18. *ad Edictum.* Et hæc lex proinde coniungenda cum *d. l. seruus*, quod & verba illa huius legis demonstrant, *& de peculio actionem in dominum dãdam.* Articulus enim & cùm sit implicatiuus, ostendit eandem prioris legis speciem retineri. Meritò igitur Paulus nullã in hac specie agnoscit differentiam inter filiumfam. & seruum, quam tamen agnoscit & constituit Vlpianus in *d. §. si filiusfam.* quia tractat eo loco de filiofam. aut seruo, qui iusiurandum detulerit de re non peculiari. Atque ita Vlpianus & Paulus conciliandi sunt, non quomodo putat Accurs. comminiscens apud Vlp. non habuisse seruum liberam peculij administrationem, apud Paulum habuisse: Vel hîc delatum fuisse iusiurandum à seruo extraiudicium, ibi verò in iudicio quod nõ sicut cum filiofamilias ita & cum seruo cõsistere potest ex *l. multo magis 24. infr. l. cum seruo 107. de regul. iur.* quæ omnia commentitia sunt, & ab vtriusque loci & sensu & verbis aliena. Iunge quæ diximus ad *d. l. seruus*, & dicemus *ad l. seq.*

23. Vl-

BIU Cujas

23. VLPIANVS libro 26. ad Edictum.

SI seruus iurauerit, dominum dare non oportere, exceptio domino indulgenda est, sibíque aduersarius imputabit, qui seruo detulit iusiurandum.

Ad l. Si seruus 23.

RAT. DVB. Eadem ratio esse debet, vt videtur, deferendi iurisiurandi & accipiendi, cùm dici soleat contrariorum eandem esse disciplinam & correlatiuorum *l. 1. Cod de cupress. lib. 12. tit. vlt.* Atqui seruus deferre iusiurandum non potest, ne faciat condicionem domini sui deteriorem *l. prox. infr.* nisi in rebus peculiaribus quarum liberam habeat administrationem *l. seruus 20. supr.* Ergo nec iurare potest, in rebus scilicet non peculiaribus, de quibus solis hæc lex intelligenda est, neque ex tali iureiurando serui qui iurauit dominum dare non oportere, exceptio vlla domino accommodanda & indulgenda est. DEC. Melior condicio domini fieri potest per seruum, quem in potestate habet, deterior non potest *l. melior 131. de regul. iur.* Fit autem melior, cùm per seruum exceptio aliqua vel etiam actio domino acquiritur: deterior autem cùm seruus iusiurandum defert aduersario, non quidem in iudicio, vt Accursius ad legem præcedentem notabat, cùm id fieri non possit, & semper supponendi sint termini habiles *l. tutor pupilli 35. §. 1. infr.* sed extra iudiciũ, vt & *in l. seq.* Nec habet iustam conquerendi causam is qui seruo alieno iusiurandum detulit: sibi enim debet imputare, cur vltro detulerit, cùm non cogeretur, sciretque aut scire deberet futurum, vt ex eo serui iureiurando exceptio domino acquireretur, & quidem inuito, vt & cætera omnia quæ per seruum acquiruntur extra causam hereditatis *l. etiam 32. infr. de acquir. rer. domin. l. seruus vetante. 62. de verb. oblig. iunct. l. qui in aliena. de acquir. hered.* præsertim, cùm neque ex accidenti sperare aliquod commodum ex delatione possit is, qui seruo iusiurandum defert, quia seruus etiamsi iurare nolit, referre tamen non potest, non magis quàm deferre, *leg. prox infr.* secundùm Florentinam lectionem. Verbum enim *referendi* etiam deferendi significationem continet, sicut & verbum *reddendi* dandi quoque significationem habere dicitur *leg. verbum reddendi 94. de verbor. significat.* Ergo quod à Paulo scriptum est *in dict. leg. seruus 20. supr.* Iusiurandum quod seruus detulit, vel aduersario deferente præstitit, seruandum esse, si peculij administrationem habuit, non ita accipiendum est, quasi non aliter seruandum sit iusiurandum serui, quàm si iurauerit circa rem peculiarem, cuius liberam habeat administrationem: quomodo intelligere videtur Accursius, sed sic potius vt in rebus peculiaribus, quarum liberam administrationem seruus habet siue iusiurandum seruus detulerit, siue iurauerit, omnimodo id seruandum sit, in rebus verò non peculiaribus, non æquè seruandum sit quod seruus detulit, seruandum tamen sit, quod ipse iurauit, ex ratione quam diximus: & quæ ab Vlpiano hîc adfertur, quæ ad delationem à seruo factam non perinde accommodari potest. Cur ergo inquies, ita Vlpianus hîc loquitur *exceptio domino indulgenda est*, quasi hoc ius sit ex indulgentia magis quàm ex vera meráq; iuris ratione? Solet namque indulgentia opponi iuris rigori *l. cùm militi 16. §. 1. infr. de compens.* Et sanè ita est, non quia non sit ex iuris rigore; vt per seruum & actiones & exceptiones domino acquirantur, aut quasi iurare non sit facti magis quàm iuris, eorum autem quæ facti sunt etiam serui sint capaces *l. nec seruus 41. de pecul. l. qui heredi 44. de condic. & demonstr.* sed quia iusiurandum non tantùm conuentionis, sed etiam iudicij adeóque rei iudicatæ instar obtinet *l. 1. & 2. sup. l. qui iurasse 26. in fin. infr. hoc tit.* Vnde est, quod qui non compelluntur in aliquo loco iudicium accipere, nec in eo iurare compellendi sunt *d. l. tutor §. vltim.* Cui consequens est, vt nec alius ex iuris ratione ad iurandum admitti debeat, quàm cum quo possit etiam iudicium consistere, vt lex etiam sequens innuit. Indulgentia igitur domino necessaria est, ne iuris ratio sola eum damno adficiat vt *in l. 3. de separat.* in ea re in qua nullum damnũ sentire videatur is qui detulit, quippe quod non nisi ex culpa & voluntate sua sentiat *l. quod quis 203. de regu. iur.*

24. PAVLVS libro 29. ad Edictum.

MVlto magis proderit patri religio filij, cum quo etiam iudicium consistere potest. Ipsi autem referentes, conditionem eorum, quibus subiecti sunt, non faciunt deteriorem.

Ad l. Multo magis 24.

RAT. DVB. & DECID. eadem est quæ ad legem præcedentem, vt in plerisque solet eadem ratio esse filiifamilias & serui, quod & in proposito contingit: nisi quod cùm iusiurandum seruo defertur etiam extra iudicium, seruatur ex indulgentia iusiurandum serui, vt diximus *ad l. præced.* nimirum quia iudicium cum seruo non potest consistere *l. cum seruo 107. de reg. iur. l. 3. §. si seruus infr. de pecul.* at cum filiofamilias potest *l. tam ex contractibus 57. iunct. l. si longius 18. §. 1. supr. de iudic. d. l. 3. §. idem scribit de pecul. l. filius familias 49. de oblig. & action.* Ideóque dicendum est seruari iusiurandum filiifamilias, & ex eo acquiri domino exceptionem, non ex indulgentia, sed ex mero iuris rigore. Idq; est quod Paulus hîc scribit, multo magis prodesse debere patri religionem filij, quia cum filiofamilias etiam iudicium consistere potest, vt nulla hîc opus sit indulgentia. Quod autem in hac lege sequitur filiumfamilias & seruum referentes iusiurandum, quomodo scriptum est in Pãd. Florent. aut, vt vulgata editio habet *deferentes* [parum enim interest cùm deferat etiam is qui refert, vt proximè diximus ex *leg. verbum reddendi 94. de verb. significat.*] condicionem eorum quibus subiecti sunt non facere deteriorem, ostendit manifestè legem hanc loqui de rebus non peculiaribus, sicut & præcedẽtem cui hæc coniungitur. Falsum enim esset, non posse filiumfamil. aut

BIU Cujas

seruum deferre iusiurandum de rebus peculiaribus, quarum liberam habent administrationem *l. seruus quod detulit 20. supr.* Nam & in huiusmodi rebus deteriorem facere possunt patris vel domini condicionem, in aliis causis non possunt *l. nec filius 7. C. hoc tit. l. seruus 5. l. filius 23. C. de pact. l. is qui heres 13. §. vlt. infr. de acq. hered. iunct. l. qui in aliena 6. in princip. eod. tit. l. melior 131. de regul. iur.*

25. VLPIANVS libro 26. ad Edictum.

SEd & si seruus meus, delato, vel relato ei iureiurando, iurarit rem domini esse, vel ei dari oportere, puto dandam mihi actionem, vel pacti exceptionem, propter religionem, & conuentionem.

Ad l. Sed & si seruus 25.

RAT. DVB. Quod contra rationem iuris constitutum vel receptum est, benignè & ex indulgentia non facilè producendum est ad consequentias *l. quod verò 13. supr. de legib. l. qui negotia 34. infr. mandat.* Atqui contra rationem iuris & ex mera indulgentia receptum est, vt ex serui iureiurando etiam in rebus non peculiaribus exceptio acquiratur domino, vt diximus ad duas leges proximè præcedentes, ergo non tam facilè illud quoque indulgendum est, vt ex eiusmodi iureiurando serui acquiratur domino etiam actio. Difficilius enim acquiruntur actiones quàm exceptiones, & retentiones *l. 1. infr. de pignor. l. si in area 33. inf. de condict. ind.* Et quod dici solet, ei cui damus actionem, multo magis dãdam esse exceptionem, *l. inuitus. 156. §. cui damus de regul. iur. l. 1. §. is autem de superfic.* ostendit satis non posse bonam esse consecutionem, vt cui datur exceptio, æquè ac tam facilè danda sit actio.

DEC. Vbi eadem ratio vrget, siue iuris, siue æquitatis, ibi ius idem constituendum est *vulg. l. illud 32. supr. ad leg. Aquil. l. 3. §. vnde etiam infr. de inoff. test.* etiam in iis quandoque, quæ iure singulari siue constituta siue recepta sunt, *l. singularia 15. supr. tit. prox. l. non possunt 11. & seq. supr. de legib.* id est, non tam contra quàm præter rationem iuris, quale hoc est, de quo agimus. Quod enim domino indulgemus, vt ex iureiurando extraiudiciali serui detur ei exceptio, non pugnat omnino cum iuris ratione, quia iusiurandum & iudicium reuera differunt, sed ob id duntaxat videtur non esse recipiendum summo iure, quod iusiurandum iudicij instar obtineat. Cæterùm quæ ratio & æquitas facit, vt domino per seruum iurantem quæri possit exceptio, eadem facere debet, vt si seruus iurauerit rem esse domini, vel domino dari oportere, danda sit actio domino, vindicatio quidem priore casu si possideat is, qui iusiurandum detulit, contrà quàm ponit Accursius, condictio autem posteriore, quomodo daretur exceptio, si posset illa sufficere, nec actione dominus indigeret, idq; *propter religionem & conuentionem*, vt addit Vlpianus, quia nimirum tractat de iureiurando conuentionali non iudiciali, vt diximus. Omni namque casu sibi debet imputare is, qui seruo iusiurandum detulit, nec habet quod de alio, quàm de se conqueratur *l. si seruus 23. supr.* Simile quodammodo est, quod iudicati tempus, quod ex indulgentia, nec tam contra, quàm præter iuris rationem, condemnatis indulgetur *l. cùm militi 16. §. 1. infr. de compensat.* porrigitur etiam ad eos qui in iure confessi sunt, tanquam ad casum similem *l. certum 6. §. vlt. infr. de confess.* nempe quia confessus in iure pro iudicato est, qui sua quodammodo sententia damnatur *l. 1. eod. tit.*

26. PAVLVS libro 18. ad Edictum.

QVi iurasse dicitur: nihil refert, cuius sexus, ætatísve sit. omni enim modo custodiri debet iusiurandum aduersus eum, qui contentus eo, cùm deferret, fuit. quamuis pupillus non videatur peierare, quia sciens fallere non videatur.

Ad l. Qui iurasse 26.

RAT. DVB. Ei demum iusiurandum deferri potest, qui si velit etiam possit peierare. Cur enim defertur iusiurandum, nisi vt metu peierandi malit aut iusiurandum referre, aut succumbere, quàm iurare? *l. quæ sub condicione 8. infr. de condic. instit. l. illud 25. §. 1. infr. de constit. pecun.* Alioqui esset stultissimus, qui iurare ex aduersarij delatione nollet, atque ita vincere, si certus esset se non posse peierare. Atqui pupillus peiera re non potest, quia is solus peierat qui sciens fallit, vt sæpius iam diximus ex vetere illa iurisiurandi formula cuius inter cętera verba hęc solemnia fuere *si sciens fallo*, pupillus autem sciens fallere non potest, qui in ea ætate illa etiam quæ videt ignorare creditur *l. 1. C. de fals. monet. l. vlt. infr. de iur. & fact. ignor. l. pupillus 9. de acquir. hered. l. impuberem 22. infr. de leg. Cornel. de fals.* nec multum status eius à furioso condicione distat *l. Fulcinius 7. §. planè inter-*

dum infr. quib. ex caus. in possess. eat. Et quamuis aliàs distingui soleat in pupillo, an sit proximus pubertati, & doli capax nécne, id tamen ad ea pertinet, quæ non magnam machinationẽ exigunt, vt scriptum est in *l. quid enim 14. & in l. præced. supr. de dolo.* Quid autem maiorem exigit machinationẽ quàm periurium, & animus peierandi [nec enim sine animo peierandi periurium fit] quo id agit qui iurat, vt prætextu religionis non tantùm aduersario illudat sed ipsi etiam Deo? Ergo pupillus quia peierare nõ potest, nec iurare posse credendus est. Potest quidẽ pupillus, vt & maior quilibet falsum iurare, sed non falsò, & fallendi animo ac peierandi, aduerbia autem illa sunt, nõ adiectiua, quæ in hominum actionibus moralibus maximè attendenda sunt, cùm in bonis quoque non tam inspiciendum sit, an rem per se bonam quis fecerit, quàm vtrum benè. DEC. Ei qui semel voluit non fit iniuria *l. in diem 9. §. 1. inf. de aqua*

BIU Cujas

de aqua & aquæ pluu. arcend. Qui autem pupillo iusiurandum detulit, semel eo contentus fuit, vt pupillus iuraret. Non ergo pupilli iusiurandum impugnare postea potest ea sola ratione, quòd pupillus peierare non possit, quia nec posset conqueri si pupillus peierasset, sibique debet imputare, cur vltro iusiurandum pupillo detulerit, sicut & qui impuberem procuratorem constituit ad tractanda sua negotia *l. 3. § vltim. supr. de minor.* Atque ita hic locus accipi debet, non quomodo ab Accursio, Bartolo & aliis accipitur, vt pupillus in eo distinguatur à maiore, quod cùm maior falsum iurans periurus præsumatur statim atque apparet de contrario ex *l. aliàs 18. supr.* pupillus tamen non æquè, quia non nouit fallere & verum semper iurasse videatur, vt ait Accursius, aut vt Bartolus, quia præsumendus sit oblitus etiam facti proprij, & quòd tempore iuramenti non recordetur, non enim ad præsumptionem vllam Paulus respicit, nec negat falsum esse posse, quod pupillus iurauit: nec denique ait maiorem præsumptionem esse pro pupillo, quàm pro maiore, quòd verum iurauerit, sed absolutè ait non videri pupillum peierare, his verbis *quamuis pupillus non videatur peierare* quo verbo *videatur* non præsumptionem aut fictionem significat, sed veritatem, vt intelligamus, posse quidem pupillum, vt & alium quemlibet peierare materialiter, vt ita explicem, id est, iurare falsum, sed non formaliter, id est, animo peierandi, quia sciens & volens non potest fallere, quamuis hîc quoque Paulus repetat verbum *videatur* postremis illis verbis *quia sciens fallere non videatur.* æquè veritatis non præsumptionis alicuius exprimendæ gratia: periurus namque ille est, vt iam diximus, non qui falsum iurat, sed qui sciens ac prudens & animo fallendi: nec aliud est in maiore, nisi quòd cùm peierare possit, peierandi quoque animum habuisse credendus est, quoties falsum iurasse conuincitur *d. l. aliàs.* At quoniam animus ille peierandi plerumque latet in maiore [nam in pupillo latere ideo non potest, quia nec esse potest] inde fortassis factum fuit, vt periurium impunitum sit apud homines, qui non ex præsumptionibus, sed ex certissimis probationibus infligere pœnas debent *leg. vltim. Cod. de probat.* at non apud Deum quem latere nihil potest. Meritò igitur Paulus hic concludit, nihil referre cuius sit ætatis ille cui iusiurandum defertur: omnimodo enim custodiri iusiurandum debere aduersus illum, qui contentus eo fuit. Pupillum sanè oportet eius esse ætati, vt iurare possit, vt *in leg. vltim. §. vltim. de liberal. caus.* id est, quomodo Bartolus explicat, vt fari possit: nam in eum qui fari nondum possit, hæc quæstio ne cadere quidem potest. Notandus verò casus ille est *dict. §. vltim.* in quo potest etiam pupillus iurare, etiam ad se obligandum, id est, propter operas incontinenti post manumissionem promissas patrono, qui non aliter fuerat manumissurus: regulariter enim contra est *Auth. sacramenta puberum C. si aduers. vendit.* Quod autem addit Paulus nihil etiam referre cuius sit sexus, id est, an masculus sit an mulier, rationem dubitandi repetit ex vetere iure, quo erant olim mulieres omnes in perpetua tutela propter infirmitatem & imbecillitatem consilij, vt nec satis iudicij habere videantur ad iurisiurandi sanctitatem, & religionem ponderandam arcendúmque periculum periurij. Qua etiam de causa fœminis succurri solet facilius, quàm masculis, si quid fortè per imprudentiam fecerint, aut per errorem siue iuris siue facti, si fortè de aliquo damno periclitentur *l. error facti 8. & l. sequent. infr. de iur. & fact. ignor.* Vnde & Senatusconsultum Velleianum pro fœminis introductum fuit *l. 1. l. 2. §. verba itaque & pass. infr. ad Senatusconsultum Velleian.* Sed ratio decidendi eadem est, quæ in pupillo, quod sibi debeat imputare, qui iusiurandum mulieri detulit, vt in *leg. si seruus 18 supr. hoc tit.* contentúsque esse debeat eo, quod semel voluit *ex reg. cap. quod semel placuit de regul. iur in 6.* Differentia tamen inter pupillum & mulierem euidens hæc est, quod pupillus peierare non potest, vt diximus, mulier verò potest, quia & sciens fallere potest, adeò vt nec passim Senatusconsulto Velleiano subuentum sit mulieribus, sed iis duntaxat quæ deceptæ sint, non quæ deceperint *d. l. 2. §. sed ita demum l. si mulier 23. l. si decipiendi 30. infr. ad SC. Velleian. l. 5. l. fœminis 18. C. eod. l. in eo 110. §. vlt de regul. iur.* Denique cùm mulieres non benè per omnia minorib. comparentur *l. vlt. in princip. infr. eod. ill. tit. ad SC. Velleian.* multo minùs pupillis æquiparandæ sunt.

1 ¶ Si pater filium dare non oportere iurauerit: Cassius respondit, & patri, & filio dandam exceptionem iurisiurandi.

Ad §. 1. Si pater filium.

RAT. DVB. Pater paciscendo filio, quem in sua potestate habet nullam ei exceptionem potest acquirere *l. & heredi 21. § nos autem supr. de pact.* Non enim sicuti placuit per filium familias patri acquiri posse *l. placet 79. de acquir. hered. l. 1. infr. si à parent. quis manu. sit.* ita & vicissim filiofamilias per patrem acquiri potest non magis quàm per aliam quamlibet liberam personam *l. 1. Cod. per quas person. nob. acquir.* Sed si pater filio suo quem in potestate habet, aliquid pactus sit, aut stipulatus, scilicet quod iuris sit non facti, sibi non filio stipulatus pactúsve intelligitur *l. quod dicitur patrem 130. de verb. obligat* nisi hactenus vt ipsi quoque filio solui possit, si non obligationis, sed solutionis causa stipulationi adiectus sit *l. eum qui 56. qui sibi eod. tit.* Idque adeò verum est, vt nec si postea filius cui pater pactus aut stipulatus fuit, heres patri extiterit, conualescat tamen conuentio, quæ ab initio fuit inutilis *l. si tibi 17. §. si pactus sim,* vbi diximus, *suprà de pact.* præterquàm si pater filio tanquam futuro suo heredi pactus esse proponatur, quo casu etiam directa exceptio per patrem acquisita filio intelligitur, sed tanquam hereditaria, & patri ipsi primùm acquisita, vt in *l. tale pactum 40. §. 1. eod. tit. l. pater 23. iunct. l. si ita conuenerit 9. infr. de pact. dotal. l. quodcunque 45. §. si quis ita de verb. oblig.* Extra hunc casum non magis directa aut exceptio, aut actio acquiri filio potest, si ei tanquam filio pater pactus aut stipulatus sit, quàm si quasi extraneo, licèt de vtili possit dubitari ex *d. l. si ita conuenerit & ex d. §. si quis ita.* Ergo neque iurando pater pro filio potest ei exceptionem vllam acquirere, cùm iusiurandum habeat vim pacti, stipulationis, & conuentionis *§. prox. infr.* DEC. Cùm pater

BIU Cujas

actione de peculio conuenitur ex contractu filij, eadem causa est patris conueniendi quæ filij, scilicet obligatio filij, quæ si nulla esset, nec pater de peculio conueniri posset *l. 1. si quis cum filiofamilias 44. infr. de pecul.* Est enim obligatio patris velut accessoria quæ ad principalem filij obligationem accedit, cum illa adiectione de peculio, est enim tantùm nota illa & adiectio ad principalem filij obligationem § *præterea Instit. Quod cum eo qui in alien. potest.* Ergo si pater conuentus actione de peculio iuret filium nihil debere, deferente iusiurandum eo qui se dicit creditorem, acquiretur exceptio non tantùm vtilis, sed etiam directa patri, nec minùs filio, quia vnica obligatio est, quæ sublata esse nequit respectu patris, quin sit etiam respectu filij, licèt in singulorum patris & filij persona separatim consistat, quasi propria cuiusque, vt de correorum debendi obligatione solemus dicere *l. 3. §. 1. l. eandem 9. §. vltim. infrà de duob. reis*, aut in reo principali & fideiussore *l. si testamento 49. §. vlt. de fideiuss. iunct. l. si fideiussor 19. supr. de dolo*, quamuis non ignorem patrem obligatum de peculio ex contractu filij, neque pro correo debendi, neque pro fideiussore accipiendum esse. Est enim proprium quoddam ius obligationis & actionis, de peculio. Itaque cùm ex patris iureiurando acquiritur exceptio filio, non tam acquiri alteri per liberam personam intelligitur, quàm aliquid ex ordine fieri, vt Paulus loquitur *in l. cùm vnus 12. de reb. author. iudic. possid.* id est, per necessarias iuris consequentias, quæ cum iuris ratione pugnare nunquam possunt. Et sanè cùm Paulus hîc ex Cassio scribat, si pater filium dare non oportere iurauerit, & patri & filio dandam esse exceptionem iurisiurandi, absurdum esset, ita hoc intelligere, vt in patris quidem persona esset directa exceptio, in persona verò filij vtilis, cùm debeat eiusdem clausulæ par fieri & vniformis determinatio ex *vulg. l. iam hoc iure 4. de vulg. & pupill. substit.* lõgéq; facilius sit, vt ex patris iureiurando acquiratur filio exceptio directa, quàm actio ex stipulatione patris, de qua *in d. l. si ita conuenerit 9. & l. pater 23. de pact. dotal. & in d. l. quodcunque 45. §. si quis ita de verbor. oblig.* secundum ea quæ disputauimus ad *l. prox. supr.* Sed tamen vt ex iureiurando patris acquiri filio possit exceptio, patrem iurasse oportet de obligatione filij, ex qua proficiscitur actio, quæ datur cõtra patrem de peculio, perinde atque contra filium ipsum in solidum, non de sua, i. iurare, debet non se nihil debere, sed filium nihil debere. Nam nec fieri potest vt pater non debeat vsque ad finem peculij, quod filius in solidum debet, nisi eo solo casu quo nihil sit in peculio, de quo dicemus *ad §. prox. seq.*

2 ¶ Si pater iurauerit, in peculio nihil esse: filius conueniri poterit: sed & pater ita conuenietur, vt post adquisiti peculij ratio habeatur.

Ad §. 2. Si pater iurauerit.

RAT. DVBIT. Vna tantùm ex contractu filij obligatio est, quæ datur contra filiumfamilias in solidum & contra patrem de peculio, vt proximè diximus ex *l si quis cum filiofamilias 44. infr. de pecul.* Ergo cùm pater iurat, nihil esse in peculio, sicut seipsum liberat ab actione de peculio, ita & filiũ hactenus saltem, vt acquirat ei exceptionem, aut directam, aut vtilem, per quam fiat, ne vtiliter & efficaciter conueniatur, sicuti eueniret in duobus reis *d. l. 3. §. 1. infr. de duob. reis.*

DEC. Multùm interest, an patet iuret super obligatione filij, an super actione de peculio: priore casu id obtinet, quod scriptum est in §. *præced.* vt ex iureiurando patris acquiratur exceptio, & quidem directa, non minùs filio quàm patri, quia cùm iusiurandum pro veritate habeatur non minùs quàm res iudicata, non potest verum esse, quantum ad patrem, nihil filium debere, quin idipsum verum sit, etiam quantum ad filium, nec proinde acquiri ex eo iureiurando directa exceptio patri, quin acquiratur etiam filio. At posteriore casu cùm pater deferente creditore, iurat tãtùm super actione de peculio, id est, nihil esse in peculio, apparet eo iureiurando nihil exprimi de obligatione filij, & ideo saluam & integram eam remanere, vt perinde possit filius conueniri in solidum, ac si pater nihil iurasset. Nam cùm patris obligatio de peculio non nisi accessoria sit ad obligationem filij, non potest bona esse consecutio, vt quia peculium nullum sit, ideóque nec pater de peculio teneri possit, nulla quoque sit obligatio filij: non enim sicuti sublata principali obligatione accessoria tollitur, ita è contrario sublata obligatione accessoria principalis quoque sublata videri potest. In eóque apparet quantum distet obligatio patris & filij ab obligatione correorum debendi, quæ ita est vna, vt quamuis in singulorum personis propria cuiusque consistat *d. l. eandémque §. vlt. infr. de duobus reis d. l. si testamento 49. §. vlti. de fideiuss.* in omnium tamen persona sit æquè principalis *l. 3. §. 1. de duobus reis l. rem hereditariam 65. de euict.* Planè quamuis iurauerit pater nihil esse in peculio, adhuc tamen de peculio conueniri poterit, non vt si quid in peculio fuerit, eo tempore quo iuratum est, præstari adhuc id debeat, obstat enim hac parte exceptio iurisiurandi, sed vt peculij post iusiurandum præstitum acquisiti ratio habeatur. Nec enim peculium illud est, de quo iuratum fuit, cùm à die præstiti iurisiurandi acquisitum sit, & quamuis tempore litis contestatæ nullum sit peculium, actio tamẽ de peculio tenet, dummodo tempore rei iudicandæ peculium aliquod inueniatur *l. quæsitum 30. infr. de pecul.* Et hæc ratio decidendi est ad hunc §. Tenetur ergo creditor probare, acquisitum fuisse peculium post præstitum iusiurandum, ne obstet ei exceptio iurisiurandi, nec audiendus est, si patrem velit interrogare, an peculium illud acquisitum sit post prẽstitum iusiurandũ, aut quod effectu idem est, à quo tempore acquisitum fuerit, vt ex eius ore & confessione probationem extorqueat. Habet enim hęc interrogatio tacitam quandam aut potius implicitam periurij exprobrationem, aut saltem suspicionem, & cogendus nemo est ad interrogationem suam respondere, si ex sua responsione possit in captionem aliquam incidere *l. & quia 6. §. 1. supr. de interrog. in iur. faciend.* Multo minùs cogendus erit, si de suo crimine interrogetur. Et hoc est, quod aiunt pragmatici criminosæ positioni respondere neminem cogi posse, vt hic noster notat Accursius. Nihil enim refert, an in specie huius §. interrogetur pater, vtrũ peculium quod nunc est, fuerit acquisitum ex die præstiti iurisiurandi,

BIU Cujas

randi, quàm vtrum fuerit periurus, qui iurauit eo tempore præstiti iurisiurandi nihil in peculio fuisse. Illud ergo probandum etiam est quod addit Accursius, non sufficere, vt creditor probet aliquod nunc esse peculium, si non etiam probet postea fuisse acquisitum: etsi enim satis videtur probatum, hoc ipso quo probatur aliquod nunc esse peculium, quandoquidem pater iurauit nullum anteà fuisse, nec periurij præsumptio, aut suspicio facilè capienda est, vt neque alterius delicti *l. merito 51. infrà Pro socio.* Hæc tamen præsumptio si sufficeret, non equidem argueret iurantem de mendacio, & periurio, sed tamen iurisiurandi fructum, & emolumentum patri auferret, quod nunquam ferendum est, nec si falso iuratum sit, dum ne appareat manifestè de periurio, de quo nec quæri facilè potest *l. 1. & vlt. C. hoc tit. l. vlt. infr. tit prox. iunct. l. si duo 13. versic. multum tamen suprà hoc tit.* Prodest igitur ea præsumptio ad absolutionem, vt ait Bartolus, sed non ad condemnationem.

2 ¶ Iurisiurandi condicio ex numero esse potest videri nouandi, delegandi ve, quia proficiscitur ex conuentione: quamuis habeat & instar iudicij [a].

Ad §. vlt. Iurisiurandi.

RAT. DVB. Neque nouatio neque delegatio, quæ nouationis species quædam est, fit nisi per stipulationem *§. præterea Instit. quib. mod. tollit. oblig. l. 1. & pass. infr. de nouat.* Atqui in iureiurando nulla interuenit stipulatio. Ergo neque nouationis, neque delegationis instar, aut vim habere potest iurisiurandi condicio. DEC. Stipulatio dicta est à stipulo, quod veteres dicebant pro firmo, quia firmandorum aliorum contractuum gratia sit introducta, vt Iustinianus scribit *in Tit. de verb. oblig.* Cùm autem iusiurandum defertur, conuentio quædam inter deferentem, & eum cui defertur, iniri intelligitur, vt qui defert iusiurandum velit condemnari, aut succumbere sub condicione illa, si aduersarius iurauerit, vt hîc tractat Bart. ex *l. depositus. §. si filiusfamilias infr. de pecul.* Quid autem magis firmare hanc conuentionem potest, quàm si Deus ipse in testem adhibeatur? Habet ergo iusiurandum vim, & instar stipulationis, nec tantum stipulationis, sed etiam nouationis & delegationis, quoniam habet vim contestationis, *l. nam posteaquàm 9. §. si is qui temporali supr. hoc tit.* Per contestationem verò fit, non tantùm nouatio quædam, sed etiam delegatio *l. delegare 11. §. 1. infr. de nouat. & delegat. iunct. l. aliam 29. eod tit.* sicut & per rem iudicatam *l. vlt. C. de vsur. rei iudic.* Iusiurandum autem etiam rei iudicatæ vim obtinet *l. 1. & 2. supr.* Et verò sicuti ex nouatione & delegatione noua nascitur actio, *d. l. 1. & pass. de nouat.* scilicet cùm posterior obligatio tenet, non tantum naturaliter vt in *d. l. 1. in fin.* sed etiam ciuiliter, *l. 1. §. cautionales de prator. stipul.* ita & ex iureiurando nascitur in factum actio, quæ antea non competebat *l. actori 8. Cod. hoc tit.* Et quemadmodum ex delegatione alij incipit teneri debitor, quàm cui antea debebat, ita & ex iureiurando, si quis iurauerit sibi deberi, quod antea non ipsi, sed alij debebatur, vt Accursius explicat. Sed tamen subiicit, in plerisque differre iusiurandum à nouatione & delegatione, in eo præsertim ex parte actoris, quod per nouationem tollitur omnino prima obligatio & in sequentem transfunditur *dict. l. 1. dict. §. præterea.* iureiurando autem præstito non eo magis prima actio tollitur, sed iusiurandum conseruatur, data vel actione vel exceptione *l. eum qui 30. in princip. infrà hoc tit.* Sed hoc ego non probo. Implicat enim contradictionem vt per iusiurandum fiat nouatio, & delegatio, nec tamen prior actio perimatur *dict. l. 1. de nouat.* Longéque alia est sententia *dict. l. eum qui infr.* vt ibi dicemus. Quod autem addit idem Accursius, ex parte rei iusiurandum esse per omnia simile nouationi, quòd per iusiurandum sicut per nouationem naturalis obligatio tollatur *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis infrà de solut.* verissimum sanè est: sicuti enim constat naturalem obligationem iureiurando tolli *l. vltim. infrà hoc tit.* ita & ciuilis quoque tollitur ipso iure, vt & actio quæ ex ea nascitur, quomodo per nouationem aliam quamlibet tolleretur, licèt Prætor det etiam exceptionem *leg. nam posteaquàm 9. §. 1. suprà l. in duobus 28. §. vltim. infr.* Habet ergo iusiurandum effectus omnes nouationis & delegationis, adeóque acceptilationis *l. antepen. infrà hoc tit.* quia proficiscitur ex conuentione, vt lex ait, vt intelligamus esse hanc nouationem voluntariam, ideóque tanto potentiorem *l. aliam 29. infrà de nouat.* & consequenter tolli per eam non tantùm obligationem naturalem, sed etiam ciuilem, contra quàm sentiat Accurs. hoc loco & ad *l. tutor. 3. §. infrà.* Quis enim vnquam dixit per acceptilationem non tolli ciuilem quoque obligationem?

a *Quamuis habeat & instar iudicij.* RAT. DVB. Conuentio & iudicium toto genere differunt, quia conuentio non fit nisi à volente, cùm nihil aliud sit quàm duorum plurium vna in eandem rem placitum & consensus *l. 1. § 1. supr. de pact.* Iudicium autem redditur in inuitum *l. inter stipulantem 83. §. 1. de verborum obligationibus.* Ergo si iurisiurandum speciem quandam nouationis & delegationis contineat, vt proximè dictum est, fieri nequit, vt habeat etiam instar iudicij, non magis, quàm vt à volente & non volente deferatur aut præstetur, quæ contradictoria sunt. DEC. Iusiurandum habet vim contestationis *l. nam posteaquàm 9. §. si is qui temporali supr. hoc tit.* Contestationem verò subsequitur necessario iudicium, vnde est, quod in libris nostris tempus litis contestatæ, & tempus accepti aut accipiendi iudicij, pro eodem accipiuntur *l. 2. §. quæsitum infrà de priuat. delict.* Item iusiurandum habet vim rei iudicatæ *l. 1 & 2. supr.* Res autem iudicata præsupponit iudicium, cui scilicet finem imponit *l. 1. infrà de re iudic.* Meritò igitur iusiurandum etiam iudicij instar obtinere dicitur, *l. tutor 35. §. 1. & vlt. infrà hoc tit.* Et sanè quamuis inuitus nemo iusiurandum deferat, vt neque inuitus quisquam agit *tot. tit. Cod. vt nemo inuit. ager. vel accus. cog.* is tamen cui delatum est, iurare inuitus quoq; cogitur, nisi malit aut referre aut succumbere, *l. iusiurandum & ad pecunias 34. & l. manifestæ 38. infr. hoc tit.*

BIU Cujas

27. GAIVS libro 5. ad Edictum Prouinciale.

IVsiurandum etiam loco solutionis cedit.

Ad l. Iusiurandum etiam 27.

RAT. DVB. Solutio non fit nisi per numerationem pecuniæ debitæ, & per traditionem realem alterius rei quæ debetur, ideóque dicitur esse facti *l. consilio 7. §. vlt. de curat. furios.* & probãda est ab eo per quem allegatur *l. 1. C. de probat.* Atqui in iureiurando nihil tale interuenit: præstatur enim adhibitis duntaxat certis verbis solemnibus, vt diximus in superioribus, & *ad legem prox. præced. in princip.* Ergo nihil simile habet iusiurandum cum solutione. DEC. Alterius rei loco cedere dicitur id tantùm, quod diuersum est ab eo in cuius locum cedit, nec enim potest vna eadémque persona in sui ipsius locum cedere quamuis in personis aliquando contingat, vt vna eadémque persona in sui ipsius locum succedere dicatur *l. creditor 12. §. Papinianus, aliàs l. si prior infr. Qui potior in pignor. hab.* Ergo cùm dicimus, quod in hac lege scriptum est, Iusiurandum solutionis loco cedere, hoc ipso fatemur iusiurandum non esse solutionem, sed hoc tantùm significamus, Iurisiurandi eandem vim & potestatem esse, quæ est solutionis, nimirum ad inducendam liberationem, qui præcipuus effectus est solutionis. Nam quemadmodum qui soluit, liberatur, ita vt conueniri amplius non possit: ita & qui iurauit aduersario deferente, nihil se debere, tametsi verè debuerit, & sicuti per solutionem tollitur omnis obligatio & ciuilis & naturalis *Instit. quib. mod. tollit. oblig. in princ. & tot. tit. de solut. d. &c.* ita & per iusiurandum non solùm naturalis obligatio tollitur, ita vt non possit impedire soluti repetitionem *l. vlt. infr. hoc tit. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis de solut.* sed etiam ciuilis, & quidem ipso iure vt contra Accursium disputauimus ad *§. vlt. legis præcedentis*, non minus quàm per solemnem acceptilationem, cuius etiam loco iusiurandum cedere dicitur *in l. antep. infr.* Nam & acceptilatio solutio est quamuis imaginaria *§. 1. Instit. quibus mod. tollit. oblig. l. pen. infr. de solut.* quamuis non eo minus iusiurandum perpetuam pariat exceptionem aduersus ciuilem obligationem, si quando de facto, vt loquuntur, magis quàm de iure agat quis post iusiurandum *d. l. antep. infr.* aut si dubitetur an iusiurandum præstitum sit, vt in *l. nam posteaquàm 9. in princip. & §. 1. supr. & pass. hoc tit.* Nihil autem interest, quantum ad effectum rei attinet, an ipso iure nullam quis actionem habeat, an verò talem habeat quæ per exceptionem infirmetur *l. nihil interest 112. de regul. iur.* præsertim cùm exceptio perpetua est *l. qui exceptionem 40. infr. de condict. indeb.* qualis est exceptio iurisiurandi *d. l. antepen. infr.* non minùs quàm doli aut rei iudicatæ, quia rei cohæret *l. 3. l. exceptiones 7. §. 1. infr. de exception.* Et certè solutio sola naturalis modus est tollendę obligationis, cæteri omnes ciuiles sunt & fictitij & imaginarij, vt acceptilatio, nouatio, delegatio, iusiurandum, aut si quis pro alio iudicium accipiat, aut si quis debitori vel creditori suo heres existat, §. 1. *Instit. quib. mod. tollit. obligat. l. solutione 23. infr. de solut. d. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. aditio & l. pen. eod. tit. l. debitori 50. inf. de fideiuss.* Iusiurandum igitur quia perinde parit iuranti liberationem, rectè dicitur cedere loco solutionis, vt Caius hîc scribit, hoc est, succedere in locum solutionis, quomodo Paulus loquitur *in l. prox. §. 1. infr.* cùm habeat eundem effectum & quidem verę. Solutio tamen vera non est, sed ficta, vt Bart. ait, hoc est, ciuilis & imaginaria, sicut & acceptilatio, & alienæ litis defensio & confusio, quæ per aditionem hereditatis contingit. Sic dicimus clausulam constituti esse modum quendam fictitium transferendæ possessionis, & tamen per eam transferri veram possessionem *l. quod meo 18. inf. de acquir. poss.*

28. VLPIANVS libro 18. ad Edictum.

IN duobus reis stipulandi, ab altero delatum iusiurandum etiam alteri nocebit.

Ad l. In duobus 28.

RAT. DVB. Iusiurandum vnius alteri neque prodesse debet, neq; nocere *l. quia non debet 10. supr. hoc tit.* Sicuti nec generaliter factum vnius alteri prodest aut nocet, nisi socij sint *l. si vnus 27. in princip. supr. de pact. l. si duo 5. supr. si quis caution.* vbi in duobus reis debendi hoc ipsum disertè scriptum est, si duo sint rei stipulandi & vni debitor iudicio se sisti cum pœna promiserit, non aliter exceptionem aduersus alterum dandam esse, quàm si socij sint, ne prosit ei dolus propter societatem. Atque ita concludit Accurs. ex *d. l. si duo*, quod à Paulo hîc contra scriptum est, ab altero ex duobus reis stipulandi delatum, iusiurandum etiam alteri nocere, ita intelligi debere, si socij sint, eodémq; modo accipiendum esse, quod in duobus reis promittendi scriptũ est *in §. ex duob. infr.* ex duobus reis promittendi eiusdem pecuniæ, si aliter iurauerit, alteri quoque prodesse id debere scilicet si sint socij, non aliter.

DEC. Correorum stipulandi ea condicio est, vt vni ex iis soli tantum debeatur, quantum omnibus simul, id est, totum, quoniam vna eáque indiuidua obligatio est, non minus in correis stipulandi quã in correis debendi *l. 2. & 3. §. inf. de duob. reis.* Proinde possunt singuli solidum petere, & adeò melior est condicio occupantis, vt ab eo tempore alteri solui non possit, quod ab altero iam petitum est *d. l. 2. & 3. §. 1. l. ex duob. reis stipulandi 16. eod. l. si rem 31. §. si duo infr. de nouat.* vt & in specie licèt diuersa *l. si Titius 9. inf. de verb. oblig.* vbi ait Pomp. *finem dandi alteri fore quando* [sic enim legendum est non *quoad*] *iudicium acciperetur.* Atqui iusiurandum habet vim litis contestatæ, vt diximus iam sæpius *ex l. nam posteaquàm 9. §. si is qui temporali supr. hoc tit.* Iusiurandum igitur ab altero ex correis stipulandi delatum alteri nocere debet, cui æquè contestatio correi noceret, tametsi non essent socij *l. fideicommissa 11. §. plerumque in fin. infr. delegat. 3.* Et ita benè sentit Bartolus contra Accursium, à cæteris quoq; omnibus interpretib. meritò hac in re reprehensum, cùm nec ipse ignorauerit quod alij ei obiiciunt iusiurandum esse loco litis contestatæ, vt ex ipsius glossa ad hunc locum apparet: debuítque ideo respondere *ad dict. l. si duo* quod respondet Bartolus, & quod idem ipse

Accursius

BIU Cujas

Accursius ad *d. l. si vnus in princ.* non agi iis locis de facto aliquo, quod habeat vim contestationis, vt neque in *l. si duo* 4. vbi diximus *supra de recept. qui arb. recep.* quomodo habet iusiurandum. Neque hoc casu obtinet quod scriptum est in *d. l. quia non debet* 10. *supr. h tit.* vt vbi diximus. An autem in correis ꝑmittendi, quorum alter deferente aduersario iurauerit nihil se debere, idem iuris indistinctè admittendum sit, vt alteri correo prodesse iusiurandum debeat, etiamsi socij non sint, paulò alia & diuersa quæstio est, de qua dicemus ad *d. §. ex duobus inf. hac lege.*

1 ¶ Quòd reus iurauit, etiam fideiussori proficit. Item à fideiussore exactum iusiurandum, prodesse etiam reo[a] Cassius & Iulianus aiunt: nam quia in locum solutionis succedit, hoc quoque eodem loco habendum est: si modò ideo interpositum est iusiurandum, vt de ipso contractu & de re, non persona iurantis ageretur.

Ad §. 1. Quòd reus.

RAT. DVB. Iusiurandum inter alios præstitum aliis prodesse non magis potest, quàm nocere *l. nam posteaquam 9. §. vlt. & l. seq. supr. hoc tit. & tot. tit. C. inter alios act. aliis non nocere.* atquin alia est persona rei, alia fideiussoris, neq; enim posset quis pro se ipso fideiubere, non magis, quàm apud aliquem & pro eodem se obligare *l. heres à debitore 21. §. quod si stipulator l. Granius 71. inf. de fideiuss.* Non ergo potest aut debet iusiurandū rei prodesse fideiussori. DEC. Fideiussoris obligatio est accessoria ad principalem obligationē debitoris, nec proinde sublata ea potest consistere *l. nihil dolo 109. §. 1. l. cùm principalis 178. de regul. iur. l. fideiussor 19. sup. de dolo.* & tum quoq; cum non tollitur principalis obligatio, nisi per exceptionem, eadem tamen exceptio fideiussori accommodanda est, si modò rei cohęreat non personę debitoris, cuiusmodi sunt exceptiones pacti, doli, rei iudicatæ & iurisiurandi *l. exceptiones 7. infr. de except.* quia neq; conuētio rei neque exceptio ei competens quicquam ipsi prodesset, si non etiam prodesset fideiussori, quippe qui contra reum habiturus esset regressum actione mandati, si non ipse quoque eodem animo liberaretur, nisi aut in rem suam aut donandi animo fideiussisset, vt proinde nō magis interesit fideiussoris, quàm ipsius debitoris, fideiussorem liberari *l. & heredi 21. §. vlt. cum trib. seqq. sup. de pact. l. si quis reum 5. infra de liber. legat. l. cùm lex 46. inf. de fideiuss.* quoniam τῇ δυνάμει, id est, vi ipsa ac potestate à reo petitur, quod ab eius fideiussore petitur *l. aduersus 29. supr. de recept. Qui arbitr. recept.* Itaque quamuis iusiurandum non aliam vim haberet, quàm pacti aut rei iudicatæ, prodesse tamen deberet fideiussori, cui exceptiones illę & pacti & rei iudicatæ prodessent *d. l. exceptiones d. l. & heredi §. vlt. & seqq.* Idem scriptum est in *l. vlt. §. vl infr.*

a *A fideiussore exactum iusiurandum prodesse etiam reo.* RAT. D VBIT. Iusiurandum habet vim pacti *l. qui iurasse 26. §. vlt. sup. l. tutor pupilli 35. §. 1. inf. hoc tit.* item q; rei iudicatæ *l. 1. & 2. supr.* Atqui neque pactum fideiussoris prodest reo, nisi cum vi ipsa fideiussor pro reo habendus est, vt cùm in rem suam interceſſit, *l. fideiussoris 23. & seqq. sup. de pact.* neque sententia lata pro fideiussore prodest reo *l. aduersus 29. in fin. supr. de recep. Qui arb. recep.* Ergo neque iusiurandum fideiussoris prodesse reo debet. DEC. Non tantùm pacti, & rei iudicatæ vim habet iusiurandum, sed etiam solutionis loco cedit, vt sciptum est in *l. prox. praced.* Atqui si fideiussor soluisset debitum, nemo dubitat, quin ea solutione reus quoque liberaretur. Ergo & reo iusiurandum hoc fideiussoris prodesse debet, vt perinde liberetur saltem per exceptionem, ac si ipse iurasset. Sed hoc ita, inquit Paulus hic ex Cassio & Iuliano, si ita est interpositum iusiurandum, vt de ipso contractu, & de re, non de persona sola iurātis ageretur. Nam si fideiussor iurasset se nō fideiussisse, non idcirco debitor quasi solutionis potestate liberaretur, sed persona tantùm fideiussoris ab obligatione eximeretur *l. 1. §. si fideiussor inf. quar. rer. act. non det. l. vlt. §. si fideiussor inf. hoc tit.* Neque enim pactum ipsius rei quoque prodest fideiussori, cum est conceptum in personam, non in rem *l. nisi hoc actum 22. supr. de pact.* In dubio tamen præsumendum est, iuratum esse de contractu ipso, & de re non de persona *l. vlt. vers. si autem inf. l. exceptiones 7. §. 1. inf. de except.* cùm solutionis locum obtineat, vt hîc Accursius. An ergo huic fideiussori, qui iurauit, danda erit cōtra reum actio mandati, quæ daretur, si verè soluisset? Ita videtur *arg. l. inter causas 26. §. si is qui inf. mandat.* Sed tamen contrà putat Accursius, & rectè, quia nihil hoc casu abest fideiussori, vt eius pecuniariæ interesse videatur, non magis quàm si creditor ei donasset, vt in *l. si verò non remunerandi 12. in princ. eod. tit.* Parum enim abest ab eo, qui donare rem velit ac perdere, ille, qui aduersario iusiurandum defert, vt eum in causa propria testē & iudicem constituat *l. 1. inf. quar. rer. act. non det.* maximè si alias probationes habeat, quibus intentionem suam comprobare possit. Et quod dicimus, iusiurandum hoc fideiussoris cedere loco solutionis, verum est quantum ad creditorem, qui iusiurandum detulit, sed non quantum ad debitorem, vt possit fideiussor, qui iurauit, ei obiicere se soluisse, vt Accursius quoque docet. Ficta enim solutio est non vera, vt supra diximus. Sicuti nec in omnibus bona est comparatio rei iudicatæ & iurisiurandi. Nam si sententia absolutoria lata sit pro fideiussore solo, præsumendum erit ita latam eam fuisse, non tam quasi contractum non sit, quàm quia non fuerit probatum fideiussorem interceſſisse, vt tractat Bartolus ex *l. Iulianus verum debitorem 64. inf. de condict. indeb. l. si inter 15. de except. rei iudic. l. Diui fratres 27. §. 1. de liber. caus.* Vnde est, inquit, quòd sententia non tollit naturalem obligationem *d. l. Iulianus*, quam tamen iusiurandum tollit, *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis de solut. & d. l. vlt. inf. hoc tit.* quia ex conuentione proficiscitur, & solutionis loco cedit *l. qui iurasse 26. §. vlt. & l. seq. sup.* Plus dicit Bartolus, nec malè, meo iudicio, etiamsi sententia absolutoria pro fideiussore lata sit, super re ipsa, quasi non fuerit contractum, non tamen prodesse reo eam debere *d. l. aduersus 29. in fin. sup. de recept. qui arbitr. recept.* non enim habet vim solutionis, sicut iusiurandum, quamuis aliquo casu contingat, vt sententia absolutoria inter alios lata alij prosit, per consequentiam necessariam, cui tamen condemnatoria non noceret, vt in eleganti illa specie, de qua in *l. denunciasse 17. §. vlt. & l. adulter 19. §. si eo tempore inf. ad leg. Iul. de adult.* Maior ergo etiam hoc casu potestas est iurisiurandi, quàm rei iudicatæ.

BIU Cujas

2 ¶ Si ei qui debitorem meum in iudicium exhibere promisit, iusiurandum detulerim: ísque iurauerit, se omninò exhibitionem eius non promisisse, prodesse debitori meo id non debet, si verò iurauerit, se nihilmihi præstare oportere, distinguendum sit, & replicatione emendandum, vtrùm ideo iurauerit, an quia post promissionem exhibuerit, an verò quia soluerit. quod & in fideiussorem debiti distinguendum est.

Ad §. 2. Si ei qui debitorem.

Hic §. est de fideiussore Iudicio sisti, in eóque differt à superiore qui est de fideiussore debiti. Prima verò pars huius §. quæ habet, si ei qui debitorem meum in iudicio exhibere promiserat, iusiurandum detulerim, ísque iurauerit se omnino eius exhibitionem non promisisse, prodesse id debitori meo non debere, vix vllam recipere potest dubitandi rationem. Alia enim hoc casu non tantùm persona, sed etiam obligatio est debitoris, alia fideiussoris & præterea de alia re. Debitor enim eius pecuniæ debitor est, quæ ab eo petitur, & cuius nomine conuenitur, fideiussor verò non nisi exhibitionis quam promisit. Quomodo igitur posset iusiurandum fideiussoris prodesse debitori, cùm nihil aliud iurauit fideiussor, nisi quòd debitoris exhibitionem omninò non promiserit, hoc est, nullomodo: nec enim dubitari potest hoc casu, quin fideiussor de persona sua duntaxat iurauerit, & de propria sua obligatione, non de re aliqua, quæ fuerit ei cum debitore communis. Diximus autem in §. præcedente quoties fideiussor de se tantùm iurat, non de re ipsa, & de contractu, etiamsi debiti sit fideiussor, nihil tamen iusiurandum hoc debitori posse proficere: sed quod sequitur, si iurauerit fideiussor nihil se mihi præstare oportere, distinguendum esse, & replicatione emendandum, vtrum ideo iurauerit se nihil præstare mihi oportere, quia debitorem iam semel post promissionem exhibuerit: quandoquidem prima exhibitione satisfecit obligationi, nec sæpius eundem exhibere cogendus est, nisi sæpiùs promiserit, an verò, quia soluerit omne id, quod interesse potuit creditoris ob non exhibitum debitorem: hoc verò aliquam potest recipere dubitationem, cùm in dubio præsumendus sit, is qui iurauit, se nihil mihi præstare oportere, omnem causam in iusiurandum deduxisse, quia generaliter & indistinctè iurauit, quomodo solemus dicere fideiussorem, qui simpliciter interuenit pro aliquo, in omnem causam fideiussisse videri *l. quæro 54. infr. locat.* Sed decidendi ratio est, quia non propter eum, qui iurauit, distinctio hęc adhibetur, quasi vno casu conueniri adhuc possit, alio non possit, sed propter debitorem, vt sciatur an ei prodesse debeat, fideiussoris iusiurandum nécne: effectus siquidem huius iurisiurandi pendet ex causa, an scilicet iurauerit fideiussor, ideo se nihil mihi præstare oportere, quia post promissionem suam exhibuerit, an verò quia iam soluerit, id omne quod potuit creditoris, eiusdemque stipulatoris ex ea causa interesse. Nam si iusiurandum suum priore modo explicet, apparebit nihil eum iurasse de iure debitoris, sed de suo tantùm, ideóque nec iusiurandum ipsius prodesse reo debere. Si verò posteriore modo, apparebit è contrario non minùs de debitoris, quàm de fideiussoris iure iuratum esse, ac per consequentiam prodesse id iusiurandum etiam debitori oportere: nam cùm stipulatio Iudicio sisti committatur, ad id omne quod interest stipulatoris statum non esse debitorem *l. quoties quis alium 81. De verb. obligat.* exemplo Prætoriarum stipulationum omnium, quæ dantur ad id quod interest, aut quod hac parte effectu idem est, quanti res est *leg. vltim. De prætor. stipulat.* constat nihil posse iam interesse creditoris, propter quod permitti ei debeat, agere contra debitorem, qui iudicio defuit si iam à fideiussore, quicquid eo nomine sua intererat, fuerit consecutus: nemo enim admittendus est, siue ad agendum, siue ad excipiendum, nisi cuius interest *leg. 3. §. 1. De verb. oblig.* cùm actiones sicut & obligationes non ad aliud comparatæ sint, quàm vt sibi vnusquisque acquirat, quod sua interest *leg. stipulatio ista 38. §. alteri eod. tit. leg. nihil aliud 51. De oblig. & action.* Et tum quoque, cùm ei, cuius ex postfacto desiit interesse, actio pristina stricto iure competit, doli tamen exceptioni subsidiariæ locus esse debet, quod improbus sit is, qui bis idem consequi velit, licet ab alio atque alio *leg. si quis dolo 51. §. 1. in fin. infr. De re iudicat.* Cùm ergo iurauit fideiussor nihil se debere, quia soluerit quicquid ex commissa stipulatione soluere debuit, meritò etiam debitori exceptionem iurisiurandi accommodamus, nec ad exceptionem doli quæ subsidiaria est, confugimus, cùm alia specialior competit ex iureiurando quamuis alieno. Et cùm in formula, quæ post litem contestatam & iusiurandum à fideiussore in iure præstitum creditori dictatur à Prætore aduersus debitorem, ponenda sit exceptio, nisi iuratum sit, nihil ex hac causa creditori præstari oportere, prudenter faciet creditor, si ab eodem Prætore petat formulam hanc, quasi nimis generalem, & captiosam, vt in *l. cùm Aquiliana 5. supra de transact.* emendari, addita ad creditoris postulationem replicatione, si non de sola exhibitione iuratum sit, non etiam de solutione eius, quod interesse poterat creditoris. A quo autem emendari debebit hæc formula, nisi ab ipso Prætore qui eam dictauit, & in formula exceptionem pro debitore ob fideiussoris iusiurandum, quasi super re ipsa præstitum apposuit? Quo autem postulante? nisi creditore ipso formulam aduersus debitorem impetrante, vt quod à fideiussore ob ipsius iusiurandum consequi ampliùs non potest à debitore ipso consequatur. Ob eam igitur causam fideiussor qui iurauit, licet iam tutus & liberatus sit, saltem per exceptionem, quam omnimodo ex suo iureiurando habiturus est, si conueniatur, euocandus tamen erit non iam ad Prętorem, sed ad iudicem datum & pedaneũ vt adsit iudicio, quod inter creditoré & debitorem exercebitur, non quasi litigaturus iterum, cùm Prætor suum ei iusiurandum conseruare ac tueri debeat *l. eum qui 30. in princip. infr.* Sed tanquam iurisiurandi sui causam etiam sine iureiurãdo declaraturus, vt quod nũc adfirmabit animi sui fuisse, hoc

ipsum

ipsum iam tum cùm iurauit, ab eo dictum iuratumque esse intelligatur *argum. leg. heredes palam* 1. §. in illis verbis, *nihil enim nunc dat, sed datum significat inf qui testam. facer poss l. si donatæ* 3. §. *sponsus de donat. int vir. & vxor.* Neq; enim putandum est, ita faciendam hanc declarationem, vt ex integro iuretur. Et ita locus hic alioquin obscurior, quàm vulgo existimetur, explicandus est, non quomodo à Bartolo, qui suauiter existimat emendationem hanc fieri debere à Iureconsulto ipso sic distinguente, aut à iudice, coram quo lis agitatur: quod vtrumque ridiculum est. Illud certè non malè notat, quod hîc scriptum est in fideiussore, ad iudicium etiam inter alios dictatum euocando, & iurisiurandi sui causam apertius patefaciat, etiam in teste locum habere posse, vt si quid in testimonio ferèdo dixerit obscurius, euocari possit, & debeat, ad iudicem, vt testationem suam declaret apertius, *ex §. pen. Nouell. de testib.* sed addere debuit, fieri hoc debere mero iudicis officio, non ad requisitionem alterutrius litigantium, ne alioqui corruptioni & subornationi testis fenestra facilè aperiatur. Eoque iure vtimur, vt in Codice nostro scripsimus *sub Tit. de testib. defin* 2. Sic & confessio, quæ fit in iure, certa esse debet: & si quis incertum confessus sit, vrgendus est, vt certum confiteatur *l. certum* 6. §. 1. *inf. de confess.*

a *Quod & in fideiussore debiti distinguendum est.* RAT. DVB. Longè alia ratio est in fideiussore debiti, alia verò in eo qui fideiussit debitorem iudicio sisti. nam in fideiussore debiti communis caussa est fideiussoris & debitoris, quoniam vnum duntaxat vtriusque debitum est, licet duplex obligatio sit, vna principalis, altera accessoria. At in fideiussore iudicio sisti, aliud est quod reus debet, aliud quod fideiussor debet. Rei obligatio dandi est, aut esse potest, si forte speciem aliquam debeat, aut quantitatem: fideiussoris verò est faciendi *d. l. quoties* 81. *de ver. oblig.* Non enim debet idipsum quod à reo debetur siue in dando, siue etiam in faciendo consistat, sed hoc tantùm, vt reum iudicio sistat, vel sisti curet. Proinde multo facilius est, vt iusiurandum à debiti fideiussore præstitum prosit debitori, quàm quod à fideiussore iudicio sisti præstatur, nec tot distinctionibus opus esse videtur: sed hac tantùm quam in §. præcedente adhibuimus, an fideiussor super sua persona tantùm, an etiam super ipsa re & contractu iurauerit. Non ergo debuit Paulus addere, in vtroque fideiussore eandem distinctionem adhibendam esse, cum vbi diuersa ratio est, diuersum quoque ius constituendum sit, sicut è contrario idem ius, vbi eadem ratio est *vulg. l. illud* 32. *ad leg. Aquil.* 3. §. *vnde etiam infr. de iniust. rupt.*

DECID. Fieri potest, vt fideiussor debiti iurauerit generaliter se nihil debere, neque satis apertè expresserit, an ideo iurauerit se nihil debere, quia nunquam fideiusserit, an quia soluerit, quo casu eadem non tantùm ratio æquitatis, sed etiam necessitas facit, vt impetrata per creditorem contra reum formula, cum illa exceptione, nisi iuratum sit nihil deberi, emendanda sit formula per replicationem addendam fauore creditoris, *si non iuratum sit à fideiussore de persona tantùm sua, non de ipsa & de contractu.* In eámque rem euocandus ad iudicem fideiussor, qui iurisiurandi sui causam distinctiùs aperiat, ne dubitari ámpliùs possit, an de re fideiussor iurauerit, & de contractu, vel solutione, an non nisi de persona sua. Sic enim apertum fiet, an reo prodesse debeat iusiurandum fideiussoris an non: priore casu proderit, at posteriore non proderit. Et hic adiectionis huius sensus est.

3 ¶ Ex duobus reis promittendi eiusdem pecuniæ alter iurauit, alteri quoque prodesse debebit.

Ad §. 3. Ex duobus.

RAT. DVB. & DECIDEND. ad hunc §. eadem est, quæ ad initium huius legis: nec enim valde interest, an de correis stipulandi tractemus, an de correis debendi, cùm omnibus commune illud sit, vt omnium vna tantùm sit obligatio, sed actiua vno casu, passiua altero *l. 2. & l. 3. §. 1. inf. de duobus reis.* Differentia tantùm in eo est, quod initio huius legis tractatur de iurisiurandi delatione facta ab vno ex correis stipulandi, & quæritur an vnius delatio noceat alteri, ad quam quæstionem respondetur indistinctè nocere, quia iusiurandum vim contestationis obtinet, vt ibi diximus. Hîc verò tractatur de iureiurando, ab vno ex pluribus correis debendi ex creditoris delatione præstito, & quæritur, an alij qui non iurauit, prosit, quasi consorti & participi eiusdem obligationis, an non prosit tanquam res inter alios acta, & respondetur prodesse, quod etsi indistinctè Paulus scribat, intelligendum tamen est, cum aliqua distinctione, non quidem illa, quam adfert Accursius, an socij sint necne, ex *leg. si is qui duos* 29. *infr. de liberat. legat. iunct. leg. si duo* 34. *supr. de recept. Qui arbitr. recept. leg si vnus* 27. *in princip. supr. de pact.* & quæ à nobis refutata est ad initium huius legis, sed illa, quam tradit Bartolus ad hunc locum, an correus debendi de sua tantùm persona iurauerit ad eximendam eam ab obligatione, quod aliquando fit *leg. Granius* 71. *inf. de fideiuss.* quia licèt maximè parem vnámque obligationem suscipiant, in cuiusque tamen persona consistit propria singulorũ obligatio *l. eándem* 9. §. *vlt. infr. de duobus reis.* an verò iurauerit de ipsa correorum obligatione & de contractu, quomodo distinximus in fideiussore in §. 1. huius legis. Hoc enim posteriore casu id obtinet indistinctè, quod Paulus respondet iusiurandum vnius ex correis prodesse alteri, hoc est, sisiue sint socij, siue non *leg fideicommissa* 11. § *plerũque in fin. delegat.* 3. Priore verò casu non prodest correo, sed iuranti soli, vt eius persona ab obligatione eximatur, alter verò remaneat obligatus: sed hoc ita si non sint socij. Nam cùm socij sunt, non potest vnus ab obligatione eximi, quin alter eximatur: alioqui nihil prodesset pro parte ei, qui iurasset, quod exemptus esset, si correus, qui non iurauit in solidum ex natura obligationis correorum debendi conueniretur, cum postea societatis iudicio partem debiti ab eo esset repetiturus. Planè pro parte, quæ contingit alium correum, qui non iurauit, dubitandum non est, quin maneat obligatus vtiliter & efficaciter, ac sine vlla exceptione, cùm pro ea parte nullum contra correum, qui iurauit, habere regressum possit *d. l. Granius.* Quid ergo, si vnus ex correis debendi iusiurandum detulerit aduersario, isque iurauerit? an alteri nocebit ea delatio, quemadmodum delatio facta ab vno ex correis stipulandi facta nocet alteri? *hac ipsa lege in prin.* Et respondet Bartolus, non nocere, sicuti nec sententia contra

BIU Cujas

vnum ex correis lata alteri noceret. Et rectè ex *l. vlt. in fin. C. de fideiuſſ.* Noceret tamen quantum ad interrumpendam præſcriptionem & perpetuandam actionem, vt idem ille benè ſubiicit ex *l. vlt. C. de duob. reis.* Ratio diuerſitatis hac parte inter correos ſtipulandi & debendi, quam non adfert Bartolus, ex eo petẽda eſt, quod correus ſtipulãdi qui iuſiurandum defert, occupat actionẽ, eamq; totã ſibi propriã facit, perinde acſi litem cõteſtaretur: correus verò debendi qui iuſiurandum defert, nõ ideo trãsfert in ſe totã obligationẽ paſſiuam, multo minùs actionem, quam occupare nec debitoris eſt, ſed creditoris.

4 ¶ Exceptio iuriſiurandi, non tantùm ſi ea actione quis vtatur, cuius nomine exegit iuſiurandum, opponi debet, ſed etiam, ſi alia: ſi modo eadem quæſtio in hoc iudicium deducatur: fortè ſi ob actionem mandati, negotiorum geſtorum, ſocietatis, cæteráſque ſimiles iuſiurandum exactum ſit, deinde ex iiſdem cauſis certum condicatur, quia per alteram actionem altera quoque conſumitur.

Ad §. 4. Exceptio.

RAT. DVB. Exceptio iuriſiurandi æquiparatur exceptioni rei iudicatæ, cùm iuſiurandum vim habeat rei iudicatæ *l. 1. & 2. ſupr.* Atqui exceptio rei iudicatæ non habet locum, niſi cùm eadem res in poſterius iudicium deducitur *l. cùm quæritur 12. & ſeqq. infr. de except. rei iudic.* Alia autem actio, alia res eſt, cùm actiones omnes inter ſe non minùs ſpecie, & effectu, quàm nomine, ac numero ſint diſtinctæ. Ergo quoties noua actio proponitur, & alia quàm ſuper qua iuratum eſt, iuriſiurandi exceptio nocere non debet, vt in *l. ſi actor 36. infr. hoc tit.* DEC. Iuratur ſuper quæſtione facti, non ſuper quæſtione iuris. Ex facto autem ius oritur, nec quicquam vetat, ex eodem facto plures oriri actiones, & ſpecie, & effectu quoque differentes, ſed quę tamen eandem facti quæſtionem habent pro cauſa. Eandem enim cauſam petendi facit, non tam ipſa petitio, quam origo petitionis, tum quoque cùm de exceptione rei iudicatæ quæritur *l. ſi mater 11. §. eandem cauſam infra de except. rei iudic.* origo autem petitionis & actionis non alia eſſe poteſt, quàm factum ipſum, ex quo ius petendi naſcitur. Cùm ergo quæritur an iuriſiurandi exceptio locum habere debeat, non tam inſpiciendum eſt, an alia actio ſit, quæ nunc proponitur, quàm vtrum eadem ſit quæſtio facti, ſuper qua iam fuerit iuratum. Nam deciſa ſemel per iuſiurandum quæſtione facti, hoc ipſo acquiſita videri debet iuriſiurandi exceptio aduerſus omnes actiones, quæ ex eodem facto proficiſcuntur: alioqui non conſeruaretur iuranti ſuum iuſiurandum, & iuriſiurandi effectus, ſi quod in vna actione iuratum eſt, & habendum iam pro vero, iterum iurandum eſſet in alia, tanquam adhuc dubium: ſuum autem cuique iuſiurandum conſeruare ac tueri prætor debet *leg. eum qui 30. infr.* Nec aliud circa exceptionem rei iudicatæ obſeruatur, vt diximus, quoties eadem agendi cauſa eſt inter eaſdem partes, eadémque cauſa vincendi, licèt per aliam ſpeciem actionis: cauſa namque vincendi tota ex facto pendet, quod tale eſſe oportet, vt obligationem pariat, quæ poſſit actionem producere, ex qua ſequi etiam poſſit condemnatio. Proinde ſi fortè ob actionem mandati, vel negotiorum geſtorum aliáſve ſimiles iuſiurandum exactum ſit, deinde ex eiſdem cauſis certum condicatur (poteſt enim condictio certi ex quacunque cauſa competere, dummodo certum petatur etiam ex contractu incerto *leg. certi condictio 9. ſupr. tit. prox.*) alia quidem erit actio alteriúſque naturæ & condicionis, cùm ſit hæc ſtricti iuris, vt cæteræ condictiones omnes: aliæ verò bonæ fidei, ſed tamen quoniam eadem facti quæſtio eſt, ideóque propoſita aliqua ex ſupradictis actionibus, condictio quoque certi conſumitur, dicendum eſt, exceptionem iuriſiurandi quæ opponi poſſet, ſi eadem exceptio proponeretur, etiam propoſita condictione certi locum habituram: quoniam aliter poſito iure de periurio eius qui iuraſſet, quæri, aut ſaltem dubitari oporteret, quod nunquam permittendum eſt, non magis quàm vt veritas impugnetur, cùm iuſiurandum pro veritate habeatur *dict. leg. eum qui leg. 5. §. dato iureiurando. leg. ſed ſi poſſeſſori 11. §. vltim. ſupr. hoc tit.* Planè aliud eſt ſi non tantùm actio, ſed etiam agendi cauſa mutetur, vt in *dict. leg. ſi actor 36. infr. eod. & §. prox. & §. quæ iurauit hac leg.* factum enim ipſum hoc caſu mutari quoque neceſſe eſt, ex quo ſcilicet tota agendi cauſa, vt diximus, æſtimatur, & per conſequens aliud factum eſſe, quod nunc proponitur, quàm ſuper quo iuratum eſt: aliud enim factum eſt, conſtitutam eſſe pecuniam de quo iuratum fuerat in ſpecie *dict. leg. ſi actor.* aliud verò fuiſſe creditam, priuſquàm conſtitueretur, de quo non fuerat iuratum, aliud quoque, furtum quem feciſſe, aliud verò rapinam in *§. prox.* aliud denique rem aliquam diuortij cauſa amouiſſe, aliud autem alienam rem poſſidere, *dict. §. quæ iurauit.* Qui tamen omnes loci non niſi ex hoc §. ſed malè applicato, dubitandi rationem recipiunt. Malè tamen Accurſius obiicit, quod ſcriptum eſt in *leg. ſed ex parte 4. §. vltim. infr. quod cum eo qui in alien. poteſt.* Eum, qui de peculio egit cùm poſſet quod iuſſu agere, poſtea quod iuſſu agere non poſſe, niſi deceptus egerit de peculio. Prior enim pars illius ſententiæ rationem hanc habet, quia actio quod iuſſu etiam de peculio actio eſt, ſed cum propria ſua nota & adiectione illa, quod iuſſu, vt conſtat ex *Iuſtin. in eod. tit. Quod cum eo qui in alien. poteſt.* ſicut & actio de in rem verſo: naſcuntúrque actiones hæ omnes ex contractu ſerui ſi originem inſpicias, licèt aliud nouúmque factum ſit, ſi quis dicat dominum iuſſiſſe, aut etiam in rem domini verſum eſſe. Ideóque non debet permitti ei, qui ſemel de peculio egit, atque ita totam actionem de peculio conſumpſit, vt poſtea quod iuſſu, vel de in rem verſo agat: poſterior verò pars rationem illam habet, quod decepti hominis & errantis nulla ſit voluntas, nullus conſenſus, §. *non videntur leg. 116. de regul. iur. leg. ſi quis per errorem 95. ſupr. de iuriſd.* Cæterùm illo etiam caſu quo deceptus creditor elegerit actionem de peculio, & poſteà velit agere quod iuſſu, non puto audiendum eum, ſed iuriſiurandi

BIU Cujas

randi exceptione submouendum, si in actione de peculio iurauerit dominus se nihil debere, cùm eadem sit actio in genere, licèt in qualitate & in effectu differant, cumque ab eadem origine pendeant eodémque facto, id est, à contractu serui, ex quo, tanquam ex eodem fonte, non minus actio quod iussu nascitur, quàm actio de peculio. Quod autem addit idem Accursius vt respondeat ad *dict. §. vltim.* non esse eandem quæstionem, cùm alia actio est, quæ sit alterius effectus, adhuc improbabilius est. Non enim æstimanda est actionis causa ex effectu, sed effectus ex causa, nec quicquam vetat plurium actionum, quæ eandem facti originem habeant, diuersos esse effectus, vt cernere est, in exẽplo quod affert Paulus in *h.c* §. de eo, qui post propositam actionem mandati, aut negotiorum gestorum, aut aliam similem bonæ fidei, in qua iuratum sit, proponit cõdictionem certi quæ stricta est. Quis enim nescit actionum bonæ fidei & stricti iuris longè alios effectus esse?

5 ¶ Si quis iurauerit, se non rapuisse, non debet adiuuari hoc iureiurando in actione furti, aut condictione, quia aliud est furtum fecisse, quod vel clam fieri potest.

Ad §. 5. Si quis iurauerit.

RAT. DVB. Iurisiurandi exceptio potest opponi, non tãtùm si ea actione quis vtatur, cuius nomine exegit iurisiurandum, sed etiamsi alia si modò eadem quæstio in iudicium deducatur, quomodo scriptum est §. *præced.* Atqui sicut actio furti, & condictio furtiua, æquè nascuntur ex eodem facto, id est, ex furto, vt locus hic probat optimè, ita & actio Vi bonorum raptorum. Quid enim aliud est rapina quàm furtum improbius? aut raptor quàm fur improbior? *l. item si cùm 14. §. qui vim intulit supr. quod met. caus. l. 2. §. cæterum inf. vi bonor. rapt.* & apud Iustin. *eod. tit. in princip.* Ergo si quis in actione vi bonorum raptorum iurauerit se non rapuisse, quomodo in illa actione si iuretur, necessario iurandum est, adiuuari hoc suo iureiurando, debebit etiam in actione furti & condictione ex causa furtiua. DEC. Ex positione generis non statim sequitur positio speciei, sed contrà posita specie, ponitur genus, at remota specie, nõ remouetur genus, quamuis remoto genere, species quoq; remoueatur, quia, vt dicunt Logici, à genere ad speciem valet argumentũ negatiuè non affirmatiuè, à specie verò ad genus extra differentias essentiales, affirmatiuè non negatiuè: atqui furtum & rapina se habent tanquam genus & species: rapina species furti est, & quidem improbior, furtum autem est genus. Ergo si quis in actione Vi bonorum raptorum iurauerit, se non rapuisse, non ideò statim consequens est, vt iurasse videatur se furtum non fecisse, quia furtum etiam sine vi, & clam fieri potest, rapina non item. Alia igitur quæstio facti est, an quis rapuerit, alia verò an furtum fecerit, & consequenter ex iis quæ diximus in §. *præcedente* constat exceptionem iurisiurandi in actione Vi bonorum raptorum præstiti, si actio furti vel condictionis furtiuæ postea instituatur, neque prodesse reo debere, neque actori nocere.

6 ¶ Colonus cum quo propter succisas fortè arbores agebatur ex locato, si iurauerit se non succidisse, siue è lege duodecim tabularum de arboribus succisis, siue è lege Aquilia damni iniuria, siue interdicto *quod vi aut clam*, postea conuenietur: per exceptionem iurisiurandi defendi poterit.

Ad §. 6. Colonus.

RAT. DVB. Alia est actio ex locato, quæ locatori contra colonum datur, ad id quod interest, alia de succisis arboribus, quæ ex lege duodecim tabularum datur ad duplum *l. furtim 7. §. vlt. iunct. l. 1. infr. arbor. furt. cæsar.* alia denique actio damni iniuriæ, quam lex Aquilia introduxit *d. l. 1.* Ergo si in vna ex his actionibus iuratum sit, non erit is qui iurauit in aliis actionibus exceptione iurisiurandi defendendus: cùm sit verissimum in aliis actionibus eum non iurasse. DEC. Exceptio iurisiurandi habet locum, etiamsi alia actio instituatur, dummodo eadem sit quæstio facti, super qua iuratum est, §. *exceptio. supr.* Quod contingit, quoties plures illæ actiones, quamuis alioqui diuersæ inter se, & diuersum habentes effectum, ex eodem tamen facto proficiscuntur, vt euenit in proposita specie *d. leg. 1. & l. cùm ex vno 32. inf. de obl. & act.* Omnes enim hæ actiones, nec minùs illæ ex locato, quàm duæ cæteræ ex eo immediatè nascuntur, quòd arbores succisæ dicantur *d. l. cùm ex vno l. si colonus 9. Arbor. furt. cæsar.* Ergo si in vna ex his actionibus iurauerit reus, se non succidisse, si aliis postea conueniatur, quod summo iure fieri potest, exceptione sui iurisiurandi adiuuandus est, cùm non possit actor in aliis actionibus vincere, quin probet hunc ipsum reum arbores succidisse, contrà quàm à reo iuratum, & iureiurando ipsius probatum sit. Idémque de interdicto quod vi aut clam dici potest, quod etiam actionis appellatione continetur *leg. actionis 37. de oblig. & action.* At cùm actionibus, ex eodem delicto venientibus, etiam pœnalibus permittatur ita vti, vt tamen vna alteram consumat, vsque ad concurrentem duntaxat quantitatem, quod autem per vnam consecutus actor non est, per aliam quæ sit amplior consequi adhuc possit *dict. l. 1. l pen. arbor. furt. cæsar. leg. qui seruum 34. de oblig. & act.* eleganter quærit Accursius, an si iuratum sit in ea actione, per quam minùs consequi actor potuit, noceat exceptio iurisiurandi, ne per aliam actionem ampliorem consequi adhuc possit quod condemnationi quam ex priore sperare poterat, defuisset. Sed benè respondet, iurisiurandi exceptionem omnimodò & in totum nocere, in eóque maiorem potestatem esse iurisiurandi, quàm rei iudicatæ, quoniam reus de toto iurasse intelligitur, vt & in *l. si duo 13. §. idem Iulianus sup. hoc tit.* quandoquidem & factum ipsum indiuiduum est, & ex eo facto indiuiduo vtraque actio proficiscitur. At res iudicata aliam atque aliam facere potest condemnationem, neque actor vna condemnatione contentus esse cogitur, nisi cùm prior condemnatio satis reum grauauerit, vt habet *d. l. pen.* secundùm quam accipi debet quod scriptum est in *dict. l. si colonus*, ne aliæ leges obstent quas attulimus. Iunge *l. vnde quæritur 7.* vbi dicemus, *infr. Commod.*

BIU Cujas

7 ¶ Quæ iurauit, diuortij causa rem se non amouisse, non debet defendi per exceptionem, si cum ea in rem agatur, &, si contendat suam esse, alio iureiurando opus est. contra, si iurauerit suam esse [a], debet in actione rerum amotarum defendi. & omninò hoc obseruandum est, licèt per aliam actionem eadem quæstio moueatur, vt exceptio iurisiurandi locum habeat.

Ad §. 7. Quæ iurauit.

RAT. DVB. & DECID. eadem est ad hunc §. quæ ad §. *exceptio supr.* Nam cùm de iisdem rebus agitur inter easdem partes, & actione rerum amotarum, & rei vindicatione, videbatur exceptionem iurisiurandi in iudicio rerum amotarum præstiti à muliere, quæ diuortij causa res mariti amouisse dicebatur, eidem prodesse debere, si postea rei vindicatione conueniatur. Sed contrà respondet Paulus, alio iureiurando in posteriore vindicationis iudicio esse opus, nempe quoniam alia quæstio est, quæ in iudicio rerum amotarum proponatur, alia quæ in vindicatione: in actione rerum amotarum quæritur, an mulier eas diuortij causa amouerit, at in vindicatione rei quam mulier possidet, maritus verò suam esse contendit, cuius illa sit, an mulieris, an mariti. Nascuntur scilicet hæ actiones ex diuersis causis, actio rerum amotarum ex delicto *l. si mulier* 21. §. *hæc actio infr. rer. amot.* rei autem vindicatio ex præsenti possessione *l non aliàs* 24. §. *sed si postulatur supr. de iudic.* Cùm ergo mulier conuenta iudicio rerum amotarum iurat se res non amouisse, non ideò tamen iurat res suas esse, ideóque si subinde rei vindicatione conueniatur nouo iureiurando indiget, vt vincat, si modò maritus ei deferre velit, quoniam alia & noua quæstio est *d.* §. *exceptio.* Sequitur,

a *Contrà si iurauerit suam esse.* RAT. DVB. Actio rerum amotarum, & rei vindicatio diuersæ sunt actiones, diuersas habentes causas, & ex alio atque alio facto emanantes. Ergo quemadmodum iusiurandum delatum & præstitum in actione rerum amotarum, neque nocet in rei vindicatione, vt modò diximus, ita & è contrario idem esse debet, si mulier, quæ conuenta iudicio rei vindicationis iurauit rem suam esse, conueniatur postea rerum amotarum. DECID. Iurisiurandi exceptio locum habet, quoties eadem quæstio mouetur, licèt per aliam actionem *dict.* §. *exceptio supr.* Atqui cùm priùs actum est rei vindicatione, & postea rerum amotarum agitur, eadem ipsa quæstio in posteriorem actionem deducitur, quæ deducta fuerat in priorem, non quia in iudicio rerum amotarum quæratur, cuius sint res amotæ, aut an mulier, quæ conuenitur, res amotas possideat (huic enim iudicio locus esse potest, etiamsi res non sint mariti, & nihil ad mulierem peruenerit *l. si concubina* 17. §. *vlt. l. sed etsi* 9. *& l. sequ. infr. rer. amot.*) sed quia fieri nequit, vt mulier rerum suarum nomine teneatur actione rerum amotarum, non magis quàm actione furti, nisi in casu *l. si pignore* 22. *infr. de pignor. act.* cùm persona quæ res amouet, reuera furtum faciat *l. 1. l. pen. rer. amot.* ac proinde mulier quæ iurauit in iudicio vindicationis rem suã esse, cuius nomine posteà rerum amotarum conueniatur, intelligenda est iurasse quoque, non modò se rem illam non amouisse, nec amouere potuisse, tametsi maximè voluisset, quod longè plus est: at non similiter è contrario mulier quæ iurauit, se non amouisse rem, quæ postmodum per vindicationem petatur, iurasse videri potest rem suam esse. Potest enim fieri vt nec amouerit, nec tamen res eius sit, cùm possit esse mariti, aut alterius cuiuslibet, quomodo ratiocinatur Paulus licèt in dissimili specie *in* § *sequent.* Iusiurandum enim negatiuum quale illud est, mulierem res non amouisse, nihil ponit ex quo aliud quicquam inferri possit, in alio iudicio etiam inter easdem partes. At iusiurandum affirmatiuum cuiusmodi hoc est, rem esse mulieris tale est, quale si ea quoque omnia comprehenderet, quæ affirmationi huic sunt consequentia, inter quæ hoc vnum est, vt eius rei nomine mulier quæ rem suam esse iurauit, rerum amotarum iudicio conueniri nunquam possit.

8 ¶ Igitur si quis iurauit, se non esse condemnatum: etiam si ex stipulatu iudicatum solui, ob rem iudicatam, conueniatur, defendetur per exceptionem. Contrà, si cum ex stipulatu [a] iudicatum solui conueniretur: iurauit se dare non oportere: agenti iudicati non vtique obstabit exceptio: potest enim fieri, vt non sit commissa stipulatio, licèt res iudicata sit. nisi ideò iurasset, quòd nec damnatum se esse diceret.

Ad §. 8. Igitur si quis.

RAT. DVB. Aliud est conueniri ex stipulatione iudicatum solui, etiam ob rem iudicatam, aliud verò ex iudicato conueniri actione in factum, aut iudicati: potest enim fieri, vt & iudicatum sit, & commissa non sit stipulatio, vt sequitur in fine huius §. Ergo etiamsi quis iurauerit, se non esse condẽnatum, si ex stipulatione iudicatum solui etiam ob rem iudicatam conueniatur, non debet defendi per exceptionem iurisiurandi, sed alio iureiurando indiget, vt vincat, si ei deferatur: quasi noua quæstione in posterius iudicium deducta. DEC. Alia quidem actio est, sed eadem tamen quæstio, quæ in vtramq; actionẽ deducitur, scilicet an is qui conuentus primum fuit ex iudicato, nunc verò conuenitur ex stipulatione iudicatũ solui, fuerit condemnatus nécne. Nam quemadmodũ si fuerit condemnatus, potest cõueniri & ex iudicato, & præterea ex stipulatione iudicatũ solui ob rem iudicatã, si stipulatio commissa sit: ita si nõ fuerit condẽnatus, neq; ex iudicato conueniri potest, neq; ex stipulatione iudicatum solui ob rem iudicatã. Hoc enim addendum est, & meritò additur à Paulo, quia cùm stipulatio iudica-

BIU Cujas

iudicatum solui dicatur, habere tres clausulas, de re iudicata, de re defendenda, & de dolo malo *l iudicatum solui 6. ill. tit. Iudic. solui.* posset fieri vt commissa esset stipulatio ob rem iudicatam, nec tamen ob rem non defensam: sunt enim separatæ causæ huius stipulationis committendæ, quarum vna commune nihil cum alia habeat *l. cùm quærebatur 13. l. vlt. & pass. eod. tit.* Et consequenter is qui iurasset, se non esse condemnatum, si posteà ex stipulatione Iudicatum solui ob rem non defensam conueniretur, nouo vtique iureiurando indigeret, quod & Accursius docet *arg. l. & an eadem 14. infr. de except. rei iudic.* Tota igitur vtriusque actionis quæstio in eo est, an reus condemnatus fuerit. Proinde qui iurauit se non esse condemnatum, cùm ex iudicato conueniretur, sicut amplius conueniri ex iudicato non potest, ita neque ex stipulatione iudicatum solui ob rem iudicatam: condemnatum enim æquè esse oportet, vt stipulatio iudicatum solui ob rem iudicatam committatur, atque vt ex iudicato agi possit.

a *Contrà si cum ex stipulatu.* RAT. DVB. Qui iurauit se dare non oportere, videtur iurasse de toto, vt in *l. si duo 13. §. Idem Iulianus supr. hoc tit.* id est de tota causa, ac proinde ex nulla causa dare se oportere. Ergo si quis cùm ex stipulatu iudicatum solui conueniretur, iurauerit se dare nō oportere, agenti postea iudicati poterit obiicere exceptionem iurisiurandi: tractamus siquidem de eo, qui conueniebatur ex stipulatione iudicatum solui ob rem iudicatam, non autem ob rem non defensam, nec ex clausula de dolo malo, vt proinde licèt diuersæ sint actiones, eadem tamen quæstio facti in vtramque quæstionem deduci videatur, id est, an res sit iudicata. DEC. Quoties in posteriorem actionem alia quęstio deducitur, certum est, iurisiurādi in priore actione præstiti, exceptionem non posse competere *§. exceptio & § prox. supr.* Atqui alia quæstio est, cum agitur ex iudicato, alia verò, cum agitur ex stipulatione iudicatum solui etiam ob rem iudicatam. Priore casu de hoc tantùm quæritur, an iudicatum sit, posteriore verò, an commissa sit stipulatio. Potest enim fieri, vt res quidem iudicata fuerit, nec tamen commissa dici possit stipulatio, siue quia non sit interposita, siue quòd alius iudicauerit & pronunciauerit, quàm de quo fuerit cogitatum tempore interpositæ stipulationis, vt bene Accursius explicat ex *l. 3. in princip. & l. penult. infr. iudic. solui.* aut etiam quia stipulationi aliquid desit ex solemnibus, propter quod non satis ritè interposita videatur: nam quæ non fuit ritè interposita stipulatio, committi nunquam potest, nec rursus agi ex stipulatione nō commissa *l. nuda 5. C. de contr. & commit. stip.* Non igitur bona consecutio est: Iudicatum fuit aduersus reum: Ergo commissa est stipulatio iudicatum solui ex clausula rei iudicatæ. Indéque intelligimus diuersam esse quæstionem, quæ in posterius iudicium deducitur, & quidem ita diuersam, vt non pendeat à quæstione prioris iudicij: longè aliter quàm in priore huius §. specie, vbi priùs actum fuerat ex iudicato, quàm ex stipulatione iudicatum solui, iuratúmque à reo se non esse condemnatum. Quo admisso illud etiam consequens omnino erat, vt neque commissa esset stipulatio iudicatum solui, ex clausula rei iudicatæ, at non similiter consequens est, vt quia non sit commissa stipulatio, nec iudicatum sit. Qui ergo conuentus ex stipulatione iudicatum solui, iurat se dare non oportere, nihil aliud iurare intelligitur, nisi quod non sit commissa stipulatio, nisi adiiciat ideò se ita iurare, quòd nec fuerit condemnatus, vt Paulus subiicit. Hoc enim casu idem iuris constituendum erit in posteriore specie, quod in priore, vt iurisiurandi exceptio in vtraque actione opponi possit: quoniam eadem quæstio inciperet in posterius iudicium deduci quæ in prius deducta fuisset. Nec obstat quod obiecimus, eum qui iurauit, videri de toto iurasse. Etsi enim non probo, quod respondet Bartolus ita id intelligi debere, vt de toto contractu, id est, quòd interpositus non fuerit, iurasse videatur, non etiam de tota re, déque toto negotio, vt in §. 1. *huius legis.* cùm in specie *d. §. idem Iulianus* non de contractu, sed de furto & delicto tractaretur, dico tamē de toto iurare, nihil aliud esse, quàm iurare de tota causa actionis propositæ, vt in aliis quoque actionibus, ex eadem causa dependentibus, idem iusiurādum opponi possit, vt puta, si quis iurauerit se furtum non fecisse, quemadmodum in specie illius §. cùm actione furti conueniretur, neque condictione furtiua conueniri poterit, quippè quæ non aliunde quàm ex furto ipso nascatur, videtur enim de toto iurasse, id est, de tota causa propositæ actionis, & consequenter etiam quod ad alias omnes actiones, quæ modò eandem causam habeant, non tamen ad alias, quæ diuersam, licèt idem contingant negotium: aliud enim est iurare de toto negotio, aliud verò de tota propositæ actionis causa, quod satis est. Placet autem valdè, quamuis displiceat Bartolo, quod ex hoc §. quidam notant, fideiussorem iudicatum solui non statim, & rectà conueniri posse, ex sententia contra rerum principalem reddita, sed opus esse nouo processu contra fideiussorem, vt pragmatici loquūtur, vt hoc ipsum sciatur, an commissa sit stipulatio ob rem iudicatam, id est, an ob hoc condemnatus sit reus, quòd stipulatio commissa sit, aut potiùs ob hoc commissa stipulatio, quòd fuerit condemnatus, cùm possit fieri, vt non sit commissa stipulatio, quamuis reus fuerit condemnatus. Eóque iure passim vtimur, quicquid dicat Bartolus *ad leg. 1. Iudicat. solui.* aliter quàm obseruetur in fideiussore iudicio sisti: hic enim rectà, & absque nouo processu condemnatur, vt scripsimus in Codice Fabriano *sub Tit. de Fideiussor.*

b *Nisi ideo iurasset, quòd nec damnatum se esse diceres.* Ergo cùm reus iurauit, se dare non oportere, indiget iusiurandum interpretatione, quanam ex causa se dare non oportere iurauerit. An igitur ad Prætorem, aut ad iudicem euocandus erit, vt iurisiurandi sui causam declaret, eiúsque declarationi stetur? vt in specie *§. si ei qui supr.* Minimè verò. Iuranti enim credi potest, pro alio contra alium, vt *in d. §. si ei qui*, at ipsi pro seipso credi graue nimis & periculosum esset. Probare igitur debet aliter, quàm proprio suo testimonio, se iurasse ex ea causa, quæ sibi proficiat, nè alioqui in eius potestate sit iudicium eludere quod redditur in inuitum *l. inter stipulantem 83. §. 1. de verb. oblig.* Neque similis hic est ei qui ambigua intentione vsus est, de quo in *leg. si quis intentione 66. supr. de iudic.* Qui enim iurat se dare non oportere, nihil ambigui pronunciat, sed causam tamen sui iurisiurandi non satis clarè & apertè exponit. Eam igitur si alleget postea quandocunque probare debet, atque ita bene hîc Bartolus.

BIU Cujas

9 ¶ Item Pomponius ait, eum, qui furtum sibi factum alicuius rei iurauit, non statim etiam condictionis causam nanciscì.

Ad §. 9. Item Pomponius.

RAT. DVB. Actio furti, & condictio furtiua cãdem causam habent, scilicet furtum: nascuntur enim ambæ ex delicto, id est, ex furto *l. si ambo* 10. §. *quoties infr. de compensat.* Ergo qui de furto iurauit in actione furti, credendus est de toto iurasse, id est, etiam ratione condictionis furtiuæ, vt scriptum est in *l. si duo* 13. §. *idem Iulianus supr. hoc tit.* DEC. Multum refert an reus conuentus actione furti iurauerit se furtum non fecisse, cuius nomine postea cõdictione furtiua vrgeatur, an verò actor qui actionẽ furti proposuit, iurauerit furtum à reo factum esse, mox velit ex eadem causa condictionem furtiuam exercere. Priore casu eadem quæstio in vtramque actionem deducta intelligitur, id est, an furtum factum sit, quia si factum non sit, tam certum est cessare condictionem furtiuam, quàm actionem furti cùm vtraque ex furto pendeat *l. cessat* 36. *de oblig. & action.* nec alius condictione furtiua teneri possit quã fur, & heres eius *l. ex furtiua* 5. *inf. de condict. furt.* At neque fur neque furis heres quisquam intelligi potest, si furtum nullum factum sit. Posteriore autem casu non eadem quæstio in vtrumque iudicium deducitur. Nam in actione furti quæritur duntaxat ex parte illius qui conuenitur, an reus furtum fecerit, ex parte autem actoris an eius interfit ex honesta causa qualibet *leg. cuius interfuit* 10. *infr. de furt.* §. *furti. Instit. de obligat. quæ ex delict. nascuntur.* In condictione autem furtiua ex parte quidem rei eadem quæstio est, an furtum fecerit, sed ex parte actoris longè alia, an scilicet eius res sit quæ furto subtracta est: soli enim domino illa condictio competit *l. 1. l. sed nec* 10. *de condict. furt. l. vlt. supr. vsufr. quemadm. caueat.* Non est autem bona consecutio, si actor ex eo quod suo iureiurãdo probauit furtum à reo factum esse, probatum quoq; velit, rem suam esse, cùm causa dominij nihil habeat cum causa furti commune, possitque fieri vt & furtum factum sit, & tamen res furtiua non sit actoris. Plus ergo potest hac parte iusiurandum negatiuum, vt absoluatur reus etiam à condictione furtiua per oppositam exceptionẽ iurisiurandi, quàm iusiurandum affirmatiuum actoris, quòd furtum à reo factum sit ad acquirendam ei condictionem furtiuam, non quia plus possit negatio quàm adfirmatio, aut quia sit reus fauorabilior, quàm actor: quorum prius falsum est, vt diximus ad §. *quæ iurauit supr.* posterius verò licèt verum sit, ad rem tamen non pertinet: sed quia ex parte rei qui conuenitur sola furti negatio per iusiurandum probata excludit vtramque actionem, & furti, & condictionem furtiuam, quoniam vtriusque actionis causam & fundamentum tollit. At ex parte actoris sola furti positio non sufficit ad inducendam quoque condictionem furtiuam, cùm illud præterea requiratur vt actor sit dominus. Cùm autem duę causę ad vnam eandémque actionẽ aliámve rem producendam requiruntur, vnam deesse sufficit, vt actio aliáve res impediatur, at non æquè vnam adesse satis est vt actio nascatur. Denique facilius est impediri aliquid, quàm induci, in cæteris quoque rebus omnibus, etiam naturalibus.

10 ¶ Item cùm ex hac parte iusiurandum & actionem & exceptionem inducat: si fortè reus extra iudicium actore inferente, iurauerit, se dare non oportere: & actor, reo deferente, dare sibi oportere: vel contrà, posterior causa iurisiurandi potior habebitur. nec tamen præiudicium periurio alterius fiet: quia non quæretur, an dare eum oporteat, sed an actor iurauerit.

Ad §. vlt. Item cùm ex hac parte.

RAT. DVB. Si actore iusiurandum deferente extra iudicium reus iurauerit se dare non oportere, ex quo iureiurando posset ei exceptio sola competere, actor autem subinde referente reo iurauerit dari sibi oportere, ex quo iureiurando datur actori etiam actio, non potest haberi ratio posterioris iurisiurandi solius, quin præiudicium fiat periurio eius qui prior iurauit. Nec enim potest vtrumque verum esse, vt reum actori dare & oporteat, & non oporteat, cùm sint ista merè contradictoria, falsum autem prius iusiurandum nihil aliud sit quàm periurium. Atqui de periurio eius qui iurauit quæri postea non debet *l. 1. & 2. C. hoc tit. l. vlt. infr. titul. prox.* Nec debet iudex eum audire qui vel tentare velit probationem aliquam quæ vel minimam periurij suspicionem inducat *l. si duo* 13. §. *idem Iulianus in fin. supr. hoc tit.* Nam & cùm vna eadémque persona aliter atque aliter iurauit, dici solet, & verissimũ est, standum esse priori iuratæ, quasi posterior non possit carere periurij maxima suspicione. Idémque contra est si actor deferente reo iurauerit sibi dari oportere, & eodem actore postea referente reus iurauerit se dare non oportere. Aut igitur prioris iurisiurandi solius ratio habenda est, ne actio vel exceptio ex edicto acquisita ei qui prior iurauit (nam ex hac edicti parte quę est de iureiurando vt secunda Accursij interpretatio benè explicat, & quomodo loquitur Paulus noster in *l. eum qui* 30. *in princip. inf.* iusiurandum & actionem inducat, cum ab actore præstitum est, & exceptionem cùm à reo *leg. nam posteaquam* 9. *in princip. & §. 1. sup.*) alterius facto & iureiurando ipsi adimatur, quod semper iniquum esse creditur *l. vlt. supr. de pact. l. Granius* 71. §. *penult. infr. de fideiuss.* aut neutrius, quasi vno iureiurando aliud destruatur, cùm vna tantùm sit veritas nec possit dici, imò nec quæri vter eorum qui iurauerunt, peierauerit. DEC. Posteriora semper derogant prioribus non in iis tantùm, quæ ab vnius eiusdémque personæ voluntate pendent, vt in testamentis omnibúsque cæteris speciebus vltimarum voluntatum *l. 4. de admin. legat. l. si mihi & tibi* 12. §. *vlt. de legat.* & in constitutionibus Principum *l. vlt. sup. de constit. Princip.* sed in iis etiam quæ à plurium voluntate, dummodò plurium illorum omnium quorum interest, & quibus ex priore voluntate ius quęsitum est, noua voluntas interueniat vt in pactis & cõtractibus

l. pacta

BIU Cujas

l. pacta nouissima 12. C. de pact. Atqui pendet ex voluntate illorum inter quos priùs iuratum est, maximè verò eius qui iurauit, vt à priore illo iureiurando resiliatur, & ius quod iuranti quæsitum fuit ei adimatur, non tam alieno facto quàm ipsius proprio, cùm imputare sibi debeat is, qui iurauit ex aduersarij delatione, cur cùm posset ex suo iureiurando vincere *l. iusiurandum referre & ad pecunias 34. §. vlt. inf.* maluerit iusiurandum referre, & aduersarij iusiurãdum suo anteponere. Neque tamen ea res faciet, vt præiudicium aliquod periurio eius fiat, qui prior iurauit, id est, non eo magis pro periurio habendus is erit, quia post præstitum iusiurandum posterius quo iurauit actor sibi dari oportere quod reus se dare non oportere iurauerat, nõ quæritur an reum dare oporteat, de quo quæri non posset, quin alteruter periurus inueniretur, maximè verò is, qui prior iurauit, sed an actor iurauerit, vt subtiliter Paulus hîc scribit, non addito etiam eo an verè iurauerit, dummodo ritè, & ex delatione iuratum sit *leg. non erit 5. §. dato iureiurando l. nam posteaquam 9. in princip. & §. 1. l. sed si possessori 11. §. vlt. supr.* Alia ratio est eius qui deferente iudice bis iurauit, & contraria, cuius priori depositioni iuratæ standum esse diximus. Non enim est in ipsius voluntate positum, vt à priore iureiurando resiliat, quin hoc ipso & periurij & falsi testimonij crimen incurrat, quoniam hoc casu eadem persona est quæ iurat contraria, quod nunquam licet *l. eos 27. §. 1. infr. ad leg. Cornel. de falsi* Bene autem Paulus hîc loquitur de iureiurando voluntario & extra iudicium præstito, quia in iudiciali vix est, vt possit hoc contingere, cùm iudex statim atque iuratum est, pergere debeat vel ad absolutionem vel ad condemnationem *d. l. iusiurandum & ad pecunias 34. § vlt. infr.* multo minus vt dubitetur an iuratum sit, qui casus est legis sequentis, cùm iudiciale iusiurandum præsentem habeat semper iudicem. Si tamen tam stultus sit is qui iurauit in iudicio, vt malit iusiurandum referre aduersario quã vrgere sententiam vel condemnatoriam, vel absolutoriam idem seruare cogetur iudex in iudiciali quoque iureiurando, quod hîc scriptum est in voluntario. Quid enim aliud pronunciare bonus iudex possit, quàm quod videat vtrique litigatorum placere? *l. 1. §. inde quæritur infr. de oper. noui nunciat. leg. si conuenerit 16. de re iudic.* Sed quod addit Bartolus aliud esse in iureiurando necessario, & , vt vocant, suppletiuo, quod in defectum probationis datur, non possum admittere, non solum, quia iusiurandũ tale nullum agnoscit vera Iurisprudentia, vt dicemus ad *l. admonendi 31. infr.* sed etiam quia ratio qua mouetur quod iusiurandum hoc præstetur ad probandũ, probatio autem vna tollere possit alterã ex *l. scripturæ 14. C. de fid. instrum. d. l. eos qui 27. §. 1. infr. ad l. Cornel. de falsi.* æque locũ habet in iureiurando volũtario & iudiciali, vt perinde probationis vim obtineat *d. l. sed si possessori 11. §. vlt. l. eum qui 30. in prin. infr. hoc tit.* Et quamuis non possit iudex, nisi iniustè ius quod litigator sibi iureiurando suo quæsiit, ei adimere, vt Bartolus obiicit, nihil tamẽ vetat hoc fieri, si is cui tale ius acquisitum est, cõsentiat, quia volẽti non fit iniuria *l. in diem 9. §. 1. de aqua & aquæ pluu. arcen.* Ponendũ autem necessario est eum, qui prior iurauerit, cõsensisse, vt aduersarius posteriori quoque iuraret, alioqui quæstio de duplici iureiurando incidere nunquam posset.

29. TRYPHONINVS lib. 6. Disputationum.

QVòd si iuraui, te deferente, non iurasse te, dare tibi oportere. & aduersum vtilem actionem qua hoc quæritur, an iuraueris, tibi dari oportere, opponenda est exceptio iurisiurandi perimentis quæstionem actione comprehensam.

Ad l. Quòd si iuraui 29.

Diuersa est species huius legis ab ea de qua in §. *vlt. legis præcedentis.* Ibi enim iurauerat reus dare se non oportere, actor verò dari sibi oportere aut cõtrà. Hic verò tractatur de reo qui post iusiurandum ab actore præstitum dari sibi oportere, iurauerit tamen de eo actorem non iurasse. Quæ quæstio vt proximè diximus, non in aliud iusiurandum cadit, quàm quod sit voluntarium, cùm de iudiciali non nisi valde impudenter dubitari & quæri possit apud iudicem quo deferente præstitum sit. Ratio autem dubitandi & decidendi ad hunc locum eadem ferè est quæ ad *d. §. vlt. legis superioris.* nisi quod difficilius videbatur, vt in specie huius legis permittendum esset posterius iusiurandum ne alioqui progressus detur in infinitum, vt loquuntur Philosophi, aut vt Vlpianus in *l. à diuo Pio 15. §. sed si emptor infr. de re iudic.* longè res abibit, si posteaquam iurasti dari tibi oportere, permittatur mihi iurare te non iurasse. Nam & tu postea iurare quoque voles me non iurasse quòd non iuraueris. Sed decidendi ratio est, quod non aliter permittitur mihi iurare te non iurasse quàm si tu de eo mihi iusiurandum deferas, vt Tryphoninus hîc scribit, ideóque non potest res abire in infinitum, nisi qui iurarunt consentiant. Præter id quod credibile est eum qui posterior iurabit aduersarium non iurasse, ita iuraturum testibus adhibitis aut ipso etiam iudice, vt dubitari posteà de ipsius iureiurando nullomodo possit. Sed quemadmodum post rem quoque iudicatam dubitari adhuc interdum potest an iudicatum sit, quæ res transactioni locum facit *l. eleganter 23. §. si post rem iudicatam infr. de condict. indeb.* ita & postquàm iuratum est, dubitari nonnunquam probabiliter potest an iuratum sit *l. nam posteaquàm 9. in princip. supr.* nec potest videri iusiurandum deferri per calumniam, cùm is qui defert prior iurare debeat de calumnia si hoc exigatur *l. iusiurandum & ad pecunias 34. §. qui iusiurandum infr.* quamuis etiamsi per calumniam delatum esset, imputare tamen sibi deberet qui delatum accepisset. Ergo aduersus vtilem actionem tuam, quæ ex tuo iureiurando tibi competit, & in qua hoc solùm quæritur, an iuraueris dari tibi oportere, & aliud præterea nihil *l. non erit 5. §. dato iureiurando sup.* potero ego posterioris mei iurisiurandi exceptionem opponere, quo perempta est tota quæstio, quæ actione tua comprehendebatur, cùm iurauerim te non iurasse. Et ita benè Accursius quoque explicat.

BIU Cujas

30. PAVLVS libro 18. ad Edictum.

EVm, qui iurauit, ex ea actione, quæ inficiando crescit[a], aliquid sibi deberi: simpli, non dupli persecutionem sibi adquirere, Pedius ait. abundè enim sufficere, exonerare petitorem probandi necessitate[b], cùm, omissa hac parte edicti, dupli actio integra maneat. & potest dici, hoc iudicio non principalem causam exerceri, sed iusiurandum actoris conseruari.

Ad l. Eum qui 30.

RAT. DVB. Nouatio quæ fit per iusiurandum non tollit ipso iure actionem, quæ anteà competebat, siue actor iurauerit, siue reus, si interpretibus nostris credimus *ad leg. qui iurasse 26. §. vlt. supr.* Et quamuis actio quæ ex iureiurando datur, tolleret priorem, esset tamen subrogata in locum prioris, ac proinde naturam eandem induere deberet *l. si quis eum 10. §. qui iniuriarum supr. si quis caution.* Ergo siue hanc legem intelligas de actione, quæ ex iureiurando actoris nascitur, non danda in duplum, quæ secunda Accursij & Bartoli interpretatio est, siue, quæ prima, de actione legis Aquiliæ, quæ contra negantem datur in duplum *l. 4. C. de leg. Aquil. l. inde Neratius 23. §. hæc actio supr. eod. ill. tit.* aut depositi ex causa tumultus, vel incendij, vel naufragij, vel ruinę facti *l. 1. l. de eo 18. infr. depos.* aut legati venerabili alicui loco relicti *§. item mixta Instit. de action.* in quibus actionibus actor suam intentionem ex aduersarij delatione iureiurando suo probauerit, non eo minùs in duplum condemnandus est reus ex natura propositæ actionis quæ eadem manet, & ex qua tãdem sequi condemnationem necesse est: cùm non debeat melior esse condicio inficiantis, ob id solùm quod actorem ad præstandum, vel referendum iusiurandum adegerit, quandoquidem illius etiam qui verè & sanctè iurauit, modestia eo modo aliqualiter oneratur *l. illud 25. §. 1. infr. de pecun. constit. l. quæ sub condicione 8. infr. de condic. instit.* Alioqui iusiurandum actoris, quod ei prodesse deberet, nocebit potiùs, si adimat ipsi dupli persecutionem, contra *l. quod fauore 6. C. de legib. l. nulla 25. supr. eod. ill. tit. l. legata inutiliter 19. de adim. legat.* DEC. Imputare sibi debet is, qui in ipsa litis contestatione apud Prætorem negante aduersario, & iusiurandum deferente, maluit iurare sibi deberi ex ea causa ac suo iureiurando potius quàm testibus aut aliis probationibus intẽtionem suam comprobare, eóque facto ex hac parte edicti actionem ex suo illo iureiurando à Prætore postulare potiùs quàm actionem pristinam sibi competentem legis Aquiliæ, aut aliam similem aliquam ex supradictis exercere, quæ per inficiationem in duplum crescere potuisset. Nam siue per testes aut aliter intentionem suam probare potuit, parum prudẽter fecit, qui hanc partem edicti & actionem in factum vtilem, quam Prætor ex iureiurando actoris dare solet, eligere maluit pro actione dupli, quæ post iusiurandum quoque pręstitum manebat integra, si à probatione sibi per iusiurandum suum quæsita recedere voluisset, siue probationẽ aliam nullam habuit, sufficere illi abundè debet quod iurando se exonerauerit necessitate probandi, atque ita victoriam litis sibi comparauerit, quem alioquin succumbere fuisset necesse, & pro duplo, quod sperabat, etiam simplum amittere. Neque verò Prętor cùm dat actionem ex iureiurando apud se præstito, id agit vt principalis causa super qua iuratum est, exerceatur, sed tantùm vt iuranti iusiurandum suum conseruetur, id est, vt non de alio amplius quærendum sit, quàm vtrum fuerit iuratum, non autem an damnum iniuria datum, propter quod legis Aquiliæ actio competere possit, & per inficiationem crescere. Nemo autem dixerit actionem quam Prætor dat ex iureiurando actoris, ex earum numero esse quæ per inficiationem crescunt, nec si per calumniam negetur iuratum esse: quanto minus ob id solùm quòd negatum sit damnum iniuria datum fuisse? Benè igitur Paulus hîc ex Pedio scribit, Eum qui iurauit ex ea actione, id est ex causa illius actionis quæ inficiando crescit, aliquid sibi deberi, non dupli sed simpli tantùm persecutionem sibi acquirere, sed ita tamen vt non amittat dupli persecutionem si omissa hac parte edicti quæ dat actionem honorariam, malit pristinam eámque ciuilem exercere, quasi non peremptam ea nouatione quæ fit per iusiurandum. Ita putant interpretes, & omittere hanc partem edicti eum quoque, qui iurauit apud Prætorem, si iurisiurandi sui vtilitatem deserat, nulla ex eo vel actione petita, vel exceptione. Quo casu nec illa ex iureiurando vtilitas manere penes eum debet, vt quod iuratum est, haberi debeat pro probato: nam neque hoc fieri potest nisi tuitione prætoria; Prætor autem non aliter tueri & conseruare iusiurãdum potest, quàm si ex eo vel actionem det vel exceptionem *l. duobus 28. §. vltim. iunct. l. nam posteaquam 9. §. 1. supr.* Mihi tamen aliud iudicium est, quod hîc Paulus scribit de actore omittente hanc partem edicti de eo solo intelligi debere qui iurare recusauit, non de eo qui iurauit, vt posteà probabimus. Quid ergo si actor nullo sibi apud Prætorem in ipsa contestatione delato iureiurando (nec enim iurare, & ita exonerare se potest nisi condicio deferatur, vt & in specie *l. cùm hereditatẽ 55. de acquirend. hered.*) impetrauerit formulam & actionem legis Aquiliæ, in eáque iurauerit deferente aduersario centum sibi deberi ex causa damni iniuria dati, an ideò persecutionem dupli amittet, quàm agendo non ex iureiurando, sed ex lege Aquilia sibi quæsierat? Non enim dici potest hoc casu, quod lex ait, omissa hac parte edicti manere actionem dupli integram, cùm post eam iam propositam, atque ita consumptam, (ideo enim dicitur alienare, qui rem in iudicium deducit, quoniam actionem consumit, & amittit §. *in popularibus infr. l. ait Prætor 7. §. quid sit autem infr. de iur. delib.* & vt alibi scripsimus, actiones quoque sunt ex earum rerum numero, quæ vsu consumuntur) hanc partem edicti amplexus sit is, qui iurauit, & iusiurandum suum pro plena probatione haberi voluit. Dubitationem facit, quoniam hoc casu actor qui iam de actione legis Aquiliæ impetrauit formulam, neque actione ex iureiurando, neque alia vlla indiget, vt extorqueat condemnationem etiam in duplum, quippe quæ sequi potest ex ea ipsa formula tãquam post contestationem & inficiationem apud Prætorem fa-

BIU Cujas

rem factam impetrata, & iusso pedaneo iudice qui à præscripta sibi formula recedere ne latum quidem vnguem potest, condemnare debitorem in duplum. Sed cùm ea formula condicionem suam habeat *si paret damnum iniuria datum esse actori* sicut & cæteræ formulæ omnes condicionem illam habent *si actor plenè suam intentionem probauerit*, dici potest Prætorem de ea probatione sensisse, quæ oneratura esset actorem, eúmque probandi necessitate adstringeret, non de illa quam proprio suo iureiurando induceret, vt ab alia quæ alioqui necessaria fuisset, se exoneraret. Ideóque quasi deficiente formulæ condicione non posse iudicem ad dupli condẽnationem peruenire, sed ad simpli duntaxat, nec tamen in eam rem indigere noua formula, cùm in duplo simplum contineatur, & satis appareat de intentione actoris, etiam cùm iurauit aduersario deferente, quia probatio hæc licèt priuilegiaria sit, & talis de qua Prætor non cogitauerit, cùm formulam in duplum daret, probatio tamen est, & quidem certissima, sed ita, si hoc quoque casu hæc pars edicti imploretur, quæ sola facit, vt quod aduersario deferente iuratum est, haberi debeat pro probato. Hoc verò cùm accidit, non iam de pristina actione quærendum est quæ dabatur in duplum, & quam hoc ipso quod in formulã deducta est, cõsumptam esse diximus, nec rursus de formula, cuius cõdicio, si Prætoris mẽtem inspicias, defecit potius quàm extitit, sed tantùm de cõseruando iureiurando ex hoc ipso edicto Prætoris, quãuis nõ apud ipsum Prætorem, sed apud iudicem pedaneum iuratũ sit, quod tamen non aliter fieri potest quàm si idem iudex, ex cuius authoritate iuratum est, tanquam cui cõmissa sint omnia, quæ ad causam pertinent (nam statim atque iudex factus est omnium rerum officium ei incumbit quæcunque in iudicio versantur *l. Aediles 25. §. item sciendum infr. de ædilit. edict.*) non solùm habeat id quod benè iuratũ est pro benè probato, sed etiam ex ea probatione cõdemnet reum, at eo penitus modo quo condemnaret, si actionem & formulam Prætor ex iureiurando apud se præstito dedisset: quid enim refert, an apud Prætorem iuratum sit, an apud iudicem? aut an reus actori iusiurandum detulerit in ipsa contestatione coram Prætore in iure, an in iudicio coram iudice? Nisi fortè imputare volumus actori, cur reus litem contestatus & inficiatus apud Prætorem, iam tum non detulerit iusiurandum, sed formulam & iudicem expectauerit? quod esset absurdum. Ergo ad simplum duntaxat hoc quoque casu fieri condemnatio debebit, non ad duplum: nam & hîc ratio illa Pauli locum habet, quòd abundè sufficiat exonerare petitorem probandi necessitate, nec debeat melior eius condicio fieri ob id, quòd in iudicio nõ in iure iurauerit. Neque ad rem pertinet, quòd ex iureiurando nulla hoc casu nascatur actio. Id enim euenit occasione magis quàm iure vt loquitur *l. 2. infr. de riuis*, id est, quia nec necesse est, sufficitq; tale iusiurandum esse ad obligandum iudicem, vt ipsum tueatur, quod aptũ sit parere actionẽ, id est, ex quo dari posset actio, si non iam in actione legis Aquiliæ data esset formula ex qua possit iudex prosilire ad condemnationem, quamuis non dupli ex verbis formulæ, sed simpli ex mente Prætoris. Et licèt secunda illa ratio Pauli *cùm omissa hac parte edicti dupli actio integra maneat*, locum habere hoc casu non possit, vt diximus, sufficit tamen primam locum habere, itémque tertiam (tres enim adfert rationes, vt Accursius noster benè obseruauit) quæ postremis illis verbis continetur: *& potest dici hoc iudicio nõ principalem causam exerceri, sed iusiurandum actoris conseruari.* Quamquam postrema hæc ratio apertiùs ostendit meo iudicio, non tam hunc casum tractari à Paulo, in quo iuratum sit apud iudicem datum post impetratam legis Aquiliæ actionem & formulam, quam illum alium de quo priùs diximus, quo iuratum sit apud Prætorem in iure ante impetratam petitámve legis Aquiliæ actionem, & petitâ è contrario actione, quam Prætor hoc edicto pollicetur ex iureiurando, quæ vt dixi, non nisi ad simplum datur, numquam verò ad duplum, ne quidem cùm in actionis locum substituitur, quæ posset per inficiationem crescere, quia quod dici solet actionem subrogatam in locum alterius, sapere & induere naturam eius, in cuius locum subrogata est ex *l. si quis eum 10. §. qui iniuriarum sup. si quis caution.* ad hunc casum accommodari non potest, non ob id tantùm quòd actiones quæ per inficiationem crescunt, non dantur in duplum ex sui natura primordiali, vt loquuntur interpretes, sed ex causa superuenienti & per accidens propter inficiationem, sed etiam quia actio ex iureiurando quæ substituitur à Prætore in locum alterius, singularis est, & priuilegiaria, in eo quod probationẽ intentionis actoris sumit ex proprio ipsius iureiurando, ideóque non debet alio etiam priuilegio adiuuari, vt propter inficiationem rei obtinere debeat dupli condemnationem, non quia duo singularia circa eandem speciem concurrere non possint, vt vulgari nostrorum iactatur brocardico ex *l. 1. C. de dot. promiss.* nec rursus vt qui in vno releuatur, in alio grauetur, vel contra quod nostri vulgo ex hac lege inferunt (non enim grauatur qui duplum non consequitur, cùm lucri occasionem amittat potiùs quàm damnũ incurrat, nec ille rursus qui aduersario deferente iurando, se testẽ facit in causa propria,) sed quia beneficium Prætoris facientis vt quod iuratum est pro probato habeatur, non debet esse ei captiosum, qui iusiurandum detulit, vt in plus quàm in simplum condemnetur *arg. l. Paulus notat 8. infr. de prætor. stipulat.* Cúmque is qui iusiurandum defert, videatur hoc ipso fateri intentionem aduersarij, in eum scilicet casum quo iurabit, *d. l. qui iurasse 26. §. vlt. supr.* an non absurdum esset quasi inficiantem in duplum condemnari eum, qui propter delationem à se factam secuto postea iureiurando habendus sit potius pro cõfesso? Atque hanc esse puto legis huius sententiam, quæ hodie facilior longè est, & expeditior secundũ ius quo vtimur, vt iudicia omnia non per iudices pedaneos exerceantur, vt olim, sed per ipsos Magistratus, quorum erat dare iudicem & formulã post litem apud se contestatam, quique hodie de facto ipsi cognoscere ac pronunciare iubentur post *leg. 2. C. de pedan. iudic. l. 1. & 2. C. de formul. & impetr. act. sublat.* Vnde fit vt idem hodie sit locus iuris & iudicij, idem ius dicens & iudex, idem apud quem iuratur, & qui actionem ex iureiurando vel exceptionẽ dare possit siue ante siue post litem contestatam, aut in ipsa etiam contestatione iusiurandum delatum proponatur, vt proinde nihil impediat, quominus etiam post institutam actionem legis Aquiliæ & post litem contestatam delato præstitóque iureiurando id ipsum pronuncietur, quod pronunciatur, si ex iureiurando voluntario & cõuentionali a-

BIU Cujas

geretur, quod extra iudicium & delatum esset & præstitum. Ergo si ei qui lege Aquilia acturus est, iusiurandum deferatur à reo inficiante apud Prætorem, ísque alias habeat delicti probationes, quibus confidat, multò prudentius faciet si iusiurandum recuset, id est, nec iurare velit, nec referre, vt possit lis per inficiationem crescere. Iusta enim iurisiurandi recusandi causa ista est, si futurum sit, vt is cui condicio defertur, tantò minorem condemnationem ex suo iureiurando sit reportaturus, quod hîc contingeret, quemadmodum rei debitor, inquit Bartolus si eam soluat cum diminutione alicuius qualitatis, non liberatur, *leg etiam* 27. *de solut.* Idque Bartolus etiam benè vidit, nec posse hîc obiici quod scriptum est in *leg. manifestæ* 38. *infr. hoc titul.* Nam nec audiendus esset reus, si ad euitandam grauiorem condemnationem fortassis etiam expensarum litis, vellet confiteri actoris intentionem, quam actor iam per testes, aut aliter plenissimè probasset, vt hîc quoque Bartolus tractat. Sed cùm deferente reo actor iurauit, atque ita intentionem suam probauit, difficilius est vt ei permittatur ab ea probatione resilire, & testes, aláve probationes conquirere, per quas fiat, vt ad duplum condemnari possit reus, cui iam quæsitum ius quodammodo videbatur, ne amplius condemnari nisi ad simplum posset, quasi iurando ab aliis omnibus probationibus excludi actor voluerit, & contentus esse simplo, cùm sciuerit aut scire debuerit non alia condicione iurare se posse, vt in specie *leg si duo* 38. *de acquirend. heredit.* maximè verò si apud Prætorem in iure aut apud iudicem in iudicio fuerit iuratum, non autem extra iudicium, cùm in iudicio quasi contrahatur *leg.* 3. §. *idem scribit infr. de pecul.* Et tamen Accursij nostri, vt videtur, itémque Bartoli & interpretum nostrorum sententia est, nihil hac parte referre, an post iusiurandum præstitum velit actor alias probationes conquirere, an verò ante, propterea quòd iusiurandum, inquiunt, non tollat primam actionem, licèt nouationis vim obtineat *dict. leg. qui iurasse* 26. §. *vltim.* vbi diximus suprà. Sed vereor ne non sit hæc ratio satis bona, non enim quærimus, an etiam post præstitum iusiurandum supersit actio legis Aquiliæ, de quo non dubitant, siue ante propositam illam actionem præstitum sit siue postea. Sed quomodo possit dupli persecutio superesse ei, qui iurando videtur simplo contentus fuisse, atque ita dupli vnquam obtinendi spem sibi præcidisse? Nam si quis respondeat posse quemlibet priuilegio suo renunciare, & iuri pro se introducto *leg. penultim. Cod. de pact. leg. si iudex circumuento* 41. *supr. de minor.* replicabo, nemini tamen licere consilium mutare in alterius iniuriam *leg. nemo potest mutare* 75. *de regulis iur.* id est in præiudicium iuris, quod alteri iam quæsitum sit: dubitari autem non potest, quin reo, qui detulit iusiurandum actori, ius acquisitum sit non ex sola quidem illa delatione, sed ex iureiurando postea præstito ne postea in duplum conueniri possit. Et quod hîc Paulus subiicit, omissa hac parte edicti actionem dupli integram manere, facilè hanc interpretationem recipere potest, vt ita demùm omissa dici possit hæc pars edicti, si actor delatum sibi iusiurandum recusauerit, non etiam si susceperit. Cur enim iurat, nisi vt ex iureiurando, & probationem, & actionem sibi acquirat ex hac parte edicti? Neque verò sic prudentes nostri loquuntur, vt dicant solam actionem ex iureiurando nouationis vim obtinere, sed iusiurandum ipsum, vt intelligamus solum iusiurandum sufficere, etiam nulla ex eo proposita actione, vt prior actio, quæ fuerat, perimatur *dict. leg. qui iurasse* 26. §. *vltim. supr.* Iusiurandum, inquam, non rei, sed actoris. Nam rei iureiurando certum est non tolli actionem ipso iure, sed tantùm per exceptionem *dict. leg. nam post eaquam* 9. §. 1. *& dict. leg. in duobus* 28. §. 1. *supr.* At per iusiurandum actoris sine dubio nouatur & tollitur, quia hoc maluisse actor videtur, licèt cum aliquo suo damno & incommodo, quàm alterius dubiæ probationis aleam subire, ex qua periculum amittendæ litis incurrere potuisset. In eóque videtur mihi errasse Bartolus post Accursium, & quotquot illos sequuntur, cùm defendunt ex parte actoris iurantis nullam fieri nouationem pristinæ actionis, decepti ex vno hoc loco vbi Paulus scribit, omissa hac parte edicti actionem dupli manere integram, quasi id obtineat etiam post præstitum iusiurandum: quod certè non ita est, cùm is qui iurauit referente aduersario non possit dici hanc edicti partem omisisse. Et verò quemadmodum is qui iusiurandum detulit, reuocare delationem postea non potest, ne quidem ex causa vbi semel præstitum est *leg. si quis iusiurandum* 11. in illis verbis *necdum eo præstito. Codic. hoc titul.* ita nec ei qui iam iurauit, permitti vllo casu potest, vt ab eo iureiurando resiliat inuito aduersario, cui aliquid iuris ex eo quæsitum fuerit, præsertim cùm absurdum sit & superuacuum, ideóque nec ferendum, vt actor alias conquirat & adferat probationes, posteaquàm iureiurando propria suam intentionem plenissimè probauerit. Quid enim hoc aliud esset, quàm actum agere, & certam probationem quæsitis congestisque aliis minùs certis probationibus hoc ipso dubiam & suspectam facere? Nec video, qua ratione hoc permittere bonus iudex possit, etiam ab actore ipso requisitus, cùm post iusiurandum præstitum de alio quærendum non sit, quàm de hoc solo, an iuratum fuerit, vt toties diximus ex *leg.* 5. §. *dato iureiurando supr.* Aliis autem probationibus non possit aperiri via, quin hoc ipso incertum fiat, quod iam plenissimè probatum ex integro probandum suscipitur. Malè igitur Accursius & Bartolus hanc legem protrahunt ad illum quoque casum, quo actor post præstitum à se iusiurandum velit pristinam legis Aquiliæ actionem repetere, suámque intentionem adhuc per testes probare, vt duplum consequatur, nec minùs falsum proinde est, quod ex eodem errore infert Bartolus, si iudex post primam negationem admiserit confessionem rei, posse actorem adhuc probare maleficium per testes, vt eripiat reo beneficium quod ex statuto alioquin ob suam confessionem esset habiturus, cùm neque in potestate actoris esse debeat eripere reo commodum suæ confessionis & beneficium, quod habeat non ab actore, sed à statuto *leg. vlt. supr. de pact. leg. Granius* 71. §. *penult. de fideiussor. vulg. leg. id quod nostrum* 11. *leg. non debet* 74. *de regul. iur. leg.* 3. *de interd. & releg.* nec prohibendus sit reus bonam fidem agnoscere, ac probè tandem confiteri, quod antea improbè negauerat, ne durior fiat condicio actoris

& rei

& rei si nullus pœnitentiæ locus relinquatur, dummodò nulla ex rei pœnitentia captio sit actoris, *l. de ætate* 11. § *vltim. supr. de interrog. in iur. fac.* id est dummodò res sit integra. Nam si post iam allatas ab actore intentionis suæ probationes, ob improbam rei negationem vellet reus confiteri, non esset audiendus ad beneficium statuti implorandum, nec si expensas omnes litis in eum vsque diem refundere paratus esset, nempe quia nullum beneficium mereri potest confessio, quam probationum contrariarum vis potiùs quàm bona fides ab improbo litigatore inuito extorserit: quod & Bartolus admittit: quanquam nec facilè patior impunitam manere negationem rei improbam, & calumniosam, sed aliter puniri eam & coerceri vellem, quàm vt locus pœnitentiæ & confessioni denegaretur, multa scilicet aliqua pecuniaria eo nomine irroganda, ac præterea expensarum omnium à die saltem negationis in diem vsque confessionis factarum, refusione. Eóque iure passim vtimur. Illud æquè non probo, quod addit Bartolus, legem hanc in iureiurando quoque necessario, vt vocat, & suppletiuo locum habere, vt si actor intentionem suam à reo negatam non nisi semiplenè probauerit, ex eáque causa petierit admitti se ad iusiurandum suppletiuum, & admissus fuerit in actione legis Aquiliæ, aut alia quæ per inficiationem possit crescere, non tamen duplum consequi debeat, sed simplum, quasi huic quoque possit imputari, cur hanc edicti partem ignouerit, quæ est, inquit, de iureiurando non minùs necessario, quàm voluntario & iudiciali: in quo fallitur, nullum enim tale iusiurandum suppletiuum agnoscit Iurisprudentia, vt diximus iam sæpius, & tractabimus latius ad *l. sequ.* longéque aliud est iusiurandum necessarium, de quo in Rubrica huius Tituli, vt diximus ad *l. 1. supr.* Et præterea non alia est ratio huius legis, quam quòd imputare sibi debeat actor, qui suam intentionem iureiurando suo probare maluit, quàm per testes. Quod tamen non similiter possis dicere de eo qui fecit quod potuit, vt intentionem suam per testes probaret, nec tamen probare potuit nisi semiplenè. An ergo tunc admittemus ad dupli persecutionem? Multò minùs. Imò ne quidem simplum consequi debebit, cùm paria sint actorem nihil probasse, & minùs plenè probasse *l. 4. Cod. de edend. l. vltim. C. de rei vindic.* Planè admissa interpretum de iureiurando illo suppletiuo sententia, facilius descendam in Bartoli opinionem, vt actor hic, qui in probationis suæ supplementum iurauit, simplum solum consequi debeat, non duplum. Quidni enim sit simplo contentus, qui suo iureiurando non ex aduersarij delatione, sed eo inuito litis victoriam sibi peperit quam amittere omnino ex iuris ratione debuisset?

a *Ex ea actione quæ inficiando crescit.* Inficiationem intellige non solùm per quam negetur factum, sed etiam si negetur qualitas facti, quæ substantiam eius alteret, vt loquitur Bartolus, quòd fieri non possit, vt eiusmodi qualitas negetur quin facti ipsius negatio fiat. Et paris malitiæ & calumniæ est qualitatem substantialem facti, & factum ipsum negare, si modò talis qualitas sit, inquit Bartolus, quam reus probabiliter scire debeat, cùm alioqui nulla eius culpa, nullúmque mendacium videri possit. Lex enim Aquilia, & quotquot post eam leges induxerunt actiones istas quæ per inficiationem crescunt, non tam id egerunt vt inficiationem punirent, quàm vt inficiantis mendacium, & calumniam. Ideoque nec crescit actio per inficiationem, si delictum nullum præcesserit, quia nec calumniosa eo casu videri potest inficiatio, sicuti neque contra eum qui crimen ingenuè confessus, negaret tamen propositam ab actore damni æstimationem, quia damni æstimatio cum facti delictique veritate nihil commune habet. Et ita hæc omnia bene Bartolus ex *l. 2. inde Neratius* 23 *§. hæc actio. & §. vltim. cum l. seq. & l proinde* 25. *§. vlt. & l. seq. supr. ad leg. Aquil. l. contra negantem* 4. *C. eod.* Sicut & quod monet, nihil interesse quod ad huius legis speciem pertinet, an ex delatione iuratum sit, an ex relatione *dict. l. i. illud* 25. *§. 1. infr. de pecun. constit.*

b *Abundè enim sufficere exonerari petitorem probandi necessitate.* Hæc eadem ratio facit, vt valde probem quod Senatus noster sequi solet, ne is qui ex aduersarij iureiurando vincitur, ad expensas litis condemnetur. Nam ei abundè sufficere debet quod ex delatione aduersarij iurando se exonerauerit probandi necessitate, atque eo modo testis in propria causa constitutus, victoriam litis sibi parauerit in qua succumbere aliàs debuisset. Sed hoc ita, si actor ad fundandam suam intentionem iurauerit, non etiam si super aliqua exceptione à reo proposita, ne alioqui in rei potestate sit falsa aliqua & calumniosa exceptione opposita, delatoque per calumniam iureiurando immunitatem à condemnatione expensarum litis sibi acquirere. De quo in Codice nostro scripsimus *Defin. 1. hoc tit.*

1 ¶ Si iurauero te, Stichum mihi dare oportere, qui non sit in rerum natura: nec æstimationem mihi præstare reus debet, nisi ex causa furtiua, vel propter moras, [a] tunc enim etiam post mortem serui æstimatio præstatur.

Ad §. 1. Si iurauero.

RATIO DVBIT. Postquam actor iurauit, non de alio quærendum est, quàm vtrum iurauerit *l. in duobus* 28. *§. vltim. in fin. l. si duo* 13. *§. idem Iulianus in fin. supr. hoc titul.* Non igitur distinguendum aut inquirendum est, postquam iurauit te mihi Stichum dare oportere, an in rerum natura fuerit tempore iusiurandi præstiti an non fuerit, & si decessit, an post moram, an verò ante decesserit: cùm nihil vetet etiam perempti hominis æstimationem iniri & præstari delato saltem per iudicem iureiurando *l. in actionibus 5. vers. planè infr. tit. proxim.* adeoque citra iusiurandum si actor petat æstimationem, quæ fuit vitæ & mortis tempore ἐν πλάτει sumpto, vt in *l. 3. infr. de condict. tritic. l. 2. supr. ad legem Aquil. l. 2. §. quæsitum inf. de priuat. delict.* Nam & cùm quis in iure confessus est se Stichum debere, dicimus posse illum ex

BIU Cujas

sua confessione condemnari, siue iam cùm mortuus erat Stichus siue postea decesserit *l. qui Stichum 5. infr. de confes.* Atqui pro confesso habendus est qui iusiurandum detulit si ex ea delatione postea iuratum sit, vt ad initium huius legis proximè diximus. Ergo & cùm iuraui te Stichum mihi debere, qui iam decesserat, omnimodò tamen condemnandus es, non quidem vt præstes Stichum qui iam mortuus nullus est, sed ipsius saltem æstimationem quę fuerit mortis tempore, vt in *dict. l. 3. de condict. tritic.*

Dec. Omne iusiurandum, vt & alia quælibet dispositio siue hominis siue legis, præsupponit semper terminos habiles vt nulla sit repugnantia ex parte rei *l. tutor pupilli 35. §. 1. infr. l. 1. §. vlt. ad Senatusconsultum Tertyll.* Atqui non sunt termini habiles si Stichus, quem iuraui meum esse iam tum defunctus fuit, non enim deberi potest iam homo mortuus, cùm nec sit in rerum natura, necesse amplius possit, adeò vt si homo mortuus sisti promissus sit sub pœna certæ quantitatis, nec homo nec ipsius æstimatio adeóque nec pœna committatur *l. si homo mortuus 69. infr. de verborum obligationibus.* Impossibilium enim nulla prorsus obligatio est, nec esse potest *l. impossibilium 185. de reg. iur.* Sicut igitur homo mortuus nec in obligationem, nec in pactionem, nec in iudicium deduci potest, ita neque in iusiurandum, siue pro stipulatione, siue pro pacto conuento, siue denique pro iudicio iusiurandum accipere quis velit, *d. l. tutor pupilli* §. 1. eo quòd dicimus confessionem in iure factam non aliter valere & ratam esse posse, quàm si ius & naturam recipiat *l. confessionibus 13. & l. seq. §. vltim. supr. de interrog. in iur. fac.* idem de iureiurando perinde dici multò magis debet, quod pro veritate haberi non potest nisi de ea re interponatur, quæ vera si non sit, saltem esse possit, non potest autem verum esse vt te oporteat mihi dare Stichum qui iam sit mortuus, nisi vel furtiuus fuerit, qui per condictionem furtiuam etiam mortuus peti possit, *l. si pro fure 7. §. vltim. infr. de condict. furt.* aut post debitoris moram decesserit, vt Paulus hîc subiicit, quoniam his casibus nec mortuus esse creditur, sed perinde peti potest acsi adhuc viueret *l. si seruum 91. §. sequitur, & §. vltim. infr. de verborum obligationib.* adeò vt præsens ipsius æstimatio debeatur, quæ porrò nisi per actoris iusiurandum fieri nulla potest *dict. §. planè l. 5. infr. tit. proxim.* Planè si post litem contestatam decesserit, cùm per condictionem certi petitus esset, rectè citra iusiurandum æstimabitur, quia non præsens æstimatio hoc casu debetur, sed ea quæ fuit præcisè tempore litis contestatæ *l. vinum 22. l. cùm fundus 31. supr. tit. prox. l. vltim. infr. de condict. tritic. l. 3. §. in hac commod. l. hominem 37. infr. mandat.* Si verò petitus fuerat per tricariam, & decesserit ante condemnationem, æstimabitur etiam citra iusiurandum quanti fuit mortis tempore *dict. l. 3. de condict. tritic.* Sed extra hos casus neque mortuus homo deberi potest neque ipsius æstimatio, nec magis ex iureiurando, quàm ex alia qualibet causa, ideoque placet quod Accursius noster notat id, quod scriptum est in *dict. l. qui Stichum 5. infr. de confes.* Eum qui in iure confessus est se Stichum debere, qui iam tum decesserat, condemnandum omnimodo esse, restringi oportere ad eum casum quo Stichus post moram decesserit, nec ideo commentitia & improbabilis videri debet hæc interpretatio, quod in ea lege nihil de mora priùs contracta dicatur, non enim potest fieri confessio in iure, & apud Prætorem quin vocatus fuerit in ius reus tanquam Stichi debitor, nec vocatio fieri citra editionem actionis, & interpellationem quæ debitorem in mora constituerit *l. 1. sup. de edend. l. 11. & pas. de in ius vocand. §. omnium. Instit. de pœn. temer. litig.* hoc enim est quod Papinianus dicebat in *l. 3. in princip. de vsur.* vix esse vt sine mora peruenirì possit ad iudicem: etsi non ignoro placere Bartolo aliisque interpretibus, eum qui in iure confessus est Stichum debere perinde obligari ex sua confessione vt condemnari debeat, tametsi iam tum Stichus decesserit ante moram, si modò decessisse illum non ignorabat, sed parum probabiliter meo iudicio, cùm ea confessio ex illarum numero sit, quæ nec ius nec naturam recipiunt, de quibus in *d. l. confessionibus cum l. seq. in §. vltim.* Nisi fortè quis velit eam defendere iure tacitæ cuiusdam donationis ex regula *l. cuius per errorem 53. de reg. iur.* Verùm neque hoc probabile est, cùm non magis in donationem deduci possit res perempta quàm in stipulationem aut in iudicium. Nam nec donatio fieri olim aliter poterat quàm per stipulationem vel traditionem: nec tractamus de debitore qui confessus sit se Stichi iam mortui æstimationem debere quæ viuo eo fuerit, sed de eo qui Stichum ipsum. Neque rursum obiici potest, quod Bartolus obiicit, eum qui iurat, videri abiicere omnes exceptiones, quas sibi competere sciebat, non enim hîc de exceptione vlla quæritur, sed de defectu materiæ, quæ in iusiurandum deduci potuerit, cùm iuratum sit de homine iam mortuo, & nullo. Planè si ponas iuratum fuisse de homine, qui licèt iam tum re vera mortuus, in rebus tamen humanis esse credebatur, tantò minùs valere iusiurandum poterit, siue tanquam per errorem præstitum, siue quod nemo credendus sit renunciasse iuri quod sibi competere ignorauit, vt idem Paulus noster argumentatur in *l. mater decedens 19. supr. de inofficioso testamento.*

a *Nisi ex causa furtiua vel propter moram.* Rat. dvbit. Neque causa furtiua neque mora debitoris facere potest, vt Stichus qui debebatur, non sit reuera mortuus & nullus, nec proinde quin sit impossibile eum præstari. Atqui impossibilium nulla est obligatio *dict. l. impossibilium*, nec potest odium furis aut morosi debitoris facere possibile, quod per ipsam rerum naturam est impossibile, non ergo debuit Paulus istas addere exceptiones.

Decid. Est hic vnus ex effectibus moræ & quidem præcipuus, vt rem quæ post debitoris moram perempta est, faciat haberi pro extante, vtque homo debitus reuera mortuus adhuc viuere existimetur, adeoque peti possit & debeat, non ipsius æstimatio *dict. l. si seruum 91. §. sequitur, & §. vltim. de verborum obligationibus.* ne alioqui prosit moratori sua frustratio contra *dict. l. hominem 37. in fin. mandat.* factóque suo tollat suam obligationem, & se liberet, quod absurdum & iniquum esset *dict. l. si seruum §. nunc videamus.* Ideoque nimirum in furtiua condictione idem iuris est *dict. l. si pro fure 7. §. vltim. de condict. furt.* quoniam fur qui solus ea condictione tenetur herésve eius *l. 5. eodem titul.* semper moram facere intelligitur reipsa, & citra interpellationem quousque rem furtiuam restituerit, *l. in re furtiua 8. §. 1. in fin. l. vltim. eod.* Rem ergo veram iurat creditor cuiuslibet debitoris, qui in soluendo Sticho moram contraxerit, itémque dominus

BIU Cujas

nus Stichi furto subtracti cùm etiam mortuo iam Sticho iurat deferente fure vel alio quolibet moroso debitore Stichum dari sibi oportere. Nam & Stichi precium deduci hoc casu posset in constitutum *l.promissor 21. in princip. infr. de pecun. constit.* & in stipulationem *l.inter stipulantem 83.§.penult. de verborum obligationib.* vbi etiam redditur ratio quare extra hos casus omnino inutilis sit stipulatio hominis iam mortui, quoniam, inquit, etiamsi debitus antè fuisset, tamen eius morte debitor liberaretur. Nec enim qui seruum viuum promisit, illud etiam promisisse intelligitur seruum illum non morituru, quæ promissio esset impossibilis *l.non morituru 8.C.de contr. & committ.stipulat.* Proinde si post iusiurandum præstitum Stichus decesserit, qui eo tempore viuebat, dubitari non oportet, quin multò magis præstanda sit eius æstimatio, cùm iusiurandum non solùm interpellationis vim habeat, ad constituendum debitorem in mora perpetuandámque obligationem, sed etiam contestationis ad perpetuandam quod difficilius est actionem ipsam *l.nam posteaquam 9.§.si is qui supr.hoc tit.* Sed hoc ita si debitum aliquod verè præcesserat. Nam si nunc primùm contractum sit per iusiurandum, quod pro veritate habetur, fieri non potest, vt eodem instanti quo iusiurandum præstitum fuerit, & obligatio contrahatur & mora, ideoque noua interpellatione opus est, vt subtiliter Bartolus pro Iacobo Butrigario contra Guillielmum disputat, *ex l.quod dicimus 105.infr. de solut.* Sed melior textus est *in dict.l.promissor 21.§.1.de pecun.constit. iunct. l.mora 32. & l. sciendum 21.infr. de vsur.*

2 ¶ Si mulier iurauerit, decem dotis sibi deberi: tota ea summa præstanda est. sed si iurauit, se decem dedisse in dotem: hoc solùm non erit quærendum, an data sint; sed quasi data sint, quod ex eo reddi oportet, præstandum erit.

Ad §.2. Si mulier.

RATIO DVBIT. Non potest dotis nomine aliud deberi quàm quod in dotem constitutum fuit: dotis enim obligatio nascitur ex contractu dotis, contractus autem dotis ex eorum numero est, qui re perficiuntur *l.1. Cod.de dot.caut.non numer. l.dotem 30. iunct. l.1. & pass. infr. de iure dotium.* Nec rursus fieri potest, vt quod in dotem constitutum fuit, & ex ea causa traditum non debeatur dotis nomine soluto quandocunque matrimonio: dos enim omnimodo restituenda est *l.1.& tot.tit.infr.solut.matrim.* Nihil ergo interesse videtur, an mulier iurauerit decem dotis nomine sibi videri, an verò decem se in dotem dedisse, & vtroque casu videntur præstanda decem, vt iusiurandum conseruetur.

DEC. Multum interest an iuret mulier de iure obligationis dotalis an de facto constitutionis: dotis enim obligatio iuris est, dotis autem constitutio facti. At mulier quæ soluto matrimonio iurat decem sibi dotis nomine deberi, iurat de obligationis iure non de facto, debiti enim nomine nihil nisi obligationem intelligimus, quæ sit vel naturalis vel honoraria vel ciuilis *l.1. §.debitum. infr. de pecun. constit.* Constitutionem verò dotis cùm dicimus, nihil nisi factum ipsum constituentis significamus. Proinde cùm mulier iurauit decem sibi deberi dotis nomine, decem ei omnimodo præstanda sunt, id est, etiamsi minùs sit in facultatibus mariti, quàm vt solida decem soluere possit tametsi habeat priuilegium, vt non supra quàm facere possit conueniatur *l.maritum 12.& seqq.infr.solut.matrim.l. sunt qui 16. & seqq.infr. de re iudic.* Verbum enim *deberi* in iureiurando mulieris cum effectu accipiendum est, vt ait Accurs. *ex l.1.§.1.Quod quisq; iur. l.penult.§.penult.sup. Ne quis eum qui in ius vocab.* Non acciperetur autē cū effectu si debiti probationem quæ per iusiurandum inducitur, solutio integra non sequeretur: tametsi nihil vetet plus deberi & minus exigi, si causa iuris ab effectu suo discernatur. Nam tum quoque cùm maritus non nisi in quantum facere potest, conuenitur, id est, in partem dotis debitæ restituendæ, non eò minùs tamen verum est eum debere solidum, quomodo & is solidum debet qui bonis cessit, si ex iis solidum consequi creditor non potuerit §. *vltim. Instit. De replicat.* Ex quo intelligimus quàm verum sit quod docuimus ad initium huius legis, per iusiurandum non solùm fieri nouationem prioris actionis, ita vt perimatur illa ipso iure, sed etiam ita fieri, vt actio ex iureiurando non induat nec repræsentet naturam præcedentis illius actionis quam perimit, alioqui non periret marito, contra quem iurauit mulier, priuilegium quod haberet, si actione De dote conueniretur. Et quamuis iusiurandum non minus iudicij, quàm stipulationis instar habere dicatur *l. qui iurasse 26. §. vltim. supr. hoc tit.* nouatio tamen quæ per iusiurandum contingit, magis ei similis est quæ fit per stipulationem, quam ei quæ per iudicium & litis contestationem: illa enim priuilegium mariti non adimeret, quod adimit ei iusiurandum mulieris *l. aliam 29. infr. De nouat.* nempe quia fit ex voluntate, non vt illa ex iuris necessitate. Mulier igitur quæ actura de dote iurauit decem sibi deberi, decem habere & consequi omnimodo debet, nec per mariti priuilegium impediri potest, quominùs solida decem consequatur: deberi siquidem cum effectu id demum intelligitur quod exigi potest, non cuius petitio per exceptionem aliquam summoueri possit *l.debitor 108.de verborum significationib.l.non videtur 13.l.Marcellus 66.l.nihil interest 112. de regul. iur.* Nec ideo magis iustam querelæ occasionem maritus habet, cùm sibi imputare debeat qui iusiurandum ei tale vltro detulit. At cùm mulier iurauit se decem dedisse & constituisse in dotem, non potest iusiurandum illud tollere priuilegium mariti, vt suprà quàm facere possit, ad solida decem conueniatur, quia quod decem constituta & data sint, facere non potest, vt omnimodo reddere maritus debeat decem si facere minùs possit, quia nihil de actionis & exactionis iure iuratum esse intelligitur, sed tantùm de ipsa constitutione, quæ tota in facto consistit. Cùm ergo nihil per iusiurandum videri possit probatum

BIU Cujas

nisi quod iuratum est, nec proinde aliæ exceptiones excluſæ, quàm quæ alioqui cum eo quod iuratum est, pugnarent; apparet non prohiberi maritum, qui ex eo mulieris iureiurando conuenitur, ne possit exceptionem illam opponere, vt suprà quàm facere possit, non exigatur, sed tantùm, ne possit dicere, non tota decem data in dotem fuisse: impugnaret enim eo modo iusiurandum, quod non æquè impugnat, cùm excipit, non ideo decem tota exigi posse. Manet enim veritas facti integra, de qua iuratum est, & exceptio hæc non factum respicit, de quo iuratum est, sed executionem iuris, de quo nihil iuratum fuit. Ita fit vt vtroque in casu huius §. iusiurandum pro veritate habeatur, siue de iure, siue de facto iuratum sit, sed quatenus iuratum est, & ita vt cùm de facto duntaxat iuratum est, causa iuris maneat integra & illibata, vt & in specie *l. sed si possessori* 11. §. *item si iurauero supr.* & in specie §. *vltim. infr.* non etiam cùm de iure iuratum est: potior enim causa est iurisiurandi quàm iuris si de iure iuratum sit, & quàm facti si de facto: sed non potior quàm iuris, cùm de solo facto iuratum est.

3 ¶ In popularibus actionibus iusiurandum exactum ita demum aduersus alios proderit, si bona fide exactum fuerit. nam & si quis egerit: ita demum consumit publicam actionem, si non per collusionem actum sit.

Ad §. 3. In popularibus.

RATIO DVBITANDI. Iusiurandum inter alios delatum & præstitum alij quàm deferenti nec prodesse debet nec obesse, *l. quia non debet* 10. *supr. hoc titul.* Atqui alia persona est eius qui nunc populi ius tuetur populari actione proposita (illa enim demum popularis actio dicitur, vt nomen ipsum indicat, quæ populi ius tuetur *l. 1. infr. de popul. act.*) alia verò persona illius, qui prior egit populari actione & iusiurandum detulit. Ergo quamuis prior ille detulerit bona fide, id est, citra collusionem, & ex ea delatione iuratum sit, non tamen debet iusiurandum alij nocere eandem actionem proponenti: nisi nouum factum sit, ex quo noua actio nascatur, quemadmodum solemus in furto dicere, nouum furtum esse si noua fiat contrectatio, vt in *l. ei qui* 9. *infr. de furt. iunct. l. si quis vxori* 52. §. *si quis iurauerit* 27. *eodem.*

DECID. Actio popularis populi est, non eius qui eam proponit, ideoque nec ad heredem transeunt populares actiones, nec locupletior esse intelligitur qui eam habet & exercet *l. penult. §. 1. & l. vltim. de popul. act.* quia non tam ad rem familiarem actoris, quàm ad publicam vltionem pertinent *l. 6. in fin. de sepulchro violat.* nisi ex tempore litis contestatæ, si ad eum res pertineat, & eius interfit proprio nomine (nam & hic aliis præferendus est *l. 3. §. si is cuius eodem titul. l. 3. §. 1 l. mulier* 6. *de popul. act.*) sic enim accipi debet quod scriptum est *in l. vt si cui* 12 *de verborum significationib.* Ergo sicuti vnus populus est *l. proponebatur* 76. *supr. de iudic.* ita & vna actio, quæ proinde tunc cùm exercetur consumitur, vt cæteræ actiones omnes, nisi collusum probetur, vt Paulus hîc subiicit: quoties enim collusio & præuaricatio prioris agentis probatur, nullius momenti esse potest quod ab eo gestum est *leg. 3. §. si tamen postea quam infr. de homin. liber exhib. l. Præses duodecima. Codic. de transactionib. l. si suspecta* 29. *supr. de inofficioso testamento. l. si perluserio* 14. *infr. de appellat. l. ex contractu* 44. *infr. de re iudicata. l. si seruus* 50. §. 1. *de legatis* 1. Excipitur tamen actio illa popularis, quæ à Prætore proponitur, de libero homine exhibendo, ex qua si reus condemnatus æstimationem soluerit, adhuc conueniri potest non solùm ab alio, sed quod magis est, ab eodem actore, & quidem sine vlla exceptione, siue doli siue rei iudicatæ *dict. §. si tamen postea quam. vers. si tamen reus.* siue fauore libertatis ita placuit, vt putat Accursius, siue potius, vt vult Bartolus, quòd interdictum illud comparatum sit ad alterius, quàm ad ipsius agentis commodum: quo casu generaliter docet idem Bartolus, neque iusiurandum vnius, neque pactum, neque sententiam pro vno latam nocere alteri ex *dict. versicul si tamen reus*, quod in cæteris casibus secus est *l. 3. de popular action l non cogendum* 45. §. *qui ita supr. de procurat.* scilicet quantum ad sententiam & rem iudicatam pertinet, itémque quantum ad iusiurandum, de quo in hoc paragrapho agitur, & quod æquiparatur rei iudicatæ, *lege prima & secunda supr.* Nam in pacto & transactione certum est aliud iuris esse, neque pactum aut transactionem de populari causa valere propter admixtam populi & reipublicæ causam, tantùm abest, vt pactum vel transactio vnius nocere possit alteri *leg. iuris gentium* 7. §. *si paciscar ne operis. leg si vnus vigesima septima.* §. *pacta quæ turpem versicul & in summa supr. de pact. leg. qui cœu quinta*, §. *vltim. ad legem Iuliam de vi public leg. ingenui octaua. Codic. de ingen. manumiss* Nec mirum est plus posse rem iudicatam & iusiurandum, quam pactum vel transactionem, cùm ex necessitate litigandum sit, & consequenter iudicandum, vt actionis popularis effectus aliquis esse possit, quæ alioqui maneret inanis & inutilis: paciscendum autem vel transigendum non sit necessariò. Cur ergo, inquies, rei iudicatæ potiùs quàm transactioni aut pacto iusiurandum hac parte comparamus, cùm iusiurandum, siue conuentionale, siue iudiciale sit voluntarium, nec nisi ex deferentis iurantisque voluntate proficiscatur? præsertim cùm transactio quoque perinde ac iusiurandum vim habeat rei iudicatæ *l. non minorem* 20. *Cod. de transact.* & iusiurandum ipsum fit instar transactionis *l. secunda supr.* Respondeo iusiurandum hac parte, vt & in aliis plerisque maioris esse potestatis, quàm transactionem, quia transactio nihil nisi pactum est, pacta autem non alia Prætor adprobat, quàm quæ fiunt de re priuatiua & familiari, non quæ de re publica *dict. §. si paciscar.* sententiam autem ferri necesse est etiam de re publica, alioqui frustra actiones in eam rem propositæ essent.

BIU Cujas

essent & interdicta. Maiorem autem adfinitatem habet iusiurandum cum re iudicata, quàm cum transactione, & quàm ipsa transactio, quia præstito iureiurando sequitur statim sententia *l. iusiurandum & ad pecunias 34. §. vltim. infr. hoc tit.* non etiam interueniente transactione. Et prætereà quamuis iusiurandum etiam iudiciale proficiscatur ex voluntate deferentis, vix tamen est, vt deferatur vnquam, nisi ex necessitate, & ab eo qui alias probationes desperet, vt in *l. tutor pupilli 35. infr. hoc titul. l. si quis iusiurandum 11. C. eod.* quotus enim quisque est, qui nisi coactus & inuitus aduersarium suum testem in propria causa, & iudicem constituere velit? quod ipsum tamen fit per delationem iurisiurandi *l. 1. in fr. quarum rerum act. non det.* Defertur ergo iusiurandum ad euitandam duntaxat condemnationem, si iurare aduersarius nolet, aut ad eam differendam si cunctabitur, cùm nulla alia vincendi spes & ratio supersit deferenti, nec aliàs delaturo. Suscipitur autem plerumque etiam ab inuito, & quem Prætor cogat aut iurare aut referre, qui alioquin nec iurare nec referre mallet *dict. l. iusiurandum & ad pecunias 34. §. ait Prætor, & seq. l manifestæ 38. infr.* Meritò igitur Paulus hîc scribit, in popularibus actionibus iusiurandum exactum etiam aduersus alios prodesse, qui non detulerunt, nec aliud requiri nisi vt bona fide exactum sit, nō per collusionem. Nam & si quis egerit, inquit, dum ne per collusionem, consumit publicam actionem perinde ac priuatam: iusiurandum autem non tantùm rei iudicatæ vim habet, sed etiam contestationis adeoque iudicij in quo exerceatur actio *l. qui iurasse 26. §. vltim. sup. & d. l. tutor pupilli §. 1. infr.* Sic enim ratio hæc Pauli supplenda & adiuuanda est, ne quis iam miretur iusiurandum hac in re magis rei iudicatæ, quàm transactioni pactóve æquiparari. Ideo autem requirit Paulus, vt iusiurandum bona fide sit exactum, non quia bene fiat quicquid fit bona fide, *l. qui hominem 34. §. si nullo, & seqq. infr. de solut.* sed quia nunquam bene fit quod fit ex non bona fide, vt malè putat Accursius. Quid tamen si in populari actione deferente actore iuratum sit de ea re quæ etiamnum duret? vt in exemplo quod proponit Accursius, si quis adpensum & suspensum aliquid habuerit contra secundam partem edicti Prætoris, *de his qui deiec. vel effud.* eoque nomine vnus de populo actionem ex illo edicto proposuerit, quæ popularis est *l. 5. §. Prætor ait ne quis & §. vltim. supr. de his qui deiec. vel effud.* An si ex ea causa iusiurandum exactum vel iudicatum sit, nocebit ea res cæteris, eâdē actione postmodum agere volentibus? Dubitationem facit, quod eadem adpensio est & vna eadémque continuata positio: non ergo illius nomine sæpius agi potest nec ab vno eodémque actore, nec à pluribus, ne sæpiùs de eiusdem hominis admisso quæratur *l. pen. §. vltim. supr. Naut. caupon. stabul.* Atque ita Accursius concludit. Sed Bartolus contrà putat, quia hæc actio popularis oriatur ex facto habente causam manentem & perseuerantem in futurum. Idque magis probo, quia quandiu adpensum manet, potest decidere, atque ita nocere, quamuis non nocuerit, quod sufficit vt illi actioni locus esse possit ex verbis edicti, & ex mente Prætoris, cui non potest videri satisfactum quandiu suspensum manet *dict. §. Prætor ait. & seq.* Quandiu autem edicto satisfactum non est, & edicti ratio durat, tamdiu actionem quoque ex edicto competere, & exercere posse fatendum est. Ad quod etiam respexit fortasse Vlpianus *in dict. l. 3. §. si tamen posteaquam vers. Si tamen reus*, quia non vult pati Prætor, vt liber homo à quoquam detineatur, nec si condemnatus iam reus præstiterit æstimationem, non quasi quod continuè fit, quotidie fieri videatur in iis, quæ animum exigunt, & perseuerationem voluntatis, vt nimis generaliter tradit Bartolus *ex l. 1. §. interdum sup. de vsufr. adcresc.* qui locus non nisi de vsufructu, in quo speciale illud est, vt & alia non pauca, sed quia tamdiu durat prohibitio Prætoris, & actio eo nomine proposita quamdiu factum durat quod prohibitum est, & ratio prohibitionis, quomodo hic durat quandiu adpensum nocere potest. Vnde etiam fit, vt sola rei furtiuæ detentione ac retentione per furem facta non multiplicetur furtum, nisi noua fiat contrectatio *d. l. ei qui 9. & d. l. si quis vxori 52. §. si quis iurauerit infr. de furt.* quia furtum semel factum ab eodem fieri amplius non prohibetur, nisi nouum & aliud furtum fiat ex alia contrectatione *l. inficiando 67. §. infans eodem tit.* multiplicetur tamen mora furis ita vt vnoquoque instanti nouam moram facere videatur *l. in re furtiua 8. in fin. l vlt. infr de condict furt.* Quia scilicet vnoquoque instanti lex & cōscientia furem interpellat, vt rem furtiuam restituat. Illud sanè constat, si post iusiurandū præstitum aliquid noui superuenerit, nō nocere exceptionem iurisiurandi, ne quidem illi ipsi qui iurauit, multò minùs aliis quasi de alia re fuerit iuratum *l. qui iurasse 26. § si pater iurauerit supr. hoc tit. l. quoties 21. §. vlt sup. de noxal. act* sicuti nec rei iudicatæ exceptio eo casu noceret *l. si rem meam 10. & sequent. infr. de except. rei iudic.*

4 ¶ Si libertus, deferente patrono, iurauit se libertum non esse: ratum habendum est iusiurandum, vt nec operarum petitio, nec bonorum possessio contra tabulas dari debeat.

Ad §. 4. Si libertus.

RATIO DVBIT. Quemadmodum nemo potest libertus esse, & libertinæ condicionis, nisi qui ex iusta seruitute manumissus est, ita neque ingenuus, nisi qui ab initio liber natus nec vnquam seruus fuit *l. & seruorum 3. §. ingenui. l. liberti 6. supr. de stat. homin.* Atquin is qui iurauit se libertum non esse, fieri potest vt seruus aliquando fuerit, & ex iusta seruitute manumissus. Non ergo debet hoc iusiurandum prodesse liberto, vt nec operas ab eo viuo, nec bonorum possessionem contra tabulas ipsius defuncti petere patronus possit. Nam & operæ debentur naturaliter patrono *l. si non sortem 26. §. libertus infr. de condict. indebit.* & Prætor vocat patronum ad bonorum possessionem contra tabulas liberti, certis casibus, itémque ad successionem intestati, si nullos liberos heredes libertus reliquerit, in præmium manumissionis datæque libertatis, *Tot. tit. de bon. libert.* & apud Iustinianum *Tit. de succes.*

BIU Cujas

libert. Indéque est quod etiamsi iurauero, me patronum tuum esse, non tamen ero patronus quantum ad bonorum possessionem, & ad successionem, siue ex testamento, siue ab intestato, quia iusiurandum non facit patronum, vt nec manumissorem, inquit Vlpianus in *l. si iurauero* 14. *infr. de iur. patron.* quamuis aliud sit, si pronunciatum sit me patronum esse, quia tunc sententiæ standum erit, vt ibidem Vlpianus subiicit. Cur ergo magis faciet iusiurandum ex liberto ingenuum? præsertim cùm dici soleat correlatiuorum eandem rationem esse debere *vulg. l. 1. C. de cupreß. lib. 12. tit. vlt.*

DECID. Iusiurandum pro veritate habetur non minùs quàm sententia, quoties de facto iuratur, aut etiam de iure quod facti causam permixtam habeat §. *si mulier supr. hac lege l. sed si possessori* 11. §. *item si iurauero, & §. vlt. l. in duobus* 28. *in fin. supr.* Atqui cùm libertus deferente patrono iurat se libertum non esse, hoc ipso negat se manumissum aut quicquam aliud passum esse, per quod patronum habere, & nanciscì liber homo soleat, ex iis scilicet quæ enumerantur in *l. adoptiuum* 8. §. *si patronum supr. de in ius vocand.* Iurat igitur de facto, non de mero iure, ac proinde pro veritate iusiurandum hoc haberi debet, vt qui sic iurauit se libertum non esse, nulla penitus in re pro liberto haberi possit, nec quantum ad operas, nec quantum ad bonorum possessionem contra tabulas, nec quod ad successionem intestati, nec denique quantum ad hoc, vt eum qui se patronum dicebat, in ius vocare sine Prætoris venia non possit, non magis quàm si iurasset se ingenuum esse. Nam & quisquis libertus non est, cùm sit liber, is vt ingenuus sit, necesse est, cùm in contradictoriis, quicquid de vno negatur, necessariò de alio affirmetur. Etsi verò iusiurandum non magis potest quem facere ingenuum quàm patronum, non indiget tamen is, qui iurauit, auxilio iurisiurandi, vt fiat ingenuus, cùm natura sufficiat, quæ omnes ingenuos facit, si nullum seruitutis præteritæ obstaculum, & impedimentum intercedat: quod dissimile est in patrono, qualis nemo est à natura, sed ab aliquo facto manumissionis, aut alio huiusmodi, per quod libertas possit contingere. Est namque ingenuitas qualitas naturalis, seruitus verò qualitas accidentalis & contra naturam, & consequenter ingenuum esse naturale est, libertinum verò accidentale. Porrò omnia ingenuitatis obstacula ille amouet vno verbo, qui negatiuè iurat se libertum non esse. Hoc ipso enim negat se seruum vnquam fuisse, negat igitur se manumissum: at is qui affirmatiuè iurat se patronum, de mero suo iure iurat, non de facto aliquo per quod patronus fieri potuerit. Ideoque si iusiurandum hoc pro veritate haberetur, consequens esset dicere, fieri eum solo iureiurando patronũ, quod esset absurdum: ius enim patronatus non nisi certis & legitimis modis acquiritur, inter quos iusiurandum non est, si non iuratum sit super facto ipso, ex quo ius patronatus acquiri potuerit, puta si is qui patronum se dicit, iurauerit liberto deferente se manumississe: hoc enim casu non dubito, quin exinde pro vero patrono haberi debeat in omnibus, & per omnia tanquam manumissor, neque patronum eum faciet iusiurandum solum, sed manumissio, de qua iuratum est, cùm iusiurandum hoc pro veritate habeatur, quia de facto iuratum est, & quidem tali, ex quo ius patronatus omnimodo nascitur, excluſa iam ingenuitate, quæ cum manumissione stare non potest. Multum ergo refert an quis iuret se patronum, an verò se manumissorem: prius iusiurandum nihil prodest, sed posterius prodest ad iura omnia patronatus acquirenda, quia patroni nomen iuris est, manumissoris facti. At nihil refert an is, qui libertinus dicitur, iuret se libertum non esse, an verò se manumissum non esse: nullo enim alio modo vel medio concludendi indiget, vt se ingenuum probet, quàm sola negatione seruitutis, & libertinitatis. Et hæc, meo iudicio, vnica veráque diuersitatis ratio est inter iusiurandum patroni & liberti, vt is qui se patronum iurauerit, iusiurandum eius pro veritate ac plena probatione non habeatur, iusiurandum verò liberti iurantis se libertum non esse pro veritate habendum sit. Hoc verò neque Accursius, neque Bartolus, neque alij intellexerunt, qui non distinguunt an patronus iurauerit se patronum an manumissorem, vt in specie *dict. l. si iurauero*: volúntque patronum etiam qui simpliciter iurauerit se patronum esse, pro patrono habendum esse, etiam quantum ad operas, quòd nihil de iis dictum sit in *dict. l. si iurauero*, itémque quod est absurdius quantum ad successionem intestati, cùm tamen lex generaliter dicat quantum ad successionem, patronum non esse, vt successionem vtramque testati & intestati comprehendat. Et quamuis lex illa de operis nihil dicat, legis tamen ratio generalis est, *quia iusiurandum non facit patronum*, adeò, vt nec pro patrono habendus sit, si ex lege Iulia velit prohibere, ne inuito eo alij nubat mulier, cuius ille se patronum esse iurauerit *l. in eo iure* 45. §. 1. *infr. de ritu nuptiar.* Nec minus errant in eo, quod volunt hunc tanquam patronum in ius vocari sine venia non posse, ex *dict. l. adoptiuum* 8. §. *patronum supr. de in ius vocand.* Non enim tractat ibi Vlpianus de eo, qui iurauerit se patronum esse, sed de illo, qui aduersarium suum iurauit libertum suum esse, cuius iurisiurandi longè alia ratio est: qui enim iurat alium libertum suum esse, magis ei comparandus est, qui iurat se manumissorem esse, quem diximus hoc iureiurando verè patronum fieri, quàm ei qui iurat se patronum: cùm libertus nemo esse possit, nisi qui & seruus fuerit, & manumissus. Non potest autem fieri, vt tu libertus meus sis, quin per consequentiam necessariam verum etiam sit me patronum tuum esse, quemadmodum qui iurat aduersarium seruum suum esse, hoc ipso probat se dominum. Quid autem refert, an quis seruum suum esse contendat, an libertum? *l. circa* 14. *de probat.* Nec aliud medium concludendi, vt loquuntur, aptius esse potest, vt probem me patronum tuum esse, quàm si probem te meum esse libertum, quomodo si præiudicio pronũciatum esset; te meum libertum esse, hoc ipso fierem patronus tuus, *dict. l. adoptiuum* §. *patronum.* Hoc ipsum autem quòd libertus meus sis, probo per iusiurandum meum te deferente præstitum, quod pro veritate haberi debet: at is qui iurat simpliciter se patronũ esse, si hoc ipso patronus fieret, vtiq; fieret immediatè per iusiurandum, quod tamen fieri, vt diximus, nullomodo potest, & aliquo præiudicio opus est, ex quo appareat te libertum meum esse, siue per iusiurandum id fiat, siue cognitione prætoria *dict.* §. *patronum.* Planè si cùm famosa aut turpi aliqua actione vel exceptione contra me vtereris, quæ liberto contra patronum dari non debeat *l. 2. 5. 6. & 7. infr. de obseq. parent. &*

BIU Cujas

rent.& patron.præst. ego ad te summouendum dixerim me patronum tuum, tu verò rogaueris, & deferente te iurauerim simpliciter me patronum tuum esse, vix est, vt in ea causa in qua iuratum est, non debeam haberi pro patrono, vt iusiurandum meum promisit mihi, & hac parte pro veritate habeatur: neque id negat Vlp in *d.l si iurauero*, sed ita esse innuit potiùs, cùm ait, me quantum ad successionem patronum non esse: non quasi velit me in cæteris omnibus iura patronatus nanciscì, vt malè putat Accursius, sed potiùs vt hoc veluti exemplo probet, non esse trahendum hoc iusiurandum ad consequentias, neque ad iura patronatus, sed restringendum ad eam causam, in qua iuratum est, vt cõstat ex *d.l.in eo §.1.de rit.nupt.* vt extra illam causam nulla in re pro patrono habeatur is, qui iurauit se patronum esse, ne quidem ad hoc, vt sine Prætoris venia vocari in ius non possit, nisi ponas, cùm libertus patronum sine venia in ius vocasset, patronum in ea ipsa causa iurasse se patronum esse. Hoc enim casu admittam similiter, quantum ad illam causam iusiurandum pro veritate habendum esse, non quantum ad cætera, quia tale iusiurandum facere illum patronum non potuit. Malè igitur idem Accursius & post eum, vir doctissimus ad hunc locum rationem huius legis sumit ex fauore ingenuitatis, quasi facere debeat, vt iusiurandum liberti latius & ad omnia porrigatur. Malè item Bartolus, ad id quod non possit libertus testandi facultatem liberam sibi eripere, & ingenuitatis suæ iura remittere, quomodo patronus iusiurandum deferens, liberto posset iura patronatus sua omnia alienare *l.3. C.de bon.liber.* Nam si poneres patronum iurasse, se manumissorem aut te libertum eius esse, tam validum & potens esset iusiuraudum hoc patroni ad omnia patronatus iura ei acquirenda, quàm validum & potens est in specie huius §. iusiurandum liberti negantis se libertum esse, ad omnia patroni iura excludenda, cùm nihil interfit, an præiudicio libertus quis pronuncietur per sententiam, an per iusiurandum patroni *d.§ patronum.* Et quemadmodum quod scriptum est in hoc §. si libertus deferente patrono iurauerit se libertum non esse, ita tatum habendum esse iusiurandum, vt neque operarum petitio, neque bonorum possessio, contra tabulas patrono dari debeat, non facit vt eo magis dicendum sit, patronum hunc posse nihilominus ab intestato succedere, & priuilegium retinere, ne sine venia in ius vocari possit, aut famosa turpíve aliqua actione conueniri: quandoquidem is, qui iurauit se libertum non esse, nullam talem reuerentiam ei debet, qui se patronum contendebat: ita & quod Vlpianus ait in *d. l. si iurauero*, eum qui iurauit se patronum esse, non idcirco tamen quantum ad successionem patronum esse, non sic accipiendum est, quasi in cæteris omnibus extra causam successionis pro patrono haberi debeat, sed ita potius, vt in nullo, extra causam & controuersiam illam, in qua iuratum fuerit *d. l. in eo iure* 45. §. 1. *de rit. nupt.* Aliud esset in eo, qui se patronum iurasset non simpliciter, sed adiecta causa, quòd aduersarium manumisisset: hic enim nil distaret ab eo, qui se manumissorem iurasset, quem diximus omnia patronatus iura nanciscì: causa enim iurisiurandi semper ac potissimùm spectanda est *l. in duobus* 28. §. *si ei qui supr hoc tit. l. nam posteaquàm* 9. §. *si damnetur*, vbi diximus *eod.* Quid ergo si contra eum cui libertus assignatus fuerit, iurauerit libertus se libertum non esse, deinde mortui patroni frater ad quem redire libertus debuit vt in §. 1. *Instit. de assignat. libertor.* contendat eum libertum suum esse, an nocebit ei iusiurandum, quod contra defunctum fuit præstitum? Hanc enim quęstionem proponit Accursius, & benè respondet nocere non debere, quoniam alia causa est, cum sit alia persona patroni, quamuis eadem sit persona liberti, nec habet frater posterior ius à fratre, cui priori assignatus fuerat libertus, sed à testatore, qui assignauit antequàm iuraretur *d. l. nã posteaquàm* 9. §. *vlt. & l. seq. supr. l. si mater* 11. §. *eandem l. iudicatæ* 29. *in fin. infr. de excepr. rei iudic.* Nec simile est, quod qui in seruitutem libertum paternum petiit, nec liberorum nomine bonorum possessionem accipere potest *l. qui in seruitutem* 9. *infr. de bon. libert.* Id enim fit, non quia, vt putat Bartolus, delictum non debeat manere impunitum [an non enim satis punitur, qui proprio nomine arcetur à bonorum possessione liberti paterni?] sed quia contra proprium factum venit is, qui libertum hodie vult suum dicere, quem anteà seruum suum dixit, ideóque audiendus non est, licèt veniat ex aliorum persona, cùm veniat ad suum commodum *l. si non sortem* 26. §. *si filiusfamilias infr. de condict. indeb.* cùm futurum sit vt bonorum possessio quam hic acciperet liberorum nomine, non tam liberis, quàm ipsi accipienti esset profutura *l. 1. C. qui admitt. ad bonor. possess. post. l. 1. si quis à parent. manum. sit l. placet* 79. *de acquir. hered.*

5 ¶ Si iurauero vsumfructum mihi dari oportere: non aliter dari debet, quàm si caueam boni viri arbitratu me vsurum, & finito vsufructu restituturum.

Ad §. vlt. Si iurauero.

RAT. DVB. Is demum vsusfructus finiri potest, & postquàm finitus fuit, restitui, qui antea per traditionem constitutus fuit vtiliter, vel testamento, vel stipulatione, aut pactione, aut legato, aut aliis modis legitimis, si qui sunt inter quos constat non esse iusiurandum *l. 3. supr. de vsufr.* Quomodo enim posset vsusfructus finem accipere, qui nec initium habuisset? *l. Titio vsusfructus* 96. *infr. de condic. & demonstr.* Atqui ponimus vsumfructum, quem actor iurauit dari sibi oportere, non probari constitutum neque testamento, neque stipulatione, neque pactione, neque alio vllo legitimo modo, adeóque nec tuitione prætoria, vt loquitur Vlpianus in *leg. 1. infr. quib. mod. vsusfr. amitt.* Et quemadmodum diximus ad *§. præced. ntem*, iusiurandum non posse facere patronum ex *l. si iurauero* 14. *infr. de iur. patron.* ita nec potest facere vsufructuarium. Multo minùs igitur poterit iusiurandum onerare eum, qui iurauit vsumfructum sibi dari oportere, vt caueat se boni viri arbitratu vsurum, finitóque vsufructu eum arbitrio boni viri restituturum, est enim hoc onus vsusfructus non iurisiurandi: præsertim cùm iusiurandum habeat vim nouationis *l. qui iurasse* 26. §. *vlt. supr.* ac proinde mouet actionem de vsufructu, quæ onus hoc duplicis cautionis vsufructuario irrogabat

BIU Cujas

leg. 1. & toto tit. supr. Vsufr. quemadm. caueat.

Dec. Iusiurandum pro veritate habetur tanquam probatio, vt loquuntur, probata *l. sed si possessori* 11. §. *item si iurauero & §. vlt. supr.* Ergo quamuis iusiurandum non faciat fructuarium, perinde tamen habendus est is, qui iurauit vsumfructum sibi dari oportere, non quidem acsi iam esset fructuarius; nemo enim talis est, nisi cui vel constitutus, & traditus fuit vsusfructus ipso iure vel tuitione prætoria *l. 1. 3. & pass. supr. si vsufr. petet.* Sed acsi probasset vsumfructum sibi deberi ex causa aliqua, vel ciuili, vel honoraria, ex qua proinde constituendus ei sit & tradendus. Atquin si esset debitus vsusfructus siue ex testamento, siue ex stipulatione, aut ex qua alia causa, non aliter cogeretur eum tradere is qui deberet, quàm si actor duplicem illam cautionem offerret, quæ ex edicto illo Prætoris fructuario cuilibet iniungitur. Idem ergo iuris esse debet in eo, qui sibi vsumfructum dari oportere iurauit. Qua enim fronte possit contendere, meliorem condicionem suam esse debere, ob id solùm, quòd non aliam debiti vsusfructus probationem habeat, quàm proprium iusiurandum? An non potius æquũ esset deterioris condicionis si daretur occasio, esse idcirco debere, quod abundè sufficere ei debeat, exoneratum se onere probandi quo non fuisset exoneratus, si hanc partem edicti actor omisisset? vt in principio huius legis. Ex quo intelligimus tantò magis verum esse quod nos ibi docuimus & ad *leg. nam posteaquam 9. §. si damnetur supr. hoc tit.* actionem in factum quæ ex iureiurando nascitur, adeóque iusiurandum ipsum sic habere vim nouandi *dict. l. qui iurasse §. vlt.* vt non tantùm veterem actionem perimat, quod nouationi cuilibet commune est *l. 1. de nouat.* sed etiam eius qualitates omnes induat, quomodo alia quælibet actio in locum alterius subrogata *l. si quis eum 10. §. qui iniuriarum supr. si quis caution.* non quidem accidentales, qualis illa est in actione legis Aquiliæ, vt possit per inficiationem in duplum crescere, sed primordiales, vt nostri loquuntur, qualis hæc est in actione de vsufructu, vt is cui vsusfructus debetur caueat se arbitrio boni viri & fruiturum & restituturum *dict. tit. vsufr. quem. caueat.* item in famosa actione vt infamiam irroget condemnato *d. § si damnetur.*

31. Gaivs libro 30. ad Edictum Prouinciale.

Admonendi sumus, interdum etiam post iusiurandum exactum permitti constitutionibus principum, ex integro causam agere, si quis noua instrumenta se inuenisse dicat, quibus nunc solis vsurus sit, sed hæ constitutiones tunc videntur locum habere, cùm à iudice aliquis absolutus fuerit. solent enim sæpè iudices in dubiis causis, exacto iureiurando, secundum eum iudicare, qui iurauerit, quòd si aliàs inter ipsos iureiurando transactum sit negotium, non conceditur eandem causam retractare.

Ad l. Admonendi 31.

Rat. dvb. Iusiurandum habet vim transactionis & rei iudicatæ *l. 1. & 2. supr. hoc tit.* Atqui neque transactio rescindi potest prætextu instrumentorum posteà repertorum *l. sub prætextu instrumenti 19. Cod. de transact.* neque sententia *l. sub specie 4. C. de re iudic. l. Imperatores 35. infr. eod. ill. tit.* vbi vna tantùm exceptio additur, nisi in publica causa id permissum sit. Ergo multo minùs permittendum est, vt post sententiam exacto iureiurando redditam agere causam ex integro liceat, prætextu nouorum instrumentorum, præsertim cùm duo vincula soleant & debeant esse fortiora *l. pen. C. de adopt. l. 1. C. de pact.* Dec. Longè alia ratio est iurisiurandi, quod ex voluntate partium defertur, & præstatur, siue in iudicio, siue extra iudicium, de quo iureiurando hucusque diximus, alia verò eius de quo agitur in hac lege, id est, quod in dubiis causis & in magno conflictu probationum exigitur à iudice, vt secundum animi sui sententiam pro eo iudicet qui iurauerit. Prioris generis iusiurandum & transactionis & rei iudicatæ vim obtinet, ideóque nec prætextu nouorum instrumentorum retractari potest, quamuis ille contra quem iuratum est protestetur, iis solis se vsurum, vt scriptum est in fine huius legis: excepto tamen casu nouæ constitutionis Iustinianeæ *in l. vltim. Cod. hoc titul. leg. 1. & 2. eod. tit.* Posterioris verò generis iusiurandum retractari facilius potest, tanquam minus fauorabile, quòd non fuerit ab aduersario delatum, sed à iudice ex officio exactum, qui cùm adeò dubiam causam esse videret, vt non facilè posset statuere, in vtram partem propendêre deberet, & an pro actore an pro reo iudicare, non aliam tollendi & expediendi dubij rationem commodiorem inuenire potuit, quàm si iusiurandum deferret, & quidem ei ex litigatoribus pro quo maior suspicio vrgeret vel præsumptio, potissimum autem reo qui etiam omnibus cæteris paribus vincere deberet, absoluíque, eo scilicet iure, quo fauorabiliores sunt rei quàm actores *l. fauorabiliores 125. de regul. iur.* Nec ideo tamen existimandum est, superuacuum esse hoc onus iurandi, cùm moueat iudicem, vt pro eo pronunciare cogatur qui iurauerit, quíque iureiurando suo causam certam fecerit, quæ alioqui erat dubia. Porrò dubia esse non intelligitur, si alteruter litigantium, præsertim verò actor suam intentionem non satis plenè probauit, sed tantùm semiplenè, vt puta per scripturam priuatam, aut per comparationem literarum aut per vnum testẽ, aut per famam, de quibus omnibus latè fruſtráque nostri post Accursium & Bartolum disputant ad hanc legem, debet ille succumbere, acsi omnino nihil probasset cùm non alius possit vnquam vincere, quàm qui suam intentionem impleuerit *l. vlt. Cod. de rei vindicat. l. 4. Cod. de edend.* id est, plenè probauerit, siue actor ille sit qui actionem suam fundare debuit, siue reus qui suam exceptionem: nam & reus in sua exceptione actor est *leg. in exceptionibus 19. infr. de probat.* Et verò faceret reo iniuriam iudex si actore in suis probationibus deficiente iusiurandum etiam ipsi

BIU Cujas

ipsi reo deferret, cùm vincere hoc casu reus debeat, etiamsi nihil præstiterit, vt disertè scriptum est in *d.l.4. Cod. de edend.* Quantò magis si in ea causa iusiurandum deferat actori, vt inuito reo litis decisionem periurio committat actoris, quem repellere omnimodo deberet, non testem illum & iudicem in propria causa constituere contra *l. nullus* 10. *infr. & l. omnibus* 10. *Cod. de testib.* nec rursus vnum testem quantumuis integrum habere pro semiplena probatione, cùm dici soleat & verissimum sit, extra quosdam singulares casus vocem vnius etiam senatoris vocem esse nullius *leg. iurisiurandi* 9. §.1. *eod. tit.* Quod tamen non verè diceretur, si posset vnus testis prodesse ad obligandum iudicem vel inuitum, vt ei qui vnum testem haberet, iusiurandum deferre cogeretur, neque verò hęc iurisiurandi exactio esset facta per iudicem, de qua tamen sola Caius hîc loquitur, sed delatio, quæ longè diuersum quid est. Exigit enim iusiurandum iudex volens ab inuito in dubiis causis, non autem inuitus à volente, multo minùs à requirente, cùm non possit, non esse suspectus, vel maximè qui non solum vltro se iuriiurando offerat, vt testem se constituat in causa propria, quemadmodum & pro suspecto haberi solet, qui se pro alio testem vltrò ingerit aut procuratorem *l.3. inf. de testib. l. quæ omnia* 25. *supr. de procur.* At delatio fit à volente volenti, nec vnquam à solo iudice, sed ab aduersario primùm deferente, siue actor ille sit, siue reus. Dubiam igitur causam non aliam Caius hîc intelligere potuit, quàm in qua vterque litigatorum intentionem suam plenè probauerit, ita vt propter conflictum probationum non facilè possit iudex, vt diximus, apud se constituere, quis vincere debeat: ita vt iurare ipse etiam liquidò possit, sibi non liquere. Quo tamen casu æquius est, vt iusiurandum exigere à reo debeat, vt pro eo posteà iudicet, qui alioquin summo iure cæteris parib. etiam citra iusiurandum vincere & absolui deberet, quàm actori qui cæteris quoq; paribus deberet succumbere. Ideóque benè Caius, si tamen hæc lex Triboniani non est, potiùs quàm Caij, eas constitutiones quæ contra ius commune quod anteà obtinuerat, induxerunt, vt etiam post iusiurandum exactum, latámque pro eo, qui iurauit, sententiam permittatur ex integro causam agere, si quis noua se instrumenta dicit inuenisse, quibus nunc solis vsurus sit, tunc demum locum habere, cùm à iudice absolutus quis fuerit, vt intelligamus, non temerè idem actori indulgendum esse, vt ex suo iureiurando debeat vincere, sed reo duntaxat, cùm tamen eo iure, quo interpretes, & pragmatici nostri vtuntur, præcipuus vsus iurisiurandi istius, quod suppletorium aut suppletiuum vocant, pro actore sit potiùs quàm pro reo, sicuti actor solus est, qui probatione oneratur non reus *d.l. 4. C. de edend. d.l. vlt. C. de rei vindic. l. actor* 23. *C. de probat. l. adseueratio* 10. *C. de non numer. pecun.* Et tum quoque cùm reo, qui suam exceptionem minùs plenè probauerit, tale iusiurandum defertur, non tamen quasi reo defertur, sed tanquam actori, quia reus, vt diximus, in sua exceptione, actor est *d.l. in exceptionibus* §.1. & ei semper incumbit onus probandi qui dicit non qui negat *l. 2. eod. tit. de probat.* Vnde est quod Africanus scribit in *l. si priusquàm* 15. *in fin. infra de oper. noui nunciat.* Actoris partes sustinere, aut actoris partibus fungi, nihil aliud esse, quã probandi onere ac necessitate adstringi. Potest tamen interdum fieri, vt etiam circa intentionem ipsam actoris plenè ab eo probatam, conflictus talis sit probationum rei, vt maior tamen si non præsumptio, saltem suspicio sit pro actore, fortè quia vel pluribus nitatur testibus, vel qui sint maioris fidei & existimationis, aut alia de causa minùs suspecti, quàm qui à reo producti sunt, nec tamen pro actore citra iusiurandum pronunciare iudex satis tutò possit, aut quòd reus quoque alias pro se verisimilis suspicionis & præsumptionis causas habeat, aut quia solus rei fauor non minoris momenti & ponderis esse debeat ad mouendum iudicem, vt pro reo pronunciet, quàm suspiciones illæ & præsumptiones quæ faciunt pro actore: nec tamen tantus possit esse fauor ille, vt non potiùs pro actore iurante iudicandum sit, fortè quòd eius persona sit honestissima & spectatæ fidei, persona verò rei vilis aut etiam turpis & infamis. Cur non hoc saltem casu & aliis, si qui sunt similes, permittamus iudici in causa dubia hæsitanti, vt iusiurandum actori deferat, potiùs quàm reo, vt postmodum pro actore contra reum pronunciet? Quandoquidem nullo quoque exacto iureiurando vincere tamen hoc casu actor deberet, qui intentionem suam non modò plenè, sed etiam verisimilioribus testimoniis aliisve argumentis comprobasset. Nulla certè hoc casu fit reo iniuria, fieret autem actori, si solo rei fauore vinceretur, qui tamen grauiores pro se ac probabiliores haberet probationes. Alioqui nec si bonam causam actor haberet, vincere tamen vnquam posset, sed rei fauore semper vinceretur, saltem eo casu quo reus aliquas pro se adferret probationes, quamuis leuiores, aut suspectiores, quod certè esset iniquum. Fateor tamen posse hoc rarius contingere, & à communiter accidentibus dicendum potius esse, iusiurandum de quo in hac lege agitur, reo deferendum esse, non actori, vt si iuret absoluatur, eúmque sensum esse horum verborum *tunc videntur locum habere cùm aliquis absolutus fuerit.* Quæ verba conuincunt etia m manifestè interpretationem Dyni existimantis, intelligendam esse legem hanc de eo casu, quo iusiurandum à iudice exactum, nulladum subsecuta sit sententia: quomodo enim posset reus absolutus esse, nisi per sententiam? *l. 1. infr. de re iudic. l. pen. infr. de confess.* Item illa præcedentia *ex integro causam agere.* Non enim de causa ex integro agenda tractandum esset, sed de lite prosequenda, si nihil dum iudicatum proponeretur, quòd si reus fuerit condemnatus, eo nimirum casu, quo diximus, etiam actori posse hoc iusiurandum deferri, adeóque ab ipso inuito exigi, vt secundum eum pronuncietur: nec enim quod actori licet, non debet etiam reo licere, vt habet vulgata iuris regula *l. non debet actori* 41. *de regul. iur.* Ergo ei qui in causa dubia succubuit ob iusiurandum aduersarij, à iudice exactum, siue actor, siue reus sit, permittendum est ex Constitutionibus, vt causam ex integro agat, sed hoc non passim, at vno illo casu, qui in hac lege ponitur, quo dicat noua se instrumenta inuenisse quibus solis nunc sit vsurus. Quo tamen etiam casu illa dubitandi ratio semper manet, quam initio attulimus, quòd is qui iurauit, nunquam debeat condicionis esse deterioris, ob id solùm quod iurauerit, & tantò melioris, quòd postquàm iuratum est, de periurio quæri ampliùs non potest *dict. l. 1. Cod. hoc tit. nisi in casu l. vltim. eod. tit.* Atqui si iuratum non esset, nemo diceret sententiam retractari debere prætex-

BIU Cujas

tu nouorum instrumentorum, etiam quibus solis se vsurum victus diceret *dict. l. sub specie & d.l. Imperatores.* An fortè ita placuit in odium peierantis? vt post Accursium Bartolus & alij omnes putant. Atqui nullum peierantis odium esse potest, quin priùs constet de periurio, de quo tamen, vt diximus, nequidem inquiri potest *dict. l. 1. l. vltim. infr. tit. proxim.* Necenim quisquam odio dignus est ob id solùm, quod iurauerit, maximè si mandante & iusiurandum exigente ipso iudice id fecerit *l. non videntur data 167. §. 1. de regul. iur.* sicut è contrario non potest dolo carere, qui iubenti iudici non obtemperauit *leg. non potest dolo 199. eod.* Sed & quamuis speciale esset hoc casu, vt de periurio quæri posset, quod tamen ferendum non est, non tamen video qua ratione periurus probari possit ille, qui suam intentionem plenè probauit, si verum est, vt est, quod nos contendimus, non de alio iureiurando Caium hîc tractare, quàm quod per iudicem in causa dubia exactum sit ab eo qui plenè probauerit, sed cuius tamen probationes contrariis aduersarij probationibus, quamuis paullo leuioribus, debilitentur, & apud animum iudicis in dubium & suspicionem adducantur, præsertim cùm is contra quem iuratum est, & iudicatum, non possit admitti ad causam ex integro agendam, quam caueait nuda saltem repromissione, se nec prioribus vsurum probationibus nec aliis instrumentis, quàm quis se dicat noua inuenisse, nisi fortè ponetes probationes illius qui iurauit & vicit, & quas iudex pro plenis habuit, ex postfacto, id est, ex nouis instrumentis, quibus nunc solis victus vtitur, falsas & falsò fabricatas apparere, quod etsi vix potest euenire, potest tamen, sed neque hoc sufficeret ad probandum, & ex periurio inducendum odium eius, qui iurasset, si non etiam dolus ipsius probaretur. Aliud enim est falsum iurare, aliud falsò, nec periurus ille est qui falsum iurat, sed qui falsò, id est, scienter, ac dolo malo, vt diximus *ad l. qui iurasse 26. supr.* Referenda igitur potiùs est tota huius legis ratio ad id, quòd in causa dubia, & vt pragmaticorum nostrorum verbo vtar, arbitraria, in qua liberum erat iudici animi sui arbitrium sequi, & in quam vellet partem pronunciare, non tanta fiat victori iniuria, quamuis ex integro causa agatur, quanta fieret, si iure suo, id est, ex mera iuris ratione, ac inuito ipso quoque iudice, quod non semel accidit, vicisset, quoniam & ante sententiam succumbere potuisset, nec iniustè, si eam partem propensio & arbitrium iudicis elegisset. Quamquam enim non satis iustè factum quid dici potest, si iustius aliquid fieri potuerit *l. quoties 200. de regul. iur. l. bona fides 50. infr. depos.* non tamen iustè factum possis negare, quod iniustè factum probare non possis. In arbitrariis autem probari nequit iniustè pronunciatum esse, quod iudex pro arbitrio suo pronunciauerit, dum ne quid per sordes aut per gratiam, aut per imprudentiam iurisque imperitiam color arbitrio quæsitus probetur, quod hodie quàm plurimi iudices faciunt, omnia ferè de quibus iudicant constituentes arbitraria, vt hoc colore, legibus & certissimæ iuris rationi impunè illudant, ac in alienis litibus & patrimoniis dis. erendis, tuta, vt sibi videntur, conscientia grassentur. Non ergo magnam querelæ occasionem habet is, qui ex iureiurando suo vicit, etiam post fundatam plenè intentionem suam, si aduersario permittatur causam ex integro agere, quam plenis quoque ex parte sua probationibus iam instruxerat, & in qua vincere iustè poterat, saltem adhibitio ex parte sua iureiurando, si fauorabiliorem minúsque scrupulosum iudicem habuisset. Enimuerò fatendum est in retractanda ex integro causa, non aliter posse hunc vincere, quàm si ex nouis instrumentis quibus nunc solis vtatur, clarissimas & certissimas sui iuris probationes adferat, cùm sit difficilius, vt eum vincat, qui non tantùm ex plenis suis probationibus, sed etiam ex iureiurando suo anteà vicerit: præsertim cùm apud eundem iudicem causa retractanda sit, non apud alium qui suspiciones, præsumptiones, rationes denique nesciret fortasse quibus prior iudex permotus fuisset. Ex quo apparet iusiuraudum hoc, quod in dubiis causis per iudicem exigitur, nec decisiuum aut decisorium litis dici posse, cùm non exigatur nisi ab eo, qui plenas suæ intentionis probationes adferat, ex quibus etiam citra iusiurandum posset ac deberet vincere, nec proinde probationis suppletiuum, vt nostri vocant, cùm plena probatio, qualem hîc præcedere necesse est, nullo supplemento aut adminiculo indigeat, nec denique necessarium, quia licèt in dubia causa iudex in dubio ipse constitutus, non aliter quàm exacto iureiurando iudicare velit, posset tamen si vellet, nec iniustè, vt dictum est, si arbitrium tale suum interponere quàm iusiurandum exigere maluisset, quod proinde non tam necessarium, vt litem decidere iudex per se possit, & quidem pro eo ipso pro quo post iusiurandum exactum iudicat, quàm vt meliùs ex animi sui sententia, vel interdum etiam tutiore conscientia pronunciet. Itaque purgatiuum dici potius deberet, cùm ideo interponatur, vt qui iurat, iudicem suum adhuc dubium faciat de iure suo certiorem, etsi non eo sensu purgatiuum dici potest quo iusiurandum illud, cuius mentio fit *in l. præsenti 6. §. cùm autem versicul. sicuti depositæ Cod. de his qui ad eccles. confug. l. vltim. Codic. de fid. instrum. l. vltim. §. licentia Cod. de iur. delib. & Nouell. 73. de instrum. cautel. & fid.* 1. §. 4. *si tamen quisquam.* Iusiurandum enim illud interponitur ideo duntaxat, vt quis se purget de dolo malo, hoc autem vt actor iuret rem suam esse vel sibi obligatam vel sibi deberi, reus verò rem suam esse, aut non obligatam, aut se non debere, denique super principali negotio, acsi foret litis decisorium, & ad necessitatem litis decidendæ potiùs quàm ad instructionem animi iudicis comparatum. Et hæc quidem nostra de huius legis interpretatione sententia est à Duareno primùm tentata, posteà verò à nobis defensa, probatáque sæpius tam *in libris Coniecturarum quàm in Chiliade nostra de error. pragmat. & interpr. iur.* Cui conuenit mirificè quod scriptum est *in cap. vltim. Extr. hoc tit. de iureiur.* Eius namque loci non alium quàm huius legis sensum esse putandum est. Et verò quis credat in tam multis iuris nostri locis, qui extant & de iureiurando & de probationibus nullam aut à prudentibus, aut ab Imperatoribus factam esse, nisi in hac lege iurisiurandi huius mentionem, cuius tamen vsum omnium frequentissimum esse maximéque necessarium quotidiana praxis ostendit. Quid enim occurrit in praxi frequentius, quàm vt nunc actoris, nunc rei probationes minùs plenæ sint, & consequenter de iis per hoc iusiurandum supplẽdis quæri oporteat? Scio nostros adferre tanquam

BIU Cujas

quam simile quod ab Imperatoribus rescriptum est *in l. in bonæ fidei 3. Cod. hoc titu.* In bonæ fidei contractibus, necnon etiam in cæteris causis, inopia probationum per iudicem iureiurando causa cognita res decidi oportere. Quo loco passim abuntur, vtiusiurandum hoc sup letiuum & necessarium in supplementum probationis deferendum esse probent. Sed quis non videt, non de alio iureiurando Imperatores intelligere quàm quod à parte parti decidendæ litis gratia in iudicio deferatur, & à iudice adprobetur, non quod à iudice ipso inferatur? vt loquitur Iustin. *in l generaliter 12. in princip. & §. 1. eod. tit.* Illa namque verba *per iudicem* non ad dictionem *iureiurando* quæ statim sequitur, referenda sunt, sed ad postrema *decidi oportet* acsi scriptum esset, decidi rem per iudicem oportere inopia probationum, causa cognita. Neque verò ponit lex iusiurandum exactum à iudice in causa dubia ad rei potissimum absolutionem, vt in hac lege, sed generaliter de iureiurando à parte parti delato in iudicio, vt per iudicem decidi lis possit siue pro actore, siue pro reo. *inopia probationū* inquit lex, vt & in *l. vltim. infr. de prætor. stipulat. iunct. l. vnic. versic. in aliis autem Cod. de sentent. quæ pro eo quod inter.* Quod quid aliud est dicere quàm *deficientibus omnibus probationibus* vt Paulus loquitur *in l. tutor pupilli 35. in princip. infrà?* licèt sciam Cuiacium *ad d. l. tutor* aliter explicare quasi aliud sit defectus, aliud inopia probationum & quasi *dict. l. 3.* loquatur de iureiurando à iudice delato non à parte, quod non probo, *argum. dict. l. vlt.* Inops enim verè & propriè ille est qui nullas habet opes, ne stipem quidem. Inopia ergo probationum illa quæ nullas omnino habeat probationes, nō quæ minùs plenas. Quamquam & parum refert ad amittendam litem an quis nullas omnino probationes habeat, an aliquas quidem sed minus plenas, & vtroque casu facit inopia probationum vt non nisi iureiurando decidi res possit, sed quod delatum esse ab aduersario aut à iudice necesse sit, non ab eo ipso qui iuraturus est, postulatum. Cur verò addit *causa cognita?* Nempe quia non quodlibet iusiurandum admittere iudex debet, sed ita demum si delatum sit ab eo, qui deferendi ius habuit, & ius administrandarum rerum vt *in l. iusiurandum quod ex conuentione 17. §. 1. & seqq. supr. dict. l. tutor infr.* item si iusiurandum præstitum sit eo modo quo fuit delatum *l. 3. §. vlti. l. 4. & 5. supr. hoc tit. l. qui per salutem 33. infr.* Et verò aiunt Imperatores, inopia probationum rem iureiurando decidi per iudicem oportere non tantùm in bonæ fidei contractibus, in quibus multa sunt singularia *l. in omnibus 41. suprà de iudic. l. 7 infrà de eo quod cert. loc. l. 5. infrà tit. proxim. l. 13. Cod. de pact.* sed etiam in cæteris causis, vt significent non in iudicis arbitrio, sed in mera iuris necessitate positum illud esse, nam vt Donatus in Hecyra scripsit, vbi argumenta & testimonia deficiunt, ibi iureiurando opus est, sed quod deferendum sit aduersario ab eo qui probationum inopia & egestate laborat, non quod illi ipsi à iudice deferri oporteat inuito aduersario. Caius verò in hac lege, si modò Caius ille est, vt iam dixi, non Tribonianus, scribit solere iudices in dubiis causis iusiurandum exigere, & secundum eum pronunciare, qui iurauerit, ita innuens factitare hoc iudices solere, quod facere si nollent, non cogerentur, cui conuenit quod Iustinianus præfatur in *dict. l. generaliter versic. Cùm enim iam increbuerit iudices in p enissima definitione sacramentum imponere*, ita innuens Caij aliorumque prudentum nostrorum temporibus nondum ius illud obtinuisse, sed cœpisse paullo ante Iustiniani tempora, exindéque factas esse constitutiones illas, quarum hæc lex meminit, quæ tantum abest, vt prudentibus nostris fuerint cognitæ, vt nec vlla earum mentio extet in Codice. Vnde in suspicionem venit, iampridē totam legem hanc, quæ sola tot errorum materiam interpretibus præbuit, Triboniano adscribendam esse, cui velle contigit, aliquid in Pandectis ponere de huiusmodi iureiurando, de quo tam multa in *d. l. generaliter.* de cuius etiam sententia videnda sunt quæ & in *Coniecturis nostris & in Chiliade* scripsimus. Illud certè fateri coguntur interpretes, iusiurandum hoc quod suppletiuum & necessarium appellant, non habere locum in causis criminalibus, nec in magnis quæ criminalibus æquiparantur, nec per iudicem deferri posse, si non petatur, nimirum vt iurisiurandi huius iniquitatem, quam dissimulare non possunt, exceptionibus istis & aliis nonnullis quas in eorum Commentariis videre est, leniant atque temperent. Quibus vt tanto facilius assentiar, illud facit, quod nec vllo casu paterer, si prohibere possem, vt iusiurandum hoc admitteretur, quod nec in Parisiensi Curia admitti vnquam potuisse plerique ex pragmaticis Gallis testantur. Suauis verò est Bartolus, qui probet hanc iurisiurandi speciem planè commentitiam non valde à naturali ratione & æquitate abhorrere, tentat agere Theologum, & opinionis suæ confirmationem quærere ex illo Euangelij loco *adhibe tecum testem vnum vel duos vt in ore duorum vel trium stet omne verbum.* Quòd in ore duorum ita demum stet verbum, si stet in ore dicentis & testis adhibiti: sicut in ore trium illud demum stat, quod habet duos testes adhibitos, & ipsum quoque dicentem: quo argumento si rectum esset, æquè probaret Bartolus plenam esse probationem, si quis pro sua intentione probanda vel vnum testem habeat, nullo etiam interueniente iureiurando, quod tamen nec Bartolus ipse, nec post eum quisquam dicere ausus est. Neque verò de illo Christus Dominus loquitur, qui ad vtilitatem aliquam consequendam ex proprio testimonio velit proximum corripere, quasi huic credendum sit in causa propria vno teste adhibito, vt in numero duorum testium qui omnimodo ad probationem requiruntur. is quoque cuius interest & qui se actorem constituit, computari debeat: sed de eo qui fraterna charitate animatus id agat, vt proximum qui aduersus eum peccauerit corripiat & corrigat, quam nos fraternam correctionem appellamus, ab omni specie litis & iudicij remotissimam, solisque charitatis Christianę vinculo, quod perfectionis vinculum est, subnixam. Sed omissa si placet ista Bartoli nostri Theologia, pergamus iam ad leges cæteras.

BIU Cujas

32. MODESTINVS libro (tertio) Differentiarum.

IVrisiurandi gratiam facere pupillus non potest.

Ad l. Iurisiurandi 32.

RAT. DVB. Pupillus deferre iusiurandum potest, etiam sine tutoris authoritate, quamuis eo casu exceptio competens ex eiusmodi iureiurando elidi possit & debeat per replicationem, quia pupillus rerum suarum administrandarum ius non habet, cæterùm quin tutore authore iusiurandum deferre possit ex quo danda sit exceptio, cum effectu nemo dubitat *l. iusiurandum quod ex conuentione* 17. §. 1. *suprà hoc tit.* Nam & tutor ipse solus posset deferre, saltem deficientibus aliis omnibus probationibus *l. tutor* 35. *in princip. infr.* Ergo etiam iurisiurandi gratiam facere pupillus potest, saltem interueniente tutoris authoritate. Eius siquidem est iurisiurandi gratiam facere, id est, iusiurandum remittere, cuius est deferre *l. remittit* 6. *iunct.* §. *vltim. legis præced. suprà hoc tit.* Et tamen Modestinus hîc negat, posse pupillum gratiã facere iurisiurandi, quod Accursius noster sic intelligit, & benè, vt ne quidem tutore authore possit.

DEC. Non omni titulo potest tutor, aut etiam pupillus ipse tutore authore alienare, sed eò demum casu quo expediat pupillo, nec aliter ei consuli melius possit *l. non omni* 16. *Cod. de admin. tutor.* Nec enim tutor in omnibus & per omnia domini loco est, sed tunc tantùm cùm rem pupilli ex bona fide administrat, non etiam cùm eum spoliat *l. qui fundum* 7. §. *si tutor infr. pro emptor.* Atqui is qui gratiam facit iurisiurandi iam delati susceptique alienat, éstque illa species quædam donationis, quę tutoribus omnibus interdicta est omni casu *l. cùm plures* 12. §. *penult. l. Lucius* 46. §. *vltim. infrà de admin. tutor. l. non omni* 16. *Cod. eod.* quia donare nihil nisi perdere est *l. filiusfamilias* 7. *infr. de donat.* Si enim alienare intelligitur etiam is qui iusiurandum defert *dict. l.* 17. §. 1. *supr.* quanto magis ille qui iurisiurandi iam delati susceptique gratiam facit? siquidem potest delatio ipsi etiam deferenti prodesse aliquo casu, putà si is cui delatum est, nec iurare velit nec referre, cogetur enim soluere *l. iusiurandum & ad pecunias* 34. §. *ait Prætor & l. manifestæ* 38. *infr. hoc tit.* aut si referre malit quàm iurare, & pupillus iuret. At iurisiurandi remissio non potest non esse damnosa remittenti, cùm exinde iusiurandum habeatur pro præstito, & quod est consequens, is qui detulit & remisit pro victo, & statim aut summouendus si actor sit, aut condemnandus si reus *dict. l.* 34. §. *vltim. infr.* Ratio igitur facit & pupilli vtilitas omnino exigit, vt iurisiurandi gratiam facere pupillus nullo casu possit, ne quidem tutore authore quamuis iusiurandum deferre possit, saltem cum tutoris authoritate, neque verò nouum est vt contrariorum non sint pares consequentiæ, vbi diuersa eorum ratio est *vulg. l. illud* 32. *supr. ad l. Aquil. l.* 3. §. *vnde etiam de iniust. rupt.* Aliud est, si delatum iusiurandum necdum præstitum reuocare pupillus velit: potest enim saltem tutore authore: & tutor solus sine pupillo, sed ex causa, id est, si probationes superuenerint *arg. d. l. tutor & l. si quis* 11. C. *hoc tit.*

33. VLPIANVS libro 28. ad Sabinum.

QVi per salutem suam iurat: licèt per Deum iurare videatur: (respectu enim diuini numinis ita iurat) attamen, si non ita specialiter iusiurandum ei delatum est, iurasse non videtur. & ideo ex integro solemniter iurandum est[a].

Ad l. Qui per salutem 33.

RAT. DVB. Is qui per salutem suam iurat, cùm ei delatum esset iusiurandum, vt per Deum iuraret, quod in dubio quoque factum intelligitur, cùm simpliciter delatum est, vt hæc lex innuit, non nisi respectu diuini numinis ita iurasse intelligitur. Quis enim nescit soli Deo iurari & in omni iureiurando Deum testem & iudicem adhiberi? Ergo nihil refert an per Deum iurauerit, an per suam salutem, cùm in rebus omnibus, maximè verò in iureiurando, magis spectandum sit quid in iurantis animo & intentione fuerit, quàm quid in nuda verborum figura, nam & in cæteris solemus dicere, nihil referre quid ex æquipollentibus fiat *vulg. l. vlt. infr. mandat. l. mulier* 22. *ad SC. Trebell.*

DEC. Non valet iusiurandum, nisi eo modo præstitum sit quo delatum *l.* 3. §. *vlt. & l.* 4. *& 5. princip. supr. hoc tit.* quia pactionis & transactionis vim & instar obtinet *l.* 2. *l. qui iurasse* 26. §. *vlt. sup. l. tutor* 35. §. 1. *infr.* Videtur enim conuenire inter litigatores, vt is qui iusiurandum defert, ita demum vincatur, si aduersarius iurabit ad eum modum qui delatus est, quia nec aliter delaturus fuisse credendus est. Forma igitur delati iurisiurandi ad vnguem seruanda est, ne alioqui fiat iniuria ei qui cum aduersario egit tam liberaliter, quamuis ex mera plerumque necessitate, ac omnibus aliis destitutus probationibus, vt eum testem ac iudicem in propria causa constituerit *l.* 1. *infr. quar. rer. act. non det. iunct. l. vlt. C. de pact. int. empt. & vendit.* Nec sufficit vt ex æquipollentibus quid fiat, quoties certa & solemnis faciendi forma præscripta est *l. cùm hi* 8. §. *si Prætor additus supr. de transact. l.* 1. §. *si quis ita & seq. inf. de verb. oblig. l. Græcè* 8. §. *illud commune est infra de fideiuss.* Ergo si cùm tibi delatum esset iusiurandum, aut simpliciter aut nominatim, vt per Deum iurares, tu per salutem tuam iuraueris, licèt diuini numinis respectu id feceris, non tamen videri potes benè ac ritè iurasse, & iuxta formam delatam, vt pragmatici loquuntur, & ideò vt Vlpianus hîc subiicit,

a *Ex integro solemniter iurandum est.* RAT. DVB. Iusiurandum ritè delatum suscipi, & præstari ex interuallo non potest, quia tacitam illam conditionem habere intelligitur, si statim iurabitur, nec audiendus est is cui delatũ est, si posteà iurare paratus sit *l.*

BIU Cujas

sit *leg. remittit 6.* vbi diximus *supr. hoc titul.* multò minùs audiri debere videtur is, qui semel iurauit, licet malè & contra formam delatam, si ex integro iurare velit, cùm delatio ad primum actum iurisiurandi restricta esse videatur, nec ad aliud iusiurandum extendenda *argum. leg. boues* 89. §. *hoc sermone infr. de verborum significationib. l. matrimonij* 21. *infr. Qui & à quibus manum.* sibi enim debet imputare, & ex integro iurandi ius amittere is, qui malè iurauit, cur non meliùs, & secundùm formam delatam iurauerit, ita vt nec vllum ex ea amissione damnum sentire videatur, ex regula *l. quod quis* 203. *de regul. iur.*

DECID. Non potuit iusiurandum suscipi ac præstari, nisi agnita & accepta condicione delata, quamuis contra eam formam iuratum sit. Iusiurandum autem statim, & ab initio fuisse sufficit, nec illud etiam requiritur, vt incontinenti iuretur, vt diximus ad *dict. legem remittit.* Quanquam nec ad speciem huius legis accommodata est illa obiectio. Ponimus enim, & statim susceptum esse iusiurandum, & statim præstitum, licèt non ad eum modum quo iurari debuit, sed cùm malè ac perperam iuratum sit, dicimus ex integro solemniter iurandum esse, quoties enim aliquid factum est, quod fieri quidem debuit, sed aliter tamen factum est, quàm fieri debuerit, ex integro faciendum est, *leg. de die* 8. §. *si seruus, & sequent. supr. qui satisdar. cogant.* Et in exemplo quod adfert Accursius de optione malè facta, ex *leg. 2. de opt. legat.* & Bartolus de electione Potestatis ex *dict lege 2. & l. serui electione 5. de legatis 1.* de teste malè audito, qui ex integro audiendus est, etiamsi pars aduersa iam didicerit testificata, item de sententia perperam, & nulliter lata, quæ iterum ferenda est *leg. 1. Cod. de sentent & interlocut. omnium iudic. leg. hæc sententia 3. Cod. de sentent. quæ sin. cert. quant. profer.* quanquam postremum hoc moribus nostris exoleuit, quibus inductum est, vt à qualibet sententia quantumuis nulla, necessariò appellandum sit, alioqui teneat, nec per viam nullitatis, vt aiunt Pragmatici, impugnari possit, proinde impedit omnino ne alia sententia ferri ampliùs possit: sufficit enim tantum illam habere virium quantum necesse est, vt ad eam rescindendam appellari necesse sit *leg. 3.* §. *falsus procurator infr. Ratam rem haber.* Et quemadmodum olim iudex posteaquam pronunciauerat, siue bene siue malè, officio suo functus dicebatur *leg. iudex posteaquam 55. de re iudic.* ita & hodie siue ritè siue non ritè ac nulliter. Quod autem obiecimus iurisiurandi delationem non nisi ad primum iusiurandum restringi debere, ad rem planè non pertinet: Iusiurandum enim quod Vlpianus ait solemniter ex integro præstandum esse, non aliud est, quàm quod fuit & delatum & susceptum & præstitum, sed quia malè præstitum ex integro præstandum est, ne tam delatio quàm susceptio iurisiurandi fiat inutilis: nec sanè Prætor tam facilè pati debet, vt tantum litis expediendæ remedium, quod vsui esse possit, abiiciatur. Præter id quod, vt bene obseruat Bartolus, aliud est de iure quærendo tractare, vt in specie *dict. l. matrimonij*, aliud verò de iure iam quæsito, vt in hac lege. Cæterùm hodie iurari apud Christianos solet non per Deum aut per salutem Principis aut suam, vt olim, sed super sacrosanctis Dei Euangeliis. Interdum & solemniùs super sacrosancto Missæ Canone, sed solemnissimè super sacrosanctis diui Antonij patroni, & protectoris mei reliquiis. In dubio tamen si simpliciter delatum sit, super Dei Euangeliis delatum fuisse præsumendum est.

34. IDEM libro 26. ad Edictum.

IVsiurandum & ad pecunias, & ad omnes res locum habet. Etiam de operis[a] iusiurandum deferri potest. nec de iniuria queri aduersarius potest[h], cùm possit iusiurandum referre. Quid tamen, si ideo dicat reus[c] se liberatum, quoniam Stichum, quem promiserat, putat decessisse? non erit tutus per relationem: & ideo ex hac causa putat Marcellus, & rectè, aut remittendum ei iusiurandum, aut spatium dandum, vt certioretur, & sic iuret[d].

Ad l. Iusiurandum & ad pecunias 34.

RATIO DVBITANDI. Pro nummis non iuratur in litem *leg. 3. infr. de in lit. iur.* Ergo non est verum, quod Vlpianus hic scribit, iusiurandum non minùs quàm in cæteris rebus locum habere.

DECID. Alia ratio est iurisiurandi in litem, de quo *in d. l. 3.* alia verò iurisiurandi voluntarij aut iudicialis, de quo in hac lege, & in toto hoc titulo. Iusiurandum in litem non potest deferri pro nummis, quia non defertur, nisi ad ineundam rei æstimationem, quæ aliter iniri iustè non posset *leg. 1. l. 5. in fin. leg. tutor 8. infr. titul. proxim.* Nummorum autem certa & perpetua æstimatio est, non sicuti aliarum rerum varia & mutabilis pro temporum & locorum diuersitate *d. l. 3. iunct. l. 3. de eo quod cert. loc.* At iusiurandum voluntarium, & iudiciale defertur in defectum probationis, vt habeatur pro veritate, & veritatis probatione, itémque pro stipulatione, pacto conuento, transactione, & re iudicata *leg. 1. & 2. l. qui iurasse 26. §. vltim. supr. l. proxim.* §. 1. *infr.* Atqui & pecuniæ & cæteræ res omnes in litem deduci possunt, & in stipulationem & in iudicium, & per consequens etiam in iudicatum. Ergo & in iusiurandum, *l. 3. supr.*

a *Etiam de operis.* RATIO DVBIT. Operæ non sunt in rerum natura *l. operæ 9. infr. de oper. libert.* nec enim peti possunt nisi præteritæ, & post peractum diem quo edi debuerunt *l. 2. l. si quando 8. eod.* præteritæ autem edi amplius non possunt, alioqui aliæ essent, aut non essent præteritæ *dict. l. si quando.* Ergo in iusiurandum deduci non possunt: prius enim est, vt sint in rerum natura quàm de iis quærendum sit, an in iusiurandum deduci possint, cùm dici soleat, quod est verissimum, non entis nullas esse qualitates *vulg. l. pen. supr. tit. prox. l. si parte sup. quem adm. ser-*

BIU Cujas

uit. amitt. DEC. Operas à liberto patronus petit, sicut & pecunia credita petitur *l. 3. eod. tit. de oper. libert.* nempe quia cùm non possint peti nisi præteritæ, & eo tempore quo in specie amplius edi non possunt, necesse est præstari eas in pecunia, & æstimatione: ac proinde si de hoc ipso quæratur, an debeantur necne, iusiurandum de iis deferri nihil prohibet, siue fabriles sint, siue officiales, licèt in quibusdam iuris partibus ea distinctione necessaria sit *d. l. operæ* §. 1. *l. si non sortem* 26. §. *libertus infr. de condict indeb.* nam & si de statu personæ quæreretur, adhuc tamen dicendum esset, iusiurandum habere locum posse *l. 3. supr. hoc tit.* hoc enim est quod proximè diximus, iusiurandum in rebus omnibus locum habere.

b *Nec de iniuria queri aduersarius potest.* Ex hoc versiculo apparet, loqui hîc Vlpianum de iureiurando iudiciali, non de voluntario. Nam in voluntario, quod conuentionale est, quia ex vtriusque partis conuentione proficiscitur *l. iusiurandum* 17. *in princip. l. qui iurasse* 26. §. *vltim. supr. hoc tit.* non potest is, cui delatum est, conqueri vllam sibi factam esse iniuriam, cùm semel voluerit *leg. in diem* 9. §. 1. *infr. de aqua & aquæ pluuiæ arcend.* & rursum in conuentionali iureiurando non potest de relatione tractari, de qua tamen hîc tractatur, cùm referri non possit *dict. l.* 17. *in princip.* Sed in iudiciali, de quo solo hîc agitur, ratio dubitandi illa erat, quæ his verbis satis innuitur, quod iniuria aliqua fieri videatur ei cui iusiurandum defertur, si iurare cogatur aut succumbere, cùm probationes nullas, aut minùs plenas habet is qui detulit. Ita namque fit, vt de domo aduersarij velit eruere probationes suæ intentionis, quod nimis graue esse dicitur in *l. nimis graue* 7. *Cod. de testib. l. vltim. Cod. de edend.* Nec satis bona videtur esse ratio, quam subiicit Vlpianus, *cùm possit*, inquit, *iusiurandum referre.* Nam si bona quoque illa est, quam accommodat ille ad casum sequentem iis verbis, *non erit tutus per relationem*, quid obsecro periculosius dici potest, quàm vt is, qui iurare non vult, cogatur iusiurandum referre, atque ita aduersarium in propria causa iudicem testémque constituere? *l. 1. quarum rerum actio non det.* præsertim cùm is, cui iusiurandum relatum est, illud iterum referre nunquam possit, ne detur progressus aut circuitus in infinitum. Proinde si quis tam religiosus sit, vt metu & veneratione Diuini numinis iurare ipse nolit, quod plerique faciunt, non tantùm religionis, sed etiam modestiæ gratia *l. quæ sub condicione* 8. *de condic. institut. leg. illud* 25. §. 1. *infr. de pecun. constit.* in manifestum discrimen amittendæ litis coniicitur, atque ita iniuriam patitur, si iusiurandum referre compellatur. Quotus enim quisque est litigator, qui non malit iurare quàm succumbere? Et quamuis iurisiurandi relatio etiam delatio sit, magna tamen differentia est inter eum qui defert iusiurandum, & eum, qui refert. Defert enim is duntaxat qui vult, refert verò quis etiam inuitus, si modò iurare nolit.

DECID. Manifestæ turpitudinis & confessionis est, nolle iurare, nec iusiurandum referre *leg. manifestæ* 38. *infr.* nec de alio proinde quàm de seipso conqueri potest is, qui nec iurare, nec referre vult, siue per modestiam, siue per superstitionem impediatur ne iurare velit. Superstitio enim illa verius, quàm religio dicenda est *dict. leg. quæ sub condicione.* Denique hoc maluisse videtur, vt in *leg. si patre cogente* 22. *infr. de ritu nuptiarum.* satisque humaniter agit Prætor cum eo qui iurare non vult, quod non statim habet eum pro victo, sed facultatem ei præbet referendi iurisiurandi §. *ait Prætor, & sequent. infr. hac lege. & in leg. item si cùm* 14. §. 1. *supr. Quod metus caus.* Sicque explicanda est ratio hæc Vlpiani, *cùm iusiurandum referre possit.* Fateor non satis tutum esse eum qui iusiurandum refert, si cum eo conferatur, qui ipse iurat, quando iam ipso iure est liberatus, vt in specie *versic. sequent.* sed extra illum casum, & si quis alius similis est, optima ratio est, quæ hîc adfertur ab Vlpiano, quòd nullam patiatur iniuriam is, cui iusiurandum defertur, si ex Prætoris edicto iurare cogatur aut soluere, cùm possit etiam iusiurandum referre.

c *Quid tamen si reus dicat.* RATIO DVBIT. Is cui iusiurandum defertur, iudex & testis in causa sua constituitur *leg. 1. infr. Quarum rerum act. non det.* Ergo nulla videri potest ei iniuria fieri, etiamsi talis casus occurrat, in quo non possit esse tutus per relationem, cùm relatione nulla sit opus, si iurare ipse paratus sit. Proinde si dicat reus se liberatum, quoniam Stichum, quem promiserat, putat decessisse, non habet quod conqueratur, cùm non præcisè cogatur iurare de ea re, quam nondum bene certam & exploratam habeat, quod nec sine contemptu Diuini numinis facere posset, sed ei liberum sit referre, vt periurij periculum transferat in aduersarium.

DECID. Iniuria quidem nulla fit ei cui iusiurandum delatum est, si aut iurare cogatur, aut referre, cùm de ea re iusiurandum delatum est, de qua iurare tutò possit, saluáque conscientia: sibi namque imputet si ad superstitionem vsque tam scrupulosus fuerit, vt iurare noluerit *dict. leg. quæ sub condicione* 8. *de condic. instit.* nisi paratus sit referre. Sed is cui iusiurandum defertur ea de re, quam pro certa & cognita non habeat, iniuriam certè patitur si cogatur aut iurare statim aut referre, cùm nec iurare possit absque periculo periurij, quod ab eo suscipi nec bonum nec æquum est, aut inuitus aduersarium iudicem testémque in propria causa facere, quod nimis durum est. Neque verò alius quisquam referre cogitur, quàm qui prior ipse iurare tutò posset si voluisset. In proposita verò specie debitor Stichi dicens se liberatum, quòd putet Stichum decessisse, nulladum contracta in eo soluendo mora (hoc enim ponendum est necessariò, quia nil alioqui prodesset interitus, qui post moram contigisset *leg. si seruum* 91. §. *sequitur, & §. vltim. leg. si ex legati* 23. *& sequent. infr. de verborum obligationib.*) iustam habet exceptionem per quam non modò absolui possit, sed etiam actorem summouere, tanquam agentem sine actione & obligatione, cùm interitu rei debitæ ante moram contingente debitor liberetur *leg. si fideiussor* 19. *supr. de dolo.* Sed tamen factum ex quo nascitur exceptio, probare debet, quod porrò per iusiurandum probare non potest, nisi certus. Quomodo enim iurare liquidò potest is qui dubitat, an Stichus decesserit, quamuis putet decessisse? siquidem liquidò iurare nihil aliud est quàm apertè iurare, ac sine vlla dubitatione, vt explicauimus *ad legem aliàs autem* 18. *supr.* Cùm ergo iurare nec recusat nec possit, etiamsi maximè velit, nihil ei est imputandum si nec referre

iusiu-

BIU Cujas

iusiurandum velit, ad quod nemo cogitur, nisi qui iurare nolit, cùm possit. Benè igitur Vlpianus hîc in illis verbis, *non erit tutus per relationem.* Cæterùm quod ex hoc vers. nostri notant, Exceptionem posse opponi etiam per verba dubitatiua, puta si quis dicat, *Credo me non teneri*, aut quid aliud simile, itémque ex *leg. si debitor* 41. *suprà de hered. petit. leg. & leg. si quis inficiatus* 13. *infr. depos.* placere mihi non potest. Exceptionem enim certam & indubitatam esse necesse est, vt sequi possit absolutio, certásque eius probationes adferri, quod vel vnus hic locus omnium optimè probat. Non enim admittitur ad iurandum debitor, qui putare se dicit Stichum decessisse, quia exceptio sic concepta nullius momenti est, nisi ad hoc vt ei dari tempus debeat, non ad deliberandum, an iurare velit necne, vt malè putat Bartolus, cùm in toto hoc §. nullum sit de deliberatione verbum, sed vt Vlpianus loquitur ad hoc, vt certiorari possit quid in veritate facti sit, & sic deinde iuret. Nam si adhuc dubius iurare vellet, non esset audiendus propter nimis euidens periculum periurij, nisi se iam certioratum fingeret, ac mentiretur. Planè ad actoris intentionem excludendam, quemadmodum sufficit reo negare, ita & dicere se dubitare, cùm tam per dubitationem rei, quàm per meram negationem fiat dubia intentio actoris *l. vlt. C. quib. ad libert. proclam. non licet, dict. leg. si debitor, & dict. leg. si quis inficiatus.* Satis autem sit reo dubiam facere intentionem actoris, ad eam summouendam; ni actor & certam eam proponat, & certis probationibus eam instruat. Id enim est, quod nostri iactitant, probationem dubiam neque concludentem non releuare, *leg. neque natales* 10. *leg. non epistolis* 13 *& seq. C. de probat. leg non hoc* 4. *C. vnd. legit. leg. in duobus* 28. §. *igitur si quis versicul. Potest enim fieri suprà hoc tit. leg. miles* 11. §. *quæ propter impuberem in fin. infr. ad leg. Iulian. de adult.* Sed aliud est negare intentionem actoris, aliud verò excipere, sicut & aliud vincere reum per non ius actoris, aliud verò vi & ope exceptionis *leg.* 4. *& leg. vltim. Cod. de edend. leg. vlt. Cod. de rei vindic. leg. militis* 36. §. *veteranus de test. milit. leg. loci* 4. §. *competit supr. si seruit. vindic. leg. qui ex liberis* 11. §. *testamento infr. de bonor. possess. secund. tabul.* Cur verò non potest reus in specie de sua credulitate iurare? quomodo potest in aliis plerisque casibus, vt in iureiurando propter calumniam præstando *leg.* 2. *Cod. de iureiur propt. calum. dand.* & in iureiurando tutoris adfirmantis aut negantis se creditorem pupilli, *Nouell.* 72. *vt hi qui oblig. haber. se perhib. res minor. cap.* 3. §. *vt autem.* Nempe quia iusiurandum hoc quod & transactionis, & rei iudicatæ & nouationis vim obtinet, vt pro veritate habeatur, necesse est præstari de ipsa rei veritate præcisè, non de credulitate *leg. Marcellus* 11. §. 1. *infr. rer. amot.* quod in iureiurando calumniæ diuersum est, & in eo de quo in *dict.* §. *vt autem.* quia vtrumque illud iusiurandum interponitur ad id duntaxat, vt reus purget se de dolo malo. Quamquam & in iureiurando calumniæ interdum id ipsum obseruandum est, quod hic Vlpianus scribit, vt ei qui iurare debet, dandum sit spatium intra quod possit melius se instruere, vt ex animi sui sententia iuret *dict. leg.* 2. §. *quod obseruari Cod. de iureiur. propt. calumn. dand.* potest enim fieri vt quis tam incertus sit, vt nec possit dicere quid putare debeat, nedum affirmare. Sed neque illud tempus dicendum est dari ad deliberandum, vt vult idem Bartolus, sed quò magis certiorari possit is, qui adhuc nescit in quam partem flectere opinionem debeat. Quæ ratio fuisse videtur, ob quam olim permittebatur reo ad intentionem, & articulos actoris respondere iuratò per verbum *credit* vel *non credit.* ne alioqui præcisè cogeretur reus respondere ac iurare de re quam nesciret. Sed posteriores pragmatici melius viderunt, omninò affirmatiuam aut negatiuam præcisè fieri debere responsionem, vt certum fiat quid certis probationibus comprobari oporteat, vt certa quoque sequi possit sententia. In eámque rem postulanti reo dantur dilationes intra quas certiorari possit quid præcisè, & tamen tuta conscientia respondendum habeat, ne conqueri possit, se præcipiti festinatione iudicis ad mendacij & periurij aleam subeundam inuitatum.

d *Et sic iuret.* RAT. DVB. ET DECID. eadem est quæ ad finem legis præcedentis. Dubitandi quidem illa, quòd ex continenti, non ex interuallo iusiurandum suscipiendum sit, quasi delatio iusiurandi tacitam hanc habeat conditionem *leg. non erit* 5. *in fin. suprà hoc titul.* Sed decidendi ista, quod aliud sit suscipi iusiurandum aliud præstari, suscipiendum namque est incontinenti, sed incontinenti susceptum præstari etiam ex interuallo potest, quod & Bartolus benè vidit. Sed tamen addere debuit: Posse interdum etiam fieri ex causa, vt delatum iusiurandum non statim & incontinenti acceptandum, vt loquuntur, & suscipiendum sit, vt in proposita specie, id est, cùm iusta intercedit causa differendi, quia nondum sit certioratus reus de veritate facti ex quo sumit exceptionem: nec enim præcipitandus quisquam est ad periurium, nec moræ & dilationi adscribendum, quicquid ex iusta causa fit *leg. sciendum* 21. *& seq. infra de vsur.* Itaque potiùs remittendum est iusiurandum & consequenter habendum pro præstito, si nolit aduersarius dare actori tempus ad se certiorandum, quàm vt dubius & incertus aut iurare quis cogatur aut referre. Etsi enim iusiurandum remissum habetur pro præstito *leg. remittit 6. suprà hoc titul.* verendum tamen non est, ne ex eiusmodi remissione periurus fiat is cui remittitur, quomodo fieret si ex delatione iuraret: periurum enim facere solum iusiurandum potest, sed præstitum non remissum. Hoc verò in reo faciliùs potest contingere qui quoniam nescit quando futurum sit vt conueniatur, ita paratas habet suas exceptiones, quàm in actore, qui non nisi de iure suo certissimus agere potest & debet *leg. purè* 5. §. *vlt. de doli mali except.* Sed tamen potest etiam in actore idem contingere, nimirum si non super intentione actionis propositæ, sed quod plerumque fit, super exceptione aliqua iusiurandum ei deferatur: nec enim etiam de exceptionibus rei certus esse cogitur.

1 ¶ Defensor municipum, vel cuiusuis corporis, iusiurandum deferre potest, si super hoc mandatum habeat.

Ad §. 1. Defensor.

RAT. DVB. Defensor ciuitatis legitimam administrationem habere intelligitur *leg. 1. leg. munerum 18. in princip. & §. defensores in fr. de muner. & honor.* ideóque magis æquiparandus videtur tutori quàm procuratori. Vnde est quod de lite ciuitatis potest transigere non minùs quàm tutor, dummodò bona fide id faciat, non per gratiam & collusionem *l. Præses 12. C. de transact. iunct. l. Lucius 46. §. vlt. infr. de admin. tutor.* cùm tamen procurator non possit transigere, quin speciale mandatum habeat, licèt sit procurator totorum bonorum & habeat generale mandatum, si non habeat etiam cum libera potestate *leg. mandato generali 60. leg. procurator totorum 63. supr. de procurat.* Ergo quamuis procurator generalis non possit deferre iusiurandum, nisi speciale mandatum habeat, & aliis quibusdam casibus, de quibus in *leg. iusiurandum quod ex conuentione 17. §. vlt & l. seq. supr. hoc tit.* defensor tamen ciuitatis plus iuris habere debet, vt etiam citra mandatum vllum speciale possit deferre iusiurandum: eo saltem casu quo tutor posset, id est, omnibus aliis probationibus deficientibus *leg. prox. infr.* DEC. Ciuitas quidem solet æquiparari pupillo *l. ciuitas 27* vbi diximus *supr. tit. prox.* Sed administrator ciuitatis, etiam ab vniuersitate constitutus non potest videri tutoris loco esse, adeóque nec veri procuratoris, sed potiùs actoris, quomodo vocatur *in leg. 2. leg. item eorum 6. §. vlt. leg. vlt. & pass. supr. quod cuiusque vniuers. nomin.* minus enim est actorem esse, quàm esse procuratorem, cùm is qui procurator ab aliquo constitutus est, alium procuratorem substituere ante litem contestatam non possit, actorem tamen possit, quod & in tutoribus & in curatoribus obtinet *leg. neque tutores 11. C. d. de procur.* Satis ergo esse debet defensori ciuitatis, quod tantundem iuris habeat in deferendo iureiurando quantum habet procurator, vt proinde iusiurãdum deferre non aliter possit, quàm si speciale mandatum habeat *d. l. 17. §. vlt. & l. seq. supr.* vbi, cùm alij duo casus iungantur, si vniuersorum bonorum procurator quis datus sit, & quidem cum libera, vt ibidem interpretati sumus, aut si in rem suam, idem in defensore & actore ciuitatis possumus dicere, vt his quoque duobus casibus deferre iusiurandum possit, sed alio præterea à nullo, ne quidem si aliæ probationes omnes deficiant. Id enim soli tutori conceditur, qui quoniam non tantùm bonis, sed etiam personæ pupilli datur, vt & curator furiosi & prodigi, dicitur esse loco domini *l. qui fundum 7. §. si tutor infr. pro emptor.* Qua ratione nec permittendum puto huic defensori & actori ciuitatis, vt de re vniuersitatis transigat, nisi ad hoc quoque habeat speciale mandatum *d. l. mandato*, cùm nec ipsi tutori, nisi vix, hoc permittatur, si quoquomodo diminuendi patrimonij causa velit transigere *d. l. Lucius 46. §. vlt. infr. de admin. tutor* Et ita accipiẽdum puto, quod de transactione, per administratorẽ ciuitatis facta, scriptum est in *d. l. Præses*, de eo scilicèt administratore, cui specialiter hoc mandatum fuerat, vt transigeret, nec puto distinguendum esse cum Bartolo, an defensor & actor vniuersitatis constitutus sit ab ipsa vniuersitate, an à Syndicis aut aliis qui Rempublicam regunt: quasi illo casu æquiparandus sit tutori, hoc verò posteriore procuratori: omni enim casu procuratoris tantùm partibus fungitur *d. l. 2. d. l. item eorum 6. §. vlt. supr. Quod cuiusque vniuers. nomin.*

2 ¶ Pupillo non defertur iusiurandum.

Ad §. 2. Pupillo.

RAT. DVB. Qui iurasse dicitur, nihil refert cuius ætatis sit, sed omnimodo custodiendum est iusiurandum aduersus eum qui detulit *leg. qui iurasse 26. in princip supr. hoc tit.* Ergo etiam pupillo deferri iusiurandum vtiliter potest. DEC. Ei demum deferri iusiurandum posse dicendum est, qui delatum sibi iusiurandum, vel suscipere cogi possit, vel referre: nam cùm iusiurandum instar quoque iudicij habeat *d. leg. qui iurasse supr. & leg. prox. §. 1. infr.* iudicium autem reddatur etiam in inuitum *leg. inter stipulantem 83. §. 1. de verb. obligat.* quis enim vltrò condemnari velit? consequens est, vt iusiurandum etiam inuito deferatur, quod tamen inutiliter fieret, si non posset cogi ad iurandum aut referendum §. *ait Prætor. & seq. infr.* At pupillus non potest cogi vt iuret, non ob id solùm quod rerum suarum administrandarum ius non habeat, ideóque nec deferre iusiurandũ sine tutoris authoritate possit *leg. iusiurandum quod 17. §. pupillus supr.* sed quia nec iurare liquidò potest cùm non possit peierare *d. §. pupillus.* vbi diximus. Sed tamen si, aduersario deferente, iurauerit pupillus, etiam sine tutore, conseruandum ei erit iusiurandum aduersus eum qui detulit, *d. leg. qui iurasse*, quoniam sibi imputare debet qui detulit pupillo, nec quod in pupilli fauorem constitutum est, vt deferri ei iusiurandum non possit, neque iurare cogatur aut referre, in eius damnum & perniciem retorquendum est, vt nec si iurauerit, id custodiendum sit *leg. pen. C. ad SC. Trebell leg non eo minùs 4 Cod. de procurat. leg. nulla 25. supr. de legib. leg quod fauore 6. Cod. eod.* Aliud est, cùm de in litem iurando quæritur: eo namque casu, nec si velit pupillus, iurare tamen ei vnquam permittitur. Tutori verò eius permittitur quidem, sed ita tamen, vt iurare non cogatur *leg. 4. infr. tit. prox.* vbi de eo dicemus latiùs & rationem diuersitatis adferemus.

3 ¶ Procurator non compellitur iurare, nec defensor. & ita Iulianus scribit libro decimo Digestorum, defensorem iurare non compelli: sufficeréque ad plenam defensionem, si paratus sit iudicium accipere.

Ad §. 3. Procurator.

RAT. DVB. Defendi siue per procuratorem, siue per defensorem is demum intelligitur qui per absentiam suam in nullo deteriorem causam aduersarij sui facit, *leg. 2. §. defendi infr. quib. ex caus. in poss. eat.* Atqui deterior fieret condicio aduersarij, si neque procuratori, neque defensori alterius defer-

BIU Cujas

deferre iusiurandum non posset ad compellendos eos iurare aut iusiurandum referre, quorum alterutrum facere dominus ipse omnimodo cogeretur. §. *ait Prætor hac leg. & l. manifestæ 38. infr. hoc tit.* Ergo etiam procuratori iusiurandum deferri potest, cùm is etiam in iure interrogatus ex omnibus causis respondere debeat, ex quibus dominus deberet *l. non solùm 39. in princip. supr. de procurat.* multò igitur magis defensori, quandoquidem defendere est eandem vicem quam reus subire *l. minor 51. §. quoniam eodem titul.* Quidni ergo iurare debebit quisquis alium defendit, eo casu quo is ipse qui defenditur, iurare cogeretur?

DEC. Non debet procurator egredi fines mandati qui è contrario diligenter ei custodiendi sunt *l. diligenter 5. infr. mandat.* Atquin is qui alium defendit siue mandato aliquo interueniente, qui speciliori nomine procurator dicitur, siue nullo, qui defensor potest commodè absentem defendere, ac litis victoriam ei comparare etiam citra iusiurandum, cùm vix sit, vt ad hoc deferendi iurisiurandi auxilium quisquam confugiat, nisi qui litem in eo statu esse videat, vt iamiam sit succumbendum, nisi delatio iurisiurandi spe futuræ relationis aut recusationis meliora eum sperare iubeat. Cur ergo permittamus vt ei iusiurandum deferatur, & vel iurare cogatur, vel referre? Nam nec si mandatum habeat ad agendum vel ad defendendum, alia tamen ei concessa esse intelliguntur, quàm ea, sine quibus mandatum exequi commodè non posset *leg. ad rem mobilem 56. l. ad legatum 62. supr. de procur.* in quo numero iusiurandum non est. Præter id quod, vt bene addit Accursius, graue est inuitum quem sub alieni compendij emolumento compelli etiam periurium anceps subire, vt idem Vlpianus noster scribit *in l. videamus 5. infr. tit. proxim.* Et licèt defensoris qui vltro se offert liti alienæ defendendæ sine mandato, soleat in plerisque causis durior esse conditio, quàm procuratoris qui mandatum habet; in eo potissimùm, vt de rato cauere cogatur *leg. 1. Cod. de procurat.* & fideiussorem dare (nemo enim alienæ litis defensor idoneus sine satisdatione esse intelligitur *leg. qui proprio 46. §. qui alium supr. eodem ill. tit.*) hac parte tamen nihil inter procuratorem & defensorem distat, quia sufficit defensori ad plenam defensionem si paratus sit iudicium accipere, vt hîc Vlpianus noster ex Iuliano scribit. Nec ideò tamen deterior fit condicio aduersarij cum procuratore vel defensore litigantis, quia si dominus adsit iudicio, quod euenit plerumque *l. Paulus respondit 69. supr. eodem titul. de procur.* iurare ipse poterit, sin absens sit, iubebitur venire, aut ad eum mittetur, vt iuret vel referat, vel recuset *l. generaliter 12. §. his de præsentibus. Cod. hoc tit.* In aliis tamen, quæ non tam ad decisionem, quàm ad instructionem litis pertinent, tam procurator quàm defensor ad interrogationes omnes respondere cogitur, ad quas respondere ipse dominus tenetur etiam adhibito si opus sit iureiurando, vt vult Bartolus ex *dict. l. non solùm*, quia etiam post iuratam responsionem procuratoris vel defensoris possit adhuc probari contrarium saltem petita per dominum restitutione in integrum refusisque frustratoriis expensis, quod non similiter fieri posset si iusiurandum litis decisorium à procuratore vel defensore præstitum proponeretur.

4 ¶ Qui iusiurandum defert, prior de calumnia debet iurare, si hoc exigatur[a], deinde sic ei iurabitur.

Ad §. 4. Qui iusiurandum.

RAT. DVBIT. Non facilè quisquam credendus est per calumniam aliquam facere, præsertim iudice, adeoque Prætore ipso præsente: calumnia enim delictum est, & quidem grauissimum & turpissimum *l. 1. & tot. tit. supr. & Cod. de calumn.* Vnde per legem Remmiam frons calumniatoribus inurebatur, vt quisquis integræ frontis non esset, hoc ipso calumniator probaretur *l. quæsitum 13. infr. de testib.* Est autem vitanda suspicio, & præsumptio delicti tanquam quæ semper odiosa sit *l. meritò 51. infr. pro socio.* cùm quilibet in dubio præsumatur bonus si non probetur malus *leg. absentem 5. infr. de pœn.* Superuacuum igitur est, vt qui iusiurandum defert, prior iurare debeat de calumnia: nec refert an exigatur hoc ab aduersario, an non, quia ne quidem requirente aduersario quisquam onerandus est superuacua cautione *l. hæc stipulatio 14. infr. vt legat. seu fideic. seruand. caus. caueat.* quantò minùs superuacuo iureiurando, quod semper periculum aliquod periurium secum trahit?

DECID. Suspectus est quisquis pro sua intentione probationes aut nullas habens aut minùs plenas iusiurandum aduersario defert, vt hoc veluti emplastro causæ suæ desperatæ medeatur: & cùm is qui iusiurandum aduersario defert, iudicem illum testémque in propria sua causa constituat *l. 1. infr. quarum rer. act. non det.* quis facilè suspicetur inimicum hominem ita facere, vt aduersario suo faueat, aut sibi consulat, ac non potiùs per calumniam, vt exigendo iusiurandum ab aduersario, quem fortasse scrupulosum & superstitiosum esse sciat, aut modestiorem quàm vt facilè sit iuraturus, adigat eum ad iusiurandum vel recusandum omnino, vel saltem referendum, vt hoc vnico remedio litis victoriam extorqueat? Meritò igitur prudentibus & Prætoribus placuit, vt quisquis iusiurandum defert, tanquam hoc ipso suspectus prior iurare debeat, de calumnia, id est, non calumniæ causa se hoc facere, sed ex veritatis conscientia & iuris sui tuendi gratia, si modò id aduersarius exigat. Nec enim officium suum Prætor impertitur nisi postulanti *leg. 4. §. hoc autem iudicium infr. de damno infecto.* & potest quilibet iuri suo & pro se introducto renunciare, nisi iuris publici fauorem admixtum habeat *l. penult. Cod. de pact. l. si iudex circumuento 4. supr. de minor.* Cæterùm is qui iusiurandum defert si postulante aduersario non iuret prior de calumnia similis habendus est remittenti, vt iurisiurandi gratiam facere videatur *l. si non fuerit 37. infr.*

a *Si hoc exigatur.* RAT. DVB. Iusiurandum de calumnia remitti non potest ne quidem expressa conuentione *l. 2. § sed quia veremur. C. de iureiur. propt. calumn. dand.* Ergo neque tacita, ne alioqui maior

BIU Cujas

sit vis taciti quàm expressi, quæ par quidem esse potest, sed maior esse non potest *leg.3.* vbi diximus *supr.tit.proxim.*

DECID. Non impertitur Prætor officium suum nisi petenti *d.l.4. §.hoc autem iudicium infr. de damn. infect.* nec quisquam cogendus est vti iure pro se introducto si nolit, vt modò diximus ex *l.pen. Cod. de pact. l.si iudex 41. supr. de minor.* nec proinde remissio ista tacita videri potest prohibita, cùm non ex facto aliquo oriatur, sed potiùs ex non facto. Et hoc casu locum habet quod in aliis plerisque, vt non expressa non noceant, quæ expressa nocerent *l. nonnumquam 52. in fin. de condic. & demonstr. l. expressa 195. de regul. iur. l. filiusfamilias 8. §. milites*, in illis verbis, *nisi hoc tempore litis contestatæ quocunque casu prætermissum est, supr. de procurat.* Quanquam nec verum est iusiurandum hoc de calumnia expressa conuentione remitti non posse. Nam quod contra scriptum est in *d.l.2. §. sed quia veremur*, non ad iusiurandum illud pertinet, de quo Vlpianus in hoc §. sed ad nouum quod Iustinianus induxit voluítq; ab omnibus litigatoribus eorúmq; Aduocatis, & in omnibus litib. præstari, & per iudices ipsos omnimodo exigi, nec tam ob priuatam litigantium vtilitatem quàm ob publicam, vt ibidem Iustinianus ipse testatur iis verbis, *quia non pro commodo priuatorum, sed pro communi vtilitate præsentem legem posuimus.* Quæ optima ratio est, vt appareat iusiurandum illud remitti non posse, cùm priuata conuentione iuri publico derogari non possit *l.ius publicum 38. supr. de pact.* Quamuis idem Iustinianus hoc ipsum iusiurandum quod sæpius in vna eadémque lite præstari iusserat, tandem constituerit, semel & ab initio litis præstandum esse. *Nouell. de his qui ingred. ad appell. 49. cap. vlt.* vnde sumpta est *Authent. hoc sacramentum, & Auth. in isto iuramento eod. tit.* quod ipsum etiam exoleuit hodie, nec in praxi nostra obtinet, nisi cùm specialiter ex aliqua causa iudex de calumnia iurari iubet, vt fieri plerunque contingit etiam parte non requirente. Nimirum praxis ipsa docuit præstationem huius iurisiurandi nullomodo viam præcludere malitiis & calumniis litigatorum, nec ad aliud ferè prodesse, nisi ad quotidianas calumnias quotidiano etiam periurio cumulandas. Qua ratione videtur motus Plato *Dialogo 12. de legib.* vt iurisiurandi vsum in republ. prohibendum putauerit, turpéque esse si exigatur. At iusiurandum, de quo hîc agitur, non pro communi vtilitate, vt Iustinianeum illud introductum est, sed pro commodo eius, cui defertur iusiurandum, nec iubebatur olim Prætor aut iudex illud exigere, quod Iustinianus de suo præcepit, sed ita demum exigebat, si aduersarius id postularet, vt & illud, de quo *in l. qui bona fide 13. §. si quis stipulatus infr. de damn. infect.* potest enim omitti etiam quod non potest remitti *c.1. de iuram. calumn. in 6.* Quamquam desiit esse necessarium à quo tempore Iustinianus suum induxit, tanquam quod multò sit latius, & in quo vetus hoc, de quo tractamus, comprehendatur, postquam adiecit Iustinianus iuramento calumniæ, vt iurare debeat litigator nullam se in tota lite exacturum probationem, nisi quam pro veritate putet necessariò esse exhibendam, *Ne sæpius*, inquit, *iuretur in causa.* Qui enim postea iusiurandum defert aduersario, cur iterum iurare cogatur, cùm iusiurandum prius generale, & ad totam litem pertinens possit sufficere, ita factum est, vt cùm Iustinianus nouum hoc iusiurandum induxit, & ampliauit, vetus hoc, de quo agimus, antiquauerit & sustulerit, Iustinianeum verò ipsum postea exoleuerit, & desuetudine abrogatum sit, atque ita nullum hodie penitus de calumnia iusiurandum præstetur citra specialem ea de re iudicis interlocutionem. Cæterùm qui exigebat olim iusiurandum hoc de calumnia, non cogebatur ipse prior iurare, quia authore Prætore deferebatur, vt subtiliter Vlp. ratiocinatur in *l. de pupillo 5. §. qui opus nouum infr. de oper. noui nunciat.* Alioqui daretur progressus in infinitum, si is à quo iusiurandum de calumnia præstandum est, vicissim iusiurandum simile exigere ab aduersario posset.

5 ¶ Hoc iusiurandum de calumnia, neque patrono, neque parentibus remittitur.

Ad §.5. Hoc iusiurandum.

RATIO DVBIT. Non magis parentibus aut patronis quàm aliis permittendum est, vt impunè calumnientur, & calumniæ causa iusiurandum deferant liberis emancipatis aut libertis, qui iudicio possunt cum ipsis consistere. In eo namque læditur ius non modò liberorum aut libertorum, quibus defertur iusiurandum, sed etiam reipublicæ, vt Iustinianus scribit in *l.2. §. sed quia veremur. Cod. de iureiur. propt. calumn. dand.* vbi propter hanc causam constituit ne cui iusiurandum hoc remittatur, ne quidem apud compromissarios iudices, nihil enim per calumniam omnino fieri, præsertim verò in litibus publicè expedit, ne lites in longius tempus protrahantur, & grauioribus perplexitatibus implicentur, quod non nisi per calumnias fieri solet, quæ si de medio tolli aliqua parte omnes possent, O felicem Rempublicam, nec infelices prorsus ipsos etiam qui litigarent! Ergo iusiurandum hoc de calumnia, neque patronis, neque parentibus remitti debet. Atque ita *in Pand. Florent.* scriptum est, eáque lectio plerosque decepit qui Florentinæ lectioni tantum tribuunt, vt nusquam emendari eam patiantur. Sed melior est vulgata quę sic habet, *Hoc iusiurandum de calumnia æquè patrono & parentibus remittitur*, nisi quod mallem legere *æquè patrono atque parentibus*, vt faciliùs dignosci possit vnde lectionis Florentinæ mendum fluxerit, nempe ex similitudine dictionis *neque, in Pand. Florent.* repetitæ cum dictionibus *æquè, atque.* Illud enim certè constat, & apud omnes in confesso est, iusiurandum hoc de calumnia non solùm parentibus remitti si liberis emancipatis, cum quibus litem exercent iusiurandum deferant, de quo dubitari minùs poterat, propter paternam verecundiam, vt loquitur *lex si superstite 5. Cod. de dolo.* sed etiam patrono litiganti cum liberto. Sic enim scriptum est in *l. si patronus 16. supr. hoc tit. l. de die 8. §. iubetur supr. qui satisd. cogant. l. licet 7. infr. de obseq. parent. & patron. præst. l. qui bona fide 13. §. si alieno. vers. sed si eius infr. de damn. infect.* Et ratio vtriusque est, quia iusiurandum hoc de calumnia, licèt non nisi authore Prætore deferatur, tamè non aliter author est Prætor vt deferatur, quàm si ab eo cui iusiurandum defertur exigatur, vt proximè

Vlpia-

BIU Cujas

Vlpianus scripsit & in alia specie de qua in *l. de pupillo 5. §. qui opus nouum infr. de oper. noui nunciat.* Atqui non potest exigi hoc iusiurandū de calumnia, quin is qui exigit, obiiciat suspicionem quandam calumniæ, quam porrò parentibus & patronis obiici nimis durum certè ac inuerecundum est propter reuerentiam quæ parentibus & patronis debetur, parentibus quidem, à quibus liberi emancipati non modò vitam, vt qui in potestate manserunt, sed etiā speciem quandam plenioris libertatis & liberioris administrationis beneficio emancipationis habuerunt, patronis verò propter insigne beneficium illud manumissionis & datæ libertatis, quo maius sperare nullum liberti nedum consequi potuerunt. Ideóque si non de calumnia, sed propter rem ipsam de qua lis est, iurandum sit, neque parenti neq; patrono iusiurandum remittitur *l. quoties 14. supr.* Neq; verò ius hoc existimandum est à Iustiniano correctum esse in *d. §. sed quia veremur*, cùm ibi neq; de parentibus neq; de patronis quicquā scriptū sit, neq; de iure vetere corrigendo, quod proinde in eo in quo expressim correctum non est, saluum & integrum manet *vulg. l. præcipimus 32. in fin. Cod. de appellat.* quod enim non est immutatum, cur stare prohibeatur? *l. sancimus 27. C. de testam.* Et verò, vt benè Accursius vidit, longè aliud est remitti hoc iusiurandū ab homine quod Iustinianus sua illa cōstitutione prohibuit, aliud verò remitti à lege aut à prætore mortuo, vt loquuntur, id est, ex perpetuo prætoris edicto: quod Iustinianus prohibere nec voluit nec velle debuit. Et hoc esse videtur quod vulgo nostri iactitant, leges & constitutiones quantumuis exorbitantes, & correctorias recipere interpretationem passiuam à iure communi, & à prioribus legibus quibus non fuerit specialiter derogatum. Lex ergo Codicis per hanc legem determinatur, vt ait Bartolus. Sed quod subiicit, idem è cōtrario dicendum esse, vt liberis & libertis vicissim hoc iusiurandum calumniæ remitti oporteat ad æqualitatem, inquit, inter eos seruandam *ex l. vlt. C. de fructib. & lit. expens. & cap. 34. de consuet. rect. feud. §. in quibus libr. 2. feudor.* vereor ne non sit probabile: longè liquidem dispar harum personarum ratio est, cùm non perinde parentes patronique reuerentiam aliquam liberis libertísque debeant, atque liberi libertíque parentibus & patronis: alioqui Titulum illum *Pandect. de obsequiis & parentibus & patronis præstandis*, sic concipi oportuerat vt adderetur *& contrà* in qua inter huiusmodi personas seruari æqualitas deberet, quod tamen ridiculum fuisset. Diuersa causa est priuilegiorum de quibus in *d. l. vlt. C. de fructib. & lit. expens.* quibus non est æquū vti aliquem ex litigatoribus, quin aduersarius eodē contra eū priuilegio vti possit. Diuersa item causa vassalli & domini inter quos cùm mutuæ obligationes contrahantur, mirū non est, vt priuilegiū quod Rex Federicus primus in Romandiola dominis indulsit, ne sacramētū calumniæ vassallis præstare teneātur, etiā ad vasallos extendatur, vt quod quisq; iuris in aliū statuit, ipse eodē vtatur, quemadmodum scriptū est in *d. §. in quibus.* At nulla filio in patrem aut liberto in patronū obligatio ex emancipationis & manumissionis beneficio quæritur. Ideo autē locuti sumus de liberis emancipatis, quia liberi in patris potestate manentes non tā reuerentiæ ratione iusiurandum calūniæ à parentibus exigere prohibentur quàm cum iis litigare potestatis iure impediuntur *l. adoptiuum 8. sup. de in ius vocād. l. lis nulla 4. sup. de iudic. l. necum filiofam. 16. inf. de furt.*

6 ¶ Si de qualitate iuramenti fuerit inter partes dubitatum: conceptio eius, arbitri iudicantis est.

Ad §. 6. Si de qualitate.

RATIO. Non videtur fieri posse, vt de qualitate iuramenti inter partes dubitetur siue iusiurandum sit conuentionale, quia tunc pendet ex mutua conuentione partium *l. iusiurandum quod 17. sup.* siue sit iudiciale, quia pendet totum illud ex voluntate deferentis, qui non aliter fuerat delaturus *arg. l. vlt. Cod. de pact. int. empt. & vendit. l. purè 5. §. pen. infr. de dol. mal. except.* nec valde curanda videtur eius voluntas cui defertur, cùm omnimodò cogendus sit iurare iuxta formam delatam, alioqui nullius momenti erit iusiurandū *l. 3. §. vlt. & legib. seq. supr. hoc tit.* Nullo igitur casu conceptio formulæ in arbitrio iudicantis posita esse videtur. DEC. Cùm inter litigatores conuenit de forma iurisiurandi, ea vtique omnimodo sequenda est non ab eo tantùm qui iurare debet *d. l. 3. §. vlt.* sed ab ipso etiam iudice *l. si conuenerit 26. infr. de re iudic.* Sed potest tamen interdum fieri, vt de formula concipiendi iurisiurandi inter litigatores non conueniat, iustāmque dissentiendi causam reus habeat aut actor cui defertur, nō quasi recuset iusiurandum, sed quia iurare velit alia formula. Finge conceptionem à deferente propositam aliquid continere quod vel ineptum sit vel superstitiosum: vt solent plerique deferentes iusiurandum super sacrosanctis Diui Antonij reliquiis superstitiones multas admiscere, quas Senatus noster vt tollat cùm iusiurandum tale defertur, solet addere clausulam, *omni superstitione cessante.* superstitiosas enim istas, & ineptas formulas admittere iudex numquam debet, nec si partes consentiant publici scandali euitandi gratia, cui locus fieret si res tam sancta & religiosa huiusmodi superstitionum mixtura polluereturt. Sed neque pati bonus iudex debet, vt ob rem modicam & à vili fortassis persona iusiurandum super sacrosanctis D. Antonij reliquiis deferri Senatori aut Præsidi aliíve in dignitate præcipua constituto, cùm satis abundéque sufficere possit in domo recuperatoris, &, vt loquuntur, Commissarij qui à Senatu in eam rem dari solet, aut etiam iudicis præstari iusiurandum super sacrosanctis Dei Euangeliis, aut veneranda sanctissimi Crucifixi imagine, aut etiam si malit Iudex super sacrosancto Missæ Canone. Idque est quod vetere statuto Sabaudiæ cautum legimus vt iurisiurandi delati moderatio in arbitrio & religione posita sit iudicantis, quod ex hoc §. sumptum videtur, & optimam habet rationem: cùm nō facilè pati bonus iudex debeat, vt tale iusiurandum deferatur per quod ob superstitiosiorem diuini numinis metum deterreri à iurando possit is cui delatum est, aut cogi per modestiam vt aduersario iusiurandum referat, quod alioqui si modestior & æquior fuisset formula, præstare ipse maluisset. Etsi enim pro deferente illa maximè ratio facere videtur, quòd parum interfit eius, cui defertur qualiter concepta sit formula, cùm sub eadem formula referre iusiurandum possit, quandoquidem non po-

BIU Cujas

test iurisiurandi condicio ei displicere, qui detulit vt subiicit Vlpianus in hac ipsa lege §. *prox.* Valde tamen eius interest, vt iurare possit potiùs quàm referre, cùm nemo sit tutus per relationem, vt diximus ad initium huius legis, neque hoc casu remedio locus esse potest, quod aliis nonnullis casibus proponi solet, vt partes consentire in formula iurisiurandi debeant, aut sua sponte aut imminente iudice, vt in specie *leg. huiusmodi* 84. §. *vlt. de legat.* 1. ita namque fieret, vt si consentire numquam vellent, se inuicem impedirent, vt in *d. §. vlt. & in l.* 2. §. *vltim. supr. quib. mod. vsufr. amitt.* atque ita non posset lis expediri per iusiurandum, quod tamen omnium maximum & promptissimum remedium est expediendarum litium, vt diximus *in leg.* 1. *supr.* & cuius beneficio maximè lites expediri non tantùm vtriusq; litigatorum interest, sed ipsius etiam reipublicæ, adeóque iudicis apud quem lis tractatur *l. quidam existimaueruut* 21. *sup. tit. prox.* Merito igitur placuit conceptionem formulæ in arbitrio esse iudicantis siue de loco vbi iurandum est, siue de iurandi forma quæratur *leg. generaliter* 12. §. *pen. C. hoc tit.* nempe cùm apud iudicem datum non apud Prætorem iuratur, quod contingit quoties in iure & in ipsa contestatione non fit delatio, sed allegatur tamen aliquid super quo iusiurandum posteà deferendum sit: nam si delatio fiat in iure & apud Prætorem, erit conceptio in arbitrio ipsius Prætoris ius dicentis non iudicis pedanei iudicantis. Sed hodie nullus huic distinctioni locus est, postquàm iidem sunt dicentes qui iudices & contrà ex *l.* 2. *C. de pedan. iudic.* Nec audiendus est is qui detulit si post conceptam arbitrio iudicis formulam reuocare delationem velit, quasi non aliàs nec sub alia verborum conceptione fuerit delaturus: non enim ex postfacto improbare potest quod iudex iure suo fecerit, & statuto etiam nostro apud nos permittente. Sed si ab initio iusiurandum deferens protestetur non aliter se iusiurandum deferre velle, sed reuocatum malle si fortè aliqua ex causa vel aduersario vel ipsi etiam iudici conceptio non placebit, puto ei permittendum, & improbante conceptionem iudice (de aduersario namq; improbante parùm curandum est) perinde habendam delationem acsi facta numquã fuisset, ne ex ipsius delatione contra eius voluntatem iuretur, neque in eo negligitur authoritas iudicis, sed in re quæ ex deferentis voluntate pendet, voluntas deferentis seruatur *arg. l.* 1. §. *inde quæritur infr. de oper. noui nunciat.* satisque punitur is qui detulit, quod suæ delationis commodo priuatur, aliásq; subinde probationes perquirere cogitur, quas aut nullas fortasse aut non nisi mancas, minúsque plenas inuenturus sit, atque ita litem amissurus quam ex relatione vel recusatione iurisiurandi, si tenuisset delatio, vincere potuisset. Hinc verò Bartolus benè colligit, Si inter partes contentio sit de formatione puncti mittendi consultori, posse Iudicem dirimere contentionem, & ad sensum suum illud formare: quod & aliis plerisque casibus euenit, de quibus in §. *non semper infr. hac lege, l. in venditione* 8. §. *vlt. de reb. author. iudic. poßid. l.* 1. §. *item Prætor de inspic. ventr.* Idque obseruari sæpiùs vidi in Rota Romana per tempus illud quo viuere Romæ mihi contigit, cùm de formandis punctis tractaretur, non quæ mittenda essent consultori, sed quæ danda essent Recuperatori & relatori litis, vt super iis sigillatim & ex ordine partes informarent, quomodo loquuntur, & Rota pronunciaret.

7 ¶ Ait prætor: *Eum, à quo iusiurandum petetur, soluere, aut iurare cogam* [a]. alterum itaque eligat reus [b], aut soluat, aut iuret. si non iurat, soluere cogendus erit à prætore.

Ad §. 7. Ait Prætor.

RAT. DVB. Iusiurandum instar iudicij obtinet *l. qui iurasse* 26. §. *vlt. supr. & l. prox.* §. 1. *infr.* Atqui iudicium redditur in inuitum *l. inter stipulantem* 83. §. 1. *de verb. oblig.* Ergo & iusiurandum inuitus suscipere, & iurare cogendus est is cui delatum est, ita vt non sit audiendus siue referre iusiurandum velit, siue recusare. Non enim debet Prætor aut iudex electionem litigatori dare quam aduersarius non dedit. DEC. Qui iusiurandum detulit, non habet quod conqueratur, etiamsi is cui delatum est, nolit iurare si modò soluat, aut iusiurandum referat. Et quidem si soluat, ratio aperta est, quoniam cùm actiones omnes institutæ sint, omniáque iudicia ad effectum exactionis, id est, ad extorquendam solutionem, quid aliud potest actor petere nisi vt ei soluatur? §. *vlt. infr.* Id enim est quod dici solet, Iudicia omnia esse absolutoria §. *vlt. Instit. de perpet. & tempor. action.* scilicet si actori pendente iudicio satisfiat, Plus autem quàm satisfacit is, qui soluit, cùm satisfactio minùs sit quàm solutio, nec nisi pro solutione cedat *l. satisfactio* 52. *infr. de solut. l. item liberatur* 6. §. 1. *infr. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit l. si rem* 9. §. *omnis pecunia infr. de pign. act.* Si verò nolit reus nec iurare nec soluere (nam & referendi iurisiurandi electionem habet, vt sequitur in §. *prox.*) non magis habet quod conqueratur actor, cùm per relationem iudex & testis constituatur in causa propria, atque ita certam sibi litis victoriam parare possit si non per calumniam sed iure agat, *l.* 1. *infr. Quar. rer. act. non det.* Neque verò nouum est, vt etiam post sententiam & condemnationem electio detur reo vt aliquid facere possit, propter quod impediat & euitet effectum condemnationis, vt cernere est in eo qui actione noxali conuentus & ad decidendum damnum condemnatus fuit: hic enim facultatem habet noxæ dedendæ, & quidem ex *lege* 12. *tabul.* licèt noxæ deditio numquam sit in condemnatione *l. miles* 6. §. *decem infr. de re iudic.* Quidni ergo etiam Prætor facultatem dare edicto suo potuit ei, qui ex delatione iurare debeat, vt possit tamen si malit vel soluere, vel referre? Non addo cum Accursio *vel recusare*, quoniam iusiurandum ritè delatum ei qui neque soluere velit neque referre, si ab eo recusetur, quia nec iurare paratus sit, hoc ipso habetur pro probatione acsi à deferente ipso præstitum esset, ita vt recusatio pro condemnatione sit, nisi is qui recusat appellauerit à delatione *leg. generaliter* 12. §. *sin autem Cod. hoc tit.* nihílque prorsus interest actoris qua via suum consequatur, an reo iurante an reo recusante: id enim contingit quoties quis nec iurare vult nec referre *l. manifestæ* 38. *infr.* Cui mirificè conuenit quod scriptum est in *l. delatã* 9. *C. hoc tit.* Delata condicione iurisiurandi, reum, si non per actorem quominùs de calumnia iuret steterit,

BIU Cujas

terit, per iudicem soluere vel iurare, nisi iusiurandū referat, necesse habere. Neque verò manifestæ turpitudinis & cōfessionis esse dicitur nolle iurare absolutè, nisi addas quod additur in *d. l. manifestæ, nec iusiurandum referre*, ac proinde vt is qui recusat iusiurandum, haberi possit pro condemnato, necesse est, vt referendi eius habeat potestatem, si modò talis casus sit qui admittat relationem: nec enim omnes admittunt, vt dicemus ad §. *seq.*

a *Soluere aut iurare cogam.* RAT. DVB. Ad factum nemo præcisè cogitur, ne quidem à prætore, quia non posset id fieri sine vi & impressione quam semper exosam habet legislator *leg. si quis ab alio 13. in fin. infr. de re iudic. l. quoties quis alium 81. l. in executione 85. de verb. obligat.* Atqui tam iurare quàm soluere meri facti est *l. consilio 7. §. vlt. inf. de curat. fur. l. 1. C. de probat.* Ergo nec iurare nec soluere cogi quisquam potest à prætore. DEC. Coactio duplex est, præcisa vna, & hæc est per quam nemo ad factum cogitur, causatiua altera & cōdicionalis, si non malit quis pati bonorum suorum possessionem ac venditionem, aut etiam moribus nostris detrudi in carceres, aut etiam mulctis coerceri. Hæc enim sunt quæ Vlpian. vocat remedia prætoris in *l. 1. §. quid ergo si non respondeat inf. de inspic. ventr.* Quomodo & olim Senatores cogebantur in Senatum venire, captis pignoribus, vt Liuius refert. Ideóq; sententiæ omnes, si prudentibus nostris credimus, concipiendæ sunt in pecunia per litis æstimationē, vt mandari possint executioni per capionem & distractionem pignorum quam reus condemnatus pati tantùm, non etiam aliquid facere cogatur: quemadmodum pluribus docuimus in vltima parte *Chiliadis nostræ de errorib. pragmat.*

b *Alterum itaq; eligat reus.* RAT. DVB. Absurdū est dari electionem condēnato: nūquam enim partem illam eliget, vt soluat, ideóq; iudicium in eum inuitum cōparari & exerceri necesse est *d. l. inter stipulantem 83. §. 1. de verb. oblig.* Nec debet esse in potestate condēnati & electione, an soluat, non magis quàm vtrū debeat *l. 2. §. 1. infr. de eo quod cert. loc. l. sub hac cōditione 8. inf. de oblig. & act.* DEC. In alternatiuis electio est debitoris, vt habet regula iuris Pōtificij & ciuilis *l. plerūque 10. §. vlt. inf. de iur. dot.* & æquè satisfit actori, qui iusiurandum reo detulit siue reus iurare eligat, siue soluere: nec in arbitrio rei ponitur, an debeat, vel an soluat, cùm aut iurare aut soluere teneatur.

8 Datur autem & alia facultas reo, vt, si malit, referat iusiurandum. & si is, qui petet, condicione iurisiurandi non vtetur: iudicium ei prætor non dabit. æquissimè enim hoc facit, cùm non deberet displicere condicio iurisiurandi ei, qui detulit. sed nec iusiurandum de calumnia [a] referenti defertur: quia non est ferendus actor, si condicioni, quam ipse detulit, de calumnia velit sibi iurari.

Ad §. 8. Datur autem.

RAT. DVB. Aliud est iurare, aliud verò iusiurandum referre, & ex edicti verbis, quæ Vlpianus in §. præcedenti retulit, videtur ita ordinatum edictum prætoris, vt iurare cogendus sit reus aut soluere, nō etiam vt data ei sit facultas aliqua referēdi, sic enim prætor *eum à quo iusiurandum petetur, soluere aut iurare cogam.* Et verò idem Vlpianus noster ita disertè scribit in *l. Marcellus 11. §. vlt. inf. rer. amot.* si quis delatum sibi iusiurandum referre velit, non videri prætorem permisisse, nō magis, inquit Paulus in *l. seq.* quàm si quis ei qui furti agat, iusiurandum deferat, an ipse fur sit. Ac quemadmodum solemus dicere reum criminis non relatione criminum, sed innocentia sua purgare se debere *leg. si quis reus 5. infr. de public. iudic.* ita & is, cui iusiurandum delatum est, cùm ex edicto iurare aut soluere iubeatur, non debet hanc quoque electionem habere, vt iusiurandum referre possit, atque ita euitare ne vel soluere vel iurare cogatur.

DEC. Laudandus potius quàm vituperandus est is, qui iurare iussus, mauult tamen iusiurandum referre, quàm iurare, cùm faciat longè modestius qui refert, quàm qui iurat *l. illud 25. §. 1. inf. de pecun. constit.* ne periurij aut periculū incurrat, aut suspicionem, quam incurrere solent, qui tam faciles sunt ad iurādum, quasi contemptu diuini numinis ita faciant, tum quoque, cùm ex animi sui sententia & ex conscientia pro veritate iurāt *l. quæ sub condicione 8. de condict. instit.* Non autem modestius tantùm facit qui iusiurandum refert, sed etiam vtilius pro aduersario, quem cōstituit ipse testem & iudicem in causa propria *l. 1. infr. quar. rer. act. non det.* atque ita præripit sibi litis victoriam, quam iurando parare potuisset, eámque transfert in aduersarium. Quidni ergo morem ei gerat prætor & admittat relationem, vt & ei qui referre mauult, satisfaciat, & ei cui refertur tanto magis consulat? Vix enim quisquam iusiurādum aduersario deferat, qui non multò libentius iuraturus ipse esset, quàm delaturus, si relationem expectare non cogeretur: nec rursus debet iurisiurandi condicio displicere ei qui detulit, vt sequitur in hoc §. Excipiēdæ tamen sunt actiones ex delicto competentes, non solùm si turpes sint, quomodo putat Accursius, vt in actione furti euenit, de qua Paulus in *d. l. 12. rer. āmot.* quæ non solùm turpis est, verùm etiam famosa, sed etsi nec famosę nec turpes sint, qualis est actio rerum āmotarū de qua in *d. l. 11. §. vlt. & l. 13. eod.* Hanc enim nec pœnalem nec famosam, nec turpem esse constat, & probauimus fusissimè *decad. 82. de error. pragmat.* sed tamen nascitur ex delicto sicut & condictio furtiua *l. si mulier 21. §. hac actio inf. rer. āmot.* quæ similiter nec pœnalis est nec famosa, sed turpis tamen, quia furti mentionem cōtinet, vt & actio de seruo corrupto, propter mētionem corruptionis *l. nec quicquā 56. infr. pro socio*, non etiam actio rerum amotarū, quia in honorem matrimonij, etiam præteriti, turpis actio fuit denegāda *l. 1. & 2. rer. amot.* quamuis, cùm res amouētur, furtum reuera fiat, *l. vlt. eod.* Ideóque dicitur iudicium Rerum amotarum singulare, *d. l. 1.* & propter quod necesse fuit, quantum ad iurisiurandi relationē pertinet, ita ordinari edictum, vt referri iusiurandum in ea actione non posset *d. l. ideo 13. eod. titul.* nempe quòd licèt esset ex delicto, nō alio tamē iure censeri debere videretur, quàm quo censentur cæteræ etiā aliunde quàm ex delicto descendentes, cùm non magis quàm illæ, aut pœnalis, aut famosa, aut turpis dici potest. Sed aliud prætori nec immeritò visum est, quia cùm sit ex delicto, non minus quàm actio furti relatio iurisiurandi in ea permitti non

BIU Cujas

Posset, quin relationem & exprobrationem delicti contineret, perinde acsi ei qui furti ageret, iusiurandum referretur, an ipse fur esset: amotio enim delictum est non minus quàm furtum, licèt nomen ipsum non sit turpe, vt diximus. Ex hoc igitur tantò magis apparet in cęteris actionibus quæ non sunt ex delicto, ita ius semper fuisse & esse debere, vt is cui iusiurandum defertur si aliud nihil impediat, referre illud possit. Ergo nec in condictione furtiua quæ nascitur ex delicto, sicut & actio rerum amotarum *d. §. hac actio & l si ambo* 10. *§. quoties infr. de compensat.* referri iusiurandum poterit, quandoquidem eadem ratio delicti impedit relationem, quamuis non impediat delationem: potest enim delatio ei prodesse qui de crimine accusatur, si iuret se non deliquisse, puta furtum aut iniuriam non fecisse, vt in *l. si duo* 13. *§. idem Iulianus supr. l.* 5. *§. hac lege infr. de iniur.* Relatio autem non tam reum exoneraret, quàm accusatorem oneraret, quod esset iniquum, *dict. l.* 5. *de publ. iudic.* Itaque si actor petitórve qui iusiurandum detulit condicione iurisiurandi, relati non vteretur, id est, relatum sibi à reo iusiurandum nollet suscipere iudicium ei prætor non dabit, sed actionem ei & iurisdictionem denegabit, vt & in *l. sed etsi per prætorem* 26. *§. & adiicitur. vers. sed etsi dum supr. ex quib. caus. maior.* idque æquissimè, vt Vlpianus subiicit, cùm non debeat condicio iurisiurandi displicere ei qui ipse detulit: pati enim quisque debet legem quam ipse tulerit, nec recusare quominùs eo iure vtatur quod ipse in alium statuerit *l. pen. §. sin autem C hoc tit. l.* 1. *& pass. supr. quod quisq. iur.*

a *Sed nec iusiurandum de calumnia.* RAT. DVB. Qui iusiurandum defert, prior iurare de calumnia debet si hoc exigatur, vt deinde sic ei iuretur *§. qui iusiurandum supr.* At qui defert iusiurandum etiam is qui refert. Nam omnis relatio delatio est, vt toties diximus in præcedentibus. Ergo & iusiurandum de calumnia ei potest deferri qui principale refert. DEC. Non est ferendus actor si condicionis nomine quam ipse detulit de calumnia velit sibi iurari. Nam potest quidem fieri, vt qui prior defert, per calumniam id faciat, vt scripsimus ad *d. §. qui iusiurandum.* at in eũ qui delatum sibi iusiurandum deferenti refert, vix est vt talis suspicio cadere probabiliter possit, cùm faciat modestiùs quàm si iuraret *l. illud* 25. *§.* 1. *infr. de pecun. constit.* adeóque quodammodo ex necessitate, vt se à iurandi vel soluendi necessitate exoneret: non enim fuerat relaturus, si delatum ei priùs non fuisset. Referendi ergo necessitatem ei dedit qui prior detulit, nec quisquam id per calumniam facere credendus est, quod ex necessitate facit. Planè quod in hoc §. scriptum est de facultate danda ei cui iusiurandum delatum est, vt referre illud possit, ad iusiurandum iudiciale restringendum est, non etiam extẽdendum ad conuentionale, quippe quod cùm ex conuentione omnimodò præstandum sit ab eo, qui vt ipse iuraret conuenit, referri nunquam potest *l. iusiurandum quod ex conuentione* 17. *in princip. supr.*

9 ¶ Non semper autem consonans est, per omnia referri iusiurandum, quale defertur: forsitan ex diuersitate rerum, vel personarum, quibusdam emergentibus, quæ varietatem inducunt. ideóque, si quid tale inciderit, officio iudicis conceptio huiuscemodi iurisiurandi terminetur.

Ad §. 9. Non semper.

RAT. DVB. Iusiurandum quod à reo refertur actori illud ipsum est, quod fuerat priùs delatum, non aliud: alioqui nunc primùm deferri diceretur non referri si aliud esset. Eadem igitur in omnibus, & per omnia debet esse condicio delati iurisiurandi quæ relati, eadémque verborum conceptio, vt sit bona ratio quam Vlpianus attulit in §. præcedente, iis verbis, *cùm non debeat displicere condicio iurisiurandi ei qui detulit*, & rursum illis sequentibus, *quia non est ferendus actor, si condicionis, quam ipse detulit, de calumnia velit sibi iurari.* DEC. Possunt multa ex varietate rerum vel personarum emergere, quæ varietatem relati iurisiurandi inducere debeant, vt in exemplis quæ adfert Accursius de eo, qui agens ex donatione non insinuata reo iusiurandum detulit, vt iuret se non donasse, si donator ei iusiurandum referat, vt iuret sibi donatum esse non vltra quingentos solidos: nec enim aliter valet donatio non insinuata, quàm si summam quingentorum solidorum non excedat *leg. penult. §. vltim. de donat.* Item si in actione de dolo detuleris mihi iusiurandum, vt iurem me non fecisse dolum, ego verò referam tibi, vt iures me dolum fecisse in summa quæ duos aureos excedat: nec enim pro minore summa de dolo etiam aperto & verè admisso agere permittitur, *l. si quis adfirmauit* 9. *§. vltim & l. seq. supr. de dolo.* Cæterùm caue ne putes extra hunc casum, aut si quis alius valdè similis est, iusiurandum in actione de dolo referri posse, si quæratur an dolus aliquis admissus sit, & eum probare per rei iusiurandum actor velit: quod nec Accursius existimauit, cùm ea actio non solùm turpis sit, sed etiam famosa, & quæ ex delicto proficiscitur, secundùm ea quæ diximus ad §. *datur autem supr. ex leg. Marcellus* 11. §. *vltim. & legib. seqq. infr. rer. amot.* Item si libertus agat iniuriarum contra patronum, & deferat ei vt iuret se iniuriam non fecisse, patronus autem liberto referat iusiurandum, vt iuret patronum fecisse grauissimam & atrocem iniuriam, nempe quia non pro qualibet iniuria, sed pro grauissima tantùm & atroci permittendum est liberto, vt contra patronum agat iudicio iniuriarum, quod famosum est *l. sed si hac lege* 10. *§. penult. supr. de in ius vocand. l. prætor edixit* 7. *§. prætereà infr. de iniur.* Aut si vt addit Bartolus, Christianus agens contra Iudæum deferat ei iusiurandum, vt iuret per Deum aut super legem Moysis, Iudæus autem velit Christiano referre super sacrosanctis Dei Euangeliis, aut veneranda Crucifixi imagine, vt scripsimus ad *l.* 3. *§. vlt. supr.* Quamquam cùm Iudæo detulit Christianus, vt iuret per Deum, aut per sacras Scripturas veteris Testamenti, non video cur licere debeat Iudæo, referenti iusiurandum, conceptionem formalæ variare, cùm ea iurisiurandi formula non minùs Christiano quàm Iudæo conueniat. Itaque fuisset accommodatius exemplum in Iudæo deferente iusiurandum Christiano super Christi Euangeliis. Nam si iusiurandum referre Christianus vellet, non super Christi Euangeliis referri deberet, quæ Iudæus per impiam suam superstitionem contemneret, sed vt per Deum viuum iuraret, aut super sacrosanctis veteris Testamenti Scripturis, quas solas illi in veneratione habent. Mirum autem videri non debet iurisiurandi

varie-

BIU Cujas

varietatem induci ex diuersitate rerum & personarum, quia prudentis Prætoris & iudicis est, in omnibus rationem potissimam habere circumstantiarum negotij de quo agitur, quæ potissimùm pendent ex varietate locorum, rerum & personarum, ex quibus scilicet non tantùm æquitatis, quod est faciliùs, sed etiam ipsius iuris ratio plerumque immutatur *l. bona fides 31. infr. depos. l. in fundo 38. supr. de rei vindic. l. 2. & 3. infr. de eo quod cert loc.* Ideóque iuris nostri non modò scientiam, sed etiam prudentiam solemus dicere. Prudentia enim tota ferè in personarum, rerum, locorum & causarum circumspectione versatur. Addit autem Vlpianus, cùm tale aliquid contingit, vt ex aliqua causa iusiurandum aliter referri oporteat, quàm quomodo delatum est, si litigatores conuenire in formula non possint, conceptionem formulæ officio iudicis terminandam esse. Quid enim melius dici aliud posset? aut ad quem potiùs quàm ad iudicem huius controuersiæ decisio pertinere potest, nisi potiùs ad prætorem, quoties apud eum & in iure delatio & relatio fit, quomodo plerunque olim fiebat & antequàm iudicium acciperetur, vt apparet non solùm ex verbis illis edicti quibus prætor profitetur coarcturum se eum à quo iusiurandum petetur, aut iurare aut soluere? §. *ait prætor supr.* sed etiam ex eo quod in §. *datur autem* subiungit Vlpianus, prætorem non daturum iudicium actori qui reo iusiurandum detulerat, si ex relatione iurare nolit. Indéque suspicatus sum aliquando, quod etiamnum suspicor, Triboniani esse totum hunc §. cui nimirum familiare est prætoris aut alterius cuiuslibet ius dicentis & iudicis nomina confundere, & in prudentum quoque responsis, Imperatorem agere, quod hîc ab eo factum esse ostendit verbum *terminetur*, quod imperantis est, non Vlpiani de iure ad edictum scribentis: præter id quod vix alio iuris loco reperias, idem scriptum esse, quod in hoc §. vt relatio iurisiurandi non semper conformis esse debeat delationi. Nam cùm idem sit iusiurandum quod defertur, & quod refertur, vt diximus in ratione dubitandi, tale certè referendum est, quale delatum fuit, sicuti nec alio modo præstandum est *leg. 3. §. vlt. & ll. seqq. supr.* Nam & præstatur quodammodo cùm refertur, quandoquidem non recusatur, eáque ratio fecit fortasse vt prætor in concipiendis verbis edicti nullam referendi iurisiurandi mentionem fecerit, sed iurandi tantùm vel soluendi, quasi satisfaciat verbis edicti is qui iurare non vult, si modò referat, satisfacit sanè menti & proposito prætoris. Et in exemplis, quæ suprà ex Accursio & Bartolo attulimus, non tam agitur de immutanda conceptione formulæ, quàm de iureiurando ipso, quod delatum est habilitando, vt ita dixerim, hoc est, ad eos terminos reducendo qui sint habiles siue ex personarum siue ex rerum circumstantiis habilitas illa pendeat: nam neque de dolo agi potest pro summa minore duobus aureis, neque ex donatione non insinuata si quingentos excedat aureos, neque actione iniuriarum à liberto contra patronum proposita, nisi cùm atrox iniuria est. Impugnandum igitur est his casibus iusiurandum quasi mancum, nec ad litis decisionem sufficiens, non autem referendum. Scio aliquando ex facto apud nos contigisse, vt iusiurandum à nobilissima matrona delatum plebeiæ mulierculæ super sacrosanctis Diui Antonij reliquiis, ab eadem muliercula relatum quale delatum fuerat, moderatione per Senatum facta sic temperatum fuisse, vt quæ super Diui Antonij reliquiis iusiurandum detulerat, non tamen nisi super sacrosanctis Euangeliis & in Recuperatoris ædibus iurare teneretur. Quod etsi propter hunc §. non aliter à Senatu nostro iudicari potuit, mihi tamen certè duriusculum videbatur. Nam nec statutum nostrum, quod moderandi iurisiurandi potestatem facit, non tantùm Senatui, sed inferioribus quoque iudicibus omnibus, ad delatum duntaxat iusiurandum pertinet non etiam ad relatum: cùm generalis & perpetua sit Vlpiani ratio illa posita in §. *præced.* quod non debeat condicio iurisiurandi ei displicere qui detulit. Iurisiurandi quod nunc primùm defertur alia certè ratio est §. *si de qualitate supr.*

10 ¶ Cùm res in iusiurandum demissa est: iudex iurantem absoluet, & referentem audiet: &, si actor iuret, condemnet reum: nolentem autem iurare reum, si soluat, absoluet: non soluentem condemnet: vel ex relatione, non iurante actor, absoluet reum.

Ad §. vlt. Cùm res.

Hic quoque §. mihi non leuiter suspectus est, non ob id solùm quòd in eo esse video verbum illud imperatiuum, quo prudentes vti nec possunt nec solent, sed etiam quia iudici dat eam potestatem quæ solius videtur fuisse prætoris, quoties apud prætorem in iure, id est, in ipsa litis contestatione deferebatur, quod olim ordinarij moris fuisse diximus & ostendimus in §. *præced.* Neque verò, quod hîc scriptum est, satis conuenit præcedentibus: scripserat enim Vlpianus in §. *datur autem* si actori, qui iusiurādum detulerat, reus illud retulerit, nec actor condicione iurisiurandi vti velit, prætorem ei iudicium non daturum. Hîc verò scriptum est, ex relatione non iurante actore absolui reum. Quomodo enim absolui potest is in quem nec iudicium adhuc redditum sit, nec vnquam daturus sit prætor? nam neque absolui neque condemnari quisquam potest nisi in iudicio. Iudicium ergo & iudicem datum esse necesse est, priusquàm absolutio aut condemnatio vlla sequi possit. Scio in extraordinariis cognitionibus, quæ ad solius prætoris iurisdictionem pertinent, posse interdum contingere vt absolutionem ab ipso prætore fieri necesse sit, quæ ab alio fieri non potest, vt in eleganti specie illa Africani *l. pen. infr. de confess.* Sed in ordinariis cognitionibus, quæ Vlpiani temporibus per iudices datos expediebantur, nego id fieri vnquam potuisse: sed plus præstabat prætor reo, cùm iudicium in eum dare recusabat, cùm ita fieret, vt nec absolutione vlla reus indigeret, qui nulla actione conueniebatur. Taceo quod nec satis elegans videtur, nec ab Vlpiano aut alio ex prudentibus alibi vnquam vsurpata locutio illa, *Cùm res in iusiurandum dimissa est*, pro eo quod Accursius interpretatur & benè, *Cùm placet partibus rem decidi iuramento vnius partis*,

BIU Cujas

& pro eo, quod Vlp. noſter ſcripſit *cùm res in iuſiurandum admiſſa eſt in l. 5. §. vltim. ſupr.* Denique cùm nulla hodie differentia ſit inter ius dicentem & iudicem, poteſt hodie ſententia huius §. locum habere, quæ olim non potuit, niſi eo vno caſu, quem excepimus ſemper in præcedentibus, cùm iuſiurandum non in iure & apud prætorem delatum erat: ſed in iudicio apud iudicem, & poſt dictatam formulam, effectu tamen ipſo nihil inter hos caſus intereſſet, niſi quantum intereſt inter abſolutionem, & actionis denegationem, itémque inter coactionem quæ fit à prætore ipſo, nulla data actione, & condemnationem, quæ fit à iudice ex formula & imperio prætoris. Cæterùm vtroque caſu ſi reus cui iuſiurandum delatum eſt iuret, vincere debet, ſiue abſolutionem obtineat à iudice, ſiue à prætore impetret ne conueniri ab actore poſſit, ſi referre malit quàm iurare audiendus erit, & eo caſu ſi actor iuret, reus vincetur, & vel à iudice condemnabitur, vel citra condemnationem à prætore cogetur ſoluere. Quod ſi reus iurare nolit nec referre, quia paratus ſi ſoluere, aut abſoluetur à iudice, aut prætor iudicium in eum dare recuſabit *leg. ſi reus 73. ſupr. de procurat.* Non ſoluens condemnabitur à iudice, vel ad ſolutionem à prætore cogetur. Quòd ſi ex relatione actor non iuret, aut abſoluetur reus, aut actio in eum à prætore denegabitur. Atque hic epilogus eſt, & vt noſtri loquuntur, practica eorum omnium quæ de iureiurando dicta ſunt in ſuperioribus. Nullis igitur aliis dubitandi vel decidendi rationibus opus eſt, quàm quæ circa ſingulas huius diſtinctionis partes allatæ à nobis fuerunt. Illud tantùm tractandum eſt, de quo Bartolus poſt Accurſium quærit, An quod hîc dicitur de abſoluendo reo, ita debeat intelligi, vt liberetur ab obſeruatione tantùm iudicij, an verò ita vt etiam à tota cauſa. Et diſtinguit Bartolus vtrum pendente iudicio ſuperueniat reo aliqua exceptio per quam tollatur ius actoris ipſo iure, vt puta ſi ſoluerit, quo caſu ait abſolui eum à ſola obſeruatione iudicij, cùm nõ poſſit à tota cauſa per ſententiam abſolui is qui iam per ſolutionem ipſo iure liberatus eſt, an verò ſuperueniat aliqua exceptio peremptoria quæ actionem perimat ipſo iure, vt tunc ſi ſit de exceptionibus impedientibus proceſſum & litis ingreſſum, ac tanquam talis opponatur, non poſſit ex ea ſequi abſolutio niſi ab obſeruatione iudicij, in quo numero ponit exceptiones iuriſiurandi, tranſactionis, & rei iudicatæ: ſi verò non opponatur tanquam impediens litis ingreſſum, ſed tanquam alia peremptoria quælibet, tunc abſolui reum oporteat non modò ab obſeruatione iudicij, ſed etiam à tota cauſa ex *l. peremptorias C. ſentent. reſcind. non poſſ.* Sed mihi diſtinctio hæc non omnino probatur. Nam ſiue ſuperueniat exceptio aliqua, quæ actionem perimat ipſo iure, qualis eſt exceptio ſolutionis, tanto magis abſoluendus eſt reus à tota cauſa, quanto certius eſt eum ipſo iure liberatum eſſe. (alioqui ſi quis conueniatur ab eo, qui agat ſine actione, quod etſi de iure non poteſt contingere *l. ſi pupilli 6. §. vlt. ſupr. de negot. geſt.* de facto tamen poteſt, non erit ſimiliter ille abſoluendus niſi ab obſeruatione iudicij, quod eſt ridiculum, cùm abſolui hoc caſu debeat re is à tota cauſa per non ius actoris vt in *leg. loci 4. §. competit ſupr. ſi ſeruit. vindic.* nec quicquam vetet eum qui iam ipſo iure liberatus eſt, pronunciari iam liberatum, atque ita in totum abſolui) ſiue exceptio ſuperueniens talis ſit, quæ nõ perimat actionem ipſo iure, ſi tamen peremptoria ſit, ac præterea impediens litis ingreſſum, non eo minùs perimere totam litem debet, quod oppoſita ſit ad proceſſum impediendum, quandoquidem non eo minùs peremptoria eſt, quàm cæteræ, imò tanto magis peremptoriæ dici debent exceptiones huiuſmodi, quòd ab initio & ab ipſo litis ingreſſu litem perimunt, quam nec viuere nec exerceri patiuntur. Nec quod ea mente propoſitæ ſint, vt proceſſum impediant, facere debet, vt non poſſint cenſeri etiam oppoſitæ ad perimendam litem. Quomodo enim meliùs poteſt lis perimi quàm ſi nec inchoari permittatur, tanquam quæ per exceptionem hãc perimatur? Abſolui ergo reum à tota cauſa oportet qui habeat exceptionem peremptoriam, quæcunque & qualiſcunque tandem illa ſit. Alioqui dicendum eſſet poſſe illum ab eodem actore conueniri, quomodo poteſt quiſquis ab obſeruatione tantùm iudicij hoc eſt ab inſtantia illa abſoluitur, cui neque exceptionem rei iudicatæ accommodamus, ſi iterum conueniatur. Et verò fatendum eſt eam inter condemnationem & abſolutionem rei eſſe differentiam, quòd condemnari reus non poteſt niſi ex vna cauſa, ex ea ſcilicet ex qua conuenitur, at abſolui poteſt ex omnibus cauſis ex quibus actor ſummouetur, dummodò non ſola perſona actoris, vt cùm iudicio defuit, ſed ius ipſum actionis ſummoueatur, quod per exceptionem peremptoriam qualemcunque fieri nemo dubitauerit, ne alioqui deterioris condicionis ſit is, qui exceptione peremptoria potentiore & fauorabiliore vtitur, quàm qui minùs potenti, minúſque fauorabili: certum enim eſt inter exceptiones peremptorias eſſe illas fauorabiliores & potentiores quæ ita ſunt peremptoriæ, vt ingreſſum quoque litis impediant, nec in eas anguſtias coniiciendus eſt reus, qui tales exceptiones habet, vt pati cogendus ſit litem inchoari quo magis à tota cauſa abſoluatur, à qua abſolui ab initio poſſit & debeat. Sed grauior Bartoli error meo iudicio ille eſt, quod exceptionem iuriſiurandi ponit inter eas quæ actionem ipſo iure non perimunt, ad exemplum exceptionis quæ ex tranſactione & re iudicata oritur. Nam imò verò perimit iuſiurãdum ipſum actionem ipſo iure, cùm nouationis adeóque delegationis & acceptilationis ſpeciem obtineat *leg. qui iuraſſe 26. §. vlt. ſupr.* & quidem voluntariæ cùm ex voluntate litigantium proficiſcatur & ex quadam veluti conuentione, vt ſcriptum eſt in *d. §. vlt. & in l. iuſiurandum à debitore 40. infr.* nouatio autem & delegatio voluntaria fieri non poſſit, neque acceptilatio, quin prior actio perimatur *l. aliam 29. infr. denouat.* Vnde eſt quod in eum qui iurauit prætor actionem denegat *l. ait prætor 7. ſupr.* nec indiget is qui iurauit exceptione vlla niſi cùm hoc ipſum ambigitur an iuratum ſit *l. nam poſteaquàm 9. in princip.* vt diximus *ſupr.* Nec repugnat Paulus in *l. eum qui 30. in princip. ſupr.* quo vno textu mouentur interpretes vt contrà ſentiant. Longè namque alia Pauli ſententia eſt, vt nos ad eum locum docuimus.

BIU Cujas

35. PAVLVS libro 18. ad Edictum.

TVtor pupilli, omnibus probationibus aliis deficientibus, iusiurandum deferens audiendus est: quandoque enim pupillo denegabitur actio.

Ad l. Tutor pupilli 35.

RAT. DVBIT. Iusiurandum transactionis vim obtinet *l. 2. supr.* Atqui tutor etiam qui tutelam gerit, non potest transigere diminuendi pupillaris patrimonij causa *l. Lucius 46. §. vlt. infr. De admin. tuto l. pactum curatoris 22. C. de pact.* Qui autem iusiurandum defert, patrimonium diminuit, cum sit etiam illa species quædam alienationis, per quam & actio & debitor amittitur iurante reo, cui iusiurandum delatum est §. *vlt. l. prox. supr.* præter nouationem & delegationem, quæ fit per iurisiurandi delationem *l. qui iurasse 26. §. vlt. supr.* Ergo iusiurandum deferre tutor pupilli non potest, nec si omnes aliæ probationes deficiãt, cum fieri possit, vt aliquæ superueniãt, ex quibus posset pupillus vincere, vt in *l. admonendi 31. sup. l si quis iusiurandum 11. C. eod.* & quarũ spe melius sit intacta & integra pupilli iura conseruari, quam per iurisiurandi delationem à tutore factam lædi *l. vlt. C. in quibus caus. non est necess. in integ. restit.* Multo magis si quod in hac lege Paulus scribit, quandocunque agẽti postea pupillo denegãdam esse actionem sic intelligere quis velit, vt neque per in integrum restitutionem pupillo succurri oporteat, quomodo intelligendum esse scripsimus *ad l. iusiurandũ quod 17. §. si tutor supr.* contra Accursium, qui putat posse hîc dari restitutionem in integrum pupillo aduersus tutoris delationem, si modò se læsum probet ex *l. nam posteaquam 9. §. si sup.* qui tamen locus ad hûc casum omnino nil pertinet, vt ibi explicauimus. DEC. Tutor in omnibus iis, quæ ad pupilli vtilitatem pertinent, domini loco est, & omnia facere potest quæ posset verus dominus habens rerum suarum administrationem *l. qui fundum 7. § tutor infr. pro emptor l. interdum l. 56. §. qui tutelam infr. De furt.* Atquin ad pupilli vtilitatem maximè pertinet, vt deficientibus aliis omnibus probationibus, sine quibus non modò non possit vincere, sed etiam succũbere ei sit necesse, possit tutor eius nomine iusiurandum deferre, cum possit aliquo casu euenire, vt ex ea delatione vincat pupillus, qui alioquin certum litis damnum incurreret, puta, si aduersarius cui delatum esset iusiurandum, nec iurare vellet nec referre: tunc enim habendus esset ipse pro confesso *l. manifestæ 38. infr. l. prox. §. ait Prætor & seq. supr.* & consequenter pro condemnato *l. infr. de confess.* Ergo hoc saltem casu permittendum est tutori, vt iusiurandũ pupilli nomine deferat: ratũq; habendũ est eiusmodi iusiurãdũ à Prætore *l. iusiurandũ quod 17. §. si tutor supr.* id est, vt quandocunque agere volentem pupillum audire non debeat, quemadmodum scriptum est in hac lege. Quod ego sic intelligo, etiãsi superuenerint ei nouæ probationes, si modò tempore delati iurisiurandi neque sperari neque expectari poterant. non.n. potest videri hoc casu læsus inspecto tẽpore delationis, quod semper præcise inspiciendum est. Nec aliud requiritur, nisi vt tutor iusiurandum detulerit bona fide & ex mera necessitate, ac eo tempore quo prudentissimus & diligẽtissimus paterfamilias quilibet nihil melius facere potuisset: alioqui quod fauore pupilli non minus, quàm ex ratione iuris inductum est, vt nec ipse vllo casu nec tutor eius indistinctè iusiurandum deferre possit, in eius odium retorqueretur, si nec omnib. probationibus deficientibus idipsum tutori permitteretur, contra *l. pen. C. ad SC. Trebell. l. quod fauore 6. C. de legib.* Nec illud etiam requiritur, vt tutor, qui defert, tutelam gerat, vt contra Accursium malè videtur sentire Cuiacius ex *d. §. si tutor*, dummodo non sit ei interdicta administratio, vt ad eum locum scripsimus. Cùm autem hoc vno casu delatio ritè facta est, & ex bona fide, frustra pupillus postea implorabit restitutionem in integrum, vt audiatur veniens contra iusiurandum ex nouis fortasse probationibus, nisi eo casu, quo etiam maior post iusiurandum quoque præstitum audiretur, id est in specie *l. admonendi 31. supr.* Nam nec alius quilibet minor qui ipse in casu simili iusiurandum detulisset, restitui postea posset, vt scripsimus ad *dict leg. nam posteaquam 9. §. si minor suprà.* alioqui non posset dici Prætor ratum habere id quod siue per restitutionem in integrum, siue quo alio modo rescinderet *l. si mulier 21. §. 1. supr. quod met. ca. §. l. quoties 4. infr. De acquirenda hered. l. 4. §. vlt. De euict.* Idque est quod Paulus hîc scribit, *Quandoque enim pupillo denegabitur actio.* dixit enim *quandoque* non pro *aliquando*, quę secunda Accursij interpretatio & mala est, quasi aliquo casu deneganda sit actio pupillo, & aliquo casu concedenda, sed loquendi more prudentibus nostris familiari pro *quandocunque* vt in *l. heres quandoque 54. de acq. hered. l. verbis ciuilibus 7. De vulg. & pupill. substit.* vbi dixit Papinianus *quandoque non* pro *nunquam* ad exclusionem restitutionis in integrum, in perpetuum & omni tempore. Nec sanè potest vnquam fieri, vt pupillus hoc casu se læsum probet, cùm tamen sine læsione non possit in integrum restitui, vt & Accursius fatetur.

1 ¶ Prodigus, si deferat iusiurandum, audiendus non est. Idémque in cęteris similibus ei dicendum est. nam siue pro pacto conuento, siue pro solutione, siue pro iudicio hoc iusiurandum cedit: non ab aliis delatum probari debet, quàm qui ad hæc habiles sunt.

Ad §. 1. Prodigus.

RAT. DVBIT. Prodigus qui neque modum neque finem impensarum habet, quomodo diffinitur *l. 1. infr. De curat. furios.* licet ei sit interdicta bonorum suorum administratio, & curatori eius data (de hoc enim solo hîc loquimur, cùm prodigalitatis solius ante interdictionem ratio haberi nulla possit) retũ quidem suarum administrationem amisit, sed tamẽ dominium non amisit, sicut nec pupillus, qui tutorem habet, aut furiosus, qui curatorem. Ergo cùm remaneat dominus, vtique audiendus est, si iusiurandum aduersario deferre velit, saltem eo casu quo deficiant ei aliæ omnes probationes, cùm alius quilibet etiam prudentissimus paterfamilias idem

BIU Cujas

facere necessariò cogeretur, exemplo eius quod in tutore pupilli proximè scriptum est. Dec. Is demum iusiurandum deferre potest, non qui dominus est, sed qui rerum administrandarum ius habet *l. iusiurandum quod* 17. § *pupillus supr.* Delatio enim iurisiurandi ad rerum administrationem pertinet, cùm habeat vim pacti conuenti, id est transactionis *l. 2. supr.* adeóque stipulationis, nouationis & delegationis *l. qui iurasse vicesimo sexto*, § *vltim supr.* itémque acceptilationis solemnis *l. antepenul. infr.* quæ solutio imaginaria est § 1. *Institut. quibus mod. tollit. obligat. leg. pen. infr. De solut.* imò & veræ solutionis *leg. 27. supr.* Atqui prodigus non habet ius rerum suarum administrandarum, ideóque nec paciſci potest, nec per stipulationem promittere *l. is cui bonis 6. infr. De verb. oblig.* neque soluere aut aliter quicquam ex bonis suis alienare, nec denique rem in iudicium deducere, ne quidem curatore authore, in quo deterioris condicionis est sicut & furiosus, quàm pupillus, qui omnia hæc facere potest tutore authore *l. 5. De reg. iur. l. quòd si fortè* 14. § *vlt. & l. seq. infr. De solut.* nempe quia certum est ætatem allaturam esse pupillo iudicium non etiam furioso resipiscentiam, aut prodigo bonos mores, vt sæpiùs diximus ex *l. 3. § 1. infr. De tutel.* Ergo neque permittendum est prodigo, vt deferat iusiurandum ne quidem curatore authore, nec si cæteræ probationes omnes deficiãr, sed curator solus exemplo tutoris deferre iusiurandum eo casu potest, & debet, sicut solus ille & paciscitur & stipulatur, aut promittit pro prodigo, & res eius alienat, & in iudicium deducit, quia rerum administrandarum ius habet curator prodigi, non prodigus, & curator furiosi non furiosus, qui prodigo in omnibus bene comparatur, itémque mutus & surdus, & aliæ huiusmodi personæ quibus curator dari solet, & debet, quòd rebus suis superesse non possint, & de quibus in *Tit. De curatoribus furios. prodig. & aliis extr. minor dand. & Tit. De bonor. possess furios. inf int. mut. surd caco dand.* Illæ enim sunt personæ prodigo similes quas Paulus hoc loco intelligit iis verbis, *Idémque in similibus eis personis dicendum est.* Et quamuis generalia sint verba edicti quibus Prætor pollicetur se coacturum eum cui deferetur iusiurãdum, vt vel iuret, vel soluat *l. prox.* § *ait Prætor supr.* restringi tamen debent ad personas habiles, vt hîc Paulus monet, quomodo in cæteris omnibus legibus, constitutionibus & hominum quoque dispositionibus dicimus, quantumuis generales sint, restringi tamen eos debere ad casus h abiles, ne alioquin absurda innumera sequantur, quæ sequi necesse esset, quod etsi probare nostri vulgò solent, nec malè ex *l. adigere 6.* § *quamuis de iur. patron. l. 1.* § *vlt. infr. ad SC. Tertyll.* probatur tamen omnium optimè & aptissimè ex hoc loco. Cætera quæ hîc tractat Accursius, quarum rerum loco iusiurandum cedat, iam explicauimus ad *l. 1. & 2. & l. qui iurasse* 26. § *vlt. cum l seq. supr.* Et dicemus etiam ad *l. antep. infr.* Falsum enim est, quod ille putat per iusiurandum non tolli ciuilem obligationem.

2 ¶ Qui non compelluntur Romæ iudicium accipere, nec iurare compellendi sunt: vt legati prouinciales.

Ad § *vlt. Qui non compelluntur.*

Rat. dvb. Aliud est iurare, aliud verò litigare. Iurari enim quocũque loco & apud quẽlibet iudicem nihil prohibet, præsertim si iusiurandum ex conuentione sola proficiscatur, nec apud iudicem deferatur ab aduersario, nec à iudice ipso imponatur, vt loquitur *l. generaliter* 12. *C. hoc tit.* est enim eo casu quid omnino extraiudiciale. Sic litigari non potest, nisi apud iudicem competentem, nec priuatorum consensus potest tribuere iurisdictionem ei qui nullam habeat, licet eam quæ alicui competit possit prorogare *l. 1. & 2. supr. De iudic.* vbi scripsimus *l. 3. C. de iurisdict. omn. iudic. l. cùm Papinianus* 14. *Cod. de sentent. & interloc. omn. iudic.* Cùm igitur de iureiurando deferendo extra iudicium & præstãdo tractatur, nihil attinet quærere, an is cui iusiurandum defertur, compelli possit eo in loco iudicium accipere an non possit, præsertim si iurisdictio sit cõpetens, & is cui iusiurandum defertur, præscriptione tantùm aliqua fori se tueatur, vt in exemplo quod Paulus hîc adfert de legatis prouincialibus & aliis huiusmodi qui ius habent, & priuilegiũ reuocãdi domũ. *d. l. 2.* § *legatis & pass. supr. De iudic.* præscriptio enim fori præsupponit competentiã iurisdictionis, vt ibidem tractauimus. Dec. Iusiurandum etiam quod extra iudicium defertur iudicij instar obtinet, vt scriptum est *in* § *præced.* & in *l. qui iurasse* 26. § *vlt. supr.* æquè enim conuentionale atque iudiciale ad Prætoris edictum pertinet, vt is cui defertur, aut iurare cogatur aut soluere *l. prox.* § *ait Prætor supr.* sicut & iudicium redditur in inuitum *l. inter stipulantem* 83. § 1. *de verb. obligat.* Ergo qui non coguntur iudicium Romæ accipere, siue quòd ex aliena iurisdictione sint, vt in *l. 2. supr. si quis in ius vocat. non ier. l. si quis ex aliena* 5. *supr. de iudic.* siue propter priuilegium quod ex aliqua causa habeant reuocandi domum, vt legati prouinciales, nec ibi iurare cogendi sunt, alioqui iusiurandum hoc nõ succederet in locum iudicij & litis contestatæ, quomodo succedit, & ita idem Paulus noster ratiocinatur *in l. sed etsi* 28. § *ex quibus supr. de iudic.* Tractamus enim hîc de iureiurando quod delatum sit duntaxat, necdum tamen præstitum, & de quo controuertatur vbi præstandum sit. Nam si ex vtriusque partis voluntate iam præstitum sit, quocunque tandem loco tuendum est, & conseruandum à Prætore: quod & hic ipse locus satis probat eo verbo *non compelluntur*, vt intelligamus eũ cui iusiurandum defertur, non compelli quidem alibi iurare, quàm vbi conueniri inuitus posset, sed posse tamen si velit. Iurare igitur vbique cogi non potest, at iurasse vbiq; potest. Sic dicimus satisfacere velle nil prodesse, sed prodesse tamen satisfeciſſe *l. item liberatur* 6. § 1. *infr. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.*

36. Vlpianvs libro 27. ad Edictum.

Si actor deferat iusiurandum de sola constituta pecunia, & reus iurauerit: exceptione vtetur, si de constituta conueniatur. sed si de sorte, id est, de priore obligatione conueniatur: exceptio cessabit: nisi de hac quoque iurauerit, aduersario deferente.

Ad l.

Ad l. Si actor 36.

RAT. DVB. Exceptio iurisiurandi locum habet non tantùm si ea actione quis vtatur, cuius nomine exegit iusiurandum, sed etiamsi alia, si modò eadem quæstio in iudicium deducatur *l. in duobus* 28. §. *exceptio supr. hoc tit.* Atqui ponimus eandem pecuniam quam actor dicebat sibi constitutam à debitore, & cuius nomine cum ageret de constituta pecunia, reus iurauerit actore deferente non fuisse constitutam. Ergo etiam nunc de sorte, id est, de priore obligatione pecuniæ fortassis creditæ, reus conueniatur condictione certi ex mutuo, exceptio iurisiurãdi locum habere debet, quamuis alia actio sit, cùm de eadem pecunia quæratur: maximè verò cum iusiurandum habeat vim solutionis quoque *l.* 27. *& l. seq.* §. 1. *sup.* & acceptilationis *l. antep. infr.* Nemo autem dubitat, quin si soluta esset pecunia, quæ constituta dicebatur, sublata esset omnis obligatio non tantùm constitutæ pecuniæ, sed etiam creditæ, nec minus ciuilis actio condictionis certi ex mutuo, quàm honoraria de constituta pecunia.

DEC. Cùm de iurisiurãdi exceptione quæritur, an noceat, non tam inspiciendum illud est, an alia actio sit, quàm vtrum alia sit quæstio facti quàm ea de qua iuratum sit, vt diximus ad *d.* §. *exceptio.* Non enim iuratur nisi super quæstione facti, nec debet iusiurandum de vno facto præstitum ad aliud factum extendi licet vtrumque factum ad vnam eandémque pecuniam pertineat. Atqui alia quæstio est an constituta sit pecunia, an verò sit credita, quoniam & aliud factum est, si pecunia constituatur, aliud si mutua detur, non constituitur, nisi quæ iam ex alia causa debetur. *l.* 1. §. *debitum autem infr. de pecun. const.* creditur autem nunc primùm pecunia, quę nondum debetur. Iusiurandum igitur super posteriore obligatione & actione constitutæ pecuniæ delatum & præstitum, exceptionem parere nõ potest in priore obligatione, sortis & pecuniæ creditæ & aduersus condictionem certi ex mutuo, quia licet eadem sit pecunia, quæ & credita dicitur & constituta, alia tamen quæstio facti non minus, quàm alia actio est, nec potest videri iusiurandum hoc casu habere vim solutionis & acceptilationis, non quia eam vim habere non debeat, nisi quantum ad id, de quo iuratum est, vt malè Accursius putat, & post eum Bartolus, (nam si iuratum esset super priore obligatione sortis & pecuniæ creditæ, vtiq; haberet vim solutionis & acceptilationis, ad elidendam quoque actionem constitutæ pecuniæ, quamuis de ea iuratum non esset) sed quia iuratum non fuit super obligatione principali, quæ si sublata esset per iusiurandum, accessoriam quoque constitutæ pecuniæ sublatam esse per consequentias necessarias oporteret, ex regula *leg. cùm principalis* 178. *De regul. iur. l. item illa* 18. §. *vlt infr. De pecun. const. l. iusiurandum à debitore* 40. *infr. hoc tit.* at super obligatione accessoria cõstitutæ pecuniæ, qua sublata nihil prohibet principalem saluam remanere, nisi de hac quoque reus iurauerit aduersario deferente, id est, pecuniam neque creditam neque constitutam fuisse. Rectè verò *aduersario deferente*, quia si reus, cui actor de sola constituta pecunia iusiurãdum detulit, de credita quoque iuraret, non eo magis exceptionem iurisiurãdi aduersus condictionem certi ex mutuo sibi acquireret, quia ex delatione iuratum non esset. Nemo enim sibi ipsum iudicem & testem in causa propria potest constituere, nisi cui ea condicio ab aduersario ipso deferatur *l. 1. infrà quar. rer. act. non detur. iunct. l. nullus* 10. *infr. De testibus l. omnibus* 10. *C. eod.*

37. VLPIANVS libro 33. ad Edictum.

SI non fuerit remissum iusiurandum ab eo, qui detulerit, sed de calumnia non iuretur: consequens est, vt debeat denegari ei actio. sibi enim imputet, qui processit ad delationem iurisiurandi, nec prius de calumnia iurauit: vt sit iste remittenti similis.

Ad l. Si non fuerit 37.

RAT. DVB. Nihil tam contrarium est delationi iurisiurandi, quàm vt remittatur: qui enim defert, vult aduersarium cogere, vt vel iuret, vel soluat *l. iusiurandum* 34. §. *ait Prætor supr.* qui verò remittit iusiurandum, facit gratiam iurisiurandi *l. remittit* 6. *suprà.* Ergo non potest verum esse, quod in hac lege scribitur, eum, qui processit ad delationem iurisiurandi, si nolit prior iurare de calumnia, similem esse remittenti, eique denegandam esse actionem perinde ac si reo iurisiurandi gratiam fecisset.

DECID. Quisquis iusiurandum defert extra parentes & patronos, iurare prior debet de calumnia *d. l.* 34. §. *qui iusiurandum supr.* vbi rationem attulimus. Ergo si nolit facere, quod prior facere iubetur, hoc ipso videtur non à delatione resilire, quod nec potest inuito eo, cui iam detulit, sed iusiurandum remittere, & consequenter habere illud pro præstito. alioquin sibi ipsi gratiam delationis facere diceretur, si ex pœnitentia delationem reuocare posset, quod absurdum esset. Atqui si reus ex delatione tione iurasset, actori hodie actio denegaretur ex edicto Prætoris *leg. ait Prætor* 7. *suprà.* Ergo & denegari debet, cùm post delatum iusiurandum actor iurare prior de calumnia noluit, cùm aduersarius iusiurandum illud ab eo exigeret. Sic enim accipienda necessariò sunt verba illa huius legis *nec de calumnia iuretur*, & illa rursum sequentia, *nec prius de calumnia iurauit*, cùm iusiurandum de calumnia non aliter præstandum sit, quàm si exigatur *dict.* §. *qui iusiurandum.* Nec potest actor conqueri, quasi aliqua ei fiat iniuria in eo, quod iusiurandum ab eo delatum habeatur pro remisso, quod videbatur habendum potius pro non delato. Duo enim sunt, quæ sibi debet imputare: vnum, quod processerit ad delationem iurisiurandi iam certus nolle de calumnia iurare, cum tamen sciret, aut scire deberet, non prius cogi posse aduersarium ad iurandum, quàm prior ipse actor de calumnia iurasset: alterum, quod post delatum susceptúmque à reo iusiurandum (satis enim suscipitur hoc ipso, quod is, cui iusiurandum delatum est, exigit ab actore iusiurandum de calumnia) iurare tamen de

BIU Cujas

calumnia recusat. Cùm igitur delatio quæ facta & facti est, non possit haberi pro infecta *l. in bello* 12. *§. facti autem infr. de capt. & postlim. l. denique* 19. *supr. ex quib. caus. maior.* necesse est, vt delatum iusiurandum habeatur pro præstito, in præiudicium actoris per quem stat, non dicam ne à reo præstari possit, [posset enim si vellet iusiurandum illud calumniæ remittere, siue expressè siue saltem tacitè secundum ea, quæ disputauimus ad *d. §. qui iusiurandum,*] sed ne reus per Prætorem cogi possit, vt iuret, ex reg. *l. iure ciuili* 24. *de cond. & demonst. cum similib.* Idque est quod Accursius ait, etiamsi non faciam quod debeo, si tamen nec tu facias quod debes, non posse te obtinere ex *l. si in emptione* 34. *§. item si & emptor infr. de contr. empt. l. Iulianus* 13. *§. offerri de action. empt.* Remitti ergo iusiurandum potest non tantùm expressè, vt in *d. l. remittit*, sed etiam tacitè si recuset is qui detulit, iurare prior de calumnia: sed cum hac differentia, quod expressa remissio voluntatem expressam habet remittentis: at tacita fieri intelligitur inuito etiam nonnunquam eo qui tacitè remittere creditur, nisi quod maluisse videtur non iurare de calumnia, quàm aduersarium de re controuersa iurare *arg. leg. si patre cogente* 22. *infr. de rit. nupt.* Et ideo bene Vlpianus hîc dicit esse illum remittenti similem, vt appareat non tam iusiurandum remisisse hunc actorem, quàm pro eo haberi ac si remisisset, alioqui si nec præstitum esset iusiurandum, nec remissum aut habendum saltem pro remisso, habendum necessario esset pro non delato *l. non erit* 5. *§. vlt. supr.* Quod autem Accursius addit hanc legem hodie correctam esse propterea quòd ex *Nouella Iustiniani constitutione* 49. *de his qui ingred. ad appell.* hodie semel tantùm in tota lite & ab initio iuretur, qualiter verum sit docuimus ad *d. §. qui iusiurandum.* Planè si ante litem contestatam & extra iudicium deferatur iusiurandum, etiam hodie de calumnia iurandum erit, quia Iustiniani constitutio & Iustinianeum illud iusiurandum ad hunc casum non pertinet, sed ad iusiurandum ob litem & in lite ipsa præstandum, vt non malè Bartolus hîc notat, & ad *d. §. qui iusiurandum.*

38. PAVLVS libro 37. ad Edictum.

MAnifestæ turpitudinis, & confessionis est, nolle nec iurare, nec iusiurandum referre.

Ad l. Manifestæ 38.

RAT. DVB. Fieri potest, vt vir probus & honestus iurare nolit, etiamsi bonam & iustam causam foueat, tantóque difficiliorem se præbeat ad iurandum, quanto sit honestior & religiosior *l. quæ sub condicione* 8. *infr. de condic. instit.* nec tamen referre iusiurandum velit propter periculum, quod incurrunt illi qui iusiurandum referunt, vt aduersarium in propria causa iudicem & testem constituant, quo grauius & periculosius dici nihil potest, ergo neque turpitudinis, neque confessionis manifestæ est, nolle nec iurare, nec iusiurandum referre. Et quemadmodum maioris modestiæ est, referre iusiurandum quàm iurare velle *l. illud* 25. *§.* 1. *infr. de pecun. constit.* ita maioris prudentiæ, minorísque periculi iurare velle, quàm iusiurandum referre. Non igitur est quod turpitudinem obiiciamus ei qui neutrum facere velit, cùm potiùs modestiæ, & prudentiæ coniunctam laudem mereatur. DEC. Superstitio non religio est, si quis metu diuini numinis, nec pro ea re quam veram esse sciat, iurare velit, nisi vel soluere, vel saltem iusiurandum referre paratus sit, *dict. l. quæ sub condicione & d. l. illud §.* 1. superstitionem verò cuique suam nocere æquius est, quàm alteri, qui postquàm iurauit de calumnia inculpatus est, nec vllam satis iustam querelæ occasionem videri potest dare aduersario, quem facit iudicem in causa propria *l. §. infr. Quar. rer. act. non det.* Facit ergo turpiter is, qui nec iurare vult nec referre, non in eo quod iurare non vult, sed in eo quod nec vult referre, nec tamen soluere, sed pergit in lite prosequenda, vt dolo malo erepta aduersario hac quoque probationis specie, victoriam improbæ litis sibi paret. Quomodo autem apertiùs posset fateri intentionem aduersarij, quàm si delatum sibi iusiurandum nec subire velit, nec referre? Quid? An non etiam recusari potest iusiurandum? non potest sanè, nec magis iure vetere, vt malè putat Accursius, quàm nouo inspecto, etiam priusquàm susceptum sit iusiurandum, vt benè contra Accursium Bartolus disputat ex *l. iusiurandum* 34. *§. ait Prætor supr. eod.* Nisi iusta causa sit recusandi, quomodo intelligi debet quod scriptum est *in l. generaliter* 12. *§.* 1. *C. hoc tit.* vt ex eo appareat, quod ibidem Iustinianus constituit, vt si iudex recusatum iusiurandum omnimodo præstandum esse existimauerit, sic causam dirimat, quasi volente eo sacramentum sit relatum, sic enim legendum esse puto, non vt vulgo *recusatum* quæ nullius sensus lectio est, nisi malis legere *nolente* pro *volente*. Error enim probabilior est, & emendatio tolerabilior, hoc sensu, vt possit quidem is, cui delatum est iusiurandum, illud recusare, ante quàm à iudice delatio adprobata sit, sed si postea iudex delationem adprobauerit, hoc est, omnimodo iurandum esse putauerit, iusiurandum exinde videatur recusatum contra voluntatem iudicis, & consequenter is, qui recusauit habeatur pro confesso ex hac lege, sed non semper adprobat delationem iudex, quia variæ possunt esse causæ iustissimè recusandi iurisiurandi, quas hîc Bartolus congerit diligenter, aliquando, inquit, ex persona deferentis, vt in *l.* 17. *§. vlt. & l. tutor* 35. *§.* 1 *sup.* aliquando ex persona eius cui defertur *l.* 34. *§. pupillo & seq. sup.* Item ex qualitate loci in quo defertur *dict. leg. tutor §. vltim.* aut actionis propositæ si talis sit, vt ex ea conueniri nequeat is, cui defertur iusiurandum, vt in specie *l. si patronus* 16. *eod.* aut etiam exceptionis, quæ opponi amplius non possit, vt in *l. in contractibus §. illo proculdubio Cod. de non numer. pecun.* item propter ignorantiam, vel dubitationem eius cui defertur *dict. leg.* 34. *§.* 1. *& §. ait Prætor*, aut si periculum sit, ne alio postea agente periurium detegatur *argum. leg. aliàs* 18. *supr.* aut si futurum esset, vt ius illius cui iusiurandum defertur, aliquatenus minueretur, vt in specie *leg. eum qui* 30. *in princip. supr.* aut si emptor conuentus vindicatione, vel hypothecaria malit se defendere, vt paret sibi actionem de euictione quam non haberet, si ex iurisiurandi relatione

aduer-

BIU Cujas

aduersario facta vinceretur ex *l. si dictum 56. §. si compromisero infr. De euict.* Quamquam vereor ne exemplum hoc [cætera enim suis locis tractauimus] non sit satis accommodatum, emptor enim qui recusandi iurisiurandi solam illam causam habuit, vt postquàm succubuisset, agere posset de euictione, cùm succumbat culpa sua, si iurando poterat vincere nullum post condemnationem regressum habere potest *arg. l. si ideo 55. eod. tit. l. si obligata 18. C. eod. l. exceptione 67. infr. De fideiuss.* Quòd si nec iurare potuit sine scrupulo, nec referre voluit propter periculum litis amittendæ, adhuc tamen non caret culpa, cùm tanto certiùs litem amittat, qui si iusiurandum retulisset, vincere fortassis potuisset. Nec quod aduersario iurante ex relatione victus fuisset, meliorem ipsius causam facere potest, cùm non eo minùs agere de euictione potuisset, siquidem multum differt hic casus ab illo quo quis ex compromisso suo fuerit condemnatus, de quo in *d. §. si compromisero.* nam compromissum habet causam merè voluntariam, & quæ ex arbitrio compromittentis pendet, cùm iure ciuili & vetere & nouo inuitus nemo ad compromittendum cogi possit. At relatio iurisiurandi habet causam merè necessariam, cùm is qui nec iurare vult, nec succumbere, non minùs cogatur iusiurandum referre, quàm is cui refertur iurare *d. l. generaliter §. 1. C. hoc tit.* Sed & emptori huic potest imputari, cur non meliùs sibi prospexerit laudato citius, & opportuniùs authore suo venditore, vt causam iureiurando decidi, vel patereturipse, vel prohiberet, nec in emptorem postea condemnationis reiicere culpam posset. Quid ergo si talis casus emergat, in quo is cui delatum iusiurandum est, iurare quidem possit si velit, referre tamen non possit, nec si maximè velit, fortè quod factum de quo iurandum est, ei cui iusiurandum defertur, fit cognitum, deferenti verò incognitum: hoc enim sæpiùs in praxi contingit. Et alij ex pragmaticis & interpretibus nostris aliter sentiunt. Dubitationem facit, quia non ait Paulus in hac lege manifestæ turpitudinis & confessionis esse nolle iurare, quod nec verè dici posset, sed addit *nec iusiurandum referre*, ita innuens nihil imputari posse illi qui iurare non vult si iusiurandum referre non possit. Sed tamen mihi contrà semper visum est, perinde hunc succumbere debere, acsi nec iurare, nec referre cùm posset vellet, neque enim verba Edicti sic concepta sunt, *Eum à quo iusiurandum petetur, aut iurare, aut referre cogam, aut soluere*, sed nulla relationis mentione facta, *aut iurare cogam, aut soluere d. §. ait Prætor.* Quòd autem ei cui defertur iusiurandum, datur etiam facultas referendi si malit, non tam ex verbis edicti fit, quàm ex facilitate & indulgentia Prætoris, vt is cui iusiurandum delatum est minùs arctetur, & ei qui detulit æquè consulatur, tanquam constituto iudici in causa propria, vt diximus *ad d. l. 34. §. datur autem.* Cæterùm facultas illa referendi iurisiurandi, sicuti ad alios casus non pertinet, quàm quibus referri iusiurandum possit, vt semper supponantur termini habiles ex *l. tutor 35. §. 1. supr.* ita non extinguit potestatem edicti, hoc est, iurandi, vel soluendi necessitatem, si qua de causa referri iusiurandum non possit. Nihilne ergo interierit, an is cui delatum iusiurandum est, referre illud possit, an non possit? Nihil penitus quod ad effectum rei attinet; quia vtroque casu æquè succumbit is, qui iurare non vult: sed quod ad causam condemnationis attinet, multum interest. Non enim manifestæ turpitudinis & confessionis est nolle iurare absolutè, nec pro confesso, aut pro improbo haberi potest is qui ex delatione iurare noluit, quamuis perinde succumbat, quia edicto & imperio Prætoris satisfacere noluit. Soluat igitur, quia ex duabus edicti partibus elegisse hanc videtur. Idémque est, si ex delicto quis agens iusiurandum aduersario deferat. Nec enim referri illud potest, nec eo minùs tamen iurandum est, vt diximus *ad d. §. datur autem ex l. Marcellus 11. vlt & legib. seqq. infr. rer. amot.* vbi rationem huius iuris attulimus, & specialiorem quàm quæ à viro doctissimo Iacobo Cuiacio allata est ad Paulum in hunc locum. Caue autem, ne cum eodem Cuiacio putes in specie huius legis eum qui nec iurare vult nec referre, hoc ipso habendum esse pro confesso & condemnato. Pronunciatio enim necessaria est, & condemnatio sequi debet, vt rectè docet *Bart. ex l. eius qui delatorem 29. infr. De iur. fisc.* & ex eodem loco probat heredem illius qui nec iurare voluit nec referre, non posse, quasi condemnati heredem, ex eiusmodi præsumpta confessione conueniri, adeóque nec condemnari. Illud denique notandum & verissimum est, quod circa causas recusandi iurisiurandi addit Bartolus, posse etiam interdum recusari iusiurandum propter qualitatem & modum deferendi, aut referendi ex *dict. l. iusiurandum 34. § si de qualitate & §. non semper supr.* Suauis verò est Accursius noster qui notat in illis verbis, *Nolle nec iurare, nec iusiurandum referre*, abundare vnam negationem, ne alioqui duæ negationes, inquit Bartolus, æquipolleant affirmationi ex *l. duobus 237. De verb. signific.* Et suauior idem Bartolus, cùm euitandi huius absurdi gratia, sic verba hæc interpretatur, vt in eo quod Paulus ait *nolle* subintelligendum sit *soluere* ex parte rei, inquit. Nam ex parte actoris videt suppletionem hanc fieri non posse. Nimirum nondum viderant boni viri elegantias Manutij, quæ docent ex plerisque Ciceronis locis in huiusmodi locutionibus duas negationes magis negare & elegantius, quàm si vna tantùm esset.

39. IVLIANVS libro 10. Digestorum.

SI quis cum debitore suo pepigerit, ne ab eo pecunia peteretur, si iurasset, se capitolium non ascendisse, vel aliud quodlibet fecisse, vel non fecisse, ísque iurauerit: & exceptio iurisiurandi dari debebit, & solutum repeti poterit. est enim iusta conuentio, si quælibet causa in conditione iurisiurandi deducta fuerit.

BIU Cujas

Ad l. si quis cum debitore 39.

RAT. DVB. Condiciones iurandi improbantur à Prætore tanquam superfluæ, adeóque minùs honestæ, ob rationes ab Vlpiano allatas in *l. quæ sub condicione 8. infr. de condit. inst.* Ergo si quis cum debitore suo pepigerit, ne ab eo pecunia peteretur, si iurasset se Capitolium non ascendisse, vel aliud quodlibet fecisse, vel non fecisse, isque iurauerit, nulla neque condicionis, neque iurisiurandi huius ratio haberi à Prætore debet, nec proinde potest ex hoc iureiurando dari exceptio pacti, aut impediri repetitio soluti. DEC. Iusta est conuentio si quælibet causa in condicionem iurisiurandi deducta fuerit: Iusiurandum enim, vt in pecuniis ita & in cæteris rebus omnibus locum habet *l. iusiurandum 34. in princip. supr.* Ergo & hæc conuentio iusta videri debet, vt secuto iureiurando & exceptio danda sit ei qui iurauit, & soluti repetitio, si cùm tutus esset exceptione perpetua soluerit *l. qui exceptionem 40. infra de condi. indeb.* Exceptio enim iurisiurandi perpetua est *l. prox. infr.* sicut & pacti *l. 3 inf. de except.* neque condicio hæc iurandi à Prætore improbata est, cùm respiciat tempus præteritum non futurum. Aliud enim esset si condicio iurandi ad aliquid dãdum aut faciendum collata in futurum esset, quia sufficeret id dari, vel fieri nullo de ea re interposito iureiurando, non minus quàm in vltimis voluntatibus, à quibus conuentiones inter viuos separari hac parte non debent, vt Bartolus concludit secundam Accursij interpretationem secutus, nemo enim superfluo iureiurando onerari debet *d. l. quæ sub condicione.* sicuti nec superuacua cautione *l. hæc stipulatio 14. infr. vt legat. seu fideic. seruand. cauf. caueat.* Esset autem superfluum iusiurandum, si de aliqua re danda, vel facienda præstari deberet, quandoquidem idipsum dari, vel fieri sufficeret *d. l. quæ sub condicione.* At non est superfluum cùm de re præterita, aciam facta iurandum est, quæ proinde fieri amplius non potest, sic in *l. si cum patruo 6. C. commun. vtriusque iudic.* Quænam verò exceptio ista sit an pacti, an iurisiurandi nostri disputant, quamuis Iulianus eam iurisiurandi exceptionem esse dicat, magisque probant vt sit exceptio pacti, sicque interpretãtur verba illa, *& exceptio iurisiurandi dari debebit*, acsi scriptum esset, *exceptio pacti ob iusiurandum.* Quæ interpretatio certè durior mihi videtur, quàm vt probari possit, cùm pacti & iurisiurandi exceptiones diuersæ sint *d. l. exceptiones 7. de except.* quamuis non valde dissimiles in effectu, nisi quod pactum nunquam tollit actionem ipso iure *l. si vnus 27. §. pactus ne peteret infr. de pact.* quomodo iusiurandum tollit tanquam quod habeat vim nouationis & delegationis *l. qui iurasse 26. §. vlt. supr. itémque acceptilationis l. prox. inf.* & veræ solutionis *l. 27. & l. seq. §. 1. sup.* etsi non potest hoc dici in specie huius legis, in qua non proponitur iuratum esse, nisi de condicione sub qua pactum de non petendo factum dicebatur, vt proinde non possit vis & potestas huius iurisiurandi maior esse quàm pacti de quo interponitur, ad purificandam vt loquuntur eius condicionem: qua porrò purificata, non nego etiam pacti exceptionem posse locum habere, sed ea res non excludit exceptionem iurisiurandi, non illo tantùm casu quo iuratum sit super exceptione siue pacti, siue alia de qua lis erat, vt putat Bartolus, sed illo etiam quo lis nulla dum fuisset, sufficit enim metus litis ad iurandum, sicut & ad transigendum *l. 2. C. de transact.* cùm iusiurandum transactioni comparetur *l. 2. supr. hoc tit.* Nec verum puto quod tam generaliter monet Bart. non tractari in hoc Tit. de alio iureiurando, quàm quod super lite deferatur, nisi intelligas etiam de lite futura: satis enim est materiam litis subesse, & verò iusiurandum conuentionale de quo in *leg. iusiurandum quod 17. supr.* & alibi tam sæpe in hoc tit. deferri vt plurimùm solet, sicut extra iudicium, ita & ante motam litem, sed non ante natam materiam litis. Quod autem Accursius quærit, si promiserim tibi decem sub ea condicione, si iures te ascẽsurum Capitolium & iures, an ex iureiurando isto nascatur actio an ex pacto, ab huius legis specie alienum est, in qua, vt idem Accursius fatetur, interpositum erat iusiurandum ad excipiendum duntaxat, non etiam ad agendum, sed & pugnat cum eo quod diximus, condiciones istas iurandi de aliqua re facienda, improbatas esse à Prætore, *ex d. l. quæ sub condicione*, vt proinde stultum sit quærere an Prætor, cuius est actiones dare, actionem daturus sit ex iureiurando quod ipse edicto suo improbauerit. Planè secuto implemento, id est, si non tantùm iuraueris te ascẽsurum Capitolium, sed etiam reipsa ascenderis, dubium non est, quin fiat contractus innominatus, qui non tam à conuentione quàm à facto ipso initium obligationis accipit *l. 1. infr. de rer. permut. l. naturalis 5. §. 1. & §. quòd si faciam infr. de præscr. verb.* parumque refert meo iudicio, an contractus initus sit per *si* an per *vt*, id est, an condicione adiecta, an modo, quemadmodum distinguit Accursius, sed tantùm an implementum iam secutum sit, necne, de quo tamen latiùs tractãdum erit ad *d. l. naturalis*, ne confundamus omnia, si cum Bartolo tractatum illum, de contractibus innominatis qui per se amplissimus & difficillimus est, hîc interseramus.

40. IDEM libro 13. Digestorum.

IVsiurandum à debitore exactum efficit, vt pignus liberetur: est enim hoc acceptilationi simile: perpetuam certè exceptionem parit[a]. idcirco pœnam quoque petentem creditorem[b], exceptione summoueri oportet & solutum repeti potest[c]: vtpote cùm interposito eo[d], ab omni controuersia discedatur.

Ad l. Iusiurandum à debitore 40.

RAT. DVB. Iusiurandum super vna re delatum & præstitum ad aliam rem extendi non debet, nec enim habet vim rei iudicatæ aut solutionis, nisi in ea ipsa re de qua delatum fuit *l. si actor 36.* vbi diximus *supr. hoc tit.* Atqui ponit Iulianus in hac lege exactum fuisse iusiurandum à debitore super debito non super pignore: ergo quamuis debitor iurauerit se nihil debere, non potest iusiurandum prodesse ad liberandum pignus, cùm de pignore nihil

nihil iuratum fuerit: maximè verò cùm non sit nouum, vt sùmmota quoque principali obligatione pignus tamen duret *l.2. Cod. de luit. pignor.* tanquam quod tacitam illam habet condicionem si pecunia non soluatur, aut aliter eo nomine satisfactum non erit *l grege §. etiam infr. de pignor. l si rem 9. §. omnis pecunia infr. de pignorat. act. l. pen. §. 1. de except. rei iudic.*

DEC. Cùm principalis obligatio sublata est, accessoriam quoque per consequentias necessarias tolli omnino necesse est *l. cùm principalis 178. de reg. iur. l. si fideiussor 19. supr. de dolo:* qualis est obligatio pignoris, & fideiussoris, accedit enim vtraque obligatio principali obligationi, siue naturalis illa sit siue ciuilis *l. 5. infr. de pignor. l. 6. §. vlt. inf. de fideiuss.* Atqui cùm super sorte & principali obligatione iuratum est, tollitur tota principalis obligatio, quia iusiurandum vim habet acceptilationis, quæ licèt imaginaria tantùm solutio sit & ciuilis, eundem tamen effectum obtinet quem vera & naturalis solutio ad obligationem omnem tollendam & naturalem & ciuilem *l. pen. infr. de solut. §. 1. Instit. quib. mod. tollit. oblig.* Ergo & facere debet iusiurandum hoc à debitore exactum vt pignus liberetur, quod non nisi accessorium est, & quod tamen non liberaretur, si vel naturalis obligatio superesset *l. debitor 59. infr. ad SC. Trebell.* si versiculum illum retineas, quem tamen irreptitium esse nos in Coniecturis docuimus *remanet ergo propter pignus naturalis obligatio*, quam in proposito per iusiurandum sublatam esse, vel ex hoc maximè intelligimus, & ex *l vlt. infr. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis de solut.* Neque verò de hoc aut Accursius aut alius quisquam dubitat, sed tantùm de obligatione ciuili quam negat Accursius, & post eum cæteri, æquè tolli per iusiurandum vt inferant nec actionem pristinam tolli quæ nascitur ex ciuili obligatione, quod tamen à nobis iam sæpius refutatum est, ea potissimum ratione, quòd iusiurandum & nouationis adeóque delegationis vim habeat, & solutionis ex *l. qui iurasse 26. §. vlt cum l. seq. & l. in duobus 28. §. 1. supr.* itémque, vt in hac lege scriptum est, acceptilationis, de qua nemo dubitat quin obligationem omnem ipso iure perimat & naturalem & ciuilem, in quo maioris potestatis est iusiurandum, quàm res iudicata, quæ obligationem naturalem nullomodo perimit, ciuilem verò non nisi ope exceptionis, ideóque nec parit soluti repetitionem *l. Iulianus verum debitorem 60. infr. de condict. indeb.* quia res iudicata, non sicuti iusiurandum, ex conuentione proficiscitur. sed in inuitum redditur *d. l. qui iurasse 26. §. vlt. l. inter stipulantem 83. §. 1. de verb. oblig.* nec ad hunc casum pertinet quod obiecimus ex *d. l. 2. C. de luit. pign.* & aliis supradictis, supponunt enim aliquam adhuc obligationem superesse saltem naturalem, cui pignus possit accedere & de actione loquuntur, non quæ sit peremptа ipso iure, sed quæ sit sùmmota vel summouenda per præscriptionem, aut aliam exceptionem.

a *Perpetuam certè exceptionem parit.* RAT. DVB. Exceptio nihil nisi actionis exclusio est *l. 2. & 3. infr. de except.* Atqui iusiurandum, vt proximè diximus, tollit & perimit ipso iure actionem, sicut & ciuilem obligationem ex qua actio nascebatur, cùm sit simile acceptilationi. Ergo implicat contradictionem, vt pariat etiam exceptionem. DEC. Quemadmodum ei cui damus actionem, multo magis damus exceptionem *l. inuitus 156. §. 1. de regul. iur. l. 1 §. is autem de superfic.* ita & is qui ipso iure liberatus est, multo magis liberandus est per exceptionem, si quo modo conueniatur, multóque tutius liberatur per exceptionem, vel ob hoc ipsum ne de apicibus iuris frustra disputandum sit, an ipso iure sit liberatus, vt in *l. qui seruum 34. §. 1. de oblig. & actio.* Fieri enim potest, vt is quoq; qui ipso iure liberatus est, de facto tamen conueniatur agente actore sine actione, quamuis iure id fieri non possit *l. si pupilli 6. §. vlt supr. de negot. gest. l quoties 9. §. & generaliter de admin tutor.* Eò namque pertinent exceptiones omnes quas nostri dicunt exclusiuas iuris agentis, vt illa *Age cum Geminiano: quod ad te liberas ædes habeo, tua non interest, tibi non competit actio*, & si quæ sunt similes, aut si fortè obreptum sit, Prætori nulla delati præstitique iurisiurandi facta mentione, siue dolo malo id tacitum sit & ad circumeniendam Prætoris religionem, vt in *l. Diuus Hadrianus 33. de re iudic. l. inuito 5. §. pen. infr. de reb. eor. qui sub tutel.* siue per facti ignorantiam si forte heres illius, qui iusiurandum detulerat, ignorans delationem eandem actionem instituerit, fortassis etiam contra illius qui iurauit heredem æquè factum defuncti ignorantem: est enim facti alieni probabilis semper ignorantia *l. vlt. infr. pro suo.* in iis maximè qui in alterius locum & ius succedunt *l. qui in alterius 42. l. non potest improbus 99. de regul. iur.* Nihil igitur vetat eum qui ipso iure per iusiurandum liberatus est, æquè ac per acceptilationem posse tueri se exceptione, si eam à Prætore petat, quam exceptionem meritò Iulianus ait esse perpetuam: quomodo enim posset esse temporalis in eo, qui ipso iure sit liberatus? id est, in perpetuum. sicut enim ius nostrum perpetuum est, ita & quicquid ipso iure fit, in perpetuum fit.

b *Idcirco pœnam quoque petentem creditorem.* RAT. DVB. Cùm pœna promissa est per stipulationem (nec enim nudo pacto promitti vnquam vtiliter potest *l. si seruus 7. infr. de seru. export.*) nihil aliud quærendum est quàm quænam sit quantitas & condicio stipulationis etiamsi nihil interfit stipulatoris *l. stipulatio ista 38. § alteri de verb. obligat.* aut etiamsi minus *l. vlt. infr. de prætor. stipulat.* Atqui iusiurandum quod creditor à debitore exegit, & debitor præstitit, non aliud efficere potest, quàm vt nihil interesse dici possit creditoris, qui nec creditor esse intelligitur, postquam iuratum est nihil deberi. Ergo non potest iusiurandum facere quominus pœnam vtiliter petere creditor idémque stipulator possit. DEC. Pœnæ quoque obligatio sicut & pignoris accessoria est, nec proinde potest subsistere sublata principali ex regula *d. l. cùm principalis 178. de reg. iur. l. si homo mortuus 69. infr. de verb. oblig.* sed tollitur eo ipso modo quo & principalis aut ipso iure aut per exceptionem, sublata ergo principali per iusiurandum ex quo nascitur exceptio perpetua, tolli quoque persecutionem pœnæ necesse est, saltem ope exceptionis, nam neque pœna aliter vnquam debetur aut promittitur aut petitur, quàm si obligationi principali non satisfiat nec soluat debitor quod debet *l. si pacto quo pœnam 14. C. de pac. l. nuda 5. C. de contr. & commit. stipulat. & d. §. alteri.* Atqui verum est debitorem non esse amplius debitorem postquã iurauit se nihil debere, cùm iusiurandum pro veritate habeatur *l. eum qui 30. §. vlt. & pass. supr.* Nec igitur pœnam vllam debere potest ob id, quod non soluerit pecuniam, quam non debuit.

c *Et solutum repeti potest.* RAT. DVB. Potest fieri vt quis tutus sit exceptione perpetua, vt puta Senatusconsulti Macedoniani *l. 3. infr. de except.* nec tamen si soluat, possit repetere *l. qui exceptionem 40. infr. de cõd.*

BIU Cujas

indeb. Ergo non est bona ratiocinatio Iuliani nec bona consecutio, vt quod solutũ est à debitore, qui iurauit se nihil debere, idcirco possit repeti, quòd perpetuam habeat ex iureiurando exceptionem. DEC. Exceptiones perpetuę sunt duplicis generis, quædam fauorabiles, quas fauor excipientis introduxit, qualis est exceptio Senatusconsulti Velleiani de intercessionibus mulierum: quædam odiosæ, inductæ scilicet potius odio creditorum contra quos opponuntur, qualis est exceptio Macedoniani. Quæ sunt prioris generis, pariunt soluti repetitionem, non etiam cæteræ *dict. leg. qui exceptionem.* Porrò exceptio perpetua, quam Prætor dat ex iureiurando fauorabilis est, non odiosa, non tam enim odio illius qui iusiurandum detulit, comparata est, qui certè nullo dignus est odio, præsertim cùm iurauerit de calumnia, quàm fauore eius qui ex delatione iurauit de principali negotio. Bona igitur Iuliani ratiocinatio, & consecutio est, vt quod hic qui iurauit soluerit, repetere per condictionem indebiti tanquam indebitum possit, ex regula *d. l. qui exceptionem.*

d *Vtpote cùm interposito eo.* RAT. DVB. Quoties iusiurandum defertur, & præstatur, id agi intelligitur, vt ab ea tantùm controuersia discedatur in qua & de qua iuratum est, non de alia quæ in iudicium deducta non fuerit *dict. l. si actor 36. supr.* Atqui in proposita specie, controuersia de qua iuratum est, illa tantùm fuit, an is qui conueniebatur tanquam debitor, eam pecuniam deberet quæ petebatur, non etiam de iure pignoris, de quo nec quærebatur. Alia enim est actio de sorte quæ personalis est & directa in personam debitoris, alia verò hypothecaria quæ est in rem, & de qua non quærebatur, sed & longè alia quæstio est de soluti repetitione, itémque de pœnæ persecutione, de quibus nec controuersia vlla erat tempore delati præstitique iurisiurãdi. Non igitur id actum videri potest, vt etiam à controuersia quæ de pignore fieri poterat, necdum tamen facta erat, discederetur. DEC. Controuersia de iure sortis & debiti principalis includit controuersiam de iure pignoris, cùm ius & vinculum pignoris non aliter possit subsistere, quàm si aliqua principalis obligatio sit, cui pignus possit accedere, vt diximus ad initium huius legis. Idemque iuris est de pœnæ persecutione, & de indebiti soluti repetitione: pendéntque omnes hæ actiones ex eadem quæstione facti, an sors debeatur, necne. Ergo iusiurandum ad illas quoque actiones omnes pertinet, quia de toto negotio iurasse intelligitur is qui iurauit nihil se debere, vt in *l. si duo* 13. § *idem Iulianus supra hoc tit.* vt à tota controuersia, quæ ex eo pendebat, discederetur. Idque est quod Paulus scribit in *l. in duobus* 28 §. *exceptio supr.* Exceptionem iurisiurandi, non tantùm ea actione quis vtatur, cuius nomine exegit iusiurandum opponi debere, sed etiamsi alia, si modò eadem quæstio in iudicium deducatur.

41. POMPONIVS libro singulari Regularum.

LAbeo etiam absenti, & ignoranti iurisiurandi gratiam fieri posse, respondit: sed & per epistolam iurisiurandi gratia fieri potest.

Ad l. Labeo 41.

RAT. DVB. Gratiam Iurisiurandi facere species quædam donationis est, ideóque nec pupillo nec eius tutori id permittitur *l. iurisiurandi* 32. vbi diximus *sup. hoc tit.* Atqui donatio licèt absenti quoque fieri possit, ignoranti tamen fieri non potest, cùm non prius perfecta videri possit, quàm donatarius rem sibi donatam esse sciuerit & acceperit, etiamsi seruo eius tradita sit, nisi proponas ea mente traditam seruo vt per eum donatarius statim dominus fieret, sicuti disertè scriptum est in *l. absenti* 10. *infr. de donat.* Cùm enim donatio non nisi per stipulationem vel traditionẽ fieri queat, eam quidem quæ per stipulationem fiat certum est inter absentes fieri non magis posse quàm stipulationem ipsam *leg. 1. infr. de verb. obligat.* eam verò quæ fiat per traditionem licèt fieri alij possit, absentis nomine, non prius tamen effectum habere, quàm donationem sciuerit, & agnouerit is, cui donatum quis voluerit *dict. l. absenti iunct. l. 4. eod. tit. l. nec ambigi 6. Cod. eod.* Donatio enim beneficiũ est *l. interdictum* 14. *infr. de precar.* inuito autem beneficium non datur, vt habet iuris regula. Ergo non potest verum esse quod Labeo dicebat, & Pomponius hîc probat, etiam absenti, & ignoranti gratiam iurisiurandi fieri posse. Et verò cùm nihil tam naturale sit quàm vnumquodque dissolui eo modo quo colligatum est *vulg. l. nihil* 35. *de reg. iur. l. prout* 80. *de solut.* iusiurandum autem neque absenti neque ignoranti deferri possit, quandoquidem statim & continuo suscipi debet, vt ex ea delatione iurari possit *l. non erit* 5. §. *vlt.* vbi diximus *supr. hoc tit.* consequens est, vt nec nisi præsenti & scienti, adeóque cõsentienti gratiam iurisiurandi facere possit is qui detulit. DEC. Iurisiurandi rem ipsio quæ fieri intelligitur, cùm iurisiurandi gratiam facit ille qui detulerat, fauorabilis est per quam scilicet fit vt delatum iusiurandum habeatur non pro reuocato, sed pro præstito, in fauorem eius, qui suscipiendo iusiurandum iam declarauerat velle se iurare, & in præiudicium illius cuius solius intererat susceptum iusiurandum aut præstari aut referri. Nam & satis voluntatem suam declarat is, qui gratiam iurisiurandi facit, quòd nec ab aduersario nec à se iurari velit, denique nihil noui facit, nisi quod pro facto habet id quod ab aduersario fieri voluerat. Cùmque per eũ stet ne aduersarius iurare amplius possit, etiamsi maximè velit (neque enim bis iuratur de eadem re, & iusiurandum remissum habetur pro præstito, vt diximus) apparet ipso iure fieri, vt pro præstito habendum sit non expectata voluntate, nec facto aliquo eius, cui iurisiurandi gratia fit, ex *regul. l. iure ciuili 24. de condict. & demonstr. l. in iure ciuili 161. de reg. iur.* Ideóq; non potest videri hæc donatio similis ei, quę fit per stipulationem aut per traditionem nec collationibus præbendarum pro curatoribus absentium factis de quibus in *cap. si tibi absenti de præben. in 6.* vt ius aliquod nouũ donatario acquiratur, non tam enim aliquid acquiritur ei cui iurisiurandi gratia fit, quàm eripitur ei, qui gratiam facit, ius quod habebat ex sua delatione & ex edicto Prætoris cogendi aduersarium, vt vel iuraret vel referret, vel solueret *l. iusiurandum* 34. §. *ait Prætor &* *seq.*

BIU Cujas

seq.sup.hoc tit. Quod ius nemo dubitat, quin sibi prę-ripere ille potuerit propria sua voluntate, sicut & ex sola ipsius voluntate pendebat, vt iusiurandum deferret, ac quemadmodum potuerat deferre aduersario, etiam inuito, ita & inuito ei gratiam iurisiurandi facere potuit, ex regula *d.l. nihil & d.l.prout.* quod autem fieri potest te inuito, longè magis fieri potest te absente & ignorante ex alia iuris regula *l. qui potest 26. de reg.iur.* qui enim ex delatione iurat, licèt ideo iuret, vt sibi prosit, non tamen sibi iurat, sed ei qui detulit, cui porrò non facit iniuriam, etiãsi non iuret, quando ita semel voluit is, qui gratiam iurisiurandi facit *l. in diem 9. §. 1. de aqua & aquæ plun. arcend.* Nihil ergo prohibet etiam absenti & ignoranti, adeóque quod magis est, inuito aduersario qui iurare debuerat, remitti iusiurandum nullo etiam nuncio intercedente: quamuis Accursius & Bartolus nuncium requirant: quod mihi absurdum videtur, alioqui posset iurisiurandi remissio reuocari re integra, id est, antequam per nuncium res ad notitiam aduersarij peruenisset: quomodo solemus dicere de donatione absenti facta nemine stipulante, ne notario quidẽ, quam re integra & ante acceptationem reuocari posse interpretes omnes cõsentiunt, adeò vt nec desint qui putent idẽ esse, tametsi notarius ex generali consuetudine stipulatus sit absentis nomine citra mandatum, quamuis diuersa sententia magis obtinuerit, vt videre est apud Antonium Tessaurum, *decis.Pedem.* 70. Atquin si verum est, vt est, delationem iurisiurandi factam reuocari postea non posse, vt diximus ad *l.nõ erit 5.§. vl.sup.* cũ tamẽ sit illa odiosa, quoniã obligat aduersarium, vt vel iuret, vel referat vel soluat *d.§. ait Prætor.* quanto minus permittendum erit deferenti, vt gratiam iurisiurãdi quam semel fecerit etiam absente & ignorante aduersario reuocet, vt eum iterum obliget ad iurandum vel referendum vel soluẽdum quem semel liberauit? Proniores si quidem esse debemus ad inducendam aut conseruandam liberationem, quã obligationem *l. Arrianus 41. infr. de oblig. & actio.* Nec bona est ratiocinatio Bartoli, quod iusiurandum procedat ex consensu *l. qui iurasse 26. §. vlt. supr.* ideóque requiratur nuncius vel epistola ex *l. consensu 2. infr. de oblig. & action.* nam in iureiurando siue præstãdo siue verè præstito, id quidem verum est, quia nõ potest præstari, quin & delatum sit ex vna parte, & susceptum ex altera, nec rursum suscipi quin voluntas & consensus vtriusque interueniat: sed in remittendo iureiurando aliud est, quia gratiam facere iurisiurandi eius solius est, qui detulit, pendétque à sola ipsius voluntate, vt probauimus. Etsi enim inuitus quis iurare cogitur, nisi malit vel referre, vel soluere, inuito tamen nemini iuratur, & cuilibet permissum est, ius suum remittere ad sui aduersarij vtilitatem, ita vt nec vllus remittenti dandus sit regressus *l. quæritur 14. §. si venditor infr. de ædil. edict.* Quod verò aliud argumentum sumit Bartolus ex verbis illis quæ in hac lege sequuntur, *sed & per epistolam* quæ nullam, inquit, haberent dubitationẽ, si nulla interueniente epistola, nec nuncius vllus requireretur, cùm ea quæ sine nuncio expediri possunt, multo minus epistolam requirant, multo leuius est. Non enim ait Pomponius epistolam esse necessariam, sed posse etiam per epistolam fieri gratiam iurisiurandi, vt intelligamus tanto magis pendêre hoc ex voluntate solius deferentis, cuius solius epistola est, nec adiicitur versiculus ille quasi de re magis dubitabili, sed ampliatiuè potius, & quasi in consequentiam eius quod dictum fuerat, etiam absenti & ignoranti iusiurandum remitti posse. Id enim si ita est, quidni multo magis per epistolam? sed potest tamen hic quoque casus de iurisiurandi gratia per epistolam facta esse dubitabilior, si fortè ponas quod & probabiliter ponere possumus, absenti quidem & ignoranti factam esse iurisiurandi gratiam, sed tamen in iudicio, adeóque præsente etiam fortassis iudice, cuius præsentia possit etiam aduersarij præsentiam supplere, vt plerumque factum iudicis dicitur etiam factum partis *l. si ob causam 13. C. de euict. l.1. C. si in caus. iudic. pign. capt. fit.* quamquam nihil horũ necesse est. Cur enim præsentiam aut partis, aut iudicis requiramus in ea re quæ inuito quoque, vt iã diximus, aduersario fieri possit? *d.l. qui potest 26. de regul. iur.* At cùm per epistolam iurisiurandi gratia fit, nihil est quod de iudice præsente, vel de iudicio tractari possit, tantóque maior dubitandi ratio est, an iurisiurandi remissio, quæ pro præstatione est, fieri per epistolam possit, cùm iusiurãdum præstitum habeat instar & iudicij & rei iudicatæ *d.l. qui iurasse 26. §. vltim. l. tutor 35. §. 1. iunct. l. 1. supr.* quorum neutrum per epistolam expediri potest, & hæc sanè ad vltimum illum versiculum dubitandi ratio est, sed illa decidendi fortior, quod etiam absenti & ignoranti sine iudice & extra iudicium remitti iusiurandum possit inuito quoque aduersario, quia ex sola deferentis & remittentis voluntate id pẽdeat. Quanti igitur magis per epistolam idem fieri poterit? Malè tamen Accurs. in hanc rem adfert quod scriptum est in *l. generaliter 12. §. his de præsentibus C. hoc tit.* vbi tractatur tantùm de iureiurando vel præstito vel relato vel recusato absente parte, non etiam de remisso. Illud certè non nego quod addit Bartolus, in iis quæ aduersarij scientiam requirunt, vt in dilationibus, quæ interdum absenti parti statuuntur, sufficere vt notificatio, quæ necessaria est, per nuncium fiat aut epistolam, nam nec ante factam notificationem potest tempus dilationis currere ignoranti *l. cùm sex 55. infr. de ædilit. edict.* Addo autem *ignoranti*, quia si aliunde sciuisse probaretur, non esset magis certiorandus *l. 1. in fin. infr. de action. empt.* Et eo iure passim vtimur. Idem Bartolus quærit si quis iurauerit se soluturum ad Pascha, an remitti ei iusiurandum possit, an verò sit periurus, si ad diem non soluat, quamuis iurisiurandi gratiam ei aduersarius fecerit. Sed quæstio illa nil ad hanc legem pertinet, in qua non de promissorio iureiurando agitur, vt neque in toto hoc titulo, sed de decisorio. Verum tamen est etiam promissorij iurisiurandi gratiã fieri posse *cap. 1. extr. hoc tit.* nec periurum esse illum, cui gratia facta est, siue per absolutam iurisiurandi remissionem siue per prorogationem temporis intra quod solui debuit, denique omnia illa quæ impedire possunt ne mora contrahatur, de quibus in *l. sciendum 21. & seqq. infr. de vsur. & in l. mora 32. eod titul.* impedire etiam ne periurium incurratur *cap. breui eo. tit.* In eóque assentior Bartolo.

BIU Cujas

42. IDEM libro 18. Epistularum.

CReditore, qui de mutua pecunia contra pupillum contendebat, iusiurandum deferente, pupillus iurauit se dare non oportere: eandem pecuniam à fideiussore eius petit: an excludendus sit exceptione iurisiurandi? quid tibi placeat, rescribe mihi. Eam rem apertiùs explicat Iulianus, nam si controuersia inter creditorem & pupillum fuerit, an omnino pecuniam mutuam accepisset, & conuenerit, vt ab omni conditione discederetur, si pupillus iurasset, ísque iurauerit se dare non oportere: naturalis obligatio hac pactione tolletur [a], & soluta pecunia repeti poterit, sin verò creditor quidem [b], se mutuam dedisse contendebat, pupillus autem hoc solo defendebatur, quòd tutor eius non interuenisset, & hoc tale iusiurandum interpositum est: hoc casu fideiussorem prætor non tuebitur. Si autem liquidò probari non potest, quid actum sit, & in obscuro erit, (vt plerumque fit) de facto, an de iure [c], inter creditorem, & pupillum controuersia fuerit: deferente creditore, pupillum iurasse intelligere debemus, id actum inter eos [d], vt si iurasset se dare non oportere, ab omni conditione discederetur, atque ita & solutam pecuniam repeti posse, & fideiussoribus exceptionem dari debere existimabimus.

Ad §. vlt. Creditore.

Est lex hæc de pupillo qui accepta mutua pecunia sine tutoris authoritate, dederat fideiussorem, & deferente creditore iurauerat, se dare non oportere. Quæstio autem est an iusiurandum illud prodesse debeat fideiussori, si post iusiurandum pupilli ex promissione sua conueniatur. Respondet autem Pomponius ex Iuliano adhibita distinctione, an controuersia fuerit inter creditorem & pupillum, an omnino accepta fuerit mutua pecunia & conuenerit, vt si pupillus iurasset, ab omni condicione discederetur, vt hoc casu naturalis obligatio tollatur per exceptionem iurisiurandi, & soluta pecunia repeti possit, ac proinde multo magis liberetur fideiussor, ne possit amplius conueniri: an verò pupillus non negauerit creditam sibi pecuniam, sed hac sola ratione se defenderat, quod tutoris authoritas non interuenisset, vt hoc casu Prætor exceptione iurisiurandi fideiussorem non tueatur, an denique in dubio & obscuro relictum sit, quid actum, & de quo iuratum fuerit, an de facto, an de iure, vt hoc casu id actum potiùs videatur, vt si iurasset pupillus se dare non oportere, ab omni condicione discederetur, & tam soluta pecunia repeti possit, & fideiussori exceptio dari debeat. Quæ distinctio sicuti multa capita continet, ita & varias recipit dubitandi decidendique rationes. Et illud inprimis, quod lex ponit fideiussorem interuenisse pro pupillo, qui sine tutoris authoritate mutuam pecuniam acceperat tanquam qui naturaliter esset obligatus. Illa namque primùm dubitandi causa occurrit, quod pupillus sine tutoris authoritate mutuam pecuniam accipiendo, ne quidem iure naturali obligatur, vt disertè scriptum est in *l. pupillus 59. infr. de oblig. & act.* Atqui fideiussor non potest accipi, nisi pro eo qui sit obligatus saltem naturaliter, cùm fideiussoris obligatio sit accessoria ad principalem *l. 6. §. adhiberi & pass. infr. de fideiuss.* Ergo non potest accipi fideiussor pro pupillo, qui sine tutoris authoritate contraxerit mutuamque pecuniam acceperit, non magis quàm pro furioso vel prodigo *l. is cui bonis 6. infr. de verb. obligat.* quibus hac parte pupillus æquiparatur *l. Marcellus 25. in fr. de fideiuss.* DEC. Naturalis obligatio æstimatur ex facto, & ex consensu *l. nec seruus 41. infr. de pecul.* itémque ex vinculo æquitatis quo solo sustinetur *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis infr. de solut.* Atqui naturalis æquitas suadet pacta omnia seruari *l. 1. suprà de pact. l. 1. infr. de pecun. constit.* nec minùs à pupillo, qui mutuam pecuniam accepit, & tantundem se restituturum promisit. habet enim consensum & voluntatem dummodò sit maior infante, nec tamen obligatur iure naturali *d. l. pupillus & l. quod pupillus 41. infr. de condict. indeb.* quia is demum naturâ debet & iure naturali, quem iure gentium dare oportet, cuius fidem securi sumus *leg. cum amplius 85. §. is natura debet de regul. iur.* Non autem oportet, nec æquum est iure gentium pupillum præstare quod promiserit, cùm per naturam ipsam fiat & quodammodo naturæ ipsius vitio, ne tantum iudicij habeat quantum necesse est, ad obligationem aliquam serio contrahendam. Itaque generalis illa & naturalis æquitas, quæ vult pacta seruari, licèt sit sufficiens ad inducendam obligationem naturalem, non tamen sufficit ad inducendam obligationem iuris naturalis, quia ius naturale quamuis æstimetur ex ratione naturali sicut & ius gentium, *leg. 1. §. pen. & vlt. l. omnes populi 9. vers. quod verò supr. de iustit. & iur.* quod in iis rebus quæ ad homines solos pertinent, nil differt à iure naturali *§. singulorum Instit. de rer. diuis.* non tamen ex qualibet naturali obligatione constituitur, sed ex ea sola quæ sit potens ad inducendum ius naturale, id est, quæ non alia æquitate aut pari, aut maiori debilitetur: aliquando enim accidit, vt æquitas pugnet, non solùm cum stricto iure de qua in *l. 1. C. de legib. l. placuit. 8. C. de iudic. l. in omnibus quidem 90. de reg. iur.* sed etiam cum alia æquitate: quod cùm euenit, maior æquitas debet vincere minorem *l. si seruus 61. §. quod verò infr. de furt. l. quoties 200. de reg. iur. l. ita vulneratus 51. sup. ad leg. Aquil.* Illa igitur æquitas, quæ non patitur pupillum ex suis contractibus, sine tutoris authoritate initis serió & efficaciter obligari, quòd per naturam ipsam fiat, vt iu-

BIU Cujas

vt iudicio careat, nec aliud iudicium habere intelligatur, quàm quod per tutoris iudicium, & authoritatem suppleri possit, debet sanè tanquam potentior illam æquitatem generaliorem vincere, quæ omnes in vniuersum homines obligat ad pacta seruanda, semper enim potentiora sunt quæ specialiora, quàm quæ generaliora. Ac proinde fatendum est quod alibi sæpe iam monuimus, aliud esse si quis dicat pupillum obligari naturaliter, aliud verò obligari iure naturali. Obligatur naturaliter, etiam sine tutoris authoritate, ideóque fideiussorem dare potest *d.l Stichum §. naturalis & §. aliquando de solut. l si pupillus 127. infr. de verb. oblig. l. si pupillus 35. supr. de recept. Qui arbitr. recep.* licèt neque infans sit, neque contraxerit cum ipso tutore, sed cum alio [quamuis Bartolus post Accursium ad illos duos casus restringat quod scriptum est in *d. l. 41. & 59.*] vt enim fideiussor dari possit, sufficit naturalem aliquam obligationem subesse, quamuis fideiussor non modò naturaliter, sed etiam ciuiliter obligetur, tanquam qui non nisi ex stipulatione obligari potest *l. blanditus 12. C. de fideiuss. l. 5. §. satis acceptio infr. de verb. oblig. iunct. §. de constituta Instit de action.* Etsi enim tritum est fideiussorem non posse accipi in duriorem causam, id est, obligari durius quàm principalis debitor obligetur *l. Gracè 8. §. illud commune infr. de fideiuss.* potest tamen obligari efficacius. Nec distinguēdum nunc arbitror, quomodo alias distinguebam, vtrum pupillus mutuam pecuniam acceperit, an stipulanti promiserit, cùm vtroque casu naturalis obligatio contrahatur, non tantùm si nouandi animo quis à pupillo stipulatus sit, vt in *l. 1. in fin. de nouat.* quo casu potest quidem pupillus etiam promittendo fieri locupletior, si fortè anteà ciuiliter obligatus ipse erat, sed non si alius, verùm etiam si ex alia quàm nouationis causa, pupillus aliquid per stipulationem promisisse dicatur, vt in *d. l si pupillus 35. sup. de recept. Qui arbitr. recep. d. l. si pupillus 127. de verb. obl.* alioqui nec fideiussorem dare posset, *d. l. is cui bonis*, quem tamen dari ab eo posse constat ex legibus supradictis. At obligari naturâ, aut quod idem est, iure naturali vel gētium non potest, *d. l. quod pupillus 41. de condict. indeb d. l. antep. inf. de oblig. & action.* Multùm tamen interesse arbitror, quantum ad effectus cæteros naturalis obligationis pertinet, an pupillus mutuam pecuniam sine tutoris authoritate acceperit, an stipulanti aliquid promiserit, nam priore casu obligatio illa naturalis quàm pupillus mutuam pecuniam accipiendo contrahit, habet omnes omnino effectus obligationis naturalis, vt sc. pariat exceptionem, deductionem, retentionem, compensationem, & impediat soluti repetitionem *l. iuris gentium 7. §. quinimò sup. de pact. l. frater à fratre 38. l. Iulianus verum debitorem 60. l. Neratius 63. inf. de cond. indeb. l. etiā 6. de compensat. l. sed si damnum 9. §. peculium & seqq. inf. de pecul.* Idque probatur optimè ex hac lege, & ex *d. l. Stichum 95. §. aditio de solut. l. si pupillus 21. ad leg. Falc. l. cùm illud 25. §. heres meus inf. Quand. dies legat. ced.* qui omnes loci sunt de pecunia pupillo credita. At posteriore casu obligatio naturalis pupilli nullum effectum habet *d. l. quod pupillus 41. de cond. indeb.* nisi eum solum, vt eius obligationis nomine fideiussor accipi possit, vt diximus. Et ratio diuersitatis est, quia omnes supradicti effectus obligationis naturalis, exceptio, deductio, compensatio & retentio sunt ex iure ciuili, quatenus sub eo comprehenditur etiam prætorium, iure namque naturali & gentium, sicut actiones omnes incognitæ sunt, ita & exceptiones, & deductiones, & compensationes, & retentiones, quæ non nisi actionibus obiiciuntur ad eas eliendas. Atqui contra iuris ciuilis regulas pacta omnia sunt quæ fiunt à pupillo sine tutoris authoritate, nisi ea ex quibus meliorem suam conditionem facere possit *l. contr. 30. supr. de pact.* nemo autem promittendo fit locupletior. Non igitur æquum est, vt iuris ciuilis vel prætorij auxilium ei prosit, qui contra iuris ciuilis & prætorij regulas pactus est. At verò is, qui mutuā pecuniam dat pupillo etiam sine tutoris authoritate nihil facit contra iuris regulas, quia potest euenire facilè, vt pupillus mutuam pecuniam accipiendo fiat locupletior, imò hoc ipso quod accipit, locupletior fit, cùm acquirat dominium pecuniæ, quæ ante fuit aliena, nisi accidat postea, vt eam perdat, quod sicuti potest contingere, ita & potest non contingere: nec prohibendus fuit pupillus, cui & ciuile & prætorium ius prospicere volunt, ne mutuam pecuniam accipere posset, si quando tam stultus aliquis inueniretur, qui etiam pupillo sine tutoris authoritate mutuam pecuniam dare vellet ne alioqui quod in fauorem pupillorum constituebatur, in eorum odium retorqueretur contra *l. quod fauore 6. C. de legib. l. pen. C. ad SC. Trebell.* In eo tamen quod ad fideiussoris dationem spectat, nihil distat inter obligationem vtramque naturalem, siue per promissionem pupilli siue per numerationē pecuniæ contracta sit: quia nihil pupilli interest, nec dāno ipsius creditur naturalis illa obligatio, sed solius fideiussoris qui nullum ex ea causa egressum habere contra pupillum potest, neque mandati neque negotiorum gestorum actione, si modò absque tutoris authoritate pro pupillo fideiusserit *d. l. Marcellus 25. inf. de fideiuss.* Et ita quæstio hæc tota de obligatione naturali pupilli explicanda mihi videtur, paulò melius ac probabilius quàm à nobis factum sit, *in d. l. contra 30. sup. de pact.* vbi nimis generaliter negauimus pupillum stipulanti promittentem obligari naturaliter, nisi cum animo nouandi promisit *ex d. l. 1. in fin. de nouat.* quasi hoc solo casu possit accidere, vt promittendo fiat locupletior, cùm tamen Vlpianus in *d. l. 1.* eum quoque casum tractet, quo quis à pupillo sine tutoris authoritate stipulatus sit, etiam quod alius quàm pupillus debebat, quo tamen casu nemo dixerit pupillum promittendo fieri locupletiorē, vt neque in specie *d. l. si pupillus 127. de verb. oblig. & d. l. si pupillus 35. sup. de recept. Qui arbitr. recep.* in quibus locis nihilominus datur vtiliter fideiussorem, non alio vtique iure quàm quia sit obligatus naturaliter. Quantum verò interfit an pupillus sine tutoris authoritate mutuam pecuniam acceperit, an autem stipulanti promiserit, ex eo quoque intelligimus, quod si ex pecunia quam accepit mutuam, probetur factus locupletior, obligatur etiam ciuiliter, & conueniri potest ex rescripto Diui Pij *l. 3. §. sed si pupilli, l. si pupilli 6. l. Nesennius 34. supr. de negot. gest.* quod in pupillo qui stipulanti promisit nunquam obtinet, nec si pupillus ciuiliter obligatus promiserit sine tutoris authoritate animo nouandi, & ex ea nouatione locupletior factus videri possit, conuersa obligatione ciuili in naturalem *d. l. 1. in fin. de nouat.* Quænam enim esset vtilitas pupilli, si hoc casu ob nouationem suo commodo factā teneretur ciuiliter? desineret enim fieri locupletior, hoc ipso quod inciperet teneri ciuiliter, atque ita eodem instanti locupletior fieri & inciperet & desineret; quod esset ridiculum: non enim potest desinere quod nec vnquam incepit *l. non potest videri 208. de reg. iur. l. Titio vsufructus 96. de cond.*

BIU Cujas

& demonstr. l. promissor 21. §. 1. *infr. de pecun. constit.*

a *Naturalis obligatio hac pactione tollitur.* Ita in Pand. Florent. & multo melius quàm in vulgata editione quæ habet *hac exceptione.* Non enim per exceptionẽ tollitur obligatio naturalis, sed per pactionẽ illam quæ conuenerit, vt si iuraret pupillus se dare oportere, cùm negasset se omnino pecuniã accepisse ab omni condicione litis discederetur: secuto sc. iureiurando, per quod nimirum obligatio tota tollitur, nec tantùm ciuilis quoties aliqua subest, sed etiam naturalis *d. l. Stichum aut Pamphilum* 95 §. *naturalis de solut.* non enim daretur exceptio ex iureiurando si non esset sublata iam per iusiurandum naturalis obligatio. Sublata verò naturali obligatione, nulla indiget pupillus exceptione, quia nec antè quàm iurasset, vlla tamen poterat actione conueniri, cùm esset naturaliter tantũ obligatus, obligatio autẽ naturalis si cum ciuili non sit coniuncta, nullam actionem parere possit, sed tantùm exceptionẽ, aut retentionem, qui sensus est *l. naturales* 10. *infr. de obl & act.* Igitur ex hoc iureiurando non nisi fideiussoribus competet exceptio, si postea ex fideiussione conueniatur, vt in fine huius responsi. Pupillo autem cõpetet repetitio, si fortè per errorem facti soluerat, tutore authore (hoc enim necessariò ponẽdum est, alioqui omnimodo & omni casu persona pupilli locũ faceret repetitioni *l. interdum* 29. *infr. de cond. indeb.*) antequam fortè iuraret aut etiam post præstitũ iusiurandum, cuius obliuio potiùs præsumenda est in pupillo qui in illa ætate ignorat etiam ea quæ videt *l. vnic. C. de fals. monet.* quàm vt prudens & sciens videatur donasse id quod sciebat & iam iurauerat se nõ debere ex *reg. l. cuius per errorem* 53. *de reg. iur.* Quid enim est quòd pupillus sciens & prudens feciſſe videri possit, qui nec potest fallere? Vnde est quod nec iurare posset nisi iusiurandũ tueretur Prætor ratione illa, quòd imputare sibi debeat is, qui tã stultus fuit, vt pupillo quoq; iusiurandũ detulerit *l. qui iurasse* 26. *in pr. iunct. l. iusiurandum & ad pecunias* 34. §. 1. *sup. hoc tit.* Suaues verò sunt interpretes nostri qui ex hoc potissimum verſiculo notant, & ex *d. §. naturalis* obligationem duntaxat naturalem tolli per iusiurandum non etiam ciuilem, quomodo enim poterat in hac specie tractari de obligatione ciuili sublata vel tollenda per iusiurandum, cùm nulla nisi naturalis subesset? Aut cur dicamus ciuilem obligationẽ non tolli, cùm tollatur etiã naturalis, quæ tamen multo difficilius tollitur? *leg. Iulianus verum debitorem* 60. *infr. de cond. indeb.* sitque iusiurandum simile non tantùm transactioni, & rei iudicatæ *l. 1. & 2. supr.* sed etiam nouationi, & delegationi *d. l. qui iurasse §. vlt.* & solutioni *l.* 27. *&* 28. §. 1. & denique acceptilationi *l.* 40. *supr.* His siquidem modis omnibus constat & naturalẽ obligationẽ tolli & ciuilẽ si qua subsit. Ratio autẽ dubitandi ad hanc primam partem distinctionis, quã ex Iuliano Põponius probat, illa erat, quòd iusiurãdum inter alios delatum & præstitũ aliis nec prodesse debeat, nec nocere *l. nam postea quam* 9. §. *vlt. & legibus eqq. hoc tit.* in proposita autem specie iusiurandum nec delatum fuerat à creditore alij quã pupillo, nec ab alio præstitum, quã à pupillo, ergo non debet etiã fideiussoribꝰ prodesse. Decidendi verò illa est, quòd obligatio fideiussorum accessoria est, nec proinde potest subsistere sublata principali, vt diximus ad *d. l. iusiurandum* 40. *sup.* At qui cùm pupillus ex cõuentione & delatione iurat se omnino non accepisse mutuam pecuniam, nulla potest supereſſe obligatio, ne quidem naturalis, cui fideiussor accedere potuerit, præsertim cùm proponeretur cõuenisse inter creditorem & pupillum, vt ab omni condicione discederetur, si pupillus iurasset se dare non opottere. Fideiussores ergo liberatos quoque esse necesse est, & quidem ipso iure, si meã iuris rationem ex rei veritate æstimes, sed tamen tutiùs per exceptionem propter implicitam quæstionem facti, subest enim illa ex iurisdictione pendens quæstio, vt Claudius loquitur ad Scęuolam in *l. filia* 88. *de solut.* de qua re iuratum sit, & qua lege ac condicione iusiurandum delatum sit.

b *Si verò creditor quidem.* RAT. DVB. Quod pupillus sine tutoris authoritate mutuum accepit, ita demũ eum obligat naturaliter ne quod pubes factus soluerit repetere possit, si locupletior ex eo mutuo factus sit *l. naturaliter* 13. §. *vlt. infr. de cond. indeb.* nam vt ex Pomponio nostro subiicitur in *l. seq.* hoc natura æquum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem *l. iure naturæ* 206. *de reg. iur.* Ergo vt pupillus ne quidẽ naturaliter obligatus dici possit, & cõsequenter, vt fideiussores ab eo dati liberẽtur saltem per exceptionem, satis est, hoc solo defẽdi pupillũ quòd tutor eius non interuenerit, si non in contrarium alleget creditor factum eum ex mutuo locupletiorem. Proindè iusiurãdum tale pupilli in hac quoque specie fideiussores tueri debet tanquam qui nulli obligationi accesserint, ne quidem naturali. DEC. Pupillus qui mutuam pecuniam accepit, & ex ea factus est locupletior, in eo differt à pupllo, qui locupletior factus non est, quod obligatur non solùm naturaliter eo quo suprà diximus modo, sed etiam iure naturali adeóque ciuili post rescriptum Diui Pij, qui hoc casu etiam actionem contra pupillum induxit *d. l. 3. §. pupillus l. si pupilli* 6. *in prin. l. Nesennius* 34. *ad fi. de neg. gest. l. 3. in pr. inf. Commod.* non etiam is, qui locupletior factus non est *d. l. pupillus* 59. *infr. de oblig. & actio.* At quin vt pupillus, & alius quilibet fideiussorem dare possit, nec soluti repetitionem habeat, sufficit vt obligatus sit naturaliter, quamuis nec ciuiliter, nec iure naturali, adeóque si de fideiussore duntaxat dando quæratur, sola sufficit naturalis obligatio etiam contra iuris ciuilis regulas contracta, vt puta si quis à pupillo sine tutoris authoritate stipulatus sit *d. l. 1. in fi. de nouat. d. l. si pupillus* 35 *sup. de recept. qui arbitr. recep. dict. l. si pupillus* 127. *de verb. obl.* Ergo cùm hoc sit commune vtrique pupillo, siue locupletiori facto, siue non facto, vt naturaliter obligetur, solutúmq; non possit repetere, quãuis authoritas tutoris non interuenerit, non potest iusiurandum pupilli qui iurauit se quidem pecuniã mutuam accepisse, sed authoritatem tutoris nõ interueniſſe, ideóq; nec dare se oportere, illam habere interpretationem & tam amplum effectũ, vt fideiussori quoque prodesse debeat, quoniam nec tale est, vt ex eo possit inferri pupillum non esse naturaliter obligatum: quem porrò naturaliter obligatum esse & manere sufficit, vt fideiussor in obligatione retineatur: at non vt pupillus ipse condẽnari debeat creditori aut ab eo conueniri possit, cùm naturalis obligatio actionem patere nequeat, multo minus condemnationem. Hoc verò Bartolus malè explicat, qui sic intelligit, vt hoc casu per iusiurandũ pupilli tantùm persona eius ab obligatione eximatur, obligatio autẽ ipsa retineatur, quod certè dici non potest, nam persona pupilli non eximitur à naturali obligatione, sed tantùm à ciuili, quæ contracta fuisset, si pupillus vel tutore authore mutuam pecuniã accepisset vel ex ea pecunia locupletior factus

fuisset

fuisset. Obligatio autem retinetur naturalis tantùm non etiam ciuilis, & ideo nimirum pupillus non potest condemnari, vt diximus. Sed ea res non prodest fideiussori, quominus & conueniri possit & condemnari, quia non ex ciuili obligatione pupilli, sed ex sua propria conuenitur, quam contraxit, promittendo per stipulationem. Longéque alia species est *l. Granius 71. infr. de fideiuss.* vbi vnius ex pluribus obligatis persona tantum eximitur ab obligatione, quæ tamen quod ad alterum salua & integra manet. Quod ergo scriptum est in *d. l. naturaliter* 13. §. *vlt. inf.* Pupillum, qui mutuam pecuniam accepit, & locupletior factus est, si pubes factus soluat, non repetere, non sic accipi debet, quasi à contrario sensu velit Paulus innuere: posse igitur repetere, si locupletior factus non sit: esset enim id absurdum, pugnaretque maximè cum hac lege & aliis supradictis, vt nos ad eum locum dicemus.

c *De facto an de iure.* RAT. DVB. Non potest nec debet iurari de iure, sed tantùm de facto *l. in duobus* 28. §. *supr.* ius enim semper certum est, factū verò incertum & probandum *l. 2. de iur. & facti ignor.* Malè igitur Paulus hîc ponit etiam de iure posse iurari, nisi dicas cum Accursio, Paulum hîc ius dicere pro qualitate facti, vt in *l. 2. C. si contr. ius vel vtilit. pub.* DECID. Qui iurat se dare non oportere, non de simplici iure iurat, sed de facto ex quo ius oritur: ius enim semper in causa positum est, vt in *l. si ex plagis* 52. §. *in cliuo Capitolino supr. ad leg. Aquil.* Idque appareret ex vulgari illa formula vetere iudiciorum, *si paret Tuium Sempronio dare decem oportere*, quod actores omnes intendebant in omnibus condictionibus §. *appellamus Instit. de action.* Quibus verbis cognitionē facti mandabat iudici Prætor, qui ipse de facto cognoscere non poterat ante *l. 2. C. de pedan. iudic.* Neq; verò ponit hîc Pomponius iuratum esse de iure, nec distinguit, an de iure, an de facto iuratum sit, sed quod longè diuersum est, an de iure, an de facto controuersia fuerit: illæ enim quæstiones, an pupillus conuentus condictione certi ex mutuo, tanquā ciuiliter quoque obligatus (alioqui nec conueniri posset, vt diximus) pecuniam mutuam acceperit, nécne, an cum tutoris authoritate, an non & an ex pecunia illa locupletior factus sit, aut non, quæstiones facti sunt non iuris, sed ex quibus tamen ius illud oritur, vt pupillus vel naturaliter tantùm obligatus sit, vel ciuiliter quoque, vel nullomodo. At iuris quæstio illa est, an pupillus, qui mutuam pecuniam accepit sine tutoris authoritate, nec locupletior factus est, naturaliter obligetur, & an iure etiam naturali, an & ciuili: de qua iuris cōmunis quęstione, sicuti iudex nunquam pronunciat, ita ne iurari patitur, sed tantùm de iure priuato actoris vel rei *dari* sc. *oportere vel non oportere*, vt bene Bartolus distinguit. Qua iurandi aut pronuntiandi formula iuris equidem quæstio continetur, sed implicita quęstioni facti, & de qua perinde ita iurari nihil phibet.

d *Intelligere debemus id actum inter eos.* RAT. DVBIT. Facienda potius interpretatio est contra iurantem, qui apertiùs & liquidiùs iurare potuit, ex regula *l. veteribus* 39 *sup. de pact. l. in duobus* 28. §. *igitur si quis in fin. supr. hoc tit.* aut saltem debet interrogari is, qui iurauit ex qua causa iurauerit, vt in specie *d. l. in duobus* § *si ei qui.* Ergo non debet in dubio intelligi id actum, vt si pupillus iurasset se dare non oportere, ab omni condicione discederetur. DECID. Proniores esse debemus ad deliberationem, quàm ad obligationem aut inducendam aut retinendam *l. Arrianus* 41. *infr. de oblig. & action.* Ergo vt pupillus à naturali quoque obligatione non minus quàm à ciuili liberetur, & consequenter fideiussor à sua quoque & naturali & ciuili, dicendum est in dubio id actum videri inter creditorem & pupillum, vt si pupillus iurasset se dare non oportere, ab omni condicione discederetur: est enim semper probabilior illa præsumptio, vt qui iurauit, de toto iurasse intelligatur, vt in *l. si duo* 13. §. *idem Iulianus sup.* si modò iurisiurandi verba eam interpretationem patiantur, nec repugnent. Non autem repugnant generalia illa *pupillum dare non oportere.* nec causa vlla est, cur debeat fieri interpretatio contra iurantem, quin potius contra deferentem, qui deferendo potuit legem apertiùs dicere quàm iuraturus sequi omnino cogeretur *l. 3. §. vlt. supr.* is enim qui defert, legem dat iurisiurando, non is qui iurat. Aliud probandum esset, si ex alia & noua causa ageretur, de qua probabiliter dubitari posset, an iureiurando iam præstito decisa esset. Tunc enim iis distinctionibus locus esset, de quibus in *d. l. in duobus* §. *si ei qui & §. igitur si quis*, vt bene Bartolus obseruauit. Hîc enim agitur ex eadem causa contra fideiussorem, ex qua actum fuerat contra pupillum de eadem pecunia credita licet alia & separata actione, eadémque tractabatur facti quæstio *d. l. in duobus* §. *exceptio supr.*

1 ¶ Si fideiussor iurauerit se dare non oportere, exceptione iurisiurandi reus promittendi tutus est. atquin si, quasi omnino idem non fideiussisset, iurauit, non debet hoc iusiurandum reo promittendi prodesse

Ad §. 1. Si fideiussor.

RAT. DVBIT. Non quemadmodum debitoris iusiurandum prodesse fideiussori potest, quoties sc. debitor in totum liberatur, id est, à naturali quoq; obligatione, vt diximus ad initium huius legis, ita & è contrario iusiurandum fideiussoris prodesse reo debet. nam cùm iusiurandum habeat vim pacti conuenti *l. tutor pupilli* 35. §. 1. *sup.* certum est pacta fideiussoris non posse reo prodesse, quamuis pacta rei prosint fideiussori, nisi sint omnino personalia *l. & heredi* 21. §. *vlt. & legib. seq. supr. de pact.* nempe quia debitoris interest fideiussorem liberari qui contra eum habiturus esset regressum actione mandati vel negotiorum gestorum *l. 5. de liber. legat.* & per fideiussorem peruenirētur ad reum *l. cùm lex* 46. *infr. de fideiuss.* At nihil interest fideiussoris reum liberari, quoniam fideiussoris obligatio accessoria est, quæ commodè potest tolli subsistente principali *d. l.* 21 §. *vlt. de pact.* DEC. Iusiurandum non modò pacti &. rei iudicatæ vim habet, sed etiam solutionis *l. iusiurandum* 27. *sup.* Atqui per solutionem à fideiussore factam etiam reus liberaretur, quia licèt duæ sint obligationes debitoris & fideiussoris, vnica tamen solutione tolluntur *leg. vlt. Cod. de fideiuss.* sicut & obligatio correorum debendi *l. 2. §. 1. de duobus reis leg. vlt. C. eod.* Ergo & per fideiussoris iusiurandum reum quoque liberari dicendum est, non minus quàm fideiussorem per iusiurandum rei *l. in duobus* 28. §. 1. & 2. *supr.* nimirum si de contractu ipso & de re, non de

BIU Cujas

sua tantùm persona fideiussor iurauerit, vt ibidem scriptum est. Nam si quasi omnino idem non fideiussisset, iurauerit fideiussor se dare non oportere, non debet hoc iusiurandum reo prodesse, vt subiicit hîc Pomponius, sed soli fideiussori, cuius persona sola obligatione exempta intelligitur, non etiam obligatio principalis sublata, vt & in *leg. Granius* 71. *infr. de fideiuss.* In dubio tamen de contractu ipso, & de omni obligatione iuratum intelligitur, vt ex initio huius §. constat, & ex fine responsi præcedentis, id est, aut contractum nullum interuenisse, cui fideiussor accesserit, vel accedere potuerit, vel si quis præcesserit sublatam extinctámque omnem obligationem fuisse, aut acceptilatione, aut solutione vera, aut quo alio modo ex iis quibus placuit obligationes omnes etiam legitimè contractas, legitimè tolli posse: de toto enim iurare semper in dubio quilibet intelligitur *leg. si duo* 13. §. *idem Iulianus supr.* Iunge quæ scripsi ad *dict. leg. in duobus* §. 1. *& 2. supr.*

2 ¶ Sed & si, actore deferente, defensor absentis, vel præsentis iurauit, eum, quem defendit, dare non oportere: exceptio iurisiurandi ei, cuius nomine iuratum fuerit, dari debebit. Eadem ratio est, & si fideiussoris defensor iurauerit: reo enim datur exceptio. 3 ¶ Item, si reus iurauit, fideiussor tutus fit. quia res iudicata secundum alterutrum eorum, vtrique proficeret.

Ad §. 2. Sed etsi actore deferente.

RAT. DVB. & DECID. Eadem est quæ ad *l. nam posteaquàm* 9. §. *iusiurandum supr. hoc tit.* vbi latè diximus, nec importuna repetitione longiores commentarios nostros facere nostri vel otij, vel instituti est. Sed quod in hoc §. additur, eandem rationem esse, si fideiussoris defensor iurauerit, reóque dari exceptionem debere nouum est, nec enim aut in *d.* §. *iusiurandum*, aut alibi vspiam tale quid proditum est, vt bene obseruat Accursius: recipit autem dubitandi rationem aliquam nouam ex eo quòd eius qui fideiussorem defendit, persona omnino extranea est reo, qui cum eo nec contraxit, nec quasi contraxit, vt proinde tanto difficilius videatur per eum, tanquam per liberam personam acquiri exceptionem reo, cui vix per fideiussorem ipsum acquiritur, vix etiam fideiussori ipsi per eius defensorem. DEC. tamen ratio illa est, quòd defensoris eadem persona esse videtur, quæ ipsius qui defenditur, cùm defendere nihil aliud sit quàm eandem vicem, quam reus subire *l. minor* 51. §. *defendere supr de procurat.* nec proinde valde refert, an fideiussor, an defensor fideiussoris iurauerit. Eadem igitur distinctio adhibenda est, quam in fideiussore ipso adhibuimus in §. *præced.* an de contractu, & re ipsa, an verò de sola fideiussoris persona iurauerit. Quod autem sequitur, si reus iurauerit fideiussorem tutum esse, generaliùs, & indistinctè verum est, dummodò ita reus iurauerit, vt se ab omni obligatione & naturali & ciuili exemerit, vt dictum est initio huius legis: quoniam sublata principali non potest subsistere fideiussoria, quę non nisi accessoria est. Sed quod rationis loco subiicitur, *quia & res iudicata, secundum alterutrum eorum vtrique proficeret*, non adeo generaliter accipi debet, vt hac parte ratio eadem omnino sit iurisiurandi, & rei iudicatæ. Nam res cum solo reo, vel cum solo fideiussore iudicata, ita demum prodest alteri si is aduersus alium, pro quo iudicatum est, regressum habiturus sit, non aliter, vt post Accursium bene concludit Bartolus ex *l. eg. aduersus* 29. *supr. de recept. arbitr.* Quid enim si quis fideiusserit animo donandi, vel in rem suam? vt in *leg. sed si fideiussor* 24. *supr. de pact. l. 5. de liber. legat.* At in iureiurando hoc amplius est, quod habet vim solutionis *l.* 27. *supr.* & ideo vnius iusiurandum siue rei, siue fideiussoris, alteri quoque prodesse necesse est *leg. in duobus* 28. §. *à fideiussore*, vbi diximus *supr.*

DE IN LITEM IVRANDO.

TITVLVS III.

VLPIANVS libro 51. ad Sabinum.

REM in iudicio deductam non idcirco pluris esse opinamur, quia crescere condemnatio potest, ex contumacia non restituentis, per iusiurandum in litem. non enim res pluris fit per hoc, sed contumacia æstimatur vltra rei pretium.

Ad leg. 1.

EST etiam hic Titulus De iureiurando, sed longè alio, quàm de quo superior. Ille enim fuit de iureiurando decisorio siue in lite, siue extra litem præstando, hic verò de in litem iurando: per iusiurandum illud lis si qua est, vel præsens, vel futura deciditur, per hoc lis non deciditur, sed decidenda æstimatur, sciendum enim est ad totius huius Tituli sententiam assequendam, ita comparatum fuisse ius vetus, vt res petita siue danda siue facienda esset, nunquam in sententiam & condem-

BIU Cujas

condemnationem deduceretur, sed eius æstimatio. Eáq; litis æstimatio dicebatur, cuius tam frequens fit mentio in libris nostris: nempe quoniam non aliter fieri potuisset executio iudicati: cùm Prætor neminem vnquam cogat præcisè ad factum, quia sine vi & impressione id fieri non possit, quam nimis exosam semper habuit, vt habere debuit ciuilis legislator *l. si quis ab alio 13. in fin. de re iudic. l. stipulationes non diuiduntur 72. l. quoties quis alium 81. de verb. oblig.* Siue autem in dando siue in faciendo versaretur condemnatio, factum semper aliquod in executione iudicati interuenire oporteret, siquidem datio, quæ nihil nisi dominij translatio est *l. vbi autem 75. §. vlt. eod. l. non videntur data 167. de regul. iur.* non potest fieri nisi per traditionem *l. traditionibus 20. C. de pact. l. traditio 20. de acquir. rer. dom.* traditio autem facti est *l. consilio 7. §. vl. infr. de curat. furios.* At cùm pecuniaria condemnatio est, quod fit per litis æstimationem, nihil facilius est, quàm vt iudicati executio fieri possit: captis scilicet pignoribus ex bonis debitoris, ex quorum venditione explicetur postmodum ea pecunia, quæ in condemnationem deducta est, si debitor vltro non soluat & satisfaciat *l. 4. §. ait Prætor infr. de re iudic. & tota l. à Diuo Pio 15. eod tit.* Ita enim euenit, vt condemnatus nihil facere cogendus sit, sed tantùm pati: in quo nulla vis & impressio consistit, vt plurib. à nobis tractatum est in *error. 2. Decad. 85. de error. pragmat.* & aliis plerisque locis. Mansitque hoc ius ad tempora vsque Triboniani, qui primus sub Vlpiani quidem nomine, sed Imperatorem agens constituit in *leg. qui restituere 68. de rei vindic.* vt qui dare vel restituere rem aliquam iussus est, præcisè cogi possit ad tradendam eam & restituendam, adeóque si opus sit manu militari. Indeq; cœpit dici posse quod idem Tribonianus dixit in *l. vlt. Cod. de fidei. liber.* fatuum esse iudicem, qui pro re petita condemnat reum ad æstimationem. Sed nos in explicandis Pandectarum libris totum hoc ius Tribonianeum parum curamus, & prudentum responsa non meliùs quàm ex vera iuris veteris ratione interpretari possumus. Quoniam igitur litis æstimatio semper in condemnationem deducenda erat, & aliquando contingebat, vt per iusiurandũ actoris litem æstimari oporteret, necessarius fuit hic tractatus, vt sciretur, quando & quomodo, ac in quibus demum actionibus iurandum esset in litem, non enim omni casu & passim iuratur in litem, sed eo tantùm casu, quo dominus inuitus re sua carere cogatur ob contumaciam possessoris nolentis rem restituere arbitrio iudicis, aut non valentis, quia dolo malo desierit eam possidere: nemo enim rẽ suam inuitus vendere cogitur iusto pretio *l. tutor 8. infrà hoc tit. leg. si filiofamilias 25. §. maritum solut. matrim. leg. non enim 9. rer. amot. l. eius rei 46. & seq. dict. leg. qui restituere 68. l. nec quasi 70. sup. de rei vindic. leg. vltim. infr. de fideiuss.* Nec in rei vindicatione tantùm id contingit, per quam dominium ipsum asseritur, sed etiam in plerisque actionibus personalibus & bonæ fidei, vt depositi, commodati, pignoratitia, & aliis similibus si actor sit dominus *l. in actionibus 5. hoc tit.* Alioqui non iuratur in litem extra casum *d. l. in actionibus §. planè*, id est, cùm res ex contractu stricti iuris debita post moram periit ante litem contestatam. Quo casu cùm præsentis temporis æstimatio debeatur, non tamen potest iudex sine iureiurãdo actoris æstimare rem, quæ non extat. Extra hunc casum non puto iurari vnquam in litem, ne ab eo quidem qui dominus aliquãdo fuerit, aut qui per actionem propositam dominus fieri velit: quod euenit in omnibus condictionibus, quibus actor intendit aduersarium dare oportere § *appellamus Instit. de action.* Hic verò primus Accursij & Bartoli aliorumque error est existimantium etiam in actionibus personalibus, quæ ad faciendum dantur, posse iurari in litem, exceptis contrariis & actione ex empto, itemque in actione hypothecaria, quòd illa in rem sit, licet non de dominio, sed de pignore in ea quæratur, de quo latiùs dicendum erit ad *d. leg. in actionib. inf.* Porrò cùm hoc contingit, vt domino permittatur rem suam æstimare per iusiurandum in litem, monet Vlpianus in hac lege, rem in iudicium deductã non pluris esse per hoc, quòd crescere possit condemnatio ex contumacia non restituentis per iusiurandum in litem: non enim res pluris fit per hoc inquit, sed contumacia æstimatur vltra rei precium: sic enim legendum est, non vt vulgo *ex contumacia*, vt docui *lib 16. Coniect. cap. 17.* Eò autem hæc lex pertinet, vt intelligamus quid & quantum præstare debeat is, qui ex sua promissione, vel qua alia de causa tenetur, *quanti res est* nulla certæ pecuniæ promissione facta, in *leg. 2. §. vltim. sup. qui satisd. cogantur leg. penul. §. 1. Ne quis eum qui in ius vocab. vi exim. l. 4. §. vltim. si quis caution. leg. inter hæc verba 179. leg. hæc verbá 193. de verb. significat.* Nimirum debet præstare veram æstimationem non eam, quæ possit crescere, aut quæ iã creuerit per iusiurandum in litem, vt in eleganti specie *d. leg. vltim. de fideiuss.* vbi dicitur, quod magis est, condemnationẽ quæ per actoris iusiurandũ in litem creuit, non solùm non facere, vt res pluris esse videatur, sed nec augere posse quantitatem eius, quod interest, quamuis illa vt plurimum incerta sit. & capax augmenti ac diminutionis *l. vlt. inf. de stipulat. prator.* ita vt procurator, qui in rem egerat, & dato fideiussore, ratam rem dominum habiturum victus fuerat, si postea conueniatur, eiusve fideiussor à reo tandem condemnato in magnam quantitatem ab actore æstimatam per iusiurandum in litem ob contumaciam rei, qui rem restituere noluerat, non plus ex stipulatione de rato aut ipse aut fideiussor eius præstare debeat, quàm veram quantitatem eius quod interest, in qua non continebitur ea summa, quę accessit per iusiurandum in litem, cum non debeat, inquit lex, imputari fideiussoribus, quod ille propter suam pœnam, id est, in pœnam suæ contumaciæ præstitit. Nec ad rem peetinet, quod dici solet, inspici debere illud etiam, quod potest euenire ex *l. qui bona 13. §. cum inter infra de dã. infect. l. si quis domum 9. §. 1. infr. locat.* Nam præter id quod brocardicum hoc debet ita intelligi, si res illa sit ordinata, & vt Bartolus loquitur, destinata ad id quod postea euẽnit, excluditur semper id, quod dolo & culpa alterius potest contingere, quia nec naturaliter euenit, nec iure, ideoque præuideri neq; potuit, nec debuit: non enim aduentitij casus computandi sunt *l. Iulianus 6. inf. qui & à quibus manum.* Et improbitatem dolumque hominis vllius expectare non magis aut ciuile, aut naturale est, quàm casum aduersamque fortunam, quæ tamen etiam optimo cuique possit accidere *l. inter stipulantem 83. §. sacram in fin. de verb. oblig.* Et certè cùm præsens rei æstimatio certa sit, quæ verò per contumaciam crescere potest, incerta, nemo negauerit, maiorem habendam esse rationem eius quæ certa, quàm illius quæ incerta est, vt in *leg. cùm quædam 19. §. supr. de iurisdict.*

BIU Cujas

Cum hac autem lege mirificè consentit, quod Accursius adducit ex Iauoleno in *l.cùm pater 60. §. legato infr. ad leg. Falcid.* legato petito cùm in litem iuratum est, rationem legis Falcidiæ non eius summæ in quam legatarius iurauit haberi debere, sed eius quanti reuera id fuit quod petitum est. Nam id, inquit lex, quod pœnę causa adcreuit, in legem Falcidiam non incidit, sicuti nec quod ex stultitia emptoris res aliqua pluris æstimata sit, quàm reuera fuerit *l. alienus 61. eod. iunct. l. non dubium 14. §. vlt. de legat. 3.* Rerum enim precia communiter funguntur non ex adfectione & arbitrio singulorum *l. si seruum meum 33. sup. ad leg. Aquil.* nec habetur ratio adfectionis nisi in specie *l. cùm seruus 54. infr. mandat.* propter specialem illius legis rationem, de qua ibi dicemus. Miror verò Accursium & Bartolum tractare hîc de fideiussoribus Iudicio sisti & Iudicatum solui, cùm non ignorauerint fideiussorem Iudicio sisti non teneri post sententiam, quia litis tantùm exercendæ non iudicati soluendi gratia accipitur, vt disertè scriptum est in *l. græcè 8. §. & post litem*, vbi mallem legere *exercitionis*, quàm vt vulgo *exercitationis.* dicitur enim lis exerceri non exercitari *infr. de fideiuss.* stipulationem verò Iudicatum solui, quæ ex tribus clausulis primam habet de iudicato soluēdo, committi in omne id quod iudex pronunciauerit *l. 6. & 9. infr. iudic. solui.* Nam quod Bartolus, vt hanc de stipulatione Iudicatum solui interpretationem tueatur, respondet restringi hoc debere ad actiones arbitrarias in quibus ait duplicem ferri sententiam, vnam ad rem dandam, alteram ad æstimationem quæ facta sit per iusiurandum in litem, & fideiussorem ex prima tantùm sententia conueniri posse non ex secunda, prorsus ridiculum est, non ob id solùm, quòd stipulatio Iudicatum solui, quæ adiunctam semper habet satisdandi necessitatem, vt cæteræ omnes stipulationes prætoriæ *l. generaliter 5. de prætor. stipulat.* non ad arbitrarias tantùm actiones pertinet, sed & alias quoque omnes quibus conueniri & condemnari reus potest, verùm etiam quia per priorem illam sententiam, quam Bartolus ait ferri in actionibus arbitrariis, puta per quam in rei vindicatione pronunciatur rem esse petitoris, nulla vnquam fit condemnatio non magis ad rem, quàm ad æstimationem, sed tantùm facti quæstio decidatur, cuius res sit, eam verò pronunciationem posteà sequitur arbitrium iudicis de re restituenda cum fructibus, *l. & ex diuerso 35. §. 1. supr. de rei vindic.* Cui arbitrio si non pareatur, tum demum sequitur condemnatio quanti actor in litem iurauerit *d. l. qui restituere 68. eod. tit. §. prætereà Instit. de action.* Quæ cùm Bartolo secunda sententia sit, apparet non nisi ex ea posse conueniri fideiussorem Iudicatum solui, quia nec nisi ex ea soluendum quicquam est: siquidem prima nec de soluendo, nec de restituendo quicquam pronunciat, sed hoc tantùm rem esse petitoris, vt arbitrio viam aperiat de re restituenda, & post redditum arbitrium condemnationi, si victus possessor arbitrio non satisfaciat. Priùs ergo secundam illam sententiam latam esse necesse est, quàm de soluendo tractari quicquam possit, ac proinde quàm de stipulatione iudicatum solui, quæ tota ad solutionem soluendique condemnationem & necessitatem, vt præ se fert nomen ipsum stipulationis, confertur, nam & idem est in stipulatione ratam rem haberi, vt constat ex *d. l. vlt. de fideiuss.* Neque verò Accursius in secunda illa sua interpretatione ad quam Bartolus accommodat exemplum stipulationis iudicatum solui, de ea tamen stipulatione loquitur, sed tantùm ponit datos esse fideiussores idoneos, inspecta, inquit, quantitate quæ petitur, posteà verò condemnatum esse in maiorem quantitatem per iusiurandum in litem ob suam contumaciam eum qui fideiussores dedit. In quo tamen ipso rursum ille fallitur. Nec enim pro quantitate petita defertur vnquam iusiurandum in litem nisi in casu, *l. 3. infr.* sed tantùm pro corpore, quod aliam atque aliam possit recipere æstimationem, & in quod probabilis cadat affectio, vt eam rem & speciem habere dominus malit, quàm aliam quamlibet eiusdem speciei, nec eam velit iusto suo precio vendere, cùm non sicut quantitas recipit functionem in suo genere, ita & species in sua specie *l. 2. §. mutui datio supr. de reb. credit.* Et præterea certissimum est fideiussoris obligationem, qui non nisi certæ quantitatis nomine interuenerit ex postfacto augeri nunquam posse *d. l. 2. §. vlt. supr. qui satisd. cogant. d. l. 4. §. vlt. supr. si quis caution.* Non ergo debuerunt interpretes nostri accommodatius exemplum vllum ad hāc legem quærere, quàm ex *d. l. vlt. de fideiuss. & d. l. cùm pater 60. §. legato ad l. Falcid.* Etsi verò admittimus fideiussorem iudicatum solui, teneri etiam in actionibus arbitrariis ad omnem eam quantitatem, quæ in condemnationem amplior deducta sit, ob iusiurandum in litem quod actor propter contumaciam rei præstiterit, negamus tamen hoc fieri, ex eo quod res hodie tanto pluris sit, contrà quàm in hac lege scriptum sit, sed ex verbis ipsis stipulationis, quæ cùm de iudicato soluendo concepta sint, omne id continent quod iudex pronunciauerit, ex quacunque tandem causa id fecerit *d. l. 9. iudic. solui.* ne alioqui diuisa condemnatione ipsa quoque stipulatio diuisa videretur. Qua ratione nec mihi placet, vt neque aliis plerisque interpretibus, quod ex hac lege tanquam notatu dignum Bartolus infert, si in causa criminali fideiussor interuenerit de iudicato soluendo, & statutum dicat quod propter contumaciam, vel negationem pœna augeatur, fideiussorem ad illam pœnam non teneri, tanquam quæ non maleficij pœna sit, sed contumaciæ & negationis. Ita enim fit, vt & condemnatio & stipulatio diuidatur, quod est ridiculum, possetque sententia illa & ratio Bartoli procedere eo tantùm casu quo duplex lata esset sententia, vna de pœna maleficij, altera de pœna contumaciæ, vt iam ante nos Fulgosius & Alexander contra Bartolum disputarunt. Illud probabilius & humanius est, quod subiungit idem Bartolus, si cui maleficio per statutum certa pœna pecuniaria imponatur, quam si soluere non possit reus amputationem manûs pati debeat, augeatur verò pœna illa propter negationem vel contumaciam rei, posse illum euitare pœnam corporalem soluendo pecuniariam statuto impositam maleficio, quoniam, vt bene hîc notat Baldus, pœna contumaciæ non dicitur pœna principalis: cúmque ad certam quantitatem restricta sit, eámque minorem, quàm quæ ob contumaciam deducta est in cōdemnationem, maligna certè esset illa interpretatio, quæ statutariæ pœnæ iungeret pœnam contumaciæ, vt tanto difficilior misero reo solutio eius redderetur, ac proinde corporalis pœna tanto facilius incurreretur *arg. leg. si seruos 25.* in illis verbis, *ita nec talem efficere rem pign. vt grauis sit debitori ad recuperādū &c. infr. de pign. act.* In fideiussore autē Iudicatū solui optimū Bart. cōsilium

lium est, vt ab eo actor stipuletur, totius dubitationis tollendæ gratia, non tantùm pœnam & condemnationem omnem quæ sequetur ex maleficio illo, vel accusatione, vel inquisitione, sed addat, vel *ex processu*, vel *ex iudicio*, vt sic videatur etiam promittere pœnam, quæ veniret ex contumacia. Sic enim res esset clarior, sed non tamen certior, quàm cùm interposita est stipulatio Iudicatum solui, dummodò simpliciter interposita sit, ita vt referri possit ad omne id quod iudex quoquomodo, & ex quacunque causa pronunciauerit, vt in *dict. l. 9. Iudic. solui.* non etiam si restricta sit, vt apud Bartolum ad pœnam ex maleficio, vel accusatione, vel inquisitione debitam.

2. PAVLVS libro 13. ad Sabinum.

SIue nostrum quid petamus, siue ad exhibendum agatur.

Ad l. Siue nostrum 2.

Non placet quod Accursius & Bartolus notant posse hanc legem continuè legi, ita vt incipiat nouus §. à verbo illo *Interdum* nec iungatur initium huius legis superiori: nam imò verò pendet omnino initium legis huius à postremis verbis legis præcedentis, vsque ad versic. *Interdum* à quo inchoandus est nouus §. Probátque optimè, quod docuimus ad legem superiorem, per iusiurandum in litem æstimari contumaciam possessoris vltra rei pretium eo demùm casu, quo dominus rem suam petat, & qua inuitus carere cogatur ob dolum & contumaciam possessoris nolentis rem quam scit alienam, restituere, malentíque litis æstimationem præstare, atque ita inuitum dominum adigere ad rem suam vendendam. Quid enim aliud est vendere, quàm pro re pecuniam accipere? *l. naturalis 5. §. 1. infr. de præscript. verb. l. 1. de contr. empt. l. 1. de rer. permut.* Vnde est quod tam multis iuris nostri locis scriptum est præstitam litis æstimationem pro emptione esse, aut saltem similem emptioni *l. 1. & 3. infr. Pro emptor. leg. 1. de æstimat. act. l. eius rei 46. supr. de rei vindic. l. eum qui 7. §. supr. de public. in rem act. leg. si vt certo 5. §. 1. infr. Commod. l. si seruus 21. §. vers. & ideo infr. de euict. leg. si propter 22. infr. rer. amot.* Atqui sicut alienam rem emere nemo cogitur *leg. nec emere 16. C. de iur. delib.* ita nec quisquam suam vendere iusto pretio *leg. nec quasi 70. supr. de rei vindic. leg. non enim 9. rer. amot.* Meritò igitur, & ex mera iuris necessitate vsus iurisiurandi in litem hoc vno casu introductus est. Ideóque nec de iurantis periurio quæri facilè solet *l. vlt. infr. hoc tit.* Quæ lex ideo restringenda videtur ad hoc iusiurandum, nec ad illud extendenda, de quo diximus in Tit. præcedente, id est, quod ad litem decidendam, siue ex conuentione extra iudicium, siue in iudicio defertur: nam de periurio illius qui eo iurisiurandi genere iurasset, quæri nunquam potuit olim *leg. 1. & 2. Cod. de reb. credit. & iureiur.* nec magis hodie, nisi ex constitutione Iustiniani in *leg. vlt. eod. tit.* Nec est contrarium quod additur in hac lege *siue ad exhibendum agatur.* Etsi enim per actionem ad exhibendum rem nostram non petimus, ne tum quidem cùm ea actio præparatoria vindicationis est, sed tantùm rei exhibitionem postulamus, vt exhibitam rem vindicare tanquam nostram possimus, (quę ad hunc versiculum dubitandi ratio est.) is tamen qui actione ad exhibendum conuentus exhibitionem recusat dolo malo non minùs contumax est, nec minore odio & pœna dignus, quàm si directa rei vindicatione conuentus restitutionem rei dolo malo recusaret, cùm ita faciat ne rei vindicatione possit conueniri *leg. 3. §. præterea à supr. ad exhib. & leg. in actionibus 5. infr. hoc tit.* nec enim potest quis rem aliquam iure Quiritium vindicare, quin vsurpet verba illa vindicationis solemnia, *Hanc rem ex iure Quiritium meam esse aio*, *leg. 1.* vbi diximus *supr. de rei vindic.* Quomodo autem dicet actor *hanc rem* si nondum sit exhibita? Quamuis igitur actio ad exhibendum ex variis causis competat extra vindicationem, cùm detur omnibus quorum ex iusta & honesta causa interest rem exhiberi *d. l. 3. §. sciendum est & pass. supr. Ad exhib.* non tamen alio casu in ea posse iurari in litem existimandum est, quàm in illa quæ vindicationis præparatoria est, quæ actionis ad exhibendum nomine potissimùm significatur, quia & actio ipsa maximè propter vindicationes inducta est *leg. 1. eod. tit.* quia perinde cùm rei exhibitio, atque cùm exhibitæ restitutio denegatur, re sua carere dolo possessoris, eámque vendere dominus cogitur contra rationem & æquitatem naturalem: quod in aliis casibus non euenit, in quibus ex alia quàm dominij causa eadem actio ad exhibendum competit, sicut & in actione furti distinguemus ad *leg. cùm furti 9. infr. hoc tit.* an iure dominij deferatur, an iure eius quod actoris interfit ex alia quàm dominij causa ex *leg. si vendidero 80. §. cùm autem infr. de furt.* In exhibendis tamen instrumentis aliquid diuersum est. Non enim inspicimus, an actor sit dominus chartæ, in qua instrumentum scriptum est, sed an eius gratia scriptum sit, & vtilitate ad eum pertineat *leg si quis 6. §. ex hoc edicto & sequentib. sup. de edend. leg. pen. infr. hoc tit.* Denique cùm de instrumentorum exhibitione agitur, sufficit vt actor dicat & probet instrumentum sui iuris esse, licèt non etiam dominij *leg. non ignorabit 4. Cod. ad exhib. leg. pen. Cod. hoc tit.* Cæterùm omni casu quo instrumenti exhibitio aliqua petitur & denegatur, magna præsumptio est doli contra nolentem exhibere, vt aiunt pragmatici. Rectè autem Paulus in hac lege verbis illis generalibus vtitur, *siue quid nostrum petamus*, quoniam ad inducendum hoc iusiurandum non est necesse, vt corpus aliquod & speciem petamus, sed sufficit aliud quidlibet peti, dummodò sit nostrum etiamsi in iure consistat, puta si seruitus vindicetur, aut aliud ius quodlibet. Nam & seruitutum & aliorum iurium, quamuis incorporalium vindicatio quædam est *tot. tit. si vsufr. petet. & si seruitus vindic.* & in ea vindicatione non minùs quàm rerum corporalium perinde iuratur in litem ex eadem iuris & æquitatis ratione *leg. harum actionum 7. in fin. supr. si seruit. vindic.* Sed etsi rem nostram petere magis propriè dicimur cùm eam vindicamus *l. actio 28. infr. de obligat. & act. l. pecuniæ 178. §. actionis de verb. signific.* quia nec potest quisquam suum dicere, nisi cuius vindicandi ius habeat *l. Quintus 27. §. argento de aur. & argent. legat.* petimus tamen interdum etiam res nostras, puta depositas, commodatas, pignoratas actionibus personalibus & bonæ fidei, quamuis non tanquam nostras, sed tanquam nobis ex contractu debitas & restituendas. Ideóque in iis etiam iuratur in litem ad puniendam contumaciam & perfidiam restituere nolentis, vt dicemus *ad l. 5. infr.*

BIU Cujas

1 ¶ Interdum, quod interſit agentis, ſolùm æſtimatur: veluti cùm culpa non reſtituentis, vel non exhibentis punitur. Cùm verò dolus punitur, aut contumacia non reſtituentis, vel non exhibentis, quanti in litem iurauerit actor [a].

Ad §. 1. Interdum.

RAT. DVB. Siue dolo, ſiue culpa poſſeſſoris fiat, vt domino res ſua non reſtituatur, aut exhibeatur, perinde dominus rei ſuæ damnum incurrit, eámque vendere cogitur, & quidem iuſto precio, ſi non aliud poſſit conſequi à poſſeſſore, quàm quanti re verâ intereſt actoris. Atqui hoc eſt iniquum, & ea iniquitas eſt quæ iuſiurandum hoc in litem induxit, vt diximus ad *l. 1 ſupr. ex l. tutor* 8. *infr. hoc tit. l. ſi filiofamilias* 25. §. *maritum ſolut. matr. l. non enim* 9. *infr. rer. amot.* Ergo non minùs ob culpam iurandum eſt in litem, quàm propter dolum & contumaciam poſſeſſoris non reſtituentis, ſi modò carere dominus re ſua eámque vendere cogatur, quod vnum inſpiciendum eſſe videtur, præſertim cùm ei qui in culpa eſt, nunquam ſuccurrendum ſit, quippe qui culpam ſuam imputare ſibi debeat, quíque damnum quod ex culpa ſua ſentiet, nullum ſenſurus eſſe videatur ex regula *l. quod quis* 203. *de regul. iur.* DEC. Hoc iuſiurandum in litem inductum à prudentibus fuit, non tam fauore domini cui res ſua eripitur, quàm odio poſſeſſoris qui per contumaciam non vult reſtituere, atque ita dominum cogit pro re ſua pecuniam accipere. Sic enim facit, vt per rapinam ab inuito domino rem eius comparet, vt loquitur Pomponius in *l. nec quaſi* 70. *ſupr. de Publician.* vbi dixi & in *lege* 69. *præced.* Eum qui dolo fecit quominùs poſſideret ne reſtitueret, hoc quoque nomine puniri, quòd actor cauere ei non debet actiones quas eius rei nomine habeat ſe ei præſtaturum, nec quaſi Publicianam ei dandam eſſe: alioqui ex improbitate ſua actionem conſequeretur, quod eſſe non debet *l. itaque fullo* 12. §. 1. *de furt.* Atqui maiore odio certè dignus eſt, qui dolo malo eripit domino rem ſuam, quàm qui per culpam. Ille enim raptor eſt *d. l. nec quaſi.* hic verò non item: nec enim rapina fit ſine dolo malo *l.* 2. §. *doli mali infr. vi bonor. rapt.* Nec habet dominus quod conqueratur qui pleniſſimam indemnitatem à poſſeſſore conſequitur, cùm is qui in culpa eſt condemnandus ſit ad omne id quod ipſius intereſt taxandum officio iudicis, ex dictis teſtium, & aliis litis inſtrumentis vt in *l. ſi traditio* 4. *C. de action. empt. leg. vnic. verſ. in aliis autem caſibus C. de ſentent. quæ pro eo quod inter. profer.* quamuis plerunque accidat, vt inopia probationum id quod intereſt ad exiguam ſummam deducatur *l. vlt. infr. de ſtipulat. prætor.* Denique æſtimatio fit hoc caſu à iudice *l.* 4. §. *vlt. infr.* quæ per iuſiurandum in litem fit ab ipſo actore. Culpam tamen cùm hîc dicimus, leuem tantùm intelligere debemus, aut leuiſſimam, non eam quæ ſit lata: hæc enim dolo paſſim æquiparatur, tùm quoque cùm lex aliqua ſolius doli mentionem facit *leg.* 1. §. 1. *ſupr. ſi menſ. falſ. mod. dixer. l. quæſitum* 8. §. *eum quoque in fin. infr. de precar.* & aliis locis penè innumeris quos congeſſimus *decad.* 76. *de error. pragmat.* In eámque rem textus apertus eſt in *l.* 2. *C. hoc tit.* licèt nõ ignorem noſtros putare eſſe id ſingulare in tutore, vt etiam ob latam ipſius culpam contra eum in litem iuretur, quod nos refutabimus ad *l. in actionibus* 5. *infr.*

a *Quanti in litem iurauerit actor.* RAT. DVB. Nemo in cauſa ſua iudex, vel teſtis idoneus eſſe intelligitur, niſi actori deferatur condicio ab aduerſario *l. nullus* 10. *infr. de teſtib. l. omnibus* 10. *C. eod. tot. tit. C. ne quis in ſua cauſ. iudic. vel ius dic.* Atquin is qui in litem iurat, & teſtis & iudex eſt in cauſa ſua, æſtimat enim ipſe quanti ſua interſit, vt effugiat incommodum & periculum probationum, quas alioquin proferre omnimodo deberet *d. l. vnic. verſ. in aliis autem caſib. C. de ſentent. quæ pro eo quod intereſt profer.* & quarum inopia plerunque id quod maximè intereſſet ad exiguam ſummam deduceretur *l. vltim. infr. de ſtipulat. prætor.* Æſtimat autem magno vt plurimùm, quomodo loquitur *l. vltim. infr. de fideiuſſ.* quia iurare in infinitum licet *l.* 4. §. *iurare infr.* & quidem non alio quàm iudice ipſo deferente *d. l.* 4. §. *deferre*, id eſt, inuito etiam aduerſario contra quem iuratur. In qua re iuſiurandum hoc differt à deciſorio, de quo dictum eſt Titulo ſuperiore: in illo namq; fit quidem is qui iurat, teſtis & iudex in cauſa propria, ſed ab aduerſario ipſo deferente non à iudice, vel à ſeipſo *l.* 1. *infr. quar. rer. act. non det.* ideóque minùs odioſum eſt, ſibi enim imputet is qui vltrò detulit, hoc verò longè odioſius, & à ratione reguláq; iuris alienius. Nemini ergo permitti debet, vt in litem iuret, niſi hoc ſaltem adhibito temperamento, vt taxetur à iudice certa quantitas intra quam iuretur, ne ſi in infinitum iurare liceat, in immenſum quoque iuretur *d. §. iurare.* Atque ita concludit Accurſius iuriſiurandi taxationem priùs quàm iuretur, fieri debere ex *d. §. iurare & l. in actionibus* 5 *infr. eod. l. arbitrio* 18. *ſupr. de dolo.* DEC. Dolus & contumacia eius, qui rem quam ſcit alienam improbè detinet, nec vult reſtituere, hanc certè pœnam meretur, vt non ſolùm condemnetur ad id omne quod intereſt domini, ſed etiam condemnationis illius taxationem ab aduerſario ipſo inuitus fieri patiatur: vt qui hanc ſuæ improbitatis fructum habet, quod ab inuito domino rem emit, hanc ſaltem pœnam ſentiat, quod magno & iniuſto precio dominium eius nanciſcitur *dict. l. nec quaſi* 70. *ſupr. de Publician. d. l. vlt. infr. de fideiuſſ.* Et idcirco non poteſt iuſiurandum hoc videri odioſum, cùm præſtetur in odium doloſi hominis, & contumacis, qui nullo vnquam æquitatis colore adiuuari poteſt *l penult. in fin. infr. ad SC. Trebell.* Cúmque non alterius quàm ipſius domini arbitrio precium rei ſtatuendum ſit, vt Marcellus loquitur in *l. ſi tutor* 8. *infr. hoc tit.* apparet ei permittendum eſſe, vt iuret in infinitum, quomodo ſcriptum eſt in *d.* §. *iurare*, id eſt, nulla per iudicem præfinita quantitate ad quam vſque iuretur, ne alioqui iudex ipſe precium alienæ rei ſtatuere videatur, quod abſurdum eſſet, cùm à merâ voluntate id pendeat domini rem ſuam alienantis *d. l. tutor. l. ſi voluntate* 8. *C. de reſcind. vendit. l. in cauſa* 16. §. *idem Pomponius ſupr. de minor.* tanti enim vnaquæque res eſſe intelligitur, quod ad vtilitatem domini pertinet, quanti vendi poteſt tum quoque, cùm per ſtultitiam emptoris longè pluris venditur, quàm re vera ſit *l. alienus* 62. *ad leg. Falcid.* Quãto minùs abſurdum id videri debet, ſi per dolum, contumaciam, & improbitatem poſſeſſoris fiat, vt dominus rem ſuam longè pluris eſtimet, quàm quanti reuera eſt? Tanti enim poſſeſſor ipſe rem illam æſtimaſſe videtur tantíq. habuit eam retinere potiùs, quàm

BIU Cujas

quàm ea carere *leg. 4. §. 1. supr. de alien. iudic. mut. cauſ. fact.* Nec tamen id ita debet accipi, quaſi permittendum ſit actori iurare in immenſum, quod ſine manifeſtiſſimo & impudentiſſimo periurio fieri nō poſſet. Aliud enim eſt in infinitum iurare, quod nihil eſt aliud, quàm ſine vlla taxatione, nullāque præfinita quantitate iurare, vt in *l. qui reſtituere 68. ſupr. de rei vindic.* quomodo in *l. ſi cui 9. ſupr. de ſeruit.* in infinito ſeruitutem conſtituere, id eſt, per quamlibet fundi partem. Aliud verò in immenſum iurare quod nunquam licet. Eóque fortaſſis tantùm caſu, id eſt, ſi in immenſum iuraretur, de periurio iurantis queri poſſet. Quò pertinere videtur quod ſcriptū eſt in *l. vlt. hoc tit.* de periurio eius qui ex iuris neceſſitate iurauit non facilè quæri ſolere, vt intelligamus de eo igitur periurio quæri aliquando poſſe. Quando autem, niſi ſi tam impudens fuerit actor, vt in immenſum quoque iurauerit? Et tamen cùm Tribonianus iſta confunderet, quaſi idem ſit iurare in infinitum, & in immenſum, non potuit ferre hāc rationem iuris veteris, induxítque vt poſſit iudex in omni iureiurando in litem præfinire certā quantitatem ad quam vſque iuretur, adeóque quod magis eſt etiam poſt iuſiurandum præſtitum, vel abſoluere reum, vel minoris condemnare *dict. §. iurare & dict. leg. in actionibus*, quod certè ridiculum eſt, vt contra Tribonianum diſputauimus *libr. 16. Coniect. cap.* Ita factum eſt, vt æſtimatio rei meæ, quam tu inuito me per dolum, & contumaciam retines, non tam à me fieri videatur quàm à iudice, qui tam facilè poſſet ſine meo iureiurando rem meam æſtimare, quàm præfinire mihi certam quantitatem quam in æſtimanda re mea egredi non poſſim. Imò eſſet hoc multo expeditius, & tutius, quàm periurij periculo me obſtringere, præfinita mihi certa quātitate, ad quam vſque iurare impunè poſſim. Quotus enim quiſque eſt, qui non ad eam vſque quantitatem iuret, quæ præſcripta fuit, qui nulla præſcripta quantitate minoris fortaſſe rem ſuam fuerat æſtimaturus? Proinde vix dici hodie poteſt iuſiurandum hoc præſtari ex mera iuris neceſſitate, quomodo præſtabatur olim, cùm hodie iudex precium alienæ rei ſtatuat, quod ab alio quàm à domino ipſo nec ſtatui olim poterat, nec hodie quoque benè & iuſtè poteſt. Nec tamen vidit Tribonianus, noſtri verò interpretes, multo minus in eo ſtatu rē eſſe hodie, vt vix vllo caſu huic taxationi iudicis locus aliquis relinquatur. Nam vel poſſeſſor habet facultatem rei reſtituēdæ, vel dolo malo fecit, quōminus haberet. Priore caſu cogitur omnimodo rē reſtituere etiam manu militari poſtquam ita placuit Triboniano ſub Vlpiani nomine in *d. l. qui reſtituere*, nec proinde vlla ſubeſt iuris neceſſitas quæ inducat iuſiurandum. Poſteriore verò ſicuti omnino neceſſe eſt iurari in litem, ita iurari poteſt ſine vlla taxatione *d. l. qui reſtituere*. Quiſnam igitur caſus ſupereſt, quo taxationi huic locus eſſe poſſit? Eſt enim legis illius ſententia generalis, ad omnes caſus pertinens, in quibus res petita reſtituenda eſt, vt ex poſtremis verbis apparet, & nos ad eum locum notauimus. Eſt autem iuſiurandum hoc tanto fauorabilius, aut ſaltem minus odioſum, quòd non ad decidendam litem ſpectat, ſed tantum ad æſtimandā rem de qua iam pronunciatū ſit pro actore, vt proinde non poſſit hoc caſu videri actor iudex in cauſa propria, & in re ſua, de qua iam habeat reum cōdemnatum, nec rurſum teſtis qui ſibi credi velit in eo quod dicit ſua intereſſe, non enim teſtis officio hac parte fungitur, ſed venditoris rei ſuæ precium pro arbitrio dicētis, quod nec alius quàm ipſe poſſit dicere contra eum, qui per rapinam vult etiam iniuſto precio rem alienam comparare *d. l. quaſi*, vbi pro *iuſto* legendum eſſe *iniuſto* docuimus ad eam legem. Dicitur autem iuſiurandum hoc adfectionis, quia nec de veritate negotij eſt, vt deciſorium, nec de vera rei æſtimatione, vt illud de quo in *d. l. in actionibus §. planè infr.* cuius loci caſus valde ſpecialem habet rationem, vt ibi dicemus, ſed de æſtimanda re pro arbitrio & adfectione iurantis. Vnde occaſionem ſumit Accurſ. quærēdi: Quid ſi iudex notam habeat actoris adfectionem, propter quam ſuſpicari probabiliter poſſit actorem facilè peieraturum, an ei nihilominus hoc iuſiurādum deferre debeat, cùm in incertis, inquit, coniecturæ locus eſſe poſſit? *l. continuus 137. §. cùm ita in fi. de verb. oblig.* Reſpondet autem non eo minus deferēdum eſſe iuſiurandum: ratione illa quòd non id ſciat iudex tāquam iudex, & ideo ex fide eorum quæ probantur iudicare debeat, non ex ſua conſcientia *l. illicitas 6. §. veritas ſupr. de offic. Præſid.* Reſponſio quidem bona eſt, ſed ratio peſſima. Non. n. ex eorum fide quę probātur, iuſiurandum hoc defertur cū de æſtimatione deferatur, & ad eam probandam, de qua ponimus nullas alias factas eſſe, nec fieri debere probationes, ſed ex mera iuris neceſſitate, vt ſcriptum eſt in *d. l. vlt. hoc titul.* quia neque pati iudex debet vt domino res ſua per rapinam quodammodo eripiatur, quin ei de precio ſatisfiat: quod tum quoq; præſtandum eſt, cùm publici boni fauor ab inuito legiſlatore ius illud elicit, vt dominus inuitus rem ſuam vendere compellatur, de quo diximus ad *l. item ſi verberatum 15. §. pen. ſup. de rei vind.* neq; rurſum, vt pretium illud alterius quàm ipſius domini arbitrio & adfectione conſtituatur. Separat autem hîc Paulus dolum à contumacia, non quia contumacia poſſit eſſe ſine dolo, ſed quia dolus ſine contumacia eſſe poteſt. Contumacia doli ſpecies eſt, dolus autem genus.

3. VLPIANVS libro 30. ad Edictum.

NVmmis depoſitis, iudicem non oportet in litem iuſiurandum deferre, vt iuret quis quod ſua interfuit: cùm certa ſit nummorum æſtimatio. niſi fortè de eo quis iuret, quod ſua interfuit [a] nummos ſibi ſua die redditos eſſe [b]. quid enim, ſi ſub pœna pecuniam debuit, aut ſub pignore, quod, quia depoſita ei pecunia abnegata eſt, diſtractum eſt?

Ad l. Nummis 3.

RAT. DVB. In actione depoſiti iuratur in litem *leg. 1. §. in depoſiti infr. depoſit.* nimirum ſi dominus per actionem depoſiti rem ſuam petat: hoc enim ſemper addendum eſt, ſecundum ea, quæ de

BIU Cujas

hoc iureiurando in litem iam disputauimus in præcedentibus. Atqui nummi mei quos penes te deposui, tam mei sunt, támq; verè depositi quàm si species aliqua mea deposita fuisset. Ergo nummis quoque depositis iusiurandum in litem à iudice deferri oportet, si dolo malo, aut per contumaciam depositarij fiat ne restituantur, tantóque magis in nummis depositis, quanto facilius est, vt eorum furtum fiat, si à depositario lucrandi animo & dolo malo contrectentur *l. si quis inficiatus 13. infr. eod. ill. titu. depos.* vbi ob hanc causam scriptum est, posse depositarii eo casu etiam condictione furtiua conueniri, quæ tamen semper furtum præsupponit *l. 5. de condic. furt. §. furtum autem fit Instit. de oblig. quæ ex delict. nasc.* In actione autem furti etiam iuratur in litem, quoties defertur iure dominij *leg. cum furti 9 infr. hoc tit.* Nec est quod quis respondeat, nummos esse ex earum rerum numero, quæ functionem recipiunt in suo genere *leg. 2. §. mutui datio sup. de reb. credit. l. si is cui 94. de solut.* Constat enim depositum ita contrahi vt eadem ipsa corpora nummorum reddi oporteat, non tantundem: nec enim per depositum sicut per mutuum quisquam dominium rei suæ amittit *l. licèt 17. §. 1. infr. depos.* adeò vt si expressa pactione conuenerit, vt non idem quod depositum est, sed tantumdē reddatur, ea pactio dicatur egredi notissimos depositi terminos in *l. Lucius 24. eod. tit.*

DEC. Iusiurandum in litem ideò comparatum est, vt quis rei suæ quam alius per rapinam retinet, precium habeat, & quidem quale quantúmque ipse pro arbitrio suo, & adfectione statuerit, ipso etiam dolo possessoris æstimato *leg. 1. & 2. supr. l. tutor 8. infr.* Atqui nummorum depositorum, qui per cōtumaciam dolúmve depositarij non restituuntur, precium nullum esse potest: cùm enim cuiuslibet rei precium in pecunia numerata cōsistere debeat, non potest vtique pecunia pecuniam æstimare *l. 1. infr. de rer. permut.* vt neque alia res vlla æstimationē illam pecuniæ facere potest: quandoquidem nummi ad hoc potissimum comparati sunt, vt cæteras omnes res æstiment nec ab vlla ipsi æstimentur *l. si ita fideiussorem 42. infr. de fideiuss.* Neque hac parte nummi depositi ab aliis quibuslibet nūmis separari debent, quasi corpora nummorum deposita, quæ per actionem depositi eadem ipsa restitui debent, alterius rationis esse debeant, quàm quæ vel non sunt deposita, vel sic sunt deposita, vt tantundem reddi possit, vt in *d. l. Lucius.* habent si quidem hoc commune cum cæteris, vt sunt omnes nummi eiusdem generis, quod vna eadémque est ac proinde certa eorum æstimatio in republica benè constituta, non vt cæterarum rerum pro temporū aut locorum varietate mutabilis *leg. 3. infr. de eo quod cert. loc. iunct. l. precia rerum 63. infr. ad leg. Falcid.* Proinde licet depositi sint nummi in sacculo, vt fieri solet & debet obsignato *leg. si sacculum 29. l. 1. §. si cista infr. depos.* alioqui nec quæri posset an eadem essent corpora nummorum, an alia, nihil potest videri interesse deponentis, quòd ea ipsa nummorum corpora, quæ deposuit, ei non restituantur. Nec vlla subest hoc casu deferendi in litem iurisiurandi necessitas iuris, quæ tamen sola delationem hanc inducit, *d. l. vlt. hoc tit.* Etsi. n. depositarij eadem contumacia est idémque dolus, qui esset si species aliqua deposita esset, in quam iusta & probabilis cadere posset adfectio, nec minore hic odio, quàm ille dignus sit, prius tamen est vt interfit actoris, quàm vt ei reus cōdemnari hoc nomine debeat. Fuit enim hoc iusiurandum inductum, vt & actori cuius interesset, prospiceretur, & possessoris contumacia dolúsve puniretur. An non verò satis prospicitur ei, qui nummos etiam in sacculo obsignatos deposuit, si depositarius ad tantumdem reddendum condemnetur? Nisi fortè ponas corpora nummorum deposita eiusmodi fuisse, vt deponentis interfit ea habere potiùs quàm alia vel propter vetustatem, & quę vetustati consequens esse solet, raritatem, vel quia insigne aliquid habeant, propter quod precioſiora videri debeant, quàm cætera etiam quæ sint paris æstimationis. Est namque hæc non improbabilis adfectio, præsertim si à parentibus profecta acceptáque proponantur *argu. l. si in emptionem 35. supr. de minor. l. lex quæ tutores 22. Cod. de adm. tut.* nec tam per modum generis, vt loquuntur, quàm speciei deposita videri possint. Sed tamen hoc quoque casu depositori consuli per sententiam iudicis citra iusiurandum benè potest, condemnato depositario, vt eiusdem speciei, & qualitatis nummos reddat, sicubi reperiri possint: aut si tam citò non possit, aut aliquo sumptu ad eos conquirendos opus sit, hunc quoque sumptum depositarius præstet, qualem quantúmque iudex officio suo æstimauerit: nimirum, si nummi sint quorum aliqua eáque certa sit æstimatio, non etiam si numismata aurea vel argentea, quibus etiam pro gemmis non pro nummis vti solemus, de quibus in *l. numismatum 28.* vbi diximus *supr. de vsufruct.* Consistunt enim numismata in specie potius, quàm in genere, nec proinde minus pro iis si dolo malo non restituantur à depositario, quàm pro cæteris speciebus iurari in litem potest, etiamsi alia eiusdem qualitatis, ponderis, & valoris numismata reperiri possint. Nam nec quicquam vetat in qualibet alia specie deposita, puta homine Sticho, aliam speciem precioſiorem reperiri posse, & alium seruum maioris precij, cuius tamen præstatione non sit æquum liberari depositarium, quominus contra eum in litem iuretur: ne dominus qui rem suam iusto precio vendere non cogitur, cogatur tamen permutare, quod adhuc absurdius esset ac iniquius. Ergo quod hîc de nummis depositis dicitur, etiam de cæteris rebus, quæ in quantitate & genere non in specie consistunt, dictum videri debet, vt benè concludit Bartolus. Nec superioribus cōtrarium est, quod obiicitur ex *l. pen. §. in eum supr. ne quis eum qui in ius vocab. vi exim.* quasi iuretur ibi in litem de eo quod interest quod in pecunia, & quantitate non in specie consistit. Ibi enim non agitur de iureiurando in litem, neque de æstimando per iusiurandum eo, quod interest quamquam nec id nouum esset, vt ad *versic. seq.* dicemus, sed specie & re ipsa de qua est cōtrouersia, & quam ne actor possit consequi, prohibetur per eum qui in ius vocatum reum vi exemit, denique de re ipsa de qua controuersia est æstimanda quidem, sed à iudice non ab actore, vt ad locum illum docuimus, & repetemus ad *leg. 5. in fin. infr. hoc tit.*

a *Nisi fortè de eo quis iuret quod sua interfuit.* RAT. DVB. Id quod interest semper consistit in quantitate, cùm non nisi per pecuniam æstimari possit *l. vlt. infr. de stipulat. prætor. l. vnic. Cod. de sentent. quæ pro eo quod inter. profer.* Atqui pro pecunia numquam in litem iuratur, vt proximè diximus, non solùm de nummorum æstimatione, quæ vna semper eadémque & certa est, sed neque de eo quod ratione nūmorum potest interesse, ne alioqui detur progressus in

BIU Cujas

sus in infinitum si pecuniæ nomine liceat agere ad id quod interest, cùm in eo quod interest non minus lucrum cessans, quàm damnum emergens contineatur *l.2.§.nunc de officio infr.de eo quod cert.loc. leg.si commissa 13.infr.rat.rem haber.* infinita autem adeóque immensa sit spes lucri, quod ex negotiatione nummorum potest accedere, licet pecunia res per se sterilis sit, nec aliam pecuniam gignat. Negotiatio enim illa est, quæ totum facit *l.venditor 21.infr. de hered.vendit.* & quę tamen sine pecunia fieri non potest, ne tum quidem cùm à mercibus aut aliis speciebus incipit, quarum scilicet negotiatio nullius certè, aut saltem perexiguæ vtilitatis esset, si non possent conuerti in pecuniam, & pecunia rursum in aliarum rerum emptionem. Ergo nec si dies adiecta sit depositi nummorum, vt certa die redderentur, iurari poterit in litẽ aduersus depositarium, qui dolo malo eos restituere ad diẽ noluerit, quãuis ponas eum qui nummos ad certam diem restituendos posuit, pecuniam debuisse ad eandem aut etiam vlteriorem diem sub pœna, vel sub pignore, quod ob denegatam pecuniæ depositæ restitutionem distractum sit. Et ita Accursius nostet, & Bartolus, cæteríque interpretes existimant, versiculum hunc non de iureiurando adfectionis intelligendum esse, sed de eo quod vocant veritatis, de quo in *l.in actionibus 5.versic.planè infr.* & quod etiam in contractibus stricti iuris locum habeat. Qua ratione putant quod in hac lege scriptum est, iurari in litem posse pro nummis depositis sua die non redditis, perinde dici posse in pecunia data mutua, & ad certam diem restituenda si sua die non sit reddita, dummodo non tãtùm mora, sed etiam dolus interueniat debitoris. Addúntque generalius, pro eo quod interest, cùm in pecunia & quantitate consistat, nunquam iurari in litem iureiurando adfectionis, sed tantũ iureiurando veritatis, propterea quod non magis vno casu quàm alio possit in nummos cadere adfectio, nec si pœna commissa sit, aut distractio secuta pignorũ, quia, inquit Accursius, non in commissione pœnæ, aut in distractione pignorũ dolus admissus est, sed in restitutione non facta sua die eius pecuniæ ob quam non solutam, & pœna commissa & pignora distracta sunt. Quam sententiam Bartolus quoque tandem probat, licèt primũ addubitet an non alia constitui ratio debeat, eius quod interest ob pœnam commissam, alia verò eius quod interest ob distracta pignora, quasi probabilis aliqua adfectio possit cadere in pignora distracta, non etiam in pœna pecuniaria, quæ nihil nisi pecunia est.

Dec. Etiã ratione eius quod interest, licet in pecunia consistat, iurari in litem potest, vt constat nõ solùm ex hoc versiculo, sed etiam ex initio huius legis, vbi Vlpianus postquam dixit, nummis depositis iusiurãdum in litem deferri, vt iuret actor quod sua interfuit, non illam rationem adfert, quia de eo quod interest, iurari non possit, sed illam solam quòd certa sit nummorum æstimatio, id est, vt explicauimus, quia nihil interfit ratione nummorum, ita innuens non dubitare se quin iuriiurando locus esse posset, si quo modo interesset, etiam ratione nummorum dum ne subesset periculum, ne id quod interesset, in infinitum progrederetur. Quod periculum subesse non potest, cùm pecunia ad certam diem solui debuit: quandoquidem eo casu restringitur taxatio eius quod interest ad illud ipsum tempus quod in contractu appositum est, vt alterius nullius temporis ratio haberi possit, nec proinde id quod interest in infinitum, & in immensum excurrere. Nec sanè causa vlla est, cur de eo quod interest, iurari in litem possit, perinde atque de rei æstimatione, & quidem iureiurando adfectionis, vt odio dolosi depositarij alteriúsve qui conuentus sit, iudicio bonæ fidei æstimetur, & taxetur id quod interest arbitrio actoris, ne probandum habeat, quanti re vera interfit: in quo non leue commodum est, cùm plerunque inopia probationum, id quod interest etiamsi ad magnam summam accedat, ad exiguam tamen deducatur *dict.leg.vltim.de prætor.stipulat.* Non enim aliter quàm ex veris pleníque probationibus religionem suam instruere iudex potest quanti re vera interfit *leg.vnic.versicul.in aliis autem casibus Cod. de sentent.quæ pro eo quod inter.* nisi de eo ipso in litem iuretur. Suppletorio namque, vt vocant, iuriiurando locus esse, neque hoc casu, neque alio vllo potest, vt probauimus ad *leg.admonendi 31.sup.tit.prox.* id est, nec si semiplenè adsint probationes eius quantitatis ad quam vsque intendit actor sua interesse *dict. versic.in aliis autem casibus* ibi *iudices per suam subtilitatem requirere, vt hoc quod re vera inducitur damnum hoc reddatur.* Quibus verbis iusiurandum illud suppletiuum aperte excluditur, quod non ex subtilitate ac delatione iudicis proficiscitur, sed ex sola voluntate & requisitione illius, qui probationum inopia laborat impudenter petentis, vt ad eas supplendas iudex ipse in causa propria inuito quoque aduersario constituatur, non contra dolosum, aut ad litem duntaxat æstimandam, vt in hoc de quo agimus iureiurando in litem, sed ad ipsam litis victoriam sibi comparandam, & contra eum cui nihil possit imputari, nisi quod minus plenis aduersarij probationibus vinci nolit. Et tamen interpretum sententia est, etiam quantitatem eius quod interest, vt & aliud quidlibet probari posse per iusiurandum suppletiuum. Quod si ita esset, vtique nunquam verum esse posset quod scriptum est in *dict. leg. vltimæ de prætor.stipulat.* per inopiam probationum id quod interest ad exiguam summam deduci, si modò verum est quod iidem interpretes volunt ad *leg.3. C. de rebus credit.& iureiurand.* & quod magis miror, post eos Cuiacius ad *leg.tutor 35.supr.titul.prox.* inopiam probationum eam dicendam esse non quæ omnino nullas habeat probationes (defectum enim hunc vocant non inopiam) sed quæ minus plenas, cùm tamen è contrario dicere potius debuerint, inopiam probationum esse si quis nullas habeat, defectum verò si quis semiplenas: quid enim aliud est deficere quàm non sufficere? Nisi addas deficere omnes probationes, vt scriptum est in *dict. leg.tutor.* Quamquam dici potest etiam probationes omnes deficere cùm non plenæ sunt, non minus quàm cùm nullæ, nisi dicas in totum deficere, quod aliud est. Nec quicquam vetat id quod scriptum est in *d. leg. tutor.* de iureiurando delato per tutorem deficientibus omnibus aliis probationibus, sic intelligi vt eo quoq; casu iusiurandum deferre tutor possit quo habeat probationes aliquas, sed mancas, minúsque sufficientes, id est, ex quib. non possit vincere. Quo tamen casu non esse, vtiq; permittendum tutori deferre iusiurandum aduersario pupilli, si posset ipse petere, vt ad supplendas pupilli probationes ad iurãdum ipse admitteretur. Sed hoc obi-

BIU Cujas

ter dictum sit, non tantùm ad clariorem elucidationem eorum quæ scripsimus de probationum inopia circa interpretationem *dict. leg. 3. Cod. de reb. credit. ad d. leg. admonendi.* sed etiam vt intelligamus quàm necessarium sit iusiurandum in litem, tum quoque cùm agitur de probando contra dolosum, & taxando eo quod interest actoris, vt hac ratione non solùm actori bene prospiciatur, sed etiam debitoris improbi, & perfidi dolus, aut contumacia bonæ fidei iudicio vindicetur. Nec tamen vindicaretur, si iusiurandum hoc esset veritatis duntaxat, vt nostri volunt, non etiam adfectionis. Adieci autem *bonæ fidei iudicio*, quia in iis actionibus, quæ sunt stricti iuris, non puto iurari vnquam in litem, ne quidem contra dolosum, extra casum *d. leg. in actionibus §. planè*, in cuius tamen specie nullus debitoris dolus requiritur, sed mora tantùm, post quam homo promissus decesserit, & quæ licèt non facilè contrahi possit sine culpa, potest tamen sine dolo. Neque moueri Accursius, vt contra sentiret, debuit ex hac lege, quæ non de actione stricta loquitur, sed bonæ fidei, & de nummis depositis non de creditis, aut de nummis simpliciter, ne dubitari posset, non in quibuslibet nummis, & ex qualicunque contractu debitis idem iuris esse, sed aliud in depositis, aliud verò in creditis, aliud in actione depositi, aliud verò in condictione certi ex mutuo. Quare nec distinguendum est cum Bartolo, an ob non solutam sua die pecuniam pœna commissa sit, an verò distracta pignora. Etsi enim maior adfectio cadere potest in pignora, quæ in specie consistunt, quàm in pœnam pecuniariam, nec dolus vllus commissus est in commissione pœnæ, aut in distractione pignorum, sufficit tamen ad inducendum iusiurandum in litem, quòd dolus admissus sit in nummis depositis ad suam diem non restitutis, vt per iusiurandum in litem crescat condemnatio non pro æstimatione nummorum, quæ hoc casu non minùs certa est, quàm si nummi simpliciter depositi fuissent, nulla restitutioni die dicta, sed pro æstimando eo quod interest ex adfectione iurantis, ratione damni emergentis ob pœnam commissam, vel distracta pignora, adiecta etiam vltra pœnam commissam, pœna contumaciæ ex *l. 1. supr.* Hicque huius legis verus sensus est.

b *Nummos sibi sua die redditos esse.* RAT. DVB. Tum quoque cùm id quod interest omnimodo debetur, vt in iudiciis bonæ fidei ex die moræ, non tamen habetur ratio eius, quod interest extra rem, quod nostri vocant interesse extrinsecum, sed eius tantùm quod circa rem, quod iidem appellant intrinsecum *leg. si sterilis 21. §. cùm per venditorem infr. de action empt.* A. qui extra rem est, & extra contractum depositi, vt ob nummos depositos sua die non restitutos pœna commissa præstetur, & damnũ quod ex pignorum distractione contigit. Ergo non est permittendum ei qui nummos deposuit certa die restituendos, vt hoc prætextu iuret in litem de eo quod sua interfuit nummos sibi sua die datos esse. Idémque multo magis probari debet si actor velit iurare quanti sua intersit ratione lucri cessantis quod ex sua negotiatione facere potuisset, si restituta ei pecunia ad diem fuisset. Nam quo casu damnum emergens extra rem est ita, vt eius ratio haberi non debeat, eodem casu multo minùs haberi debet ratio lucri cessantis, tanquam quod tanto magis sit extra rem minúsque fauorabile, vt solet semper deterior esse condicio eius qui certat de lucro captando, quàm & eius qui de damno vitando *l. vlt. § si verò Creditores C. de iur. delib. l. quod autem 6. § simili modo infr. Quæ in fraud. credit.* DEC. Dies adiecta in contractu siue bonæ fidei siue stricti iuris, pars est stipulationis, & contractus *l. 1. §. editiones supr. de eden.* Vnde est, quòd si ad diem non satisfecerit debitor, hoc ipso tenetur ad id omne quod actoris interest ratione illius diei, hoc est, quod habuisset si ad diem satisfactum contractui fuisset, siue lucro computandum sit siue damno: idque non tam iure cuiusdam accessionis, aut quasi dies interpellet pro homine, vt vulgò creditur ad constituendum debitorem in mora ex *leg. magnam 13. Cod. de contr. & committ. stipulat.* quæ non habet locum nisi in pœnalibus, sed iure principalis debiti, quasi id ipsum quod interesse poterit ratione diei perinde in contractum, & stipulationem deductum videatur, atque dies ipsa. Alioqui nihil prodesset diei adiectio in stipulationibus, cæterisque contractibus, in quibus certum est accessiones nullas ex mora deberi posse, siue fructus sint, siue vsura, siue quid aliunde intersit, quod proprium ius est contractuum, & actionum bonæ fidei *leg. mora 32. §. in bonæ fidei leg. vsuræ 3[illegible]. & seq leg. videamus 38. § penult. infr. de vsur.* quod tamen non ita est. Nam si fundum certa die dari stipuler, & per promissorem steterit quominùs ea die præstetur, conie quar quanti mea interest moram factam non esse *leg. si fundum 134. infr. de verb. oblig.* ac proinde fructus ex eo fundo post diem perceptos, quamuis in stipulatione nihil dictum sit de fructibus, neque de eo quod interest, aliud autem nihil ex stipulatione peti possit, nisi quod verbis ipsis stipulationis expresse comprehensum est *leg. quicquid adstringendæ 99. eod. titul.* Sic & in æstimanda re debita ex stipulatione alióve contractu stricto, licèt inspici solea[illegible] præcisè tempus litis contestatæ, si tamen dies adiecta sit solutioni illius præcisè temporis, æstimatio præstanda est quo dari res debuit, *leg. hominem 37. infr. mandat. leg. si Calendis 11. infr. de re iudic. leg. vinum 22.* vbi dixi *supr. de reb. credit.* quia diei adiectio sola facit, vt perinde habendum sit acsi hoc ipsum nominatim conuenisset. Ergo neque extra rem, neque extra contractum esse videri potest id, quod quoquo modo interest ratione diei adiectæ in contractu. Hoc verò Bartolus aliíque interpretes non viderunt, qui admittunt hoc interesse, de quo in hac lege agitur extra rem esse, sed negant absurdum id videri debere, quia in nummis quorum vna eadémque semper est æstimatio, nihil possit interesse intra rem, sicque impunita maneret frustratio & contumacia debitoris si non puniretur præstatione eius quoque quod extra rem interesset. Quæ ratio si esset bona, consequens fieret, vt quoties non pecunia, sed aliqua species ex depositi contractu deberetur, quam certa die præstari conuenisset, & ob quam sua die non solutam pœna aliqua commissa sit, aut distracta pignora contra creditorem, qui eandem speciem alij quoque ad eandem fortasse aut vlteriorem diem sub pœna vel sub pignoribus promiserat, aliud respondendum esset, quàm quod in hac lege Vlpianus respondit in nummis depositis. Quod tamen non ita esse apparet ex *dict. leg. si fundum.* vbi idem noster Vlpianus ob non præstitum sua die fundum, qui per stipulationem promissus fuerat, deberi stipulatori non fructus tantum qui cùm ex fundo ipso

profi-

proficiscantur, non possunt computari in eo quod interest extrarem, sed multo generalius, quanti stipulatoris interfit moram factam non esse: ergo & pœnam, si qua contra eundem stipulatorem commissa sit, aut distractio secuta pignorum quam impedire stipulator potuisset, si ad dictam diem præstitus ei fundus fuisset, sicut & in specie huius legis: hac sola differentia, quòd in specie *d.l. si fundum* non posset iurari de in litem de eo quod interesset, quomodo in specie huius legis, sed aliter, & per veras probationes probandum esset quanti re vera actoris interesset: quoniam ex contractu stricto nunquam iuratur in litem extra casus supradictos, quomodo iuratur in contractu bonæ fidei, qualis est contractus depositi, de quo in hac lege. Eadem adiectæ diei vis & potestas facit, vt per hoc iusiurandum in litem non modò damni emergentis rationem habendam esse putem, licèt duo exempla, quę hîc Vlpianus adfert de damno, tantùm sint, sed etiam lucri cessantis, vt contra Accursium concludit Bartolus ex *leg. 2. §. vlt. in fin. infr. de eo quod cert. loc. d.l. si comm: ssa 13. rat. rem. haber.* Quamquam enim maius periculum subest, ne id quod interest ratione pecuniæ excurrat in infinitum & in immensum, si lucri quoq; amissi ratio habeatur, quàm si damni emergentis, quod neque immensum, neque infinitum esse potest, cùm tamen dies adiecta est, nec nisi ratione temporis præstatur, & petitur, quanti interest pecuniam suo tempore solutam non esse, vt hîc, & in *leg. quòd si Ephesi 5. infr. de eo quod cert. loc.* nihil tale potest accidere: quemadmodum nec cùm petitur id quod interest ratione loci, vt in *d. leg. 2. §. nunc de officio in fin. eo. tit.* quia restrictio quæ fit per adiectionem certi loci, certíque temporis, prohibet ac coercet taxationem eius quod interest, ne longius euagari possit, cùm iis casibus spectari oporteat non quanti interfit generaliter, & in vniuersum, sed strictiùs quanti interfit, quod ea die vel illo loco non fuerit satisfactum. Etsi distinguendum est, an id quod interest siue ratione loci siue temporis petatur per actionem bonæ fidei, vt in hac lege, an verò per actionem arbitrariam de eo quod certo loco, cùm interest ratione loci (nec enim adiectio temporis potest facere actionem arbitrariam, vt contra Accursium & Cuiacium disputabimus ad *dict. leg. quòd si Ephesi.*) si agatur iudicio bonæ fidei, iuratur in litem de eo quod interest, siue interfit ratione loci siue ratione temporis potestate, & æquitate iudicij bonæ fidei, quod huiusmodi gaudet priuilegio *leg. in actionibus 5. inf. iunct. l. g. in bonæ fidei 8. infr. de eo quod cert. loc.* Si verò arbitraria actione de eo quod certo loco, non iurabitur, quoniam arbitraria nihil nisi vtilis actio est substituta in locum directæ quæ stricta est *leg. 1. eod.* Non ergo distinguimus locum à tempore nec quantitatem à corpore ad inducendam obligationem eius, quod interest siue de damno emergente tractandum sit, siue de lucro cessante etiam ratione pecuniæ, nisi de inducenda quoque arbitraria tractetur, quę per solam loci non etiam temporis adiectionem inducitur. Sed bonæ fidei actionem ab ea quæ stricti iuris sit, semper seperamus, quoties de in litem iurando quærimus, & in ipsis quoque bonæ fidei actionibus distinguimus, an de ea re exerceantur, cuius dominium sit actoris, vt in hac lege, an de ea quæ actori tantùm sit debita, vt priore tantùm casu possit iurari, posteriore non item. Ex his facile est ad eam quæstionem respondere, quam Bartolus pro difficili proponit, si dare mihi debuisti centum libras eo tempore, quo florenus non nisi quadraginta solidis æstimabatur, nec tamen dedisti, nisi post auctam floreni æstimationem ad quinquaginta vsque solidos, an perdidisse aliquid dicendus sim, an potius non acquisiuisse? Certum enim est damnum me passurum esse si cogar florenos accipere in ea æstimatione, quæ hodie maior est quàm fuerit eo tempore quo dare debueras, ideóque nec possum cogi eam accipere solutionem *leg. Paulus 99. aliàs leg. creditorem infra de solut.* Qua de re si quis plura scire volet, videnda sunt, quæ contra Carolum Molinæum scripsimus in tractatu De variis nummariorum debitorum solutionibus. Cæterùm ociosa quæstio est, an in lucro, an potius in damno id poni debeat, cùm adiecta die in contractu quolibet non minus lucri quàm damni ratio habenda sit in æstimando eo quod interest, ac si illud ipsũ quod interest, specialiter contractu comprehensum esset, quasi hoc acto inter contrahentes, vt & in *leg. cùm stipulatus 113. §. vlt. de verb. obligat.* Nam & in stipulationibus quoque, vt & in contractibus aliis sequimur non tam quod expressim dictum quàm quod actum est *leg. semper 34. de reg. iur.*

4. IDEM libro 36. ad Edictum.

VIdeamus in tutelari causa quis iurare, & aduersus quem possit. & quidem ipse pupillus, si impubes est, nõ potest: hoc enim sæpissime rescriptũ est. sed nec tutorem cogendum [a], nec matrem pupilli admittendam [b], etsi parata esset iurare, Diui fratres rescripserunt: graue enim videbatur, & ignorantes, & inuitos tutores, sub alieni compendij emolumento etiam periurium anceps subire. Curatores quoque pupilli, vel adulescentis [c] non esse cogendos in litem iurare, rescriptis Imperatoris nostri, & Diui patris eius continetur. Si tamen tantam affectionem [d] pupillo suo, vel adulescenti, tutores, vel curatores præstare volent: auctoritas iuris non refragabitur, quin iudicio, quod inter ipsos acceptum est, finis eiusmodi possit adhiberi. non enim ad suam vtilitatem iurisiurandi referenda æstimatio est, sed ad domini, cuius nomine tutelæ ratio postulatur [e]. Adulescens verò, si velit, iurare potest [f].

BIU Cujas

Ad l. Videamus 4.

RAT. DVB. Etsi pupillo deferri iusiurandum non oportet *leg. iusiurandum & ad pecunias* 34. §. *pupillo supra titul. proxim.* cùm tamen à pupillo præstitum est, seruari debet, quia nihil refert cuius sexus, ætatísve sit is qui iurauit *leg. qui iurasse 26. eodem.* Ergo nihil vetat in tutelari causa, id est, pupillari quæ per tutorem exercetur, etiam pupillum ipsum iurare in litem ad rem suam æstimandam, præsertim cùm maneat dominus, licèt habeat tutorem, alius verò in litem iurare non possit quàm qui sit ipse dominus litis *leg. vulgo 7. infra hoc titul.*

DEC. Pupillus cùm sit impubes, & in ea ætate in qua non possit tantum habere iudicij, quantum necesse est ad res bene æstimandas (neque enim scire neque decernere quicquam talis ætas potest *leg. pupillus 9. de auctor. tutor.* non magis, inquit, quàm furiosus) non potest idoneus, & satis probus rerum suarum æstimator esse, sicut nec eas posset vendere, quod vtrumque tamen fit per iusiurandum in litem: nec ergo iurare ipse potest: cúmque iusiurandum hoc non aliter præstari possit, quàm si à iudice ipso deferatur §. *deferre infr. hac leg.* an non stultissimus esset iudex, & officij sui parum peritus, si pupillo iusiurandum deferret? Alia causa est eius iurisiurandi, de quo in *dict. leg. qui iurasse*, id est, quod à parte ipsa parti præstatur. Seruari enim illud à Prætore debet contra eum, qui dum deferret, contentus eo fuit, vt scriptum est in *dict. leg. qui iurasse.* Nec absurdum est stultè quid fieri ab incauto maléque consulto litigatore, quod æquè stultè per iudicem fieri absurdum esset. Sed si verum est, vt est, quod in superioribus diximus, iusiurandum hoc in litem nihil nisi litis æstimationem esse, ac quasi venditionem rei in litem deductæ, cur non permittimus pupillo, vt iuret tutore saltem authore, quemadmodum eodem authore posset vendere? Augetur dubitatio ex eo, quod tutor ipse solus potest iurare pupilli nomine, vt sequitur in hac lege: quidni enim multo magis ei liceat authoritatem iuranti pupillo præstare? Scio quædam esse quæ tutor facere non possit sine pupillo, quale est adire hereditatem, & si quid aliud simile est *leg. potuit 5. Codic. de iur. delib.* nihil verò posse pupillum facere sine tutoris consilio & authoritate. Sed quid potest esse, obsecro, quod pupillus facere non possit tutore authore? Denique cur non saltem distinguimus, an pupillus sit proximus pubertati, necne, cùm is qui pubertati proximus est, capax sit & furandi, & iniuriæ faciendæ *leg. pupillum* III. *de regulis iur.* & consequenter etiam peierandi: multò igitur magis iurandi? Respondendum est, posse pupillum tutore authore omnia ea facere, quæ si malè ac perperam faciat, indemnis postea seruari à tutore possit, iudicio tutelæ, quod in eam rem potissimùm comparatum est, vt non pupillus ipse, sed tutor damnum sentiat, si qua in re authoritatem malè præstiterit, quam præstare non debuit, vt è contrario si authoritatem præstare recusauerit, quam præstari expediebat pupillo *leg. si tutor 17. infr. de authorit. tutor.* Porrò in hoc numero non est iusiurandum tutore authore præstitum in quo si peieratum sit, non potest authorem laudare tutorem, vt pœna periurij se eximat, quæ in iudicium tutelæ scilicet venire non potest, cùm periurium solum Deum vindicem, & vltorem habeat *leg. 2. C. de rebus credit. & iureiurand.* Eadémque ratio facit, vt in re tanti momenti, tantíque periculi non oporteat distingui, an pupillus sit doli capax, & proximus pubertati, necne, sed generaliter arceri pupillum à iurando, & modò impubes sit, id est, non adhibita illa distinctione, an proximus sit pubertati, necne: nam & qui pubertati proximus est, adhuc tamen impubes est. Isque sensus est horum verborum Vlpiani *si impubes est*, non quem Accursius putat, vt dixerit Vlpianus *si* pro *quia*. Nam imò verò stat propriè articulus *si* hoc est, condicionaliter, non ad excludendum pupillum, qui sit pubes qualis certè nullus est (omnis si quidem pupillus impubes est, quamuis non è conuerso impubes omnis sit pupillus) nec rursus ad excludendum adolescentem de quo in sequentibus, vt idem putat Accurs. sed ad excludendum pupillum qui sit proximus pubertati, quem in aliis plerisque iuris partib. ius ciuile habet pro pubere. Est verò valde notandus hic casus. Vix enim alius talis in toto iure occurret, in quo non possit pupillus facere tutore authore, quod solus tutor ipse absque pupillo potest.

a *Sed nec tutorem cogendum.* RAT. DVB. Nihil debet tutor omittere eorum omnium quæ facere potest pro vtilitate pupilli, & ob quæ non facta damnum aliquod pupillus damnum quandoque sensurus sit, alioqui tenetur eo nomine actione tutelæ ad indemnitatem præstandam pupillo, præsertim si tale illud sit quod facturus tutor fuerit in causa sua propria: cùm à tutoribus pupillorum eadem diligentia exigenda sit circa administrationem rerum pupillarium, quam paterfamilias rebus suis ex bona fide præstare debet *leg. à tutoribus 32. in prin. leg. tutor 13. § non est audiendus & tot. tit. de admin. tutor. d. l. si tutor 17. de author. tutor. leg. 2. C. si tut. vel curat. non gesser.* Atqui pupilli tutor iurare in litem pro eo potest si velit, vt subiicitur in versicul. *si tamen.* Ergo vt pro eo iuret cogendus est, etiamsi iurare nolit, non quidem coactione præcisa, sed saltem causatiua, id est, nisi eo nomine pupillo teneri malit actione tutelæ *d. l. si tutor.* Alioqui euidenter manebit pupillus in damno si nec iurare ipse per se possit, nec per matrem suam etiam quæ pro eo iurare parata sit, vt statim sequitur in hac lege, nisi tutor qui pro eo iurare si velit, potest, iurare etiam inuitus cogatur.

DEC. Graue nimis esse videtur, & est, vt ignorans & inuitus tutor sub alieni compendij emolumento periurium anceps subire cogatur: nec enim tantopere damnosum aut periculosum tutori debet officium suum esse, quod tanquam publicum inuitus fortasse susceperit, aut saltem vt susciperet, cogi potuerit *leg. videlicet 29 supr. ex quibus caus. maior. leg. 3. §. vlt. inf. de testib.* Nam nec in causa sua & propter proprium compendium anceps periurium subire cogeretur, vt benè ratiocinatur Accursius ex *leg. iusiurandum, & ad pecunias 34. in fine princip. supr. tit. proxim. & leg. de die 8. § penult. supr. qui satisd. cogant.* cùm anima hominis rebus omnibus sit præferenda *l. sancimus nemini 21. C. de sacros. eccle.* Et generaliter iniquum semper est cogi quem de alieno facto iurare, adeò vt nec de facto defuncti iurare cogi possit heres quãuis defuncti personam repræsentet, quia ignorare

BIU Cujas

quia ignorare probabiliter potest contractum, & factum defuncti, inquit Paul. *libr. 2. sentent. tit. 1. §. 4. iuncta l. vlt. pro suo. l. qui in alterius 42. de reg. iur. l. Marcellus 11. §. pen. infr. rerum amot.* Nec ideo tamen verendum est, vt iactu iram ex eo vllam pupillus incurrat, cùm nihil vetet etiam aliter quàm per iusiurandum æstimari rem pupilli, quomodo esset necessariò æstimanda si ex contractu stricto peteretur, nisi in casu *l. prox. infr. vers. planè.* sed compendium & lucrum duntaxat amittit pupillus, quod acquireret si pro eo tutor iurare vellet, quandoquidem per hoc iusiurandum æstimatur contumacia vltra verum rei precium *l. 1. supr.* eáque contumaciæ æstimatio tota in lucro & compendio est. Ideoque nimirum in hoc demum iureiurando grauius periculum est ne periurium incurratur, quàm in decisorio, quod de rei veritate est, non de iurantis adfectione, cui cùm ex iuris necessitate legislator indulget, vt rei dolum & contumaciam puniat, multò magis credendum est indulturum sibi plus æquo actorem, cui in infinitum iurare permittitur, nisi propriæ conscientiæ testimonio ac pudore coerceatur. Nec remedij loco induci potest, vt taxetur certa quantitas intra quam iurari oporteat. Nam præter id, quod ius illud nouum & totum Tribonianeum est, vt iam diximus & docebimus *ad §. iurare infr.* non ideo fit taxatio, vt sine periurij periculo ad eam vsque quantitatem iurari omnimodo debeat, sed vti ne vltra quantitatem illam iurari possit, nec si re vera pluris interfit. Itaque intra taxatam quantitatem periurium incurri non minùs potest, quàm si taxata quantitas non esset: imò tantò faciliùs quantò solet quisque auidiùs iurandi licentiam sibi sumere ad taxatam vsque quantitatem, dum putat impunè hoc facere sibi per leges & Deum licere, quod per iudicem licet. Proinde nec mirum est non cogi tutorem præstare pupillo authoritatem ad iurandum in litem, non magis quàm vt tutor ipse iuret, cùm ea quoque ratione anceps periurium æquè possit incurrere. Quæ omnia longè diuersa sunt in iureiurando decisorio, in quo de veritate rei iuratur, cuius si tutor conscius sit, nullum periculum est ancipitis periurij, propter quod iustè recusari iusiurandum à tutore possit, qui administrandarum rerum pupillarium ius habet, si modò iusiurandum ei deferatur tanquam de re quam ipse certam habeat, & exploratam, vt in *leg. quoties 21. §. si tutor supr. de noxal. action.* de qua tamen si dubitet, vt ancipitis periurij periculum vereri debeat, non tam præcisè iurare cogitur, quin referre etiam possit si malit, quemadmodum & ab initio deferre illud posset *leg. iusiurandum quod 17. §. si tutor. supr. titul. proxim.* Quisquis enim deferre potest, idem multò magis audiendus est si referre velit, cùm faciat ex necessitate *dict. leg. 34. §. datur autem, & l. manifestæ 38. eodem titul.* Nec ei quandoque imputare poterit pupillus si ex relatione victus sit, cur non potiùs tutor iurauerit, atque ita litis victoriam pupillo comparauerit, cùm non fuerit cogendus præcisè de alieno facto iurare *dict. l. Marcellus §. penult.* nec anceps periurium subire, vt hîc Vlpianus scribit. Idémque iuris est si pupillo delatum sit iusiurandum ea lege, vt tutore authore iuret, quomodo certè deferendum est, ne alioqui nimis stultè fecisse videatur, qui pupillo ad iurandum sine tutoris authoritate detulerit *dict. l. 34. §. pupillo supr. hoc tit.* cùm eo casu non minùs seruandum sit à Prætore iusiurandum, quàm si à tutore authore aut à maiore præstitum est *d. l. qui iurasse 26. eod.* vt scilicet hoc casu cogendus sit tutor, vel authoritatem pupillo præstare, si facti veritatem perspectam habeat, aut ipse pupilli nomine iusiurandum referre, vel saltem pupillus ipse tutore authore, vt in *d. l. 17. §. pupillus supr. eod. tit prox.* Cæterùm si neque authoritatem pupillo præstare, neque iusiurandum referre tutor cogeretur, nulla superesset ratio litis per iusiurandum finiendæ, essetque pupilli ætas, & quæ per ætatem contingit ignorantia captiosa ipsius aduersario, si fortè is aliam probandæ intentionis suæ rationem non haberet: quod tamen iniquum esset *leg. quod autem 7. §. si quid cum pupillo infr. quæ in fraud. credit.* vbi dicitur, quod alioqui mirum videri possit esse pupillum in hoc deterioris condicionis, quàm sint cæteri creditores, qui non aliter actione Pauliana, & interdicto fraudatorio tenentur, quàm si fraudem sciuerint, & participauerint. Neque tamen id mirum videri debet: esset enim multò iniquiùs, debitoribus licere cum pupillo contrahere, aut aliud negotium gerere in fraudem creditorum: quemadmodum solemus dicere, iniquum esse cogi eum, qui cum pupillo non contraxerit, expectare pupilli pubertatem *l. 3. versic. Marcellus infr. quibus ex caus. in poss. eat.* Iusiurandum verò in litem in eo non solùm minùs necessarium, sed etiam minùs fauorabile est, quod non ad decidendam litem, sed ad æstimandam eam pertinet, nec præstatur deferente aduersario, aut ad aliquam ipsius vtilitatem, sed in eius odium ad solam vtilitatem iurantis, vnde fit, vt nec referri vnquam possit. Tantò iustius ergo videri debet quod Imperatores rescripserunt, non esse cogendum tutorem, vt pupilli nomine inuitus iuret. In quolibet alio iureiurando aliud est *l. 2. §. quod obseruari. Cod. de iureiur. propt. cal. dand. §. 1. leg. properandum 13. §. vltim. Cod. de iudic.* Et ita bene Accursius.

b *Vel matrem pupilli admittendam.* RAT. DVB. Nullus adfectus vincit maternum, sicut nec paternum *l. vltim. C. de curat. furios.* nisi maternus: viscera enim materna nesciunt patientiam. Ergo quod indulgetur adfectioni tutoris adeoque curatoris, vt pro pupillo vel adolescente iurare in litem possint si velint quamuis non cogantur, vt Vlpianus subiicit in *versic. si tamen.* cur matri pupilli denegabitur, quæ æstimationem rei pupillaris non minùs scire, quàm tutor ipse potest si tantam adfectionem filio suo præstare velit, vt iurare parata sit? præsertim cùm etiam patri concedatur iurare pro filio in actione Rerum amotarum, si velit, tametsi non cogatur *d. l. Marcellus 11. §. penult. infr. rer. amot.*

DECID. Mater quæ tutrix non est, non habet legitimam personam iurandi pro filio, etiamsi maximè velit, adeoque nec standi in iudicio propter sexus verecundiam, & consilij infirmitatem *l. alienam 18. Cod. de procurat. l. 3. de reg. iur. l. 1. supr. de postul.* Meritò igitur diui fratres rescripserunt, non esse matrem admittendam ad iurandum pro pupillo, etiamsi iurare parata sit: minùs enim iuris habet quàm tutor, qui legitimam personam gerit ad agenda ea omnia, quæ pupilli nomine, siue in iudicio siue extra iudicium agenda sunt *l. 1. & 2. C. qui legit. personas stand. in iudic. hab.* Ideoque cogitur tutorem perere pupillo filio *l. matris pietas 6. C. qui pet. tutor. l. 2. infr. ad SC. Tertyll.* quòd non ita esset, si posset illa tanquam mater omnia gerere pro tutore. Minùs item, quàm

BIU Cujas

pater *d.l.Marcellus* §. *pen.* non quia pater sit legitimus administrator filij, non etiam mater, nisi quæ tutrix est, (etsi enim verè hoc dicitur hodie post *l. cùm oportt. 6. & l. vltim. C. de bon. quæ liber.* quibus primùm hoc ius legitimæ administrationis inductum est, non tamen conuenit Vlpiani temporibus, cùm patri tum sufficeret ius patris, & incognitum esset in eius persona nomen legitimi administratoris) sed quia propter patriam potestatem censetur eadem esse patris & filij persona *l. in suis 11. de liber. & posthum. l. ne cum filiofamilias 16. infr. de furt.* quod de matre nemo vtique dixerit, quia nec matris potestas vlla est, nec habent fœminæ liberos in potestate *l. 4. §. ad testamenta infr. de bon. poss. contr. tab. l. mulierem 5. C. de adopt.* Ideo autem loquor de matre quæ tutrix non est, quia si tutrix sit, nihil causæ est cur ei denegetur quod cæteris tutorib. permittitur, ideò quòd sit & mater. Ex quo apparet non esse bonam rationem quæ adfertur ab Accursio propter quam non sit permittendum matri, vt in litem iuret pro filio, quamuis impubere, quia, inquit, filium suum plus quàm se ipsam diligit, quasi ex ea causa credendum sit iuraturam illam in immensum. Quod si verè diceretur, nec illo casu permittendum esset ei iurare quo tutrix esset: nec enim qualitas illa superueniens naturam tollit aut destituit, sed supponit, vt de Dei Opt. Max. gratia dicunt Theologi. In eóque Accursius bene à Bartolo reprehensus est, illa etiam ratione, quòd cuilibet permittatur iurare in causa propria ad litem æstimandam *l. vulgo 5. l. tutor 8. infr. hoc tit.* cùm tamen maior non sit cuiusquam adfectio erga alium quàm erga seipsum. Vera igitur ratio illa est, quam attulimus, quòd mater, quæ tutrix non est, legitimam personam non habeat standi in iudicio pro filio. Nam quæ à Bartolo ipso adfertur ex *dict. l. vulgo.* quòd non alius in litem iurare possit, quàm qui litis dominus est, quíque litem suo nomine contestatus fuerit, perinde matrem tutricem ab hoc iureiurando summoueret, atque si tutrix non esset, cùm non ob id quod tutrix est, fiat litis domina, eámve suo nomine cõtestari possit. Nec tamen mirandum est Vlpianum nostrum hîc non distinguere, an mater tutrix sit necne, quia iure vetere non poterat mater tutrix esse liberorum, quòd virile id esset munus & officium vltra muliebrem sexum, nisi si quando ex rescripto Principis speciatim id concessum esset *l. vlt. infr. de tutel. d. l. 3. de reg. iur. d. l. alienam* 18. *C. de procurat.* Sed hodie tamen distinctio hæc necessaria est, postquam placuit Iustiniano, vt mater non solùm legitima tutrix filiorum esse possit, sed etiam vt cæteris tutoribus legitimis, si tutrix esse volet, præferenda sit *Nouell. 118. de hered. ab intest. venient. c. 5. §. ex his autem & tot. tit. Cod. quand. mulier tutel. offic. fung. pot.*

c *Curatores quoque pupilli vel adolescentis.* RATIO DVB. & DEC. in curatoribus pupillorum eadem est quę in tutoribus. Quoties enim pupillo curator datur, quod non aliter faciendum est, quàm si iam tutorem habeat (nec enim habenti tutorem tutor dari potest *tot. tit. C. in quib. caus. tutor hab.*) eadem ratio est curatoris, quæ tutoris, in cuius locum datur ac veluti substituitur, cùm æquè detur personæ *dict. l. à tutoribus 32. in princip. de admin. & peric. tutor.* quod in minoris curatore secus est, quia bonis tantùm datur non personæ, nec quicquam adolescentis nomine facere potest, nisi vt pro eo iudicium suscipiat *l. 2. infr. de admin. tutor.* sed authoritatem tantùm ei præstare debet. Multò igitur minùs cogendus est curator adolescentis, vt pro eo iuret, cùm adolescentis personam non repræsentet, quomodo tutor repræsentat personam pupilli, neque quod pro eo legitimam personam in iudicio standi habeat *dict. l. 2.* facere debet, vt eò magis iurare cogendus sit. Nullum enim periculum est ancipitis periurij suscipiendo iudicium, quomodo esset iurando in litem ex adfectione adolescentis nomine, sicut in tutore proximè diximus. Planè si iurare velint, possunt, vt sequitur. Quòd si nolint, melior futura est condicio adolescentis quàm pupilli, quia potest adolescens iurare si velit, vt sequitur in hac lege, at pupillus non potest. Contentus ergo esse cogetur præsenti æstimatione taxanda ex communi hominum opinione: ideóque nec in totum damno adficietur, sed iustum preciũ pro formali accipiet, in quo nihil damni est, sed tantùm minùs lucri. Quanquam nec nouum est, vt pupillus sit deterioris condicionis ob hoc ipsum quod sit melioris, vt in *l. quod autem 6. §. si quid cum pupillo infr. quæ in fraud. credit.*

d *Si tamen tantam adfectionem.* RAT. DVBIT. Authoritas iuris non patitur, vt alius in litem iuret quàm qui dominus litis est, quíque litem suo nomine contestatus est *l. vulgo 5. infr. hoc tit.* Nam ad vtilitatem iurantis referri hoc iusiurandum debet, vtilitas autem tutoris vel curatoris nulla esse potest in lite, quæ vel pupilli est, vel adulti. Ergo quamuis tantam affectionem pupillo suo vel adolescenti tutores vel curatores præstare velint, vt pro iis in litem iurare parati sint, authoritas tamen iuris refragatur, ne hoc eis licêre debeat: numquam enim adfectioni indulgendum est, cùm authoritas iuris refragatur *l. ex damni 40. infr. de damn. infect.* Nec est quod quis cum Accursio & Bartolo respondeat, tutorem domini loco habendum esse, cùm bene administrat ex *l. qui fundum 7. §. si tutor. infr. pro empt. l. interdum 56. §. qui tutelam. infr. de furt.* Etsi enim de tutore id verè dicitur, & de curatore pupilli qui tutoris loco est, vt proximè diximus, de curatore tamen adolescentis non similiter dici potest, cuius vtique non tanta est potestas quanta tutoris, & de quo nihil tale vsquam scriptum est, cùm tamen eadem ipsius ratio constituatur quæ tutoris in hac lege.

DECID. Tam curatores quàm tutores personam habent legitimam standi in iudicio, nec minùs curatores minoris pro adulto quàm tutores pro pupillo *dict. l. 2. infr. de administr. tutor.* Ergo & ad facienda, si velint, omnia ea quæ in iudicio facienda sunt ad vtilitatem pupilli vel minoris, præsertim vt iudicio, quod ab ipsis acceptum est, finis imponatur: quid enim magis agere bonus tutor vel curator debet, quàm vt pupilli sui vel minoris litem quàm citissimè finiat? *l. 11. Cod. de admin. tutor.* Et quid prodesset iudicium pro pupillo vel pro adulto accepisse, si non ei finis quoque adhiberetur? *l. properandum 13. Cod. de iudic.* Atqui finis liti imponitur per iusiurandum in litem, non quasi ad decidendas lites comparatum sit, vt noster Accursius sentire videtur ex *l. 3. C. de rebus credit. & l. 1. supr. tit. prox.* quæ non de hoc iureiurando loquuntur, sed de decisorio, at potius quia liti & controuersiæ finis imponi non potest nisi per sententiam *l. 1. infr. de re iudic.* per absolutionem scilicet aut condemnationem, vt ea lex ait. Condemnatio autem fieri non potest, nisi in quam litis æstimatio deducatur, vt docuimus ad *l. 1. supr.* nec denique litis æstimatio

fieri

fieri nisi per hoc iusiurandum quoties ei locus est. Iuris ergo authoritas non refragatur quominus possint & tutores & adolescentis curatores pro eo in litem iurare in consequentiam eius quod etiam inuiti suscipere iudicium compelluntur: quamuis non ideo iurare inuicti cogantur, sed ita demum possint si tantam adfectionem præstare pupillo vel adulto velint. Ideoque nec ad suam vtilitatem iurant, sed ad vtilitatem pupilli vel adulti, pro quo iurant, vt de procuratoris stipulatione scriptum est *in l. penult. supr. si quis caution.* quia nec tutorum vel curatorum vtilitas in eo vlla est, sed adfectio duntaxat. Datur enim iusiurandum huiusmodi ex adfectione quidem iurantis, sed ad vtilitatem agentis qui litis dominus est, & cuius nomine facta fuit litis contestatio, quoties alius iurat quàm qui dominus litis est: quod tamen rarissimè contingit, & extra casum huius legis fortasse numquam. Nec quod hoc iusiurandum adfectionis esse dicitur, facit, vt eò minùs dari ad vtilitatem debeat, cùm adfectionem iurantis non nudam esse oporteat, sed iustam, vt de traditione scriptum est in *l. numquam nuda 31. de acquir. rerum domin.* id est, ad eam vtilitatem cõsequendam quæ actori iure debeatur, qui inuitus re sua carere cogitur, ne scilicet eam iusto precio vendere compellatur. Adfectio non potest nisi eius esse qui iurat, nec rursum vtilitas nisi eius cuius lis est, hoc est cuius nomine lis fuit contestata. Itaque iusiurandum tutoris vel curatoris non ita concipiendum est, vt iuret tutor vel curator pupillum, vel adultum suum nolle pro tanto carere re sua, vt malè putat Accursius (de sua enim adfectione non de aliena iurare quemque oportet) nec rursum quòd si ipse tutor esset eius condicionis, cuius est pupillus, & in loco pupilli, nollet illa re pro tanto carere, quomodo Bartolus loquitur ex *l. continuus* 137. §. *cùm ita*, in illis verbis *quo plerique eius condicionis homines solent peruenire. infr. de verb. obligat.* nec denique, quomodo Zasius, tantum prodesse id pupillo potuisse, idque se certo æstimare cùm pupilli facultates notas habeat. Purum enim non condicionale iusiurandum esse oportet, nec pupilli ætas & condicio spectanda est ad augendam æstimationem, sed sola rei contumacia contrà quàm formula Bartoli innuere videatur, sicuti neque ineunda æstimatio est ex comparatione aliarum facultatum pupilli, aut ex earum notitia, vt sensit Zasius, cùm æstimanda sit ea res sola quam reus per dolum aut contumaciam noluerit restituere, nec quod ampliores, aut minores alias facultates pupillus habeat, minuere vel augere æstimationem rei controuersæ debeo, sed omni casu contumacia rei æstimanda est vltra precium *d. l. 1. supr.* Sic igitur concipiendum est, vt siue tutor pupilli, siue curator minoris iuret simpliciter *tanti interesse pupilli vel adulti sui.* Ita enim fit, vt cùm tutor, vel curator ille sit, qui iurat nulla adfectionis pupilli vel minoris facta mentione non de alia adfectione, quàm de sua iurare videri possit, nec tamen de sua vtilitate, sed pupilli vel adulti sui, cùm iuret pupilli vel adulti sui tanti interesse. Quod quia sine ancipitis periurij periculo fieri non potest, hoc ipso satis monetur & coercetur tutor & curator ne pluris aut rem ipsam, aut possessoris dolum vel contumaciam æstimet pro vtilitate pupilli, quàm si pro se ipso iuraret suámque vtilitatem æstimaret.

e *Cuius nomine tutelæ ratio postulatur.* legendum omnino est *tutelæ ratione postulatur.* Non enim tractatur hîc de pupillo, qui rationem tutelæ à tutore suo exigat quod in ea ætate facere pupillus nunquam potest *l. nisi finita 4. infr. de tutel. & ration. distrahen.* sed de tutore qui pupilli nomine, & tanquam tutor rem pupillarem ab iniusto possessore vindicet, aut etiam actione in personam persequatur, eóque per dolum vel contumaciam nolente reddere, ipsius rei æstimationem postulet. Accursius qui hoc bene vidit, interpretari cogitur, Rationem tutelæ, id est, inquit, *debitum occasione tutelæ, quia tutor est*, sed parum feliciter: postulat enim tutor æstimationem rei pupillaris non quasi debitam, sed vt æstimet rem pupilli & contumaciam possessoris.

f *Adolescens verò si velit iurare potest.* RAT. DVBIT. Adolescens qui curatorem habet, æquiparatur pupillo, vt vulgò & interpretes & pragmatici nostri sentiunt ex *l. si curatorem habens. Cod. de in integr. restit. minor.* Atqui pupillus iurare in litem nullo modo potest etiamsi velit maximè, vt in huius legis initio scriptum est. Ergo nec adolescenti curatorem habenti permittendum est, vt in litem iuret. Tractari autem hîc de adolescente curatorem habente apparet non ex eo solùm, quod proximè lex dixit de curatore adolescentis volente aut nolente iurare pro adolescente, sed ex eo quoque, quòd iusiurandum in litem conuentionale & extraiudiciale nullum est, sed illud tantum, quod ab ipso iudice & consequenter in iudicio defertur, vt dicemus in §. *seq.* In iudicio autem stare adolescens sine curatore non potest *dict. l. 2. de author. tutor. l. secunda, Cod. qui legit. personas stand. in iudic. hab. l. cùm & minores 4. Cod. si aduers. rem iudic. l. contra pupillum 44. de re iudic.*

DECID. Adolescens in ea ætate est, vt omnia quæ agit, & agendorum causas possit intelligere, ideoque nec tutorem habere potest, nec curatore vllo inuitus indiget nisi ad lites exercendas: extra quem casum nec inuito datur, sed tantùm petenti §. *item inuiti. Instit. de curat.* Proinde nihil vetat eum iurare in litem, cùm peierare etiam possit, & sciens fallere si velit, quod non æquè de pupillo dici potest *leg. qui iurasse 26. supr. titul. proxim.* Nec quod curatorem habet, facere potest, vt tantò minùs vel ætatis vel iudicij habeat, pupilloque sit in omnibus, & per omnia æquiparandus, vt malè nostri putant. Ideoque & sine curatore suo rectè obligatur *l. puberes 101. de verborum obligationib.* cùm tamen pupillus obligari sine authoritate tutoris non possit *leg. obligari 9. de author. tutor.* Qua ratione nec probare vnquam potui quod iisdem interpretibus & pragmaticis nostris placet, Constitutionem Friderici Imperatoris, de qua in *Auth. sacramenta puberum. Cod. si aduersus vendit.* in eo pubere non esse obseruandam, qui curatorem habeat, quasi iusiurandum eius propter curatorem non iam sit puberis, sed impuberis: quod certè perridiculum est. Alioquin si pubes qui sub administratore est, pupillo æquiparari debet, quidni damus ei quoque tutorem non curatorem? An non ista implicant contradictionem, vt quia pubes est non impubes curatorem accipere debeat non tutorem, & tamen statim atque curatorem habet, hoc ipso pro impubere ac pupillo habendus sit, atque ita desinat quodammodo pubes esse? Fateor puberem qui curatorem habeat, non posse res suas alienare sine authoritate curatoris non magis quàm

BIU Cujas

si pupillus esset aut prodigus, cùm ea res pertineat ad bonorum administrationem, quæ tota consilio & authoritati curatoris commissa est, cuius datio alioquin vana & inutilis esse videretur. Quæ sententia & ratio est *dict. l.si curatorem habens*, sed in cæteris quæ sunt extra causam administrationis, quale est, vt minor se obliget per stipulationem, aut vt iuret, dico non magis impediri eum, vt ista faciat, etiamsi curatorem habeat, quàm vt possit testari, quod nec permittendum ei esset, si pupillo in omnibus & per omnia æquiparandus esset. Neque apertior aut accommodatior alius in toto iure nostro locus quærendus est, quàm hic, vt interpretum & pragmaticorum error ille, præsertim quod ad puberum sacramenta pertinet, conuellatur. Simile est quod Iustinianus scribit *in §.impuberes. Instit. de suspect. tutor.* Impuberes non posse tutores suos suspectos facere, sed puberes posse curatores suos accusare, dum id faciant ex consilio necessariorum. Sanè ratio quam adfert Accursius, propter quam permittendum sit adolescenti iurare in litem, quia, inquit, de suo commodo agitur, non potest esse bona, cùm æquè pupillis ac minoribus condicionem suam meliorem facere liceat, nec possint minùs in eo esse fauorabiles quàm adulti *d.l. obligari 9. infr. de author. tut. l. Iulianus* 13. *§. antepen. infr. de action. empt.* Illud bene Accursius docet, obligari minorem, vt à iudice interrogatus iuret de veritate dicenda. Etsi enim locus hic non est de iureiurando veritatis, sed adfectionis, vt docuimus, dubitari tamen non potest quin ei cui de adfectione quoque iurare permittitur, multò magis licere debeat de veritate iurare: est enim veritatis habendæ fauor maximus semper, & præcipuus, *l.2. C. de edend. l.3. l. Imperatores* 29. *§.1. & pass. infr. de probat.*

1 ¶ Deferre autem iusiurandum iudicem oportet. cæterùm si alius detulerit iusiurandum, vel non delato iuratum sit, nulla erit religio, nec vllum iusiurandum, & ita constitutionibus expressum est Imperatoris nostri, & Diui patris eius.

Ad §.1. Deferre.

RATIO DVBIT. Iusiurandum de rei & negotij quod in litem deductum est, decisione interpositum maioris momenti est quàm iusiurandum in litem, quod non interponitur nisi ad litem æstimandam: plus enim est litem decidere quàm æstimare. Atqui iusiurandum illud decisorium, de quo actum est titulo superiore deferri etiam ab aduersario potest, adeoque extra iudicium *l. iusiurandum quod ex conuentione* 17. *in princip. & pass. supr. tit. proxim.* Ergo & iusiurandum in litem poterit, ne cui licet quod plus est, non liceat quod est minus contra regulam *l. non debet cui* 20. *de reg. iur.* Et verò cùm volenti nulla fiat iniuria, *l. in diem 9. §.1. de aqua & aquæ pluuiæ arcend.* cur non licere debeat reo actorem testem in propria causa constituere ad æstimandam litem, quem posset etiam iudicem constituere ad eam quoque decidendam *l.1. infr. quarum rer. act. non det.* Denique an non esset commodius iudici eam sequi litis æstimationem quæ per iusiurandum actoris ex rei delatione facta esset? *l. si conuenerit* 26. *infr. de re iudic.* DECID. Iusiurandum hoc in litem defertur ex mera ratione & necessitate iuris *l. vlt. infr. hoc tit.* quoniam iudex ad cuius solius officium pertinet, vt litem æstimet, & ad eam litis æstimationem inuitum quoque reum condemnet, non aliter officio suo fungi potest, quàm si actori rem suam, aut per vindicationem petenti, aut actione aliqua bonæ fidei ex contractu persequenti iusiurandum deferat, quanti æstimet, quòd per dolum aut contumaciam possessoris inuitus re sua carere, eámque certo precio vendere cogatur: quod sicuti facere ex officio suo iudex compellitur, adeoque, vt puto, etiam actore non petente (nec enim petendum est quod ex iuris necessitate omnimodo à iudice faciendum est, & multa sunt quæ iudex etiam inuitus nec requisitus facere cogitur, vt officio suo bene fungatur) ita nec curare debet aut expectare aduersarij delationem, nec pati vt ex ea delatione præstetur iusiurandum, quod inuito quoque deferente præstandum esset. Multò minùs actor iurare debet ex delatione aduersarij, nisi eo casu quo reus condicionem deferret, vt ad certam & taxatam quantitatem condemnaretur, si actor iurasset tanti sua interesse, vt in *l. si quis cum debitore* 39. *supr. titul. proxim.* nempe si non maiorem quantitatem iurare actor vellet. Hoc enim casu non cogeretur iurare, ne alioqui esset in potestate rei taxare quantitatem iurisiurandi, atque ita litem pro se contra actorem, id est, vice actoris contra se æstimare, si iurisiurandi delatio à reo facta ad eam vsque quantitatem quam actor iurauerit, vt ponit Bartolus omnino vana & inutilis est. A iudice igitur ipso tantùm deferendum est hoc iusiurandum, ideoque iudiciale semper est, nec vnquam extraiudiciale, quia finiri quidem controuersia potest etiam priùs quàm lis moueatur, scilicet si ab omni controuersiæ metu, vel per transactionem, vel per iusiurandum discedatur *l.2. C. de transact. l.2. supr. tit. proxim.* sed litem æstimari antequàm mota sit, aut ab alio quàm à iudice impossibile est. Planè si conuenerit inter litigatores quanti lis æstimanda sit, non dubitabit iudex eam sequi conuentionem *dict. l. si conuenerit*, sed aliud est litem æstimari mutua conuentione litigantium, quod semper fieri potest, aliud verò æstimari inuito reo ab actore, quod non nisi in iudicio & deferente ipso iudice vnquam fieri debet, ne voluntas vnius ex litigatoribus authoritati iudicis anteposita videatur, si quod soli iudici ex officij necessitate facere incumbit aduersario facere concedatur *arg. l.1. §. inde quæritur. infr. de noui oper. nunciat.* Denique quid potest aduersarij delatio prodesse, qua cessante iudex æquè iusiurandum deferre possit, & debeat? In iureiurando decisorio aliud iuris est, quia nunquam à iudice defertur, sed semper à parte.

a *Vel non delato eo iuratum sit.* RAT. DVBIT. Iusiurandum hoc in litem, non defertur nisi ex iuris necessitate, vt modò diximus, ex *leg. vltim. infr. hoc titul.* Ergo etiam non delatum præstandum est, & præstiti religio conseruari à Prætore debet, cùm non possit videri perperam factum, quod ex mera iuris ratione & necessitate factum est

l. si mu-

BIU Cujas

l si mulier 59. §. ex asse in fin. infr. de iur. dot.

DECID. Solius iudicis est litem æstimare & officio eius hoc incumbit *Tit. Instit. de offic. iudic.* Ergo si quando æquum sit, & necessarium ab actore ipso litem æstimari, vt ipse iudicis quodammodo vice ac partibus fungatur, non ab alio quàm ab ipso iudice potestatem illam accipere & potest & debet: quam porrò nec iudex nec ratio ipsa iuris passim indulget actori, sed certis tantùm casibus, & actionum generibus, de quibus dicemus *ad l. seq.* Delati igitur iudicis præcedere debet præstationem, causæ autem cognitio delationem: quod si factum non fuerit, meritò Vlpianus ait, nullam fore religionem, nullum iusiurandum, & ita expressum esse plerisque constitutionibus Imperatorum. Quid enim magis suspectum videri potest, quàm si quis vltro se ingerat, vt iudicem & testem se constituat in propria causa, & quod iudicis authoritate fieri debeat, sibi velit adrogare? quod nec post latam à iudice sententiam facere vnquam licet *l. miles 6. §. qui iudicati infr. de re iudic. l. non est singulis 186. de reg. iur.* Quare nec facilè probare possum, quod tradit Bartolus, etiam notarium causæ, quem Pragmatici nostri grapharium appellant, posse iusiurandum hoc deferre, dummodò, inquit, deferat mandante ipso iudice & præsente, quasi, inquit, iudex hoc facere videatur *arg. l. falsus 43. §. si is qui infr. de furt. l. si procuratori præsentis 79. de verb. oblig.* Nam cùm expressim, & specialiter mandatum sit Imperatorum constitutionibus, vt iudex ipse deferat, nõ potest nec debet alteri deferendum mandare ne rem sibi commissam negligere videatur *l. cùm hi 8. § si Prætor & seq. supr. de transact. l. 1. de offic. eius cui mandat. est iurisd.* nõ magis quàm notario committere, vt ipse iudicet inter litigatores & pronunciet: huius siquidem iurisiurandi delatio quid aliud est, quàm sententia & pronunciatio iudicis, reum condemnantis quanti actor in litem iurauerit? *l. qui restituere 68. vers. si verò non potest, & sequ. sup. de rei vindic. l. si fundus 16. §. in vindicatione infr. de pignor.* Fit enim hæc delatio semper, & fieri debet per viam condemnationis, neque post hanc pronunciationem faciendum iudici quicquã supersit, cùm taxatio condemnationis quæ facienda supersit, ab ipso actore facienda sit, non à iudice. Facta verò per actorem taxatione, ad iudicati executionẽ veniendum est, quæ porrò non ad cognitionem eiusdem iudicis pertinet qui iam iudicauit, & siue bene, siue malè officio suo functus est *l. iudex posteaquam 55. inf. de re iudicat.* sed ad magistratum qui iudicem dedit, siue Prætor ille sit, siue alius, ad quem solum ex Diui Pij rescripto pertinet, vt iudicis à se dati sententiam exequatur *l. à Diuo Pio 15. eod.*

2 ¶ Iurare autem in infinitum licet. Sed, an iudex modum iureiurando statuere possit, vt intra certam quantitatem iuretur, ne arrepta occasione, in immensum iuretur, quæro? & quidem in arbitrio esse iudicis, deferre iusiurandum necne velit, constat. An igitur, qui possit iusiurandum non deferre, idem possit & taxationem iuriiurando adiicere, quæritur. arbitrio tamen bonæ fidei iudicis etiam hoc congruit. Item videndum, an possit iudex, qui detulit iusiurandum, non sequi id: sed vel prorsus absoluere, vel etiam minoris condemnare, quàm iuratum est. & magis est, vt ex magna causa, & postea repertis probationibus possit.

Ad §. 2. Iurare autem.

RATIO DVBIT. In rebus omnibus honestus modus seruandus est, non immoderata cuiusque luxuria subsequenda, inquit, *l. ex damni 40. in princip. infr. de damn. infect.* Atquin si actori iurare in infinitum liceat, quomodo Vlpianus hic loquitur, id est, sine vlla taxatione & præfinitione, vt idem Vlpianus explicat in *l. qui restituere 68. supr. de rei vindic.* valde verendum est, ne is, cui tale iusiurandum defertur, abutatur nimia illa licentia, indéque arrepta occasione iuret in immensum, atque ita facilè peieret, quod ferendum non est, nec facilè quisquam in ancipitis periurij periculum coniiciendus *vers. graue enim sup. hac lege. l. de die 8. §. pen. supr. qui satisdar. cogant.* Nemini ergo permittendum est, præsertim litigatori quem vesana & litigantibus omnibus insita vincendi libido facilè sit obcæcatura, vt iuret in infinitum. Hæc enim sola certè ad hunc locum dubitandi ratio est, non quam nostri post Accursium & Bartolum adferre solent, quòd infinitas sit vitanda: non enim de infinitate illa tractamus, quæ à legibus nostris explosa est, non minùs quàm à natura ipsa, & philosophia *l. fideicommissa 11. §. si quis decem de legat. 3. l. vlt. C. de sacrosanct. eccles.* sed de summa non definita nec taxata, vt iam explicauimus ad *l. 2. supr.* & quę tamen definiri ac taxari per iusiurandum facilè possit non in infinitum crescere noua perpetuáque numeri noui additione. Atque ita sensisse non modò Vlpianum, sed etiam Tribonianum, cuius puto esse totum hunc §. ab illis verbis, *sed an iudex* vsque ad §. *vlt.* ex eo apparet quod sequitur in hoc §. *periculum esse* ne actor cui iurare in infinitum licet, inde arrepta occasione iuret in immensum, ita innuens plus esse, & grauius, si quis iuret in immensum quàm si in infinitum, quod falsò diceretur, si in infinitum philosophico sensu iurare permitteretur. Nihil enim est tam immensum, quod non parum sit si cum infinito illo conferatur, cúmque impossibile sit in infinitum eo sensu iurari, stultum certè est quærere an liceat iurare in infinitum, sed multò stultius si quis dicat licere: aut si quis respondeat cum Accursio infinitatem hanc euitari, quia taxatur summa à iudice. An enim summa illa taxari possit, siue ante delatum, siue post præstitum iusiurandum in litem alia quæstio est, quæ nõ impedit quominùs verum sit, quod Vlpianus generaliter & indistinctè scribit, iurare in infinitum licere, & in *dict. l. qui restituere sine vlla taxatione.* Ad quam legem æquè ridiculè Accursius respondet, & post eum cæteri, iusiurandum in litem eo loco non taxari à lege, sed taxandum esse à iudice: quasi non de eo iureiurando ibi agatur quod deferatur à iudice, ac proinde quod non ab alio quàm ab ipso iudice taxari possit, adeoq; quod

BIU Cujas

in condemnationem deducendum sit sine vlla taxatione. Et tamen in hac responsione quasi satisfacere possit, interpretes omnes conquieſcũt, nec mirum. Quid enim aliud possint dicere, vt Vlpianum cum seipso concilient, si quod sequitur in hoc § totum Triboniani non est, vt & quod scriptum est in *dict. l. qui restituere*, sed Triboniani secum pugnantis? Nam cùm in libro 36. Vlpiani ad Edictum, ex quo libro hæc lex sumpta est, non probasset omnino quod Vlpianus scripserat iurare in infinitum licere, quasi absurdum id esset, ac euitandi huius absurdi gratia permisisset iudici non modò ante delationem iurisiurandi certum ei modum statuere, vt intra certam quantitatem iuretur, sed etiam post delatum prę stitúmque iusiurandum, id non sequi, sed vel absoluere reum vel minoris cõdemnare, quamuis non nisi ex magna causa, vt loqui solet, repertísque postea probationibus, idem ille cùm ad librum 51. Vlpiani ad Edictum peruenisset, in quo haud dubiè scripserat Vlpianus ex omnium prudentum sententia, in rei vindicatione iurari in litem, siue per dolum rei factum esset, ne rem illam restituere posset quam dolo malo desiisset possidere, siue per eius contumaciam nolentis arbitrio iudicis parêre, & rem quam penes se habetet, restituere *l. 2. supr. hoc tit. l. eius rei* 46. *supr. de rei vindic.* existimauit totã hanc Iurisprudentiam peruertendam, potiúsque adhibendam officio iudicis manum militarem, quàm retinendam necessitatem iurandi in litem, contra eum qui rem habens possit inuitus quoque cogi ad eam restituendam, cùm ita fiat, vt nec re sua carere inuitus dominus nec eam vendere compellatur. Quo ita constituto relinquitur necessariò, vt non alio igitur casu de iureiurando in litem tractari hodie possit, quàm quo reus à domino conuentus restituendi potestatem ideò non habeat, quòd eam sibi ipsi præripuerit faciendo dolo malo quominùs possit restituere, cùm tamen iurari olim posset illo etiam casu quo reus possessionem habebat *l. vlt. infr. de fideiuſs.* Nam si nec possit restituere, nec dolo fecerit quominùs possit non pluris quàm quanti res est, id est, quanti aduersarij interfuit condemnandus est, vt eadem lex habet. Atqui eo casu quo possessoris dolo malo factum sit quominus restituere possit, quis non æquum putet cum ipso etiam Triboniano, vt is damnetur quanti actor in litem sine vlla taxatione in infinitũ iurauerit? Quomodo autem id verum esset, si vel ante delatũ, vel post præstitum iusiurandum taxare certam quantitatem iudici liceret? Alterutrum igitur hodie euenire necesse est, vt vel de in litem iurando quærere nunquam oporteat, vel de taxando iureiurando nunquam tractare. Et certè videtur Iustinianus ea lege sustulisse iusiurandum, quod deferebatur olim ratione contumaciæ, quæ committebatur nolente reo parêre arbitrio iudicis, iusiurandum autem cui dolus possessoris absque contumacia locum faciat, retinuisse. Olim namque deferebatur aut propter contumaciam quæ nunquam est sine dolo, aut propter dolum sine contumacia *l. 2.* vbi diximus *supr.* Et his verò duobus Tribonianismis licèt ambobus cum iuris ratione pugnantibus, si quis me interroget quem amplecti hac parte malim, eligam libentiùs posteriorem, non ob id solùm quod cùm Tribonianea omnia pro Iustiniani legibus accipienda sint, constat posteriores leges & constitutiones Principum anterioribus esse potiores *l. vltim. supr. de constit. Princip.* sed etiam, quia si necessitatem illam inducendæ manus militaris demas, quam abhorreo, & mecum tota Iurisprudentia longè conuenientior est rationi iuris, quæ nõ magis patitur, vt iuraturo in litem taxetur à iudice certa quantitas, intra quam quasi intra cancellos quosdam eam iurandi licentiam & libertatem coërceat, quàm vt homini rem suam, siue sponte, siue ingratis venditurο, precium certum statuat, quod ille non possit excedere: quod & absurdum & iniquum esset: hominum enim siue in testando, siue in contrahendo voluntates audire iudices debent, adeoque Imperatores non iubere, vt habet *l. omnium* 19. *Cod. de testam. l. si filiofamilias* 25. §. *maritum infr. solut. matrimon. l. non enim* 9. *Rerum amotar. & l. tutor* 8. *hoc tit.* Eidémque proinde Triboniano adscribo, quod de taxanda iurisiurandi quantitate scriptum est in *l. prox. seq. in l. arbitrio* 18. §. 1. *de dolo, & in l.* 3. §. *præterea supr. Ad exhibend.* Nec sanè quisquam dubitabit qui manum Triboniani nouerit, quin eius sit tota illa quæstio proposita his verbis: *sed an iudex modum iureiurando statuere possit, vt intra certam quantitatem iuretur ne arrepta occasione in immensum iuretur quæro.* Vbinam enim gentium sic vnquam Vlpianus noster quæstionem concepit? Aut an fortè Vlpianus ignorabat, quod Tribonianus certè ignorauit aliud esse iurare in infinitum, aliud verò iurare in immensum, & de periurio eius qui in litem iurauerit, queri posse si in immensum iurasse proponatur? Aut cur non eadem quæstio proposita est in *d. l. qui restituere*, vbi & in infinitum, & sine vlla iudicis taxatione iuratur? Quod autem sequitur, *Et quidem in arbitrio esse iudicis deferre iusiurandum necne constat* (vbi debuerat scribi *deferat necne* non *deferre necne*. dictio enim *necne* respondet interrogationi conceptæ per *an* non adfirmationi factæ per verbum infinitiui modi) an non euidenter falsum est? siquidem hoc iusiurandum ex mera iuris, non tantùm ratione, sed etiam necessitate præstatur, vt toties diximus ex *l. vlt. infr. hoc tit.* necessitas autem iuris non est posita in arbitrio iudicantis *l. 1. §. 2. infr. ad SC. Turpill. l. ordine* 15. *infr. Ad municip. l. non quicquid* 40. *sup. de iudic.* præsertim cùm iudex pedaneus omnino adstrictus sit formulæ Prætoris quæ deferendi iurisiurandi necessitatem ei semper iniungit, *si paret rem petitoris esse nec arbitrio iudicis restituetur dolo malo aut per contumaciam possessoris.* aut detracta arbitrij mentione si non arbitraria actione, sed ex contractu aliquo bonæ fidei actor rem suam persequatur. Neque verò dubitandum est iniustè facere iudicem, si iusiurandum in litem deneget petenti actori, eo casu quo æquum sit ab actore ipso non à iudice litem æstimari: & ab ea iudicis siue interlocutione siue denegatione actorem appellare meritò posse: sicut è contrario non est in potestate iudicis, vt iusiurandum in litem deferat actori qui non rem suam petat, sed sibi debitam duntaxat actione stricti iuris, aut contra eum qui non in dolo, sed tantùm in culpa leui esse probetur, vt in fine huius legis scriptum est. Hoc autem errore suppositο, vt in iudicis arbitrio sit an deferat actori iusiurandum in litem necne, pergit Tribonianus eandem quæstionem iam propositam insulsè repetere his verbis, *An igitur qui possit iusiurandum non deferre, idem possit & taxationem iuriurando dicere quæritur.* Et respondet æquè subtiliter si diis placet, *Arbitrio sanè iudicis bonæ fidei, & hoc congruit.* Adeò fuit ei familiare, quod & Pragmaticis nostris, vt arbitraria faciat omnia etiam ea quæ ex mera iuris ratione, & necessitate pendent contra *dict. l. 1. ad SC. Turpillian. & dict. l. ordine*

BIU Cujas

dine 15. infr. ad municip. Sed cur addidit *bonæ fidei?* An fortè quia in solis iudiciis bonæ fidei iuretur in litem? At qui hoc quoque falsum est, nam in arbitrariis maximè ac potissimum iuratur per quas dominus rem suam, aut quasi suam petat: neq; tamen de iudice bonæ fidei tractari in iis quicquã potest, vt nec ferè de bona fide, sed tantùm de condemnatione ex bono & æquo concipienda §. *præterea Instit. de action.* quod longè diuersum est. Scio in bonæ fidei iudiciis multa è contrario fieri posse arbitrio iudicis, vt in *l. 5. in prin. de vsur.* sed non perinde ista conuertuntur, vt in arbitrariis iudiciis aliquid dici possit fieri arbitrio iudicis bonæ fidei. Inepta igitur est hæc responsio. Et verò sicut arbitrio iudicis bonæ fidei congruit, vt deferat iusiurandum actori rem suam ex bonæ fidei contractu persequenti, vel non deferat *l. prox. infr. hoc tit. l. 3. §. in hac commod. l. 1. §. in depositi & l. ei apud quem 5. inf. depos.* vt & ei congruit, vt iusiurandum quod ex iuris ratione deferre actori debuit, non taxet nec restringat, ne prohibeat eum iure suo vti & iurare in infinitum, quod ei licet, sicut enim iuris executio non habet iniuriam *l. iniuriarum 13. §. 1. infr. de iniur.* ita iniuria est si quis iure suo vti prohibeatur: quod tamen fieri necesse est, si precium rei, quæ ad actorem pertinet, non possit actor dicere, nisi quale quantumque iudex statuerit. Nisi fortè putamus, quemadmodum duo sunt quæ per iusiurandum æstimantur, petita res quæ actoris est, & possessoris contumacia vltra rei precium *l. 1. sup.* ita diuidendum esse actoris iusiurandum, vt quod ad rei quidem precium attinet non taxetur quantitas à iudice intra quam iuretur sed taxetur tamen quantum ad pœnam contumaciæ, quod certè magis ridiculum fuerit, non enim duplex iusiurandum præstatur vnum de re, alterum de contumacia, aut vnum quidem iusiurandum sed habens duas partes, & diuisas summas, vnicum enim est, & indiuiduum, vnáque summa eáque indiuidua concludendum, quod proinde taxari à iudice non potest prætextu contumaciæ, quin taxetur etiam ratione precij, quod actor rei suæ dixerit, solúsque dicere potuerit. Meritò autem contumaciæ quoque pœna æstimanda actoris arbitrio committitur, quia per eam contumaciam solus actor offenditur, non etiam authoritas iudicis, cuius arbitrium nec sententia est, nec pro sententia habendum, sed pro arbitrio potiùs viri boni accipiendum, vt docuimus, cùm de actionibus arbitrariis tractauimus in *Chiliade nostra de error. pragmat.* Subiicit Tribonianus aliam quæstionem non inelegantiorem in hæc verba, *Item videndum an possit iudex qui detulit iusiurandum non sequi id, sed vel prorsus absoluere vel etiam minoris condemnare quàm iuratum est.* Quis verò hanc quæstionem ferat? Aut quis etiam responsionem, quæ sequitur his verbis, *Et magis est vt ex magna causa, & posteà repertis probationibus possit?* Itáne igitur licebit iudici illudere actori, & quem sua sententia induxerit ad ancipitis periurij periurium subeundum, eius religionem posteaquàm iurauit quasi peierauerit, contemnere? An fortè id fieri potest citra periurij non dicam suspicionem, sed probationem apertissimam & exprobrationem? Nam quod Bartolus ait, reum hoc casu redargui nõ de periurio, sed de nimia & inordinata adfectione, quid aliud obsecro est, quàm fateri hoc casu reum argui de periurio ob inordinatam illam adfectionem? Tum verò quid si velit iudex reum omnino absoluere? Nam & hoc æquè tam facere potest si Triboniano credimus, quàm minoris eum condemnare? An non hoc casu euidens iurantis periurium est? Cúmque sit verissimum quod ad finem præcedentis §. ostendimus, iusiurandum in litem non deferri à iudice, nisi per sententiam ipsam qua condemnetur reus in tantam quantitatem, quantam actor in litem iurauerit, quis patiatur iudicem eundem qui lata sententia iudex esse desierit, tanquam qui officio suo siue benè siue malè functus sit, *l. iudex posteaquam 55. de re iudic.* suam ipsius retractare sententiam, & eum ipsum reum quem iam condemnauerit, absoluere, aut etiam in minorem quàm prius condemnauerit, quãtitatem condemnare? Finge causam quantumuis magnam postea interuenisse repertásque probationes ex quibus clarissimè appareat cõdemnari reum nullomodo debuisse quanti actor in litem iurasset, dico necessarium tamen esse appellationis auxilium, vt quod malè ac perperam iudicatum est, in melius reformetur *l. 1. infr. de appellat.* nempe si iudex inferior sit à quo appellari superior possit: nam si ponas ita iudicatum esse à supremo magistratu à quo appellare non licet, erit similiter necessarium auxilium supplicationis ciuilis, vt vocant, cui tum maximè locus est cùm noua proferuntur instrumenta quæ in priore iudicio visa non sint, vt diximus ad *leg. admonendi 35. sup. tit. prox.* & quæ si visa fuissent, absolui reus debuisset. Nec simile est quod apud Accursium adfert Azo ex *leg. eo tempore 50. infr. de pecul.* Ibi enim nulla sententia præcesserat, adeóque nec missio in possessionem in pœnam latitantis, nec quod Accursius, quasi cum hac lege concordans ex *l. sancimus 15. C. de iudic.* Nam neque in ea specie sententia vlla præcesserat neque de retractando per iudicem sacramento ab actore præstito ibi agitur, sed de taxanda per iudicem & definienda quantitate earum impensarum, quas actor propter contumaciam rei à se factas iurauerit, non quarum æstimationem & taxationem iuriiurando ipsius iudex prius commiserit. Quòd si velis eam legem de iureiurando intelligere per quod taxata sit etiam quantitas expẽsarum, dicam esse in hoc correctam eam legem per Iustiniani *Nouell. 82. de iudicib. cap. 10. §. oportet autem,* vnde sumpta est *Auth. post iusiurandum C. de iudic.* vbi expressim constitutum est, vt si iudex de expensis litis iusiurandum detulerit victori, deinde victor iurauerit, non licere iudici minus, quàm iuratum est, condemnare, addita etiam optima ratione, *neque videri clementiorem lege quæ hoc disponit.* An non enim lege clementior videri vult iudex qui iusiurãdum aut iam delatum, aut quod plus est, iam præstitum refrænare vult per taxationem, vt idem Tribonianus sub Pauli nomine loquitur in *d. l. arbitrid de dolo.* illo etiam casu quo lex permittit actori, vt in infinitum, & sine vlla taxatione iuret? An non verò etiam prudentior lege vult hic videri? & prudentior item Prætore qui dictando formulam vindicationis aut etiam iudicij bonæ fidei per quod dominus rem suam persequatur, iniungit iudici necessitatem condemnandi reum quanti actor in litem iurauerit, nulla refrænandi iurisiurandi data potestate, ac ne quidem facta mentione? Etsi verò distinguendum non est an delatum sit duntaxat iusiurandum, an verò etiam præstitum, quandoquidem per sententiam quæ iusiurandum defert iudex officio suo functus intelligitur non expectata præstatione, multo tamen absurdius & iniquius est retractari præstationem iurisiurandi, quàm delatio-

BIU Cujas

nem solam. Retractatio enim iurisiurandi præstiti accusationem periurij continet, non etiam retractatio delationis, & id circo à iurisiurandi delatione appellari potest re integra, sed à iureiurando præstito non potest, quia nec patitur præstatio, vt res integra videri possit *l. generaliter* 12. §. *sin autem is cui & seq. C. de reb. credit. iunct. l. si quis iusiurandum* 11. *ibi necdum eo præstito eod. tit.* Quamquam si aliud in iureiurando pro impensis litis præstito constitutum esset, non tamen id ius trahendum esset ad iusiurandum in litem, quod, vt dixi, defertur per sententiam condemnatoriam ac diffinitiuam & ad æstimandam rem iurantis, qui ex domino fit venditor, quod ab alio quàm domino ipso fieri, vt diximus, numquam potest. sed ad aliud si quod est simile iusiurãdum quod ideò tantùm interponatur, vt res aliqua dubia fiat certa si Accursio credimus petenti exemplum ex *l. si quando* 9. *C. vnde vi.* In qua tamen specie admitti non posse retractari iusiurandum à iudice postquàm ex delatione iudicis fuit præstitum ab actore ex *d. Nouell.* 82. §. *oportet autem.* Et hoc quidem rectè, sed quod aliud esse vult in iureiurando in litem, quia de affectione tantùm sit, probari nullomodo potest, cùm maior ratio locum habeat in hoc iureiurando, quemadmodũ ostendimus, quàm in alio quolibet. Magnúsque & Accursij & cæterorum interpretum ferè omniũ error ille est, quod putant in eo tantùm de adfectione iurari, uam imò verò de rei quæ per iusiurandum venditur, precio iuratur, quamuis ita vt adfectioni iurantis aliquid indulgeatur, ne & rem suam cogatur iusto precio vendere, & possessoris dolus remaneat impunitus. Valde autem suauis noster est Accursius qui quod hîc à Triboniano scriptum est, retractari ex magna causa repertísque probationibus posse iusiurandum in litem præstitum, sic accipi debere ait, nisi sit secuta sententia diffinitiua de re restituenda: tunc enim sicut, inquit, sententia iudicis non retractaretur *l. Imperatores* 35. *l. Paulus* 42. *infr. de re iudic.* ita neque iusiurandum. Quasi verò in actionibus in rem per quas rem suam quis petit, & in quibus maximè iuratur in litem arbitrium de re restituenda, sequatur sententiam diffinitiuam, ac non potiùs necessariò antecedat, & quasi non sit diffinitiua sententia illa, per quam defertur iusiurandum in litem iure condemnationis, vt ostendimus. Cùm ergo admittat Accursius, quod nos volumus & verissimum est, sententiam diffinitiuam retractari ab eodem iudice non posse, consequens omnino est, vt nec delatio iurisiurandi retractari possit, quæ fit ob rem non restitutam, & de qua proinde restituenda nihil ampliùs quæri & tractari oporteat, postquàm delatum & præstitum est iusiurandum, cùm exinde habeatur non tantùm pro vendita, sed etiam pro tradita si modò præsens fuerit *d. l. eius rei* 46. *& seq. supr. de rei vindic.* Quod verò addit Accursius, in rei vindicatione ita demùm iurare actorem posse, si reus dolo malo desierit possidere, verissimum quidem est ex *d. l. qui restituere & d. l. arbitrio* 18. §. 1. *d. loco.* sed non etiam illud quod subiicit *vel si actor non vult rem auferri manu militari, sed quanti in litem iurauerit mauult damnari reum.* Non enim ex voluntate actoris pendet an iurari in litem oporteat, sed ex mera iuris necessitate *d. l. vltim. infr.* cui porrò nullus locus est, quoties manu militari possessio rei petitæ auferri possessori potest. Potest autem officio iudicis etiam actore non requirente, si victus possessor potestatem habeat rei restituendæ, ídque ita fieri putauit Tribonianus, cùm veterem illam iurisprudentiam totam conturbauit, interesse non tantùm actoris, sed etiam reipublicæ adeóq; iudicis, vt eius arbitrio pareatur & vincat authoritas iudicis contumaciam possessoris. Et certè valde suspecta esset postulatio & religio actoris qui mallet vltro deferri sibi iusiurandum in litem, atque ita anceps periurij periculum subire, quàm solo iudicis officio implorato rem suam manu militari recipere. Iunge quæ de hoc §. scripsimus *lib. 16. Coniecturarum. cap. 17. & decad. de errorib. pragmaticorum, &c.*

4 ¶ Ex culpa autem non esse iusiurandum deferendum, constat: sed æstimationem à iudice faciendam.

Ad §. vlt. Ex culpa.

Hunc §. iam explicauimus ad *l.* 2. §. 1. *supr.* vnde petendæ sunt rationes dubitandi & decidendi ad hunc locum. Est enim vterque locus de culpa leui & leuissima intelligendus, non de lata propter quam sanè non minus quàm propter dolum iurari potest in litem ex *l.* 2. *Cod. hoc tit.* vt contra Accursium, Bartolum, aliósque interpretes dicemus etiam ad *l. seq. versic. sed in his omnibus.*

5. MARCIANVS libro 4. Regularum.

IN actionibus in rem, & in ad exhibendum [a], & in bonæ fidei iudiciis [b] in litem iuratur. Sed iudex potest præfinire certam summam [c] vsque ad quam iuretur: licuit enim ei à principio nec deferre. Item & si iuratum fuerit, licet iudici vel absoluere, vel minoris condemnare. Sed in his omnibus [d] ob dolum solum in litem iuratur: non etiam ob culpam. hæc enim iudex æstimat. Planè interdum & in actione stricti iudicij [e] in litem iurandum est: veluti si promissor Stichi moram fecerit & Stichus decesserit: quia iudex æstimare, sine delatione iurisiurandi, non potest rem, quæ non extat.

Ad l.

BIU Cujas

Ad l. In actionibus 5.

RAT. DVB. Actio hypothecaria, & quælibet siue pignoris, siue hypothecæ persecutio in rem est *l. pignoris 17. infr. de pignor. l. pignoris 15. C. eod.* Atqui in actione hypothecaria si iuris rationem inspicimus, non iuratur in litem, sed lis æstimatur officio solo iudicis, & quidem aliter contra debitorem ipsum si pignus possideat, aliter verò contra extraneum possessorem, vt disertè scriptum est in *l. si inter 21. §. vltim. infr. de pignor.* quia per hypothecariam actor nunquam petit rem suam, sed alienam sibi obligatam, cùm rei propriæ pignus non possit consistere *l. neque pignus 45. de regul. iur.* ideóque cessat ratio illa iuris & æquitatis, quæ iusiurandum hoc induxit, & de qua diximus ad *l. 1. & 2. supr.* ne scilicet alioqui per dolum aut contumaciam possessoris eueniat, vt inuitus dominus rem suam iusto precio vendere cogatur, quod esset iniquissimum *l. tutor 8. infr. l. si filiofamilias 25. § maritum solut. matrim. l. non enim 9. Rer. amot. l. nec quasi 70. supr. de rei vindic.* Nam quod contra scriptum est in *l. si fundus 16. §. in vindicatione infr. de pign.* Triboniani proculdubio est non Marciani, vt latè probauimus *lib. 16. Coniect. cap. 15. & in Error. 9. & 10. decad. 92. de error. pragmat.* vnde peti volumus quæ alioquin ad hanc legem tradenda essent. Ergo non in omnibus in rem actionibus iuratur in litem.

DEC. Actionem in rem cùm simpliciter dicunt prudentes nostri, eam intelligunt per quam dominium vindicatur, & sicuti ex pluribus, variisq; causis dominium acquiri potest, cùm plures variæque sint causæ dominij acquirendi *tot. tit. Instit. de rer. diuis. & de acquir. rer. domin. infr.* & apud Vlpianum in Fragmentis *Tit. 19. de acquisit. rer.* ita & actiones in rem in plurali quoque numero dicunt Iureconsulti pro vindicationibus dominij, & quamuis hypothecaria quoque sit actio in rem, vt diximus, non tamen eam facilè comprehendunt sub generali nomine actionum in rem, quia non de dominio in ea quæritur, sed tantùm de pignore cuius causa nihil habet commune cum intentione dominij *l. 1. §. cùm prædium l. 3. infr. de pignor.* sicut nec continetur hypothecaria *petitionis* nomine quo nihil nisi actio in rem propriè significatur *l. actionum 25. l. actio in personam 28. infr. de oblig. & action. l. pecuniæ 178. §. actionis de verb. signific.* quod & Bartolus hîc fateri cogitur, malens tamen locum hunc intelligere impropriè nimisque generaliter de omnibus actionibus in rem, vt inde occasionem errandi arripiat, & defendendi in omnibus omnino actionib. in rem etiam quæ impropriè sic dicantur, iurari in litem posse. Quod ergo hîc scriptum est, ex Marciano in actionibus in rem iurari in litem ad vindicationes dominij restringendum est, id est, ad actionem directam & ciuilem, per quam dominus rem suam petit, & vindicat, & ad Publicianam quæ vindicatio vtilis & prætoria est, in ea namque sicut & in directa rei vindicatione de dominio tantùm agitur *§. namque Instit. de action.* ideóque nec mirum est in ea similiter iurari in litem, cùm omnia quæ de vindicatione directa dicũtur, ad Publicianam quoque trahi debeant, quoniam ad instar proprietatis respicit, *l. sed etsi 7. alias l. eum qui §. Publiciana & §. in Publiciana supr. de Public. in rem. act.* Nec proinde ex hoc Marciani loco moueri debuit Tribonianus primùm & post eum Accursius, vt in hypothecaria quoque & siue Seruiana siue quasi Seruiana iurari in litem posse crederent, cùm etiam extra hypothecariam in pluribus aliis in rem actionibus verificari pluralis illa elocutio possit, quandoquidem pluralis numerus duali contentus est apud Latinos *leg. vbi numerus 12. infr. de testib.* nec minùs in hac lege quàm in *dict. §. in vindicatione*, vbi Tribonianus constituens inuita iurisprudentia, vt in hypothecaria quoque iuretur, addit sententiæ suę confirmandæ gratia *sicut in cæteris in rem actionibus.* In aliis ergo quàm in hypothecaria. Apparet verò ex iis verbis Tribonianum non tam consultò hoc ius induxisse vt in hypothecaria iuretur in litem, quàm ex mera iuris inscitia & ignorantia, cùm eam rationem iuris quæ hoc iusiurandum in litem induxit, non intelligeret, locúmque hunc Marciani generalius, quàm par esset, de omnibus in rem actionibus sumendum putaret, quasi indefinita locutio æquipolleret vniuersali, nec restringenda esset ad terminos habiles, ad quos tamen etiam vniuersalis restringi deberet *l. tutor 35. §. 1. supr. tit. prox. l. adigere 6. quamuis de iur. patron.* Præter id quod debuerat Tribonianus videre longè aliam Vlpiani sententiam & distinctionem in *d. l. si inter 21. §. vltim. eod. tit. de pign.* ad quem locum nihil sanè habent interpretes, quod pro se vel pro Triboniano respondeant, vt ex Accursij glossis videre licet.

a *Et in ad exhibendum.* RAT. DVB. & DECID. eadem est quæ ad *l. 2. supr.* vbi de actione ista ad exhibendum iam multa scripsimus, & quãtum satis est, quod ad hunc tractatum pertinet. Ex eo autem quod vident interpretes tam in actionibus in rem, quæ omnes arbitrariæ sunt, quàm in actione ad exhibendum, quæ licèt sit personalis, tamen arbitraria quoque est in litem iurari *l. 3. §. prætereà & seq. supr. Ad exhib. iunct. §. prætereà Instit. de action.* inferunt statim nostri post Accurs. & Bart. in actionibus ergo arbitrariis omnibus iurari in litem: quod certè falsum est, cùm, vt iam diximus, non iuretur in Seruiana, & quasi Seruiana, quę tamen arbitrarię sunt, nec in aliis quàm plurimis de quibus tam fusè scripsimus in vltima parte *Chiliadis nostræ de error. pragmat.* sed in iis tantùm per quas actor suum petat, vel quasi suum, vt Publiciana quoque comprehendatur. Neque verò contrà scriptum est in *d. §. prætereà.* sed pro nostræ potiùs sententiæ confirmatione, in omnibus arbitrariis actionibus permitti iudici ex bono & æquo secundum cuiusque rei de qua actum est, naturam æstimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat: vt intelligamus cùm de lite in arbitrariis actionibus æstimanda tractatur, distinguendam esse cuiusque rei de qua actum est, naturam, vt in quibusdam iudex litem æstimet quanti actor in litem iurauerit; quoties scilicet alioquin eueniret dolo possessoris, vt inuitus dominus re sua carere, eámque vendere cogeretur, in aliis verò aliter æstimato per iudicem ipsum quanti re vera interest actoris, aut etiam irrogatã pœna quadrupli, vt in actione quod metus causa vel alia pœna ex Prætoris edicto inligenda, sed neque in actione ipsa ad exhibendum, de qua nominatim hîc agitur generaliter in litem iurari putandum est, sed in ea tantùm quæ vindicationis præparatoria est, & quæ à rei exhibendæ domino proponitur, cui si res non exhibeatur, perinde futurum sit, vt re sua carere inuitus eámque vendere compellatur, acsi iam exhibitam vindicasset, nec eam possessor restituere per dolum suum & contumaciam vellet, cùm per denegationem exhibitionis vindicatio inhibeatur, vt ostendimus ad *d. l. 2. supr.* Sic dicimus in bonæ fidei

BIU Cujas

iudiciis indistinctè iurari in litem, vt sequitur in hac lege; & tamen fatentur ferè omnes, quod & verissimum est, in actione ex empto non iurari in litem, ex *l.1.infr.de act.empt.l.si traditio* 4.C.*eod.* nempe quia per hanc actionem emptor non rem suam petit, sed alienam, vt mox dicemus. Cætera quæ hîc tractat Bartolus de actionibus arbitrariis, ad hunc locum nō pertinent, & à nobis tam fusè tractata sunt in Chiliade, vt nihil addi possit.

b *Et in bonæ fidei iudiciis.* RAT. DVB. In bonæ fidei iudiciis etiamsi competant ad rem actoris persequendam, nemo tamen rem suam petit quasi suā: quod non fit nisi per actiones in rem de quibus iam diximus, sed quasi debitam ex contractu, vt cernere est in actionibus depositi, commodati, pignoratitia, locati, & aliis similibus. Ergo non debuerūt bonæ fidei iudicia hac parte distingui à strictis, nam & ex strictis perinde actor persequitur rem sibi debitam ex contractu, nec tamen in iis iuratur in litem nisi in casu §. *planè infr. hac lege iunct.l. sequen.* Sed & certum est in actione ex empto non iurari in litem *l.1.infr.de action.empt.l si traditio* 4.*Cod. eod. l. si cùm fundum* 68.§.*vlt.infr.de contr.empt.* de qua tamen nemo dubitat quin sit bonæ fidei §.*actionum Instit. de action. l.ex empto* 11. §.*vlt.infr. de action.empt.* Non igitur verum est quod hîc Marcianus indistinctè ac generaliter scribit, in bonæ fidei iudiciis in litem iurari. DEC. Iusiurandum in litem ideò comparatum est, ne sit in potestate dolosi cuiusque & contumacis per rapinam dominum cogere, vt inuitus rem suam vendat, eáque careat: quod quoniam si iusto precio fieret, iniuriam dominus pateretur, æquissimum sanè fuit permitti domino, vt rei suæ precium etiam iniustum & immodicum dum ne immensum constitueret, cùm non alterius quàm domini arbitrio precium cuiusque rei statui possit ac debeat *l tutor* 8.*infr.d.l.nec quasi* 70.*supr.de rei vindic.l.si filiofamilias* 25.§.*maritum supr.solut.matr. l.non enim* 9.*inf.Rer.amot.* Atqui in actionibus bonæ fidei per quas dominus rem suam persequitur licèt in personam non in rem ipsam, perinde accidit vt per dolum & contumaciam rei conuenti nolentis rem restituere cogatur dominus inuitus rem suam vendere, atque si eam quasi suam vindicare ac petere maluisset per arbitrariam in rem actionem. Nec enim existimandum est ei qui deposuit rem suam vel commodauit, vel locauit, vel dedit pignori superesse tanquam domino rei vindicationem postquàm litis æstimationem à depositario vel commodatario, vel conductore, vel creditore ex his bonæ fidei iudiciis fuerit consecutus: litis enim æstimatio in his quoque casibus, vt in cæteris omnibus pro emptione & venditione est, *l.1.l.3.infr. pro emptor.* Neque hac parte quicquam interest inter actiones bonæ fidei, & arbitrarias, per quas actor rem suam & quasi suam petit, nisi quod in arbitrariis arbitrium iudicis de re restituenda præcedit condemnationem, quanti actor in litem iurauerit, vt ex arbitrio possit sequi contumacia possessoris nolentis ei parêre, & ex contumacia possessoris delatio iurisiurandi per viam diffinitiuæ sententiæ, & condemnationis, vt toties diximus ex *l. qui restituere* 68.*supr. de rei vindic.l.vlt. infr. de fideiuss.* At in iudiciis bonæ fidei nullum iudicis arbitrium præcedit de re restituenda, quia nec necesse est, cū ratio bonæ fidei, quæ in his iudiciis maximè dominatur §.*in bonæ fidei Instit.de action.* non solùm arbitrij vim & potestatem habeat, sed etiam longè maiorem quod ad præstationes accessionum pertinet, ita vt qui actionem bonæ fidei habet, frustra sit requisiturus arbitrariam *l.in bonæ fidei* 7.*infr. de eo quod cert loc.* sicut & is qui directam & ciuilem habet frustra requirat vtilem & honorariam *l.* 1.*supr.de Public.in rem act.* Ergo in actionibus quoque bonæ fidei perinde atque in arbitrariis iurari in litem potest, *l.*1.§.*in depositi* 16.*l. ēi qui* 5.*infr.depos.l.*3.§.*in hac Commod.* sed cum eadem in vtrisque distinctione. Nam sicuti non in omnibus arbitrariis iuratur in litem, sed in iis tantùm per quas dominus rem suam aut quasi suam petat, quemadmodū proximè docuimus, ita nec in bonæ fidei iudiciis omnibus, & passim iuratur, sed in iis tantùm in quibus ea ratio locum habeat, quæ in litem iurandi necessitatem induxit, id est, quoties alioquin eueniret, vt per litis æstimationem in bonæ fidei quoque actione faciendam inuitus dominus re sua carere, eámque vendere dolo aduersarij cogeretur. Vnde est quod nec in contrariis iuratur, quamuis æquè sint bonæ fidei *d.l. ei apud quem* 5.*infr.depos.* vbi alia etiam ratio redditur, quòd in iis non agatur de fide rupta, vt in directis, non quasi in litem iurari non possit, nisi cū agitur de fide rupta, [alioqui nec in directa vindicatione, nec in Publiciana iuraretur] sed quia insignior quidam dolus & perfidia est eius, qui bonæ fidei iudicio directo conuenitur, quàm qui contrario, ergo etiam in petitione hereditatis iurabitur in litem, siue reus possideat, siue dolo desierit possidere, *l.sed etsi* 25.§.*hac verba de hered.petit.* quia & in rem actio est, licet pleraſq; habeat personales præstationes §.*antepen.eiusd.leg.* & præterea bonæ fidei *l.vltim.Cod.eo.tit.* Dixi *dolo aduersarij* nec addidi *vel contumacia*, quia non sicut in arbitrariis, ita & in bonæ fidei iurari in litem vnquam potest ob contumaciam possessoris, sed propter dolum duntaxat, quoniam contumacia in eo tantùm est, quod iudicis arbitrio non paretur: arbitrium autem in bonæ fidei iudiciis, vt diximus, nullum præcedit. Qua ratione defendi optimè potest, etiam hodie, post tantopere turbatam à Triboniano veterem iurisprudentiam in *d.l.qui restituere*, iurari nihilominùs posse in litem in bonæ fidei iudiciis, omni casu quo iurari olim poterat, neque hac parte quicquam corruptum esse, aut innouatum inducto manus militaris auxilio, ne tum quidem, cùm in potestate est depositarij, vel cōmodatarij, vel creditoris, vel conductoris rem restituere, nec nisi dolo malo denegat rei restitutionem, vt in litis æstimationem potius condemnetur, quia nimirum, auxilium illud manus militaris à Triboniano inductum est, non vt faueatur domino, ne inuitus re sua carere, eámque vendere compellatur, sed ne liceat possessori arbitrium iudicis contemnere, quomodo licebat olim, quamuis non impunè, & vt potentior sit authoritas, & arbitrium iudicis, quàm contumacia possidentis: ideóque prudenter in hoc Tribonianus fecit, quod eius legis, aut potiùs nouæ constitutionis, sententiam generalem quidem esse voluit, sed ad ea tantùm iudicia, in quibus agatur de re arbitratu iudicis restituenda, si per contumaciam eius qui restituere iussus est, non restituatur. Sed quāuis in bonæ fidei iudiciis nullus contumaciæ locus esse possit, dolo tamen potest esse, & est sanè, cùm reus mauult litis æstimationem præstari quàm rem penes se depositam, aut sibi commodatam, vel locatam, vel pignoratā restituere, nec tamen dolus ille sufficit, vt in his bonæ fidei iudiciis iurari in litem possit, si non etiā

illud

BIU Cujas

illud concurrat, vt propter dolum illum, dominus re sua careat: nihil enim vetat etiam rem alienam deponi, vel commodari, vel locari, & consequenter repeti actione depositi, vel commodati, vel locati *l.2.§.in hac actione infr. vi bon.rapt.* & in his actionibus aliter, quàm per iusiurandum actoris litem æstimari, officio scilicet iudicis, & ex veris probationibus, quanti actoris interfit, non æstimata re ipsa, quam constet alienam esse, quoniam post eam quoque litis æstimationem nō modò factam, sed etiam præstitam vindicatio supereſt vero domino, nec proinde dominus per eā litis æstimationem fieri possessor potest, nec venditio ex necessitate iuris facta videri ab eo qui dominus non fuit, quíq; rem alienam inuito, & ignorante domino iure vendere etiā volens non potuit. Nam & eadem penè distinctio adhibetur in actione furti, cùm de æstimanda re agitur, an iure dominij, an potius iure eius quod interest, deferatur *l. si vendidero* 80. §. 1. *infr. de furt.* Inde est quod in actione ex empto nunquam iuratur in litem, non solùm, si non habeat venditor facultatem rei tradendæ, sed etiamsi habeat, & dolo malo faciat, ne tradere velit, contrà quàm Bartolus hîc distinguat, quia licèt dolo faciat venditor, qui non vult rem venditam tradere cùm possit, semper tamen verum est, emptorem agentem ex empto rem alienam persequi non suam: nec quod venditor eam rem omnimodo tradere debet, si possit, vt Paulus in sententiis scribit, facere potest, vt pro tradita haberi debeat, aut emptor dominus sit citra traditionem, nec si precium iam solutum sit, aut aliter eo nomine satisfactum. Hoc enim quoq; requiritur, ad transferendum in emptorem rei venditæ dominium §. *venditæ Instit. de rer. diuis.* *l. quod vendidi* 19. *l. vtres* 53. *de contr. empt.* *d. l. ex empto* 11. §. 1. *infr. de action. empt.* Proinde non cogitur hoc casu emptor carere sua re, licèt careat re vendita, cuius nunquā dominus fuerit. Neq; rursus verum est, cogi venditorem præcisè rem tradere, etiamsi possit, sed coactione tantùm causatiua, vt nostri loquuntur, id est, nisi malit præstare, quanti ex ea causa interest emptoris *d. l. 1 & d. l. ex empto* 11. *& pass. de action. empt.* *infr. d. l. si traditio* 4. *C. eod.* & omnium apertissimè in *l. contractus* 19. *C. de fid. instrum.* Ergòne impunitus erit dolus venditoris, siue nolit tradere, cùm possit, siue dolo fecerit, ne possit? vt in *d. l. si cùm fundum in fin.* Nam etsi nihil dolo fecisset, attamē in id quod emptoris interesset æquè teneretur, imò verò æstimabitur etiā dolus venditoris *d. l. si cùm fundum* sed officio iudicis, non per iusiurandū in litem, quomodo etiam æstimanda esset culpa, vt scriptū est in §. *vlt. legis superioris*, id est, eodē officio iudicis, quamuis nō ad eundem modū: pluris enim æstimandus est dolus, quàm culpa, vt nemo non videt. Quòd si dolus venditoris per quem factū est, quominus possit tradere, non æstimatur per iusiurandum in litem, sed officio tantùm iudicis, quamuis hoc vno casu Tribonianus iurandi necessitatē retinuerit, & quidem in infinitū sine vlla taxatione *d. l. qui restituere*, quæro quonam igitur alio casu possit contra venditorē æquius iurari in litem in actione ex empto? Cæterùm fieri nequit, nec si maximè Prætor, aut iudex velit, vt venditor omnimodo & præcisè cogatur ad tradendum, cùm traditio sit facti *l. consilio* 7. §. *vlt. de curat. furios.* nemo autē præcisè cogi possit ad factū sine vi & impressione. Et verò si detentor rei meæ cogi præcisè nō potest, vt rem meam mihi tradat, indeq; fluxit necessitas iurandi in litem, quanto minùs cogi poterit venditor, vt rem suam mihi tradat, licèt venditam mihi & debitam? Neque rursum manus militaris auxilium in hanc rem aduocari potest ex *d. l. qui restituere*, quia in actione ex empto nullum præcedit arbitrium iudicis de re restituenda, cùm bonæ fidei actio sit non arbitraria, secundum ea quæ proximè diximus. Sanè vno casu posset in actione ex vendito in litem iurari, sed contra emptorem, si fortè tradita ei res esset ante solutum precium, & ea lege, vt si non ad diem precium solueretur, inempta res esset, & dominium penes venditorem mansisse intelligeretur, nec nisi precaria possessio emptori tradita videretur. Hoc enim casu, cùm & rei vindicatio, & actio ex vendito competat venditori, *l. 3. & 4. C. de pact. int. emp. & vendit.* dubitari non potest, quin iurari in litem possit in vtraque actione contra emptorem qui preciū non soluit, si neque rem restituat, sed litis æstimationem præstare malit. Sed de tota hac quæstione videnda sunt, quæ contra hunc interpretum errorem disputauimus *libr. 6. Coniect. c. 17. Et in error. 4. dec. ad. 85. de error. pragmat.*

c *Sed iudex potest præfinire certam summam.* Hæc adiectio tota Triboniani est, & quod sequitur in hac lege vsq; ad *vers. sed in his omnibus*, vt ostendimus ad §. *iurare legis præcedentis*, sicut & quicquid in legibus nostris scriptum est, de taxando ad certam summam iureiurando in litem siue quod præstandum sit, siue quod præstitum, vt in *l. arbitrio* 18. §. 1. *De dolo l. 3.* §. *præterea sup. Ad exhib.* Iurare namq; olim licebat in infinitum, & sine vlla taxatione *d. §. iurare & d. l. qui restituere*, non tamen in immensum, vt explicauimus: tantóque minùs hodie, quod ex Iustiniani constitutione *in l. vnic. C. de sent. quæ pro eo quod interest. profer.* non potest id quod interest, duplum egredi in casibus certis, id est, qui certam habent quantitatem, vel naturam: si tamen ea constitutio tam generaliter accipienda est, vt ad nostri vsque in litem iurisiurandi taxationem extendi possit, quod certè non puto: quia per iusiurandum in litem, non tam id quod interest æstimatur, nisi in casu *l. 3. supr.* quàm res ipsa, quæ per dolum, aut contumaciam non restituitur, & præterea dolus ipse aut contumacia vltra rei precium *l. 1. sup.* Sed de illius legis interpretatione alibi commodius dicendum erit, nostro enim certè indiget commentario.

d *Sed in his omnibus.* RAT. DVB. & DECID. eadem est ad hunc versiculum, quæ ad *l. 2. §. 1. & l. prox. §. vlt. supr.* eadémq; interpretatio vbiq; adhibēda, vt quod his omnibus locis scriptum est, iurari in litem ob dolum solum, non etiam ob culpam, de culpa leui aut leuissima intelligatur, non de lata, quæ dolo malo ita æquiparatur, vt dolus etiam dicatur in *l. magna negligentia* 226. *de verb. signific.* neque per dictionem taxatiuam excludatur *l. 1. §. 1. supr. si mens. falsum. mod. dixer. l. quæsitum* 8. §. *eum quoque vers. culpam supr. de precar.* Dicitur enim is quoq; in crimen incidere, qui latæ culpæ reus est *l. 1. §. is quoque de obl. & action.* Ideóque culpam simpliciter cùm prudentes dicunt, vt in hac lege & *dict. l. 2. §. 1 dict. l. 4. §. vlt. supr.* de leui non de lata intelligunt *l. si vt certo* 5. §. *nunc videndum infr. Commod. l. contractus* 23. *de regul. iur. & alibi pass.* Atq; ita esse, vt ob latam quoque culpam iuretur in litē, apertus textus est in *l. 2. C. de in lit. iur.* quem Accursius, Bartolus, & cæteri interpretes, qui contra nos sentiunt, effugere non aliter possunt, quàm vt dicant, speciale esse in tutore, vt aduersus eum ex lata quoque culpa iurari in litem possit, vt

BIU Cujas

in hoc deterioris condicionis sit, quàm hæres eius qui debet esse melioris *l.pen.eod. tit.* Vnde factum putat Bartolus post Accursium, vt titulus hic *de in lit.iur.* positus sit in Codice inter titulos de tutelis, vt appareret, inquit Accursius, quod in eo tractatu aliquid seruetur specialitatis: sed quàm parum subtiliter hæc dicantur, docuimus euidentissimè in *Chiliade in Error.3. decad.7 & de error.pragmat.* neq; hîc repetemus. Fateor, nõ semper latam culpam æquiparari dolo, vt puta, si de corporali pœna infligenda tractetur, vt in *l.in lege Cornelia* 7. aut de pœna infamiæ, quæ ad corporalem proximè accedit § *suspectos Inst. de suspect. tutor.* Sed non benè his comparabitur pœna iurisiurandi in litem: etsi enim hæc quoque pœna est, tamen non nisi pecuniarium damnum irrogat *d.l.qui restituere d.l.vlt.infr.de fideiuss.* idq; non ex sola voluntate iurantis, vt Accursius obiicit, sed ex iudicis delatione *l.prox.* §. *deferre supr.* adeóq; ex mera iuris necessitate *l.vlt.infr.* cùm aliter ius constitui citra summam iniquitatem non posset, *d.l.non enim 9.infr.Rer.amot.d.l.nec quasi* 70. *sup.de rei vindic.*

e *Planè interdum & in actione stricti iudicij.* RAT.DVB. Iusiurandum in litem inductum est, ex necessitate quidem iuris *l. vlt. infr.hoc tit.* sed tamen ex summa æquitate, vt modò diximus, ne dominus inuitus re sua carere, eámque vendere compellatur iusto precio *d.l.non enim & d. l.nec quasi cum similib.* Ideóque locum habet non tantùm in arbitrariis actionibus, per quas rem nostram nobis restitui, aut exhiberi postulamus *l.2.sup.* sed etiam in iudiciis bonæ fidei, in quibus plerumque accidit, vt dominus rei suæ, quamuis non tanquam suæ restitutionem persequatur, nempe quoniam in iis æquitas maximè spectatur, & bona fides quæ in illis dominatur, summam æquitatem desiderat *l. bona fides* 31. *infr.depos it.* At in iudiciis strictis numquam accidit, vt quis rem suam, siue quasi suam siue alio quouis modo petat, vt ex omnium & singulorum enumeratione probari facilè potest: neque rursum habetur in iis vnquam ratio æquitatis, nisi cùm agitur de restitutione fructuum post litem contestatam perceptorum *l.videamus* 38. §. *si actionem infr.de vsur.* quamuis quod Paulus ibi ex Sabino & Cassio, æquitati adscribit, Papinianus noster ad meram iuris stricti rationem referat, & longè meliùs in *l.2.eod.tit.quia*, inquit, *quale quid est cùm petitur tale dari debet*: quæ ratio certè iuris est, non æquitatis, ideóque nec fructus, nec vsuræ veniunt in iudiciis strictis ex die moræ: est enim hoc ius proprium iudiciorum bonæ fidei *l.mora* 32. §. *in bonæ fidei d.l.videamus* § *pen.l.vsuræ* 34. *l.& in contraria* 37. *eod.tit.l.in minorum* 3. *C.in quib.caus. non est necess.in integ. restit.* ad differentiam scilicet actionum stricti iuris, excepta sola actione ex testamento *d.l.in minorum & l.Titia Seio* 87. §. *vsuras de legat.* 2. Ergo dicendum est, in actione stricti iudicij nunquam iurari in litem, nec si promissor Stichi moram fecerit in Sticho soluendo, & Stichus post moram decesserit: cùm in hoc maximè casu apertissimum sit, Stichum nunquam fuisse actoris, nec esse ampliùs posse.

DEC. Æquitas quidem summa est, quæ in litem iurandi necessitatem induxit, & quæ hac parte, vt & in aliis plerisque bonæ fidei iudicia à strictis distinxit. Facit enim vt ex necessitate iuris deferendum sit actori ipsi iusiurandum, ne alioqui grauis ei fiat iniuria, tum quoque cùm iudex æstimare rem ex officio suo posset: at si talis casus contingat, in quo non possit iudex, etiamsi maximè velit, rem ex officio suo æstimare, tunc non tantùm iuris, sed ipsius etiam facti necessitas cogit iudicem, vt etiamsi stricto iudicio agatur, deferre tamen iusiurandum debeat, ne alioqui eueniat, quod multo absurdius fuerit, vt liberandus & absoluendus omnimodo sit debitor, qui in Sticho quem promiserat soluendo moram contraxit, vtque mora ei sua & frustratio prodesse debeat, contra *l.hominem* 37. *infr. mandat.l.in condemnatione* 173. § *pen.de regul.iur.* Atqui cùm promissor Stichi in mora fuit, effectus moræ huius & quidem præcipuus ille est, vt perpetuetur obligatio, ideóque Stichus qui debebatur, quique post moram periit, adhuc viuere existimetur, perindéque peti possit ex stipulatione, acsi adhuc viueret *l.si seruum* 91. §. *sequitur & §. vlt.iunct.l.si ex legati* 23. *cùm seq.infr.de verb.oblig.* Quæ res facit, vt cùm ipse Stichus, qui iam mortuus est, præstari non possit, necessario recurrendum sit ad eius æstimationem, non quidem eam, quæ fuerit tempore moræ, aut ipso etiam tempore mortis, sed ad præsentem, quæ nunc est, cùm homo petitur: illam enim ipsam deberi præstarique necesse est, aut nullam: porrò non potest fieri, vt præsentem aliquam æstimationem statuat eius rei, quæ non extat: non quia, vt putat Accursius, homo mortuus nullius omnino sit vtilitatis, nec precij, in eóque differat à boue, cuius caro & corium vendi adhuc, ac proinde æstimari potest, [idem enim est in boue, quod in Sticho, cùm aliud sit peti, aut æstimari bouem ipsum, aliud verò peti aut æstimari carnem, & corium bouis *leg. mortuo boue* 49. *de legat.* 2.] sed quia res quæ in sua specie extare desiit, quęcunque tandem illa sit, nullam in illa specie recipit æstimationem, & alia species est bouis, alia verò carnis, & corij bouis mortui. Ergo & iuris subtilitas, & facti, casúsque necessitas nos eò adigit, vel inuitos, vt quamuis ex contractu stricto Stichus deberetur, iusiurandum tamen in litem deferri oporteat, ad æstimandum Stichum, qui aliter æstimari nulla ratione potest, vt explicauimus latiùs *lib.16. Coniect.c.* Diuersum est, si Stichus post litem contestatam decesserit, vt in *leg. pen.infr.de cond.tritic.* etsi enim maximè per contestationem mora contrahitur *l.3. in pr.infr.de vsur.* multóque magis quàm per simplicem, & extraiudicialem interpellationem congruo loco & tempore factam, quæ sufficere in eam rem potest *l mora* 32. *in pr.eod. tit.* facit tamen contestatio, vt in ineunda rei petitæ æstimatione, si ex contractu stricto debebatur, inspiciendum sit præcisè tempus litis cõtestatæ, tum quoque cùm res extat tempore condemnationis, multo magis si perierit *l. vinum* 22. vbi diximus *supr.de reb.cred.l.vlti.infr.de cond.tritic.l.3. §. in hac Commod. d.l.hominem* 37. *mandat. l.fundum* 28. *infr.de nouat.* quia quale quid est, cùm petitur tale dari debet *d.l.2. de vsur.* & vnaquæque res debita æstimanda est ex eo instanti, quo nouissimo solui potest *l. si Calendis* 11. *infr.de re iudic.* Potest autem solui res debita ad diem vsque litis contestatæ, acceptíque iudicij, non postea *leg. si Titius & Seius* 9. *infr. de verbor.obligat.l.2.l.3. §.1.infr.de duob.reis*, propter nouationem quæ per litis contestationem contingit, *leg. delegare* 11. §.1. *l.aliam* 29. *infr.de nouat.* nisi cùm agitur condictione triticaria: quo casu etiam post factam contestationem res ipsa tamen petitur, vt præstetur, quandiu præstari potest, vnde sicut in ea res æstimatur, non inspecto præcisè tempore litis contestatæ, vt in cæteris condictionibus strictisque actionibus, sed inspecto tempore condemnationis,

si non

BIU Cujas

si nõ res petierit ante sẽtẽtiã, quo casu sicuti species per mortẽ desinit præstari posse, ita neq; æstimatio vltra tempus mortis porrigi potest, sed ex eo tempore non quidẽ præcisè, sed ἐν πλάτει ne alioqui res ad exiguã summã deducatur, vt eleganter scriptum est *in d l.3. de condict.tritic.* Proinde nulla his casibus subest necessitas deferendi iusiurandũ actori contra iuris rationem, cùm possit ei aliter satisfieri præstita æstimatione, quæ fuit tẽpore litis cõtestatæ, vel mortis, & quam scire facile est, etiã post rẽ peremptam, cùm ad tempus prẽteritũ, & quo res extabat, referatur, nec possit actor recusare, quominus ea æstimatione cõtentus esse debeat, cum legẽ ipse sibi dixerit, petendo eam rẽ, deq; ea litem contestando. Dices fortasse, in cæteris quidẽ cõdictionibus posse id dici, non malè, quod in iis præcisè spectandum sit in re æstimanda tẽpus litis cõtestatæ, tum quoq; cùm res extat tempore sententiæ, vt diximus: at in condictione triticaria non item, in qua debetur ea præcisè æstimatio, quæ est tẽpore condẽnationis, ac proinde non præterita, sed præsens: quæ porrò qualis, quantáq; sit, sciri à iudice citra delationẽ iurisiurandi non potest: alioqui si pro æstimatione præsenti cogatur actor cõtentus esse prẽterita, nec possit amplius in litẽ iurare, quomodo posset, si Stichus post morã extraiudicialẽ periisset, eueniet, vt litem contestando fecerit condicionẽ suã deteriorẽ, contra quàm regula iuris patiatur *d. l. aliã l. non solet 86. & seq de reg.iur.* Sed respondeo, quod iã dixi, mortuo post morã extraiudicialẽ Sticho, qui ex contractu stricti iuris debebatur, ideò absolutè necessariũ esse iusiurandũ in litẽ, quia non alia deberi æstimatio potest, quàm quæ sit præsens: siquidem eius, quę fuit morę tẽpore ratio haberi nulla potest in strictis iudiciis, cùm id ius propriũ sit iudiciorũ bonæ fidei *l.3.§. si per venditorem infr. de act. ẽpt.* nec mora debitoris effectũ vllũ habeat in strictis cõtractibus, nisi ad perpetuandã obligationẽ. Quòd si quis absurdum putet, præstari actori, qui moram passus est, præsentem rei peremptæ æstimationẽ, quæ verè nulla est, is cogitet multo absurdiùs fore, si quis putet, ex eóq; inferat, nullã ergo æstimationẽ à debitore moroto deberi: quomodo in alia licèt specie argumentatur Iulianus in *l. ita vulneratus 51. vers. quod si sup. ad l. Aquil.* Inducendũ igitur est hoc casu iusiurandũ in litem, propter iuris subtilitatẽ, & casus necessitatẽ, vt Marcelli verbis vtar, aut potius Triboniani, in *l. si mulier 59.§. ex asse in fin. infr. de iur.dot.* At in cõdictione triticaria non eadẽ necessitas locũ habet, vt neq; in cæteris condictionib. strictisq; iudiciis, quia licet non des actori præsentẽ Stichi, post litem contestatam, & ante sententiã perempti æstimationẽ, quæ condemnationis tẽpore nulla omnino est, non ideo tamen relinquis impunitã morã debitoris, qui litem improbè cõtestatus est, cùm teneatur præstare æstimationẽ, quæ fuit mortis tempore, quæ si maior sit, quàm fuerit tempore litis contestatæ, gaudeat sibi creditor, quòd triticariam elegerit, sin minor, hoc ipsum sibi imputet, cùm si triticariam non elegisset, eam hodie haberet æstimationem, quæ litis contestatæ tempore fuisset. Quod ergo in triticaria non iuratur in litem perempto Sticho post litem contestatam, non ex eo proficiscitur, quasi is litem contestando fecerit condicionem suam deteriorem, sed propter iuris ordinarij regulam, quæ non patitur, vt in stricti iuris actionibus iuretur in litem, nisi cum aliud dici melius nihil potest, quod hîc non contingit, præter id quod nec admittendum est, vt ex condictione triticaria possit deberi præsens æstimatio, quæ sit tempore condemnationis, si ante cõdemnationem res petita perierit, quia nec in illud vsque tempus excurrere potest condictio triticaria cuius scilicet vsus nullus est, nisi in iis rebus, quarũ æstimatio variari, & vel crescere, vel minui potest, cùm non tam pro aliis actorib. comparata sit, quàm pro iis, qui nolint ea æstimatione contenti esse, quæ fuerit tempore litis contestatæ, spe maioris superuenturæ, quæ porrò superuenire nequit, postquam res perẽpta est. Meritò igitur & necessariò receptum est, vt in æstimanda re petita per triticariam si post litem contestatam, & ante sententiam res perierit, inspicienda præcisè sit ea æstimatio, quæ mortis tempore fuit, & consequenter, vt hoc casu non magis in litem iurari necesse sit, quàm si æstimanda res esset, quanti fuisset præcisè tempore litis contestatæ: nec enim rei peremptio facit, quominus sciri possit, quanti re vera res fuerit eo tempore quo extabat vt cernere est in actione legis Aquiliæ & in condictione furtiua, in quibus æstimatio fit, quanti plurimi retrorsum res fuit, etiam quæ periit *l 2.§. quæsitum in fr. de priuat.delict.* Ideoque nec in illis actionibus iuratur in litem, ne ratio iuris violetur, quamuis odium furis, & occisoris ius hoc alioqui ab inuita iurisprudẽtia extorquere potuisset, si quo alio casu violandum ius fuisset, quomodo alia multa extorsit §. *sic itaque Instit. de action.* præsertim verò æstimationem illam, *quantiplurimi*, quæ alio prẽterea iuris nostri casu nullo locum habet, vt sæpius à nobis probatum est. Et in hoc valde noster errat Accursius, existimans in condictione furtiua iurari in litem, quamuis nec arbitraria actio sit, nec bonæ fidei, idq; e, inquit, propter odium furis, ex *leg. cùm furti 50. inf.* quasi intelligenda sit, non solùm de pœnali actione furti, quæ datur ad duplũ, aut ad quadruplum, de qua tamen sola intelligi debet, vt ad eam dicemus, sed etiã de condictione furtiua, quod certè falsum est. Nihil enim hac parte habet speciale condictio furtiua, vel diuersum à cæteris condictionib. nisi quod cùm fur semper morã facere intelligatur, nulla quoque intercedente interpellatione *l. in rẽ furtiuã 8.§.1. & l. vlt. inf. de condictio. furtiua* nunquam potest liberari fur peremptione rei furtiuæ, quomodo cæteræ obligationes, & actiones extinguuntur peremptione rei debitæ, sed salua semper manet condictio furtiua, non minus quàm si post contestationem res furtiua periisset, *l. si profure 7.§. vlt. eod. tit.* hac sola differentia, quod si post litem contestatam periisset, æstimari deberet, quanti plurimi fuisset à tempore litis contestatæ *d. l. in re furtiua 8.§.1. & d. l. 2.§. quæsitum de priuat. delict.* nulla verò facta contestatione æstimari res debet, quanti tunc est, cum petitur, cum ab eo tempore non possit, vt in triticaria diximus, crescere æstimatio. Quia verò nesciri potest, qualis quantaque sit eo instanti vera æstimatio, quæ certè nulla prorsus est rei furtiuæ ac peremptæ, necessarium est hoc quoque casu iusiurandum in litem, vt in cæteris actionibus stricti iuris, ne deterioris condicionis sit furtiua condictio, quàm cęterę condictiones strictique iuris actiones, sufficit enim non esse hac parte melioris. Malè item Accursius, & post eum Bartolus, aliique negant iusiurandum hoc, quod in actionibus stricti iuris, ex mera facti necessitate præstatur, esse proprie in litẽ, quasi nec sit adfectionis, quomodo loquuntur, sed veritatis, tanquam quod contineat veram, inquiũt, & communem rei æstimationem. Nam imò vero

BIU Cujas

esse propriè hoc iusiurandum in litem, apparet non solum ex *l. prox. seq.* vbi scriptum est ex Paulo, aliàs si ex stipulatu, vel ex testamento agatur, id est extra casum dicti *versic. planè* non solere in litem iurari, vt significet hoc casu iurari, verè ac propriè in litem, sed ex eo quoque quod non esset hæc bona & conueniens exceptio, &, vt aiunt, de regula, si non esset de vero in litem iureiurando, cùm in præcedentibus tractatum sit de eo solo iureiurando, quod verè ac propriè in litem sit, & quod Marcianus dixerat in actionibus, in rem & ad exhibendum, & in bonæ fidei iudiciis, ad exclusionem iudiciorum stricti iuris locum habere. Tantúmque abest, vt iusiurandum hoc affectionis dici non debeat, sed veritatis, vt è contrario nullum aliud sit iusiurandum, in quo affectioni tantopere indulgeatur, quantum in hoc iureiurando indulgetur: cùm in aliis casibus iuretur de æstimatione, quæ verè aliqua est, licèt non tanta, quantam facit is cui permittitur rem æstimare vltrà quàm re vera sit, ne iusto precio rem suam vendere cogatur, vtque dolus etiam & contumacia æstimetur *leg. 1. supr. hoc tit.* In hoc autem casu iuratur de æstimatione, quæ reuera nulla est, (quodnam enim posset rei peremptæ precium præsens esse? siquidem de formali precio, id est, quanti res aliàs æstimata sit, conuento precio, tractari non potest, cùm præsens debetur *l. in lege 62. §. 1. infr. ad leg. Falcid.* sic namque is locus intelligendus est, non vt formale precium dixerit Vlpianus pro eo quod seruatur communiter, aut quo vendi res possit, vt magni quidam viri interpretati sunt,) & cuius taxatio proinde non alium arbitrum habere potest, quàm affectionem iurantis. Tantum abest, vt iusiurandum hoc affectionis dici non debeat, aut vt possit dici veritatis, quod si specialiore aliquo nomine indigeret, dicendum potiùs esset falsitatis. Quamquam nec hoc quoque ferendum est, cùm non nisi deferente iudice præstetur, & ex mera necessitate, cui causam det, non tantùm æquitas iuris, vt euenit in iureiurando illo, quod in plerisque arbitrariis, & bonæ fidei iudiciis præstatur, sed etiam facti qualitas & necessitas, quæ, vt est in regula iuris Pontificij, solet facere licitum id, quod alioquin esset illicitum. Nec leuior eiusdem Accursij error est in eo quod defendit actiones arbitrarias esse strictas, ob id solùm quòd enumeratæ non sint in *d. §. actionum Instit. de action.* Quasi verò actiones omnes quæ non sunt bonæ fidei, sint strictæ, nec vllum sit tertium genus actionum, quæ nec bonæ fidei sunt, nec strictæ sed arbitrariæ, de quibus tanquam diuersis tractat Iustinianus in *d. §. præterea eod. tit.* & ante illum Papinianus in *d. l. 3. §. in his quoque infr. de vsur.* In strictis nulli vnquam arbitrio locus est cui è contrario semper locus est in arbitrariis: vt à nobis contra hunc Accursij & interpretum errorem pluribus disputatum est, *libr. 16. Coniect. cap. in Error. 4. & 5. de cad. 89. de error. pragmat.* Et certè ita est, minùs accedunt actiones arbitrariæ ad strictas, quàm ad illas, quæ sunt bonæ fidei, propter similitudinem quam habet arbitrium iudicis cum officio iudicis, quod in bonæ fidei actionibus locum habet, non etiam in strictis *l. quia tantundem 7 supr. de negot. gest. l. quæro 52. infr. locat.* Nec tamen magis bonæ fidei sunt, quàm strictæ, vt ibidem ostendimus. Idémque probat omnium optimè hic locus, in quo post quàm tractatum est de arbitrariis, & bonæ fidei actionibus, tractatur etiam de strictis, tanquam diuersis omnino & separatis, adeóque diuersum in iis ius constitui-tur, quàm in aliis constitutum fuerit. Huic autem Accursij errori consequens alius ille est, quòd pro singulari notat in actione rerum amotarum iurari in litem ex *leg. si cùm dos 8. §. 1. infr. rer. amot.* quasi sit vnus ille ex iis casibus, quibus permittatur iurari in litem, in strictis quoque iudiciis. Quod certè non ita est, arbitraria enim est ea actio, non stricta, & per quam dominus cuius res amotæ sunt, res suas reposcit, vt proinde mirum non sit in ea iurari in litem: quomodo in arbitrariis cæteris per quas actor rem suam petit: quod & in Fauiana obtinet *l. 5. §. 1. infr. si quid in fraud. patr.* quam tamen malè idem Accursius negat esse arbitrariam. Quod autem addit etiam in interdicto, vnde vi iurari in litem ex *leg. si quando 9. C. vnde vi*, verum quidem est, sed non tam ex ratione iuris, quàm ex illa constitutione, odio scilicet violentiæ, nec tam ad æstimandas res per vim subtractas, si quid & quantum subtractum sit appareat, quàm ad probandam earum quantitatem, eo demùm casu quo non potuerit is, qui vim sustinuit, ea quæ perdidit singula comprobare, vt habet constitutio: quo casu non magis potest iudex citra delationem iurisiurandi æstimare res subreptas, de quarum quantitate & qualitate non apparet, quàm in specie huius *versic.* rem quæ non extat. Quid enim refert, an res non extet, an non appareat? *l. cùm res 47. §. item si reo de legat. 1.* Sed extra hunc casum nunquam potest in litem iurari in interdictis, nec si vis facta sit, vt apparet ex ea ipsa lege, & ex *l. si quis in tantam 7. eod. tit.* quia in interdictis nunquam dominij quæstio vertitur, sed solius possessionis *l. 3. §. vlt. infr. vti possid.* quæ si non restituatur, æstimatio facienda est solius possessionis, non etiam ipsius rei, vnde fit, vt solam possessionem per eam litis æstimationem vendere actor videatur, non item rem ipsam, cuius ideò saluam semper retinet vindicationem, obidque cessat in iis ratio quæ in arbitrariis, & bonæ fidei actionibus, plerisque non tamen omnibus iurisiurandi huius necessitatem induxit, ne dominus re sua careret, eámque inuitus iusto precio vendere compellatur *leg. in interdicto 6. infr. vnde vi.* Neque verò in specie *d. l. si quando*, iuratur in litem in interdicto, sed in condictione quæ nascitur ex illa lege, non de possessione, sed de proprietate. In strictis verò iudiciis nullo penitus casu iuratur in litem, nisi in eo quem hîc ponit Marcianus. Et quamuis idem noster Accursius excipiat actionem in factum, quæ datur ex edicto, ne quis eum, qui in ius vocab. vi exim. & de qua *in l. pen §. 1. ill. tit.* vbi tamen nullum de in litem iurando penitus verbum, nō possum ego exceptionem probare, malóque priorem cōiecturam meam sequi de verbis illis *ab actore æstimata* delendis ob rationes quas ad eum locum attuli, vbi vide: nec sanè rationem vllam specialitatis adferre potest Accursius, nisi quod ait ita placuisse *propter contemptam authoritatē iudicis, vel propter rigorem iuris seruandū.* Quod ridiculum est. Etsi enim delinquit valde, & offēdit Prætorem is, qui reum in ius vocatum vi eximit, satis tamen punitur in eo, quod actori condēnatur, quāti res est etiamsi actor calūniator sit, nec illud præterea inducendū fuit, vt ei iurare in litē permitteretur, in ea actione, in qua nec de dominio ex parte actoris, nec contra dolosum possessorem ageretur, vt ad eum locum docuimus, nec rursum iuris rigor seruatur, cùm in litem iusiurandum actori defertur, sed ex summa æquitate, contra ordinarij iuris rigorem affectioni actoris indulgemus, vt rem suam pluris æstimet ob dolum vel contumaciam possessoris.

6. PAV-

BIU Cujas

6. PAVLVS libro 26. ad Edictum.

ALiàs si ex stipulatu, vel ex testamento agatur[a], non solet in litem iurari.

Ad l. Aliàs 6.

Valde laborat Accursius in hac dictione *Aliàs* interpretanda. Fatetur enim primam & obuiam interpretationem illam esse, quam nos ad præcedentis legis finem attulimus, vt extra eum casum, de quo dictum est *in vers. planè*, id est, cùm Stichus promissus per stipulationem, aut ex alio contractu stricto debitus periit post moram, ita vt præsens eius æstimatio, quæ tum debetur, nesciri possit citra iusiurandum, iurari in litem ex iudicio stricto nunquam possit: sed quia ex eo sequi videt: in illo igitur casu iurari in litem, quod tamen ipse negat, cogitur aliã interpretationem comminisci, vt Paulus velit *aliàs*, id est, inquit, si non sit in mora debitor, contra eum non iurari in litem: quæ tamen interpretatio, pace tanti viri dixerim, prorsus inepta est. Quis enim dubitationi locus relinquitur, an iurari in litem possit contra eum, qui nullomodo sit obligatus, quiq; per interitum speciei debitæ contingentẽ post moram fuerit ipse iure liberatus? *l. si ex legati 23. & seq. de verb. oblig.* Omne siquidem iusiurandum in litem cùm adhibeatur ad taxandam litis æstimationem, præsupponit adiunctã condemnationem, quæ porrò contra eum, qui ipso iure iam liberatus est, sequi nulla potest. Quod verò idem Accursius dictionem hanc *aliàs* interpretatur pro alia re, quàm Sticho, de quo Marcianus locutus fuerat, magis ridiculum est, quid enim refert, an Stichus, an quælibet alia species debeatur, nam in merce aliáve re, quæ consistat in genere aliud sanè est, quia nec perire potest, *l. incendium 11. C. si cert. petat.* Probat igitur optimè lex hęc vtrũq; quod nos volumus, & in strictis iudiciis regulariter in litem non iurari, ideóque nec posse arbitrarias actiones strictas dici, cùm in earum plerisque iuretur in litem: & in specie *vers. planè*, legis præcedent. iusiurandum, quod necessarium esse diximus, non aliud iusiurandum esse, quàm in litem, & adfectionis non veritatis.

a *Vel ex testamento agatur.* RAT. DVB. Actio ex testamento licet non sit à Iustiniano enumerata inter actiones bonæ fidei in §. *actionum Inst. de action.* earum tamen naturam imitatur, iisque comparatur in *leg. in minorum 3. Cod. in quibus causis non est necess. in integr. restit.* Non debuit ergo hîc à Paulo recenseri inter eas, quæ sunt stricti iuris, sed potius in earum numero quæ sunt bonæ fidei, vt in ea quoque iuretur in litem: quomodo disertè scriptum videtur in *leg. cum pater 60. §. 1. infr. ad leg. Falcid.* DEC. Actio ex testamento stricti iuris est, nõ bonæ fidei, quia pendet tota ex voluntate testatoris, non ex bona fide, cùm nec fides vlla data sit legatario à testatore, vel ab herede, nec in legatum aliud venire possit principaliter, quàm quod ipsis testamenti verbis disertè comprehensum est. Quemadmodum de contractu stipulationis, qui omnium strictissimus est, dici solet *l. quicquid adstringendæ 99. infr. de verb. obligat.* Ita vt cùm in verbis testamenti nulla est ambiguitas, non sit admittenda quæstio voluntatis *l. ille aut ille 25. §. 1. de legat. 3.* Planè quod ad fructus vsuras, aliásve accessiones pertinet, actio ex testamento imitatur naturam actionum bonæ fidei, vt ex die moræ debeãtur *d. leg. in minorum l. si quis seruo 84. l. Titia Seio 87. §. vsuras de legat. 2. leg. in fideicommissaria 18. ad SC. Trebell.* nempe quia voluntatem testatoris eam fuisse credendum est, ne qua per heredem legatariis mora fieret, aut si qua fieret, non esset illa impunita, cum interest etiam publicè conseruari defunctorum voluntates, supremáque defuncti hominis iudicia exitum habere, non circumueniri *leg. vel. negare 6. infr. quemadmod. testam. aper. l. si cui 92. de condic. & demonst.* Inde est, quod si heres à testatore iussus sit certo loco aliquid dare, arbitraria actio ei necessaria est, quæ non esset, si actio ex testamento esset bonæ fidei *l. si heres 6. iunct. leg. in bonæ fidei 8. inf. de eo quod cert. loc.* Sed actionem ex testamento cum dicimus, eam intelligere debemus, quæ in personam heredis cõpetit: nam si cui legatum sit per vindicationẽ, competit legatario etiam vindicatio, quæ actio arbitraria est, non vt actio ex testamento stricti iuris, in cáque perinde ac in cæteris in rem actionibus iurabitur in litem: quomodo accipi debet quod scriptum est in *d. l. cùm pater 60. §. 1. ad l. Falcid.* cùm dominium rei per vindicationem legatæ transeat recta via à testatore in legatarium *l. à Titio 64. de furt.* támque citò legatum faciat hoc casu legatarij rem legatam nunquam factam heredis, quàm hereditas facit heredis cæteras res singulas *legatum 80. de legat. 2. l. legatum est delibatio 116. de legat. 1.* Risi, cùm legi quosdã ex meis reprehensorib. & ex iis qui subtiliores sibi videtur, nec sanè insubtiles, quorum tamen nomini parco libentissimè, vt parcam honori, licet non aliam hucvsque iustiorem contra nos indignationis causam habeant, quàm quod à nobis neque in Coniecturis neque in Chiliade fuerint nominati, quasi verò ex nominatione nostra aliquid dignitatis accedere illis potuisset, risi, inquam, cùm eos legi defendere tam pertinaciter actionem ex testamento dicendam esse actionem ex quasi contractu, vt ex eo inferant, æquè igitur esse ex contractu: adeò sunt illi faciles ad confundendas actiones ex quasi contractu cum actionibus ex contractu. Quorsum verò? Nimirum vt contra nos probent non deesse exemplum, quo tueri possint errorem illum Triboniani, quem nos in Chiliade obseruauimus *Error. 5. decad. 75. in §. aliquando Instit. de perpet. & tempor. action.* vbi scripsit ille aliquando etiam ex contractu actionem non competere contra heredem, veluti cùm testator dolosè versatus est, & ad heredẽ nihil ex eo dolo peruenit. Adferunt enim exemplum de actione ex testamento pro legatis piis, quam Iustinianus introduxit, & pœnalem fecit mistam in duplum contra heredem qui legata sacrosanctis Ecclesiis & venerabilibus locis relicta dare distulerit §. *item mista est actio & §. in duplum Inst. de action.* quasi possit hæc quoque dici pœnalis ex contractu, ideo q; sit ex quasi contractu, ideò. a. ex quasi cõtractu, q; sit ex testamẽto, cũ heres ad solutionẽ legatorum dicatur obligatus ex quasi cõtractu, si Tribo. credimus, qui ita scripsit in §. *heres quoque 5. Instit. de oblig. quæ ex quasi contr. nascun.* Quis verò vnquam audiit pœnales vllas actiones esse ex contractu? Nam & cùm pœna aliqua in stipulationem deducta est, non tamen pœnalis est actio, sed rei persecutoria, per quam scilicet persequ-

BIU Cujas

mur id ipsum quod stipulatione comprehensum est *leg. stipulatio ista* 38. §. *alteri de verb. oblig. l. vlt. infr. de stipulat. Prætor.* Quis, actiones ex quasi contractu adscribendas esse actionibus ex contractu? Quis, actionem ex testamento esse ex quasi contractu? Fateor heredem, qui adiit hereditatem defuncti, aut bonis se immiscuit, videri hoc ipso quasi contrahere cum creditoribus, & legatariis *leg.* 3. §. *vlt. & l.* 4. *infr. quib. ex caus. in possess. eat.* & ideò posse dici obligatum ex quasi contractu *d.* §. *heres*, (etsi non ita Vlpianus locutus est in *leg.* 5. §. *heres quoque de oblig. & act.* vnde is Institutionum locus sumptus est,) hoc sensu scilicet, vt non possit recusare actionem ex testamento, quæ datur contra heredem ex lege 12. tabul. *leg. vlt. C. de heredit. action.* tanquam qui obligationem illam legis adprobauerit adeundo hereditatem, vel se immiscendo. Non enim lex duodecim tabularum heredem institutum legatariis obligat, quatenus institutus est, sed quatenus ex institutione heres factus est per acquisitionem hereditatis. Hereditas illa quidem est, quæ ex lege duodecim tabularum obligat heredem *d. leg. vlt. iunct. leg. siue à certis* 17. *infr. de duobus reis.* sed acquisitio hereditatis, est condicio sine qua non obligaret, non causa formalis, aut efficiens huius obligationis, alioqui non posset dici hereditaria causa legatorum, si non ab ipsa hereditate, potiùs quàm ab heredis voluntate, aut ab hereditatis acquisitione primùm proficisceretur *leg hereditariarum* 40 *de oblig. & action. iunct leg. hereditarium.* 7. *de reb. author. iudic. possid.* In eóque nimirum differunt hereditaria debita à legatis, quod hereditaria debita fuerunt defuncti antequàm moreretur, legata verò non nisi eo mortuo hereditatis debita esse cœperunt: quæ tamen corruerent, si hereditatem nemo susciperet. Cæterùm priùs etiam quàm adeatur hereditas, obligatam eam esse ad solutionem legatorum non minùs quàm debitorum defuncti, apparet ex eo, quod nec alioquin obligaretur heres adeundo, cùm per aditionem nulla iura siue actiua, siue passiua transire possint in heredem, nisi quæ priùs fuerint hereditatis *leg.* 1. §. *Scæuola infr. si is qui testam. lib. esse. iuss. leg. hereditas* 22. *de vsucap.* Ideo autem loquor generaliter de acquisitione hereditatis, quia si quo casu contingat acquiri hereditatem citra aditionem, vel immixtionem vllam, quomodo contingit in necessariis heredibus, siue suis, siue non suis, & siue ex testamento, siue ab intestato Tit. *Instit. de hered. qualit & differ leg in suis* 11. *de liber. & posthum. leg.* 1. §. *qui sunt in potestate si quis omiss. caus. testam. leg. in suis* 14. *de suis & legit.* non eo minùs obligatur heres ad solutionem legatorum & æris alieni, cùm tamen hoc casu nullus quasi contractus præcessisse dici possit, quando neque aditio, neque immixtio vlla præcesserit. Imò verò quod magis est, si suus heres, qui nunquam se immiscuerat, abstinuerit se bonis patris, quod suo iure potest facere ex perpetuo Prætoris edicto, etiam non adito Prætore *leg. impuberibus* 11. *& seq. infr. de acquir. hered.* attamen etiam post abstentionem remanet obligatus ipso iure creditoribus & legatariis, possétque ab iis conueniri, si non denegaret iis Prætor actionem, creditoribus quidem eam quæ iam contra defunctum ipsis competebat, legatariis verò actionem ex testamento *leg. necessariis* 57. *eod. tit.* Vnde verò dicetur actio illa ex testamento actio ex quasi contractu, cùm pro aditione vel immixtione, ex qua volunt aduersarij hanc, ex quasi contractu actionem nasci, nihil nisi abstentio interuenerit? Et certè quemadmodum heres, qui per aditionem, si extraneus fuit, creditur cum defuncti creditoribus quasi contrahere, non ideo dicitur obligatus ipsis ex eo quasi contractu, sed ex illo ipso verè contractu, ex quo defunctus tenebatur (nam vt teneatur ex contractu, & ex quasi contractu simul impossibile est) ita & ratione legatariorum, cum quibus etiam quasi contrahere intelligitur, non ex illo quasi contractu obligatus esse dicendus est, sed actione ex testamento, quam lex ipsa 12. tabul. pro legatariis, & fideicommissariis induxit. Atque ita esse vti dicimus, vt heres non possit dici obligatus legatariis ex contractu, tam apertè scriptum est in *d.* §. *heres quoque*, quo mouentur aduersarij, & in eo Vlpiani loco vnde is sumptus est, vt nihil apertius scribi potuerit. Idque est quod idem Vlpianus scribit in *l. verba* 20. *de verb. signific.* verba *Contraxerunt*, *Gesserunt* non pertinere ad ius testandi, & quod Papin. noster in *leg. cùm filius* 76. §. *heres meus de legat.* 2. non deberi amplius ex testamento, id quod nouatione per stipulationem facta deberi, ex contractu cœpit, vt intelligamus differre ista toto genere, deberi quid ex testamento, & deberi ex contractu, nec minùs deberi ex quasi contractu, cùm causa quasi contractuum propiùs accedat ad causam contractuum, adeóque si aduersariis credimus, quasi contractus propter eundem effectum, qui cum contractibus communis ei est, contractui non male adscribatur. Hæc enim ipsorum verba sunt, ex quibus contra eos inferimus, quod ergo contractui adscribi non potest, nec quasi contractui adscribendum esse, multo minùs quod de actionibus ex contractu scriptum est *in d.* §. *aliquando*, ad actionem ex testamento pertinere potest. Neque verò existimandum est, quod dicitur in *d. l.* 3. §. *vlt. & l.* 4. *infr. quib. ex caus. in poss. eat.* eum, qui hereditatem adit, aut se immiscet, videri contrahere cum creditoribus & legatariis eò pertinere, vt obligetur ex quasi contractu, qui iam satis obligatus est ex testamento, aut ex contractu defuncti: sed vt possint creditores & legatarij mitti in possessionem bonorum non modò defuncti, sed etiam heredis latitantis, vt solent mitti ex illa parte edicti creditores omnes in possessionem bonorum debitoris, ad constituendum in iis pignus Prætorium, quamuis in pignore conuentionali, quod defunctus contraxit, bona heredis non comprehendantur, si non de iis quoque obligandis specialiter conuenerit *leg. Paulus respondit* 29 *in princip. &* §. 1. *infr. de pignor.* quisquis enim adit hereditatem, aut se immiscet hereditati, constituit se debitorem creditorum omnium defuncti, & legatariorum, exponítque se actionibus omnibus, sed iam natis, sicut & cæteris oneribus hereditariis, quoniam ea condicione & lege adire videtur *leg. si duo* 38. *de acquir. hered.* Quis enim dicat nasci actionem ex testamento, aut aliam quamlibet, cui contractus defuncti causam dederit, ex quasi contractu heredis adeuntis hereditatem defuncti, aut se immiscentis? An non esset hoc omnino præposterum, vt actio ex testamento nasceretur ex aditione heredis, cùm è contrario heredis aditio illa sit, quæ ipsum obligat actioni ex testamento? Denique aditionem hereditatis non esse causam formalem, & efficientem actionis ex testamento, eo sensu quo solemus dicere in actionibus personalibus, obligationem esse matrem actionis *leg. nihil aliud* 51. *de obligationib. & actionib. leg. licet* 42. §. *ea obligatio supr. de procurat.* vel ex eo maximè constat,

quòd

quòd legata relicta sub ea condicione, si heres adierit hereditatem, non ideò fiunt condicionalia *leg. aliquando* 107. *de condic. & demonstr.* quoniam aditio hereditatis, sicuti non suspendit validitatem testamenti, quam potiùs præsupponit, ita neque actionem ex testamento, quæ iam nata est eo tempore, quo aditur hereditas, cùm dies legatorum cedat ex die mortis, & exinde incipiant deberi, & tanquam debita transmittantur ad heredem legatarij, quoties pura sunt, si pauca excipias, quorum dies non cedit, nisi ab acita hereditate *leg.* 1. 2. *& 3. & pass. Quand. dies legat. ced. leg. vnic.* §. *in nouissimo Cod. de caduc. toll* sed suspendit tantummodò exercitium actionis, tanquam condicio, sine qua non posset conueniri heres, neque actione ex testamento, neque alia vlla hereditaria, cùm actiones hereditariæ non possint exerceri, nisi contra heredem *d. leg. vlt. Cod. de hered. action.* nec legata, vel fideicommissa valere, quamuis pura, si nemo hereditatem adeat *leg. si nemo* 9. *de testam. tutel. leg si nemo* 181. *de reg. iur leg ea quam* 14. *Cod. de fideic.* Et quemadmodum ridiculus esset, qui diceret, instituto herede repudiante, & ita faciente locum substituto, legata à substituto relicta deberi ex repudiatione instituti, ob id solùm, quod si institutus adiisset, substitutio ipsa vulgaris, & cum substitutione legata etiam ipsa à substituto data interciderent (obligatur enim ex testamento, & tanquam substitutus, non quia institutus repudiauerit) ita æquè ridiculus est, quisquis dicit obligari heredem institutum ad solutionem æris alieni, & legatorum, ex quasi contractu, ob id quòd hereditatem adierit, ac non potiùs actione ex testamento, quod eum testator legatis onerauerit, eique soluendi necessitatem lex 12. *tab.* iniunxerit, obligat enim primùm lex hereditatem, quæ deinde adeuntem heredem obligat *d. leg. siue à certis* 17. *de duob. reis.* Cúmque hereditas præcedat aditionem, quæ fit hereditatis, necesse est actionem ex testamento, quæ contra hereditatem competit, quamuis nondum possit exerceri, quia hereditatis persona ficta est, nec heredis, sed defuncti personam repræsentat, præcedere aditionem, nec proinde nasci posse ex aditione qua vetustior & antiquior est: nec quicquam vetat, actionem aliquam natam esse, & competere priusquàm vllus sit, qui conueniri possit, dummodò aliquis speretur futurus, vt euenit etiam in fictione postliminij *l. illa institutio* 32. §. 1. *de hered. instit.* quæ ideo suspensi iuris constitutio dicitur à Papiniano *in leg. pen. de suis & legit.* quamuis aliud sit, si quis sine herede alióve successore decesserit *leg.* 1. *C. de oblig. & act. leg habere licere* 57. *infr. de euict. leg.* 1. §. *idem Pomponius in fin. infr. depos.* Parum ergo subtiles sunt, qui hanc ex testamento pro legatis piis actionem in exemplum adferunt *ad d.* §. *aliquando* vt probent aliquando actiones pœnales ex contractu non dari contra heredem, veluti si dolosè versatus sit, & nihil ad heredem peruenerit, apertè contra Vlpianum in *leg. si hominem* 7. §. 1. vbi dicemus latius *infr. depos.* Sed longè insubtilius faciunt qui quod à Triboniano scriptum est in *d.* §. *aliquando*, de pœnalibus ex contractu actionibus intelligunt, quasi aliquæ possint esse pœnales ex contractu, quod certè stultum est. Etsi enim possunt aliquæ esse, quæ sui natura & origine sunt ex contractu, ex postfacto autem per dolum & inficiationem rei crescunt in duplum fiuntque pœnales, tamen cùm incipiunt esse pœnales, incipiunt esse ex delicto ratione pœnæ, ideóque esse mixtæ ex contractu & delicto, sicut ex rei persecutione & pœna, quemadmodum euenit in actione depositi ex causa tumultus, vel incendij, vel ruinæ, vel naufragij, de qua contra eosdem disputabimus ad *leg. de eo* 18. *infr. depos.* Neque verò de pœnalibus ex contractu actionibus, quæ nullæ sunt, tractauit Tribonianus in *d.* §. *aliquando*, vt sibi fingit noua istorum iurisprudentia, sed de iis quæ merè sunt ex contractu. Statim enim sequitur apud Tribonianum *pœnales autem actiones*, vt intelligas in verbis præcedentibus, quod scriptum est de actionibus ex contractu aliquando non dandis contra heredem, ad eas actiones quæ pœnales, sint nullomodo pertinere. Iunge quæ de tota hac quæstione scripsimus in *Error.* 4. *& 5. dec. ad.* 76. *de error pragmat & interpr. iur.* Cuiacius in interpretatione *libri* 26. *Commentariorum* Pauli ad Edictum, hanc legem prætermisit.

7. VLPIANVS libro 8. ad Edictum.

VVlgo præsumitur, alium in litem non debere iurare, quàm dominum litis: denique Papinianus ait, alium non posse iurare, quàm eum, qui litem suo nomine contestatus est.

Ad l. Vulgo 7.

RAT. DVB. Is iurare potest & debet, non tam qui dominus est, quàm qui rerum administrandarum ius habet *leg. iusiurandum quod ex conuentione* 17. § *pupillus supr. tit. prox.* cuiusmodi sunt tutores pupillorum, & curatores furiosorum, vel prodigorum §. *si tutor. eiusd. leg.* qui tamen suo nomine litem contestari non possunt, sed nomine ipsius pupilli, vel furiosi vel prodigi, quorum vice & partibus funguntur. Et verò iurare istos posse si tantam adfectionem pupillis, vel furiosis, vel prodigis adeóque minoribus, quorum curam gerunt, præstare velint, iurare, inquam, in litem eorum nomine apertè scriptum est in *l. 4. vers. curatores supr. hoc tit.* Falsum igitur est, quod in hac lege ex Vlpiano scribitur, non alium in litem iurare debere, quàm dominum litis, & quod ex Papiniano, alium iurare non posse, quàm eum qui suo nomine litem contestatus est. Alioqui quomodo consuletur pupillo, furioso, vel prodigo, si eorum nomine tutores & curatores iurare nolint, cùm nec si velint pupillus, furiosus, vel prodigus iurare tamen possint *d. leg. 4. in princip.* hoc enim solis adolescentibus, qui neque furiosi, neque prodigi sunt, conceditur, *vers. ic. adolescens ead. leg.* DEC. Iusiurandum in litem, vt toties diximus, non alia de causa inductum est, quàm ne alterius, quàm domini arbitrio precium statuatur eius rei, quam inuitus dominus iniusto & doloso possessori vendere cogitur *leg. prox. infr. l. non enim 9. infr. rer. amot. l. si filiofamilias* 25. § *mariti um infr. solut. matrim.* iustum enim est, sua cuique committere, & aliena appetentes etiam supplicio coercere, inquiunt *Impp. in l. nemo exterus 9. Cod. de Iudæis, & cœlic. l.* Eius ergo qui dominus est, arbitrium & æstimatio spectari debet, non alterius putà procuratoris, aut negotiorum gestoris, qui non nisi

BIU Cujas

alieno nomine agunt, & litem contestantur, licèt per contestationem procurator fiat dominus litis *leg. nulla dubitatio est 23. cum leg. præced. Cod. de procurat.* Idémque multo magis dicendum est in coniunctis personis, quibus alieno nomine agere permittitur, etiam sine mandato *leg. sed & hæ 33. supr. de procur.* sunt enim minùs quàm procuratores *leg. 3. §. sed si fortè infr. iudic. sol.* Tutoribus sanè ac curatoribus, quia legitimam personam habent standi in iudicio, hoc ipsum quoque permittitur, si velint in consequentiam cœpti iudicij, quod inchoare coacti sunt, vt etiam finem ei possint imponere: sed non coguntur si nolint propter periculum ancipitis periurij, quod quantò facilius incurritur per iusiurandum in litem, in quo maximè adfectioni indulgetur, tantò difficiliùs subeundum est, vt diximus ad *d. leg. 4. supr.* vbi ostendimus malè Accursium, quod hîc dicitur de domino litis sic interpretari, vt tamen idem iuris sit in quasi domino, nempe, vt tutores, vel curatores comprehendat, quasi & hi loco dominorum sint ex *leg. qui fundum 7. §. si tutor infr. pro emptor. leg. interdum 56. §. qui tutelam infr. de furt. leg. is qui in puteum 11. §. an ignoscitur infr. quod vi aut clam.* quod in tutore quidem & in curatoribus furiosi, vel prodigi verum est, qui ad exemplum tutorum dantur personę principaliter, rebus autem non nisi per consequentias: at non æquè in curatoribus minorum, qui rebus tàm dantur, non personis, quíque ideo nullam nisi accipiendi iudicij, & authoritatis minori præstandæ facultatem habent, non etiam agendi quicquam sine minore. Planè dominus, cuius nomine alius litem contestatus est, licèt ipse cõtestatus non sit, admitteretur tamen ad iurãdum, vt bene hîc notat Bart. ex *d. l. 4. vers. adolescens supr.* alioqui periniquum esset, neq; cum iurare posse, qui alieno nomine litem cõtestatus est, quia non suo nomine, neque dominum cuius nomine, quia non ipse contestatus sit. Ex eo autem quod hæc lex ait, non esse permittendum, vt alius iuret in litem, quàm qui dominus litis est, quíque litem suo nomine contestatus fuit, intelligimus quàm falsum sit, quod post Bartolũ interpretes nostri volunt, etiam ante litem contestatam iurari posse in litem. E cõtrario autem verissimum esse, quod nos defendimus, nunquam in litem iurari nisi post sententiam, quia nec vnquam defertur à iudice, nisi per sententiam diffinitiuam, per quam tanti cõdemnatur reus, quanti actor in litem iurauerit, *l. si culpâ 63. leg. qui restituere 68. supr. de rei vindic. l. si fundus 16. §. in vindicatione infr. de pignor.* nec enim lis vnquã æstimatur, nisi per sententiam *l. 2. §. 1. supr. & l. prox. infr.*

8. MARCELLVS libro 18. Digestorum.

TVtor rem adulti, quam possidet, restituere ei non vult. Quæro, vtrum, quanti res est, an quanti in litem iuratum fuerit, condemnari debeat. Respondi, non est æquum, pretio (id est, quanti res est) litem æstimari: cùm & contumacia punienda sit, & arbitrio potiùs domini rei pretium statuendum sit, potestate petitori in litem iurandi concessa.

Ad l. Tutor 8.

RAT. DVB. Cum tutore mitiùs agendum videtur, quàm cum alio quolibet rei alienæ iniusto possessore, non solùm quia inuitus officium publicum suscipere coactus fuit, si nullam habuit satis iustam excusationem (nec enim officium publicum cuiquam damnosum esse debet *l. videlicet 29. supr. ex quib. caus. maior.*) sed etiam quia possessionem rei pupillaris ab initio iustè ac lege permittente nactus est, non per rapinam, vt ille de quo in *l. nec quasi 70. supr. de rei vindic.* eiúsque rei non tantùm possessor, fuit, sed etiam veluti dominus *l. interdum 56. §. qui tutelam infr. de furt.* & vice domini, vt loquitur Vlp. in *l. is qui in puteum 11. § an ignoscitur infr. quod vi aut clam.* Prima enim possidendi causa hac parte maximè spectanda est *l. si donatæ 36. infr. de donat. int. vir. & vxor.* vbi dicitur, in specie non valde dissimili Paulus respondet, si res à coniuge coniugi donatę extent, vindicari quidem eas posse, sed nisi reddantur, earum æstimationem faciendam esse, non quanti dominus in litem iurauerit, sed iusto precio, adeóque quod magis est, caueri debere possidenti de euictione simpli quanti ea res sit, *quia*, inquit, *causam possidendi præstitit donatio*, quamuis donatio prohibita & quæ non valuit, donationis nomen non mereatur, nimirum quia non tam amarè, nec tanquam inter infestos ius prohibitæ donationis tractandum est inter coniuges, sed vt inter coniunctos maximo affectu, inquit idem Paulus in *l. si id quod 28. §. si quas eod. tit.* Quidni ergo idem dicimus in tutore nolente restituere res adulti, vt tamen non idcirco condemnetur, quanti actor in litem iurauerit, sed ad iustum earum precium; cùm & iustam possidendi causam ab initio tutela præstiterit, & maximo affectu ac propè paterno tutor pupillo suo coniungatur, siquidem tutor quilibet ferè alter pater est, sicut & tutoria potestas vicaria est patriæ potestatis, vt pluribus docuimus ad *Tit. de tutel.* in nostra Iurisprudentiæ Papinianeæ scientia? DEC. Nemo inuitus re sua carere, eámque iusto precio vendere cogitur *l. non enim 9. infr. rer. amot.* nec minùs contumacia tutoris hac pœna iurisiurandi in litem punienda est, quàm alterius cuiuslibet iniusti possessoris *leg. 1. supr.* imò tanto magis quòd coniuncta est, cum insigni perfidia, crescítque perfidiæ crimen ex qualitate tutoris, cùm tutores dentur pupillis, vt eorum personas bonáque tueantur, non vt eos spolient *leg. qui fundum 7. §. si tutor. infr. pro emptor.* Et quamuis ab initio nihil dolo malo tutor fecerit, cùm rerum pupillarium possessionem nactus est, nunc tamen dolo facit, & per rapinam, cùm non vult eas reddere, vt in *l. 2. §. circa infr. de doli mali except.* nec bene cõparabitur coniugi rem coniugis ex prohibita donatione possidenti, neque eam restituere volenti: de quo in *d. leg. si donatæ.* etsi enim iustam possidendi causam præbere non potest iniusta donatio, nisi in casu *leg. Pomponius Philadelphus 35. famil. erciscund.* de cuius sententia alibi scripsimus: verum tamen est, possedisse coniugem res sibi donatas, ex voluntate donantis, quod sufficit, vt mitiùs cum eo agi oporteat *leg. de eo 63. in fin. de donat. int. vir. & vxor.* Quamquam valde notandus & singularis est ille casus, in quo

in quo dominus re sua carere cogitur iusto precio, licet interueniat dolus possidentis, nolentis arbitrio iudicis parêre. At causa donationis etiam iniustæ & prohibitæ non est similis tutelæ, quæ ipsa per se tutorem obligat, ad res omnes pupillares finita tutela restituendas. Meritò igitur condemnandus est, si non restituat, quanti adultus in litem iurauerit, nec tantùm si per dolum, sed etiam si per latam culpam tutoris ea restitutio denegetur *l. 2. & pass. C. eod. titul.* Semper enim pupilli miserendum est, qui non eligit sibi tutorem, vt minor curatorem vel maior quilibet procuratorem: sed incidit in tutorem, vt eleganter Papin. loquitur in *l. vltim. inf. rem pupill. salu for.* Malè tamen Bartolus legis huius rationem ex eo petit, quòd actio tutelæ sit bonæ fidei, quasi in omnibus bonæ fidei actionibus ità ius sit, vt in litem iurari oporteat: quod tamen non ita est, nam neque in actione ex empto quæ maximè bonæ fidei est, iuratur in litem, neque in contrariis iudiciis, nec denique in cæteris in quibus actor suam rem non alienam reposcat, vt docuimus ad *l. in actionibus 5 supr.* Ratio igitur tota ex eo petenda est, quod de iis rebus agatur in hac lege, quæ sint ipsius adulti, & quas inuitus cogendus non sit iusto precio tutori suo vendere. Proinde si per actionem tutelæ adultus reposcat à tutore res alienas, puta quæ vel depositæ fuerant penes defunctum, vel ei locatę, vel commodatæ, vel datæ pignori, non æquè dicẽdum erit æstimari eas per iusiurandum in litem oportere, cùm hoc casu nõ habeat locum ratio quæ iurisiurandi huius necessitatem ex æquitate induxit, & quam Marcellus eleganter declarat his verbis, *Cùm & contumacia punienda sit, & arbitrio potius domini rei precium statuendum sit, potestate petitori in litem iurandi concessa.* Nec enim aut iudex, aut alius quisquam præter dominum constituere potest, aut debet precium rei venditæ, cùm suæ quisque rei moderator sit, & arbiter *vulg. l. in re mandata 21. C. mãdat. l. nemo externs 9. C. de Iud. & cælicol.* Idque ex hac lege omnium optimè probatur, sicut & quod docuimus in superioribus, & ad finem legis præcedẽtis non deferri iusiurandum in litem à iudice, nisi per sententiam diffinitiuam, cùm tanti condemnat reum, quanti actor in litem iurauerit.

9. IAVOLENVS lib. 15. ex Cassio.

CVm furti agitur: iurare ita oportet, tanti rem fuisse, cùm furtum factum sit [a], non adiici, *eo plurisve* [b], quia quæ res pluris est, vtique tanti est.

Ad l. Cùm furti 9.

RAT. DVB. Furti actio pœnalis est, cùm per eam actor non rem ipsam furto subtractam, sed pœnam duntaxat persequatur *l. si profure 7. §. 1. infr. de condict. furt. l. qui vas 48 in princ. l. si pignore 54. §. cùm furti inf. de furt.* Ergo non potest in ea iurari in litem, cùm non iuretur, nisi ad rem ipsam litémque æstimandam *l. 1. l. prox supr.* Adde quòd furti actio sicuti pœnalis ita stricti iuris est, cùm actiones omnes pœnales sint strictæ, ideo quia pœnæ odiosæ sunt, & consequenter interpretatione molliendę potiùs quam exasperandæ *l. penul. inf. de pœn.* Atqui in actionib. stricti nũquam iuratur in litem, nisi cùm præcisa impossibilitas impedit, ne aliter æstimari lis possit, quàm per iusiurandũ in litem, vt in *l. in actionib. 5. vers. planè* vbi diximus *sup.* & in *l. si quãdo 9. C. vnde vi.* Ob has nimirum causas putant plerique non de actione furti, quæ merè pœnalis est, sed de condictione furtiua, qua rem ipsam persequimur, intelligi hanc legẽ debere, alij verò tam de condictione furtiua quàm de actione furti, sed eo sensu, vt non sit hoc iusiurandũ in litem, nec adfectionis, sed quomodo vocant veritatis, quod habere locum debeat propter dolum, & inopiam aut difficultatem probationis, vt in *vers. planè & l. in actionibus & in d. l. si quando 9. C. vnde vi.* Alij denique cũ Bartolo distinguunt, an furti agatur, an cõdictione furtiua, vt priore casu non possit iurari in litem iureiurando adfectionis, quia in pœnali actione nullum possit interuenire præceptum iudicis de re restituenda, nec proinde cõtumacia vlla furis in non parẽdo iudici, ob quam contumaciam iurari contra eum in litem oporteat, possit tamen iurari iureiurando veritatis propter dolum & difficultatem probationum, si res furtiua non appareat: posteriore autem iurari possit, si reus condictione furtiua conuentus iussus sit rem restituere, contemnat iussum iudicis: quæ res iureiurando in litem & adfectionis facere locum solet: re autem furtiua ante sententiam perempta citra dolum iurari nõ possit, nisi iureiurando veritatis, vt in *d. vers. planè.* Quæ Bartoli distinctio certè non paucioribus abundat erroribus, quàm verbis: nam præter id quod veritatis iusiurandum nullum est, vt docuimus ad *d. l. in actionibus*, falsum etiam est in actione furti non posse iurari in litem ratione adfectionis: etsi enim actio hæc merè pœnalis est, nulla verò ex parte rei persecutoria, nescio tamen potest, ad quam vsque summam ascẽdat duplum vel quadruplum, quin prius & ante omnia simpli ratio constituatur, ex cuius scilicet solius cõparatione duplũ aut quadruplum æstimari debet. Proinde ad æstimationẽ furtiui corporis actio furti necessariò referẽda est, quoties iurè dominij defertur, non etiã li ratione solius vtilitatis, tunc. n. vtilitas illa sola duplanda est in actione furti nec manifesti, vel quadruplãda in actione furti, nec manifesti, secundùm distinctionem Papiniani in *l. si cùm vendidero 80. §. 1. de furt.* Idq; est quod idem Vlp. noster scribit in *l. in furti 50. eod. tit.* in furti actione, non id quod interest duplari, vel quadruplari, sed verũ rei precium, id est, merum & solum, non cum aliqua vtilitate extrinseca coniunctũ, nẽpe quia id quod interest, plerunque egreditur verũ rei precium *l. 1. de act. empt. l. in interdicto 6. vnde vi.* Verum igitur precium necessariò sciendum est, nec illud præsens, id est, quod ex communi hominum arbitrio, & existimatione constitueridum sit *leg. precia rerum 63. ad leg. Falcid. l. si seruus 35. ad leg. Aquil. supr.* sed formale, vt loquitur Vlpianus in *leg. in lege 62. §. 1. ad leg. Falcid.* id est, quale quantúmque fuerit taxatum à venditore præcisa quantitate non inspecto eo an reuera tanti res sit, vel pluris minorisve, vt iam explicauimus ad *l. in actionibus 5. vers. planè supr.* tanti enim vnaquæque res verè & formaliter esse creditur, quanti vendi potest *l. si quis vxori 52. §. pen. infr. de furt. l. 1. §. si heres ad SC. Trebell. l. in causa 16. §. idem Pomponius supr. de minor.* in eóque differt verum precium à iusto *l. si donata 28. infr. de donat. int. vir. & vxor.* Porrò hoc ipsum, id est, quanti res furtiua fuerit, eo tempore quo furtũ factum est (ad illud enim præcisè tempus referenda æstimatio est, vt hæc lex ait,

BIU Cujas

quoniam ab illo istanti pœna deberi cœpit, quæ ex postfacto nec augeri potuit, nec minui) taxandum est per iusiurandum actoris eiusdémque domini, qui furtum passus est, non vt æstimationem illam in locum rei suæ, quasi venditæ consequatur (nec enim fit æstimatio hæc ad contrahendam emptionem, vt nec in *leg. æstimatis 50. infr. solut. matrim leg. si inter 21. C. de iur. dot.* cùm etiam postquam actor pœnam dupli vel quadrupli fuerit consecutus, saluam habiturus sit vindicationem *d. §. cùm furti*, qua proposita, si fur, aut furis heres, aliúsve possessor, quilibet iussu iudicis rem restituere volet, non sit dominus rem suam venditurus, eáve caritaurus aut si nolet, tunc iterum rem suam æstimaturus sit dominus, eóque precio quod ipse dixerit, rem suam venditurus) sed vt dupli vel quadrupli ratio iniri possit. Nec enim ob id solùm quod per actionem furti non cogatur dominus rem suam vendere, melior ipsius cõdicio fieri debet, vt res minoris æstimetur, cùm in actione ipsa furti non possit fur esse fauorabilior, quàm si vindicatione cuiuslibet possessoris exemplo conueniretur: nec rursus, quod verum precium duplandum esse scriptum est in *d. l. in furti facere debet*, vt excludatur iusiurandum in litem, quasi non sit verum precium quod actoris iureiurando taxatur. Nam imò verũ est etiam quod per iusiurandum taxatur, cùm res non pluris fiat per hoc, sed contumacia vel dolus possessoris aut furis æstimetur vltra rei precium *l. 1. supr. & l. prox. præced.* Fateor quod vult Bartolus, in actione furti non posse æstimari contumaciam furis, quia nullũ in ea interuenit arbitrium de re restituenda, sed dico æstimari dolum debere, cùm non fiat furtum sine dolo: sufficit autem alterutrum interuenire, aut contumaciam, quæ sine dolo nunquam est, aut saltẽ dolum qui absque contumacia esse potest *l. 2. in fin. sup.* Est ergo hic casus notandus, in quo iuratur in litem, non ab alio quidem quàm à vero domino, sed tamen etiam is qui iurat, maneat dominus rei suæ, nec ideò sit ea caritaurus odio scilicet furis, cuius dolus non satis per actionẽ furti pœnalem puniretur, si in æstimanda re furtiua ad dupli vel quadrupli rationem ineundam, dolus ille non minus æstimaretur, quàm si vindicatione ageretur. Mala ergo etiam est ratio illa, qua mouetur Bartolus, vt neget in actione furti posse iurari in litem, quòd nullam admittat actio illa contumaciam, quasi verò non sufficiat adesse dolum, ad inducendum iusiurandum in litem, qui certè sufficit, vt diximus. nam nec in bonę fidei iudiciis arbitriũ, aut præceptum vllum vnquam interuenit de re restituenda, & tamen in iis non minus, quàm in arbitrariis iuratur in litem, quoties ratione dominij deferuntur, vt diximus ad *d. l. in actionibus supr.* Contrarius eiusdem Bartoli error in eo est, quod putat in condictione furtiua, si res non perierit, ante sententiam iurari posse in litem, si præcesserit, inquit, præceptum de re restituenda, quod reus contempserit. Nam cùm furtiua condictio sit stricti iuris, vt & cõdictiones omnes, non autem arbitraria, multo minus in ea vllum interuenire potest arbitriũ aut quęceptum, vt ipse loquitur de re restituẽda, quod nec in bonæ fidei actionibus interuenit. Ideóq; duplex absurdum est dicere, in condictione furtiua iurari in litem, quod nusquam scriptum est, & iurari ratione illa, quod in condictione furtiua interueniat præceptum iudicis de re restituenda: è contrario enim rectà procedit iudex ad litem æstimandam, vt in cæteris omnibus tam bonæ fidei, quàm stricti iuris actionibus. Neque quod odio furis ea cõdictio competat, & singulari quodam iure exemplo vindicationis non detur, nisi domino *l. 1. de condict. furt.* facere potest, vt in ea quoque non minus quàm in vindicatione iurari in litem possit: cùm non idcirco vtriusque actionis iura confundenda sint, & sufficere domino debeat, quòd electionem habeat, vtrum vindicatione agere malit, an furtiua cõdictione: aliter enim atque aliter in vtraque lis æstimatur, in vindicatione quidem quanti actor in litem iurauerit, si arbitrio non pareatur iudicis rem restitui iubentis, in condictione verò furtiua quanti plurimi retrorsum res fuit à die sententiæ in diem vsque litis contestatæ *l. 2. §. quæsitum infr. de priuat. delict. l. in re furtiua 8. §. 1. & l. vlt. de condict. furt.* Alioqui si eadem in vtraque actione fieret litis æstimatio per sententiam & condemnationem, parum abesset quin vna tantùm actio esse videretur: quod abhorreret à proposito legislatoris ciuilis, qui duabus istis actionibus licèt contrariis & incompatibilibus furem teneri voluit, non alia ratione quàm mero ipsius odio, vt scriptum est in §. *sic itaque Instit. de action.* Et verò tametsi is qui condictionem furtiuam exercet, sit dominus & agat, quia dominus est, non tamẽ agit tanquam dominus, nec vi dominij, vt reprehẽsores nostri malè loquuntur, sed potius tanquam non dominus, cùm ad instar aliarum cõdictionum omnium intendat dari sibi rem oportere, ac si non esset dominus, & ac si fur qui furando egit quantum potuit, vt dominium vero domino eriperet, sibíque acquireret, effectus dominus fuisset. Sibi ergo imputet qui pro vindicatione condictionem eligere maluit, allectus fortasse dulcedine æstimationis illius quanti plurimi, quæ extra causam legis Aquiliæ in sola condictione furtiua locum habet, nec causari potest per condictionem furtiuam, æquè per vindicationẽ fieri, vt cogatur inuitus re sua carere, eámque vendere pro litis æstimatione. Nam præter id quod non ita est, quia condictio non perimit vindicationẽ, sicut nec vindicatio condictionem, vt postea dicemus ex *l. ei qui 9. inf. de furt.* non id agit qui ex condictionis furtiuæ causa litis æstimationem consequitur, vt rei suæ dominium amittat, quod quasi nondum habeat, in se adhuc transferri postulat, & ideo iurisiurãdi in litem beneficium implorare non potest, quod vtique probabiliter concedendum ei esset, si condictio furtiua vindicationem tolleret, eiúsque loco cederet. Alius nec leuior eiusdem Bartoli error in eo est, quod ait in condictione furtiua, si res perierit ante sententiam de re restituenda latam, iurari quidem posse in litem contra furem, sed iureiurando veritatis, ob dolum, inquit, & probationis difficultatem, sed non adfectionis. Distinguere enim debuit non an res perierit ante moram aut post moram, vt in *d. l. in actionibus vers. planè* cùm fur semper moram facere intelligatur *l. in re furtiua 8. §. vltim. & l. vlt. de cõdict. furt.* sed vtrũ ante litem cõtestatam, an postea. Si ante litem contestatam iurari in litem potest, quia neque impunita furis mora esse debet, neque potest iudex sine delatione iurisiurandi æstimare rem, quæ non extat, nam & idem in quolibet alio stricti iuris iudicio contingeret re post moram perempta *dict. versicul. Planè.* si verò post litem contestatam, & ante sententiam res furtiua perierit, qui casus est, quem Bartolus tractat, falsum est quod ille vult iurari in litem hoc casu posse: cùm alia ratio supersit indemnitatis actori præstandæ, æstimata scilicet re furtiua, quan-

BIU Cujas

tia, quanti plurimi vnquam fuerit à die mortis in tempus vsque retrorsus computandum litis contestatæ, *d.l.in re furtiua .§.1. & d.l.2 §. quæsitũ de priuat. del.&* quæ æstimatio qualis & quanta fuerit sciri optimè etiam citra iusiurandum facilè potest. Sed grauissimus tam Bartoli quàm Accursij omniumq. interpretum error ille est, quòd putant actionem furti, de qua sola hîc Iauolenus loquitur. pro furtiua condictione accipi etiam posse & debere. Differunt enim toto genere, cùm furti actio sit criminalis, condictio autem furtiua ciuilis, nõ minus quàm cæteræ, illa merè pœnalis, hæc verò rei persecutoria, illa nec heredi datur, nec contra heredem furis *§. omnes autem Instit. de perpet. & tempor. act.* hæc datur & heredi & contra heredem furis *l. 5. de condict. furt.* illa datur contra eum quoque cuius ope & consilio furtum factum est: hæc non datur *leg. proinde 6. eod.* Nec moueri debuerunt ex eo, quod idem noster Iauolenus scribit in *l. si is cui 71. in princip. infr. de furt.* si is cui commodata res erat, furtum ipsius admiserit, agi cum eo posse & furti & commodati, &, si furti actum est, commodati actionem extingui, sin commodati, actioni furti exceptionem obiiciendam, quasi actionem furti eo quoque loco Iauolenus dixerit pro condictione furtiua, ne alioquin pugnet ex diametro illa lex cum *leg rei communis 45. & seqq. inf. pro socio.* vbi ex Vlpiano scriptum est per actionem pro socio, quæ concurrit cũ actione furti, non tolli actionem furti, nec contra, idémque in omnibus bonæ fidei iudiciis dicendum esse, sed si ex causa furtiua condixero, cessare actionem pro socio, nisi si pluris mea interfit. Nam etiãsi melius aliud dici nihil posset, de quo videbimus ad *d. l. rei communis*, malim fateri pugnasse in hac quæstione Iauolenũ cum Vlpiano, quàm fœdam illam & nominum & rerum confusionem inducere, vt actionem furti dixerit Iauolenus pro furtiua condictione. Nam & dissensisse in illa quæstione veteres Iureconsultos apertè scribit Paulus in *l. qui seruum 34. in princip. infr. de oblig. & act.* quæ sumpta est ex libro singulari, quẽ ob eam causam conscripsit de concurrentib. actionibus, in quo vt verisimile est, illud potissimum tractauit, pluribus de eadem re concurrentibus actionibus, an & quando altera per alteram tollatur: ait enim, si quis seruum alienũ iniuriosè verberauerit, ex vno illo facto eum incidere in legem Aquiliam, & in actionem iniuriarum, quoniam iniuria ex affectu fiat, damnum verò ex culpa, & ideò non dubitari quin possit vtraque actio competere, sed quosdam putare altera electa alteram consumi, alios verò, in quorum numero fortasse Iauolenus fuit, per legis Aquiliæ actionem iniuriarum consumi, quoniam desiit bonum & æquum esse condemnari eum, qui iam æstimationem præstiterit, cùm iniuriarum actio tota sit ex bono & æquo, sed si iniuriarum antè actum esset, teneri eum ex lege Aquilia, cuius distinctionis partem priorem Paulus probat, sed posteriorem omnino improbat, siue Paulus, siue, quod malo, Tribonianus verbis illis sequẽtibus, adeò videntur mihi parum elegantia, & Triboniano quàm Paulo digniora, *Sed hæc sententia*, inquit, *per prætorem inhibenda est, nisi in id quod amplius ex lege Aquilia competit, agitur. Rationabilius itaque est eam admitti sententiam, vt liceat ei quam voluerit actionem prius exercere, quod autem amplius in alia est etiam hoc exequi.* Ex quo sequitur, vt si plus sit in actione prius proposita, consumatur altera, vel ipso iure, vel saltem quod est tutius, per exceptionem, non solùm si vtraque sit pœnalis, vt in exemplo superiore, sed etiamsi vna pœnalis, altera rei persecutoria, vt in exemplis aliis de quibus in *§. nũc de colono*, ad finem vsque legis, vbi sine dubio retinenda est vetus lectio, quæ habet negationem in illis verbis, *sed verius est non remanere.* sequitur enim ratio per negationem quoque concepta his verbis, *quia simplo accedit, & simplo subducto locum non habet.* Quam negationem qui tolluut, vt præcedentium verborum lectionem quæ in *Pand. Flor.* ad firmatiua est, plus certè Pandectis Florentinis tribuunt, quàm iuris rationi Sed de his omnibus dicendum erit latius ad *d.l. rei communis 45. & seqq. vsque ad 51. inf. pro socio.* Hoc tamen attingere coacti fuimus, ne quis putet Iauoleni sententiam, etiamsi cum cæteris pugnet, omnino ratione destitui: nam cùm actio commodati sit bonæ fidei, in omnibus autem bonæ fidei iudiciis condemnationem ex bono & æquo fieri oporteat, consequẽs esse videtur, vt per actionem furti prius propositam finiatur & tollatur ipso iure, quia bonum & æquum non est iterum condemnari eum, qui iam duplum vel quadruplum eidem actori præstiterit, quamuis si prius actum sit commodati, non æquè tolli possit ipso iure actio furti, quæ non vt illa ex bono & æquo est, sed ex stricto iure legis duodecim tabularum. Ideóque exceptionem eo casu necessariam esse Iauolenus quoque voluit. Nec aliud Pauli iudicium fuit in actione legis Aquiliæ concurrẽte cum actione commodati, vt apparet, non tam ex *d.l qui seruum* quam à superioribus verbis vsque ad finem regis Triboniani potius esse arbitror, quàm ex *l. sed nihilominus 48. & l. sed actione 50. pro socio*, vbi distinguit ille hac parte actionem legis Aquiliæ ab actione furti, vt si concurrat actio legis Aquiliæ cum actione pro socio, vel alia bonæ fidei, & prius agatur actione bonæ fidei, non aliter condemnandus sit reus, quàm si ab actione legis Aquiliæ liberetur, quoniam vtraq. actio detur ad rei persecutionem, licèt actio legis Aquiliæ detur etiam ad pœnam propter repetitionem præcedentis temporis, quo res pluris fuit aut esse potuit: secus si concurrat actio bonæ fidei cum actione furti, quæ tota ad pœnam dumtaxat respicit, non etiam ad rei persecutionem: quam differentiæ rationem Iauolenus non satis subtiliter percepisse videtur, vt nec alia multa quæ Paulus diligentius obseruauit, & propter quæ videas eum passim à Iauoleno dissentire. Cæterum si prius actum sit lege Aquilia, quàm actione pro socio, vel alia quæ sit bonæ fidei, non negat Paulus actionem bonæ fidei hoc ipso consumptam & finitam esse, quod & disertè scriptum est in *d. l. qui seruũ §. vltim.* ratione illa, quam attulimus, quod bonum & æquum esse desinat, adhuc teneri eum, qui æstimationem iam præstitit, nisi poneres in actione bonæ fidei, quæ posterior proponitur, amplius aliquid esse, quàm quod ex legis Aquiliæ actione actor consecutus sit. Nam fortè si pluris eius interfit, cùm eius quod interest, ratio nulla habeatur in iudiciis strictis, quomodo habetur in iudiciis bonæ fidei. Nam & eadem distinctio adhibetur, si quando actio aliqua bonæ fidei concurrat cum condictione furtiua, quamuis hæc quoque sit merè rei persecutoria, & nulla ex parte pœnalis *leg. sed si ex causa 47. infr. pro socio*, tametsi hanc distinctionem siue Paulus, siue Tribonianus prætermiserit, in *dict. l. qui seruum §. 1.* vbi scribit, si is cui rem com-

BIU Cujas

modauero eam subripuerit, teneri quidem eum & commodati actione & cõdictione, sed altera actione alteram perimi, aut, ipso iure, aut quod est tutius, per exceptionem, quod cùm non idem responsurus Paulus fuerit in actione furti, vt constat ex *dict. leg. sed actione* apparet eum, prudentésque cæteros, actionem furti à condictione furtiua in omnibus & per omnia distinxisse, nec minùs Iauolenum quàm cęteros, vt non magis actionem furti pro condictione furtiua vnquam dixerint, quàm condictionem furtiuam pro actione furti: quò pertinet tenditque tota hæc nostra digressio. Nam quod plerique interpretum ad eundem errorem confirmandum proferunt ex *leg. ei qui* 9. *leg. eum qui* 14. §. *qualis ergo* 16. *eod. tit. de furt. & ex leg.* 3. §. *vltim. supr. naut. caupon. stabul.* ridiculum est, cùm in omnibus iis locis apertissimè separetur actio furti à condictione furtiua. Quanquam non possum dissimulare, quin mirum videri possit, quod ex Pomponio scriptum est in *dict. leg. ei qui*, si rem meam à fure subreptam vindicauero, condictionem mihi manere. Nam cùm vtraque detur ad rei persecutionem, & per vindicationem fiat, vt ego vel rem meam recipiam si fur eam restituet, vel si nolet restituere consequar, quanti ego mea interesse in litem iurauero, atque ita rei meæ quasi hoc ipso venditæ dominium in furem transferam, quis ferat saluam mihi adhuc esse condictionem, cùm soleat dici quod & verissimum est, recepta re furtiua saluam quidem esse furti actionem, sed vindicationem & condictionem tolli *leg. si pignore* 54. §. *cùm furti infrà de furt.* Quid enim refert, an per vindicationem, an sine vlla actione rem meam recipiam? aut, an rem meam, an pro re æstimationem, quam ego ipse taxauero? Quòd si tum quoque cùm furtiua condictio concurrit, cum alia actione bonæ fidei, altera alteram consumit, aut ipso iure, aut per exceptionem, vt diximus ex *dict. leg. qui seruum* 34. §. 1. *de verb. oblig.* miscentúrque condictio & actio bonæ fidei, vt ibidem in §. *vltim.* scriptum est, nisi in eo quod per alteram actionem amplius consequi actor potest *dict. leg. sed si ex causa* 47. *pro socio.* quanto magis dicendum est consumi furtiuam condictionem per vindicationem, quæ non nisi ad rem ipsam furtiuam persequendam datur? præsertim cùm condemnatio, quæ fit ex vindicatione, quæ arbitraria actio est, semper plenior sit, quàm quæ ex condictione, quæ stricta est, vt omnium optimè probat is ipse locus *dict. l. ei qui.* nisi fortè Pomponium de eo intelligere volumus, qui cœperit tantùm vindicare, necdum tamen vindicationis effectum vllum consecutus sit: neque enim putandum est, sola electione vnius ex his actionibus furem ab altera liberari. Verùm interpretationem hanc vix patiuntur verba illa Pomponij, *sed si eam à fure vindicassem*, aliud enim est, si quis cœperit vindicare, aliud verò si iam vindicauerit *l. naturaliter* 12. §. *nihil commune infr. de acquir. poss.* Et tamen suadetur hæc interpretatio ex iis quæ apud Pomponium sequuntur, si modò Pomponij sunt, ac non potiùs Triboniani, quod magis puto: sic enim habent, *sed potest dici officio iudicis qui de proprietate cognoscit contineri, vt non aliter iubeat restitui* (nondum ergo præcesserat iussum, aut arbitrium de re restituenda, nec de proprietate ipsa fuerat, quicquam adhuc pronunciatum) *quàm si condictionem petitor remitteret.* ita admittens condictionem hoc casu non tolli ipso iure, sicuti nec tollitur actio legis Aquiliæ per actionem pro socio, aut commodati, aut aliam quæ sit bonæ fidei *dict. leg. sed actione* 50. *pro socio.* Quod minùs certè mirandum est, si ponas nullam dum ex vindicatione secutam condemnationem, quod lex ponit. Sed quid si secuta sit condemnatio, & actor qui vindicauit, non rem ipsam receperit arbitrio iudicis, sed quanti ea causa in litem iurauerit? Hoc verò est, quod non facilè possum mihi persuadere, vt nihilominùs salua ei sit condictio, cùm tamen post sententiam diffinitiuam, & iusiurandum præstitum supradicto remedio locus esse non possit. An non enim satis rem recepit, qui pro re consecutus est pœnæ nomine tam magnam æstimationem? *leg. vltim. de fide iuss.* Sed magis miror quod sequitur in eadem lege, *Quòd si ex condictione damnatus antè reus æstimationem sustinuerit, officio iudicis qui de proprietate cognoscit, contineri, vt aut absoluat reum, aut, quod magis placet, si paratus esset petitor æstimationem restituere, nec restituetur ei homo, quanti in litem iurasset, damnaretur ei possessor.* Cur enim faciliùs perimat condictio vindicationem, ope saltem exceptionis, quàm vindicatio condictionem? Nisi quis ad id confugiat, quod iam attigi, furem, qui ex condictione damnatus litis æstimationem soluit, non idcircò videri factum esse dominum, nec si res fuerit præsens, secundum distinctionem *leg. hæc si res* 47. *supr. de rei vindic.* quia non videtur emisse à domino, cùm litis æstimationem soluerit ei, qui dominus quidem fuit, sed qui tamen egit tanquam non dominus: quod secus est in eo, qui vindicatione conuentus soluit æstimationem vero domino. Hic enim verè fit dominus, nec proinde vereri amplius potest condictionem furtiuam, quæ sicuti nunquam competit nisi domino, ita neque dari vnquam potest contra dominum, non magis quàm illud fieri, vt eiusdem rei dominium penes duos in solidum esse possit, *leg.* 5. §. *si duobus infr. Commod.* Quanquam in contrarium illud facit pro Vlpiano, cuius sententia certè verissima est, quod cùm fur per æstimationem petitori vindicanti solutam factus est dominus, tantò facilius potest dominium illud in actorem transferre intendentem ex formula actionis, *dare illum oportere*: videtúrque sufficere actori, quod furti tempore fuerit dominus, vt condictionem furtiuam exinde sibi competentem retinere & exercere possit, cùm nec dominium illud amiserit, nisi coactus, non solùm propter contumaciam furis, qui vindicatione conuentus maluerit litis æstimationem præstare quàm rem restituere, sed etiam quia nec vindicandi necessitatem habuisset, si furtum passus non fuisset: ideóque nec debet fieri melior condicio furis, ob id quod ipsius facto, & ex mera iuris necessitate, dominus pristinus amittere dominium coactus sit: Et quandiu fur rem retinet, eáque dominus caret, ex alia causa quàm venditionis voluntariæ, tandiu condictionem saluam manere æquum est, ne aliter posito iure adimamus domino vindicationem, cùm damus ei condictionem, aut è contrario adimamus ei condictionem, si demus vindicationem: quod certè alienum esset, vt iam diximus, à mente & proposito ciuilis legislatoris, qui duas illas actiones licèt contrarias & incompatibiles, odio furis induxit, quo pluribus ille actionibus teneretur, non vt esset in potestate & arbitrio domini, quàm eligere vellet, vt in specie *l. cùm filius* 76. §. *variis de legat.* 2. & *l. quod in heredem* 9. §. *eligere de tribut. act.* sed vt vel alterutra actione cogi fur posset rem furtiuam reddere,

BIU Cujas

dere, vel vtriusque actionis pati condemnationem. Atque hanc Vlpiani sententiam & rationem esse arbitror, ob quam scripserit, dominum etiam qui rem suam à fure vindicauerit, nec tamen receperit, saluam habere condictionem, nec locum hîc esse temperamento, quod excogitauit Tribonianus de arbitrio in rei vindicatione ita concipiendo, vt petitor iubeatur remittere condictionem. Esset enim hoc temperamentum æquitatis quod in actionibus quidem bonæ fidei locum habere potest, vt in *d.l. sed actione*, vnde fortassis errandi occasionem sumpsit Tribonianus, itémque in rei vindicatione quæ tanquam arbitraria æquitatis rationem admitteret *l. sumptus 48. de rei vindic.* si non aduersus furem exerceretur. Sed pro fure inauditum est, vt æquitatis ratio vlla haberi possit *l. pen. in fin. ad SC. Trebell.* cuius odio tam multa in iure comparata sunt singulari iure, præsertim verò hoc de quo nunc tractamus, vt & vindicatione, & condictione simul teneatur. Quòd si arbitrium iudicis in rei vindicatione contra eum proposita, qui dolo fecit, quominus possideret, tale esse non debet, vt iubeatur petitor ei cauere de præstandis actionibus *l. is qui dolo 69. & sequ. supr. de rei vindic. leg. quòd si dolo 23. eod.* (est enim hoc ius proprium possessorum bonæ fidei *l. si à bonæ fidei 21. & sequ. l. si culpa 63. eod.*) multo minus in vindicatione contra furem instituta iubendus erit petitor condictionem furi remittere. Ergo è contrario, si ex conductione antè damnatus reus litis æstimationem præstiterit, multo minus dicendum est, absolui furem debere in iudicio vindicationis, cùm alia sit causa vindicationis, alia condictionis, nec rei iudicatæ exceptio locum habere hîc possit, præsertim cùm grauior futura sit condemnatio, maiórque litis æstimatio in vindicatione, quàm in condictione, propter iusiurandum in litem *dict. leg. qui restituere eod. & dict. leg. vltim. de fideiuss.* quod in vindicatione locum habet, in condictione non habet: præter id quod in vindicatione dominij venit omne id q̃ interest petitoris *d.l. qui restituere*, vt solet venire quoties iuratur in litem *l. 2. & 3. supr. hoc tit. l. penul. infr.* at in condictione non venit *d.l. sed si ex causa 47. inf. pro socio.* Quod autem Triboniano magis placet, vt si paratus sit petitor æstimationem restituere, quam ex condictione consecutus est, nec ei homo restituetur, tanti condemnetur ei possessor, quanti in litem iurauerit, adhuc absurdius videtur. Quis enim vnquam audiit esse in arbitrio victoris, qui in aliqua actione obtinuit, & litis æstimationem consecutus est, vt quod percepit restituat, aliámque subinde actionem proponat? nam vel priorem actionem exercendo renunciauit posteriori, vel si non renunciauit, nullo modo est audiendus, nec si prioris actionis fructum vllum perceperit *d. l. naturaliter 12. §. nihil commune de acquirend. possess. & d.l. 9. §. eligere de tribut. action.* multo minus si iam perceperit. Quòd si non renunciauit, nec vtramque exercere prohibetur, cur iubendus sit restituere quod percepit? Scio permitti quandoque domino, qui litis æstimationem percepit à bonæ fidei possessore, ob amissam eius fraude possessionem, si postea idem dominus possessor factus Publiciana conueniatur, vt audiendus sit, si pecuniam quam periculo condemnati receperat, velit restituere *d.l. si non culpa 63. in fin. de rei vindic.* quæ cùm hoc denegat domino aduersus possessorem, qui culpa non fraude possessionem amiserat, hoc ipsum concedit aduersus eũ, cuius fraus aliqua in possessione amittẽda interuenerit. Sed hoc pertinet ad retinendam possessionẽ, quam dominus rei quondam suæ ex aliqua causa nactus sit, nõ vt liceat domino, qui egit & obtinuit, pœnitere, aliámque actionem quam sibi commodiorem, & vtiliorem fore putet, eligere: quod sanè à iuris nostri regulis omnibus tam alienum est, vt nec odium furis putem eousque posse pertingere. Essétque longè expeditius id temperamentum sequi, quod scriptum est in *d.l. qui seruum*, vt quod minus consecutus esset dominus ex condictione, id per vindicationem consequi posset, nec compensatio aut potius consumptio, confusio, & immixtio fieret harum actionum, nisi ad concurrentem vsq. quantitatem *d.l. sed si ex causa 47. inf. pro socio.* Quamquam nec hoc necesse est, cùm odio furis, quem placuit duab. his actionib. teneri cum effectu, non magis vindicatio tolli possit per condictionem, quã condictio per vindicationem, vt benè Vlp. scripserat in *d.l. ei qui*, sufficit enim vtriusq. actionis aliam atq. aliam esse æstimationem *leg. 2. §. quæsitum infr. de priuat. delict.* nisi cùm alterutra actione dominus rẽ suã recepit: eo namq. casu alteram quoq. tolli fatendũ est, eodẽ scilicet iure, quo si dominus etiam extra iudicium rem suam recepisset, vtraque illa actio & vindicatio & condictio tolleretur *d.l. si pignore 54. §. cùm furti eod. tit. de furt.* nimirum, quia vtraque datur ad solam rei persecutionem. Inconueniens autem & absurdum est, vt rem aliquam persequatur is, qui iam eam habeat, adeò vt dubitatum sit hoc casu, an ipsa quoque furti actio superesset, quam tamen superesse meritò placuit, quia tota pœnalis est *l. qui vas 48. in princ. eod. tit.* Sed illud notabilius est in *d.l. ei qui*, quod Tribonianus nouæ suę Iurisprudentiæ immemor, quam ille sub Vlpiani nomine inuexit in *d.l. qui restituere*, admittit tanti damnandum esse furem eundémque possessorem hominis furtiui, si eum nolit restituere quanti actor in litem iurauerit. Quídni enim aduocat etiam cõtra furem auxilium manus militaris, vt in *d.l. qui restituere*, cũ tractet de fure, qui adhuc possessor sit rei furtiuæ, nolítque per contumaciam hominem quem subreptũ habet, restituere? An fortè fauorabiliorem facere noluit causam furis, quàm alterius cuiuslibet iniusti possessoris: fauor enim est, si quis inuito domino etiam iniusto precio velit rem alienã retinere: quod præcipuè furi & raptori longè minus permittendum est *leg. nec quasi 70. supr. de rei vindic.* Cur non etiam addidit Tribonianus ex alia illa noua sua Iurisprudentia, taxandam esse hoc etiam casu à iudice quantitatem, ad quam vsque iuretur? vt in *l. 4. §. iurare & l. 5. supr.* scilicet ad eam vsque, quam credibile putasset iudex, maiorem fieri posse per condemnationem in iudicio vindicationis, quàm quæ irrogata fuisset in iudicio condictionis: fuisset enim longè commodius, & æquius quàm domino iniungere necessitatem restituendæ pecuniæ, quam ex condictione percepisset, nec enim semper aut tam facilè restituenda quantitas est innumerato, sæpéque accidet, vt restituendæ eius difficultate vindicationis exercitio differatur, atq. ita ipsius commodum domino eripiatur. Ex quib. intelligimus, quàm parum sibi constans Tribonianus fuerit in peruersa illa sua Iurisprudẽtia, & quã parum felix in prudentum responsis corrigendis, aut potius corrũpendis, vt non sine causa Bartol. ad *l. in actionib. in fin.* difficilẽ dixerit hãc materiam. Vtinã autẽ tã verè dixisset, eam à se tum primùm intellectã fuisse, non esset quod tam longos nũc à nobis haberes in hũc tractatum com-

BIU Cujas

mentarios, ex quorum lectione videbis facilè, mi lector, quàm variis Tribonianus, & post Tribonianum, interpretes omnes erroribus se inuoluerint, cùm ex vetere iurisprudentia, nulla ferè circa iusiurandum hoc in litem aut dubitandi, aut errandi occasio supereſſet.

a *Tanti rem fuisse cùm furtum factum est.* Relatione scilicet facta ad tempus admissi furti, non ad tempus quo agitur, aut quo iuratur. Vnde apparet clarissimè non de condictione furtiua hîc tractari, vt putant interpretes, sed de ipsa furti actione, vt verba sonant, neque enim æstimatio rei furtiuæ in condictione furtiua egreditur vnquam retrorsum iudicij accipiendi, & litis contestatę tempus *l.2.§.quæsitum inf. de priuat. delict.* nec proinde retrotrahitur ad tempus furti, quia odiũ furis nihil aliud potest inducere, nisi vt à die furti moram fecisse, & semper moram facere fur intelligatur *l. in re furtiua 8.§.1. leg. vlt. infr. de cond. furt.* Moræ autem ratio nulla habetur in æstimanda re debita ex contractu stricto, sed tãtùm in re debita ex contractu bonæ fidei *l.3.§. si per venditorem l. si sterilis 21.§. cùm per venditorem infr. de act. empt.* neq. rursum in condictione furtiua res æstimatur, habita prę cisè huius vel illius temporis ratione, quomodo in cæteris condictionib. & actionib. stricti iuris inspicitur præcisè tempus litis contestatæ *l. vinum 22. supr. de reb. cred. l. vlt. infr. de condict. tritic. l.3.§. in hac infr. commod. l. hominem 37. mandat. l. fundum 28. de nouat.* sed quanti plurimi res fuit à die litis contestatæ *d.§. quæsitum*, sic enim accipi debet, & restringi, quod generalius scriptum legimus in *l. in re furtiua 8.§.1. infr. de cond. furt.* licèt Accurs. ibi malè contrà sentiat, vt ad eum locũ dicemus. RAT. DVB. Cùm in litẽ iuratur, æstimat actor suo iureiurando quanti res est, itémq; contumaciam possessoris vltra rei preciũ *l.1. l. prox sup. hoc tit.* Ergo quãti res est, & quãti actoris interest eo tempore quo iuratur, non quanti res antea fuit, vt puta tempore furti. DEC. Multùm interest, an iuretur in litem ad æstimationem ipsam, quæ in iusiurandum deducitur consequẽdam: quo casu iusiurandum ad tempus præsens referendum est, an verò ob id duntaxat vt sciri possit, quid quãtúmq. duplãdum vel quadruplandũ sit, vt in actione furti *d. l. in furti 50. & d. l. si vendidero 80. §. cùm autẽ inf. de furt.* hoc enim casu non ad aliud tempus referri iusiurandum potest, quàm ad tempus furti, cùm exinde pœna deberi cœperit, vt iã suprà attigimus, quæ tamen ex postfacto neque crescere potest, neque decrescere: crescere autem vel decrescere, si nõ ad ipsũ furti tẽpus præcisè æstimatio referretur.

b *Non adĭci eo pluriſve.* RAT. DVB. Tam mendax & periurus est is, qui minus dicit quàm sit in rei veritate, quàm qui plus dicit: veritas enim vnica est, & in puncto, ac indiuiduo semper consistit. Qui ergo iurat ne ancipitis periurij periculum subeat, vel benè certus esse debet, quanti reuera res sit, vel tempus petere ad se certiorandum, vt in *l. iusiurandum & ad pecunias 34. vers. quid tamen supr. titul. prox.* vel si iuret tanti rem esse, illud etiam adiicere *pluriſve* si rẽ pluris potius quàm minoris esse suspicetur. DEC. Non incurritur periurium, quoties non satis ex veritate iuratur, sed ita demum si adsit animus peierãdi in eo, qui iurat, vt alteri noceat, & sibi prosit, falli enim aduersarium oportet à iurante, & quidem sciente *leg qui iurasse 26. supr. tit. proxim.* Atquin is, qui rem quæ pluris est, minoris æstimat, sibi nocet, non alteri, non quomodo is qui rem pluris æstimat, quæ minoris sit. Nullum ergo hoc casu periurij subest periculum, nec vllum in re ipsa mendacium, licèt res pluris sit, quàm quanti eam esse iuratum est, quia, vt Iauolenus hîc scribit, quæ res pluris est, vtique tanti est, id enim est, quod Grammatici tradunt, in comparatiuo inesse positiuum, perinde atq. in superlatiuo. Placet autem quod ex hac lege Bartolus infert testem, qui à iudice iuratus & examinatus dixit rem, de qua agitur, dignam esse centum aureis, posse iterum examinari ex causa, nec periurum esse, si testificetur dignam esse centũ & quinquaginta aureis, quia nihil vetat vtrumque verum esse, nec sunt ista contraria, sed diuersa *capit. de testibus & cap. causam quæ inter extr. de testib.* quod tamen intellige, nisi testis in priore testatione adiecerit dictionem taxatiuam *tantùm* & dixerit rem esse dignam centum aureis tantùm. Dictio enim taxatiua excludit omnes casus cæteros, non minùs diuersos, quàm contrarios, nec admittit alios, nisi similes *l. 1.§. hæc actio supr. si mens. falſ. mod. dixer.* Idem Bartolus notat, & rectè adiectionem hanc *& plus* in testium dictis nihil operari, nec in aliis dispositionibus, in quibus id agitur, vt aliquid certum reddatur, quia hæc adiectio nihil certi habet, nisi quod res pluris est, quantitatis autem maioris, quæ in eo pluri continetur, meram incertitudinem continet: sed si nihil certum quæratur posse aliquid operari, vt in *leg. etsi post tres 8. supr. si quis caution. leg. cùm filius 76. §. pater de legat. 2.* ita tamen vt ad modicum, non ad immensum quid referatur *l. hæc adiectio 192. de verb. signific.*

10. CALLISTRATVS lib. 1. Quæstionum.

IN instrumentis, quę quis non exhibet actori, permittitur in litem iurare, quanti sua interest, ea proferri: vt tanti condemnetur reus. Idémque etiam Diuus Commodus rescripsit.

Ad l. In instrumentis 10.

RAT. DVB. & DEC. eadem est quæ ad *l.2. in princ. supr.* vbi scriptum est, in actione ad exhibendum iurari in litem. Nihil. n. refert, an de specie aliqua exhibenda agatur, an de instrumentis, nisi quod cùm de ex hibenda specie agitur, illud omnino requirimus, vt exhibitio petatur iure dominij, & tanquam præparatoria vindicationis, cũ autem de instrumẽtis, sufficit, vt ad actorẽ pertineant ratione iuris & vtilitatis *leg. non ignorabit 4. C. ad exhib. l. pen. C. hoc tit. leg. sicut datam 26. C. de liber. cauſ. l. plures apochæ 19. C. de fid. instrum.* parum enim est, chartam in qua instrumentum scriptum est, tuam non esse, si modò instrumentum ipsum vtilitate tuum sit, & ad te pertineat: cùm tanti tua interſit, quanta est vtilitas, quã ex eo instrumento possis percipere: quamquam si instrumentum ipsum velis vindicare, non aliter tibi permittendum est, quàm si probes te dominum esse chartæ, cui scilicet literæ cedunt quamuis aureæ *§. literæ Instit. de rer. diuiſ. l. in rem 23.§. sed & id quod sup. de rei vindic.* vbi dixi.

11. PAV-

BIU Cujas

II. PAVLVS libro 3. ad Edictum.

DE periurio eius, qui ex necessitate iuris in litem iurauit, quæri facilè non solere.

Ad l. vlt. De periurio.

RAT. DVB. Periurium delictum est, & quidem grauissimum, cùm adnexum habeat contemptum diuini Numinis, cuius veneratione sola iusiurandum præstatur, vt fidem & vim plenissimæ probationis habeat *l. quæ sub cond. 8. infr. de condit. inst. l. qui per salutem 32. supr. Tit. prox.* Ergo impunitum manere non debet, cùm interst Reip. tantò grauiùs delicta puniri, quàtò sunt grauiora, *l. ita vulneratus 51. ad fi. sup. ad l. Aq. l. si à reo 71. §. vlt. inf. De fid. l. Stichum aut Pamphil. 95. in princ. De sol.* nec quòd ex iuris necessitate iuratum sit, facere potest, vt eò magis impunitum periurium esse debeat, nec enim iurandi necessitas peierandi quoque necessitatem inducit, atqui non potest puniri periurium, nisi detegatur, nec detegi quin de eo queri oporteat. Ergo etiam de periurio eius, qui ex iuris necessitate iurauit, quæri debet. DEC. Iurisiurandi contempta religio, tam graue crimen est, vt solum Deum vltorem habere possit, & debeat *l. 2. C. de reb. cred. & iureiur.* Cùmque iusiurandum maximum remedium sit expediendarum litium, quòd ciuili legislatori præcipuæ curæ est, *l. 1. supr. tit prox.* inutile propemodum fieret ac longè rarioris vsus, si adnexum haberet periculum futuræ inquisitionis de periurio, quod per falsos fortasse testes, aut per falsa instrumenta probari posset, contra eum qui re uera nõ peierasset. Ergo vel permittendum non est iudici, vt iusiurandum cuiquã deferat vel iniungendum ei est, vt iusiurãdum præstitum habeat pro veritate, certissimáq; probatione: ne alioqui possit ei obiici, quòd litigatori, qui peierasse dicitur, peierandi si non causam, saltem occasionem ac propemodum necessitatem præstiterit. Iurat autem ex iuris necessitate, quisquis iurat deferente, siue iudice ipso, siue etiam aduersario, cùm hic quoque vel iurare cogatur, vel referre, vel succumbere *l. manifestæ 38. supr. tit. prox.* nisi iustam causam habeat recusandi iurisiurandi, vt ibi diximus *ex l. generaliter 12. §. 1. C. eod.* referre autem valdè sit periculosum *l. iusiurandum & ad pecunias 34. eod tit.* quia meliùs & tutiùs est, se quàm aduersarium iudicem testémque in sua causa constituere *l. 1. infr. quar. rer act. non det.* sed magis ex necessitate iurat, quisquis ex relatione iurat, quia non potest verum referre, etiamsi maximè velit, cùm iam detulerit, & ei relatum sit, vt diximus *ad l. manifestæ.* non magis quàm ille cui delatum est ex conuentione *l. iusiurandum quod ex conuentione 17. eod. tit.* qui proinde ex necessitate quoque iurat, licèt potuerit ab initio non ita conuenire, vt referendi iurisiurandi facultatem sibi retineret: sed iurant isti omnes ex iuris necessitate causatiua tantùm, non præcisa, quia in eorum potestate est non iurare, si malint succumbere, *d. l. iusiurandum & ad pecunias §. ait Prætor eod.* Alia ratio est iurisiurandi in litem: defertur enim ex iuris quidem necessitate à iudice, qui non aliter potest ex æquitate indemnitati domini consulere, qui per dolum vel contumaciam aduersarij cogitur re sua carere, eámque accepta litis æstimatione inuitus vendere, cùm sit iniquum, iusto & communi precio rem æstimari, ac non potiùs formali, quòd ipse dominus pro arbitrio statuere velit, æstimata etiam contumacia. *l. tutor 3.* vbi dixi *supr. hoc tit.* in iis scilicet iudiciis, quæ rationem hanc æquitatis pro domino admittunt, qualia sunt arbitraria, & bonæ fidei *l. in actionibus 5. eod* sed tamẽ non præstatur ex necessitate, quia is cui defertur, non cogitur iurare, nec ideò tamen succumbit, sed si malit condemnari aduersarium, quanti verè res est, morem ei geri oportet. *l. quod si pos. 71. sup. de rei vend. l. semper 14. §. hoc interd. & seq. infr. quod vi aut clam.* quomodo æstimari litem oporteret, si possessoris, neque contumacia, neque dolus, neque lata culpa, sed leuis tantùm aut leuissima interuenisset. *l. 2. §. 1. l. 4. §. vlt. supr. hoc tit.* nam nec quicquam vetat perinde dolum, atque culpam officio iudicis, & citra iusiurandum æstimari, vt euenit in actione ex empto *l. si tradit. 4. C. de act. empt. l. si cùm fundum 68. in fi. infr. de contr. empt.* Vno tamen casu hoc iusiurãdum in litem omnimodo præstandum est, nempe cùm defertur, non tantùm ex iuris, sed etiam ex facti necessitate, vt in specie *d. l. in act. versic. planè*, id est, cùm impossibile est, iudicem aliter quàm per actoris iusiurandum æstimare rem quæ non extat. Quo tamen casu obseruandum est, actorem si iurare nolit, metu fortasse ancipitis periurij [cuius periculum hoc casu ideò maius est, quod taxanda tantùm est præsens æstimatio, quæ nulla est rei peremptæ post moram, non etiam debitoris contumacia aliqua, quæ hîc quoque nulla est] non idcirco tamen posse succumbere, vt malè putat Accursius, cùm iam obtinuerit, siquidem defertur hoc iusiurandum per sententiam iudicis, per quam tanti condemnatur reus, quanti actor de rei peremptæ æstimatione in litem iurauerit, sed condemnationis vtilitatem sibi præripit, quasi deficiente non tam iure, quàm probatione, vt *in l. duo sunt Titij 30. De testam. tutel.* nisi malit contentus esse ea æstimatione, quæ fuerit tempore moræ, vel mortis serui vtram offerre debitor voluerit. Nam quòd præsens æstimatio debetur, in fauorem actoris constitutum est, cui adhuc homo debetur, ob eámque causam defertur iusiurandum in litem, ne alioqui fiat ipsi iniuria, si alia quàm præsẽti æstimatione contentus esse cogatur, quæ porrò quanta sit, citra iusiurandum sciri non potest: sed non facit ea res, vt si nec per iusiurandum ea æstimatio sciri possit, nolente scilicet actore iurare, liberandus sit morosus debitor, vt quia rem præstare nequit, nec vllam præstet æstimationem, ne aliter posito iure, creditor frustrà seruum perdat, quomodo loquitur Vlpianus in *l. si sub hac 26. supr. De inoff testam.* id est, & seruo, & toto precio carere cogatur, vt in *l. si pecuniam 5. §. si seruum. vers. planè, si adhuc infr. tit. prox.* Alioqui quod in actoris fauorem constitutum est, vt præsens illi æstimatio debeatur, quantam in litem iurauerit, in eius odium retorqueretur, si nec præteritam ei daremus æstimationem, ob id quod præsentem habere non possit. Nec quòd iurare non vult, adeò ipsi imputandum est, vt condemnationis quam retulit, emolumento priuari debeat, cùm modestiùs semper faciat, qui iusiurandum erubescit *l. illud 25. §. 1. infr. De pec. const. & d. l. quòd si posses. 71. supr. De rei vind*

BIU Cujas

satisque fauetur debitori, non tantùm moroso, sed etiam condemnato in hoc, quòd à præsenti æstimatione, quę per iusiurandum taxari maior poterat, exoneratur, optióque ei relinquitur, vtram præstare malit, an quæ moræ, an quæ mortis tempore fuit, cùm neque alterutram præcisè petere actor possit, neque vtro tempore pluris res fuit, propter naturam actionis stricti iuris, *l. 3. §. vlt. l. si sterilis 21. §. cùm per venditorem infr. De action. empt.* sed potiùs vtro tempore minoris. In quo magnum debitoris commodum est, nullum damnum, nam & in condictione triticaria, quæ perinde stricta est, idem euenit, vt quamuis in ea tanti æstimanda lis sit, quanti res est inspecto pręcisè tempore condemnationis, si tamen præsens illa ęstimatio in condemnationem deduci ideò non possit, quòd homo debitus & petitus perierit, post litem contestatam, & ante sententiam, præstanda est ea æstimatio, quæ fuerit mortis tempore *l. 3. infr. De condiction. tritic.* non tamen quæ tempore moræ, aut litis contestetæ, propter repugnantem naturam triticarię, quæ incrementum & decrementum recipit, ad condemnationem vsque, aut saltem quousque res perierit: quod incrementum aut decrementum aliæ actiones strictæ non admittunt *l. 2. infr. De vsur. l. vbi exigitur 8. in fin.* secundùm emendationem quam nos ad eum locum attulimus, *supr. De edend.* Est ergo hæc lex intelligenda de quolibet iureiurando quod in litem est, quia nunquam defertur nisi à iudice *l. 4. §. deferre supr.* nec rursum à iudice, nisi ex mera iuris necessitate, i. cùm melius facere aut pronunciare nihil potest. Idémque in iureiurando purgatiuo, vt vocant, iuris est, quia nec ab alio quàm iudice deferri potest, idque in dubiis tantùm causis, *l. admonendi 31. supr. tit. prox. l. generaliter 12. C. eod.* At in iureiurãdo decisorio, quod ab aduersario defertur, siue ex conuentione extra iudicium, siue in iudicio, generaliùs dicendum est, de eo quæri nunquam oportere *d. l. 2. & l. 1. eod. tit.* extra casum *l. vltim. eod.* propter illam Iustiniani constitutionem, quæ specialem rationem habet, ne quid in vltimis voluntatibus contra defuncti voluntatem fiat: nunquam enim defertur ex iuris necessitate, sed semper ex voluntate deferentis, qui proinde sibi debet imputare, cur detulerit: quamuis cùm delatum est, præstandum sit ex iuris necessitate, si is cui delatum est, neque referre voluerit, neque recusare potuerit, vt diximus. Et idcirco hæc lex de solo iureiurando in litem loquitur, cum ait, de periurio eius, qui ex necessitate iuris in litem iurauit, quæri facilè non solere: vt significet Paulus, quæri tamen aliquo casu posse. Sed quonam casu? Nostri vnicum illum adferunt, qui proponitur *in dict. leg. 4. §. iurare in fin. suprà* in illis verbis *ex magna causa & repertis postea probationibus*, vbi videntur nostri accipere *&*, pro, *id est*, vt alibi sæpe: quasi magna causa nulla esse possit, nisi quæ ex postea repertis probationibus nasci potest: de quo vide quæ ibi diximus. Malo ego casum illum significari quo actor, cui iudex permiserit in infinitum iurare, arrepta inde occasione in immensum iurauerit: nec enim tam immoderatæ adfectioni indulgendum est, vt suprà diximus *ex l. ex damni 40. infr. De damn. infect.* sed honestus modus seruari debet, siue ex iuris tantùm, siue ex facti etiam necessitate iuratum sit: nec cui permittitur iurare in infinitum, permittitur etiam iurare in immensum *dict. §. iurare.* Quamquam obseruandum est, nullo penitus casu de periurio quæri, vt puniatur, sed tantùm vt iuriiurando immenso aliqua moderatio adferatur, non etiam vt iusiurandum totum infirmetur, ne quidem prętextu repertarum postea aliarum probationum, nisi per viam & auxilium appellationis, aut ciuilis supplicationis, vt docuimus *ad d. §. iurare.* Noli ergo cum Bartolo, & aliis distinguere iusiurandum in litem adfectionis à iureiurando veritatis, nec rursus hoc iusiurandum in litem posse vsurpari in iudiciis criminalibus, ad probationem faciendam criminis, siue plenam, siue semiplenam, vt faciat indicium saltem ad torturam [aliis enim probationibus certioribus probari oportet, quàm quę ex actoris ore, ac domo proficiscantur *l. vlt. C. de prob. l. qui accusare 4. C. de eden.*] sed tantùm ad probandam aut quantitatem, aut æstimationem rerum subtractarum, si modò aliunde cõstet de crimine, vt in specie *l. si quando 9. C. vnde vi.*

DE



DE CONDICTIONE CAVSA DATA, CAVSA NON SECVTA,

TIT. IIII.

VLPIANVS libro 26. ad Edictum.

SI ob rem non inhonestam data sit pecunia, puta vt filius emanciparetur, vel seruus manumitteretur, vel à lite discederetur: causa secuta, repetitio cessat.

Ad leg. 1. Si ob rem.

RAT. DVB. Is qui dedit tibi centum, vt filium tuum emancipes, vel vt seruum tuum manumittas, nullam huius pecuniæ dandæ causam habuisse videtur, cum ex illa emancipatione, vel manumissione nulla ad eum vtilitas perueniat, sed ad te potius, qui emancipando filium fis patronus eius, cum remaneas tamen etiam pater *l. 1. §. vltim. infr. si à parent. quis manumis.* & manumittendo seruum acquiras libertum, qui ea ratione quodammodo tutus remanet *l. talem institutionem 51. §. 1. in fin. infr. De hered. instit.* Et quamuis dici soleat, non esse factum locupletiorem eum qui libertum acquisiit *l. nemo prædo est 126. §. 1. De regul. iur.* nemo tamen nescit quam magna multáque sint iura patronatus, propter operas quas naturaliter libertus debet patrono *l. si non sortem 26. §. libertus inf. De cond. indeb.* & successionem libertorum tam ex testamento, quàm ab intestato *tot. tit. inf. De bon. libert. & Inst. De succes. libert.* Videtur ergo his casibus data esse pecunia sine causa, & consequenter locus esse repetitioni *l. 1. & tot. tit. De condict. sin. caus. infr.* Quod si quis pecuniam dederit, vt à lite inter alios mota discedatur, eadem occurrit ratio dubitandi: quid enim dantis interest? Sed si vt discedatur à lite, quæ contra ipsum dantem mota sit, licet maior difficultas subesse videatur, adhuc tamen dici potest, non satis iustam esse hanc dandæ pecuniæ causam, cum non minùs accipientis quàm dantis intersit, vt à lite discedatur, adeóque quod magis est, vt si litigandum sit, quamprimum lis finiatur *l. 1. C. de adim. tutor* etiam pro parte si tam citò finiri tota non possit *l. quidam ex æstimauerunt 21. supr. De reb. credit.* DEC. Quoties datur tibi pecunia, vt filium tuum emancipes, vel seruum tuum manumittas, vel à lite discedas, aut quid aliud facias, contrahitur ἀντάλλαγμα inter te & dantem, non tam quòd aliquid promiseris te facturum, quàm quia illo dante acceperis, & accipiendo te obligaueris ad faciendum id, quod vt faceres pecuniam accepisti *l. iuris gentium 7. §. 1. supr. De pact.* dicitúrque hic contractus innominatus, Do vt facias, ex quo sicuti datur, & repetitio eius quod datum est, & actio præscriptis verbis, si non fiat quod conuenit *l. naturalis 5. §. at cùm do infr. De præscr. verb.* ita simpleatur quod promissum est, & causa sequatur ob quam datum fuit, cessat repetitio de qua in hoc tit. id est, condictio ob causam dati causa non secuta. Nec est quod quis dicat, esse hoc nudum pactum, quo promiseras te aliquid facturum, ex nudo autem pacto nullam dari actionem, neque vllam nasci obligationem ciuilem, quæ contractum possit inducere ex parte illius, qui accepit, nec proinde æquum esse obligari dantem, ne possit repetere quod dedit, vt in contractu vltrò citróque obligatorio eadem sit ratio vtriusque contrahentis, nec magis obligetur vnus quàm alius: quomodo solemus dicere in omnibus mutuis conuentionibus, &, vt vocant, correspectiuis *l. cùm te 6. C. de pact. int. emp. & vend.* Non enim pacti nudi nomine, aut iure cõseri potest ea conuentio, quæ traditione ex vna parte munita est *l. si dominus 8. in fin. De præscr. verb. l. vlt. C. de rer. permut.* In traditionibus autem rerum quodcunque pactum interpositum sit, id valere certum est *l. in traditionibus 48. supr. De pact. l. venditor 13. supr. Commun. præd. l. ei fundo 19. supr. De seruit.* Et quemadmodum non est decipiendus, qui certa aliqua lege rem suam tradidit, non alio qui traditurus *l. vlt. C. de pact. int. empt. & vendit.* ita nec ille qui pecuniam accepit, vt aliquid faceret, quod postea fecerit, non facturus, si non ob eam causam pecuniam accepisset: deciperetur autem si pecuniam quam accepit, restituere cogeretur, sicut & si conuentio non à dando inciperet, sed in faciendo, vt in contractu, facio, vt des, si postea quàm feci, cessas dare, cùm facta condici non possint, placet dandam mihi esse contra te actionem de dolo in id, quod mea interest, *d. l. naturalis §. quòd si faciam De præscr. verb. l. act. 4. C. de transf. l. cùm proponas 4. C. de dolo.* Negari porrò non potest, quin valdè intersit eius, qui accepta ab alio pecunia filium suum emancipauit, quem non aliter fuerat emancipaturus, cum patria potestas sit res inæstimabilis *l. filius familias 14. §. sed si liberos de legat. 1. l. si cui 92. De condic. & demonstr.* & is qui filium emancipat, eum quodammodo amittat: facit enim emancipatio filium penè extraneum patri *l. quinetiam 55. in fin. De rit. nupt.* & amittit præterea pater omnia quæ per filium acquirere sibi potuisset, si filius in potestate mansisset *d. l. 1. infr. si à parent. quis manum. sit. l. placet 79. de acquir. hered.* Nec minus interest domini, retinere in potestate seruum, per quem acquiritur domino etiam inuito penè ex omnibus causis *l. etiam 32. de acquir. rer. domin.* & quem amittit dominus per manumissionem, cùm manumissio, non minus quàm mors, extinguat dominicam potestatem, ideóque morti comparetur *l. si*

BIU Cujas

mihi 92. *inf. de solut. l. inter omnes* 46. *infr. de furt. l.* 1. §. 1. *quand. de pec. act. est annal. l. Iulianus* 6. *Qui & à quib. manum.* Neque alia veriore ratione possumus dicere, non fieri locupletiorem eum, qui libertum acquirit, quàm quia fiat verè pauperiore amittendo seruum: eámque maximè ob causam inducta sunt iura patronatus, vt essent patrono in solatium, & vicem amissi dominij. Quod autem à lite discedit, cùm vtrique litigatori prosit, non nisi iustam causam præbere potest dandæ & accipiendæ pecuniæ, nisi cùm dicis & calumniæ causa lis fuit instituta *l. in summa* 65. §. 1. *infr. de cond. indeb.* Sed maximè locum hoc habet ex parte illius qui pecuniam dedit, vt à lite discederetur, qui scilicet tanti habuit, pecunia illa carere, ne diutiùs litigaret, vt in *l.* 4. §. 1. *supr. de alien. iudi. mut. caus. fact.* Ergo neque hoc casu datæ pecuniæ repetitio potest competere, cùm causa sit secuta, quia postquam liti renuntiatum est, causam finitam restaurari nulla iuris ratio permittit *l. postquam liti* 4. *Cod. de pact.* Rectè verò Vlp. noster *si ob rem non inhonestam* quia quod ob rem turpem & inhonestam datum est, licèt causa secuta sit, repeti potest, si turpitudo sit ex parte vel accipientis solius, vel vtriusque *l.* 1. 2. *& 3. infr. tit. prox. l.* 2. *& pass. & eod.* Accursius ad verba illa *si ob rem* notat *furtiuam, vt in exemplo subiicit.* Ego quale sit certè non intelligo, cùm neque hic, neque in sequentibus exemplum vllum subiiciatur de re furtiua. Notandum autem est, inhiberi repetitionem pecuniæ ob causam datę non solùm si causa secuta sit, sed & interim quandiu sequi potest, oportet enim esse certum nec secutam esse causam, nec sequi amplius posse, vt huic condictioni locus esse possit *l.* 3. *in princ. &* §. 1. *infr.*

1 ¶ Si, parendi conditioni causa, tibi dedero decem, & mox repudiauero hereditatem, vel legatum: possum condicere.

Ad §. 1. *Si parendi.*

RAT. DVB. Id quod implendæ condicionis causa datur, licèt non capiatur iure testamenti *l. Mauius*, 55. *in fi. infr. de cond. & demonst.* neque tam ex voluntate testatoris, quàm eius qui dat *l. si quis sub condicione* 8. *si quis omiss. caus. testam.* mortis tamen causa capitur *l. id autem* 76. *ad leg. Falcid. l. qui precio* 8. *l. inter mortis* 38. *infr. de mort. caus. donat.* támque iustus est hic capiendi titulus, atque si quid per legatum, aut fideicommissum relictum esset *l. mortis causa* 31. *eod.* Heres igitur institutus sub ea conditione, *si decem Titio dederit* si parendi condicioni causa, eiúsque implendæ gratia, decem illa dederit, vt impleta conditione possit adire hæreditatem, non potest repetere, tametsi repudiet postea hæreditatem, cùm iusta causa & dandi fuerit, & accipiendi, nec potest negari quin causa secuta sit, propter quam data est pecunia, siquidem non aliam ob causam data est, quàm vt fieri heres possit impleta demum condicione, ante cuius implementum, nec si voluisset, hæres tamen fieri potuisset *l. facta* 63. §. *si sub condicione ad S. C. Trebel. l. si heredi plures* 5. *& pass. inf. de cond. inst.* Quòd si quis velit defendere causam dandæ pecuniæ fuisse aditionem hereditatis, quæ causa secuta non est, cùm ponamus repudiatam esse hereditatem, adhuc replicari potest, stare per eum ipsum qui dedit, quominùs hereditatem adeat, cùm is demum repudiare possit hereditatem, qui eam adire posset, si vellet *l. nolle* 4. *l. is potest* 18. *inf. de acquir. hered.* & ideò, quod ad ipsum pertine, thabendam esse causam pro secuta, ex regula *l. in iure ciuili* 161. *de reg. iur. l. iure ciuili* 24. *de cond. & demonstr.* alioqui erit in potestate dantis vt repetat, si volet, quod absurdum videtur, cùm dationi pecuniæ nullam condicionem adiecerit repetendi, vt in *l. si repetendi* 7. *C. hoc tit.* vbi dicitur videri hoc ipso donatam pecuniam, tanquam quæ non per errorē, sed consultò & nullo iure cogente data sit *l. cuius per errorem* 53. *l. donari* 81. *de reg. iur.* Debuerat enim priusquàm daret, secum pensare, & perpendere, an expediret hereditatem adire, an repudiare, vt si dare expediret, daret, sin minùs, nec daret. Quòd si cùm dedit, eo animo fuit, vt adire hereditatem vellet, quòd in dubio tanquam probabilius ponēdum est, postea verò mutato consilio, suspectas habēs facultates hereditarias, repudiare illam maluit: occurrit statim alia iuris regula quæ negat posse quemquam mutare consilium in alterius iniuriam *l. nemo potest* 57. *eod. tit.* Eadémque dubitādi ratio est in legato sub dandi condicione relicto, de quo in hac lege etiam agitur. DEC. Ei cui hereditas relicta est sub ea condicione *si decem Titio dederit* non aliter hereditas acquiri potest, quàm si post impletam cōdicionem id egerit scriptus heres per quod hereditas acquiri solet. i. quàm si adierit hereditatem *l. ei qui* 13. *inf. de cond. inst.* nihil enim aliud facit implementū condicionis, nisi vt institutionem puram faciat, quæ erat condicionalis, atque ita impedimentum & obstaculum amoueat, per quod fiebat, ne interim aditi hereditas posset *d. l. facta* 63. §. *si sub condicione ad SC. Treb.* Atqui purè institutus heres, non ideo statim heres sit, sed ita demum si adeat: nemo enim fit heres per solam institutionem, quamuis puram, sed per solam aditionem delatæ hæreditatis *l. delata* 151. *de verb. sign. l. precia* 63. *ad leg. Falcid.* Ergo neque per institutionem condicionalem, cuius condicio sit impleta, cùm inter puram & purificatam institutionem nihil interfit *l. vlt. §. 1. de vulg. & pupill. substit.* Vtriusque. n. effectus idē ille est, vt inducat delationem hereditatis, quæ nec poterat adiri ante delationē, nec deferri ex institutione condicionali ante impletā conditionē. Consequēs igitur est, vt si hereditas cuius adeundæ gratia fuerat data pecunia, nō adita sit, sed repudiata, repetitioni locus sit, quasi causa non secuta, quotus enim quisque est, qui pecuniam det, aut accipiat, implendæ cōdicionis causa, nisi spe, & cogitatione futuri emolumenti, quod post condicionē impletā potest accedere, & quod alioquin sperari non posset? Datur enim ex necessitate, non quidem præcisa, sed causatiua, si is cui aliquid sub ea condicione datum fuit, velit id quod sibi relictum est, consequi, & ideo donationis instar ea datio habere non potest, quia quod ex necessitate fit, nunquam ex volūtate, ac mera liberalitate fieri intelligitur *l. rem legatam* 28. *inf. de adim. legat.* habétque hæc datio tacitam condicionem, si hereditas acquiratur, nec minùs habet ex parte accipientis, quàm ex parte dantis, alioqui si haberet tantùm ex parte dantis, non posset eius defectus parere condictionem si non expressa fuisset condicio *d. l. si repetendi* 7. *C. hoc tit. & l.* 3. §. *si quis quasi in fin. infrà eod.* sibi námque imputet, qui dedit spe alicuius rei consequendæ, & opinione falsa deceptus

deceptus est, vt ex Celso Vlpianus ibidem scribit. At non similiter imputare quicquam possis ei: qui decem Titio dedit, implendę condicionis causa, spe acquirendæ hæreditatis, quàm postea vltrò repudiauerit, cùm variæ possint causæ emergere, quibus moueri prudenter hæres possit, vt hæreditatem repudiet, quam adire priùs destinauerat, siue ob emergens ex postfacto æs alienum, quod antè latebat, siue ob hoc solùm ne se implicet negotiis vel oneribus hereditariis, adeò vt nec aliam consilij sui rationem reddere debeat is, qui hæreditatem repudiat, quam quod adire eam noluerit *l. quia poterat 4. infrà ad SC. Trebell.* dummodò sine fraude id faciat, *l. quia autem 6. §. si patronus in fine l. si in testamento 22. §. vlt. in fine si quis omiss. caus. testam.* Quænam verò fraus esse potest, eius qui repudiat hæreditatem, cuius adeundæ animum antea testatus fuerat, dando pecuniam, quam condicionis implendæ causa dari oportuerat? Quis credat voluisse illum hæreditatis acquirendæ commodum sibi vltrò præripere ob hoc solùm, vt pecuniæ quam dederit, condicendæ ius sibi acquirat? Aut quam iniuriam pati videtur, ex mutatione consilij is qui pecuniam acceperat, cùm per hanc condictionem non damnum aliquod ei infligatur, sed lucrum duntaxat eripiatur? Denique quod condicionis implendæ causa datur, fit in ordine ad futuram acquisitionem, quæ si quacunque tandem ex causa non sequatur, condictioni locum fieri dicendum est. Quod enim fit ex ordine, ad causam illam referendum est, cuius gratia fiat *l. cùm minus 12. infr. De reb. author. iudic. possid.* Ex eo autem quod Vlpianus hîc ponit, repudiatam esse hereditatem, cuius adeundæ spe data fuerat pecunia, loqui eum de extraneo instituto, non de suo herede, vt bene Accursius, & meliùs quàm Bartolus interpretatur, extraneorum enim est, hereditatem adire & repudiare, suorum verò se immiscere & abstinere §. *vlt. Instit. De hered. qualit. & differ.* & in suo herede scripto sub illa condicione *si Titio decem dederit* aliud certè est, quàm in extraneo. Is enim si condicionem impleat, & statim atque impleuit, heres fit ipso iure ex testamento, nec minus citra immixtionem, & ignorans quoque *l. apud hostes 8. C. de suis & legit.* quàm citra additionem *l. in suis 14. infr. eod. ill. tit.* idque non tam vi condicionis expletæ, quàm iure potestatis, vt eleganter Paulus loquitur in *l. condicionibus 5. infr. De condic. & demonstr. iunct. l. 1. §. qui sunt in potestate infr. Si quis omiss. caus. testam.* adeò vt hoc casu amittat beneficium abstinendi, quod alioquin à Prætore haberet *d. §. qui sunt l. ei qui 12. cum præced. & l. necessariis 57. De acquiren. hered.* nempe quia implendo condicionem animum suum declarauit, quòd nollet se abstinere, cùm alioqui nec abstentione indigeret, nec implemento vllo condicionis si nolebat heres esse: quandoquidem sola iniectio condicionis appositæ à testatore sufficiebat, vt ex necessario herede fieret voluntarius *l. verba hæc 12. infr. de condic. instit. l. iam dubitari 86. §. vlt. in fin. De hered. instit.* In eóque grauiter errat Bartolus, reprehendens Accursium, quasi inter suum heredem, & extraneũ, nulla differentia sit, quantum ad ius prætorium, sed duntaxat quantum ad ius ciuile, propter beneficium abstentionis, contrà quàm apertè scriptum sit in legibus supradictis, maximè verò in *d. §. qui sunt in potestate & in l. cùm quasi 30. §. sed etsi suus. De fideic. libert.* & aliis plerisque iuris nostri locis, quos congessimus ad *l. si filius 12. supr. de interrog. in iur. faciend.* vbi ostendimus perpetuum hunc errorem fuisse Bartoli, & à palatiis non minùs, quàm à scholis profligandum. Idémque est si condicio non sit impleta, dummodo per filium non stet, quominùs impleatur *l. si quis testamento 11. De condict. instit.* Nec minùs falsum est, quod idem Bartolus hîc distinguit, an adeundi animo impleatur condicio, necne. Nam neque fieri potest, vt quis impleat condicionem adeundæ hereditatis animo, aut vt implendo condicionem hoc ipso hereditatem adire intelligatur, quantumuis eam voluntatem gerat hereditatis acquirendę, cùm impossibile sit adiri hereditatem, priusquàm sit delata *d. l. delata 151. De verb. signif. l. 1. 2. & 3. supr. De hered. petit.* aut delatam esse à lege, antequàm impleta sit condicio, quæ institutioni apposita fuerit à testatore *d. l. facta 63. §. si sub condicione infr. ad SC. Treb. d. l. verba hæc & d. l. ei qui & pass. De cond. instit.* quæ porrò dici non potest impleta eo instanti quo impletur, aliud enim est impleri condicionem, aliud verò impletam esse, & aliud instans vtriusque, vt subtiliter docuimus *lib. 19. Coniect. cap. 1. & 2.* nisi ponas institutum quem esse sub ea condicione *si iurauerit se heredem esse* de qua intelligo, quod scriptum est in *l. Antistius 61. De acq. hered.* & cuius non erat vsus olim inutilis, cùm fieri posset, vt quis fallens & citra animum acquirendæ hereditatis eam adiret, & verba cretionis solemnia proferret, quo tamen casu non acquirebatur hereditas *l. qui in aliena 6. §. vlt. aliàs l. eum qui eod. tit.* Etsi enim dici potest, quod Labeo putabat, hunc iurãdo voluntatem magis suam declarasse, quòd velit heres esse, quàm pro herede gessisse, satis tamen videtur pro herede gessisse, si vt heres iurauerit. Illa enim condicio *si iurauerit*, quæ simpliciter concepta nõ aliũ sensum habere potest, quàm hunc quem diximus *si iurauerit se heredem esse*, non suspendit, neque impedit delationem hereditatis vt illa *si dederit decem Titio*. Quamquam potest illa lex generaliorem habere rationẽ ex eo sumptam, quòd iurandi condiciones omnes à Prætore improbãtur, tanquam turpes, & pro non adiectis habentur *leg. 8. De cond. inst.* Et hoc magis probo. Idq; est quod suprà diximus ex *d. l. ei qui*. Ei qui condicionem impleuit, sub qua fuerat heres institutus, non ideò acquiri hereditatem, nisi post impletam condicionẽ id faciat, per quod hereditas acquiritur, quod fit per additionem: imò quod magis est, in legato quoq; idem iuris esse lex ait, quamuis in eo maximè differat legatum ab hereditate, quod legatum si per vindicationem relictum sit, transit recta via in legatarium *l. à Titio 64. De furt.* quasi nunquam factum heredis *l. legatum 80. De legat. 2.* ideóq; acquiritur ignoranti *l. filiusfam. 16. vers. Marcellus infr. qui testam. facer. poss. l. cùm pater 77. §. surdo eod. tit.* quod in hereditate secus est, quia hereditas damnosa esse potest, legatum nunquam *l. si hereditatem 32. infr. mand.* Sed de legati acquisitione irreuocabili loquitur Iurecon. *in d. l. ei qui* quæ nascitur ex agnitione legatarij volũtaria, nõ de ea quę fit sola legis potestate. Legatum namq; sibi ignoranti acquisitum repudiare legatarius potest, quod post agnitionẽ voluntariam non posset: quémadmodum enim legatum acquiritur quidem ignoranti, sed non inuito *l. 4. 5. & 6. De legat. 2.* ita legati per agnitionem acquisiti sera repudiatio est *l. Titia cùm testamento 34. §. Lucia Titia eod. l. 1. §. decretalis infr. De succes. edict.* Itaque non est, quod ad secundam Accursij responsionem confugiamus, ex qua Bartolus suam distinctionem sumpsit, & quæ falsa est.

BIU Cujas

2. HERMOGENIANVS libro 2. Iuris Epitomarum.

SEd & si falsum testamentum sine scelere eius, qui decem dedit, vel inofficiosum pronuntietur: veluti causa non secuta, decem repetentur.

Ad l. Sed etsi 2.

RAT. DVB. Quæstio falsi testamenti vel inofficiosi non impedit aditionem & acquisitionem hereditatis, scilicet quod ad falsi accusationem pertinet, si heres ipse institutus falsum fecisse dicatur, cùm certus esse debeat se non fecisse *l. cùm falsum 46. infr. de acquirend. hered.* Quod autem spectat ad querelam inofficiosi testamenti, quia certum est eam non competere, nisi post aditam hereditatem *l. Papinianus 8. §. si condicioni supr. De inoffic. testam. l. scimus 36. §. illud C. eod.* Atqui causa dandæ pecuniæ ad implendam condicionem institutionis, non alia fuit, quàm acquisitio hereditatis, vt ad legem præcedentem diximus. Ergo etiamsi testamentum falsum posteà vel inofficiosum pronuncietur, condictioni tamen locus esse non potest, quasi causa non secuta, cùm secuta sit. DEC. Non videtur causa secuta, quæ non durat secuta, sicuti solemus dicere, non videri versum, quod non durat versum *l. si propatre 10. §. versum infr. de in rem verſ.* nec quicquam interest, an quid datum sit sine causa, aut non ex iusta causa, an verò redeat ad non causam, vel saltem ad non iustam causam *l. 1. §. pen. & vlt. infr. de condict. sin. cauſ.* Atqui aditio facta ex testamento, quod posteà falsum, vel inofficiosum pronunciatum est, redit ad non aditionem: perinde namque, acsi hereditas nũquam adita fuisset, succeditur ab intestato, cùm ex postfacto falsum quidem testamentum nullum ab initio fuisse appareat. Inofficiosum autem euertatur saltem pro qua parte inofficiosi querela instituta est, & obtinuit *l. posthumus 6. §. 1. l. circa 19. iunct. l. 2. & paſſ. supr. de inoffic. teſtam.* Neque his casibus locũ habet, quod ait Papinianus in *l. si patroni 55. §. qui fideicommiſſam ad SC. Trebell.* semel adita hereditate, omnem defuncti voluntatem ratam cõstitui, nec quod iam sæpe iactari solet, eum qui semel heres fuit, semper heredem perseuerare *l. ait Prætor 7. § sed quod Papinianus supr. de minor. l. ei qui soluendo 88. infr. de hered. inſtit. §. reſtituta Inſtit. de fideic. hered.* & facta pro infectis haberi non posse *l. in bello 12. § facti autem infr de capt. & poſtlim.* in quorum numero aditio est *l. actus legitimi 77. de regul. iur. l. aditio 45. de acquir. hered.* Habent enim locum hæc omnia, quoties aditio iure facta est, & eius hereditatis, quæ fuerit verè per legem delata *l. delata 151. De verb. ſign. l. 1. 2. & 3 supr. de hered petit.* Atqui non potuit iure facta esse aditio ex testamento, quod ab initio falsum fuit, neque ex eo quod post aditionem inofficiosum pronunciatum fuit, cùm ex ea pronunciatione fiat paterfamilias intestatus eo colore, quasi furiosus, nec sanæ mentis fuerit, cùm suprema ordinaret *d. l. 2. l. Titia 13. De inoff. teſtam.* Testamenti enim validitatem præcedere oportet, vt ex eo deferri possit hereditas per legem, & adiri per heredem § *poſteriore Inſtit. quib. mod. teſtam. inſirm.* Estq; res hæc ex earũ numero, in quibus appareat ex euentu, quid antè fuerit vt in *l. qui res 98. §. 1. infr. de ſolut. l. quædam 15. De reb. dub.* Ergo siue falsum, siue inofficiosum testamentũ pronuntietur, condictioni locus est pecuniæ datæ ad condicionẽ implẽdam, quæ impleri omnino debuit, vt hereditas acquireretur, quasi non secuta causa, cùm acquisitio nulla fieri potuerit, aut facta videri possit ex ea aditione quæ in irritum recidit, nam quæ ex postfacto emergunt nouo indigẽt auxilio, vt bene hîc Accursius notat, ex *l. de ætate 11. §. ex cauſa supr. De interrog. in iur. fac. l. si ſub hac 26. ſupr. De inoffi. teſt.* vbi species non valde dissimilis proponitur de eo, qui sub hac condicione heres institutus *si Stichum manumiserit*, illum manumisit, atque ita hereditatem ex eo testamento obtinuit, quod posteà inofficiosum, vel iniustũ pronunciatũ fuit: nisi quod eo casu non potest condici libertas per manumissionẽ data, quoniã facta non condicuntur, nec libertas quæ semel cõpetit, reuocari vnqua potest §. *si is qui Inſtit. De eo cui libert. cauſ. bon. addic.* Sed ei qui manumisit aliter succurritur, vt serui preciũ à manumisso accipiat, ne frustra seruum perdat. Cęterùm benè addit Hermogenianus, *Si falsum teſtamentum ſine ſcelere eius qui pecuniã dedit pronuncietur.* Nã si probetur falsò confictũ fuisse ab eo ipso herede, qui pecuniam dedit, non debet habere repetitionẽ tanquam qui eam pecuniã facto & dolo suo amiserit, eámq; turpiter dederit, vt fieri heres ex falso testamento posset, quamuis ille qui accepit, non turpiter acceperit: cùm tamen etiamsi turpitudo vtriusq; versaretur, melior condicio eius esse deberet, qui accepisset *l. 3. infr. tit. prox. l. vlt. De condict. ſin. cauſ.* Potest autem fieri, vt tum quoque cùm heres ipse adit, ex eo testamento quod falsò confictum ab eo dicebatur, tanquam de sua certus innocẽtia, probetur tamen siue per veros, siue per falsos testes falsum ipse commisisse. Atq; ita in huius legis specie euenisse necessariò ponendum est, vt possit ratio dubitandi ex eo peti, quòd secuta sit aditio. Nam ex eo testamẽto, quod ab alio quàm ab herede ipso factum esse dicatur, non potest fieri, vt heres adeat hereditatem, cùm nec fieri queat, quin de viribus testamenti dubitet, quod sufficit ad impediendam aditionem *dict. l. cùm falsum l. is qui putat 15. cum ſeqq. l. in repudianda 23. eod. tit.* Hinc verò sumpta occasione quærit Accursius, si mulier sciens matrimoniũ nullum, dederit pecuniam in dotem, an possit eam repetere. Et putat non posse, contrà quam vetus interpres Petrus senserit. Mihi placet ea distinctio, vt si sine scelere dantis matrimonium nullum sit, non eo minùs repetitioni locus esse possit ex *l. 1. C. hoc tit. l. vlt. infr. De condict. ſin. cauſ.* si verò cum scelere mulieris, quæ dotem dedit, aliud dicendum sit, ex hac lege. Non videtur autem scelus mulieris interuenisse, si vel in iure, vel in facto errauerit: nunquam enim iuris error dolo & sceleri adscribitur *l. ſed etſi 25. §. ſcire ſupr. De hered. petit.* multo minùs error facti, etiam qui alioquin sit intolerabilis.

3. VLPIANVS libro 26. ad Edictum.

DEdi tibi pecuniam, ne ad iudicẽ iretur: qua quasi decidi, an possim condicere, si mihi non caueatur, ad iudicẽ non iri? & est verum, multum interesse,

BIU Cujas

esse, vtrum ob hoc solum dedi, ne eatur, an vt & mihi repromittatur non iri. si ob hoc vt & repromittatur: condici poterit, si non repromittatur. si, vt ne eatur, condictio cessat, quamdiu non itur.

Ad l. Dedi tibi 3.

RAT. DVB. In contractibus innominatis, qualis est hic de quo tractamus, cùm dedi tibi pecuniam ne ad iudicem iretur, locus est pœnitentiæ quamdiu ex parte altera satisfactum non est contractui §. *prox. infr.* dummodo res sit integra, nec in damno vllo moretur is qui pecuniam accepit *leg. si pecuniam 5. infr.* Ergo indistinctè dicendum est, condictioni locum esse posse, siue ob hoc solùm dederim pecuniam, ne ad iudicem eatur, siue ob id, vt & mihi repromittatur non iri. Aut si quis contractum hunc pro transactione accipiat, quæ Accursij, Bartoli, & aliorum interpretum sententia est ex illis verbis huius legis *quasi decidi*, vbi Accursius notat dictionem *quasi* esse expressiuam veritatis, indistinctè quoque contra hanc legem dicendum est, condictioni locum non esse, sed exceptioni, quæ ex iusta transactione semper competit. Numquam enim iusta & perfecta transactio admittit pœnitentiam *l. quamuis 39. C. de transact.* neque potest vtrumque locum habere & repetitio & exceptio, *leg. eleganter 23. §. penult. infr. de condict. indeb.* Nullo igitur casu locus esse potest distinctioni, quam hîc Vlpianus probat.

DEC. Multùm interest, an dederim tibi pecuniam, vt aliquid faceres, an vti ne faceres. Priore casu non videris impleuisse ex tua parte quousque feceris, & ideo locus est pœnitentiæ ex mea parte, & expœnitentia condictioni: posteriore autem casu imples, cùm nihil facis, & quandiu nihil facis, contrà quàm promiseris, licèt possis adhuc facere si velis, & ideo condictioni locus esse non potest, quia contractus ex vtraque parte implementum & effectum suum habuit, debétque mihi sufficere, quod quandocũque ibis ad iudicem, habiturus sum condictionem, cùm imputare mihi debeã, cur non melius rebus meis prospexerim, & me pecuniam dare dixerim, vt repromitteres te ad iudicem nõ iturum. Quid? An non transactio ista est, cùm dedi tibi pecuniam, ne ad iudicem iretur: Quòd si trãsactio est, qua ratione fieri potest, vt locus sit pœnitentiæ? Hoc ènim est quod Accursium, Bartolum, cæteróſq; interpretes fefellit. Respondeo non esse transactionẽ, quia transactio nihil nisi pactum nudum est, sed vtriusque consensu perfectum, & nominatum, & ex quo proinde nasci exceptionem, vt ex cæteris quoque pactis quantumlibet nudis, mirum non est, quamuis Bartolus passim hoc malè referat ad odiũ minuendarum litium in *l. 5. in princip. num. 11. infr.* At contractus innominatus, licèt plus quàm pactum esse videatur, qua parte contractus est, reuera tamẽ minus est, quàm pactum perfectum, quia imperfectus est, quousque impletus sit ex vtroque latere: si quidem implementum quod ex vna tantùm parte fit, initium duntaxat obligationi præbet, non etiam finem & perfectionem contractui *l. 1. infr. de rer. permut.* Et quemadmodum solemus dicere acceptilationem inutilem, non semper vim pacti habere *l. an inutilis 8. de acceptil.* quamuis interdum habeat *l. si accepto latum 19. eod. l. si vnus 27. §. pen. sup. de pact.* quia cõuentionem ex vtraque parte perfectam continet, licèt inutilem *l. cùm emptor 5. inf. de rescind. vendit.* ita nec absurdum videri debet, vt in contractu innominato, qui ante secutum ex vtraque parte implementum perfectus dici non potest, non contineatur pactum siue transactionis, siue aliud quodlibet, quippe quod perfectum esse semper debeat, nec à datione incipere, sed à nudo consensu. Ergo non potest pactum hoc parere exceptionem pacti ad inhibendam repetitionem ex parte illius qui non impleuit, multo minus exceptionem transactionis, inspecta etiam ratione ineundi contractus, quæ semper inspicienda est in contractibus nominatis *l. si procuratorem 8. infr. mandat.* & inspecta quoque voluntate contrahentium, quæ non illa præcisè fuit, vt tu hoc vel illud faceres, cùm nihil promiseris, nisi quod pecuniam meam certa lege tibi datam accepisti, sed vt ni faceres, cõdicere possem ego quod dedissem, quia nec dederim, nec fuerim daturus, nisi vt causa sequeretur, propter quã dedi. Illud igitur dũtaxat, inspici debet, an causa secuta sit, necne, secuta autem non est, si quid faciendum fuit, quandiu id factum non est: secuta verò intelligitur, si faciendum aliquid non fuit hoc ipso quod factum non est. Nec quod illud ipsum fieri adhuc possit inducere, potest necessitatem cauendi de eo non faciendo, quasi non prius videri possit implementum benè secutum *argum. leg. vltim. § penultim. infr ad SC. Velleian. d. l. si pecuniam 5. §. si seruum versicul. planè repromittere & versic. planè cauebit infr. hoc tit.* sicut euenit in cæteris omnibus non faciendi condicionibus, ob quas ideo introduci necesse fuit remedium cautionis Mucianæ *l. Mucianæ 7. l. is cui 18. infr. de condict. & demonstr.* Nam quod ad cautionem Mucianam pertinet, certum est, quod & Accursius docet, non habere illam locum in contractibus, siue nominatis, siue innominatis, sed in vltimis tantùm voluntatibus, vt docuimus *lib. 2. Coniectur. cap. 16.* nec exigi eam ab inuito, sed præstari à volente, vt habeat vim condicionis expletæ, vt ad Accursium bene addit Bartolus. Quod ad alias verò cautiones, quæ officio iudicis præstari solet in omnibus bonæ fidei iudiciis, de quibus in *l. in omnibus 40. supr. de iudic.* certum est non esse iis locum in contractibus innominatis, qui omnes sunt stricti iuris: quod enim ob certam aliquam causam datum est, ad illam præcisè causam restringi debet, non ad aliam extendi, quæ contractus implementum difficilius facere possit, ne iniuria fiat ei qui certa illa lege pecuniam accepit, non aliter nec duriore lege accepturus. Et quãuis defendat Bartolus, etiam in stricti iuris actionibus, interdum ex causa onus satisdationis iniungi ex *leg. si creditores 31. infr. de rebus author. iudic. possid.* aliàs *leg. 19. de priuileg. credit.* etiam ante diem vel condicionem *leg. in possessionem 6. in princ. infr. quib. ex caus. in poss. eat.* errat tamen, cùm in earum legum specie nõ de iudicio aliquo stricto tractetur, in quo nullus officio iudicis locus relinqui solet, sed de cognitione prętoris, ex cuius authoritate fit missio in possessionem bonorum debitoris, ad constituendum pignus prætorium ex illa parte edicti *leg. non est mirum 26. §. 1. infr. de pignor. act. & dict. tot. tit. quibus ex caus. in poss. eat.* nimirum si debitor latitet, neque defenda-

BIU Cujas

tur: nam si non latitet, cùm se defendat, aut inuitus possit vocari, & rapi in ius *tot. titul. in ius vocat. vt eant. & tit. Ne quis eum qui in ius vocab. vi exim.* nunquam onerandus est satisdatione, nisi proponas heredem esse debitoris, & heredis huius esse suspectas facultates: nam licèt hic personam defuncti repræsentet, eiúsque hereditatem adeundo ipse se debitorem constituerit, cùm tamen suspectus ipse est, incipit q; labi facultatibus, habent creditores hereditarij ius petendæ separationis bonorum *l. 1. & tot. tit. de separat.* indéque fit, vt cùm vult defunctum defendere, non tam seipsum, quàm alium defendere videatur, ideóque onerandus sit satisdatione, sed causa cognita per prætorem, cui incúbit prouidere, ne quid damni creditores patiantur. Reliquum est, vt ex contractu innominato, in quo nihil de præstanda cautione dictum sit, cautionis præstandæ onus nũquam iniungi debeat, nisi eo solo casu, quo condictioni sit locus: restitui autem impræsentiarum nequeat id, quod restituendum est, vt si seruus restituendus fugerit sine culpa accipiẽtis, vt in *d. §. si seruum vers. planè repromittere, & vers. planè cauebit infra.* Cautio enim illa vel repromissio pro restitutione est, etiam in actionibus arbitrariis, in quibus agitur ad restitutionem *l. si bona fidei 21. supr. de rei vindic. leg. item si cùm 14. §. quatenus sup. quod met. caus.* Et ita conciliandi sunt loci illi cum hac lege, non quomodo conciliantur ab Accursio & Bartolo, vt hîc non sit cauendum de non eundo ad iudicem, quòd iam sit satis cautum per exceptionem, quæ ex transactione nascitur, vt & in *l. 1 §. si debitori inf. vt in poss. leg.* quasi in hac lege transactio facta sit in rei veritate, vt Accursius loquitur, quod nos falsum esse ostendimus: & aliud est, dari quid ob causam transactionis præcedentis, & iam perfectæ, vt in *l. in summa 65. §. 1. infr. de condict indeb.* aut vt à lite discedatur, vt in *l. 1. supr.* si à lite postea discessum sit, vt ea lex ait, aliud verò dari pecuniam, ne ad iudicem eatur, hoc etiam addito, vt is qui accipit, repromittat se non iturum. Est enim hæc imperfecta conuẽtio, non transactio, aut si transactio aliquo modo dici potest, imperfecta certè transactio est, quę nec parit exceptionem, nec impedit repetitionẽ *d. l. in summa §. 1. in fi.* Nam si cũ pecuniam tibi dedi, vt à lite discedatur, transactio tamen non est, ideóque nec aliter impeditur repetitio, quàm si causa sequatur, id est, discessio à lite per formalem, vt ita dixerim, trãsactionem, aut per renunciationem liti factam, vt in *l. 4. C. de pact. d. l. 1.* in postremis illis verbis *causa secuta cessat repetitio sup. hoc tit.* quanto minus transactio dicenda est, si dederim tibi pecuniam, ne ad iudicem eas, aut vt repromittas te non iturũ? Verum igitur est quod diximus, in tota hac quæstione distinguendum esse, an causa ob quam data fuit pecunia, secuta sit, necne, idq; solùm inspici oportere. Nec minus falsum quod Bartolus hîc defendit, transactionem esse contractum innominatum, nam imò contractus non est (nisi cũ stipulatio interuenit, quæ transactionibus subiici passim solet, quomodo debet accipi, quod scriptum est in *l. contractus 17. C. de fid. instrum.* quo tamen casu stipulationis contractus est, proinde nominatus nõ transactionis *l. cùm enim 6. infr. de nouat.*) sed pactum & quidem nominatum adeóque perfectum, cùm tamen omnes contractus innominati sint imperfecti, quandiu ex vtraque parte non sunt impleti, quæ sola ratio est, propter quam in iis locus est interim pœnitentiæ: quomodo & in ipsa quoque trãsactione, cùm imperfecta est, vt in *d. l. in summa §. 1.* aut aliter inutilis, vt in *l. eleganter 23. §. si quis post infr. de cõdict. indeb.* Sanè non potest recusare is qui contrahit, siue nominato contractu, siue innominato, vt de ea re instrumẽtum conscribatur, ad testandam rei gestæ veritatem, vt Bartolus hîc notat ex *l. sicut datam 26. C. de liber. caus. l. plures apochis 19. C. de fid. instrum.*

1 ¶ Idem erit, & si tibi dedero, ne Stichum manumittas. nam secundùm distinctionem suprà scriptam, aut admittenda erit repetitio, aut inhibenda.

Ad §. 1. Idem erit.

Hic §. malè ab Accursio, Bartolo, cæterísque interpretibus acceptus est propter vicium vulgatę lectionis, quæ sic habet, *idem est etsi tibi dedero, vt Stichũ manumittas*, cùm tamen legendum sit, vt in *Pandect. Florent. Idem erit etsi tibi dedero ne Stichum manumittas*, vt causa ob quam data fuit pecunia, negatiuè concepta fuerit, non affirmatiuè, vt in casu præcedente. Itaque si quæratur, an admittenda sit, aut inhibenda repetitio, eadem locum habebit distinctio, quæ proximè allata est, vtrum dederim tibi pecuniam, ob hoc solùm ne manumittas, an & vt mihi repromittas, te nõ manumissurum, si ob hoc vt & repromittatur, condici poterit, si non repromittatur, sin vt ne manumittatur, condictio cessat, quandiu non manumittitur. Eadem igitur dubitandi & decidendi ratio est ad hãc speciem, quæ ad superiorem, delendáque sunt omnia, quæ ad hunc §. Accursius & Azo scribunt, de admittenda repetitione, si non manumiseris, aut de inhibenda, si manumiseris, aut de pecunia quam tibi sic dederim, vt manumittas ad diem, si prius velim agere, quã dies venerit manumittendi. Hicenim casus est, qui tractatur in §. *seq.* vbi tamen de cautione præstanda verbum nullum. Item quæ Bartolus de suo adstruit, vt errores erroribus cumuler.

2 ¶ Sed si tibi dedero, vt Stichum manumittas: si non facis[a], possum condicere: aut si me pœniteat[b], condicere possum. Quid, si ita dedi[c], vt intra certum tempus manumittas: si nondum tempus præteriit, inhibenda erit repetitio, nisi pœniteat[d], quòd si præteriit[e], condici poterit[f]. Sed si Stichus decesserit[g], an repeti, quod datum est, possit? Proculus ait, si post id temporis decesserit, quo manumitti potuit, repetitionem esse: si minus, cessare. Quinimo & si nihil tibi dedi[h],

BIU Cujas

dedi [h], vt manumitteres, placuerat tamen, vt darem: vltrò tibi competere actionem, quæ ex hoc contractu nascitur, id est, condictionem, defuncto quoque eo.

Ad §. 2. Sed si tibi dedero.

Alius hic & nouus casus est de pecunia, quam tibi sic dedi, vt Stichum manumittas, & eadem quæstio, an possim condicere, si non manumittas, at non vt in superiore specie, an condicere possim, si mihi non caueas de manumittendo, quia de iis quæ in faciendo consistunt, cautio ne postulatur vnquam, nec præstatur, quia faciendum est, quod fieri potest & debet, non de eo faciendo cauendum, at cùm de non faciendo agitur, tum demum tractari solet, an cautio aliqua, siue Muciana, siue alia præstanda sit, quasi non aliter impleri condicio negatiua possit, quàm si de non faciendo caueatur. Distinguit autem Vlpianus in hac specie, an tibi pecuniam sic dederim, vt Stichum manumittas, nullo præfinito tempore, an verò vt intra certum tempus manumittas: priore casu ait posse me condicere, si non manumittis, id est, statim & cùm primùm potes, aut si me pœniteat: posteriore autem casu, si tempus nondum præteriit, inhibendam esse repetitionem, nisi pœniteat, quòd si præterierit condici posse. Perpendamus singulas huius distinctionis partes.

a *Si non facis.* RAT. DVB. Quod quis facere debet, nullo ad id faciendum præfinito tempore, fieri quandocunque potest, & satisfacit qui quandoque facit: sola enim temporis limitatio illa est, quæ impedit, ne post tempus fieri possit, quod antè fieri debuit *l. Imperator* 8. *supr. de postulat. l. Thais* 41. §. *intra certa tempora de fideicommiss. libert.* Ergo si tibi dedero, vt Stichum manumittas, non possum condicere, ob id solùm quòd non statim manumittas. DEC. Quemadmodum in omnibus obligationibus, in quibus dies non apponitur, præsenti die debetur *l. in omnibus* 14. *de regul. iur.* ita in omnibus quæ facienda sunt, nullo adiecto tempore, si statim non fiat, quod fieri statim potest, iustam condicendi causam habet is, cuius gratia faciendum statim fuit, quod fieri debuit, si modò potuit *l. nihil peti potest* 186. *eod. titul.* non quasi mora ipso iure contracta, ob non secutam statim manumissionem [nec enim mora vlla contrahi intelligitur, vbi nulla petitio & interpellatio est *l. si pupillus* 127. *de verb. obligat. l. nulla intelligitur* 88. *de reg. iur.*] sed quasi manente contractu imperfecto, quandiu ex tua parte impletus non est, quod sufficit, vt mihi competat repetitio: debueras enim esse diligentior in manumittendo, ac teipsum interpellare, vt contractum hûc innominatum & imperfectum ex parte tua impleres, atque ita condicendi, aut pœnitendi facultatem mihi præriperes, vt in *l. nuda* 5. *Cod. de contr. & committ. stipulat.* Itaque si per multos fortè menses, aut etiam annos steteris, nec Stichum manumiseris, quandiu non condico pecuniam quam dedi, permittitur tibi Stichum manumittere, & contractum ex parte tua implere, ac perficere: sed è conuerso similiter quandiu contractum non impleo, permittitur mihi condicere, quia tamdiu verum est, te contractum non impleuisse, neque ex quo cœperim condicere, implere amplius posse: finis enim implendi est, quando pecunia condicere-

tur, & eo nomine iudicium acciperetur *arg. l. si Titius* 9. *infr. de verb. oblig.*

b *Aut si me pœniteat.* RAT. DVB. Contractus qui ab initio sunt voluntatis, ex postfacto sunt necessitatis *vulg. l. sicut* 5. *C. de oblig. & action.* Atqui contractus innominati perinde contractuum nomine ac iure censentur, atque illi qui nominati sunt, cùm in iis contrahatur συνάλλαγμα *l. iuris gentium* 7. §. 1. *sup. de pact.* Non magis ergo in contractibus innominatis, quàm in cæteris nominatis potest locus esse pœnitentiæ *l. 3. 4. 6. & pass. C. de rescind. vendit. l. 3. l. velles necne* 6. *& pass. C. de reuoc. donat.* DEC. Differentia illa est inter contractus nominatos & innominatos, quòd nominati omnes perfecti sunt, nec priùs contractuum nomen merentur, quàm perfecti sint aut re, aut consensu, aut verbis, aut literis, re quidem interueniente ex vna tantùm parte, sed post consensum formalem ab vtraque parte præstitum. Dicuntur enim re perfici, itémque verbis, aut literis, non quasi in iis solus rei interuentus, aut verborum aut literarum contractum faciat sine consensu, sed quia præter mutuum consensum, vel rei traditionem exigunt, vel verba, vel literas. At contractus innominati non perficiuntur, nisi implemento ex vtraque parte secuto, & ideò quandiu secutum non est ex parte tua, cùm dedi tibi decem, vt Stichum manumittas, potest me pœnitere, quia contractus nondum perfectus est, nec vllam in eo videri possum facere tibi iniuriam, cùm imputare tibi debeas, cur non citiùs ex parte tua impleueris, quàm primum implere potuisti, ne pœnitentiæ locus fieri vnquam posset. Quod vulgò nostri non intelligunt, qui contractus innominatos, etiam ante secutum ex altera parte implementum perfectos esse putant, quòd si ita esset, vtique locus pœnitentiæ in iis esse non posset.

c *Quòd si ita dedi.* RAT. DVB. Cùm tibi decem dedi, vt intra certum tempus Stichum manumittas, etiamsi nondum tempus præterierit, eadem tamen ratio dandæ condictionis locum habere videtur, quæ à nobis allata est ad versiculum præcedentem, quòd verum sit, contractum nondum ex tua parte impletum esse, ideóque imperfectum manere, & consequenter repetitioni locum esse posse, non minùs quàm si certum tempus manumittendo Sticho præstitutum non esset. DEC. Quod quis intra certum tempus facere potest & debet, inculpatum est, si non fiat ante illud tempus, dummodo fiat vltima etiam hora illius temporis *dict. l. nihil peti potest* 186. *de regul. iur. l. qui hoc anno* 42. *de verb. oblig. l. quod certa* 70. *de solut.* quia totum illud medium tempus promissori ad soluendum datum esse intelligitur, vt quamuis interim possit soluere, peti tamen ab eo non possit *l. stipulatio ista* 38. §. *alteri l. continuus* 137. §. *cùm ita de verb. oblig.* adeò vt si ante diem soluat, plus præstare dicatur, quàm debeat *l. eum qui* 15. *aliàs l. Iauolenus inf. de ann. legat.* Proinde cùm dedi tibi decem, vt Stichum seruum tuum manumittas, etiamsi non statim manumiseris, nihil tibi potest imputari, quandiu tempora largiuntur, vt manumissionem in longius tempus differre possis, nec videris cessare, in contractu ex tua parte implendo, cùm sufficiat si

BIU Cujas

impleas intra tempus præstitutum. interim igitur non potest mihi competere condictio prætextu implementi non secuti, quomodo competeret, si nullum tempus faciendæ manumissioni præfixum, aut si quod præfixum fuerat, elapsum esset, vt sequitur in textu.

d *Nisi pœniteat.* RAT. DVB. Satis inducitur probatúrque pœnitentia ex eo solo, quod pecuniam, quam tibi dedi, condico, sicuti solemus dicere videri eum renunciare societati, qui agit pro socio *l. actione 65. in princip. infr. Pro socio.* Stare igitur non potest, quod Vlpianus hîc scribit, inhibendam esse mihi repetitionem, nisi me pœniteat, cùm implicet contradictionem, vt velim condicere, nec me pœniteat. DEC. Multùm refert, qua ex causa velim condicere, an quasi causa non secuta, quod tu ex parte tua nondum impleueris, an quia me pœniteat, diuersa enim sunt media concludendi, cúmque medium per quod actor concludit, probari ab eo debeat, ne alioqui succumbere illum sit necesse: succumbam proculdubio, si condicam quasi causa non secuta, non etiam si dicam me pœnitere. Expressa igitur voluntatis declaratione, & pœnitentia opus est, nec sufficit tacita, cùm aliud concludendi medium specialiter expressum est, & certè multi sunt, qui ne inconstantiæ ac leuitatis notam & reprehensionem incurrant, malint condicere prætextu causæ non secutæ, quàm ex pœnitentia, licèt eos maximè pœniteat. Idque est quod pragmatici nostri iactitant, & ex hoc loco probatur omnium optimè, in omni libello inspiciendum maximè esse medium concludendi, magis quàm illud ipsum quod concluditur, & ita bene hîc post Accursium Bartolus, non insubtiliter, sed apertiùs quàm Accursius.

e *Quod si præteriit, condici poterit.* Intellige, etiam citra pœnitentiam, & ob id solùm quia causa secuta non est. RAT. DVB. Etiamsi tempus præterierit, adhuc tamen sequi manumissio, & impleri contractus potest. Multò enim magis hodie faciendum est, quod iam olim fieri oportuit *l. si sterilis 21. §. cùm per venditorem in fin. infr. de action. empt.* nec quisquam solo lapsu temporis liberatur à dando, vel faciendo eo, quod intra certum tempus dari, vel fieri debuit, non solùm quia tempus non est modus legitimus tollendæ, vt nec inducendæ obligationis *l. obligationum ferè 44. §. placet de obligat. & act.* sed etiam quia tempus breuius in longiore continetur, non contrà, vt dicemus ad *l. quòd si Ephesi 3. infr. de eo quod cert. loc.* Non igitur potest mihi condictio statim competere, ob id solùm quod tu Stichum intra constitutum tempus non manumiseris. DEC. Quod intra certum tempus fieri debuit, post illud tempus fieri amplius non potest inuito aduersario, cuius iam cœperit interesse: idque non tam per argumentum à contrario sensu, quàm vi & potestate temporis limitati, vt Baldus loqui solet ex *d. l. Thais 41. §. intra certum tempus infr. de fideic. libert. l. si ita quis 135. §. Seia infr. de verb. oblig. l. si Calend. 11. infr. de re iud.* Verum igitur est, te qui Stichum intra præstitutum tempus non manumisisti, neque impleuisse contractum, neque implere amplius posse, licèt eum paratus sis manumittere, prius etiam quàm eum condicere cœperim, nisi ego condicionem deferam, & manumissionem tardiorem admittam, vt moram purgare tibi liceat, quod inuitò me facere non posses: in ea re præsertim quæ ex mei solius voluntate pendeat, & in qua pœnitere mihi satis sit, & satis esse potuerit, etiam antequam tempus præteriisset. Neque verò perinde haberi debes, acsi per stipulationem, aut quo alio modo ad Stichum intra certam diem manumittendum obligatus esses, quo casu non liberareris, quominus etiam post tempus Stichum manumittere & posses, & deberes: quemadmodum si centum soluere intra Calendas Ianuarias promisisses, nec soluisses, cùm enim accepisti à me decem, vt Stichum manumitteres, non ideò promisisti te manumissurum, nec te ad manumissionem præcisè obligasti, sed causatiuè tantùm, nisi contractum adhuc imperfectum malles deserere, quàm ex parte tua implere. Proinde si intra constitutum tempus non manumiseris, voluntatem tuam satis declarasti, quòd contractum implere nolis: quomodo enim melius probari voluntas potest, quàm ex non facto eo quod facere debueris, & quod facere, si voluisses, potuisses? Hoc enim omnino requiritur, vt manumittere seruum potueris *l. naturalis 5. §. at cùm do infr. de præscript. verb.* Quidni ergo competat mihi condictio? Nam quod Accursius obiicit, nec diluere potuit, ex constitutione diuorum Marci & Commodi ad Aufidium Victorinum, haberi debere seruum hunc pro libero, ex quo instanti debuit manumitti, nec manumissus est, ex *l. si is qui 4. Cod. si mancip. ita fuer. alien. l. si pecuniam 5. §. 1. in fin. hoc tit.* ad hunc certè casum non pertinet, in quo non idcirco possum videri seruum tuum emisse, quòd pecuniam tibi dederim, vt eum manumitteres, pecuniam enim non simpliciter, sed precij nomine datam esse oporteret ad hoc, vt contracta emptio dici posset, quo casu contractus nominatus esset & perfectus, non innominatus, & imperfectus, in quo contractuum genere ideò non potest locus esse constitutioni, quoniam, vt diximus, is qui pecuniam accipit, vt seruum suum manumittat, non obligatur præcisè ad manumittendum, constitutio autem in necessarium antecedens præsupponit obligationem manumittendi, nec repræsentat factum eius qui manumittere debuit, vt loquitur *l. vlt. C. si mancip. ita fuer. alien.* nisi eius demùm qui præcisè obligatus fuerit, vt manumitteret. Aliud est si seruum meum tibi tradidero in hoc, vt eum intra certum tempus manumittas: nam si non manumiseris, nec ego voluntatem mutauero, fiet liber *d. l. 5. §. 1. infr.* quia licèt hoc quoque casu contractus innominatus & imperfectus sit, ex quo proinde non potest dici, te præcisè obligatum fuisse ad eum seruum manumittendum, qui per traditionem factus est tuus, esseque meus desiit, quæ sola ad illum locum dubitandi ratio fuit, ego tamen legi meæ rem dixi, non tuæ, neque decipi à te debeo, qui non aliter fui eum tibi traditurus, sed eum potius manumissurus, cùm in potestate mea esset id facere *l. vlt. C. de pact. int. empt. & vendit. l. in traditionibus 48. supr. de pact.* nam & condicere adhuc possem seruum hunc si vellem quasi causa non secuta, & condictum manumittere si lex factum tuum non repræsentaret, vt proinde nulla tibi fieri iniuria videri possit, etiamsi inducatur hoc casu potestas constitutionis, tametsi seruus tibi ea ratione eripiatur, qui tuus factus erat, cùm non nisi ea lege tuus factus esset. Quid verò tua interest, an eum amittas inuitus per potestatem constitutionis, an quia eum condicam? Meritò igitur placuit, etiam hoc casu succedere constitutionem, non item in specie huius §. vbi non seruum tuum condico, sed pecuniam quam tibi dederam, vt eum manumitteres. Bartolus noster longioribus & pluribus, vt solet, distinctionibus totam rem

hanc

BIU Cujas

hanc tractat, sed non sine erroribus. In eo primùm quod putat non esse locum constitutioni, si fuerit cogitatum de certo actu manumittendi ex *l. qui Romæ* 112. §. *Flauius de verb. oblig.* quasi interfit, an dederim tibi Stichum, vt eum manumittas, an vt vindicta manumittas, quod non ita est, nec animaduerit Bartolus, responsum quod est in *d.* §. *Flauius*, & cui opponitur *d. l si pecuniam* 5. §. 1. *esse Scæuolæ*, qui non peruenit ad ætatem vsque Imperatorum Marci, & Commodi, & eorum proinde constitutionem ignorauit, vt scripsimus ad *l. verum* 11. §. 1. *supr. de minor. & lib.* 14. *Coniect. cap.* 4. In eo rursum quod ait, si dederim tibi pecuniam, non in sacculo, sed in numerato, vt Stichum seruum tuum manumittas, nec emendi animus bene probetur, sed in dubio sit, an contractum nominatum, id est, emptionis facere voluerim, an innominatum, præsumendam esse emptionem, si quantitas pecuniæ quantitati precij respondeat, ex *d. l. si is qui.* Hoc enim quoque falsum est, neque probatur ex *d. l. si is qui*, vbi proponebatur expresse facta emptio, cùm expressim precij pro seruo dati & accepti mentio facta esset, nec possit interuenire precium, nisi in emptione *l. 1. de contr. empt. l* 1. *de rer. permut.* §. *precium Instit. de empt & vendit* sicque accipi debet, quod scriptum est in *d. l. naturalis* 5. §. 1. *de præscr. verb.* emptionem & venditionem esse, si pecuniam dem, vt rem accipiam, scilicet si dem pecuniam iure precij, aut si de emendo & vendendo antè conuenerit, vt constat ex *l. vlt infr. hoc tit.* Longè verò difficiliùs est, vt emptio & venditio sit, si tibi dem pecuniam, vt Stichum seruum tuum manumittas, licèt precio par sit ea pecuniæ quantitas, nec enim vnquam auditum est, sic emptionem contrahi, cùm à me tibi datur pecunia, vt aliquid facias, sed vt rem accipiam *d. l. naturalis* § *at cùm do*, vbi indistinctè scriptum est, vt & in hoc §. contractum illum esse innominatum, neque in ea specie constitutioni locum esse posse, alioqui repetitio locum non haberet, sicuti nec petitione pœnæ in eum casum promissæ, quo seruus intra certum tempus non manumitteretur, quia pro facto habetur id, propter quod ni fieret, pœna promissa fuerat *d. l. vltim. Cod. si mancip. ita fuer. alien.* Illud certè ad hunc locum bene Accursius notat, non ex mora induci hanc condictionem, vt veteres quidam putauerunt, sed solam causæ cessationem, vt ipse loquitur, id est, quod causa quæ fuit dandi, secuta & impleta non sit, nam vt iam attigimus ex iuris regula, nulla intelligitur mora contrahi, vbi nulla petitio est *l. nulla* 88. *de reg. iur. l. si pupillus* 127. *de verb. obl.* nulla autem potuit mihi competere petitio aut interpellatio contra te, vt Stichum seruum tuum manumitteres, cùm nihil tale promiseris verbis præcisis contractus. Cessare tamen potes in manumittendo, cessas enim hoc ipso quòd non manumittis, & cessatio hæc cùm nihil aliud sit quàm non manumissio simplex abnuitium est, vt Paulus noster loquitur in *l. inter stipulantem* 83. *in princ. de verb. obl.* Omnis mora cessatio est, sed non omnis cessatio è contrario mora est *d. l. naturalis* 5. §. *quòd si faciam de præsc. verb. l. 1. sup. & pass. hoc tit. l.* 1. §. *ob rem infr. tit. prox.*

f *Condici poterit.* RAT. DVB. Naturalis obligatio impedit condictionem & repetitionem *l. naturaliter* 13. *& pass. infr. de condict. indeb. l. naturales* 10. *infra de obl. & action.* Atqui ex contractibus innominatis, etiamsi nulla nasceretur ciuilis obligatio ante implementum ex vtraque parte secutum, quæ Bartoli & aliorum sententia est ad *l. si pecuniam* 5. *infr.* nascitur tamen saltem naturalis, quæ ex nudo quoque pacto nasceretur *l. iuris gentium* 7. §. *igitur nuda supr. de pact.* Stichum aut Pamphilum 95. §. *naturalis de solut.* Ergo non potest ex his contractibus, etiam non secuta causa, nasci condictio eius quod datum est. DEC. Datio non est modus inducendæ obligationis naturalis aut ciuilis, sed potius tollendæ ex parte illius, qui dat, si qua vel ciuilis, vel naturalis obligatio præcessisset, multò magis cùm nulla præcessit: sed ex parte tantùm illius, qui accipit, obligatio & naturalis & ciuilis contrahitur ad implendum id, non quidem quod promiserit, [nihil enim promisit, vt diximus,] sed propter quod dandum vel faciendum datum est, quod accepit, nam & ex accipientis tantùm parte συνάλλαγμα contrahitur, & ciuilis illa obligatio cum naturali coniuncta, de qua in *d. l. iuris gentium* §. 1. *supr de pact.* In eóque errat Bartolus quod putat contractus istos innominatos, antequam compleantur, non producere ciuilem obligationem ex *l. ex placito* 3. *Cod. de rer. permut.* quæ tamen non loquitur de contractu aliquo innominato, sed de nudo placito permutationis, quod certè nullam actionem potest producere, cùm ex vtraque parte steterit in finibus nudæ conuentionis, sed ex contractu innominato, qui à datione, aut à facto aliquo cœperit, nasci obligationem & actionem ciuilem tam apertè scriptum est in *d. l. iuris gentium.* §. 1. *& in d. l naturalis* § 1. *& §. at cùm do infr. de præscr. verb. l.* 4. 5. 6. 7. *& vlt. Cod. de rer. permut.* vt nihil dici possit apertius, quomodo enim ei qui prior dedit, vel fecit, competere posset actio præscriptis verbis contra eum qui cessat dare vel facere, si nulla ciuilis obligatio ex datione illa esset nata? At quia contra eum qui certa lege quid dedit vel fecit, nulla nasci potuit, siue ciuilis, siue naturalis obligatio; mirum non est, cessante altero, dari huic condictionem, & permitti, vt per solam pœnitentiam ab eo contractu possit discedere, ex quo nunquam fuit obligatus. Fefellit Bartolum, vt puto, & cæteros, quod putant, in his contractibus innominatis præcedere semper pactum aliquod de sic contrahendo, quomodo in omni permutatione diximus, præcedere pactum debere de permutando *d. l. ex placito & seq.* in quo maximè differt contractus permutationis à contractu, do vt des, vt docuimus *lib 6. Coniect. cap.* 9. Nec videt Bartolus, cæteros contractus innominatos præter permutationem incipere à datione aut à facto, non à conuentione: ideóque nec vllam obligationem præcedere, siue naturalem, siue ciuilem, quam agnoscere videatur is, qui dat prior, & propter quam inhibenda ei sit repetitio. Is enim demum non repetit qui id dedit, quod antequam det, iam debuit naturaliter. Itaque non est, quod cum Bartolo dicas, in huiusmodi contractibus innominatis locum esse quidem pœnitentiæ ex parte eius qui dedit, sed non ratione eius quod dedit, at ratione eius quod ab aduersario dandum vel faciendum fuit *arg. l. qui pecuniam* 30. *supr. de reb. credit.* nam imò verò locus est pœnitentiæ, ex parte dantis, ratione eius quod datum fuit, cùm nullomodo esset obligatus, vt daret: incipit namq; obligari, non vt det quod iam dedit, sed ne possit repetere, quemadmodum donator qui rem donatam legatario tradidit, obligatus dicitur ex donatione, ne donationem reuocare possit *l velles necne* 6. *C. de reuoc. donat.* cùm is qui accepit implet ex sua parte: neque expectamus vt impleuerit, quia implementum æstimatur ex eo instanti, quo fit, non quo factum est,

BIU Cujas

ſicuti nec ſufficit, quod impl lere paratus ſit, ſi priuſquam impleat, cœperit eum pœnitere qui dedit, quomodo aliàs ſolemus dicere, non prodeſſe debitori, quod velit ſatisfacere, ſed prodeſſe tantùm quòd ſatisfecerit *l. item liberatur 6. §. quib. mod pign. vel hypoth. ſolvit.* Quandiu enim non impletur contractus ex parte illius qui accepit, verùm eſt dicere, nullomodo eſſe adhuc obligatum eum qui dedit: qua ſola ratione contractæ iam obligationis prohiberi, poſſet condicere. Ideóque obſeruandum eſt multùm intereſſe, an pœniteat eum qui dedit, an non pœniteat. *ſi* pœniteat, habet ſolam condictionem ex pœnitentia, & quidem eam de qua in hoc tit. agitur, id eſt, ob rem & cauſam dati, re & cauſa non ſecuta, non enim poſſet habere actionem, ſiue præſcriptis verbis, ſiue aliam quamlibet ex contractu, cuius eum pœniter, ſi verò non pœniteat, habet actionem ciuilem præſcriptis verbis, per quam conſequitur actor, vtrum ipſe elegerit, vt vel præſtet aduerſarius, quanti actoris interſit, datum vel factum fuiſſe id, quod dari fieríve oportuit, aut vt reddatur quod datum eſt *dict. l. naturalis* §. 1. *& §. at cùm do*, niſi malit ille placitis ſtare, & ex parte ſua implere, hoc enim contra eum qui ex contractu innominato agit, ſemper permittitur *dict. l. quoniam 5. & ſeq. C. de rer permut.* de quo tamen videnda ſunt, quæ pluribus ſcripſimus *dict. lib. 6. Coniect. c. 9. & 10.* & iungenda quæ dicemus *ad l. 5. & vlt. infr.*

g *Sed ſi Stichus deceſſerit.* RAT. DVB. Mora condictionem hanc non parit, ſed ſola ceſſatio in cauſa implenda, ob quam datum fuerat, vt diximus, in ſuperioribus. Atqui quoties nulla moræ ratio habetur, certum eſt naturali interitu ſpeciei debitæ contingere ipſo iure liberationem debitori, etiam qui ſpeciem illam expreſſim promiſerat *l. ſi ex legati 23. & ſeq. inf. de verb. oblig. l. ſi fidriuſſor 19 ſupr. de dolo.* Ergo multò magis in propoſita ſpecie, in qua neque promiſſus aut debitus Stichus fuit, neque conuentio vlla expreſſa de eo per te manumittendo, niſi quod à me pecuniam accepiſti, vt eum manumitteres, dicendum eſt, ſi Stichus deceſſerit, etiamſi poſt id temporis quo manumitti potuit, ceſſare repetitionem, neque diſtinctionem illam Proculi, quam Vlpianus hîc refert, & probat admittendam eſſe. DEC. Ea demum ceſſatio quæ culpam habet, & quæ imputari ceſſanti poteſt, parit hanc condictionem: Atqui non cares culpa, ſi non manumiſeris Stichum intra id tempus, quod præſtitutum à me fuerat, vt eum manumitteres, neque enim debueras à me pecuniam accipere, vt manumitteres, ſi iam id propoſitum tibi erat, vt non manumitteres, magiſque ad dolum quàm ad culpam accedit hæc ceſſatio, vt ex eo conſtat, quod vindicatur etiam actione de dolo, ſi qua de cauſa ciuilis actio alia, vel prætoria competere non poſſit *dict. l. naturalis §. quòd ſi faciam de præſcript. verb.* At cùm Stichus ante id tempus deceſſit, quo manumittere potueras & debueras, inculpata eſt tua ceſſatio, cùm totum illud tempus liberum tibi fuerit ad manumittendum, vt ſuprà oſtendimus, debuiſti enim te ipſum interpellare, vt intra illud tempus manumitteres, at non etiam, vt primo quoque die. Optima igitur, & æquiſſima Proculi diſtinctio eſt, cùm tota hæc actio non detur, niſi in pœnam non ſecuti implementi. Planè ſi me pœniteat, dummodo rebus integris, & ante mortem ſerui, dubitandum non eſt, licèt Accurſius neget, habiturum me ex pœnitentia condictionem: eſt enim hîc quoque repetenda eadem exceptio, quæ poſita eſt in caſu & diſtinctione præcedente *niſi pœniteat*, quoniam alia eſt condictio quæ naſcitur ex pœnitentia, vt diximus, alia quæ naſcitur ob rem & cauſam non ſecutam, hæc diſtinctiones quaſdam recipit, illa nullas, quicquid in contrarium Bartolus hîc ſentiat. Sed non ne, tum quoque cùm Stichus ante tempus deceſſit, intra quod manumitti debuerat, adhibendæ ſunt diſtinctiones, quæ ex eodem Vlpiano noſtro ponuntur in *dict. l. ſi pecuniam 5. §. vltim. infr. hoc tit.* Ita putat quoque Accurſius, Bartolus autem ita demum, ſi condictio ex pœnitentia proponatur, non tanquam re non ſecuta. Ego non puto, qui vel ex hoc maximè loco moueor, vt coniiciam & ſuſpicer, non modò diſtinctionem illam totam eſſe Triboniani, ſed etiam quicquid in eadem lege ſcriptum eſt maximè ab illis verbis, *ſed ſi acceperit pecuniam*, à quibus meo iudicio inchoandus eſſet §. *vlt.* vt ibi dicemus.

h *Quinimo etſi nihil tibi dedi.* Non exiſtimo poſſe defendi ſententiam huius verſiculi, nam ſi nihil tibi dederim, vt Stichum ſeruum tuum manumitteres, ſed promiſerim tamen decem, vt eum intra menſem manumitteres, & Stichus intra id tempus deceſſerit antequam manumitteretur, certum eſt nullum hîc eſſe contractum, ſiue nominatum, ſiue innominatum, nullúmque συνάλλαγμα, ſed nudi pacti iure conuentionem hanc cenſendam eſſe, quia contractibus innominatis omnibus commune illud eſt, vt à datione vel à facto ſemper incipiant, nunquam à conuentione: quod & ipſa contractuum horum nomina demonſtrant, nam cùm ſint quatuor duntaxat eorum ſumma genera, do vt des, do vt facias, facio vt des, & facio vt facias *d. l. naturalis 5. in prin. infr. de præſc. verb.* apparet nullum eſſe contractum *dabo vt facias*, id eſt, qui à promiſſione incipiat. Initium enim obligationi pæbere debet traditio & implementum ex vna parte, non conuentio, *l. 1. infr. de rer. permut.* Alioqui ex parte promittentis, citra ſtipulationem & citra traditionem, nihil niſi nudum pactum eſt *l. 4. & vlt. C. eod.* pactum, inquam, de dando, ex parte verò illius cui promittitur, quiq; nihil ipſe promittit, aut pactum nullum eſt, aut certè contractus ſaltem non eſt, nam & in eo contractuum nominatorum genere, qui conſenſu ſolo perficiuntur, cuiuſmodi ſunt venditiones, locationes, & ſimiles: conſtat pactum de vendendo non eſſe venditionem, nec pactum de locando locationem, vt dicemus fortaſſe ad *l. vlt. inf. hoc tit.* Solúmq; excipitur pactum de donando, quod pro donatione haberi voluiſſe videtur Iuſtinianus in *l. ſi quis argentum 35. §. vlt. C. de don.* licèt de pacto donationis, id eſt, de donatione per nudum pactum in præſenti facta, potius quàm de pacto in futurum donandi eam legem accipi nonnulli velint, quibus ego aſſentior. Cùm igitur contractus ita initus, *Dabo vt facias*, non poſſit referri ad contractum, *do vt facias*, nihilque habeat ſimile, quouſque ſaltem ſecuta ſit datio, quam tamen ponimus ſecutam non eſſe, neceſſe eſt vel manere conuentionem hanc in puris terminis ſimplicis conuentionis, vel vt tranſeat in contractum, ſequi implementum faciendi ex parte tua, vt prior id facias, nec pecunia mea expectata, quod vt faceres, pecuniam daturum me tibi promiſeram. Iam verò eueniente eo caſu, vt tu prior manumitteres, antequam ego pecuniam tibi dediſſem, inciperet quidem eſſe contractus innominatus, at cui nomen eſſe deberet, non *do vt facias*, ſed è cõtrario, *facio vt des*,

BIU Cujas

vt des, quia initio contractus inspecto, quod à primo implemento æstimandum est non à modo ineundę conuentionis, vt contra Accursium pro Vltramontanis nostris disputat Bart. ad *l. naturalis* 5. §. *sed si facio inf. de præscript. verb.* prius implementũ à facto & manumissione, non à datione incepisset. Porrò ex contractu *Facio vt des* nemo vnquam dixit nasci condictionẽ, cùm facta non condicantur, quandoquidẽ id quod factum est, pro infecto haberi non potest, *l. in bello* 12. §. *factæ autem res infr. de captiu. & postlimin.* multo minus autem libertates datæ reuocentur. Ideóque ex eo contractu non aliam, quàm de dolo actionem nasci scriptũ est in *d. l. naturalis* §. *quòd si faciam*. Sed quonam demum casu, si posteaquam feci, inquit Paulus, cessas dare? Factum ergo præcessisse necesse est. At nos eum casum tractamus, quo non magis ex tua parte factũ interuenerit, quàm ex parte mea datio vlla pecuniæ. Quis verò tale contractus innominati genus vnquã audiit, ex quo nullũ neq; ex mea neq; ex tua parte secutũ sit implemẽtum? Sed quis præterea sibi persuadeat ex contractu tam ridiculo nasci posse actionem in gratiam & fauorem eius qui non solùm ex parte sua nihildũ impleuerit, sed nec implere amplius quicquam possit? An non absurdissimum & iniquissimum fuerit, cogi me pecuniam tibi dare quam nudo pacto promiseram, vt Stichum seruum tuum intra mensem manumitteres, quamuis ante manumissionem decesserit, & ob id solùm, quod adhuc hodie si viueret, manumittere illum posses, quodque tibi nihil imputari possit, cur eum non manumiseris, cùm tempora largirentur, vt manumitti intra constitutum tempus posset? An non verissimũ est hoc casu secũdum hanc sententiam nasci actionem ex pacto nudo contra iuris regulas? *l. iuris gentium* 7. §. *quinimo supr. de pact. l. legem quam dixisti* 10. *Cod. eod.* Aut quis vnquam dixit iustam causam esse dandæ tibi actionis solam illam, quòd imputari nihil tibi possit? Iustam quidem defensionem & exceptionem præbere tibi ea res posset si conuenireris: sed vt actionem quoque dare tibi debeat, vt me conuenias, & à me pecuniam exigas, quam nudo pacto me daturum promiseram, nulla certè iuris actio permittit. Quotus enim quisque est, qui si hoc sufficeret, vt nihil imputari ei posset, non esset æquè habiturus contra me de qualibet re actionem? Causam nimirum aliquam affirmatiuam, positiuam, vt ita loquar, & legitimam semper præcedere necesse est, quæ obligationem, & actionem ex obligatione parere possit, non enim nisi certis & legitimis modis nascuntur obligationes & actiones *l. 1. l. obligationum ferè* 44. §. *placet & pass. de obligat. & action.* inter quos succurri non est pactum nudum, ita neque simplex illud abnutiuum: vt nihil tibi possit imputari, cùm ex propositione negatiua inferri nihil possit, sed & finge me tibi promisisse decem etiam per stipulationem, si voles sub illa condicione, si intra mensem Stichũ seruum tuum manumiseris, quis credat dandã tibi cõtra me actionem ex stipulatu ad petenda decem etiãsi Stichus ante manumissionẽ dummodo intra mensem decesserit? An ideo pro manumisso habẽdus est quod etiã hodie manumitti posset, si viueret? Imò implicant ista cõtradictionem. Non enim posset hodie manumitti si habendus esset pro iam manumisso. Nec rursum potest haberi condicio pro impleta, quin potestatẽ inducas cõstitutionis Marci & Cõmodi ad Aufidium Victorinum, de qua in præcedentibus diximus, quæ tamen hoc casu locum habere non potest, non ob id solum, quod nihil adhuc à me acceperis, vt seruum tuum manumitteres *l. si is qui* 4. *C. si mancip. ita fuer. alien. l. qui Romæ* 122. §. *Flauius de verb. oblig.* sed etiam quia non habet locum ea constitutio nisi post elapsum tempus manumissioni faciendæ præstitutum, quo tamen tempore ponimus iam decessisse Stichum, nec proinde manumitti amplius posse, non magis per constitutionem quàm per te, cuius factum potestate constitutionis repræsentatur *l. vlt. Cod. si mancip. ita fuer. alien.* Sed neque verum est imputari tibi nihil posse, cùm potueris primo quoque die manumittere, si id agebas, vt conuentionem illam nostram ita conceptam *dabo vt facias* conuerteres in cõtractum *facio vt des*, debueras enim prospicere hoc posse euenire, vt Stichus si non statim manumitteretur, ante manumissionem & intra mensem ipsum tamẽ moreretur, atque ita manumittendi eius facultas, petendorúmque decem ratio omnis tibi præriperetur *arg. l. si quis domum* 9. §. 1. *inf. locat.* Debueras igitur festinare ad eum manumittendum, vt hoc ipso me obligatum haberes ad præstanda tibi decẽ, quæ ob eam causam, licèt nudo pacto promisissem. Quòd si ex placito permutationis nulla actio nasci potest, nisi rei traditio ex alterutra parte secuta sit *l. ex placito* 3. *C. de rer. permut.* sicut neque ex placito diuisionis *l. diuisionis placitum* 45. *sup. de pact.* cur potius ex hoc pacto *dabo vt facias* concedetur tibi actio priusquam feceris, & eo tempore quo facere nihil amplius possis, cùm antea & citius potuisses? Cùm igitur hæc omnia verissimè disputẽtur, non possum ferre quod lex ait, vltro tibi competere actionem *quæ ex hoc* inquit *contractu nascitur*. Quisnam enim obsecro hic contractus est? Si eum intelligis, de quo hucvsque tractatum est, contractus est *Do vt facias*. At ponimus conuentionẽ ita factã esse, *dabo vt facias* id est, *vt manumittas*, quæ nihil simile aut commune habet cum illa *Do vt facias*, nec speciem vllam constituere potest contractus innominati, vt probauimus. Quòd si conuentionem hanc degenerare velis in contractum innominatum vel dationem, ex mea parte interuenire necesse est, vt incipiat hic esse cõtractus *Do vt facias* vel factum manumissionis ex tua parte, vt incipiat esse *Facio vt des*. Atqui priore casu non poterit locus esse quæstioni propositæ, an decem dare tibi debeam, quæ iam dederim, nec rursus competere tibi condictio manumissionis & libertatis. Multo minus autem ferre illud possum, quòd *actionem quæ ex hoc contractu nascitur* lex interpretatur *condictionem*, quis enim nescit condictionẽ quæ nascitur ex contractu *Do vt des* vel ex contractu *Do vt facias*, non competere, nisi vt id quod datum est, reddatur, at nõ etiam vt quod dari fierive ab altera parte promissum est, detur fiatve. est enim necessaria in eam rem actio Præscriptis verbis, quæ nec conceditur ad hoc præcisè, vt detur vel fiat, quod aduersarius dare vel facere debuerit, vt contractum ex parte sua impleret, sed ad id quod interest illius qui ex parte sua satisfecit, ni alter ex sua quoque satisfaciat *d. l. 1. in fin. de rer. permut. d. l. naturalis* §. 1. *& seq. de præscript. verb. l.* 4. 5. *&* 6. *Cod. de rer. permut.* Neque ab hac propositione quam interpretes omnes admittunt, excipiendi sunt duo illi casus, quos iidem post Accursium excipiunt ex *l. si pecuniã* 5. §. *item si quis &* §. *sed si acceperit*, vt ad eos locos dicemus. Quare valde se torquent nostri, vt explicent quænam sit hæc condictio, quam lex tibi dat contra me, vt soluam tibi decem. Alij volunt esse

BIU Cujas

condictionem certi generalem, quæ possit concurrere cum alia qualibet actione speciali, per quam certum petatur ex *l.certi condictio 9.supr. de reb. credit.* adeóque cum actione de dolo, si contractus à facto incepisset, & esset contractus *Facio vt des*, vt in *l. cùm proponas 4. C. de dolo.* quasi sit illa genus, hæc species quæ per genus suum nunquam excluditur, sed parùm subtiliter: nam neque certi condictio generalis vlla est, quæ in iudicium & exercitium deduci possit, vt probauimus ad *d.l.certi condictio*: neque fieri potest, vt cum ea concurrat actio de dolo, non magis quàm cum alia vlla actione, quæ non nisi subsidiaria est, & omnibus aliis deficientibus datur *l.1.§. ait Prætor & pass. supr. de dolo.* sed tanto minùs cum condictione certi, quod per actionem de dolo semper petitur incertum, cùm non detur, nisi ad id quod interest *l. arbitrio 18. eod.* condictio autem, quæ hîc datur, non possit esse nisi certi, quippe quæ detur ad certam quantitatem, id est ad pecuniam promissam. Ideóque nec sibi satisfaciunt in hac explicatione interpretes, sed ad aliam confugere coguntur multo ineptiorem, vt hîc condictionē dixerit Vlpianus pro actione Præscriptis verbis, quæ scilicet ex contractibus innominatis dari solet, vt vel placiti fides præstetur, vel id quod interest agentis, vel vt, si actor hoc elegerit, quod datum est, restituatur, *d.l.naturalis §.1. & seq. d.l.4.5. & 6. C de rer. permut.* Hoc verò quàm ridiculum sit, nemo nō videt: actionem enim Præscriptis verbis à condictione prudentes nostri perpetuò separant, sed in hoc maximè tractatu, in quo condictionis nomine nihil nisi repetitionem dati significant: præscriptis autem verbis actionem referunt ad id quod vicissim dare vel facere debuit is qui ea lege datum accepit. Quod verò erroris huius tuendi gratia adferunt, omnes actiones personales posse dici condictiones, æquè erroneum & falsum est. Nec enim alias personales actiones appellamus condictiones, quàm per quas intendit actor, dari sibi & dominium in se transferri oportere *§. appellamus Instit. de action. l. si quis inficiatus 13. §. 1. depos.* quod per actionem præscriptis verbis nūquam fit, datur enim semper ad id quod interest, & ob id plerunq; *incerti ciuilis* appellatur, tùm verò maximè cùm datur ex contractu innominato etiam contra eum, qui alioquin obligatus est ad dandum, vt Accursius quoque fatetur, nec Bartolus repugnat, *ex l. ob eam causam 9. infr. de præscr. verb.* Falsum igitur est quod in hoc versiculo scriptum est, si nihil tibi dedi, vt manumitteres, placuerat tamē vt darē, vltro tibi cōpetere actionē, quæ ex hoc contractu nascitur, id est condictionē defuncto quoq; eo. Nec possis veram facere hāc sententiā, etiāsi adhibeas distinctionem Accursij, an distracturus fueras Strichū, si hæc conuentio non obstitisset, necne ex *d.l. si pecuniam 5. §. sed vbi infr.* nam præter id quod tota illius §. distinctio Triboniani est, vt iā attigimus ad aliū casum, quàm ad hunc illa pertinet, nihilq; referre potest an Stichum distracturus fueris, an non, vt detur tibi actio ad pecuniā contra me, defuncto quoque ante manumissionē eo quē manumittere debueras, quēq; si prohibitus fueras distrahere, quòd eū manumittere voles, tanto citiùs debueras manumittere, cùm posses, ne ante manumissionē moreretur. Satísque est si ea distinctio recipi possit, cùm de inhibenda repetitione tractatur, vt in *d. §. sed vbi.* Est igitur, ni fallor, tota hæc clausula Triboniani, qui cùm videret æquum esse, vt cesset repetitio, si Stichus qui manumitti debuit, decessisset intra tēpus præstitutū, putauit eandē æquitatem posse facere, & eo vsque porrigi, vt quemadmodū quod ego tibi dedi, non possum repetere, ita & quod non dedi, possis à me petere, quasi verò eiusdē æquitatis sit, vt cuius dati repetitio non est, eius non dati petitio sit, quod tamen falsum esse ostendimus ad *tit. de aleator.* Facilius enim est, vt possidenti detur retentio, quàm vt non possidenti actio *l.1 infr. de pignor. l. si in area 33. infr. de condict indeb.* Sic autem facere solent, qui cerebrinam istam, &, vt quidam facetè vocant, vertiginosam æquitatem, cuius præcipuus dux & antesignanus Tribonianus noster fuit, producūt quàm latissimè fieri potest, vt veræ æquitatis prætextu negligant veram iuris rationem, & legibus impunè illudant.

3 ¶ Si liber homo, qui bona fide seruiebat, mihi pecuniam dederit, vt eum manumittam: & fecero, posteà liber probatus, an mihi condicere possit, quæritur? Et Iulianus libro vndecimo digestorum scribit, competere manumisso repetitionem.

Ad §. 3. Si liber homo.

RAT. DVB. Liber homo, qui cùm bona fide mihi seruiret, dedit mihi pecuniam, vt eum manumitterem, si à me fuerit manumissus, non potest conqueri se deceptum esse à me, aut non esse secutum ex parte mea implementum, cùm dandæ pecuniæ causa non alia fuerit, quàm manumissio, quæ verè secuta est, si non de iure, vt loquuntur, quia iam liber homo manumitti iure non potuit, de facto tamen, quia manumissio facti est, & condiciones quoque ipsas, quæ dispositionem afficere magis solent, quàm afficiat modus (nec enim modus suspendit dispositionem, vt condicio *l. cùm ab eo 41. infr. de contr. empt.*) dicimus tamen sufficere de facto impleri, licèt implementum illud nullum effectum iuris habeat, nisi quòd condicioni satisfactum esse creditur *leg. Mœuius 55. de condic & demonstr. leg. heredibus 77. §. vlt. infr. ad SC. Trebell.* Ergo non potest hoc casu locus esse repetitioni, ob rem dati, quasi re non secuta. DEC. Semper in stipulationibus, cæterisque contractibus sequimur id quod actum est *l. semper in stipulationibus 34. de regul. iur.* Cùm autē pecuniam aliquis dat, vt manumittatur, non tā de actu solo manumittēdi cogitat, quàm de libertate per manumissionē cōsequenda: cur enim daret pecuniā ob manumissionē, ex qua nullā ipse vtilitatem esset consecuturus? Quam porrò aliā vtilitatem ex manumissione cōsequi potuit, præter libertatem? Nec aliam bonæ fidei possessoris mentē fuisse dici potest, qui pecuniā accepit ad manumittendū eum, quem seruum esse falsò existimabat, vt in *l. cùm ancillā 6. C. hos tit.* Atqui liber homo, licèt bona fide seruiat, & seruum se existimet, non eo minùs tamen liber est, nec magis liber fieri per manumissionem potest, cùm ex iusta seruituте manumissum quē esse oporteat, vt manumissio effectum aliquem habere possit: vnde est quod solemus dicere, natalibus & ingenuitati non officere manumissionem *§. vlt. Instit. de ingen.* Ergo cùm pecunia data est ab homine libero, qui seruum se putabat, vt manumitteretur, licèt posteà manumissus sit, verum tamen est dicere, causam ob quam

quam data fuit pecunia, secutam non esse, quia nec sequi potuit. Manumissio enim esse nulla videri potest vbi nulla est datio libertatis: effectus enim rei magis considerandus est, quàm verba *l. pen. §. docere ne quis eum qui in ius vo. ab. vi exim. l. 1 §. 1. quod quisq. iuris l. debitor 59. vers. videamus de effectu rei infr. ad SC. Trebell.* Consequens igitur est, vt hoc casu locus sit condictioni ob causam dati, causa non secuta. Cur non verò cõdictioni sine causa? nulla enim videtur hîc causa fuisse dandæ pecuniæ ob libertatem, cùm nulla subesset seruitus: nimirum quia ab initio iusta fuit causa & dandæ & accipiendæ pecuniæ ob manumissionem eius, qui seruus credebatur, causa tamen nec secuta fuit, nec sequi potuit, quia nec libertas homini iam libero dari potuit: longéque aliud est dicere, causam nullam dandi fuisse, aliud verò causam nec secutam esse, nec sequi potuisse. Difficilius illud est, cur non ex iuris regula bona fides eius qui pecuniam accepit, non præstet tantundem possidenti, quantum præstaret veritas ad inhibendam repetitionem *l. bona fides 136. de regul. iur.* Sed ex eadem regula respondendum est, quia lex impedimento est, nec patitur, vt quod ob causam datũ est, retineatur causa non secuta, non magis quàm si vel sine causa, vel ex aliqua quidem, sed iniusta & turpi datum esset *l. 1. & tot. tit. infr. de condict. sin caus. l. perpetuo 6 infr. tit. prox.* nec ipsa quoque ratio æquitatis hoc pateretur: omnes enim condictiones licèt stricti iuris sint, naturalem tamen habent æquitatem, & ab æquitate originem sumpsisse videntur *l. indebiti 15. l. hæc condictio 60. inf. de condict. indeb. l. rerum quidem 25. inf. rer. amot.* Nec sanè vnquam æquum est, locupletari quemquam sine causa ex alterius damno & iactura *l. nam hoc natura 14. eod. l. iure naturæ 206. de regul. iur.* Conditionum alia ratio est. Sunt enim omnes facti, ideóque implendæ in forma specifica *l. qui hæredi 44. & d. l. Mœuius 55. de condic. & demonstr. d. l. heredibus 77. §. vlt. ad Trebell.* nec aliunde recipiunt interpretationem, quàm à voluntate testatoris *leg. in condicionibus 19. l. pater Seuerianam 101. de condic. & demonstr.* testator autem in dubio condicionem ad factum magis quàm ad ius retulisse credẽdus est, sicut & vltima ipsa voluntas tota facti est *leg. voluntatis 7. C. de fideic.* Denique sufficit non circumueniri voluntatem testatoris *l. si cui 92. de condic. & demonstr.* non circumuenitur autem, cùm facto ipso impletur condictio, & eo modo quo impleri potest ab eo cui adscripta est. Quod tamen in hoc §. Vlpianus scribit, dandam esse repetitionem pecuniæ ab eo datam, qui cùm liber esset, seruus tamen putabatur, intellige cum Accursio, si non sit ea pecunia ex peculio, quod ad ipsum bonæ fidei possessorem pertinebat. Eo namque casu nulla posset esse repetitio ab eo, qui suam pecuniam accepisset, secundum distinctionem ab eodem Vlpiano nostro traditam in *leg. si procuratorem 8. §. si liber homo inf. mandat.* & à Scæuola in *l. vlt. in princip. inf. de condict. indeb.* Iunge *l. si liber 9. Cod. hoc tit.* Extra hunc casum placet, quod ex hoc §. notat Bartolus, & ex *seq.* si causa ob quam datum est aliquid, sequatur de facto tantùm, non etiam de iure competere repetitionem, nec distingui, an sciens, an ignorans quis acceperit, vt subiicitur in §. *seq.* nisi quòd minorem dubitationem res habet in eo, qui non bona fide pecuniam accepit, sed sciens liberum eum, à quo accipit, vt ipsum manumittat: id enim non potest facere sine dolo malo. Placet etiam quod addit Accursius, nihil referre, an nihil fiat, an de iure non fiat, aut etiam non videri factum quod iure non est ex §. *prox. inf. & ex l. 5. C. si mancip. ita fuer. alien.*

4 ¶ Neratius etiam libris membranarum refert, Paridem pantomimum à Domitia Neronis filia decem, quæ ei pro libertate dederat, repetisse per iudicem: nec fuisse quæsitum, an Domitia sciens liberum accepisset.

Ad §. 4. Neratius.

RAT. DVBIT. & DECID. ad hunc §. eadem est, quæ ad præcedentem. Eadẽ enim vtriusque sententia est, nisi q hîc additur, distinguendum non esse, an is, qui tanquam à seruo pecuniam accepit, vt eum manumitteret, liberum sciuerit, an ignorauerit, cum vtroque casu eadem iuris ratio locum habeat, quia causa dandi non videtur secuta, quamuis secuta sit manumissio, ex qua libertas nec obtigit, nec obtingere potuerit. Neque verò semper necesse est, meliorem esse condicionem ignorantis propter bonam fidem, quàm scientis propter dolum quem adnexum semper habet scientia, sed sufficit, vt nunquam melior sit condicio scientis, quàm ignorantis, malæ fidei possessoris, quàm bonæ fidei *l. non solùm 13. supr. de noxal. action.* stulti quàm prudentis, imperiti denique quàm periti *l. 4. infrà quod vi aut clam.* Vbi ergo lex non distinguit, nec nos distinguemus, inquit Accursius, ex *leg. 3. suprà de offic. Præsid. l. de precio 8. sup. de Public. in rem act.* Quod tamen intellige, si distinguendi ratio nulla subsit, quomodo hîc certè nulla subest.

5 ¶ Si quis, qu. si statuliber, mihi decem dederit, cùm dare iussus non esset: condicere eum decem, Celsus scribit. Sed & si seruus, qui testamento heredi iussus erat decem dare, & liber esse, codicillis purè libertatem acceperit, &, id ignorans, dederit heredi decem: an repetere possit? & refert, patrem suum Celsum existimasse, repetere eum non posse. sed ipse Celsus naturali æquitate motus, putat repeti posse. quę sententia verior est. quãquam constet, (vt & ipse ait[a]) eum, qui dedit ea spe, quòd se ab eo, qui accepit, remunerari existimaret, vel amiciorem sibi esse eum futurum, repetere non posse, opinione falsa deceptum.

Ad §. 5. Si quis quasi statuliber.

Superiores §§. fuerunt de pecunia ab eo data, qui seruus putabatur, cùm liber esset: hic verò §. de pecunia perinde quidem data ab homine iam facto libero, sed qui tamen statuliber credebatur. RAT. DVB. Seruus, qui testamento heredi decem dare, & ita liber esse iussus erat, quamuis domini sui codicillis libertatem purè acceperit, non potest tamen

BIU Cujas

dicere secutam non esse causam, ob quā dedit pecuniam, cùm directā libertatem nactus sit quæ data ei fuerat non minùs in testamēto, quàm in codicillis, nec quicquā eius interesse videatur, ex qua volūtate habeat libertatē, dūmodò eandē habeat, id est directā, & ex eiusdē domini iudicio ac liberalitate *leg. cùm seruus 104. infr. de verb. oblig.* vbi dicitur, quod difficilius est, etiā in libertate quæ per manumissionē danda est, non esse quærendū à quo seruus manumittatur, sed vt manumittatur. Et quāuis seruus hic opinione sua deceptus sit, cùm habuerit libertatem ex codicillis, quā putabat se habere ex testamento, nō solet tamen hæc cōdictio dari, ob id solùm quod falsa opinione sua quis deceptus sit, dū ne ab eo qui pecuniam dedit, deceptus fuerit, puta si dederit ea spe, quòd se ab eo qui accepit, remuneratum iri existimaret, vel amiciorem eū sibi fore crederet: huic enim certū est non dari repetitionem, nec si remuneratio nulla, neq; maior amicitia secuta sit: sibi namque imputet qui se ipsum falsa illa opinione decepit: sufficitq; vt nihil imputare possis ei, qui pecuniā iusta de causa, nullāq; vicissim promissione facta acceperit. Quid verò imputare possis domino, qui hęc decem à seruo quasi à statulibero accepit, cùm eo ipso testamēto ex quo hereditatem adiit, cuius additionē libertas ipsa confirmata est, cœpitque deberi (nec enim dies libertatis siue directæ, siue fideicōmissariæ cedit, nisi ab adita hereditate *l. heredis aditio 7. §. vlt. & l. seq. in fr. quand. dies legat. ced. leg. vnic. §. libertatibus C. de caduc. tollend.*) libertatem datam videret sub ea condicione, *si seruus ei decem daret*? An non satis iusta causa est, iustúsq; titulus possidendi, si quid mortis causa acceperis? *leg. 1. §. si parendi supr. l. mortis causa capimus 18. & l. mortis causa capitur 31. infr. de mort. conf. donat.* præsertim si ponas ignorasse illum codicillos postea factos, & ita pecuniam à seruo quasi à statulibero accepisse bona fide: quod & in dubio præsumendum est: ignorare enim testamentum ex quo heres est, probabiliter certè non potest *leg. 2. supr. de edend.* at codicillos potest *leg. non est ferendus 12 supr. de transact.* Quamquam nec valde decipitur is, qui se liberum putat ex testamento, cùm tamen liber sit ex codicillis: quandoquidem singulare illud ius est codicillorum testamento confirmatorum, vt quæcunque in iis scripta sunt, perinde haberi debeant, acsi in testamento scripta essent, *leg. 2. §. 1. infr. de iur. codicill.* Ergo dicendum videtur, quod Celsus pater existimabat, non posse seruum hunc repetere decem quæ dedit, neque condictione sine causa, neque ea de qua in hoc tit. agitur, id est condictione ob causam dati causa non secuta. Estque longè dissimilis hic casus, qui in huius §. principio ex eodem Celso proponitur, si quis quasi statuliber decem mihi dederit, cùm dare iussus non esset, at purè libertatem accepisset: huic enim condictionem dandam esse, nec Celsus ipse pater dubitabat, nec dubitandi ratio certè vlla fuit, nisi fortè illam quis comminiscatur, quòd perinde hic liber sit, acsi condicionem impleuisset, cùm nulla fuisset causa dandorum decem gratia implendæ condicionis, quæ nulla fuerat adscripta. Et quamuis sufficeret causam illam in sola statuliberi opinione fuisse ad hoc, vt non videretur data pecunia sine causa, fatendum tamen esset secutam causam non esse, nec sequi potuisse, cùm data fuerit pecunia implendæ condicionis gratia, quæ impleri non potuit, quia nulla fuit. At in alia specie in qua Celsus filius à Celso patre dissentiit, adscripta verè fuerat condicio dandorum decem in testamento, quo & directa libertas data erat, quamuis sublata in codicillis posteà factis, relicta ei purè libertate. Et hæc sunt, quæ pro Celsi patris opinione tuenda disputari contra Celsum filium meo iudicio possunt. Sed pro Celso filio qui naturali æquitate motus patris opinionem in hac specie reprehendit, ratio illa decidendi afferri potest, quod cùm libertas in testamento data est, sub condicione dandorum decem, in codicillis verò purè obtingit statim ex die aditæ hereditatis, & quidem non tam ex codicillis, in quibus purè data est, quàm ex testamento, in quo scripta videntur omnia, vt diximus, quæcunque in codicillis scribuntur, & ideo datio libertatis facta in testamento sub condicione, *si Stichus heredi decem dederit*, nullius momenti & effectus esse potest, ad suspendendam libertatem, nec proinde vllo condicionis implemento Stichus indiget, vt liber fiat, cùm sit liber ipso iure. Id enim est quod dici solet, in libertatibus directis non nouissimam scripturam, vt in fideicommissariis, & in pecuniariis legatis, sed leuissimam spectandam esse, & per quam citiùs perueniat seruus ad libertatem *leg. 1. l. in libertatibus 5. leg. quod vulgo 45. infr. de manum. testam. leg. leuissima 35. leg. quod traditum 87. & seq. de condic. & demonstr.* Citius autem & commodiùs peruenitur ad libertatem directam, ex pura datione, quàm ex condicionali. Tanto magis autem in proposita specie id dicendum est, quòd scriptura quæ puram dat libertatem, non tantùm leuissima, sed etiam nouissima est, cuius proinde dubitari non debet, quin maior ratio quàm prioris & durioris habenda sit. Nec simile est, quod obiici posset ex *l. si quis seruo 46. de manum. testam.* si quis seruo dederit testamento libertatem, & directò & per fideicommissum, in potestate serui esse vtrum velit directo, an ex fideicommisso ad libertatem peruenire. Potest enim fieri, vt valde interfit serui, vt heredis potiùs quàm orcinus, id est, defuncti libertus sit, maximè verò si fideicommissariam libertatem meruerit purè, nulla scilicet adscripta, siue dandi, siue faciendi condicione. Sed quis dicat similiter posse eius interesse, vt ex condicionali potiùs, quàm ex pura libertatis datione sit liber, præsertim si condicio dandi ab eo, vel faciēdi aliquid adscripta sit, quam impleri ante omnia necesse sit, vt libertatem consequatur? Est enim hæc res ex earum genere, inter quas non cadit electio, quòd nulla inter eas sit proportio *l. 1. infr. de reb. dub.* Quamquam etsi tam stultus quis esset, vt mallet sub condicione dandorum decem, quàm purè libertatem accepisse, non posset tamen illa species ad hunc §. accommodari, in quo tractamus de Sticho, qui decem dederit, vt libertatem sub ea condicione sibi ex testamento datam consequeretur, ante quàm resciret datam sibi libertatem in codicillis purè, qui proinde condicionalem libertatem videri non potest elegisse: quique nunc manifestè puram eligit, cùm decem à se data condicit, siue condictione siue causa, vt Ioannes credidit, quia nullam causam habuit dandorum decem ad obtinendam libertatem, cùm iam & ignorans & inuitus liber esset ipso iure, siue condictione ob causam dati causa non secuta, quia tamen si libertatem obtinuerit, cuius obtinendæ gratia decem dedit, vt sibi adscriptam condicionem impleret, non tamen ex illa condicionali datione liber est, sed ex pura, vt ex eo constat, quòd priùs etiam quàm decem daret heredi, liber fuit nec per condicionis

BIU Cujas

dicionis detractæ implementum magis liber fieri potuit. Itaque quamuis summo iure niti videatur Celsi patris sententia, ne condictione vlla heres teneatur, cùm nihil ex parte sua dare vel facere debuerit, ne libertatem quidem præstare, quæ hoc casu à defuncto accipitur, non ab herede, nec recusare potuerit, quominùs oblata sibi decem acciperet: quod etiamsi fecisset, adhuc tamen vi condicionis expletæ libertatem nactus esset §. *vlt.* huius legis, vt proinde non possit videri heres statuliberum decepisse, maximè si codicillos eo tempore ignorauit (quidni enim potuit impunè accipere, quod vt acciperet cogi poterat? *l. quod autem 6. §. apud Labeonem infr. quæ in fraud. credit.* summa tamen æquitas facit pro Celso filio, vt danda sit Sticho repetitio, cùm is nullam dandi causam habuerit, vt ex postfacto apparuit, quamuis heres habuerit accipiendi. Nec replicari potest, ad impediendam condictionem sufficere, vt id quod fieri debuit factum sit, quocunque modo siue à lege, siue ab homine *d. l. si pecuniam 5. §. 1. infr. l. vlt. C. si mancip. ita fuer. alien. d. l. cùm seruus 104. de verb. oblig.* Nam, vt benè obseruat Bartolus *ad d. §. 1.* data hîc fuerat pecunia ad purificandam condicionem libertatis, quæ non nisi sub condicione dandorum decem data credebatur: condicio autem illa non fuit purificata, neque à lege, neque ab homine, quia nec vlla reuera fuit, cùm per codicillos prior datio libertatis, quæ condicionalis fuerat, conuersa esset in puram. Et aliud præterea est, tractare de petitione pœnæ, vt in *d. l. vlt. C. si mancip. ita fuer. alien.* aliud verò de repetitione datæ pecuniæ, quæ dari nullo iure debuit. Nec sanè difficultas huius §. tam in eo posita mihi videtur, vt sciamus quam iuris & æquitatis rationem habeat Celsi filij sententia, quàm in hoc, cur contraria Celsi patris opinio summo iure verior, & Vlpiano, & ipsi etiam filio visa sit, qui non nisi æquitatis ratione motus dissentit à patre iustiore, certè ac tolerabiliore dissensione, quàm si filius patrem in iure errasse diceret, cùm rationes æquitatis, quæ à summi iuris ratione abhorrent facilè suspectæ sint, & esse debeant bono Iureconsulto quem stricti iuris religiosum esse decet, quales olim inter prudentes nostros Scæuola & Africanus fuerunt: quamquam in his quæstionibus quæ sunt ex bono & æquo, cuiusmodi esse diximus condictiones omnes, boni etiam & prudentis Iureconsulti est cauere, ne quod plerumque fit sub authoritate iuris scientiæ perniciosè erretur, vt idem Celsus filius dicere solebat *l. si seruum 91. §. sequitur inf. de verb. oblig.* Neque tamen valde mirandum esset reprehendi patrem à filio in ipsa etiam iuris ratione, cùm publicè interfit, licere cuilibet ius nostrum quotidie in melius producere, dummodo sit modesta reprehensio, nec sine magna ratione, absitque semper ab æmulatione & inuidia, non minùs quàm ab iniuria *l. potioris 5. C. de offic. rector. prouinc.* Aliud esset, si patris mores culpare, ac reprehendere filius vellet, aut patris administrationem improbare: hoc enim esset indecens, & contra obseruantiam ac reuerentiam à filio patri debitam *§. sed quod sancitum Nouell. 22. de nupt. l. cùm oportet 6. §. non autem C. de bon. quæ liber.* nisi poneres patrem tam euidenter prodigum, & bonorum quoque filij, aut quæ ad filium peruenire quandoque deberent, tam improbum profligatorem, vt remedio magis quàm patientia, vel dissimulatione opus esset, vt in specie *l. vlt. C. de sentent. pass. & restit. l. Imperator 50. infr. ad SC. Trebell.* etsi his quoque casibus ita cum patre tractandum est, vt semper salua sit reuerentia, quomodo loquuntur *Impp. in l. si liber 9. Cod. hoc tit.* Obseruandum autem est, loqui Vlpianum in hoc §. de libertate directa, non de fideicommissaria: nam si poneres datam Sticho libertatem fideicommissariam in testamento sub condicione, *si decem heredi daret*, deinde in codicillis eidem datam esse libertatem, æquè fideicommissariam, sed purè, non putarem dandam ei condictionem, neque ob causam dati causa non secuta, vt contra Accursium Bartolus disputat, neque sine causa, vt Accursius sentit, quia causa dandi fuit, vt manumitteretur Stichus, qui nec ante manumissionem liber fuit, nec esset hodie si manumissus non esset. Nec ad rem pertinet quòd ex fideicommissaria libertate pura manumitti hodie deberet, nulla etiam data pecunia: nam non quemadmodum in libertate directa, primùm sub condicione, deinde purè data euenit, vt qui ex libertate pura iam ipso iure liber est, non possit ex condicionali magis fieri liber, nec si millies impleat condicionem, ita in fideicommissaria perinde potest contingere, vt datio condicionalis per puram impediatur, cùm non magis hæc quàm illa competat ipso iure, sed vtraque præstanda sit per manumissionem, fieri autem nequeat, vt qui manumissus est, factúsque liber datis decem, quasi ex libertatis fideicommissariæ datione condicionali, iterum magísque fiat liber, quàm ex libertatis fideicommisso puro: adeò vt neque in ipsius electione esse possit, ex vtra datione libertatem fideicommissariam consecutus esse velit, cùm non potuerit consequi ex posteriore libertatem, quam acceperit iam ex priore: non magis quàm permittendum ei est, vt pœniteat datæ pecuniæ, ad consequendam ex datione condicionali libertatem, sicuti nec acceptæ libertatis pœnitere illum potest, etiamsi seruus manere mallet, quia quod dici solet, libertatem, quæ semel competiit, retractari & reuocari amplius nunquam posse, non minùs ad eum qui accepit, quàm ad eum qui dedit pertinet, cùm nec volens quisquam ex libero seruus fieri possit *l. nec si volens 6. Cod. de liber. caus.* Et sicuti libertas ex fideicommisso condicionali post implementum condicionis, præstita reuocari nequit, ita neque implementum condicionis, quod libertati illi fideicommissariæ quæ relicta sub condicione fuerat, causam dedit. Vnicum duntaxat casum excipio, si heres qui accepit decem, vt Stichum manumitteret ex libertatis fideicommisso condicionali, iam tum sciebat rogatum se purè in codicillis, vt eundem Stichum manumitteret: quo casu non putarem equidem illi condictioni locum esse, siue sine causa, siue ob causam non secutam, sed cùm heres hic non careat dolo, qui libertatem quam à se gratis præstari debere sciebat, nonnisi accepta pecunia præstare voluit, non dubito quin contra eum danda sit actio de dolo, per quam cogatur heres soluere quanti actoris interierit *l. arbitrio 18. §. 1. supr. de dolo*, in quo saltem ea quantitas, quæ implendæ condicionis causa data fuit continebitur, quia nec minoris potest interesse *l. 1. infr. de act. empt. l. in interdicto 6. infr. Vnde vi.* Extra hunc casum ferre non possum, vt pecunia data manumissionis causa reddi debeat vlla actione, at condictione multo minùs, cui nec puto posse vllo casu locum esse, nisi quo etiam pœnitentiæ locus esse possit: facilius siquidem est, vt in hoc negotiorum genere locum habeat pœnitentia, quam vt condictio citra pœnitentiam. *§. idem erit supr.* Tan-

BIU Cujas

tum abeſt, vt probare poſſim, quod contra Accurſium vult Bartolus, in fideicommiſſaria quoque libertate condictioni huic ob cauſam locum eſſe poſſe, quòd cauſa proxima dandæ pecuniæ fuerit, vt libertatis relictum purificetur, quod, inquit, non eſt ſecutum. Nam imò, inquam, ſecutum eſt, cùm, à quo inſtanti data fuit pecunia, cœperit libertas deberi purè ex teſtamento, non minùs quàm ex codicillis, quamuis priùs debita fuerit purè ex codicillis quàm ex teſtamento: non enim quæ debita eſt, competit, ſed quæ præſtita, & ideo quæ priùs fuit præſtita ex teſtamento, propter impletam condicionem deſiit eſſe debita ex codicillis: quod in directa libertate ſecus eſſe diximus, quia competit ipſo iure, nec ab herede aut debetur, aut præſtatur, ſed à defuncto ipſo præſtita eſſe intelligitur. Denique nihil eſt quod impediat, quominùs ex condicionali datione libertatis fideicommiſſariæ manumittatur poſt impletam condicionem is, qui ex alia quoque, ſed pura datione manumitti ſtatim debuit. Generale autem eſt, cùm ſæpius datur ſeruo libertas ſiue directa, ſiue fideicommiſſaria eam ſcripturam præualere, ex qua ſeruus peruenit ad libertatem *d l.1. de manum. teſtam.* præſertim cùm in fideicommiſſariis libertatibus non leuiſſima ſcriptura ſpectanda ſit, vt in directis, ſed nouiſſima *leg. in libertatibus 5. eod. leg per fideicommiſſum 90. de condic. & demonſtr.* Replicabis, in propoſita ſpecie nouiſſimam ſcripturam eam fuiſſe quæ in codicillis poſt teſtamentum factis libertatem dedit purè, non autem eam quæ in teſtamento ſub condicione. Hoc verò fateor, ſed dico non potuiſſe hîc ſpectari ſcripturam nouiſſimam, quæ ignorabatur, & quæ cùm factum heredis exigeret, non potuit effectum vllum habere antequàm proferretur, & idcirco non ob id minùs præſtari libertatem fideicommiſſariam potuiſſe ex datione condicionali poſt impletam condicionem, cùm Stichus non aliter ſe ad libertatem peruenire poſſe crederet, quòd ſi ſciuit datam ſibi poſteriore ſcriptura puram libertatem æquè fideicommiſſariam, adhuc potuit, ſi tam ſtultus fuit, eligere dationem condicionalem omiſſa pura fortaſſis, vt amiciorem patronum experiretur, vt ſequitur in hoc §. & ſe gratiorem ei præberet, *vt in leg. cùm quidam 17. §. Diuus Pius infr de vſur.* Nec ideo indebitam pecuniam dediſſe videri poteſt, cuius beneficio debitam ſibi libertatem conſecutus eſt, tametſi nulla etiam data pecunia eadem libertas ipſi deberetur. In eóque errat Accurſius ſi exiſtimat, quomodo interpretatur Bartolus, ideò competere in fideicommiſſaria libertate condictionem ſine cauſa, quòd dandi cauſa fuerit iniuſta: quod certè falſiſſimum eſt. Non enim potuit iuſtior eſſe cauſa dandi quàm ob libertatem, nec accipiendi, ſi heres purè datam libertatem fideicommiſſariam ignorabat. Nec illud quoque placere poteſt, quod in libertate directa Bartolus diſtinguit, an data ſit pecunia implendæ condicionis cauſa ante aditam hereditatem, an poſt: nam cùm illa condicio adſcripta eſt, *ſi heredi decem dederit*, non magis ante aditam hereditatem quàm viuo teſtatore impleri condicio poteſt *leg. 2. leg. ſi iam facta 11. §. 1. leg. multùm 21. de condic. & demonſtr.* non ob id ſolùm, quòd libertas teſtamento data, ſiue directo, ſiue per fideicommiſſum non cedat, niſi ab adita hereditate, vt ſuprà diximus, ſed etiam quia nec poteſt videri data pecunia heredi, quæ data eſt inſtituto ante aditam hereditatem, quando nec heres eſt, niſi poſt additionem *leg. qui heredi 44. §. vlt. & leg. ſeq. eod. tit.* Malè etiam Accurſius negat condictionem indebiti locum habere in hac ſpecie, quòd data ſit pecunia ab eo qui ſciebat ſe non eſſe obligatum ex *leg. quod quis ſciens 50. infr. de condict. indeb.* Quomodo enim ſcire poterat ſe non eſſe obligatum, cùm ignoraret codicillos, quibus purè data ei libertas fuerat, teſtamentum autem ſciret quo libertatem acceperat ſub ea condicione, *ſi decem heredi daret?* Verum tamen eſt quod ille ait, ceſſare hoc caſu etiam condictionem indebiti, perinde ac cæteras, ſed alia ratione, quoniam pecunia quæ condicionis implendæ cauſa datur, licèt indebita fuerit antequàm daretur, quia non poterat peti ab eo qui dedit, neque cogi poterat ille vt daret, vbi tamen dedit, debitam dediſſe credendus eſt, vt conſequi poſſet libertatem ſibi relictam ſub ea condicione, nec ſine titulo habet eam heres qui accepit, cùm mortis cauſa acceperit. Perinde igitur habet ius retinendæ pecuniæ, acſi ex mortis cauſa donatione accepiſſet, quia tam iuſtam retinendi cauſam præbet mortis cauſa capio, quàm mortis cauſa donatio, quæ & ipſa generali mortis cauſa capionis nomine continetur *dict. leg. mortis cauſa capimus 18. leg. 31. l. 38. de mort. cauſ. donat.* Illud verò longè minùs ferri poteſt quod idem Accurſ. addit, vindicationi nummorum poſſe hoc caſu locum eſſe, quaſi non ſint facti accipientis, ex § *prox ſeq.* cuius tamen longè diuerſa ſpecies & quæſtio eſt.

a *Quamquam conſtet, vt & ipſe ait.* Argumentum eſt à ſimili, quo Celſus filius putabat poſſe patris ſui ſententiam defendi, ſed quod tamen à diſſimili potiùs ſumptum eſt. Nam is equidem qui dedit aliquid ea ſpe, quòd ſe ab eo qui accepit, remuneratum iri exiſtimaret, aut amiciorem eum ſibi futurum, repetere non poteſt tanquam qui non ab eo cui dedit, ſed à ſeipſo potiùs, propter falſam ſuam opinionem deceptus fuerit, ſicut & interdum quis propter ſuam ſcientiam à ſeipſo deceptus dicitur in *leg. nam ſi actor 26. ſupr. de rei vindic.* præter id quod dignus eſt decipi, qui beneficium ideò dat vt recipiat, quemadmodum ex Seneca diximus ad *l. ſed etſi 25. §. conſuluit ſupr. de hered. petit.* Nec propoſitum in mente retentum quicquam operatur ad dandam huiuſmodi condictionem *l. ſi repetendi 7. C. hoc tit. l. ſi maiores 25. C. de tranſact.* donandique animo talis pecunia data intelligitur, ſicuti quoties darem tibi, vt aliquid pro te faceres, quod alioqui facturus non eſſes, inquit Accurſius ex *l. ſed ſi mors 13. §. vlt. de donat. int. vir. & vxor l. Titio centum 71. in princip. infr. de condic. & demonſtr.* niſi cùm ab vtraque parte idem tacitè actum intelligeretur, vt in *l. ſi quaſi 3. infr. de pignor. act.* Quomodo illa etiam vſura donata creditur, quam quis per longum tempus petere deſtitit, vt debitori ſuo gratior eſſet *l. cùm quidam 17. §. Diuus Pius de vſur. l. vir vſuras 54. de donat. int. vir. & vxor.* At in ea ſpecie, quæ Celſum filium à Celſo patre diſſentientem habuit, falſa quidem fuit opinio eius, qui iam liber ex pura datione libertatis pecuniam dedit, quaſi ſtatuliber, vt libertatem quam ſibi ſub ea condicione relictam putabat, nanciſceretur, ſed non niſi ab ignorantia ſua deceptus videri poteſt eáque tolerabili, quam proinde non vſque adeò damnoſam ei eſſe oportet, vt impediat condictionem naturali æquitate ita ſuadente, tametſi ſumma iuris ratio repugnaret, facerétque pro Celſo patre, vt ſuprà diſputauimus.

BIU Cujas

6 ¶ Subtiliùs quoque illud tractat, an ille, qui statuliberum putauerit, nec fecerit nummos accipientis, quoniam heredi dedit, quasi ipsius heredis nummos daturus, non quasi suos, qui vtique ipsius fuerunt, adquisiti scilicet post libertatem ei ex testamento competentem. & puto, si hoc animo dedit, non fieri ipsius: nam & cùm tibi nummos meos, quasi tuos, do, non facio tuos. Quid ergo, si hic non heredi[a], sed alij dedit, cui putabat se iussum dare? si quidem peculiares dedit, nec fecit accipientis. Si autem alius pro eo dedit, aut ipse dedit iam liber factus, fient accipientis.

Ad §. 6. Subtilius.

RAT. DVB. Quamquam permissum est statulibero, etiã de peculio dare implendæ condicionis causa, vt scriptum est in §. *seq.* non ideò tamen prohibetur statuliber de suo dare, si quos fortè nũmos post libertatem sibi ex testamento competẽtem acquisierit: non enim permissio illa statulibero data est in heredis iniuriam, & vt omnimodo damno adficiatur, cui alioquin fauendum potius, & in dubio parcendum esset *leg. Sempronius* 47. *de legat.* 2. sed in fauorem statuliberi quò faciliùs peruenire ad libertatem possit, implẽdo condicionem, quam aliter posito iure implere fortassis nunquam posset. Ergo si is qui se statuliberum putabat, cùm re vera iam liber esset, ex directa libertate in codicillis ei data, nummos heredi dederit implendæ cõdicionis causa, qui reuera sui erant, quos tamen putabat esse heredis quasi peculiares, non eo minus videri debent facti heredis, at eo magis, quòd in cæteris omnibus iuris partibus, non aliter solutio parere liberationem potest, quàm si quod soluitur, fiat accipientis *leg. si alieni* 78. *iunct. leg. qui sic soluit* 55. *infr. de solut.* Pecunia autem quæ iam accipientis est, non magis fieri eius potest §. *sic itaque Instit. de action.* Ergo dicendum est hoc etiam casu, sicut & in specie §. superioris, vel condicendos esse nummos, secundùm Celsi filij sententiam, non vindicandos, vel ne quidem condici posse ex Celsi patris opinione, tantum abest, vt vel vindicari possint si extent, vel condici si consumpti fuerint, quæ tamen Vlpiani & Celsi filij in hoc §. sententia est, vt benè Accursius interpretatur. Augetur verò dubitatio ex eo quod vix audiendus sit: hic qui suos nummos quasi heredis essent, heredi dedit, si dicat se non fuisse daturum eos nummo si suos esse sciuisset: quid non enim daturus fuit, & dare debuit, vt tanti momenti rem quanti libertas est, consequeretur?

DEC. Cùm tibi nummos meos quasi tuos do, non facio tuos, quia nec transferendi dominij animus in me est, qui sat scio vel scire debeo rem quæ iam sit tua, magis tuam fieri non posse *d. §. sic itaque.* Et quoties de transferendo dominio agitur, concurrat oportet animus, & affectus ex vtraque parte, & eius qui dat, & eius qui accipit *leg. in omnibus rebus* 55. *infr. de oblig. & action.* nec enim actus potest operari vltra intentionem agentis *l. non omnis* 19. *cum præced. sup. de reb. cred. & l. cùm fundi* 31. *§. seruum tuum*, vbi dixi *eod. tit.* Atquin is qui putabat se statuliberum, nec dum liberum esse non poterat, suspicari alterius esse nummos, quos post competentem sibi libertatẽ acquisiuerat, quam heredis, quia sciebat nec esse se acquisitionis capacem, quandiu seruus maneret: nec ergo potuit animum habere transferendi dominij, & consequenter quærendum nõ est an condicere illos possit, nécne: quia omnis de condictione quæstio translationem dominij præsupponit, nisi cùm de furtiua condictione tractetur *leg. vlt. suprà vsufruct. quem. caueat & dict. §. sic itaque.* Vindicatio igitur nummorum competet, si extent aut condictio si consumpti sint, tanquam extincto per consumptionem dominio, quod in id vsque tempus manserat soluentis. In eóque proculdubio Celsus pater cum Celso filio consentiret. Nemo enim errans rem suam amittit, *leg. si procurator* 35. *infr. de acquiren. rer. domin.* quamuis error ille, qui in dãte fuit, non impediat quominus is qui eos bona fide accepit, quasi soluentis essent, possit vsucapere, vt Accursius noster bene notat ex *l. si per errorem* 17. *infr. de vsucap. l. Põponius* 13. *§. si iussu de acq poss.* Quamuis malè à quibusdam reprehẽdatur ex *l. clauib.* 74. *de contr. empt.* vbi regula constitui videtur vt eo demum casu traditio transferat in accipientem vsucapiendi condicionem, quo posset transferre dominium, si tradens esset dominus, quasi è contrario cùm traditio ab ipso domino facta dominium trãsferre non potest, nec vsucapiendi causam transferat. In quo certè falluntur. Absurdissimum enim esset, eum, qui soluentis nummos accepit, nec tamen propter dantis errorem dominus eorum fieri potuit, ob id minus posse illos vsucapere, quòd fuerint tradentis, quos, si alterius fuissent, vsucapere haud dubiè posset *arg. l. in bello* 12. *§. si quis seruum infr. de capt. & postlim. l. si finita* 15. *§. Iulianus* 16. *infr. de damn. infect.* Est nimirum facilius, vt vsucapiendi condicio in accipientẽ trãsferatur, quàm vt dominium, tum quoque cùm traditio à domino facta est: nec quæ causa impedit translationem dominij, id est, error facti in persona tradentis, impedit etiam vsucapionem, quæ non à voluntate domini, vt translatio dominij, sed à legis solius authoritate vim habet, eripítque dominium suum domino etiam inuito propter publicam vtilitatem, *leg. prima infrà de vsucap.* Et generaliter probandum est, traditionem siue à domino siue à non domino factam, quæ ex aliqua causa dominium transferre non potest, transferre tamen vsucapiendi condicionem, si nec eadem nec alia ratio vsucapioni obstet.

a *Quid ergo si hîc non heredi.* RAT. DVB. Persequitur hîc Vlp. eandem speciẽ de eo qui testaméto iussus erat dare decẽ, sed alij quàm heredi, & ita liber esse, postea verò in codicillis libertatem æquè directam, sed purè, ac sine cõdicione vlla acceperat, ac proinde qui codicillos ignorãs, nec se iam liberum esse, sed statuliberũ putãs, ei pecuniam dederit, cui dare iussũ se putabat, & cui dare reuera iussus erat, sed cui tamẽ nihil debebat, propter adscriptã purè in codicillis libertatem. Quærit ergo Vlp. an nummos fecerit accipientis, an non fecerit, non vt quærat an possit repetere (nec enim dubitat, quin omni casu possit repetere, secundũ Celsi filij sententiam)

BIU Cujas

sed vt inuestiget, an per vindicationē repetere debeat, an per condictionem: nam si nummi accipientis facti non sint, competit vindicatio, sin accipientis facti sint, necessaria est condictio. Distinguit autem, an peculiares nummos Stichus hic dederit, an alios, vt si peculiares, non fecerit illos accipientis, ideóque vindicare illos possit, si verò non peculiares fecerit accipientis, & idcirco indigeat condictione ad eos repoſcendos. Ratio dubitandi ad primam distinctionis partem illa est, quod etiam ex peculiaribus nummis permissum sit seruo dare pecuniam implendæ condicionis causa, ad consequēdam libertatem, vt proximè diximus ex §. *sequ.* Sed decidendi ratio est, quia in statulibero tātùm id receptum est, non in homine iam libero, qui nec pecunia, nec alio vllo auxilio indiget, vt libertatem consequatur. Atqui tractamus de Sticho iam facto libero per puram dationem libertatis in codicillis adscriptæ, ac proinde qui in nummis peculiaribus nullum ius administrationis amplius habebat, cùm liber homo & sui iuris effectus, peculiū habere amplius non possit *l. certum 13. C. famil. erciſc. l. frater à fratre infr. de cond. indeb.* Ergo de eo, qui & alienos nummos dedit, & quorum alienandorum ius nullum habuit, neque tanquam dominus, neque tanquam statuliber, cùm neutrum fuerit. Vindicādorum igitur nummorum ius saluum est, non Sticho, qui eorum dominus nec est, nec vnquam fuit, sed heredi ad quem peculium redit, quod serui fuerat viuo testatore, sed conniuentibus oculis, at re vera domini magis quàm serui, sicut & patris magis, quàm filijfamilias *l. patri 27. in princ. supr. de minor.* At si nummi peculiares non fuerunt, quos seruus alij quàm heredi dedit, aut alius eius nomine cōdicionis implēdæ causa (est enim hæc condicio ex earum numero, quæ per alium impleri possunt, vnde est, quòd dicuntur etiam in vltimo ipso vitæ momento impleri posse *l. vlt. infr. de condict. inſtit.*) facti erunt proculdubio accipientis, ideóque de ipsorum vindicatione tractandum non erit, sed de condictione, vt competat ex illa æquitate, qua motum fuisse Celsum filium suprà diximus, vt contra patrem sentiret. Dabitur autem condictio non ei qui soluit, & cuius nummi fuerunt, sed Sticho, cuius nomine solutū est, & cui vt solutio proficeret agebatur. Semper enim inspiciendum est, non tam quis soluerit, aut cui legatum sit, quàm cuius gratia quoties quæritur, cui actio danda sit, *l. fideicommiſſa 11. §. plerunque de legat. 3. l. ſeruo legato 69. §. ſi teſtator delegat. 1.* quamuis condictione indebiti è contrario solus ille teneatur, cui naturaliter solutum est, non cui solutio proficit *l. his ſolis 49. infra de condict. indeb.* quòd tamen in actione de euictione secus est *l. ſi ob cauſam 13. C. de euict.* Cæterùm si debitor huius pecuniæ Stichus fuisset, implendæ scilicet condicionis causa, quod euenisset, si non in codicillis data ei purè libertas fuisset, vtique ex nummis etiam peculiaribus soluere bona fide potuisset, eorúmque dominiū transferre ad se liberandum, non etiam ad obligandum alium, vt Accursius noster, post Ioannem & Azonem, hîc notat ex *leg. eius qui 41. verſ. quas verò ſupr. de rebus credit.* In eo sanè reprehenditur benè à plerisque, quod ait, videri peculium tacitè legatum statulibero, id enim falsum est, & in eo solo qui inter viuos manumittitur, singulari iure receptum est, vt peculium, si ei ademptum non fuerit, tacitè concessum intelligatur *l. vnic. C. de pecul. eius qui liber. mer.* Iunge *l. dominus teſtamento 53. infr. de condict. indeb.*

7 ¶ Quamquam permissum sit statulibero, etiam de peculio dare implendæ condicionis causa, si tamen vult heres nūmos saluos facere, potest eum vetare dare. Sic enim fiet, vt & statuliber perueniat ad libertatem, quasi impleta cōdicione, cui parere prohibitus est: & nūmi non peribunt, sed is, quem testator accipere voluit, aduersus heredem in factum actione agere potest, vt testatori pareatur.

Ad §. vlt. Quamquam.

RAT. DVB. Condicio illa statulibero adscripta *ſi decem heredi dederit*, nō nisi heredis fauorem respicit, vt nō amittat seruum, nisi condicione prius impleta, & amittendo seruum, cùm obtinget ei libertas, in vicē serui habeat saltem pecuniā, quam seruus dederit. Atqui si permittatur statulibero implere condicionem ex nummis peculiaribus, siue heredi ipsi, siue alij dandi sint, aut duplici damno heres afficietur, si in alterius, quā heredis persona condicio implenda sit, aut saltem priuabitur commodo implēdæ condicionis, si non ex aliis nūmis, quàm ex peculiarib. ei soluatur: quod vtrumque fuerit contra voluntatem testatoris, adeóque contra rationem iuris, cùm absurdum & iniquum sit, debitorem liberari soluentem siue ex creditoris ipsius nummis, siue ex alienis inuito domino *leg. ſi mandauero 22. §. ſi mandauerim infr. mandat. l. ſi alieni 78. l. qui ſic 55. & paſſ. infr. de ſolut.* Non ergo permitti debuit statulibero, etiam de peculio dare implendæ condicionis causa.

DEC. Multa in libris nostris fauore libertatis, cōtra iuris rationem, recepta sunt, ne vel impediatur libertas omnino, vel lōgior ei mora fiat *l. generaliter 24. §. ſi quis ſeruo infr. de fideic. hered. §. vlt. Inſtit. de donat.* Inter cætera hoc vnum est, vt siue heredi, siue alij ex peculio dare possit, implendæ condicionis gratia *l. 3. in princ. inf. de ſtatulib. l. ſi filia 20. §. vlt. ſupr. famil. erciſc.* ne alioqui vel nunquam, vel multo tardius ad libertatem perueniat, si cùm ipse proprium nihil habere possit, cogatur expectare, vt alius ingentem fortassis pecuniæ quātitatem pro eo dare velit. Nec inutile tamen heredi hoc esse videtur, cùm ipsi pecunia danda est: vt hac spe inuitentur serui ad peculia dominorum benè atque ex fide administranda, vt habeant saltem vnde libertatem sibi comparent, si quando merebuntur eam accipere sub condicione dandæ certæ quantitatis. Itaque parum distat hæc condicio, *ſi decem heredi dederit* ab illa, quæ dationi libertatis inseri plerumque solebat *ſi rationes reddiderit*, nisi quòd nostra heredi commodior est, cùm rationum redditio, & reliquorum exactio plerumque magnis facti difficultatibus implicita sit, & fraudibus ac nequitia seruilis ingenij ad exiguam summam deducatur *leg. cùm ſeruus 82. de condict. & demonſtr.* illa verò condicio *ſi decem heredi dederit*, seruum obliget, vt à se ipso rationum & redditionem & reliqua exigat, ad eam saltem vsque summam, quam heredi condicionis implendæ causa dare

ta dare iussus est, si libertatem consequi velit. Cùm verò in alterius, quàm heredis persona condicio implenda est, inuenta fuit ratio, per quam nummi salui sint heredi, nec tamen impediatur libertas, aut differatur: nimirum, vt heres prohibeat statulibero, ne soluat ex nummis peculiaribus, ita namque fit, vt non possit ex illis soluere, inuito herede, adeò vt si soluerit, verum sit eum, qui nummos accepit, possidere illos pro possessore *leg. si inuitis aliàs leg. etiamsi inuitis* 110. *eod. tit. de condic. & demonstr.* nisi cùm peculium ei prælegatum est, vt in *l. si peculium* 20. §. *de illo inf. de statulib.* & tamen non eo minus peruenit ad libertatem, quasi impleta cõdicione, cùm per ipsum heredem stet, ne impleatur, cuius incommodo cederet, si ex nummis etiam alienis, nedum peculiaribus impleretur *l. iure ciuili* 24. *de cond. & demonstr. leg. in iure ciuili* 161. *de reg. iur.* propter iacturam serui, qui factus liber, mortuo comparatur *leg. si mihi* 91. *infr. de solut. leg. inter omnes* 46. *de furt.* Sequitur tamen apud Vlpianum, *sed is quem testator accipere voluit, aduersus heredem in factum actione agere potest, vt testatori pareatur.* Hæc verò clausula est, quæ & Accursium, & cæteros interpretes torsit summopere, cùm superioribus aduersari ex diametro videatur, nec possint videre quid profuturum sit heredi consilium Vlpiani, vt veret statuliberum ex peculiaribus nummis soluere, si quantum statuliber volebat ex peculio consumere, ad condicionem implendam tantundem heres actione in factum extraneo præstare compellatur. Nam quæ ab Accursio & aliis adferuntur interpretationes ad conquirendos casus, in quibus consilium hoc Vlp. vtile heredi esse possit, omnes sunt ridiculæ: quod nec Bartolus negare potest, qui fatetur ingenuè consilium hoc dari heredi de rigore, sed de æquitate succurri legatario per actionem in factum, eáque æquitate considerata nullum esse commodum heredis: sed valde & ipse fallitur, non in eo solùm quod air, Vlpianum dare cõsilium heredi de rigore, quod inauditum est, cùm malum & stultum cõsilium, cuius effectus nullus sperari possit, propter æquitatem cum rigore pugnantem, quę semper rigore potior est *l. placuit* 8. *C. de iudic. l. in omnibus quidem* 90. *de regul. iur.* sed in hoc etiam, quod hunc in cuius persona impleri condicio debet, vocat legatarium, cùm tamen non sit legatarius, vt disertè idem Vlp. noster scribit in *l. si sub condicione* 8. *in fin. si quis omiss. caus. testam.* vbi hac maximè ratione defendit edictum illud, quod æquitate potissimum nititur, vt aduersus heredum calliditates defunctorum voluntatibus subueniatur, iisque pareatur, ad ea quæ condicionis implendę causa danda sunt minimè pertinere, quia nec iure testamenti & voluntatis illa capiuntur, sed mortis tantùm causa *leg. Mœuius* 55. *de cond. & demonstr. l. mortis causa capitur* 31. §. *sine donatione de mort. caus. donat. l. in ratione* 30. §. *tametsi l. id autem* 76. *l. in quartam* 91. §. *vlt. ad leg. Falcid.* alioqui non in factum, sed ex testamento actio huic danda esset, adita ex testamento hereditate, vt & iam olim Ioannes glossator apud Accursium benè obseruauit. Suauis verò est Bartolus, qui, vt hunc quoque scopulum effugiat, fatetur quidem illud quod soluendum est, in vim condicionis ex testamento non posse peti neque de rigore, neque de æquitate, sed hîc æquitatem fundari ex alio, quàm ex testamẽto, scilicet quia, inquit, heres seruum volentem soluere impediuit, quasi verò puniendus sit heres ob id, q̃ suo iure vsus sit, & aliquid in eo aduersus æquitatẽ fecerit, quod certè dici nõ potest, nec enim decipit, nec decipitur, qui iure communi vtitur *l. inter eos* 51. §. *pen. infr. de fideiuss. l. vlt. C. de in integr. restit. minor.* neque iuris executio videri potest habere iniuriam *l. iniuriarum* 13. §. 1. *infr. de iniur. l. si duorum* 52. *de act. empt.* Cõcludendum igitur est postremum hunc versiculum, neque rigori iuris, neque æquitati congruere, neq; cum Vlp. sententia stare posse, ideóque totum Triboniano adscribi debere, & cerebrinæ ipsius æquitati, cuius non aliud luculentius exemplum relinquere nobis potuit, si illud addas, quod nos quoq; obseruauimus in *vers. vlt.* §. 1. *supr.* deceptus, vt videtur, ex alio eiusdem Vlp. loco in *d. leg.* 3. §. *sed etsi iussum infr. de statulib.* cuius tamen longè alia sententia & ratio est, vt docuimus pluribus *lib.* 8. *Coniect. c.* 7. vnde petenda erunt cætera, si qua huius §. explicationi pleniori deesse videantur.

4. IDEM libro 39. ad Edictum.

SI quis acceptò tulerit debitori suo, cùm conueniret, vt expromissorem daret, nec ille det: potest dici, condici posse ei, qui acceptò sit liberatus.

Ad l. Si quis acceptò tulerit 4.

RAT. DVB. Semel extincta obligatio nunquam reuiuiscit *leg. qui res* 98. §. *aream inf. de solut.* Atqui per acceptilationem, nõ minus quàm per veram & naturalem solutionem tollitur omnis obligatio & naturalis & ciuilis, quoniam imaginaria solutio est §. 1. *Inst. quib. mod. tollit. oblig. l. pen. inf. de solut. & tot. titul. de acceptilat.* Ergo si quis accepto tulerit debitori suo, vt expromissorem daret, id est, alium debitorẽ, qui pro eo solus obligaretur per delegationem, vt in *l. ob eam causam* 9. *infr. de præscr. verb.* nec debitor postea expromissorem dare velit, dicendum est non posse condici ei liberationem, vt vetus obligatio restauretur, quomodo nostri, post Accursium, passim hanc legẽ interpretantur, sed incerti actione, id est, præscriptis verbis dicendum potius est, teneri eum debere, vt vel promissa præstentur, vel condẽnatio eius quod actoris interest, sequatur, vt Papinianus respondit in *l. ob eam causam* 9. *infr. de præscr. verb.* quæ cum hac pugnare maximè videtur. Sed & videtur dici posse, contractũ hunc acceptilationis factæ tibi, vt expromissorem dares, nõ tam esse contractũ, *do vt facias* quàm *facio, vt facias*, siquidem negari non potest, quin is qui acceptum fert, aliquid faciat, cùm acceptilatio sit facti, vt & omnes actus legitimi, inter quos & acceptilatio enumeratur in *l. actus legitimi* 77. *de reg. iur.* in quo tamen contractuum genere certum est, condictioni locum non esse, sed actioni de dolo, ad id quod interest, quia facta nõ condictũt *l. naturalis* 5. §. *quòd si facti de præscr. verb. l. actione* 4. *C. de transact.* nec actioni præscriptis verbis, vt Papinian. voluit, cùm si illa competeret, vtique de dolo actio non daretur. Itaq; nec videtur posse defendi, quod Vlp. hîc scribit, nec quod Papinian. in *d. leg. ob eam causam.* DEC. Nihil omnino interest, an det

BIU Cujas

quis pecuniam debitori suo per numerationem, an per acceptilationem, vtroque enim modo pecunia æquè ad debitorem peruenisse intelligitur *leg. si mulier* 10. *infr. hoc tit.* cùm non possit acceptilatio vim habere solutionis, quin habeat etiam numerationis, sine qua fieri vera & naturalis solutio pecuniæ nulla potest. Atqui si pro acceptilatione interuenisset numeratio pecuniæ, vt debitor pro se expromissorem daret, siue de Titio delegando nominatim actum sit, vt in *dict. leg. ob eam causam*, siue de quolibet expromissore in genere, vt in hac lege, dubitari non posset, quin condictioni pecuniæ locus esset, tanquam ob causam datæ, causa non secuta. Ergo & data per acceptilationem liberatione, idem dicendum est, vt condictioni locus sit, non liberationis, sed pecuniæ: atque ita disertè scriptum est in *dict. leg. si mulier*. secundùm quam malo hanc intelligere, quàm cum Accursio, & Bartolo, de condictione liberationis: cùm liberatio ab obligatione, quamuis iuris sit, non facti, non magis tamen condici possit, quàm factum, id est quàm acceptilatio ipsa, quæ facti est, & quæ ideò pro infecta haberi non potest. In omnibus enim iuribus generale illud est, vt cùm semel amissa sunt, nullus ad ea regressus detur, nec si dolo aduersarij amissa sint, ita vt ad actionem, vel ad replicationem de dolo hoc casu confugiendum necessariò sit *leg. quæritur* 14. §. *si venditor infr. de ædilit. edict.* Aut si quando æquum sit amissa iura restitui, & resuscitari, eodem facto nouo opus est ad ea restituenda, quo inducta priùs & inducenda fuerunt, vt in *leg. metum* 9. §. *ex hoc edicto supr. Quod met. caus.* vbi dicitur, ex illa parte edicti de restitutionibus in integrum, quæ est de eo quod metus causa factum sit, faciendam esse in integrum restitutionem officio iudicis, id est, vt si per vim res tradita sit, retradatur, & si acceptilatione liberatio interuenerit, restituatur in pristinum statum obligatio, per nouam promissionem, ex qua iudicium accipi possit, quomodo posset ex vetere, si superesset. Ita enim fit, vt non contra iuris regulam extincta obligatio reuiuiscat, nec parta liberatio tollatur, quod iure fieri nullomodo potest, sed in locum veteris peremptæ noua obligatio inducatur, quæ ideo restitutoria dicitur, & vtilis non directa, qualis prior erat *leg. quamuis* 8. §. *si conuenerit & seqq. infr. ad SC. Velleian.* & quæ cum condictione concurrere nunquam potest *dict.* §. *si conuenerit.* Neque id in actione quod metus causa, mirum videri debet, cùm sit in integrum restitutio, cuius proprium ius est, vt omnia in integrum reponat *leg. quid si minor* 24. §. *restitutio supr. de minor.* quid enim aliud restitutio est, quàm redintegrandæ rei, vel causæ actio? vt Paulus in sententiis definit. At condictio ob causam dati, causa non secuta, non in id competit, vt in suum statum res reponatur, sed vt illud ipsum, quod datum est, repetatur. Data porrò liberatione, quid aliud datum videri potest, nisi ea ipsa pecunia quæ debebatur? Pecunia ergo condicenda est, non acceptilatio ipsa, non liberatio: nam & longè aliud est, liberationem solam obligationis ad aliquem peruenisse, aliud verò rem ipsam, quæ debebatur, peruenisse. Pendet autem hæc distinctio ex eo, an is qui liberatus est, rem illam penes se habuerit, an non: nam si non habuit, sola obligationis liberatio ad eum peruenisse intelligitur, si verò habuit, etiam res ipsa cum liberatione peruenisse credenda est, vt eleganter Celsus tractat in *l. si sponsalibus* 58. §. 1. *infr. de iur. dot.* Atqui distinctio hæc non cadit in debitorem pecuniæ, sed tantùm in debitorem speciei, de quo in *dict.* §. 1. nam pecuniæ debitor fieri non potest, vt non ipsam pecuniam penes se habere videatur, cùm ea recipiat functionem in suo genere, neque vnquam pereat, nec si omnes debitoris facultates ad peram vsque & saccum incendio absumptæ sint *l. incendium* 11. *C. si cert. petat.* Quisquis igitur acceptam fert debitori suo pecuniam, non solam liberationem obligationis, sed & pecuniam ipsam, quæ debebatur ei, dedisse intelligitur. Proinde cùm in condictionem quamlibet illud ipsum duntaxat quod datum fuit, nec aliud quicquam venire debeat, consequens omnino est, vt in specie huius legis condictio danda sit non liberationis, sed pecuniæ, vtque cõtractus hic licèt per acceptilationẽ fiat, quæ facti est, non tamẽ censeri debeat contractus *Facio vt des*, aut *Facio vt facias*, sed contractus *Do vt facias*, cùm conuenit, vt pro pecunia quã mihi debebat, expromissorẽ dares, quod facti est, aut do vt des, si conuenisset, vt pro expromissore fundum dares, aut aliam quamlibet speciẽ. Quare nec tractandum hîc quicquam est de actione de dolo, quæ sola competit ex contractu *Facio vt des*, sicuti diximus, sed cum de contractu illo agamus *do vt facias*, ex quo duplex actio nascitur, & ciuilis incerti præscriptis verbis ad id quod agetis interest, si non fiat, quod fieri placuit, & condictio ob causam dati causa non secuta, vt scriptum est in *d. l. naturalis* §. *at cùm do, de præscr. verb.* apparet vtrumque verissimum esse, & quod Vlp. hîc scribit ei qui accepto tulit, vt haberet expromissorem, dandam esse condictionem, de qua in hoc tit. videlicet pecuniæ quæ debebatur, non autem liberationis, & quod Papinianus in *d. l. ob eam causam*, eidem competere incerti actionem, vt officio iudicis non vetus obligatio restauretur, sed vt promissa præstẽtur, aut cõdẽnatio sequatur, quanti interierit agentis, nec Vlp. cum Papiniano pugnare, cùm vtraq; actio locũ habere possit, licèt alterutrius electione altera tollatur *l. 4. 5. & 6. C. de rer. permut.* Proinde nil necesse est, vt ad eos conciliandos dicamus cum Bartolo ad *d. l. ob eam causam*, obligationem primam non restaurari quidem per actionem præscriptis verbis, sed restaurari tamen per condictionem ob causam dati, nisi cùm actio talis est, quę restaurari non possit, vt querela inofficiosi de qua in *leg. cùm mota 6. C. de transact.* aut alia actio ex delicto ex *l. si tibi* 17. §. 1. *l. si vnus* 27. §. *pactus ne peteret supr. de pact.* quasi ea sit Vlp. sententia in hac lege, vbi nullum tamen verbum de obligatione vetere restauranda. Necrursus cũ Accursio distinguere oportet, an obligatio quæ per acceptilationẽ sublata est, pura fuerit & liquida, an in diẽ, aut cõdicionalis, aut dubia, vt his posterioribus casib. cõdictio detur liberationis solius ad restaurandam veterem obligationẽ, nõ pecuniæ, priore verò danda sit pecuniæ ipsius rectà, non solius liberationis ex *d. l. si mulier* 10. *infr. hoc tit. iunct. l. ait prætor* 10. §. *si condicionalis antepen. infr. quæ in fraud. credit.* Etsi enim fateor, non posse hac cõdictione statim condici pecuniam accepto latam, quæ ante acceptilationem non purè, sed in diem vel sub condicione debebatu, ne alioqui plus repetatur quàm datum sit, quod absurdum est, non eo magis tamen necessaria est hoc casu restauratio veteris obligationis, sed danda est cõdictio pecuniæ sua die, si in diem debebatur, aut eueniente demum condicione si sub condicione, denique sub iisdem exceptionibus, quæ priori actioni obiici poterant, in cuius locum videtur hæc con-

condictio substituta *arg.d.§.si condicionalis.* vbi agitur quidem de restauranda obligatione vetere, quæ fuerat extincta in fraudem creditorum, siue per acceptilationem, siue alio quouis modo, quia per Paulianam id agit Prætor vt rescindat; & pro nõ facto habeat, quicquid in creditorum fraudem alienatũ & gestum est, ne quid plus minúsve consequantur creditores missi ex edicto in possessionem vniuersorum bonorum debitoris, quàm si nihil in fraudẽ alienatum esset §. *item si quis Inst. de act.* Sed neque in condictione ob causam dati causa non secuta, neq; in actione præscriptis verbis tale quicquam tractari potest, quia per huiusmodi actiones non rescinditur quod factum est, sed eo manente facto aliter cõsulitur ei qui deceptus est, ne in damno moretur data illi electione, vtrum malit cõdicere quod dedit, an agere præscriptis verbis, vt vel fiat quod placuit, vel quanti actoris interest, ei præstetur. Illa tãtùm dubitatio supereſt, quam Accursius mouet, cur necessaria videri possit aut condictio, aut incerti actio præscriptis verbis, cùm expeditius videatur dicere acceptilationem valere, quasi tacitè factam sub condicione illa tacita, si causa sequetur propter quã acceptilatio facta est ex *l.licet 43. in princip. infr. de iur. dot.* vbi idem Vlp. noster scribit, licèt soleat dos per acceptilationem constitui, tamen si ante matrimonium acceptilatio facta sit, nec nuptiæ secutæ, placuisse Scæuolæ matrimonij causa acceptilationem interpositam non secutis nuptiis nullam esse, atque ideo suo loco manere acceptilationem: nam si in acceptilatione pura id obtinet, quanto magis in ea quæ tibi facta sit ea lege & condicione, vt aliquid des vel facias? Sed benè respõdet Accursius speciale id esse in acceptilatione facta ex causa dotis cõstituendæ, propterea quòd omnis stipulatio, & cõstitutio dotis, quantumlibet pura, tacitam illam cõdicionem habet, si nuptiæ sequantur *l. stipulationem 21. & seq. eo. tit.* nec minùs acceptilatio quã alia quælibet pactio, licèt dici soleat, quod & verissimũ est, acceptilationem tanquam actum legitimum neque diem recipere neq. condicionem *dict. l. actus legitimi 77. de reg. iur. l. acceptilatio 4. inf. de acceptilat.* quia hæc condicio tacitè & necessariò inest ex natura actus, cùm non possit esse dos sine matrimonio, quamuis possit matrimonium esse sine dote *l 3. de iur. dot. d. l. si sponsalibus 58. in princ. eod. l. quod Seruius 8. & seq. infr. hoc tit. l. vlt. inf. de condict. sin. caus.* Ideóque non facit hæc condicio, quamuis expressa inutilem acceptilationem, adeóque quod magis mirum videri possit, nec condicionalem *arg. l. aliquando 107. de cond. & demõst.* quamuis non sit nouum, vt secũdum iuris regulam expressa noceant, quæ non expressa non nocerent *l. nonnumquam 52. eod. l. si ita legatum 65. §. illi si volet de legat. 1.* At extra hunc casum, aut si quis alius similis est, acceptilatio nec tacitam nec expressam condicionẽ recipit, illa præsertim de qua tractamus, quia non est ex natura liberationis & acceptilationis interpositæ ad liberãdum debitorem, vt sequi debeat datio expromissoris, vel quid simile: & idcirco nec dubitandum est, quin inutilis esset facta debitori acceptilatio sub ea condicione, *si pro se expromissorem daret*, quia suspenderet vim & potestatem acceptilationis, quæ suspendi nulla arte potest, non magis quàm alius quilibet actus legitimus, quia lex nihil vnquam facit in diem vel sub condicione, sed purè omnia sicut & natura quam in omnibus lex quantum potest imitatur. Illa tantùm suspensio in acceptilatione locum habere potest, si quod in diem, vel sub condicione debebatur, deductum sit in stipulationem. Ex natura enim actus fit, vt diem vel condicionem expectari necesse sit priusquam acceptilatio effectum habere possit *l. quod in diem 12. de acceptil.* Cęterùm quod diximus ex Scæuola & Vlpiano in *d. l. licet* nullam esse acceptilationem factam dotis constituendæ gratia, si nuptiæ nõ sint secutæ, ita accipiendum est, si mulier nullam esse velit: nam si eam adprobet, malitq; pecuniam condicere, quòd citra acceptilationis adprobationem fieri non potest, vtique condictionem pecuniæ habebit *dict. l. si mulier. 10. infr. hoc tit.* quæ cum *d. l. licet* sic concilianda est, *argum. l. 3. §. falsus procurator infr. rat. rem. haber.* non quomodo conciliatur à Bartolo in *d. l. si mulier*, vt in eius legis specie id actum expressim fuerit, ne acceptilatio tacitam condicionem illam haberet, si nuptiæ sequerẽtur, quod certè nulla pactione fieri potest, non magis quàm vt dos sit sine matrimonio *d. l. 3. d. leg. si sponsalibus 58. in princip. leg. si pater 76. in fin. de iur. dot.*

5. IDEM libro 2. Disputationum.

SI pecuniam ideo acceperis, vt Capuam eas, deinde parato tibi ad proficiscendũ condicio temporis vel valetudinis, impedimento fuerit, quominus proficiscereris: an condici possit, videndum. & cùm per te non steterit, potest dici, repetitionẽ cessare. sed cùm liceat pœnitere[a] ei, qui dedit: proculdubio repetetur id, quod datum est[b]: nisi fortè tua interfit, non accepisse te ob hanc causam pecuniam, nam si ita res se habeat, vt, licèt nondum profectus sis, ita tamen rem composueris: vt necesse habeas proficisci, vel sumptus, qui necessarij fuerunt ad profectionem, iam feceris, vt manifestum sit, plus fortè quàm acceperis, te erogasse: condictio cessabit. sed, si minus erogatum sit, condictio locum habebit, ita tamen, vt indemnitas tibi præstetur eius, quod expendisti.

Ad l. Si pecuniam 5.

RAT. DVB. & DEC. in textu positæ sunt: nam ratio dubitandi propter quam videbatur non esse locus condictioni, illa erat, quòd per te non steterit, quominus pro me Capuam eas. Ponimus. n. post datam à me tibi pecuniam, vt pro me Capuam ires, parato iam tibi ad proficiscendum condicionem tẽporis, vel valetudinis impedimento fuisse, quominus proficiscereris. Ergo cũ vi maiore impeditus fueris, nihilque tibi possit imputari, vt & in *l. 2. §. si quis iudicio & seqq. §. vis fluminis supr. si quis caution.* consequens videtur vti ne possim tibi condicere pecuniam, quam dedi, saltem condictione ob causam dati, causa nõ secuta, de qua hîc agimus, cùm huic cõdictioni non quælibet cessatio viam aperiat, sed ea demum quæ culpã adnexã habeat *l. 3. §. 1.* vbi dixi *supr.* Et ita sanè est, non potest in hoc casu condictio habere locum illa de causa, quod in implẽda ea re quã promiseras cessaueris. Sed ratio decidendi, propter quam con-

BIU Cujas

cludit Vlp. posse me pecuniã repetere, illa est, quòd in hoc genere contractuum liceat ei pœnitere, qui dedit, quandiu is qui accepit, non impleuit ex sua parte *d.l.3.§.1.supr.* pœnitentia.n.reb.omnibus integris locum facit huic condictioni, non inspecto eo an per eum qui accepit, steterit quominus impleret, an non steterit, dũmodo non impleuerit: in eóque cõmodius est pœnitere, quàm condicere quasi causa non secuta, non solum quòd plura soleant incidere & emergere, ex quib. dubitari possit, an per eum qui accepit, steterit quominus ex parte sua impleret, aut an impleuerit, quib. tamen difficultatib. pœnitentia reb. integris secuta locum nullũ relinquit, sed etiam quia quisquis agit condictione ista ob causam nõ secutam, electionẽ relinquit aduersario, an contractum implere malit, non minus quã qui agit, præscriptis verbis *l.4.5.& 6.C.de rer.permut.* quia scilicet contractum ratum manere vult ex quo agit, cùm ex eo contractu nõ minus condictio quã actio præscriptis verbis nascatur *l.naturalis 5.§.1.& §.at cùm do inf.de præscr.verb.* Quã tamen electionem non relinquit ille qui condicit ex pœnitentia, secũ namque pugnaret, si ex eo contractu ageret: cuius ipsum pœniteret: etsi pro hoc cõmodo sentit illud incommodum, quòd per hãc actionem nihil aliud repetere, aut consequi potest, quam illud ipsum quod dedit, nõ etiam si quid præterea eius interfit: quia non potest id quod interest peti nisi actione præscriptis verbis, quæ idcirco incerti actio dicitur à Papiniano in *l. ob eam causam 9.& in l.si dominus 8. iunct.l.insulam 6.eod.ill.tit.* & alibi sæpe.

a *Sed cùm liceat pœnitere.* RAT. DVB. Contractus omnes ab initio sunt voluntatis, ex postfacto necessitatis *l.sicut 5.de oblig.& act. l.in commodato 17.§.sicut infr. commodat.* Cõtractus autem innominati perinde contractus sunt, & dicũtur συναλλάγματα, atque ij qui nomen speciale ac proprium habent *leg.3.§.1.in fin.l.vlt.infr.hoc tit.l.iuris gentium 7.§.1.supr.de pact.* Ergo nec in iis locus est pœnitentię, ne quidẽ ex parte illius, qui dedit, cùm imputare sibi debeat, cur dederit ei qui nihil dum facere aut dare vellet, aut saltem cur non ab eo stipulatus sit, vt in *d.l.si dominus 8.de præscr.verb.* DEC. Differẽtia hac parte constituẽda est inter contractus nominatos & innominatos ob eas rationes dissimilitudinis quas attulimus ad *l.3.§.sed si tibi dedero supr.hoc tit.* Nam quæ ab Accursio & Bartolo adferuntur, quis probare eas possit? Ait Accursius, contractus istos innominatos debiles esse in contrahẽda obligatione, ideò vt addit Bartol. quia consensu non contrahuntur ex *l. iuris gentium 7.in princ.sup de pact.* ac proinde esse etiam debiles in ea retinenda. Ego verò debiles eos esse nego in contrahẽda obligatione, cùm ex iis obligetur is qui accipit, aut qui aliquid sibi fieri patitur, vt vicissim faciat quod promisit, adeò vt nec pœnitere possit, nec recusare quominus incerti actione præscriptis verbis conueniatur ad id quod interest, si promissa non impleat, vel saltem actione de dolo *d.l.naturalis 5.§.1.& seqq.de præscr.verb.* nam ex parte illius qui dedit, nõ potest videri contractus esse debilis, cùm id agatur ne ipse obligetur: ad quid enim obligetur is, qui contractum ex parte sua implet, prius etiam quam aliquid promiserit? Nego in his contractibus consensum non interuenire, alioqui dominium ex iis transferri non posset, *l.in omnibus rebus 55.de oblig.& act.* Nego debiliores esse contractus, qui consensu non contrahuntur, an non.n. pleriq; re, alij verbis, alij literis contrahuntur, qui sunt validissimi, & qui nullum admittunt locum pœnitẽtiæ? Nego deniq; esse debiles in obligatione retinẽda, cũ ex parte illius qui accepit, & qui solus obligatus est, nullus sit pœnitentiæ locus? Nã de obligatione retinenda illius qui ex parte sua impleuit, frustra tractare velis, cùm, vt diximus, nec sit nec fuerit vnquã obligatus. Bartol. verò, vt Accursio subtilior videatur, ait cõtractus innominatos, antequã compleantur non producere obligationẽ ciuilẽ, & neutrũ ex contrahentib. ciuiliter obligari ex *l.ex placito 3.C.de rer.permut.* sed parũ subtiliter, nã cùm isti cõtractus initiũ sumãt ab impleméto *l.1.inf.eo.ill.tit.de rer.permut.* non possunt habere nomẽ cõtractus, at neq. vllius obligationis siue naturalis, siue ciuilis, antequã implementũ saltẽ ex vna parte secutũ sit, quo tamẽ ex vna tãtũ parte secuto, nec dubitat Bart. quin alius etiam ciuiliter obligetur, non quidẽ ad implendũ præcisè q̃ promisit, sed vt ni impleat, præstet, quanti interest eius, qui impleuit, si nõ malit, qui impleuit rem cõdicere, quoties talis est, vt cõdici possit *l.4.5.& 6. C.de rer permu.d.l.5.§.1.& 2.depræscr.verb.* Quod si placitũ aliquod præcesserit, quomodo in permutatione vt præcedat necesse est, nõ etiã in cæteris cõtractib. innominatis *d.l.3.& 4.C.derer.permut.* nondũ tamen cõtractus est ne quidẽ inchoatus, sed nudũ pactũ, ac proinde inefficax ad producẽdã ciuilẽ obligationẽ, quæ ex pacto nudo si pacta legitima excipias, quæ tamẽ nõ sunt nuda, nasci nunquã potest: adeò vt neque naturalis vlla obligatio ex eo pacto nasci possit ad impediẽdã dati cõdictionẽ, ex parte eius qui non vult implere, cũ iure naturæ iniquũ sit, vt ex eius qui impleuit, iactura locupletetur *l.nã hoc natura 14.inf.de cond.indeb. l.iure naturæ 206.de regu.iur.* naturalis.n. obligatio illa est, quę solius naturalis æquitatis vinculo sustinetur *l. Stichum aut Pamphilum 95.§.naturalis de solu.* Vnde est q̃ etiã in cõtractu permutationis, si is qui accepit, nolit ex parte sua rẽ tradere, condictioni locus est, quasi re non secuta, nec præcedẽs placitũ permutãdi impedit repetitionẽ *d.l.1.§.vlt.derer.permut.inf.* Quod verò pro secũda ratione addit Bartol. quoties obligatio debet impleri interuẽtu rei, licere parti pœnitere, & rẽ nõ accipere ex *l.qui pecuniã 30.sup.de reb.cred.l.pen.inf.quæ res pignor. oblig poss.l.1.& l.potior 11.qui potior.in pignor.hab.* minus certè ad rẽ pertinet; id.n.tũ verè dicitur, cùm cõtractus neutra ex parte adhuc impletus est, cui interuentus rei præbere initiũ debet, quemadmodum si post initũ pactum permutationis inter nos recusaré accipere rẽ, quã tu velles mihi dare, cùm nulla stipulatio interuenisset. At nos de eo contractu agimus, qui iam sit impletus ex vna parte, ac proinde ex quo is qui accepit, cœperit esse obligatus, ad implendum ex sua quoq; parte, & quęrimus, cur ei qui impleuit liceat pœnitere, cũ volũtatẽ suã nõ minus declarauerit implendo ex sua parte, quã si implente aduersario aliquid ab eo accepisset. Deinde ratio hæc posterior Bartoli, si vera esset, probaret locũ esse pœnitentię ex parte illius qui dedit, etiãsi paratus esset aduersarius ex parte sua implere ante pœnitẽtiã, quod tamen nõ ita est: sera nãq. est pœnitentia, à quo instanti paratus est implere ex sua parte is, qui accepit: cũ exinde res nõ sit amplius integra, sed cõtractus pro impleto ex vtraq; parte haberi debeat: quo casu nemo diceret pœnitentiæ locũ aliquẽ superesse, *arg.l.si reus paratus 73.supr.de procurat.* sicut nec cõdictio ob causam dati causa nõ secuta locũ aliter habere potest, quàm si constet nolle aduersariũ ex parte sua implere *d.l.1.§.vlt.infr.de rer.permut.* quãuis

nuda

BIU Cujas

nuda implendi voluntas non sufficiat, si non statim implemẽtum sequatur, alioqui non est paratus implere, qui nec si velit implere statim possit, vt scripsimus ad *l si debitori 21. sup. de iud.* Vera igitur totius iuris huius ratio illa est, quam attulimus ad *d.l.3.§.2. sup.tit.* quod contractus innominati, cum ab implemento pendeant, & ex eo æstimentur, non possunt perfecti esse ante secutum ex vtraque parte implementum, sed tantum ex parte illius qui impleuit, vt aduersarium suum habeat sibi obligatum, nec ipse tamen sit obligatus ei, qui neque adhuc impleuit, neque implere paratus est: nemo enim dando se obligat, sed eum qui accipit, nisi cùm donat: donatio enim contractus nominatus est, vt interpretes omnes consentiunt, nec is qui donat id agit, vt accipientem obliget, sed tantùm, vt rei suæ dominium irreuocabiliter transferat in accipientem, nisi cùm certa lege & conditione donatio facta est, quo casu & condictio, & actio præscriptis verbis donatori datur *l. velles necne 6. & pass. C. de reuoc. don. l.1. C. de do. qui sub mod. l. vlt. C. de rer. permut.* Planè in contractibus nominatis locum non esse pœnitentiæ constat inter omnes ex *d.l. sicut 5. C. de oblig. & act. l. in commo. 17. §. sicut inf. com.* in iis sc. qui sunt vltro citróq; obligatorij æquè principaliter, cuiusmodi sunt contractus venditionũ, locationũ, dotium, societatis & alij si qui sunt similes: item illi qui vnica datione, & dominij translatione contenti sunt, vt contractus mutui & donationis, aut generalius qui ita fiunt, vt vnus tantùm ex contrahentibus obligetur vt in stipulatione, quæ vbi certam legem habuit, immutari postea alterius arbitrio non potest *leg. vero procuratori 12. §. pen. inf. de solut.* Cæterum si deposuerim penes te aliquid, vt vel post mortem tuam, vel post meam mihi reddatur, nemo dubitat, quin mutare voluntatem possim, & statim depositum repetere *l.1. §. pen. inf. depos.* nempe quia depositum fit tantùm gratia deponentis, non etiam depositarij, nec quicquam interest depositarij, quando depositum repetatur, nec is, qui deposuit, hoc ipso obligatur depositario, etsi enim ex deposito duæ actiones depositi nascuntur, directa vna, & contraria altera, non tamen nascitur contraria æquè principaliter & ab initio, sed ita demum, si quid ad rem depositam custodiẽdam & conseruandam depositarius de suo impenderit, quo certè casu, si depositum & contractum reuocare vellet is qui deposuit, non præstita ptius depositario indemnitate, & ex sola pœnitentia non posset, quia iam cœpisset interesse depositarij *l. ei apud quẽ 5. eod. tit.* Idem in mandato iuris est si mãdantis tantùm gratia interpositum sit, reuocari enim potest sola mandantis voluntate, dummodo rebus omnibus integris, id est, dum ne cœperit mandatarij interesse §. *rectè instit. de mandat.* At non eadem societatis ratio est, licèt Accursius hunc contractum superioribus æquiparet: etsi enim non prohibetur socius etiam inuito socio renunciare societati, nullo quoque pacto de ea re interposito *l. sed & socius 17. §. vlt. inf. pro socio*, ipsa tamen intempestiua renunciatio societatis venit in æstimationem, vt ibidem scriptum est, ne quis putet esse illam impunitam, & ex sola pœnitentia liberam renuntianti: quanquam dici etiam potest, contractum societatis non esse perpetuum, sed sui natura temporalem, cùm nulla in æternum societatis coitio sit *l.1. l. nulla 70. eod. tit.* nec id sine summa ratione, propter discordias, quas materia communionis etiam inter amicissimos quosque excitare solet *l. cùm pater 77. §. dul-cissimis de leg. 2. l. in re communi 26. vrban. prad.* quod & in contractu pignoris iuris est, vt scilicet non perpetuus sit, sed temporalis *l. si rem 9. §. omnis pecunia de pign act. l. quandiu 6. C. de dist. pignor.* Itaque si subtilius intueamur, non tanta differentia est inter contractus nominatos & innominatos quantam interpretes volunt: omnibus enim commune illud est in vniuersum, vt ex parte eius qui obligatus est, nunquam sit locus pœnitentiæ, cùm obligatio nulla sit, quæ non soluendi necessitatem secum ferat, vt ex obligationis diffinitione apparet apud *Iustin. tit. de oblig* neque rursum ex parte non obligati, vt duriorem eius, qui obligatus est, cõdicionem facere possit: ea namque forma & lex contractus retinenda est, quæ ab initio dicta fuit. Differentia tantùm in eo est, quod in contractibus nominatis is qui dedit aliquid, vt contractum ex parte sua impleret, nunquam ex pœnitentia condicere potest id quod dedit, quia ex præcedente conuentione obligatus fuerat, vt daret, vel dedit, non vt vicissim aliquid acciperet, sed hoc acto siue expressè siue tacitè, vt vel tantundem ei redderetur, vt in mutuo, vel idem ipsum, vt in dote: nam in deposito, commodato & pignore datio nulla intercedit, quæ dominium transferat, vt possit inducere condictionem, sed nuda traditio ex titulo non satis habili ad dominium transferendum *l. nunquam nuda 31. de acq. rer. dom.* At in contractibus innominatis pœnitentia sola parit condictionem eius quod datum est, quia nec obligatus fuit is qui dedit, vt daret deditque vltro, vt accipientem ad dandum vicissim aut faciendum aliquid obligaret: nec potest iniquũ videri genus contractus ob id solùm, quod cùm fiat in gratiam vtriusque, tamen ex vna tantùm parte sit obligatorius. Quænam enim potest iniuria videri facta ei qui solus obligatus est, & accipiendo vltro seipsum obligauerit, cùm esset in eius potestate non accipere *d.l. qui pecuniam 30. supr. de reb. cred. d.l.1. d.l. potior 11. qui potior. in pign. hab.* & pro aduersarij obligatione habeat iam penes se dominium rei datæ, & quidem irreuocabiliter, si modò velit esse diligẽs in eo implendo, quod ex parte sua promiserit? alioqui de se ipso, non de aduersario conqueri debet, aut de iure ipso, cum plus cautionis sit in re, quàm in persona, vt habet trita iuris regula. Quòd si eum, qui dedit, pœniteat, antequam paratus fuerit is, qui accepit, implere ex sua parte, ne tum quidem magnam habet hic querelæ causam, cùm nihil eius interfit, nec damno vllo afficiatur: nam si cœperit interesse, fortè quòd aliquid expenderit, vt ex sua parte impleret, certum est non aliter licitam esse pœnitentiam, quàm si plenissima indemnitas ei præstetur, vt Vlpianus hîc disertè scribit. Itaque hac parte nulla est differentia inter contractus innominatos & nominatos, qui ex vna tantùm parte habent obligationem principalem, ex altera verò contrariam de calculo & indemnitate *d.l. ei apud quem l. furti 6. §. vlt. supr. de his qui notant. infam.* nisi quod in contractibus innominatis, stultum est distinguere cuius gratia fiant, cum ex ipsa ratione ineundi appareat fieri eos semper in gratiam vtriusq; siue dem vt des, siue dem vt facias, siue faciam, vt des, siue faciam vt facias: quamuis Bartolus vt hanc veterum quorundam interpretum distinctionem tueatur, notet posse fieri, vt dem tibi centum, vt Capuam eas pro negotio aliquo, quod non minus ad te, quã ad me pertineat: sed si quando id accidit (potest enim quamuis rarius accidere) tanto magis verum

BIU Cujas

est, quod volumus vtriusque gratia contractum fieri, & quærendus esset casus potius, in quo non nisi alterius tantum gratia fieret, qui nusquam inuenietur. Quis enim tam stultus sit, vt tibi dare velit pecuniam, vt pro te Romam eas, aut Capuam? At contractus nominati plerique fiunt gratia alterutrius tantùm, vel solius dantis, vel solius accipientis *l.* 5. §. *nunc videndum* vbi dicemus *inf. Commod.* qui verò etiam gratia vtriusque fiunt, in hoc tamen differunt ab innominatis, quòd perfectionem suam ab initio habent, aut ex solo mutuo consensu, aut ex traditione secuta, innominati autem perfecti non sunt, nisi ex parte illius, qui prior dat, aut facit, vt scilicet eum qui accipit, vel aliquid sibi fieri patitur, obliget ad implendum vicissim ex sua parte, cum tamen is qui prior dedit vel fecit, neque sit, neque vnquam fuerit obligatus. Perfectio enim contractus cuiuslibet ex eo solo æstimanda est, vt ciuilem possit obligationem producere *d. l. iuris gentium* §. 1. ac proinde quoties vtriusque gratia fit, non aliter perfectus dici potest, quam si vtrunque obliget: quod tamen in contractibus innominatis non euenit, nisi cum ex vtraq; parte impleti sunt, quia exinde incipit etiam is qui dedit obigatus esse, vt nec iam pœnitere illum possit, nec si reddere paratus sit quod vicissim accepit, non magis quã in specie *l. qui ob rem 35. inf. de cond. indeb.* nec amplius ob id quod dederit vel fecerit, actionem aliquam habere aduersus aliũ, qui ex parte quoque sua impleuit. Porrò ad impediendam condictionem siue ex pœnitentia, siue quasi causa non secuta in omnibus contractibus innominatis sufficit, vt qui posterior implere debuit, implere iam cœperit, ex eo namque instanti quo implere cœpit, desinit res esse integra, & consequenter desinit locus esse pœnitẽtiæ, vt Accursius noster probat ex *l. quod Seruius* 8. *inf. hoc tit.* vbi dos data puellæ nomine, quę nondum ætatem nubilem compleuerat, condici interim non potest, non solùm quasi causa non secuta, sed neque ex pœnitentia, quoniam factum iam aliquid fuerat ex vtraque parte, præcesserant nimirum sponsalia quamquam nullis quoque præcedẽtibus sponsalibus, si pecunia dotis nomine data tãtum fuisset, non aliud respondendum putarem, non equidem fauore dotium & matrimonij, vt Bart. putat ex *l. si ego* 9. §. *si res in fi. de iur. dot.* [est enim postrema pars illius verticuli tota Triboniani, vt à nobis probatum est *lib.* 8. *Coniect. c.* 9.] sed quia licèt matrimonium inter eos qui nondum iustæ sunt ętatis cõsistere non possit, conualescit tamen solo lapsu temporis iustáq; ætate adueniente, nullo accedente extrinsecus facto, siue viri, siue mulieris *l.* 4. *inf. de rit. nup.* sed ordine quodã tẽporis naturali, vt loquitur Tryphoninus in *l. filius* 28. §. 1. *in fi. de liber. & posth.* & impedimentũ nuptiarũ, quod efficit ne causa ob quam dos data fuerat, adhuc secuta videri possit, non tam facti quam iuris est, & ex causa non perpetua sed tẽporali: proinde sufficit durare habitum illum matrimonij, & posse suo tempore in verũ matrimonium commutari, ad impediendam condictionem pecuniæ sic datæ tanquam in dotem peruenturæ, quandiu fieri adhuc potest, vt perueniat, quomodo Neratius ratiocinatur in *d. l. quod Seruius.* idque ex tacita vtriusque contrahẽtium voluntate. Obseruandum autem est, non in quolibet contractu innominato posse locum esse pœnitẽtiæ, sed eo tantùm casu quo & condictioni locus esse possit, id est in cõtractibus do vt des, & do vt facias *d. l. naturalis* §. 1. & 2. *d. præsc. verb.* nam si priùs implementum cœperit à faciendo, certum est neque pœnitentiæ, neq; condictioni locum esse, quia facta condici non possunt, & frustrà te pœniteat id fecisse, quod vbi factum est, pro infecto haberi nõ possit *l. si non sortem* 26. §. *libertus de cõd. indeb. l. qui eamente* 65. *de furt. l. in bello* 12. §. *facti de capt. & postl.* ideóq; hoc casu ad actionem de dolo necessariò recurrendum est *d. l. naturalis* §. *quod si faciam & l.* 4. *C. de dolo l.* 4. *C. de transf.* Quamuis autem sola pœnitentia pariat condictionem, commodior tamẽ illa condictio est, quæ nascitur ex implemento nõ secuto, quia comitem habet incerti actionem præscriptis verbis, per quam actor etiam id quod sua interest, consequatur *d. l.* 5. §. 1. *& 2. de præsc. verb. d. l.* 4. 5. *& 6. C. de rer. permut.* quod in condictione quę ex pœnitentia nascitur, diuersum est, nemini enim permittẽdum est, vt ex sua pœnitentia duriorem facere condicionem aduersarij sui possit, quàm si non contraxisset, cùm districte cauẽdum sit, ne pœnitentia faciát alij iniuriam § *item si quis inf. hac leg.* nemo enim consilium mutare in alterius iniuriam potest, *l. nemo potest* 75. *de reg. iur.* Cùm autem ex defectu causæ nõ secutæ datur condictio, causam finalem esse oportet, non impulsiuam tantum, id est talẽ esse necesse est, vt nõ aliter daturus vel facturus fuerit is qui dedit, vel fecit, vt benè Accursius notat ex *l.* 1 *sup. l.* 1. §. 1. *inf. ti. prox. l.* 2. §. *vlt. inf. de do. l. sed si mors* 13. §. *vlt. de don. int. vir. & vxor.* item expressim esse oportet, non tacitam, & ab eo tantùm qui dedit, aut fecit, subintellectam *l.* 3. §. *si quis quasi sup. hoc ti. & l. si repetendi* 7. *C. eo. l si maiores* 25. *C. de transf.* nisi ab vtraque parte subintellecta sit, vt scripsimus ad *d.* §. *si quis quasi ex d. l.* 1. §. *vlt. sup. l. in summa* 65. §. *sed agere inf. de cond. indeb. l. cùm quis* 12. *inf hoc ti.* porrò non videtur causa secuta, si nõ legitimè secuta sit, vt idem Accursius docet ex *d. l.* 1. §. *si liber homo & §. si quis quasi*, vbi etiam dixi *sup.* nihil enim refert, an quid omninò factum non sit, an minùs legitimè factum sit *l. quoties* 6. *sup. qui sat. sd. cog. l.* 1. *inf. de auth. tut.* Idem notat, & benè, condictionem hanc dari ad idipsum repetendum, quod datũ fuit, si consistat in specie, vt in *l.* 1. *in fi. de rer. permut.* si verò in quantitate ad tantũdem, vt in specie huius legis, aut illud ipsum, vt loquitur Pomponius in *l. quod indeb.* 7. *inf. de con. indeb.* Etsi nec in specie data nouũ est, vt aliud datum sit, aliud verò condicatur, vt in *d. l. si non sortem* 26. §. *libertus eod. tit.* vbi dicitur etiã fructus condici, & accessiones naturales, vt & in *l. indebiti* 15. *eo. l. qui se debere* 7. §. *vlt. inf. hoc ti.* quamuis in vsuris aliud sit *l.* 1. *C. de cond. indeb.* quia sunt ciuiles accessiones, nec tam natura, quàm iure percipiuntur *l. si nauis* 62. *sup. de rei vind.* Nihil rursum refert, an quid reuera datũ sit, an interpretatiuè, vt loquitur Accursius, vt in specie *l. prox. sup. & l. si mulier* 10. *inf. hoc ti.* licèt malè addat Accursius *si pecunia purè debebatur.* hoc enim ad legem præcedentem iam refutauimus. Sed ad id quod aduersarius dare vel facere debuit, vt cõtractum ex parte sua impleret, nunquam datur condictio, licèt tacitam illam condicionem semper habeat, si non aduersarius ex parte sua impleat *d. l.* 4. 5. *& 6. C. de rer. permut.* nisi cum datur condictio ex pœnitentia, vt hæc lex optimè probat: datur autẽ actio præscriptis verbis, sed non tam ad id, vt contractus impleatur præcisè, quàm ad id quod interest agẽtis, ni cõtractus impleatur, aut ad vtrũq; etiam si voles sed alternatiuè, vt vel hoc, vel illud fiat, quẽadmodum supra iam docuimus ex *d. l.* 4. 5. *& 6. C. de rer. permut. & d. l. naturalis* 5. §. 1. *& 2. inf. de præsc. verb.* Malè Bart. contra ea, quæ disputauimus, tentat etiam in contractib. innominatis, qui à facto incipiunt, id est

in con-

BIU Cujas

in contractibus facio, vt des, & facio, vt facias, locũ esse pœnitentiæ, in eamq; rem aliquos casus congerit, quorum nullus potest admitti. Primus est, si ex vtraq; parte nihil adhuc sit impletum, in quo nõ videt Bart. de pœnitẽtia tractari nihil posse, nisi stultè cũ nullus dũ sit cõtractus, nec perfectus nec imperfectus, cuius pœnitere alterutrum possit, quandiu neuter impleuit, cùm implementum vnius initium obligationi alterius præbeat *d.l. 1. de rer. permut.* Secundus casus est, si ex vna parte impletum sit, sed tale factum sit, quod possit repeti, veluti, inquit, vacuam possessionem tradi, atq; malè. nam cùm traditio nihil aliud sit, quàm datio possessionis *l. 3. in prin. de act. empt.* qui tradit, non tam facit, quàm dat possessionem, & cùm condicit, non factum ipsum tradendi condicit, sed possessionem, quam dedit, vt in *l. qui exceptionem 40. § si pars de condict. indeb. l. heres 21. infr. ad SC. Trebell.* Alio qui nec contractus, do vt des, inciperet vnquam à datione, sed semper à facto, cũ dari quid nihil aliud sit, quàm dominium eius trãsferri *l. vbi autem 75. § vlt de ver. obli. l. non videntur data 167. de reg. iur.* dominium autem transferri non soleat, nisi per traditionem *l. traditio 20. de acquir. rer. dom. l. tradit. 20. Cod. de pact.* traditio autem semper facti est *l. cons. 7. §. vlt. inf. de curat. furios.* Tertius Bartoli casus est, si petam vt te reponas in pristinam obligationem, sicut, inquit, in specie legis præcedentis, atqui hoc falsum est, vt detur vnquam condictio liberationis ad restaurandam priſtinam obligationẽ *l. ob eam causam 9. de præscr. verb.* sed tantùm ad pecuniã ipsam repetendam, quæ per acceptilationem data esse intelligitur *l. si mulier 10. inf. hoc tit.* idque pluribus à nobis probatum est ad legem superiorem. Quartus casus est, etiamsi factum tale sit, quod condici nequeat quoniam, inquit, datur hoc casu actio de dolo in locum huius condictionis, ob causam ex *l. cum proponas 4. C. de dolo d. l. act. 4. C. de transact.* In hoc verò turpiter bonus fallitur Bartolus. datur enim quidem mihi contra te actio de dolo, si posteaquam feci, cessas dare *d. l. naturalis §. quòd si faciam de præscr. verb.* sed non similiter, si posteaquam feci, pœniteat me fecisse: pœnitentia enim potius excluderet actionem de dolo, etiamsi ex parte tua contractum implere nolles, quandoquidem imputare tibi non possem, cur contractum illum implere noluisses, cuius me iam pœnituisset. Post factum igitur seta & inutilis est pœnitentia, per quam fieri nequit, vt quod factum est, pro infecto habeatur. Addit Bartolus posse ex aduerso etiam contingere, vt contractus à datione inceperit, nec tamen quod datum est, condici possit, vt puta si libertas data sit, in quo tamen æquè, sed contrario errore labitur, non enim à datione incipit actus datæ libertatis, sed à facto, id est, à manumissione, cũ nonnisi per manumissionem detur libertas exceptis iis casibus, de quibus in *Tit. qui sin manum. ad liber. perue. infr.* manumissio autem semper facti est. Ergo defendi non potest, quod Bartolus pro verissimo concludit, in omnibus contractibus innominatis indistinctè locum esse pœnitentiæ: nec illud rursum quod Guillielmus ab eodẽ Bartolo relatus dicebat, in solo contractu do vt facias, locum esse pœnitentiæ, non etiam in contractu do vt des. Etsi enim nullo iuris loco tale quicquam scriptum est de contractu, do vt des, ipsa tamen iuris ratio, quæ semper maximè attendenda est, euincit nullam posse constitui differentiam inter contractus innominatos, qui à datione incipiunt. Nec debuit moueri exemplo permutationis, in qua fateor non esse locum pœnitentiæ ex *leg. 1. §. vlt. de rer. permut.* Larga enim differentia est inter contractum do vt des, & permutationẽ, non in eo solùm, quòd contractus, do vt des, nihil aliud ferè sit, quàm permutatio quædam inchoata & imperfecta: permutatio verò contractus potius do, quia dedisti, aut si voles contractus do vt des, ex vtraque parte impletus, si permutatio ipsa perfecta sit, vt docuimus *lib. 8. Cõiect. cap. 9. & 10.* sed etiam maximè q; in eo, quòd permutatio non fit sine præcedente placito permutandi *l. 3. & 4. C. de rer. permut.* od idq; dicitur similis emptioni *l. 2. inf. & C. eod. tit.* ex quo pacto nascitur obligatio naturalis, quæ impedit, ne pœnitentiæ locus esse possit *arg. d. l. qui ob rem 35. de cond. indeb. l. naturales 10 inf. de oblig. & act.* quamuis non impediat, ne possit locus esse condictioni, si ex altera parte res non sequatur, quia id tacitè in pacto permutationis actum ex vtraque parte intelligi debet, vt nisi tu ex parte quoque tua impleres, possem ego condicere, quod ex illa permutationis causa dedissem *d. l. 1. in fin.* at contractum, do vt des, nulla vnquam pactio præcedit, quæ naturalem obligationem pariat ad impediendam dati repetitionem. In obligatione tamen ciuili conueniunt, quia & in permutatione non minus quàm in contractu, do vt des, traditio à me facta initium obligationi tuæ ciuili præbet *d. l. 1.* Quod v. rationis loco Guillielmus adducebat contractus innominatos diiudicandos esse ex natura contractuum nominatorum, quibus assimilantur, quasi contractus, do vt facias, assimiletur mandato, in quo diximus, posse locum esse pœnitẽtiæ rebus integris omnibus *§. rectè Instit. de mand.* bene refellit pro nobis Bartolus nõ ideo solùm quòd contractus, do vt facias, locationi propiùs accedat quàm mandato (nam & locatio verè esset, si tale factum proponeretur, quod locari soleret *d. l. naturalis §. at cum do de præscriptis verb.* in locatione autem nũquam est locus pœnitentiæ *l. qui operas 38. inf. locat.* & mandato æquiparatur potius contractus facio vt facias *d. l. naturalis §. vlt.*) sed ob id etiam, quòd neque in mandato vnquam pœnitentiæ locus adeò est, vt si quid ex ea causa datum fuerit, condici possit, nisi cùm mandatum legibus interdictum fuit, vt in specie *l. si militem 5. C. hoc tit.* actio enim ipsa mandati sufficit ad mutuas omnes illas præstationes, quæ ex mãdati causa pendêre possunt. Ex his apparet quid verũ quid ve falsum sit, in longa illa distinctione, quã proponit Bartolus circa totam hanc quæstionem, an in contractibus siue nominatis siue innominatis locus sit pœnitentiæ, non enim pluribus eam prosequi aut refellere lubet, ne longiores simus, si multa, quę iam diximus, repetamus, quę tamen inculcare necesse esset: sicuti neq; aliam distinctionẽ valde curamus, quam adfert idem Bartolus in alia quęstione, quando defectus causæ condictionem inducat, sufficit enim nobis ea dixisse, ex quibus intelligi clarè possit, quid ex iuris ratione sentiendum sit, ne quem errores Bartoli præcipitem in posterum agãt. Iunge quæ scripsi ad *l. 1. & l. 3. in prin. & §. 2. sup.* Illud bene Bartolus monet condictionem hanc locum habere in omni datione, quæ fiat ob causam, si causa non sit secuta, licèt ex ea datione non resultet cõtractus innominatus ex *l. 1. §. si parendi sup. l. Senatus 35. §. 1. vers. ergo qui mortis causa inf. de mort. caus. don.* patet enim longè latius quàm materia cõtractuum innominatorum, & cùm ex æquitate proficiscatur, vt sępius diximus, locum habere debet in omnibus casibus, in quibus eadem iuris & æquitatis ratio obti-

BIU Cujas

net. Cùm autem quæritur, an qui condicit, contractum ex parte sua perfectè implere prior debuerit, de quo etiam Bart. tractat, distinguẽdum est, an detur condictio ex sola pœnitentia, an quasi causa non secuta: priore nãq; casu nil est necesse, vt prior perfectè impleuerit. quanto enim minùs impletus contractus est, tanto faciliùs per pœnitentiam resiliri ab eo potest: posteriore verò secus est, quia non potest aduersario imputare, cur non impleuerit is qui prior non impleuit *l. Iulian.* 13. §. *offerri de act. emp.* Quid autem aliud est implere, quam perfectè complere, vt nihil desit? *l. vlt. C. de rei vind.* Sed quid si contractus ex vtraq; quidẽ parte impletus est per traditionem, sed tamen desiit posteà impletus esse propter subsecutam euictionem, nam & de hoc quærit Bart. adeò ille totum hunc tractatum diligẽter prosecutus est, vtinã æquè feliciter ac subtiliter. Respondet autem hoc quoq; casu condictionem hanc ob causam dati causa non secuta cõpetere ex *l. vlt. inf. hoc tit.* nec malè, parum enim refert an causa omnino secuta nõ sit, an verò secuta esse desierit *l. 1. inf. de con. fin. caus.* sed excipere debuit contractum permutationis, ex quo tradita res si postea sit euicta, competit exemplo actionis ex empto in factum actio ad id quod interest *l. si permutationis* 29. *C. de euict. iunct. l. 4. eo. ti. & l. 2. C. de rer. permut.* condictio tamen etiam locum habere potest, si malit is, qui euictionẽ passus est, rem suam repetere, quàm agere ad id quod interest, dummodo res tradita & euicta non fuerit venalis secundum distinctionem *l. 1 eod. tit.* Sed ferre nõ possum quod Bart. excipit contractum transactionis quasi innominatum, cùm tamen transactio nihil nisi pactũ sit, sed perfectum & pariens obligationẽ naturalem atque ita impediens dati condictionẽ & pœnitentiam *l. quamuis* 39. *C. de transact.* nõ odio minuendarũ litiũ, vt passim docet Bartolus, sed iure alterius pacti cuiuslibet quãtumuis nudi, ex quo si res vtrinque data sit, & altera postmodum euicta, vt in *l. si pro fundo* 32. *eod. tit.* merito placuit dari actionem de euictione ad id quod interest, idque actione præscriptis verbis, non quasi ex transactione, sed quasi ex permutatione, vt in *d. l. si permutationis*, nisi quod hoc casu condictio locum non habet, quomodo habere solet secuta post permutationem euictione *d. l. 1. in fi. C. de rer. permut.* nempe quia pactum transactionis semper impedit condictionem, nisi de reddendis iis quæ data sunt, stipulatio interuenerit *l. cùm proponas* 17. *C. de transact.* Nec mirum est, ad condictionem impediendam plus posse pactum transactionis perfectũ, quàm contractum innominatum imperfectum, vt à nobis latiùs disputatum est in superioribus.

b *Proculdubio repetetur quod datum est.* RAT. DVB. In contractibus nominatis neq; pœnitentiæ neque condictioni locus est, vt suprà diximus ex *l. sicut* 5. *C. de obl. & action. l. in commodato* 17. §. *sicut inst. Commod.* Atqui si pecuniã tibi dem, vt pro me Capuam eas, locatio & conductio est, cùm sit hoc factum ex eorum genere quæ locari solent *l. naturalis* 5. §. *at cùm do inf. de præscrip. verb.* Ergo pecunia quam tibi dedi etiãsi Capuam non eas, neq; per pœnitentiã meam, neque quasi causa non secuta repeti poterit, atque ita scriptũ est in *l. qui operas* 38. *inf. locat.* DEC. Contractus do vt facias, qui in hac lege initus proponitur contractus est innominatus, similis quidẽ locationi cùm factũ tale est, quod locari solet, sed in eo tamẽ dissimilis, quòd imperfectus est, nec vllomodo eum obligat qui dedit, sed eum tantùm qui accipit, vt disputauimus in præcedẽtibus: admittit ergo locum pœnitentiæ, & ex pœnitentia cõdictioni. Atqui, inquies, factũ hoc locari solet. Ideo nimirum Accursius ponit, pecuniã fuisse datam in specie non in genere, vel hunc qui pecuniã accepit, non fuisse solitum operas suas locare: quorũ vtrumq; commẽtitium est, prius verò etiam ineptum, pecunia enim tum quoq; cùm in genere debetur, numerari tamẽ non potest, nisi in specie, quia genus nec videtur, nec tangitur. Malo ego dicere id quod res est, ni fallor, nõ statim atq; pecunia pro facto datur, locationem esse, sed ita demũ si mercedis nomine data sit, sicuti nec emptio est, statim atq; pecunia pro re datur, sed ita demùm si ea pecunia pro precio data sit, quia nec potest locatio esse sine mercede, nec emptio sine precio, ex quo nimirum substãtia emptionis consistit *l. pacta conuenta* 72. *de contr. empt.* Merces autem licèt in pecunia tantùm numerata consistat, sicut & precium, non tamen omnis pecunia numerata facit mercedẽ aut precium, sed ea sola de qua conuenit, vt precium sit, vel merces *l. vlt. inf. hoc tit.* atque ita intelligi debere quod scriptũ est in *d. l. naturalis* 5. §. 1. *& §. at cùm do de præscript. verb.* præsuppositis nimirum terminis habilibus, qui semper supponendi sunt *l. tutor* 35. §. 1. *sup. de iureiur. l. adigere* 6. §. *quamuis inf. de iur. patr.* Omnis enim venditio & locatio perficitur solo consensu, nec incipit vnquam à datione aut à traditione rei venditæ, vel locatæ aut à solutione precij vel mercedis, vt contractus do vt des, & do vt facias à quibus non tãtùm materia, sed etiã forma, & quod præcipuũ est, ex ineundi modo distinguũtur, quamuis cùm pecunia interuenit pro re in cõtractu do vt des, aut pro facto, in contractu, do vt facias, incipiat eadem esse vtriusq; contractus materia, nec nisi ex voluntate contrahentiũ, & ex modo ineundi æstimandum supersit, an contractus nominatus censeri debeat an innominatus: quæ Pauli sententia mihi esse videtur in *d. l. naturalis* §. 1. *& seq.* quos locos non aliter possis conciliare cum *d. l. vlt. inf. hoc tit. & cum hac lege.* Porrò in locatione neque pœnitẽtiæ locus est, neq; cõdictioni, at neque restitutioni pecuniæ si per locatorẽ non stet, quominùs operas suas præstet *d. l. qui operas*, quod sic accipiendũ est, vt neq; iudicio locati & conducti mercedẽ restitui oporteat, neque cognitione extraordinaria, præsidis si fortè de Aduocati honorario tractetur *l. 1. §. Diuus seuerus antep. inf. de var. & extraord. cognit.* Adhibendæ tamen sunt circa locationẽ & conductionem quædã distinctiones, quas hîc attingit Accursius, & de quib. dicendum latiùs erit ad *l. ex conducto* 15. *aliàs l. si vno §. item cùm quidam inf. locat.* At in contractu innominato de quo nunc agimus, certũ est pecuniã à te datã, si hæc causa ob quã data est, non culpa accipientis, sed fortuito casu secuta non sit, minimè repeti posse *l. pen. C. hoc tit.* sc. condictione ob causam dati, quasi causa non secuta, nisi fortuitum casum pœnitentia dantis præcesserit, aut etiam subsecuta sit. Tunc enim repetetur pecunia non quasi causa non secuta, sed ex pœnitentia, vt disertè scriptũ est in hac lege, quæ sic conciliandа est cũ *d. l. pen.* non quomodo conciliatur ab Accursio, an casus fortuitus contigerit in persona locatoris, an in persona conductoris, cùm neque hîc neq; ibi agatur de contractu locationis, sed de contractu innominato, & de cõdictione ex pœnitẽtia quę in contractib. innominatis duntaxat locum habet, etsi vt verũ fatear, durius mihi hoc videtur, quàm vt possim mihi persuadere ita Vlpianum sensisse & scripsisse. Sed iam inde ab illis verbis *potest dici* manum Triboniani videor mihi agnoscere:

nam

nam si iuris rationem consulimus, verius est, quod ait *dicta lex pen. C. hoc tit.* non posse repeti pecuniã datam ob causam, tametsi causa secuta non sit, si modò non culpa accipientis, sed casu fortuito contigerit, & stulta est adiectio & exceptio illa *nisi dantẽ pœniteat*, cùm sera sit pœnitẽtia, postquàm desitis qui accepit implere posse ex sua parte etiamsi maximè velit, idque casu aliquo fortuito, quem nulla ipsius culpa præcesserit; quotus enim quisque esset, quem non hoc casu pœniteret, vt qui iã sperare aliud nihil posset ab eo cui dedit pecuniam, saltem condictione ex pœnitentia sibi acquireret, quã aliter habere nullã posset? Fefellit proculdubio Tribonianũ quod ab eodem Vlpiano scriptum viderat *l. 3. §. 1. & 2. sup.* in hoc contractuum innominatorum genere locum esse pœnitentię, nec animaduertit debere id intelligi, quandiu res integra est, & in potestate illius qui accepit pecuniã, vt contractum ex parte sua impleat, vel nõ impleat, nam quemadmodũ sera est pœnitentia post contractũ ex vtraq; parte impletũ, vt suprà diximus, ita & postquàm desiit impleri posse, & quidem casu fortuito, & citra illam ipsius culpam, cùm hoc casu quantũ ad eum pertinet, qui implere non possit, vt maximè velit, haberi debeat pro impleto, alioqui danda esset cõdictio ob causam etiam quasi causa non secuta, si non haberetur pro secuta; quod tamen diserte negatur in *d. l. pen.* Et hac ratione motum Vlpianũ in hæc verba scripsisse non dubito, *Etiam per te non steterit, dicendum est repetitionem cessare* generaliter scilicet, siue condicere velim quasi causa non secuta, siue ex pœnitentia, ne aliter nobis interpretãtibus eueniat, vt nullus futurus sit effectus illius propositionis, quantum ad causam condictionis. Quid enim tua refert, an ob pœnitentiam meã cogaris mihi pecuniam reddere, an quia causa non sit secuta? Sed Tribonianus, vt solitis suis distinctionibus & subdistinctionibus viã aperiret, immutauit primùm absolutã conclusionem Vlpiani, & pro illis verbis *dicendum est* subsstituit *potest dici*, quasi non nisi disputãdo id dici possit, vt bonus, sed miser Accursius interpretari vel inuitus cogitur: deinde subiecit, *sed cùm liceat ei pœnitere qui dedit, proculdubio repeteretur id quod datum est*, atque ita propositionem apertè, & indubitatè falsam obtrudit nobis pro indubitatè vera, & quia tamen videt, nec generaliter veram esse posse, quæ generaliter & indistinctè falsa est, incipit addere exceptionem, *nisi fortè tua interfuit nõ accepisse te ob hanc causam pecuniam.* Et hoc recte. Constat enim eo quoq; casu, quo pœnitentiæ locus esse possit, nunquam tamen admittendã esse pœnitentiam quæ alij iniuriam factura sit §. *item si quis inf. l. nemo potest mutare 75. de regul. iur.* facetet autem iniuriam, si iam cœpisset aduersarij interesse *l. si ita quis 135. §. Seia ad fi. de verb. oblig. l. et si post tres 8. sup. si quis caution. l. vtique 22. sup. de recept. qui arbitr. recep.* Ergo fatetur Tribonianus non esse locum pœnitentiæ, si cœperit tua interesse. Atqui mox ille sibi, vt solet, contrarius apertè scribit, etiasi tua interesse cœperit, quod aliquid iam erogaueris ob perfectionem, vt tres Capuam quod non aliter fueras erogaturus, attamẽ condictionem locum habere, quamuis addat quasi & motus ipse pœnitentia, *ita tamen vt præstetur tibi indemnitas eius quod expendisti*, quasi verò ea ratio præstandę tibi à me indẽnitatis non debeat tibi prodesse ad retentionem, & ad impediendam condictionem, quã vel naturalis sola obligatio impediret *l. naturales 10. inf. de oblig. & actio. l. natur aliter 11. l. frater à fratre 38. l. Iulianus 64. & pass. inf. de cond. indeb.* Aut quidni saltem compensationem inducat, ad concurrentem vsq; quãtitatem? *l. etiam 6. inf. de compens.* An non enim tua non interest, potiùs non soluere, quàm solutum repetere? *l. 3. eod. l. si stipulatus 15. de fideiuss.* Distinguit autem Tribonianus in hunc modũ, *nam si ita res se habeat vt licet nondum profectus sis, ita tamen rem composueris, vt necesse habeas proficisci, vel sumptus qui necessarij sunt ad profectionem, tam feceristi, vt manifestum sit plus fortè quàm acceperis te erogasse, condictio locum non habebit, sed si minùs erogatum sit, condictio locum habebit, ita tamen vt indemnitas tibi præstetur eius quod expendisti.* In qua distinctione illud etiam ineptum est, quod ponit Tribonianus te ita res tuas composuisse, vt necesse habeas proficisci. Quis enim casus esse potest in quo necesse habeas Capuã ire pro me inuito? Accursius vnum illũ reperit, si iuraueris te iturum, quasi iusiurandũ tuum facere possit, vt præcisa necessitate cogaris ad factũ, quod ex hac vnica glossa, quasi singulari & mirabili, Doctores nostri inferre solent. At cui iurasti nisi mihi? Quis ergo te coget præter me? Porrò si me pœniteat, vt ex facto ponimus, an non hoc ipso gratiam tibi facio iurisiurandi? an non potius iusiurandum tuum habet hãc cõdictionem, nisi mutet volũtatem is cui iurasti? *l vlt. sup. Quisatisd. cogat. l. vlt. in pr. inf. ad municip. l. remittit 6. sup. de iureiur.* Excidit ergo hæc ineptia Triboniano nimia, vt solet exaggeratione fingenti casum quẽ ad suam distinctionẽ accõmodet, nec satis ad id quod scribit attendenti. Rursus quod addit, *vel sumptus qui necessarij sunt ad profectionem tam fecerit, vt manifestum sit plus forte quàm acceperis te erogasse*, multo ineptius & Triboniano dignius est. Quis enim te fingat tã stultum, vt pro me iturus Capuam, plus expedas quàm acceperis, nullis tamen factis sumptibus nisi necessariis, nullóque tibi operę tuę precio relicto? Sed & quomodo fieri potest, obsecro, vt & manifestum sit, & dubium te plus expendisse in sumptus istos necessarios quàm acceperis? Et tamẽ vtrumq; ponit Tribonianus his verbis, *vt manifestum sit plus fortè*, quæ non nisi absurdè coniungi posse Accursius quoque vidit, nec est quod cũ quibusdã respondeas, dictionẽ *manifestũ* referendã esse ad verbũ *erogasse*, dictionẽ autem *fortè* ad *plus*, non enim distinctio hæc fieri potest, cùm manifestũ esse oporteat te non modò erogasse, sed etiam plus erogasse, quàm acceperis, vt condictio locũ habere nõ possit, quẽadmodum ex posteriore distinctionis parte apparet, quæ ita concepta est, *sed si minus erogatum sit*, nã si non sit manifestum, te plus erogasse, vult Tribonianus cõdictionẽ non cessare, licet nec manifestũ sit, te minus erogasse, tuũ enim est tuã exceptionẽ probare, si vis intentionẽ meam excludere *l. in exceptionibus 19. iunct. l. 2. inf. de probat.* & in dubio standũ est regulæ, quæ secundũ Triboniani iurisprudentiã in proposito illa est, vt pœnitentia mea faciat locum condictioni, nisi manifestũ sit, te plus erogasse quàm acceperis. Quæ tamen exceptio longè diuersa est ab illa, quã Tribonianus priorem posuerat, *nisi fortè tua interfuit*, & quæ sufficere certè poterat, non addita illa distinctione, an plus minúsve erogaueris quàm acceperis: nã etsi minùs erogaueris, negari tamẽ non potest, quin tua interfuit, & quidem tanti quantũ illud est quod erogasti. Debuit ergo Tribonianus ad cõcurrentẽ vsq; quantitatẽ denegare mihi condictionẽ, non solùm vt eadẽ sit ratio partis ad partem, quæ totius ad totum vulg. *leg. quæ de tota 76. supra de rei vindic.* sed etiã ne fiat tibi iniuria, si cogaris mihi totam pecuniam, quã à me accepisti reddere, & inde quã expen-

distiti repetere, denegata tibi non solùm retentione, sed etiã cõpensatione, quam tamẽ certũ est fieri ipso iure ad eam vsq; quantitatem quæ concurrit *l.4. l.si ambo* 10. *& seq. infr. de compensat.* saltem opposita doli mali exceptione in iudiciis strictis §. *in bonæ fidei* 30. *Instit. de action.* dolo enim facit qui petit, quod statim eidem restituturus est *l. dolo facit* 8. *de doli mali except. l. si socer* 44. §. *Lucius solut. matr. l. in condemnatione* 173. §. *vlt. de reg. iur.* Quàm porrò verum sit totam hanc distinctionem Triboniani esse, clariùs ex iis quę ad §. *prox. & ad* §. *vlt. huius legis* dicturi sumus, intelligetur. Mancus autem etiam fuit Tribonianus in eo quod non adiecit, cuius esse debeant ea omnia, quæ tu emeris, vt te ad profectionem Capuam comparares; an tua, quia tibi emeris, an mea post præstitam tibi pleniſſimam indemnitatem, an denique tua remanere si malis, sed ea lege, vt tanto minùs à me indẽnitatis gratia consequaris: ipsum namque indemnitatis nomen ostendit te in damno quidem manere non oportere, sed nec in lucro esse: æquius autem est, vt tuo sit arbitrio, an velis tibi habere & retinere, tanto minùs à me postea indemnitatis nomine consecuturus, an verò mihi omnia reddere, quasi non fueris comparaturus, si non à me pecuniam accepisses, vt Capuam proficiscereris; neque ab hac opinione Accursius aut Bartolus valde discrepat

1 ¶ Si seruum quis tradiderit alicui ita, vt ab eo intra certum tempus manumitteretur: si pœnituerit eum, qui tradiderit, & super hoc eum certiorauerit, & fuerit manumissus post pœnitẽtiam: attamen actio propter pœnitentiam competit ei, qui dedit. planè, si non manumiserit, constitutio succedit, facítque eum liberum, si nondum pœnituerat eum, qui in hoc dedit.

Ad §. 1. Si seruum.

RAT. DVB. In traditionibus rerum quodcunque pactum appositum sit, id valere certum est, *l. in traditionibus* 48. *supr. de pact.* maximè si sit adiectum fauore libertatis, quam pecuniarij damni causa intercidere durum certè est *l. cùm pater* 77. §. *cùm existimaret de legat.* 2. nec facilè ferendum est, vt qui libertate seruum suum donari voluit, eúmque ob hanc causã alij tradidit, vt manumitteretur, mutet posteà voluntatem, si nulla mutandi causa superuenerit, tantámque indeuotionem quibusdam quasi velamentis protegat, vt Iustiniani verbis vtar in *l. si quis argentum* 35. § *vlt Cod. de donat.* Ergo si quis seruum suum alicui tradiderit, ita vt ab eo intra certum tẽpus manumitteretur, etiamsi pœnituerit eũ qui tradidit, si tamen post pœnitẽtiam manumissus seruus fuerit, nulla propter pœnitentiam competere potest condictio ei qui dedit, nec si is qui manumisit fuerit ante manumissionem certioratus de pœnitentia. Quid enim condicet? An seruum fortassis, qui iam manumissus, & liber est? Atqui constat libertatem quæ semel competiit, reuocari & retractari amplius non posse § *si is qui Instit. de eo cui libert. caus. bon. addic. l. 1. & tot. tit. C. si aduers. libert.* Hanc porrò de qua agimus, competere ex eo apparet, quod à vero domino data est, cùm is cui traditus fuit seruus manumissionis gratia, factus sit per eam traditionem dominus, adeóque ea lege, vt manumitteret: neque per pœnitentiam tradentis desierit esse dominus, aut manumittendi ius amiserit: tantum abest, vt seruus hic cõparari possit ei, qui venditus, vel traditus sit ea lege, ne vnquam manumitti possit, & peruenire ad libertatem, de quo in *l. penult. C. si mancip. ita fuer. alien. l. ille seruus* 9. §. *vlt. infrà qui & à quib. manum. liber. non fiant*, quæ olim dicebatur alienatio malis condicionibus facta, nam imò verò bonis condicionibus hic traditus est, qui in hoc traditus est, vt manumittatur. An verò precium serui condicetur? Minimè verò. nec enim aliud cõdici potest, quàm quod datum fuit, vt diximus in præcedentibus. Precium autem non fuit traditum, nec verè, nec interpretatiuè, sed seruus: an denique id quod interest, petetur? Ita putat Accursius post Ioannem Azonem, & Hugolinum: sed ego probare non possum, quia nunquam datur condictio ad id quod interest, sed actio præscriptis verbis in eam rem necessaria est *l. 1. §. vlt. de rer. permut. l. naturalis* 5. §. 1. *& 2. de præscr. verb l. 4. 5. & 6. C. de rer. permut.* Condictio autem quæ ex pœnitentia nascitur, comitem nũquam habet actionem præscriptis verbis, sed illa tantùm quæ datur ob causam nõ secutã, vt supra docuimus. Difficile igitur est dicere, quænã actio illa sit & ad quid dãda, quã hic §. ait dãdã esse propter pœnitẽtiam ei qui dedit. Adde quòd etiãsi seruus hic manumissus nõ fuisset ob pœnitentiã, de qua certioratus esset nouus dominus, adhuc tamen maneret seruus accipientis, & in eius dominio, nec ideò cõdici posset à priore domino, quasi causa non secuta, cùm nõ stet per accipiẽtẽ, quominus eũ manumittat, secũdùm ea quæ ad initiũ huius legis scripsimus, dummodò illud etiã concurrat, vt tempus nondum præterierit, intra quod ex lege contractus manumitti seruus hic debuerit *l. . §. sed si tibi dedero supr.* vbi quod additur, *nisi pœniteat*, non ita debet accipi, quasi sola pœnitẽtia, & pœnitentiæ certioratio sufficere possit aut debeat, ad impediendam manumissionẽ, aut ad obligandũ eum qui de pœnitentia certioratus est, sed vt possit is, qui dedit, Stichũ ex pœnitẽtia condicere ante manumissionem, atq; ita instituto iudicio assequi, vt vel Stichus reddatur priusquàm manumissus sit, vel lis æstimetur quanti fuit Stichus tẽpore litis cõtestatæ, vt æstimari solet in omnib. stricti iuris iudiciis *l. 3. § in hac infr. cõmod. l. hominem* 37. *infr. mandat l. vinũ* 22. vbi dixi *supr. de reb. credit.* non inspecto eo an Stichus hic fuerit postea manumissus necne, quia siue manumissus sit, siue non, attamẽ non ideo reddẽdus est priori domino, sed æquè lis æstimãda est, & litis æstimatio in cõdẽnationẽ deducenda, satísq; ei esse debet, quod à die condictionis institutæ, & litis cõtestatæ, nõ potuerit eius condicio fieri deterior *l. si post acceptum* 18. *& seq. supr. de rei vindic.* quia quale quid est cùm petitur, tale dari debet *l. 2. infr. de vsur.* Cæterùm nõ potest, siue pœnitentia, siue pœnitentiæ certioratio vim habere litis contestatæ, vsq; adeò, vt ab eo tempore nouus dominus prohibeatur seruũ suũ manumittere, aut si manumittat obligetur ad precij restitutionẽ, aut ad præstationẽ eius quod interest. Sed quod me magis mouet, illud est, quod cùm tibi seruũ meũ do, vt eũ manumittas, nõ potest dici cõtractus hic innominatus, do vt facias, quomodo interpretes omnes existimãt, ex quo dati cõdictio nasci vllo casu possit, sed cõtractus mãdati est, quia videor tibi mandasse, vt ser-

BIU Cujas

vt seruum meum manumitteres, cùm non aliam ob causam tibi eum tradiderim, quàm quia non posses tu manumittere nisi tuus esset *l.1. & tot.titul. C. de his, qui à non domino manumissi sunt.* Atque ita Iulianus diserte scribit in *l. si hominem 30. infr. mandat.* vbi ait, in hac specie, si hominem tibi dedero, vt eum manumitteres, & postea procurator meus prohibuerit, ne manumitteres, posse me agere mandati, si tu eũ manumiseris, si modo procurator iustã causam habuerit interpellandi manumissionem serui, veluti si compererit eum postea falsas rationes confecisse, aut insidias vitę meę struxisse, in qua actione veniet proculdubio, non vt mihi reddatur seruus, qui iam liber est, sed quãti mea interest te procuratoris mei denunciationi paruisse, nunquam enim ex mandato nascitur condictio, vt neque ex contractu vllo nominato, qui sit bonæ fidei cuiusmodi est mandatum, cùm tamen omnes condictiones sint strictæ. Distinguit quidem Iulianus, an iusta aliqua causa fuerit interpellandæ manumissionis, an nulla, quia prohibitio manumittẽdi facta fuerat à meo procuratore, qui nullum in eam rem mandatum speciale à me habebat, sed generale tantùm, cuius potestate non ei licebat specialem voluntatem meam reuocare, nisi ex tam iusta causa, vt credi possit me si scisse fuisse reuocaturũ. Sed si ego ipse mutata priore mea voluntate, prohibuissem tibi manumissionẽ, nõ dubitaret Iulianus quin omnimodo & indistinctè dari mihi contra te deberet actio mandati, ad id quod mea interesset, siue iustam causam prohibendi habuissem aliquã, siue nullam, cùm mandatum sit ex eorum contractuum genere, qui licèt nominati sint, reuocari tamen possunt rebus omnibus integris, quoties in solius mandantis gratiam factum est, vt diximus ad initium huius legis ex *§. rectè Inst. de mandat.* adeò vt nec mandati actio sit, ob id quod factum sit, post extinctũ per reuocationem mandatum, quoties id quod factum est, pro nullo & non facto haberi potest *l. si verò non remunerandi 12. §. pen. & l. si mandassem 15. inf. eod. ill. tit.* Hoc.n. addendũ est, vt excludam hunc casum de quo agimus, de seruo à te manumisso post meam prohibitionem: quia mãdati huius reuocatio facere nõ potest inutilem manumissionẽ, quę nihilominus inuenitur facta à domino, quia nec reuocatio hæc dominium reddere mihi potuit, ꝙ per traditionem serui à me abscesserat, nouáq; in eam rem retrotraditione opus esset *l. hoc iure 19. §. si quis dederit infr. de donat. l. ab emptione 58. supr. de pact.* In eóq; differt hæc species ab illa quam tractat Paulus in *l. pater 22 infr. de manum. vindict.* de seruo, quẽ filiusfamilias permissu primũ patris, deinde post mutatã à patre voluntatem manumiserit, quẽ Paulus ideò liberũ esse negat, quòd à patre ipso manumissus videri non possit, cuius tamẽ verè seruus fuit nõ filij, deniq; quòd à non domino, non ex domini volũtate manumissus sit: at nos eum casum tractamus, quo tu factus per traditionẽ meam dominus seruum manumiseris iam factum tuum licèt meus primùm fuerit, quod verba illa Iuliani demõstrãt *insidias vitæ prioris domini struxisse*, ac proinde quo nulla mihi in seruũ ipsum iam liberũ actio possit cõpetere, neq; contra te alia quã mandati propter reuocationẽ, vt me indemnem præstes, illa scilicet ratione, quòd nõ debueris sciens reuocatam meã volũtatem, eum manumittere, quem tibi dederam in hoc solũ, vt eum manumitteres, cùm mandatũ hoc non nisi mea gratia factũ esset, cuius tum interesset tanto beneficio affici hominẽ, *l. seruus ea lege 7. infr. de seru. export.* quamuis per consequentias etiam tua interesset, ex postfacto propter libertũ, quem tibi ex ea manumissione acquisiturus eras, sed non solent attendi, quæ non fiunt nisi per consequentias *l. 1. l. quod dicitur 7. infr. de author. tutor.* Aliud ergo dicendũ fuisset, in alio quolibet contractu, qui non fuisset reuocabilis, puta si seruum meum tibi vendidissem, & vt intra certũ tempus manumitteretur præcepissem, & postea mutassem voluntatem, & tu nihilominus manumisisses; vt in specie *l. quæsitum 8. eod. tit. de seru. export.* vbi cùm quæreretur, an aliquam eo nomine actionem contra te haberem, respondit Papinian. actionem ex vendito per serui manumissionem, etiam mutata venditoris voluntate, factam euanuisse: nimirũ, quia non sicuti mãdatum ad nutum & arbitrium mandantis, ita & lex venditioni dicta, voluntate venditoris immutari potuit. Malè igitur nostri, vt legem illam cum hoc §. nostro concilient, respondent ibi tractari de contractu nominato, hîc verò de cõtractu innominato; in quo non etiam in illo sit locus pœnitentiæ, nam & hîc agitur de cõtractu nominato, id est, mandati, vt constat ex *d. l. si hominem.* Sed debuerunt dicere agi in *d. l. quæsitum* de contractu irreuocabili, in hoc autem §. vt & in *d. l. si hominem* de contractu reuocabili, quãuis nominato. Sed an non cadit hoc genus contractus in speciem contractus innominati *do vt facias*, cùm do tibi seruum meum, vt eum manumittas? Hoc enim est quod interpretes nostri intelligere non potuerunt, & quod nemo explicat. Dicendum est nõ esse contractum *do vt facias*, sed *mando vt facias*, quia ꝙ à te faciendũ est, versatur circa illam ipsam rem quã tibi dedi, & cui certam legẽ dixi nec tua gratia, sed mea, cùm id inter nos ageretur, vt tu ex eo contractu non locupletareris, nec aliam ob causam seruũ meum acciperes, quàm vt eum manumitteres, nemo.n. locupletior fit ex eo quod libertum acquisierit *l. nemo prædo est 126. §. 1. de regu. iur.* Atqui contractuum innominatorum omnium natura illa est, & esse debet, vt ex implemento eius qui prior dat vel facit, locupletior fiat is qui accipit, aut qui aliquid in suam vtilitatem fieri patitur, nam nec alia ratione tenetur siue condictione, siue actione præscriptis verbis, quã quia æquum non sit fieri eum ex aliena iactura locupletiorẽ: quæ vnica ratio fuit inducendarum condictionum omniũ *l. si & me & Titium 32. sup. de reb. cred. l. naturaliter 13. & l. seq. infr. de cond. indeb. l. rerum quidem 25. infr. rer. amot. l. iure naturæ 206. de regul. iur.* Cùm igitur ex eo cõtractu quo tibi Stichum seruum meum dedi, vt eum manumitteres, nullum tibi cõmodum pecuniarium accesserit, consequens est, vt contractus hic innominatus dici non possit, neq; rursum alio quã mandati nomine censeri, nec denique aliam mihi contra te actionem parere quã mandati, non quidẽ illo casu quo Stichum non manumiseris, cùm fiat ipso iure liber ex constitutione Diuorũ Marci & Cõmodi ad Aufidium Victorinũ, vt scriptum est in hoc §. (latius enim accepta est illa constitutio, & protracta ad seruos quoque donatos *l. 1. C. si mancip. ita fuer. alien.* & consequenter ad datos quoq; ea lege vt manumittãtur, ne alioqui melior sit condicio nudi mandatarij, quàm donatarij, aut deterior serui dati, quàm donati ea lege vt manumittatur, nullo etiam adiecto tempore intra quod manumitti debuerit *l. vlt. eod. tit.*) Sed illo solo casu quo manumiseris contra meam voluntatem, & post meam prohibitionem, *d. l. si hominem.* His nimirum tot rationibus victus cogor dicere, totum

BIU Cujas

hunc §. Triboniani esse existimantis per summam iuris imperitiam, speciem hanc pertinere ad tractatum huius *titul. de condictione ob causam dati causa non secuta.* & similem esse præcedentibus & sequentibus, in quibus agitur de condictione competente post pœnitentiam ex contractu innominato, atque ita confundentis contractum mandati cum contractu innominato, do vt facias, eo solo prætextu, quòd vterque per pœnitentiam sit reuocabilis re adhuc integra. Quanquam non adeò audax fuit, vt condictionem hoc casu dederit, quasi ex hoc contractu competentem, quomodo scripserat in *l.3.§. sed si tibi in fin. sup.* vbi diximus, sed actionem simpliciter, nec malè, si modò intelligas de actione mandati ex *d.l. si hominem*, quam tamen nemo vnquam dixit, ex contractu Do vt facias, vel ex alio vllo innominato nasci vnquam posse. Neque audentior fuit Accursius, qui quænam hæc actio sit dicere ausus non est, sed audacior Bartolus, & post eum cæteri, ex quibus nemo dubitat, quin de condictione ob causam dati locus hic intelligi debeat. Hoc verò est quod nos impugnamus. Sententiam enim §. retinemus, dummodo de actione mandati intelligatur ex *d.l. si hominem*, ad quam neque Bartolus, neq; alius quisquam pro Bartolo, aut Triboniano respõdet, iunge *l. si quis alicui* 27. §.1. *eod.tit.* qui locus eandem ferè speciem tractat, & ex pœnitentia dat actionem mandati non condictionem: Triboniani verò manũ in hoc §. produnt ferè omnia contextus verba. Illud primũ quod Vlpian. sic loquitur *si seruũ quis tradiderit* pro eo quod dicere voluit & debuit *si seruum quis dederit*, vt in *d.l. si hominem & d.leg. hoc iure* 19. *§. si quis dederit de donat.* vt sc. translationem dominij significaret, quæ per dationem fit, non per traditionem *d.l. non videntur data* 167. *de regul. iur. d.l. vbi autem* 75. *§. vlt. de verb. oblig.* traditio enim solius possessionis translatio est, non etiam dominij *l.1. & 3. de act. empt.* nisi per consequentias, cùm dominium & proprietas à possessione separari non potest *l. ex empto* 11. §.1. *eod. l. traditio* 20. *de acquir. rer. domin. l. procurator* 8. *C. de acquir. poss.* Porrò dominium quod in hoc seruo manumittendo habui, translatum esse à me in te omnino necesse est, vt manumittere eum possis: & verò ita Tribonianum sensisse apparet ex eo quod in fine §. sic loquitur *competit ei qui dedit* non autem *ei qui tradidit*, sed parum fuit Triboniano *dãdi & tradendi* verba confundere, & ignosco facilè, quia & Caius ita locutus est in *dict. l. si quis alicui* §.1. Deinde quod addit *vt ab eo intra certum tempus manumitteretur*, nihil enim hac parte refert, an adiectum sit certum tempus ad manumittendum Stichũ necne, siue manumissionẽ secutam proponas, siue non secutam, sed tantùm an manumissionem pœnitentia & pœnitentiæ certioratio præcesserit, an non, vt constat ex *l.1. & vlt. C. si mancip. ita fuer. alien. d.l. si hominem*, licèt videatur constitutio eum casum expressim designasse, quo venditus esset seruus ea lege, vt intra certum tempus manumitteretur *l.3. infr. qui sine manum. ad libert. peruen. l. seruum* 8. §.1. *de iur. patron.* Sed quemadmodum ea constitutio tam fauorabilis ad seruos donatos protracta est, licèt de venditis tantùm locuta fuisset, *d.l.1.* ita & ad illum casum quo nullum tempus faciendæ manumissioni præstitutum esset *d.l. vl. C. si mancip. ita fuer. alien.* tempus enim tacitè inesse intelligitur statim atque præstari libertas poterit, si non præstetur, quod significant verba illa *d.l. vltim. ad libertatem quæ præstari potuit*, nec enim tam cito fieri semper manumissio potest, cùm sit necessaria præsentia domini manumittentis serui, qui manumittitur, & prætoris alterius ve magistratus apud quem fieri possit, quique legis habeat actionem *l.2. & 3. supr. de offic. Procons. & §. vlt. inf. hac lege.* Aliáque species est, de qua diximus in *l.3. §. sed si tibi dedero supr. hoc tit.* vbi distinguitur an manumissioni faciendæ certum tempus præfixum sit necne, cùm tractatur de condictione dãda quasi causa non secuta, non quasi ex pœnitentia. Tertiò quòd se intricat suo more Tribonianus, cùm ita loquitur *si pœnituerit eũ qui tradidit, & super hoc eum certiorauerit, & fuerit manumissus.* Vnam enim duntaxat personam designat, quasi idem sit, qui & tradidit, & certioratus fuit, & manumissus, cùm tamen de tribus diuersis personis intelligat, alia namque persona est eius qui tradidit, alia eius qui certioratus, alia eius qui manumissus fuit, ac proinde sic debuerat loqui Tribonianus *si pœnituerit eum qui tradidit, & super hoc* (quæ tamen locutio, vide quàm insolés, & tam inusitata prudentibus nostris quàm Triboniano familiaris) *eum qui accepit certiorauerit, & fuerit seruus manumissus.* Longè aliter & elegantius Iulianus noster eandem tractans speciem, nisi quod intricatiorem propter admixtam personam procuratoris in *dict. l. si hominem.* Denique quod ita loquitur *attamen actio propter pœnitentiam competit ei qui dedit.* nam cùm dictio *attamen* sit aduersatiua, nihil tamẽ est in præcedentibus, cui aduersetur, imò præcedẽtia omnia eò ferebant Tribonianum, vt hoc ipsum subiiceret, potiúsque debuerat pro *attamen* scribere *ideò*, aut quid aliud simile, per quod hanc sententiam superiori consequentem esse apparet. Neque rursus verum est, condictionem, de qua in tota hac lege agitur, competere ei qui dedit, sed actionem mandati, vt probauimus, nec denique actionem mandati competere propter pœnitentiam, vt hæc sit causa proxima & immediata concedendæ actionis mandati, sed propter manumissionem factam post pœnitentiam. Certè quod sequitur in *vers. Planè verissimum est*, si is qui seruum accepit, vt eum manumitteret, non manumiserit, succedere constitutionem, faceréque liberum, si nondum pœniteat eum, qui dedit: est enim hoc casu locus constitutioni Diuorũ Marci & Cõmodi ad Aufidium Victorinum, quia seruo suo legem dixit is, qui dedit eum vt manumitteretur, non alieno, vt diximus ad *d. §. sed si tibi dedero.* Sed tamen hanc ipsam clausulam Triboniani quoque esse, vt par est, apparet etiam ex eo, quod ita loquitur, *si non manumisit*, quasi in præcedentibus designata esset persona eius, qui seruum manumittendum acceperat, cùm tamen præcedentia omnia verba actiua *tradiderit, pœnituerit, certiorauerit* de eo solo sint qui seruum dedit, de quo & postrema illa immediatè præcedentia *competit ei qui dedit*, de illo autem qui accepit vt manumitteret, nihil prorsus nisi per interpretationem illorum verborum impersonaliter & passiuè conceptorũ *& fuerit manumissus* pro quibus debuerat Tribonianus scribere, *& ille tamen manumiserit*, vt accommodatè posset nunc subiicere, *planè si non manumisit.* Ideò autẽ non requiritur certioratio pœnitentiæ, ad impediendam libertatem & potestatẽ legis ac constitutionis, vt benè hîc notãt Accurs. & Barto. ex *l.3. inf. qui sine manum. ad libert. peruen.* quia lex semper certa est, vt ait Bart. & verè ex *l. cùm quidam* 30. *§. quod dicitur*, sed melius ex *l. ventre* 84. *de acqu. hered.* de cuius sententia scripsimus *libr.1. Coniectur. cap.10.*

2 ¶ Item

2 ¶ Item si quis dederit Titio decem, vt seruum emat, & manumittat, deinde pœniteat: si quidem nondum emptus est, pœnitentia dabit condictionem, si hoc ei manifestum fecerit, ne si postea emat, damno adficiatur: si verò iam sit emptus, pœnitentia non facit iniuriam ei, qui redemit: sed pro decem, quæ accepit, ipsum seruum, quem emit, restituet: aut si ante decessisse proponatur, nihil præstabit, si modò per eum factum non est. Quòd si fugit, nec culpa eius contigit, qui redemit [b]: nihil præstabit. Planè repromittere eum oportet [c], si in potestatem suam peruenerit, restituturum.

Ad §. 2. Item si quis dederit.

Hic quoque §. Triboniani certè est, vt & cætera omnia quæ sequuntur ad finem vsque legis: in eodem enim errore versatur Tribonianus, vt putet, si dedero tibi decem, vt seruũ emas, & manumittas, contractum esse innominatum, do vt facias, ex quo proinde nasci possit condictio, si me pœniteat, siue priusquam emas, siue postquam emeris, & antequã manumittas; cùm tamen hic quoque contractus non alius sit quàm mandati, & ex quo non alia quã mandati actio nasci potest, non etiam condictio, siue pro decem agere quis velit, antequam seruus emptus sit, siue pro seruo ipso iam empto, sed nondum manumisso, vt constat ex *l. si procuratorem* 8 §. *vlt. & l. seq. l. si mandassem* 15. *l. inter causas* 26. §. *vltim. l. si quis alicui* 27. §. *l. qui negotia* 34. §. *vlt. & legib. seq. iunct. l. si hominem* 30. *infr. mandat.* hinc decepti omnes interpretes, quod vt Bartolus fatetur, sumus in tractatu de contractibus innominatis, qua sola ratione mouetur ille, vt contractum hunc dicat innominatum, quamuis non dubitent post Accursium vocare procuratorem eum, qui seruum emit, nec tamen ad supradictas leges quicquam respõdet, quæ dicunt esse mandatum, (vt nec procurator certè quisquam esse potest sine mandato *l. 1. C. de procurat. l. 3. § sed si fortè iudic. sol.*) nisi quod fatetur habere cõtractum hunc similitudinem aliquam cum mandato, neque id tamen indistinctè, sed ita demum, inquit, si datum sit verum precium serui, vt emeretur & manumitteretur, non etiam si pars duntaxat precij: & tamen eo casu quo habeat hic contractus omnimodam, vt loquitur, similitudinem cum mandato, vult Bartolus post Accursium posse agi condictione ob causam, & quidem quod magis est, non ad pecuniam datam in emptionem serui, sed in ipsũ quoque seruum emptum ex ea pecunia necdũ manumissum: quod certè defendi ex iuris ratione non potest, extra casum *l. si non sortem* 26 §. *libertus*, vbi dicemus *infr. de condict. indeb.* illud verò longè minus admitti quod Bartolus eo casu quo supradixit, contractum hunc non habere omnimodam similitudinem cum mandato, putat tamen non esse dandam condictionem ob causam, ad ipsum seruum ex pœnitentia eius, qui pecuniam dedit, sed ad solam pecuniam, relicta tamen ei, qui pecuniam accepit, potestate reddendi seruum, vel pecuniam, prout elegerit, ne remaneat in damno, nam cùm ex cõtractu mandati nunquam detur condictio, vt diximus, an non conueniens est, vt quanto magis accedit contractus hic ad mandatum, tanto minus detur condictio ex eo, quanto autem longius recedit à contractu mandati, tanto magis condictio danda sit, quia & propius accedit ad contractum innominatum? Sed quis non ignoscat libenter tot tantisque erroribus, quibus Triboniani authoritas æquè ac imperitia, & causam & authoritatem dedit? Etsi nec apud Tribonianum vlla video vestigia huius distinctionis, quam Bartolus comminiscitur, an pecunia tanta data sit ad emendum seruum, quanta necessaria fuerit ad totum precium, an quanta ad partem duntaxat precij: nec rursus video qua iuris ratione hæc distinctio nitatur, nam quod hoc posteriore casu ait, me pecuniã dedisse magis tui gratia, quàm mei, non tollit actionem mandati, quatenus mea interest, & pro ea parte precij, quam tu ex mea pecunia solueris: nam & mandatum perinde consistit, si mea gratia fiat & tua, atque si vel mea tantùm, vel mea & alterius, quamquam si verum amamus, hic totus contractus videtur factus mea gratia, & serui huius, quem mandaui tibi emendum, mea quidem gratia, vt seruum illum Stichum quem diligebam (de Sticho enim aut alio indiuiduo ponendus casus est, non de seruo in genere, (vt malè Tribonianus ponit) in quem nulla cadere affectio potest) tanto beneficio afficerem, vt ex mea pecunia & emi & consequi libertatem posset, gratia autem ipsius, vt beneficio meo & meæ pecuniæ libertatem consequeretur, solúmque mandatum illud excipitur, quod tua tantum gratia fit, quia consilium magis est, quàm mandatum, ideóque nec obligatorium *leg. 2. infra mandat.* Illud sanè credibile est, deceptum Tribonianum ex eo quod contractus hic mandati eo modo concepti, qui in hoc §. ponitur, proximè accedere videatur ad contractum *do vt facias* innominatum, & ex quo nasci condictio solet, siue ex pœnitentia, siue ex eo quod causa non sit secuta *leg. naturalis* 5. §. *at cùm do inf. de præscript. verb.* itémque actio præscriptis verbis, si causa secuta non sit, nõ tamen ex sola pœnitentia, vt ostendimus in præcedentibus, item ex eo quod in contractu mandati, perinde locus est pœnitentiæ, atque in contractu do vt facias, *l. si verò non remunerandi* 12 §. *pen. l. si quis alicui* 27. *& d. l. si mandassem* 15. *infr. mandat.* sed non tamen ad eundem finem, hoc est, ad inducendam vllo vnquam casu condictionem. Sanè si dederim tibi decem, vt Stichum tibi emas & manumittas, erit quidem mandatum, sed tua tantùm gratia factum, & per consequens non pariet mihi actionem mandati, quia nec quicquam mea interesse videri potest: qua de causa nec condictio tanquam causa non secuta mihi dãda erit, siue non emeris, siue emeris, necdum tamen manumiseris, non enim magis condictio, quàm mandati, aliáve vlla actio dari potest ei, cuius nihil interest: tantum abest, vt mihi hoc casu licere debeat pœnitere, cùm nihil mea intersit. Videor enim pecuniam quam dedi tibi tua gratia nõ tantùm dedisse, sed etiam donasse *leg. cùm ancillam 6. & seq. Cod. hoc titul. l. si maiores* 25. *C. de transact. l. cuius per errorem* 53. *l. donari* 82. *de regul. iur.* sed & cùm mea

BIU Cujas

intereſt, quia mandatum aut mea tantùm, aut mea & tua gratia factum eſt, an non abſurdum eſt pœnitentiæ locum dare, à quo tempore res integra eſſe deſiit? *d. §. rectè Inſtit. de mandat.* Atqui nemo non videt rem non eſſe integram, cùm mandaui tibi, vt ſeruum emeres, & manumitteres, ſi iam emeris quamuis nondum manumiſeris, iam enim ſeruus emptus eſt, quem non emiſſes, ſi non ego mandaſſem, in eámque rem tibi pecuniam dediſſem. Et tamen placet Triboniano, etiam hoc caſu locum eſſe pœnitentiæ. Vnde Bartolus infert, etiamſi ex altera parte aliquid iam factum ſit, ad implendum contractum, ſi tamen nondum eſt perfectum, eſſe nihilominùs locum pœnitentiæ: quod certè falſum eſt non minùs in contractu innominato, quàm in mãdato, cùm ſufficiat omni caſu rem deſiſſe eſſe integram, & cœpiſſe intereſſe illius in cuius fraudem & iniuriam conſilium mutatur, vt diximus ad initium huius legis, quod nec Tribonianus negat, cùm huius ſuæ ſententiæ rationem illam adfert, quia hoc caſu pœnitentia non faciat iniuriam ei, qui redemit [vbi valde impropriè *redimit* pro *emit*: omnis enim redemptio emptio eſt ſecunda, ſed non viciſſim omnis emptio redemptio] ob eámque cauſam velut remedij loco inducit, vt pro decem quæ à me accepiſti, ſeruum ipſum quẽ emiſti, mihi reſtituas: quod in actione quidem mandati facilè admitti poteſt, quia non pluris mea intereſt, ſed in cõdictione non item, in quam non aliud venire ſolet, vt diximus, quàm quod datum eſt, vt verò illud etiam veniat, quod ex altera parte impletum fuit, prorſus inauditum & abſurdum eſt. Sed & in priore caſu huius §. cùm dedi tibi decem, vt Stichum emas & manumittas, ſi antequàm emas me pœniteat, licèt verum eſſet quod Tribonianus putat, & nos negamus dãdam mihi ex pœnitentia condictionem, inepta tamen eſt adiectio illa *ſi hoc ei manifeſtum fecerit*, ſed ineptior ratio quam ſubiungit *ne ſi poſteà emat damno adficiatur* Illa enim ratio in mandato bona eſt, ſed vt me tibi obligat actione contraria mandati *d. l. ſi mandaſſem 15. inf. mandat.* non autem cùm de condictione quæritur: quo caſu certioratio pœnitentiæ neceſſaria eſt, non ob eam rationem, ne tu ex pœnitentia damno adficiaris, ſed potiùs ne mihi pœnitentia mea ſit inutilis, ſi tu ex parte tua priùs impleas quàm fueris certioratus, omnes enim conſentiunt etiam in contractibus innominatis, non niſi rebus omnibus integris pœnitentiæ locum eſſe poſſe, & poſtquàm ex vtraque parte impletum eſt, neutra ex parte actionem competere, alioqui pœnitentia ſemper faceret iniuriam ei, qui ex parte ſua impleuiſſet, poſteriori, ſi ei qui prior impleuit, daretur etiam poſt alterius implementum condictio. Quemadmodum nec actio mandati ex pœnitentia competere mihi poteſt contra te, poſteaquàm ſeruum ex mandato meo emiſti, vt manumitteres, quamuis nondum manumiſeris, ſi modò manumittere paratus ſis, nec imputari tibi quicquam poſſit, cur nondum manumiſeris. Itaque cùm rationes dubitandi ad hunc §. multæ ſint, vt conſtat ex ſuperioribus, decidendi tamen ratio adferri pro Triboniano cõtra veram iuriſprudentiam nulla poteſt, ſequitur apud Tribonianum,

a *Aut ſi ante deceſſerit.* RAT. DVB. Vnaquęque res perit domino, cuius enim alterius periculum eſſe melius, aut iuſtius poteſt, quàm domini? *l. quæ fortuitis 6. l. pignus 9. C de pignor. act. l. contractus 23. de regul. iur.* atqui dominium huius ſerui quem ponimus deceſſiſſe, antequàm fuerit manumiſſus, fuit emptoris qui eum ſibi emit, non illius qui pecuniam dedit, vt emeretur, cùm emerit eum non ſolùm ſuo nomine, quod ſufficeret, ſed etiam quod magis eſt, ex ſua pecunia *l. . & per tot. tit. C. ſi quis alter. vel ſib.* Periculo igitur ipſius mortuum eum eſſe neceſſe eſt, ac proinde defuncto quoque ipſe eandem durare condictionem ſaltem æſtimationis ſerui, quàm viuo eo corporis ipſius dandam Tribonianus putauit *arg. l. 3. § ſed ſi tibi verſ. quinimò ſupr h. c tit. l. in re furtiua 8. inf. de condict furt.* præſertim cùm poſſit ei imputari, cur non citius eum vel manumiſerit, vel reddiderit, quamuis per eum factum non ſit, vt ſeruus moreretur: ponimus enim fato ſuo aut alterius facto peremptum, non ab eo ipſo qui emit occiſum: quo vtique caſu nemo diceret, eum ſuo facto liberationem ſibi acquirere potuiſſe *l ſi ſeruum 91. in princip. & §. nunc videamus infr. de verb. oblig.* DEC. Nihil imputari poteſt ei, qui accepta pecunia, vt Stichum emeret ac manumitteret, eum emit poſteà manumiſſurus, ſi modò non fuerit in mora manumittẽdi. Proinde ſi veram iuris rationem inſpicimus, non eſt, quòd condictionem ſiue Stichi, ſiue pecuniæ aut mandati actionem vllam vereatur, ſiue viuo Sticho, ſiue mortuo, niſi pœnitentia & pœnitentiæ certioratio præceſſerit emptionem *d. l. ſi mandaſſem 15. infr. mandat.* Et tamen dat in eum Tribonianus condictionem ex pœnitentia eius, qui pecuniam dedit, & quidem ad ſeruum ipſum, inuita certè, vt oſtendimus, Iuriſprudentia. Meritò igitur vt falſiſſimam & iniquiſſimam ſententiam aliquo temperamento leniret, adiecit Tribonianus, ſi ante deceſſerit hic Stichus, quàm fuerit reſtitutus, nihil præſtare emptorem debere, ſi non & ipſe mortis cauſam præbuerit: nam emptor qui etiam viuo Sticho, neque condictione, neque mandati actione teneri debuit, multo minùs conueniri poteſt, poſt mortem Stichi ſuo fato defuncti: quamquam ſi Tribonianeam iuriſprudentiam hac parte pro vera haberemus, diſtinguendum eſſet, non tantùm an mortis cauſam emptor præbuiſſet, verùm etiam vtrum in eo reſtituendo, poſt inſtitutam condictionem, aut ſaltem poſt certiorationem pœnitentiæ moram emptor feciſſet, mora enim faceret vt defuncti quoque Stichi æſtimationem præſtare emptor deberet *d. l. in re furtiua d. l. ſi ſeruum 91. § vlt. iunct. l. ſi ex legati 23. & ſeq. de verb. oblig* ſequitur,

b *Quod ſi fugit, nec culpa eius contigit qui redemit.* Hîc quoque Tribonianus valde impropriè ſuo more vocat redemptorem eum, quem emptorem dicere debuerat, redemptores enim longè alio ſenſu à prudentibus noſtris dicuntur, & ab Vlpiano ipſo, qui ſuis cæmentis alij ædificant *in leg redemptores 39. ſupr. de rei vindic.* & tum quoque cùm de contractu emptionis tractamus, redemptio ſecunda emptio dicitur, quaſi *retro emptio*, nunquam prima, ſed Triboniani inſcitiam non minùs improprietate verborum quàm iuris iniquitate detegi conueniens fuit. Planè quod in hac *verſ.* ſcribitur, ſi Stichus quem ex mea pecunia emiſti, fugerit, neque culpa tua id contigerit, nihil te præſtare debere, bonam rationem habet, & tam apertam, vt neque monendum id fuiſſe videatur, ſolet enim hæc diſtinctio adhiberi in alieni ſerui poſſeſſore, ſiue bonæ, ſiue malæ fidei poſſeſſor fuerit, vt in *l. ſi bonæ fidei 21. ſupr. eod. ill. tit. de rei vindic. l. item ſi cùm 14. §. quatenus ſup. quod met. cauſ.* At hic emptor plus quàm bonæ fidei poſſeſſor eſt, cùm ſit factus per emptionem verè ac licitè dominus,

BIU Cujas

minus, & ex mea voluntate, licèt ex mea pecunia emerit *d.l.1.& tot.tit.C.si quis alter vel sibi.* Nihil ergo est quod ei possit imputari, & propter quod teneri debeat de fuga serui proprij; etiamsi minùs diligenter in eo custodiendo versatus sit, nisi ponas fugisse post litem contestatam de condictione, quam contra eum dat Tribonianus: debuit enim ab eo tempore prospicere futurum, vt ad eius restitutionem quandoque condemnaretur ex Tribonianea Iurisprudentia, & ideo maiorem in eo seruo custodiendo diligentiam præstare, secundum distinctiones positas in *d.l.si bonæ fidei.* Ex hoc porrò fit tanto apertiùs, quod iam monuimus, malè Tribonianũ quæstionem hanc concipere de seruo emendo in genere, cùm debuerit concipi de Sticho aut Pamphilo in specie, non solùm quod in seruum genericè sumptum nulla possit cadere adfectio, propter quam manumitti eum quis desideret, vt diximus, sed etiã quia si actum esset de homine in genere emendo, posset imputari emptori, cur fugitiuum emisset, & ideo adhibenda esset alia distinctio, an fugitiuum sciens emisset, an ignorans, & rursum an aliquam haberet actionem eo nomine contra venditorem, an nullam, vt eo casu quo haberet, saltem cedere ac præstare illam cogeretur ex *reg.l.quod debetur 51.in fi. infr.depecul.l.in creditore 38.in fin.de euict.* quorum omniũ nihil dici potest, cùm actum fuit de Sticho aut Pamphilo emendo, sibi námq; imputet is qui pecuniam dedit, vt hîc vel ille emeretur, nec prius diligentior fuit in inquirẽdo qualis ille esset. Sequitur,

c *Planè repromittere eum oportet.* RAT. DVB. Non est onerandus repromissione is, qui nulla actione conueniri potest, alioqui superuacua esset cautio, qua tamen onerari nemo debet *l.hæc stipulatio 15.§.1.infr. vt legat. seruand. caus. caueat.* non solùm si satisdatio petatur, cùm non tam facilè sit inuenire fideiussorẽ *l.2.§.sed si dubitetur supr. de iudic.* sed etiãsi nuda cautio quæ repromissione contenta esse solet, quæque sola in dubio cautionis nomine significatur *l.4.C.de verb.signific.l.pacta conuenta 72.infr de verb.signif.l si dictum 56.de euict.* est enim etiam onus aliquod nudæ repromissionis *l.3.in princ.supr.* Vnde est, quòd si sine dolo malo rem penes te depositam amiseris, non solùm depositi non teneris, sed neque cauere & repromittere debes, si deprehenderis eam reddi, quãuis si ad te iterum peruenerit, depositi tenearis *leg si sine 20.infr. depos.* Quanto minus igitur repromissione onerandus est hic, de quo agimus, eius serui nomine cuius dominus si nec depositarius tenetur repromittere pro re deposita, quæ est aliena? DEC. Dato vno absurdo & inconuenienti, multa sequi necesse est. Postquam igitur Triboniano placuit ita ius constituere, vt is cui pecunia data est ad seruum emendum & manumittẽdum, teneatur condictione ob pœnitentiam eius qui dedit, etiamsi pœnitẽtiam emptio serui præcesserit, illud etiam eodẽ errore fieri necesse est, quomodo Paulus loquitur in *l. & ex diuerso 35.§.1.supr. de rei vindic.* vt si seruus hic fugerit, ideóque nec restitui per condictionem possit, saltem repromissione oneretur emptor, qui à restituendi necessitate liberatur. Depositarij alia ratio est, de quo in *d.l.si sine*, non quia durius adstringendus sit procurator, de quo hîc agitur, cùm etiam de leuissima culpa teneatur *l.à procuratore 13.C. mandat.* quàm depositarius qui non tenetur, nisi de dolo, & lata culpa si non aliud conuenerit *l.1.C.depos.d.l.contractus de reg. iur.* (ponimus enim nullam emptoris culpam in serui fuga interuenisse, ne quidem leuissimã, nisi fortè imputare pro culpa quis velit aduersarij pœnitentiam voluntariam, quod esset ridiculum) sed quia depositarius de solo tenetur dolo, & lata culpa, vt diximus, hic verò emptor ex Tribonianea Iurisprudentia ob solam dantis pœnitentiam tenetur condictione, tametsi nulla penitus culpa eius interuenerit in mãdato implendo. Ergo & quãuis citra vllam ipsius culpam seruus fugerit, repromissione tamen eum onerari æquum est, de eo seruo si in potestatem suam quandoque peruenerit, restituendo, vt repromissio illa interim sit pro ea restitutione, quæ vi condictionis facienda esset, si seruus nõ fugisset. Malè verò Bartolus Accursium reprehendit in eo, quòd emptorem hunc vocat procuratorem eius qui dedit pecuniam ad emendum seruum, quasi nullum hîc sit mandatum, quod nos esse probauimus, nec tamen valdè recedit à responsione Accursij, cùm ait emptorem hunc, licèt verè procurator non sit, esse tamen procuratori similem, quia & contractus hic, quãuis sit innominatus, mãdato tamen simillimus est: facetè proculdubio, & suauiter. Quid enim potest similius esse mandato, quàm mãdatum ipsum? si tamen simile dici potest, quod idem est. Malè denique & Accursius & Bart. respondent ad *d.l.3. in princ. supr.* non esse ibi locum repromissioni, quòd habeat exceptionem, qua satis tutus sit, nam longè alia vtriusque loci ratio est, quam ibi exposuimus.

3 ¶ Sed si acceperit pecuniam, vt seruum manumittat, ílque fugerit prius quã manumittatur, videndum, an condici possit, quod accepit. & si quidem distracturus erat hunc seruum, & propter hoc non distraxit, quod acceperat, vt manumittat: non oportet ei condici. planè cauebit, vt, si in potestatem suam peruenerit seruus, restituat id, quod accepit, & eo minus, quò vilior seruus factus est propter fugam. Planè si adhuc eum manumitti velit is, qui dedit: ille verò manumittere nolit propter fugam offensus: totũ, quod accepit, restituere eum oportet. Sed si eligat is, qui decem dedit, ipsum seruum consequi necesse est, aut ipsum ei dari: aut, quod dedit, restitui. Quòd si distracturus non erat, eũ oportet id, quod accepit, restitui, nisi fortè diligẽtius eum habiturus esset: si non accepisset, vt manumitteret, tunc enim non est æquum, eum & seruo, & toto pretio carere.

Ad §.3.Sed si acceperit.

Pergit Tribonianus in suis persequendis distinctionibus, ex eodem errore profluentibus quo ille in superioribus credidit, esse contractum innomi-

natum, do vt facias, si dem tibi seruum meum, vt illum manumittas, vt in §. *si seruum*, aut decem, vt Stichum emas, & manumittas, aut pecuniam vt seruum tuum manumittas. Et hic casus est quem Tribonianus tractat ab his verbis vsque ad finem huius legis, ita vt vltimus §. mihi hinc videatur esse inchoandus. Quærit ergo Tribonianus, si acceperit quis pecuniam, vt seruum proprium manumittat, isque seruus fugerit, priusquam manumittatur, an condici possit data pecunia. Et distinguit, quomodo aliàs distingui solet, cùm quæritur an debitor, aut possessor rei alienæ naturali interitu rei post moram contingente liberetur, *leg. item si verberatum* 15. § *vlt. & l. seq.* vbi diximus *supr. de rei vindic. l. cùm res* 47. §. *vlt. infr. de legat. 1. l. si plures* 14. §. *vlt infr. depositi.* an tu distracturus eum seruum fueras, nisi pecuniam ad manumittendum eum accepisses, an verò non fueris distracturus. Priore casu ait, non esse locum condictioni, sed sufficere ei qui pecuniam dedit, vt ei caueatur à domino serui, nuda scilicet repromissione de restituenda ea pecunia, si seruus in potestatem suam peruenerit, deducto tamen ex summa, pro qua cauendum est, eo quo vilior seruus factus est, propter fugam. posteriore verò casu vult restitui debere pecuniam, quæ data est, nisi fortè, inquit, diligentiùs eum habiturus esset, si non accepisset, vt manumitteret, quia tunc non sit æquum, & seruo & toto precio eum carere. Rursum in priore distinctionis casu subdistinguit, an is qui pecuniam dedit, adhuc manumitti seruum velit: dominus autem serui nolit propter fugam offensus, an verò malit is qui decem dedit, seruum ipsum consequi. Priore casu placet Triboniano, serui dominum id totum quod accepit, restituere per condictionem debere: posteriore autem vel seruum ipsum, vel quod pro eo manumittendo accepit, æquè per condictionem reddere. Hic enim totius huius §. sensus est vsque ad verba illa *sed vbi accepit* à quibus nostri vulgo inchoant §. *vlt. huius legis*, tametsi eundem tractatum prosequatur de hoc ipso seruo pro quo manumittendo pecunia data est, nisi quod ponit, decessisse ante manumissionem seruum hunc, quem prius posuerat fugisse. Apparet igitur ex tot distinctionibus & subdistinctionibus, soli Triboniano, & post eum Bartolo, at non etiam Vlpiano familiaribus tractare Tribonianum de condictione danda, ex hoc cõtractu quasi innominato, do vt facias, cùm tamen videatur esse mandatum, perinde atque in superioribus casibus, & in hoc solùm differens, quòd factum est de seruo iam tuo manumittendo, mea igitur gratia, & tua, & aliena: mea quidem, quoniam hominem beneficio adfici interest hominis *l. si seruus* 7. *infr. de seru. expor.* augeri verò numerum hominum liberorum, interest etiam reipublicæ: tua verò vt decem habeas, & retineas, quæ tibi dedi, vt seruum hunc tuum manumitteres: aliena denique, id est, Stichi serui tui manumittendi gratia, vt ex manumissione consequi libertatem possit. Ex quibus causis constat mandati obligationem rectè consistere, & ex ea proinde mandati actionem nasci posse, condictionem non posse, sed cùm mãdatum debeat esse gratuitum *l. 1. §. vlt. mand.* ne alioqui degeneret in locationem, vt ibidem scriptum est in proposito, cùm data sit pecunia, non potest esse mandatum *eod.* vel emptio si data sit pro precio, veluti si seruus fuerit venalis, vt in hoc §. *sequ.* vel contractus innominatus si non sit venalis *l. naturalis* 5. §. *at cùm do infr. de præscr. verb. iunct. l. 1. C. de rer. permut.* De actione igitur venditi quoque tractare & quærere Tribonianus debuit, cùm tractet etiam de seruo venali, non de cõdictione sola. Sed neque vlla causa dubitandi suberat, an esset danda actio aliqua contra eum qui accepit pecuniam, vt seruum suum manumitteret, cùm seruus sine culpa domini prius aufugisset. quid enim est hoc casu, quod possis domino imputare, & propter quod distingui oporteat, an dominus eum distracturus fuerit, necne, imò potius an aliqua eius culpa interceserit in fuga serui, an nulla, & an in manumittendo seruo moram fecerit, an non? Quamquam nec credibile est, euenire facilè posse, vt seruus fugiat, qui iamiam manumittendus est, nec proinde, vt custodiri tam diligenter debeat, ne fugam struat? Sed mos hic est Triboniani, vt per huiusmodi distinctiones & subdistinctiones in perquirendis multis casibus suam ostentet diligentiam, ne quid prætermisisse videatur, & tamen casum aliquem semper prætermittat, quod & hîc ab eo factũ est: prætermittit enim duas illas distinctiones, quæ maximè erant necessariæ, an domini culpa seruus fugerit, an nõ, quam adhibuerat in casu præcedente, & an manumissioni mora aliqua facta sit ante fugam, necne, quæ adhibetur in *§. seq.* vbi agitur de seruo, qui manumitti debuerat ante manumissionem defuncto, non enim maior causa fuit has adhibendi distinctiones in aliis casibus, quã in huius §. quæstione. Deinde quam obsecro, rationem habere potest illa distinctio, an distracturus fueras seruum hunc, an non distracturus, pro quo manumittendo pecuniam accepisti, cùm accipiendo pecuniam, vt manumitteres, distrahendi facultatem tibi præripueris, & distrahendi consilium, si quod antè habebas, abieceris? Est enim quod tibi imputes etiãsi distracturus alioquin fueras, cur malueris pecuniam accipere, vt eum manumitteres, nam hoc modo & quasi eius pecuniæ precio distrahere illum voluisti, & hanc distrahendi speciem eligere maluisti, vt in *l. si is qui* 4. *Cod. si mancip. ita fuer. alien.* deniq; hoc saltem videris maluisse, vt in *l. si patre cogente* 22. *in fin. de rit. nupt. infr.* At distinctio illa erat omnino necessaria, an dominus moram manumissioni fecisset, an non, quia post moram periculum omne pertinet ad morosum *d. l. si ex legati* 23. cũ *l. seq. l. si seruum* 91. §. *sequitur & §. vlt. infr. de verb. oblig.* adeóque quod magis est, succedit hoc casu potestas cõstitutionis, quæ seruum hunc facit ipso iure liberum, ex quo tempore præstari libertas potuit, nec præstita est *d. l. si is qui & l. vlt. C. eod. & §. si seruum*, vbi diximus *supr. hac lege*, vt proinde seruo hoc facto libero priusquam fugeret, nullus his distinctionibus locus reliquus esse possit, multo minus condictioni, siue serui siue pecuniæ: maximè cùm seruus venalis fuit, vt in prima parte distinctionis *l. naturalis* 5. §. 1. *de præscr. verb. iunct. l. 1. C. de rer. permut.* Quid enim refert quod ad subtrahendum dominium serui pertinet, vt loquitur *l. inter omnes* 46. *infr. de furt.* an seruus manumittatur, an distrahatur, an deniq; moriatur? Nam si venalis non fuit, non potest certè locus esse constitutioni, cùm is qui pro seruo manumittendo pecuniam dedit, nõ dixerit legem seruo suo, sed alieno, vt dixi ad *l. 3. §. sed si tibi dedero & ad l. 5. §. 1. sup.* Rursus nec illud defendi potest, quod Triboniano placet in *versic. Planè cauebit*, cùm seruus fugit cauere dominum debere, vt si in potestatem suam quandoque seruus peruenerit, restituat id quod accepit, nec tamen totum, sed eo minus quo vilior seruus propter fugam factus est. Cur non enim cauet, potius

BIU Cujas

tius nuda scilicet repromissione de eo manumittendo, cùm in potestatem suam peruenerit: quandoquidem ad hoc ipsum accepit pecuniam, vt seruum manumitteret, non vt pecuniam redderet. Aut si hoc ita esse volumus, quasi in eius arbitrio & potestate manere debeat, an seruum manumittere velit, an non, quasi propter fugam offensus, vt Tribonianus loquitur in *versicul. sequent.* Quidni ergo cauere eum cogimus de toto eo, quod accepit, restituendo? nempe si admittere illud volumus quod idem Tribonianus subiicit in *versicul. sequent. Planè si adhuc*, si reuersum à fuga seruum adhuc manumitti velit is, qui pecuniam dedit, dominus verò nolit manumittere propter fugam offensus, totum quod accepit, restituere eum oportere. An non enim satis voluntatem suam declarat dominus, quòd nolit hunc seruum manumittere, nec si in potestatem suam reuertetur, cùm non vult cauere nisi de restituendo id, quod accepit, nec id quoque totum, sed eo minus, quo vilior seruus factus sit, quem Accursius noster dubium euentum malè interpretatur ex *l. item Labeo* 12. *& sequen. suprà famil. erciscundæ.* Nullus enim dubius euentus hîc æstimandus est, sed quanto vilior reuera seruus factus est propter fugam, quia nec in dubio quicquam positum est, nisi an seruus sit reuersurus. Sed neque hoc verum esse potest, quod scriptum est in *dict. versic. Planè si adhuc* debere dominum id totum, quod accepit, restituere, si nolit seruum manumittere, propter fugam offensus, quasi debeat sibi imputare, cur non potius manumittat. Nam præter id quod hoc casu seruus, si venalis fuit, è vestigio rapitur ipso iure in libertatem, sola constitutionis potestate, vt diximus ex *dict. leg. si is qui* 4. *& dict. leg. vltim. Cod. si mancip. ita fuer. alien. & dict.* §. *si seruum suprà hac leg.* manente scilicet eadem illius qui pecuniam dedit, voluntate, vt præsupponimus, *leg.* 1. *& dict. leg. vltim. Cod. si mancip. ita fuer. alien.* nulla ratio est, vt augeatur obligatio domini, ob id solùm, quòd nolit hunc manumittere, offensus propter fugam, cum negari non possit, quin ea sit iustissima causa offensionis, & ab initio non ad aliud fuerit obligatus, quàm vt cauere, & repromitteret de parte duntaxat pecuniæ restituenda: detracto scilicet quanto vilior seruus propter fugam esse cœperit, quem si ante fugam, vt destinauerat, vendidisset, viliorem nunc non haberet. Illud autem multo minus ferri potest, quod subiicitur in *versicul. sed si eligat.* si eligat is, qui decem dedit, ipsum seruum consequi, necesse esse, aut ipsum ei dari, aut quod dedit, restitui. Quænam enim, obsecro, adferri ratio potest, ob quam sit æquum, electionem hanc dari ei qui decem dedit, vt ipsum seruum consequatur, cum non seruum ipse dederit, vt in *dict.* §. *si seruum* sed decem? Quanam verò actione seruum ipsum consequi poterit? Non alia vtique, si Tribonianum consulis, quàm condictione ob causam dati causa non secuta, quam solam dat Tribonianus, ex hoc contractu tanquam innominato. Atque ita miser Accursius (quis enim eius non misereatur, quem Tribonianus, sub Vlpiani nomine, tam imprudenter decipiat?) interpretari hunc locum cogitur, vt electio hæc fiat per condictionem ob causam dati, causa non secuta: quasi hæc condictio non solùm pro re data proponatur, inquit, vt repetatur, sed etiam, vt promissa præstentur, vt in §. *item si quis dederit suprà & leg.* 3. §. *sed si tibi dedero.* Quod tamen falsissimum est, & à Bartolo quoque meritò reprehensum, non ob id solùm, quòd in eam rem comparata sit actio præscriptis verbis, ad consequendum id, quod interest quasi manca condictionis potestate, cùm nihil aliud sit condictio, quàm dati repetitio, hæc præsertim, quæ ideò specialiori nomine condictio ob causam dati appellatur, sed alia etiam, eáque optima, nec insubtili ratione, quòd actio hæc sit ex earum numero, quæ extra id quod agitur, tacito quodam iure nascuntur, vt Pomponius loquitur in *l. is qui* 13. *infra Commod.* & quam proinde absurdum esset, dari ad implendum id, quod agitur, & quod fieri debet, multo magis, si quis dicat, dari eam debere ad id, quod nullomodo promissum videri potest, id est, ad seruum ipsum restituendum, quem non restituere, sed manumittere ex contractu dominus debuerit. Aliud enim est, manumittere debere, aliud non manumissum restituere, aliud denique ob non factam manumissionem, quanti actoris interest, præstare. Condictio nihil horum trium persequitur, actio præscriptis verbis nihil nisi vltimum, nunquam primum neque secundum. Quid enim esset absurdius, quàm dicere, condictionem, quæ nunquam datur ad implendum etiam id quod conuenit, dari ad implendum id quoque, quod non conuenerit? Sed non melius idem Bartolus hunc locum interpretatur: vult enim sic intelligendum esse, vt condictio quidem detur ei, qui pecuniam dedit, sed ad repetendam ipsam pecuniam directò, non etiam ad consequendum seruum, nisi officio iudicis, & ita demum restituere pecuniam nolit, apertè contra Triboniani verba, quæ dant electionem ei, qui pecuniam dedit, vt seruum ipsum possit consequi, si id malit, quàm pecuniam repetere, cùm tamen Bartolus sua ista interpretatione det electionem hanc ei, qui pecuniam accepit, sicut & tribuit officio iudicis, quod ex Triboniani Iurisprudentia acceptum ferendum est potestati actionis & condictionis, vt taceam, quod iam aliàs sæpius monui in actionibus stricti iuris, quales sunt omnes cõdictiones, officio iudicis locum esse non posse, cùm in illis adstrictus sit iudex pedaneus formulæ tanquam glebæ, sed tantùm in actionibus bonæ fidei & arbitrariis: quanquam & Tribonianus ipse videtur mihi in hoc secũ pugnare. Nam posteaquam scripsit, *sed si eligat is, qui decem dedit, ipsum seruum consequi* scilicet quòd eum malit sibi præstari, quàm manumitti, & quàm decem sibi restitui, statim subiicit *necesse est aut ipsum ei dari, aut quod dedit, restitui.* Quibus verbis cùm eum, qui pecuniam accepit, constituat debitorem alternatiuum, aut dandi serui, aut restituẽdæ pecuniæ, hoc ipso dat ei electionem, quam prius dederat actori, cùm ex regula iuris & ciuilis & Pontificij in alternatiuis electio sit debitoris *l. plerumque* 11. §. *vlt. inf. de iur. dot.* atque ita fiet, vt vterque electionem habeat, & neuter: quòd manifestam implicat contradictionem. Posterior autem pars primæ distinctionis, quam Tribonianus concipit his verbis, *Quòd si distracturus non erat, tum oportet id quod accepit, restitui*, scilicet totum, nullam quoque rationem habet: quamuis enim is, qui pecuniam accepit, vt seruum manumitteret, distracturus eum non fuerit, an ideò statim consequens est, vt pecuniam reddere omnimodo debeat, etiãsi nihil ei possit imputari, cùm pona-

BIU Cujas

mus citra vllam ipsius culpam seruum fugisse? Sed exceptio, quæ statim sequitur, *nisi fortè diligentius eum habiturus esset si non accepisset, vt manumitteret, tunc enim non est æquum eum & seruo & toto precio carere*, longè ineptior est: primum, quia nec sciri, nec probari hoc vllomodo potest, an fuerit dominus hunc seruum diligentius habiturus, si pecuniam non accepisset, an verò negligentius nihilque nisi inextricabilem facti quæstionem & litis materiam, distinctio hæc præbere potest. Deinde quia etiãsi ex facto constaret, fuisse dominum tanto diligentius habiturum seruum hũc si pecuniam non accepisset ad eum manumittendum, tanto maior tamen ratio est, vt ad pecuniæ restitutionem condemnari debeat, cùm negligentia quæ in rebus propriis culpanda est, in alienis sit coercenda *l. si constante* 24. §. *si maritus infr. solut. matr.* nec enim salua fide, & sine dolo, potest quis minorem alienis rebus, aut negotiis, quàm suis diligentiam præstare *l. quod Nerua* 32. *in fi. depos.* Quãuis conetur Accursius respondere, non esse verisimile, vt fugere velit seruus, qui speret libertatem, ideóque nec solere dominum eos seruos quos vltrò manumittere cogitet, diligentius custodire: dicimus enim licere vnicuique in suis quidem rebus versari negligentius, sed in alienis non licere *d. §. si maritus.* Sequitur vltimus §. æquè Tribonianeus, quem nostri vulgo inchoant ab his verbis, quæ tamen nos mallemus vnico contextu legi:

4 ¶ Sed vbi accepit, vt manumitteret, deinde seruus decessit: si quidem moram fecit manumissioni, consequens est, vt dicamus eum refundere, quod accepit. Quòd si moram non fecit, sed cùm profectus esset ad præsidem, vel apud quem manumittere posset, seruus in itinere decessit, verius est, si quidem distracturus erat, vel quo ipse vsurus, oportere dici, nihil eum refundere debere: enimuerò si nihil eorum facturus erat, ipsi adhuc seruum obiisse: decederet enim, & si non accepisset, vt manumitteret: nisi fortè profectio manumissionis gratia mortis causam præbuit: vt vel à latronibus sit interfectus, vel ruina in stabulo oppressus, vel vehiculo obtritus, vel alio quo modo, quo non periisset, nisi manumissionis causa proficisceretur.

Ad §. vlt. Sed vbi accepit.

Noua in hoc §. sed tamen circa eandem facti speciem quæstio proponitur de eo qui pecuniam accepit, vt seruum proprium manumitteret, qui tamen decesserit ante manumissionem, an condictione ista teneatur, respondet verò Tribonianus ad quæstionem adhibitis, vt fecit hucusque suis distinctionibus, sed tamen nouis. Ait autem distinguendum primò esse, an dominus qui propriũ seruum, ex hoc contractu manumittere debuit, moram fecerit manumissioni necne, priore casu, inquit, consequens est, vt dicamus refundere eum debere, quod accepit: posteriore verò, si moram non fecerit, subdistinguit, an distracturus fuerat seruum dominus, vel eo ipse vsurus, an nihil eorum facturus. Priore casu concludit, oportere dici nihil refundere illum debere: refundere enim dicit eleganter, si diis placet, pro *reddere* & *restituere*, vt & paulo antè: posteriore autem si nihil eorum facturus fuit, adhuc ipsi domino seruum obiisse, id est, ipsius periculo, vt per condictionem reddere pecuniam teneatur. *Decederet enim*, id est, decessisset, vt loquitur, & meliùs Accursius *etsi non accepisset vt manumitteret.* Sed ad hanc posteriorem subdistinctionis partem rursus addit exceptionem, nisi fortè profectio manumissionis gratia mortis causam præbuerit, vt vel à latronibus interfectus sit, vel ruina in stabulo oppressus, vel vehiculo obtritus, vel alio quo modo, quo non periisset nisi manumissionis causa proficisceretur, id est, profectus fuisset. Hîc verò quis non miretur mecum, constantem hanc Triboniani nostri, & inelegantiam & inscitiam, siue contextum verborum, qui totus insulsus & malè concinnatus est, siue iuris rationem ipsam intueamur: nam & cùm mora facta est manumissioni, licèt æquum sit teneri eum qui moram fecit, vt morte serui post eam moram contingente non liberetur, *l. 4. suprà qui satisd. cogant. dict. l. si ex legati* 23. *& seq. l. si seruum* 91. §. *sequitur & §. vltim. de verborum obligationibus*, non tamen condictione illum teneri æquum est, vt reddat quod accepit, cùm non sit hic contractus innominatus si seruus fuit venalis, sed actione vtili venditi, vt præstet quanti interest actoris, quasi sit hic contractus venditionis, aut saltem ad exemplum venditionis *dict. leg.* 1. *Cod. de rer. permut.* in quo continebitur quicquid ei abest, propter contractum, & consequenter pecunia ipsa quam dedit *leg. si commissa* 13. *Rat. rem haber. l. 1. de act. empt. l. in interdicto* 6. *Vndevi.* nisi hoc quoque casu potestatem constitutionis inducamus, ad faciendum seruum huncipso iure liberum, saltem si venalis fuerit, vt suprà diximus ex *leg.* 4. *& vltim. Cod. si mancip. ita fuer. alien.* [nam si venalis non fuit, aliud est, nec potest videri pecunia data pro precio *l. vltim. infrà hoc tit. l.* 3. §. *sed si tibi dedero suprà l.* 1. *Cod. de rer. permut.*] Quo casu nec de eo quod interest, siue per actionem venditi, siue per actionem præscriptis verbis, quicquam quærendum est, cùm potestate constitutionis conuentio effectum suum habuerit *dict. l. vltim. & penult. Codic. si mancip. ita fuer. alienand.* Quòd si moram in manumittendo seruo dominus non fecerit, indistinctè dicendum est, condictionem hanc

BIU Cujas

hanc cessare ob causam dati causa non secuta, secundùm Proculi sententiam ab Vlpiano nostro relatam & probatam in *d.l.3. §. sed si tibi dedero, versicul. sed si Stichus decesserit sup.* præsertim si ponas, quod Tribonianus ponit, profectum iam dominum ad Præsidem, vel alium apud quem manumittere posset, & seruum in itinere decessisse. Quam enim maiorem diligentiam præstare dominus poterat, vt manumitteret? Et cùr hoc casu requiramus, præterea vt dominus fuerit eum seruum distracturus? Quamuis Accursius putet locum illum iuxta distinctiones, quæ in hoc §. ponuntur, intelligi debere, quod nos ibi iam refutauimus. Illud tamen multo minus probare possumus, quod Bartolus putat intelligendas esse has distinctiones de eo casu, quo eum, qui pecuniam dedit, pœniteat dedisse, velitque ille ex sua pœnitentia habere condictionem. Nam præterquam quod Tribonianus in tota hac quæstione, quam inchoauit ab illis verbis *sed si acteperit*, nullam pœnitentiæ mentionem facit: an non sera nimis est pœnitentia, postquam seruus decessit, qui manumitti debuit? Aut si ponas non modò pœnitentiam, sed etiam pœnitentiæ certiorationem præcessisse, quid attinet tot istas distinctiones, & subdistinctiones comminisci, ad dandam ei actionem qui dederat pecuniam ad seruum manumittendum, nisi addas seruum hùc fuisse venalem? Quo casu nec tractandum est de pœnitentia, cùm sit contractus nominatus, multo minus de condictione, cùm ex contractu nominato non possit vllo casu dari condictio, nisi integra sint omnia. *§. recte Inst de mandat. l. si mandassem 15. l. si hominem 30. infr. eod. tit.* nec magis ex pœnitentia, quàm quasi causa non secuta, quam tamen dat Tribonianus in toto hoc §. perinde atque in superiore etiam cùm seruus venalis fuit, nisi in certis casibus, quos excipit, nec tam vt condictionem tamen excludat, cuius vt video, eximius, ne dicam, perditus amator est, quàm vt dominum, cuius seruus decessit, ab omni actione liberet. Nec potest sibi temperare Accursius, quin longiores istas distinctionum ambages miretur, & reprehendat, cum ait, breuius potuisse dici, totam quæstionem hanc eò recidere, vt si tibi dem pecuniam, vt seruum tuum manumittas, & is mora interueniente vel fugerit, vel decesserit, non retineas pecuniam, sed si ante moram vel fugerit, vel decesserit, vel quocunque casu videri potest, per me factum esse (sic enim absque negatione legendum est apud Accursium) vt neque seruum habeas neque serui pretium, tu eo casu pecuniam retineas. Ex qua distinctione intelligimus Accursium existimasse, parum referre, an seruus fugerit, an decesserit, eandémque distinctionem ex iuris ratione vtrique casui accommodari posse, & debere. Quod & mihi videtur, neque improbabilem esse hanc Accursij sententiam, nisi quod cum Triboniano putat, eo casu, quo pecuniam reddere debeas, tum quoque, cùm seruus venalis fuit, condictione te teneri, cùm debuerit dicere, teneri te actione venditi in id quod interest, aut vtili saltem actione ex empto *d.l.1. Cod. de rerum permutat.* quemadmodum tenereris mandati, si pecunia non interuenisset, vt in *l. si quis alicui 27. §. 1. leg. si hominem 30. infr. mandat.* Facilè enim mandatum, quoties gratuitum non est, degenerat in emptionem & venditionem, cùm pecunia veluti pro pretio interuenit, sicut & in locationem & conductionem si merces interuenerit *leg. 1. §. vlt. infr. mandat.* sed si pecunia neque pro precio serui manumittendi, neque pro opera manumissionis (nec enim manumissionis opera talis res est, quæ locari soleat) sed in vicem serui manumittendi data sit, non potest is contractus alio iure censeri, quàm contractus innominati, *do vt facias*, ex quo proinde & condictio ad repetendum id quod datum est, & præscriptis verbis actio ad id quod interest, dari potest *d. leg. naturalis §. at cum do infr. de præscrip. verb.* Ex his apparet, quàm verum sit, quod volumus totam ferè hanc legem Triboniani esse potius, quàm Vlpiani, deleríque eam vna littura, non explicari debuisse, nisi quicquid sub prudentum nominibus in Pandectis scriptum est, pro totidem Iustinianeis legibus, ex ipsa Iustiniani constitutione accipi oporteret. Valeat igitur hæc lex, & vim legis habeat tanquam Triboniani, at non certè tanquam Vlpiani, si me iudicem ferre quis velit.

6. IDEM libro 5. Disputationum.

SI extraneus pro muliere dotem dedisset, & pactus esset, vt quoquo modo finitum esset matrimonium, dos ei redderetur, nec fuerint nuptiæ secutæ: quia de his casibus solummodò fuit conuentum, qui matrimonium sequuntur: nuptiæ autem sequutæ non sunt: quærendum erit, vtrùm mulieri condictio, an ei, qui dotem dedit, competat. Et verisimile est, in hunc quoque casum, eum, qui dat, sibi prospicere: nam quasi causa non secuta, habere potest condictionem, qui ob matrimonium dedit, matrimonio non copulato: nisi fortè euidentissimis probationibus mulier ostenderit, hoc eum ideò fecisse, vt ipsi magis mulieri, quàm sibi prospiceret. Sed & si pater pro filia det, & ita conuenit: nisi euidenter aliud actum sit: condictionem patri competere, Marcellus ait.

Ad l. Si extraneus 6.

RAT. DVB. Inclusio vnius, vt dici solet, exclusio est alterius *l. cùm Prætor 12. supr. de iudic. l. ex eo 18. infrà de testib.* & prouisio facta in vnum casum non debet porrigi ad alium, præsertim contrarium & omnino diuersum *leg. commodissimè 10. de liber. & posthum.* Extensio enim quælibet odiosa est, præsertim in stipu-

BIU Cujas

lationibus cæteríſque contractibus *leg. quicquid adſtringendæ 99. de verb. oblig.* quia imputare ſibi debet is, qui contraxit, cur non dixerit legem apertiùs *l. veteribus 39. ſup. de pact. l. Labeo 21. infr. de contr. emp.* ideóque contra eum fieri debet interpretatio, ſi quid ambigui ſit vel obſcuri, vt probatur ex dictis legibus & ex *l. ſi ita ſtipulatus 126. §. Chryſogonus infr. de verb. oblig.* quamuis in vltimis voluntatibus extenſio fiat, plerumque ex identitate, vt loquuntur, & maioritate rationis, de caſu ad caſum, licèt non tam facilè de perſona ad perſonam *l. Gallus 29. §. & quid ſi tantùm infr. de liber. & poſthum.* quia defunctorum voluntates pleniùs interpretamur *l. in teſtamentis 12. de regul. iur.* Atqui ponimus extraneum, qui mulierem in poteſtate non habeat [ſic enim diffinit Iuſtinianus in *l. vnic. §. extraneum Cod. de rei vxor. act.*] cùm pro ea dotem daret, pactum eſſe, vt quoquomodo finitum eſſet matrimonium, dos ei redderetur, ſiue per ſtipulationem ea de re interpoſitam, ſiue per pactum incontinenti appoſitum in ipſa dotis conſtitutione, & traditione *l. quoties 29. infr. ſolut. matrim. l. auia 6. C. de iur. dot.* atque ita ſolummodò fuiſſe conuentum de caſibus, qui matrimonium ſequuntur. Ergo ſi nuptiæ ſecutæ non ſint, videtur conueniſſe, vt dos non redderetur, quaſi per argumentum à contrario ſenſu, vt in *l. ſi inter 26. §. cùm inter infr. de pact. dotal.* nõ enim poteſt videri finitum matrimonium, quod nec initium accepit *l. Titio vſusfructus 96. de condic. & demonſtr. l. non poteſt videri 208. de regul. iur.* ac proinde dici non poteſt eum, qui dotem ſub hoc pacto dedit, in hunc quoque caſum qui euenit, & qui nullomodo pacto comprehenſus eſt, proſpicere ſibi voluiſſe: exemplo eius, qui cùm dotem pro muliere daret, pepigit in alterutrum duntaxat caſum, vel mortis, vel diuortij, nam in alium caſum, in quem non pepigit, dicimus mulieri eſſe actionem *l. ſi cùm dotem 22. in princip. infr. ſolut. matrim.* DEC. Semper in ſtipulationibus, cæteríſque contractibus ſequimur id, quod actum eſt *l. ſemper 34. de regul. iur.* id autem in qualibet dotis datione, & conſtitutione actum tacitè intelligitur, vt ita demum valeat, & teneat, ſi nuptiæ ſequantur, habet enim hanc perpetuam, & neceſſariam condicionem *l. ſtipulationem 21. & ſeqq. infr. de iur. dot.* quia nec dos eſſe poteſt ſine matrimonio, cuius oneribus deſeruiat *l. 3. eod. tit.* quamuis poſſit matrimonium eſſe ſiue dote. Idque eſt quod ait Paulus in *leg. promittendo 41. eod.* magis rem, quàm verba intuenda eſſe: ergo ſi nuptiæ non ſint ſecutæ, reddi dos debet, non mulieri cui neque dos, neque dotis actio fuit vnquam acquiſita, ſed ipſi extraneo, qui dedit, quaſi nec dederit, nec tradiderit, niſi ſub illa condicione, ſi nuptiæ ſequerentur: nam & dominium & poſſeſſio transferri poteſt ſub condicione, & interim eſſe in pendenti *l. ſi ego 9. in princip. & §. ſi res eod. l. qui abſenti 38. §. 1. de acquir. poſſ. l. de hereditate 19. § pater infr. de caſtrenſ. pecul.* reddetur autem dos hæc per condictionem, de qua in hoc Tit. agitur, ob cauſam dati cauſa non ſecuta, cùm data ſit ob matrimonium, quod tamen ſecutum non fuit, nec tamen quaſi in hunc quoque caſum, ſiue paciſcendo, ſiue ſtipulando ſibi proſpexerit, vt poſſit etiam ex ſtipulatione, ſi malit, dotem hanc repetere, & condictione certi ex ſtipulatione *l. ſi quis certum 24. ſupr. de reb. credit. & Inſtit. Tit. de verb. oblig. in princip.* ſed quia paciſcendo, vt quoquomodo finitum eſſet matrimonium, dos ſibi redderetur, ſatis declarauerit nolle ſe eam dotem donare, & perdere, ſi matrimonium non ſequeretur: nam qui vult dotem ſibi reddi, etiam ſecuto ſolutóque matrimonio, multo magis velle intelligitur, eam ſibi reddi nuptiis non ſecutis: id eſt, non intelligitur abiecisſe auxilium iuris communis, ex quo competit condictio nulla etiam ſtipulatione, nulióque pacto interueniente, ſatis enim ei eſt ad habendam condictionem, quòd eam ſibi per pactum non ademerit, nec pacto vllo in eam rem indiget, cùm ſufficiat ius commune, quamquam nihil vetat, etiam pacto ita concepto, vt non ſecutis nuptiis, dos ei qui dedit reddatur, dari ex eo pacto hanc quoque condictionem, ob rem dati re non ſecuta *l. ſi donaturus 9. infr.* quia pactum hoc ſicuti non eſt neceſſarium ad inducendam condictionem, ita neque eam tollit, ſi fortè ſit interpoſitum. Denique nec prodeſt, nec nocet, diſtinguendum tamen eſt, an is qui dotem numerauit mulieri, aut iuſſu eius ſponſo futuro, animum habuerit donandi mulieri, necne, nam ſi donare voluerit, vtique condictio competet, ſed mulieri cui donatum eſt, non ei qui dedit, non tam enim à quo dos data ſit inſpiciendum eſt, quàm cuius gratia, vt & in donationibus omnibus *l. hoc iure 19. §. ſi quis dederit infr. de donat. l. ſi ſponſus 5. & paſſ. de donat. int. vir. & vxor.* in dubio tamen non præſumitur in conſtituente animus donandi *vulg. l. cùm de indebito 25. infr. de probat.* quia donare perdere eſt *l. filiusfamilias 7. inf. de donat.* Quamquam fatendum eſt in dote aduentitia, qualis illa eſt, quæcunque datur ab extraneo, ita ius olim fuiſſe, vt donandi animus in dante præſumeretur, ideóque nec ſoluto matrimonio repetitionem eius haberet, niſi eam ſibi reddi expreſſim ſtipulatus eſſet: quæ dos receptitia dicebatur, vt Vlp. noſter in Fragmentis refert *Tit. de dotib.* at non mulieri ipſi, ſed marito donata credebatur, eiúſque lucro cedebat, quod à Iuſtiniano immutatum eſt in *d. l. vnic. §. accedit C. de rei vxor. act.* vbi conſtituit, vt ſtipulatio ex parte mulieris, non mariti facta cenſeatur, ſi non eam ſibi ſpecialiter extraneus per ſtipulationem receperit. Ob eámque cauſam in propoſita huius legis ſpecie, ſtipulatus fuerat extraneus dotem ſibi reddi, quocunque modo finitum eſſet matrimonium, ne ſcilicet mariti lucro dos cederet, ſi pactio nulla interueniſſet. Atqui nullis ſecutis nuptiis verendum non erat, ne dos ceſſura eſſet lucro accipientis, qui maritus nunquam fuiſſet: maritum enim ſicut & dotem facit matrimonium, non dotales tabulæ, vt Papinianus loquitur in *l. donationes 31. infr. de donat.* ideóque nec fuerat neceſſe, vt caſus hic non ſecuti matrimonij ſtipulatione & pactione illa comprehenderetur, cùm non contra mulierem ipſam, ſed contra futurum maritum hæc pactio interponeretur, ne donata ei dos videretur. Dubitandi tamen ratio quæ iis verbis proponitur *quia de iis caſibus ſolummodo fuit conuentum qui matrimonium ſequuntur, nuptiæ autem ſecutæ non ſunt* magis eò pertinebat, vt condictio aduerſus ſponſum deneganda, quàm vt mulieri danda eſſe videretur. Nullo igitur ſecuto matrimonio, dubitandum non eſt, quin condictio ob cauſam dati cauſa non ſecuta, competere debeat ei qui pecuniam dederat, tanquam dotis futuram, licèt hic caſus ſtipulatione comprehenſus non ſit, quia ſufficit, vt non obſtet ei ſtipulatio, quamuis nec proſit: longéque alia ratio eſt eius, qui ſtipulatur dotem ſibi reddi in alterutrum caſum ſoluti matrimonij, vel morte, vel diuortio, vt in *dict. leg. ſi cùm dotem*

22. ſolut.

BIU Cujas

22 *solut.matrim.* Nam in alium casum, in quem non pepigit, dicimus esse mulieris actionem, quia constituentis, siue patris, siue extranei voluntas illa fuisse intelligitur, vt mariti lucro dos nullo casu cederet, sed ad eum reuerteretur qui dedisset, si contingeret solui matrimonium in eum casum, qui stipulatione comprehensus esset, ad mulierem verò perueniret, si alio casu de quo nihil conuenisset, matrimonium solueretur: nullo enim casu poterat lucro mariti cedere dos receptitia, sed ea tantùm quę manebat in puris terminis, vt ita loquar, dotis aduentitiæ, idque non tam ex dantis voluntate & liberalitate, quasi donatam marito eam voluisset, si propius inspicimus, quàm ex mera iuris ratione, quòd dominium dotis per traditionem translatum semel in maritum non possit ab eo posteà vel ignorante, vel inuito, discedere, nisi ab initio dotis dandæ ita conuenerit *l.1.inf.de iur.dot.l.dotis actione 9.C.solut.matr.l.doce 9.C. de rei vindic.* §. 1. *Instit. quib. licet alien. vel non.* Vnde est quòd nec dos profectitia ad patrem reuerteretur, soluto per mortem filiæ sine liberis matrimonio, nisi ratio miserationis contra stricti iuris rationem hoc ius euicisset *l.iure succursum 6.de iur. dot.* ne vt illa lex ait, pater & amissæ filiæ, & pecuniæ damnum sentiat. Porrò dotem receptitiam facit quælibet stipulatio & pactio legitimè ab extraneo interposita de dote restituenda sibi, quamuis in vnum duntaxat casum mortis, aut diuortij. Impedit ergo hæc pactio, ne ius vllum retinendæ dotis penes maritum remaneat, nec alio quoque casu, qui pactione comprehensus non est, cùm absolutè verum sit, dicere dotem hanc receptitiam esse, non aduentitiam: & tamen cùm in alium illum casum, de quo extraneus nihil pepigit, non possit eius esse actio, consequens omnino est, vt solius mulieris esse debeat, non solùm fauore mulieris, cuius nomine dos data fuit, sed etiam ne alioqui sit nullius. Verè enim hac parte illud obtinet, quod diximus inclusionem vnius esse exclusionem alterius, & eum, qui sibi in vnum nominatim casum pepigit, non posse videri in alterum quoq; pepigisse. Idémque iuris est, si non ab extraneo, sed à patre & dos data, & stipulatio interposita proponatur. Miror autem ingenia nostrorum, qui tam ex *d.l.si cùm dotem*, quàm ex hoc loco inferunt casum omissum remanere in dispositione iuris communis. Nam in specie primùm *dict. l.si cùm dotem* euidenter hoc falsum est, siue de ea dote loquamur, quæ à patre data sit, siue de ea quæ ab extraneo: siquidem dos ab extraneo data, nullo pacto de ea restituenda interposito, cùm sit merè aduentitia, mariti solius lucro cedit, tanquam qui eius dominus per traditionem factus sit, non etiam mulieris, ex dispositione iuris illius veteris, quod ex Vlpiani fragmentis retulimus, & cuius ignoratione interpretes nostri se in hunc errorem præcipites egerunt. Dos autem à patre profecta, soluto per mortem mariti matrimonio, quamuis non ad patrem reuertatur, ne filia maneat indotata, quæ quandiu viuit, & nubere iterum potest & dotem habere debet, repetitur tamen per actionem rei vxoriæ communem patri & filiæ, sed cuius exercitium soli patri competit ad agendum coniuncta filiæ persona *l.2. §.vlt.l.3.& 4.l. quoties 29. & pass. solut.matrim.* Pactum igitur siue à patre, siue ab extraneo interpositum de dote sibi restituenda, in alterutrum casum soluti matrimonij per mortem, aut per diuortium non relinquit casum omissum in dispositione iuris communis, sed ius commune immutat in eo, quòd facit, vt solius mulieris sit actio, quæ alioqui aut communis esset patri & filiæ, aut nullatenus ad mulierem pertineret, dotis dominio penes maritum remanente in solidum, si morte mulieris matrimonium solueretur, aut retentis sextis in singulos liberos, ad dimidiam vsq; partem dotis, si diuortium interueniret, vt eodem loco suprà dicto Vlpianus refert, & nos pluribus docuimus *lib.14. Coniecturarum.* In huius verò legis specie licèt verum sit, casum non secuti matrimonij, qui pacto comprehensus non est, remanere in dispositione iuris communis, vt pariat condictionē ob causam dati causa non secuta, id tamen fit propria quadam & speciali ratione, quia nec de hoc casu cogitatum intelligitur, sed de iis tantùm casibus qui matrimonium sequi possent, nec cogitari etiam debuit, cùm nulla pactione indigeret, qui dotem dabat, vt condicere illam posset, si nuptiæ nullæ sequerentur: quandoquidem vt diximus, nullum dotis retinēdæ ius haberet is, cui tanquā futuro marito data dos fuisset, si nunquam maritus extitisset. Aliud est, si pactum interpositum sit de dote restituenda in casum mortis, vel diuortij, non enim fieri potest, vt qui cogitat & pacisc itur de vno casu, non cogitet etiam de alio, vt in *d.l.si cùm dotem*, & in hac demum specie quæstioni locus esse potest & debet, an casus omissus, de quo sc. cogitatum fuit, remaneat in dispositione iuris cōmunis, an verò propter pactū aliam dispositionem recipiat, quod certè magis est, cùm in eam rem sufficiat tacita voluntas, quæ ex pacti expressi verbis, per argumentum à contrario sensu, satis apertè colligitur *d.l.si cùm dotem & d.l. inter socerum 26. §. cùm inter infr. de pact. dotal.* Cæterùm stulta quæstio est, si quis quærat, an casus omissus, de quo nullomodo fuerit cogitatum, remaneat in dispositione iuris communis. Quidni enim remaneat, cùm pactiones quantumlibet generales nunquam trahi debeant ad incogitata? *l.cùm Aquiliana l.qui cùm tutoribus 9.§.1.leg. non est ferendus 12. supr. de transact.* Et quid obsecro est, quod iuris communis dispositionem possit immutare præter conuentionem? Debuerunt ergo interpretes nostri ex hac lege id vnum inferre, quod ridiculum esset, ac indubitatū, vt casus omissus de quo nec per somniū fuerit cogitatū, remaneat in dispositione iuris cōmunis. Et ita non pugnabit hæc lex cum *d.l.si cùm dotem*, in qua ideo non remanet casus omissus in dispositione iuris cōmunis, quòd de eo quoq; fuerit cogitatū ab iis, qui in alium casum pepigerunt: nec aliud iuris hodie in huius legis specie obtinere credendum est, post Iustiniani cōstitutionem in *d.l.vnic. §. accedit C. de rei vxor. act.* etsi enim Iustinianus ibi constituit, vt in dote aduentitia, stipulatio ex parte mulieris interposita videatur de dote ipsi mulieri restituenda, id tamen ad eam dotē pertinet, quæ aliquando verè dos fuit, secutis scilicet nuptiis, non ad eam quæ nunquam, nec rursus ad eam, quæ secutis nuptiis aliquando verè dos fuerit, si extraneus, qui dedit, pactus sit, de ea sibi in omnem casum soluto matrimonio restituenda. Atque hęc quidem & vera iuris ratione, cuius egregius magister Vlpianus fuit, rectissimè disputantur: sed non satis conuenienter, vt puto, ad verba huius legis, quæ apertè dicunt, verisimile esse in hunc quoque casum eum, qui dotem dat sibi prospicere quamuis de his solis casibus fuerit conuentum qui matrimonium sequuntur, quasi non alia ratione possit ha-

BIU Cujas

bere condictionem hanc ob causam dati causa non secuta, quàm quia sibi supradicta pactione verisimiliter prospexerit. Quod tamen non nisi valde ineptè dici, aut credi potest. Si quid enim in iure nostro certum, illud certissimum est, condictionem hanc non nasci ex conuentione aut expressa, aut tacita, sed ex sola natura, & æquitate negotij, extra id quod agitur vt diximus, *ad §. penult. legis præcedentis arg. l. is qui 13. in fin. infr. Commod.* Præterea falsum est, quod hæc lex, ait verisimile esse eum, qui dotem dedit, sub hoc pacto restituēdæ dotis, in casum soluti quoquomodo matrimonij, in hunc quoque casum non secutarum nuptiarū sibi prospexisse. Quomodo enim potest sibi prospexisse in eū casum, de quo non cogitauerit? aut quis in dote constituenda, & paciscendo de ea sibi in omnem casum soluti matrimonij restituenda, cogitet de ea dote, quæ nūquam dos sit futura? Rursum si de hoc quoq; casu cogitatum est, cur non damus ei actionem ex stipulatione, aut præscriptis verbis ex pacto incontinenti apposito, potiùs quàm condictionem ob causam dati causa non secuta, quæ sicuti semper ex æquitate datur, ita nec ferè vnquam, nisi ex necessitate, & cùm alia deficit, quæ sit ex conuentione? Itaq; non potest ratio illa explicari, quæ hîc ex Vlpiano adfertur, vt probet esse verisimile, vt is qui dotem dedit, in hunc quoq; casum sibi prospexerit, *nam* inquit, *quasi causa non secuta habere potest condictionem.* Dicendum enim potius erat ideò posse illum habere condictionem, quia paciscendo in alios casus, in hunc quoq; sibi prospexerit, idq; Accursius ipse præsentit, cùm ad verbum illud *prospicere*, vt adaptet rationem quę sequitur, notat *saltem tacitè, nam &c.* quasi nihil distet, an quis sibi prospiciat, an tantummodò non noceat, cùm tamen inter has propositiones tātum distet, quantum inter meram negationem, & puram adfirmationem, quantū inter *velle* & *non nolle l. 3. de regul. iur.* inter *dare* & *non adimere*, aut *adimere* & *non dare.* Est enim medium quoddam inter *prospicere* & *nocere* scilicet nec prodesse sibi, nec nocere *l. error facti 8. infr. de iur. & fact. ignor.* Nec verò de illo dubitabatur in specie huius legis, an extraneus qui dotem dederat, benè sibi prospexisset ad eam repetendam, nullis quoque secutis nuptiis, sed potius an non sibi in hunc casum nocuisset, ob hoc solum, quòd in casum soluti matrimonij sibi prospexisset: quod & verba illa legis demonstrant *quia de his casibus solummodo fuit conuentum qui matrimonium sequuntur*, quibus certè vera dubitandi ratio continetur, & quæ tamen verba non ad id pertinent, vt videatur is, qui dotem dedit, non satis benè sibi prospexisse, sed vt videatur sibi nocuisse, cùm si nullam pactionem interposuisset, dubitari non oporteret, quin nullis secutis nuptiis condictionem dotis iure communi esset habiturus: cùm igitur de illo tantùm esset quæstio, an sibi per conuentionem ita conceptam nocuisset, an non stulta responsio est, verisimile esse bene illum paciscēdo sibi prospexisse, in eum quoque casum, qui pactione non sit comprehensus? An non multo melius sibi prospexisset, si vel hunc quoque casum in pacto comprehendisset, ne quis dubitationi locus relinqueretur, vt in *l. si donaturus 9. inf. hoc tit.* aut nullam omnino pactionem interposuisset? Debuerat ergo ita potius scribi. *Et verisimile est in hunc quoque casum eum qui dat, non sibi nocere voluisse.* nam vt prospiciendo sibi in vnum casum censeatur sibi prospexisse in alium quoq; casum, qui non modò diuersus sit, sed etiā cōtradictorius dici certè nō potest, casus porrò secuti & non secuti matrimonij merè contradictorij sunt. Denique in tota hac lege nihil video, quod iuris rationi quadret, nihil quod in ipsa verborum structura bene cohæreat. Qua de causa iam aliàs monui in ea me esse opinione, vt hāc quoq; legem, non minus quàm præcedētem à Triboniano corruptam esse putem, & ad Triboniani potius quàm Vlpiani sensum accommodatam: in quam sententiam mouet me ipsa quęstionis formula sic concepta *quærendum erit*, vbinam enim gentiū, aut Vlpianus, aut quis alius ex prudentibus, sic vnquam locutus est? Taceo quod in proponenda facti specie verba illa *dos ei redderetur* ambiguitatē quādam habent, vtrum ad mulierem, an ad eū qui dotem dedit, referenda sint, cùm præcedentia etiam de muliere loquantur, licèt sequentia non obscurè insinuent de eo, qui pro muliere dotem dedit, intelligi potius debere. Taceo etiam inconcinnam illam, sed Triboniano familiarissimā, casuum & tēporum variationem, in illis verbis *an ei qui dotem dedit* quæ sunt præteriti temporis & paullò post *eum qui dat sibi prospicere* quę sunt præsentis, & quę in præteritum potius sic concipi debuerant *eum qui dedit sibi prospexisse*, item quod sequitur *qui ob matrimonium dedit matrimonio nō copulato* pro eo quod scribi debuerat *matrimonio non secuto* aut breuius, *qui ob matrimonium dedit non secutum*, nec enim copulari aut coniungi matrimonium bene dicitur, sed contrahi, personæ autem eæ sunt, quæ copulantur & coniunguntur matrimonio: quamquam nec eo sensu copulandi verbum prudentibus nostris vsitatum est, quasi minus fortasse honestum, sed soli Triboniano in iis Iustiniani constitutionibus, quæ de nuptiis primis, & secundis loquuntur, vt in *l. imperialis 23. §. his illud adiungimus & seq. & l. si furiosi 25. & seq. C. de nupt.* vbi & matrimonium ipsum copulam vocat, vt proinde matrimonium copulatum dicere, nihil aliud sit, quàm dicere matrimonium coniunctum, aut, si ita loqui liceret, matrimoniatum. Sed quod me magis mouet, vt Triboniani manum agnoscam illud est, quod exceptionis loco subiicit, *nisi fortè euidentissimis probationibus mulier ostenderit, hoc eum fecisse vt ipsi mulieri magis quàm sibi prospiceret*, nam præter id quod Triboniano familiarissimæ sunt huiusmodi exceptiones, quæ probationes euidentissimas requirunt, tum quoque cùm aut non sunt necessariæ, aut haberi nullomodo possunt, vt alibi sæpe monuimus & probauimus, dico fieri non posse, vt in proposita specie, id est, cùm extraneus pro muliere dotem dedit, hoc pacto addito, vt si matrimonium quoquomodo finitum esset, dos ipsi danti redderetur, mulier probet eam conuentionem ita conceptam fuisse, vt mulieri potiùs quàm ipsi paciscenti prospiceretur, in eum casum quo nuptiæ non sequerentur, cùm in tota hac conuentione nullum verbum sit de muliere, vt per argumentum à contrario sensu, aut aliter conceptum conuentio à persona paciscentis ad personam mulieris transferatur. Itaque nouam aliam conuentionem supponi & probari necesse esset, quæ pro muliere faceret, id est, ex qua constaret, eam extranei dotem dantis, atque ita vt diximus, paciscentis voluntatem fuisse, vt mulieri donata esset dos, si matrimonium secutum non esset. Atqui donatio, licèt etiam tacitè fieri interdum possit, quamuis nō nisi perrarò, nō alij tamen quàm ei cui fiat traditio, *l. cuius per errorem 53. de reg.*

de reg.iur. quia donatio si ius vetus inspicias, non fit nisi per traditionem aut stipulationem, quamuis hodie fieri possit etiam nudo pacto *l.si quis argentum 35.§.vltim.C.de donat.* ideóque vix est, vt ex pactione inter alios facta, alij tertio donatum videri possit *l. donationes 31.§.penult. infr. de donat.* in proposito autem extraneus, qui dotem dedit sponso, quasi futuro marito, licèt mulieris nomine, neque cum muliere quicquam pactus proponitur, sed cum marito ipso aut qui maritus fore sperabatur, neque de muliere quicquam in pacto dixisse. Qua igitur fronte aut probabilitate possit mulier dicere sibi donatam fuisse dotem hanc ab extraneo, præsertim qui pactus sit eam sibi reddi, post finitum quoquomodo matrimonium? Quænam, rogo, ista esset donatio, quæ in fauorem mulieris induceretur ex stipulatione, quam extraneus pro se non contra seipsum interposuisset: *arg.l.in ratione 30.§.tametsi vers.sed id non est verisimile infr. ad leg. Falcid.* & per quam non sibi legem dicere voluerit, sed marito *argu.l.Lucius 40. in fin.de fidei libert.* Scio posse fieri, vt extraneus mulieri donaturus dotem tradat, aut numeret marito: sed cùm id fit, iussu mulieris eam traditionem & numerationem sponso fieri necesse est, vt in *d.l.si donaturus 9.infr. hoc tit.l.3.§.vlt.l.4.& 5.& pass.de donat.int. vir.& vxor.* quod tamen hîc factum fuisse non proponitur. Sed & cùm animus abest donandi mulieri dotem, quæ sponso traditur, inauditum est, vt donatio fiat in eum duntaxat casum, quo contingat non sequi matrimonium. Nam vel donationem absolutè fieri necesse est, ac in omnem casum ita vt extraneus qui dotem dat & donat, eam sibi aliquo casu reddi non stipuletur, vel si quo casu dotem sibi reddi velit, eum casum exprimat, quo nuptiæ non sequantur potius, quàm illum quo sequantur, vt apparet ex *d.l si donaturus*, vbi opponitur casus donationis casui stipulationis interpositæ de dote ipsi qui dedit vllo casu restituenda: & cùm is qui dotem dat, habet animum partim donandi mulieri, partim non donandi, ponit Paulus ita cõtraxisse illum cum sponso, vt si nuptiæ secutæ essent, mulieri, cui donatum volebat, dos acquireretur, si verò secutæ non essent, ipsi qui dotem dabat, redderetur, at è contrario, si quis etiam expressim paciscatur, vt secutis nuptiis, & iis postea quoquomodo solutis, dos sibi reddatur, si verò secutæ non sint, dos mulieri acquiratur & reddatur, inepta proculdubio & præposterа conuentio est. Prius enim dotem esse oportet, quàm vt mulieri acquiri & reddi possit, dos autem non est, nisi secuto demum matrimonio, vt sæpius iam diximus ex *l.3.& l.stipulationem 21.infr.de iur.dot.* & prius dotem aut pecuniam sic datam, vt dotalis aliquando fieret, prius acquisitam esse mulieri oportet, atque ab ea datam & traditam, vel verè vel saltem, vt nostri loquuntur, interpretatiuè quàm condicere dotem mulier possit. Id autem non aliter euenit, quàm si extraneus, qui donare mulieri voluerit, cum ea cõtraxerit, hoc est, vel ipsi pecuniam numerauerit, aut aliam rem tradiderit, vel breuiore manu iussu eius sponso eam dederit, vt in *d.l.si donaturus*, vel ea saltem præsente, vt in *dict. l.donationes 31.§.1.infr.de donat.* Quo casu perinde habenda est pecunia dotis nomine data ab extraneo, atque si ab ipsa muliere esset data, cùm in hac specie, vt & in aliis plerisque iuris partibus celeritate coniungendarum actionum vna occultetur *dict. l. 3.§.sed si debitorem de donat. int. vir. & vxor.* ideóque nec alij, quàm mulieri condictio hoc casu dari potest, at non similiter, si non iussu mulieris, sed sua sponte maritus dotem sponso dedisse proponatur, licèt mulieris nomine, quia cùm condictio nihil aliud sit quàm repetitio, eius est condicere qui dedit, & quod mulieris nomine data est, non facit quantum ad condictionem, vt ab ipsa muliere dos data esse videatur, nisi eo demum casu, quo dos verè sit, quæ tamen esse nõ potest ante matrimonium subsecutum. Prius namque est, vt sit dos, quàm vt sit dos mulieris nomine data, & consequenter dicendum est, cùm data dos fuit mulieris nomine, nihil ideo acquisitum esse mulieri, nisi vt soluto quãdocunque matrimonio, dotis actionem sit habitura, ad dotem illam repetendam à marito, sed nunquam condictionem: dotis, inquam, actionem, aut in omnem casum si in nullum is qui dotem dedit, eam sibi reddi stipulatus sit, aut in illum saltem qui stipulatione vel pacto extranei non fuerit comprehensus, vt in *d.l.si cùm dotem.* At cùm nullæ sunt secutæ nuptiæ, sicuti nulla dos esse, aut vnquam fuisse videri potest, ita neque data mulieris nomine, nec proinde mulieri competere vlla condictio potest, sed extraneo qui dedit, nisi donatio ipsi mulieri facta probetur, aut expressa aut tacita, id est, secundùm ea quæ diximus, vel iussu, vel saltem præsentia mulieris interueniente. Quod cùm accidit, nulla pactione indiget mulier, vt possit condicere nuptiis non secutis *d.l.si donaturus:* tantum abest, vt indigeat pactione vlla extranei, aut probatione alia, quòd extraneus paciscẽdo sibi dotem reddi solutis quocunque modo nuptiis hoc ipso prospicere voluerit mulieri, vt in casum non secuti matrimonij dos ei redderetur. Extra hos verò casus, si mulier velit ad acquirendam sibi condictionem ostendere, extranei dotem dantis eam mentem fuisse, vt prospiciendo sibi per pactum appositum, de dote soluto matrimonio restituenda, etiam mulieri prospicere voluerit in hunc casum, quo nuptiæ sequerentur, ridicula certè fuerit: voluntate enim expressa, id est, donatione in eam rem opus est. Implicat verò contradictionem, vt donandi animum habuerit extraneus, qui dotem quam dedit, pactus est sibi reddi, si finitum esset, quoquomodo matrimoniũ: multo magis autem absurdum fuerit, sic eius voluntatem interpretari, vt habuerit animum donandi mulieri dotem, non eo casu quo dos futura esset, id est, quo nuptiæ sequerentur, sed illo solo, quo nec dos vnquam fuisset, id est, quo non sequerentur, deberet enim potius ita pactio fieri, vt in casum secuti matrimonij dos mulieri donata esset, in casum verò non secuti, non item, sed salua maneret condictio ei ipsi qui dedisset, vt in specie *dict. l. si donaturus.* Cogitanti autem mihi, cur hanc Vlpiani disputationem corrumpere Tribonianus voluerit, aut suam nobis sub Vlpiani nomine obtrudere, sola ratio illa occurrit, quod ille mulieribus passim fauere plus æquo solitus non potuit concoquere, quod Vlpianus simpliciter, vt puto, & citra quæstionem scripserat, quasi rem indubitatam, & positam extra omnem prorsus controuersiam, dotis condictionem in specie proposita, non mulieri dãdam esse, sed extraneo, proposuit primum quæstionem de re indubitabili, ac proinde stultam & ineptam, cui condictio danda esset, an mulieri an extraneo: deinde cùm nec posset nec auderet apertè pro muliere respondere, respondet quidem propemodum inuitus pro extraneo, at ita vt cõtra maritũ potius, quàm contra mulierẽ respondere videatur.

BIU Cujas

Illa enim ratio *nam quasi causa non secuta habere potest condictionem qui ob matrimonium dedit, matrimonio non copulato*, non tam probat, cur extraneo potius, quàm mulieri condictio danda sit, quàm cur is qui accepit, condictione teneatur: sicuti nec probat, quod probandum erat, ideò teneri illum condictione, quòd extraneus benè sibi in hunc quoque casum prospexisset, sed quia causa quæ fuerat dandę dotis, secuta non est. Mox vt intelligas id eum maximè agere, vt mulieri faueat, subiungit *nisi fortè euidentissimis probationibus mulier ostenderit hoc eum fecisse, vt ipsi mulieri magis quàm sibi prospiceret*, vt scilicet, si mulieri ius deficeret, superesset tamen prætextus aliquis litigandi, tum accepto aliquo transigendi obtentu istiusmodi probationum euidentissimarum quas allegare sufficiat ad iustam litis, & transactionis materiam præbendam. Sequitur *versicul. sed etsi pater* in quo additur, idem iuris esse in patre, qui dotem pro filia dedit, quod proximè dictum est in extraneo, nempe si pater pro filia nuptura pecuniam in dotē dederit, cōdictionem patri competere, idque Marcellum scripsisse, sed additur hîc quoq; eadem exceptio fauore filiæ contra patrem *nisi euidenter aliud actum sit*, quam tamen à Marcello aut ab Vlpiano additam fuisse, vt non possim credere, illud facit, quod multo difficilius est, vt ex pacto patris acquiratur condictio, aut alia actio saltem directa filiæ, quæ est in potestate, quàm vt ex pacto extranei, cū pactum extranei in fauorem mulieris possit accipi pro donatione in mulierem collata, siue iussu eius dos viro data sit, siue ipsa præsente *d. l. si donaturus inf. & d. l. donationes* 31. §. 1. *de donat.* at non etiam pactum patris, quia nec volens pater filiæfamilias donare potest, vt nec aliter cum ea contrahere *d. l. donationes* §. *pater filiæ l. si pater pen. eod. tit. l. siue emancipati* 17. *Cod. eod. leg.* 2. *Cod. de inoff. donat.* nec rursum potest pater dotis actionem sibi & filiæ, communem futuram per pactum etiam incontinenti, & in ipsa dotis datione appositum, in suam personam transferre, sed stipulatio in eam rem necessaria est *d. l. si auia* 6. *Cod. de iur. dot. dict. leg. quoties* 29. *infra solut. matr.* qui vnus casus est ex illis, in quibus non potest fieri per pactum incontinēti adhibitum, in contractu etiā bonæ fidei quod posset fieri per stipulationem: vt & in *l. quòd si locus* 11. *supr. de relig. & sumptib. funer. l. seruus* 7. *inf. de seru. export.* Quanto minus ergo poterit pater per solum pactum, adeóque per nudam pacti interpretationem acquirere condictionem filiæ, cui nec per stipulationem expressam acquirere illam posset, nisi in eum saltem casum, quo post mortem patris casus condictionis contingeret: *l. pater* 23. *inf. de pact. dotal. l. Caius* 45. *solut. matrim. l. quodcunque* 45. §. *si quis ita de verb. oblig.* qui tamen casus hic contingit statim, atque certum esse incipit non iri secutum matrimonium, non expectata morte patris: nec sanè casus vllus dari potest, in quo possit condictio acquiri filiæ ex pacto patris, quale in hac lege proponitur, non solùm si ad huius legis verba nihil addas, sed etiamsi pro arbitrio suo fingas tibi & diuines donandi animum in patre: nisi ad alium illum nostrorum errorem confugias, quo defendunt valere donationem inter patrem & filiamfamilias ex causa dotis, sic enim illi vulgo sentiunt ex *l. Pomponius Philadelphus* 35. *supr. famil. erciſc.* vbi tamen hunc errorem ex ipsius legis verbis confutauimus, & latius *lib.* 7. *Coniectur. cap.* 12. Quis ergo iam dubitet, quin verissimum sit, quod volumus, & tam multis probauimus, totam legem hanc non Vlpiano, aut Marcello, sed Triboniano soli adscribendam esse?

7. IVLIANVS libro 16. Digestorum.

QVi se debere pecuniam mulieri putabat: iussu eius, dotis nomine, promisit sponso, & soluit. Nuptiæ deinde non interceſſerunt: quæsitum est, vtrum ipse possit repetere, qui pecuniam dedisset, an mulier? Nerua, & Atilicinus responderunt, quoniam putasset quidem debere pecuniam, sed exceptione doli mali tueri se potuisset, ipsum repetiturum, sed si cùm sciret se nihil mulieri debere [a], promisisset, mulieris esse actionem: quoniam pecunia ad eam pertineret: sin autem verè debitor fuisset [b], & ante nuptias soluisset, & nuptiæ secutæ non fuissent: ipsum posse condicere, causa debiti integra mulieri ad hoc solùm manente, vt ad nihil aliud debitor compellatur, nisi vt cedat ei condictitia actione.

Ad l. Qui se debere 7.

Præfatur hîc Bartolus, esse legem hanc vnam ex difficilioribus, quas habuerit explicandas eo anno, quo titulum hunc prælegebat, nec immeritò, est enim sanè perobscura, & ni fallor, malè ab interpretibus omnibus expositа, nec singulas legis partes & sententias more nostro persequemur, & dubitandi, decidendíque rationes ad omnes aptabimus. Tractat Iulianus de eo qui se pecuniam mulieri debere putabat, quam non debebat, siue omnino non deberet siue deberet quidem summo iure, sed tamen exceptione perpetua tutus esset: vtroque enim casu æquè indebita pecunia est, &, si soluta sit, repeti per condictionem indebiti potest *l. si non sortem* 26. §. *indebitam infr. de condict. indeb. l. nihil interest* 112. *de regul. iur.* Ponit autem hunc qui se pecuniam debere putabat, quam non debebat, mulieri, iussu eius eam pecuniæ quantitatē dotis nomine promisisse sponso & soluisse, nec tamen nuptias deinde secutas esse: quærit vtrum ipse possit pecuniam repetere qui dedisset, an mulier cuius nomine dedisset, non quærit, an sponsus condictione teneatur, certum enim est teneri, non secutis nuptiis, & quidem duplici ratione: vna, quoniam accepit indebitam pecuniam ab eo, qui debitor non fuit, quæ tamen ratio si esset vnica, non esset bona, si modò suum recepisset, quamuis ab alio, quàm à vero debitore *leg. repetitio* 44. *de cond. indeb.* altera, quia accepit, pecuniam sibi ipsi

ipsi indebitam, & cuius non possit se dicere creditorem, neque eius qui soluit, neque mulieris, cuius nomine promissa fuit; cùm promissa sit in dotem, ac proinde sub tacita illa condicione, si nuptiæ sequerentur, quas ponimus sequutas non esse *l. stipulationem 21. l. non enim 37. l. promittendo 41. infr. de iur. dot. l. si mulier 10. inf. hoc tit.* Quòd si secutæ essent nuptiæ, maritus neutra ratione condictionem pati cogeretur, nec magis priore quàm posteriore, quia licet non eo magis fiat verus debitor is, qui indebitā pecuniā promisit, quòd nuptiæ postea secutæ sint; nullam tamen exceptionem habere potest contra maritum, qui suum recepit, quique decipiendus nō est, cùm non aliter fuerit vxorem ducturus *l. si donaturus 9. §. 1. infr. l. pure 5. §. pen. de doli mal. except. l. doli 19. infr. de nouat. & delegat. l. Titia 62. in fin. de iur. dot.* Non secutis igitur nuptiis, cùm locus sit condictioni, nec de eo dubitari possit, quæstio illa sola supereſt, an mulieri danda sit condictio, an falso debitori, qui per errorem soluit ignoranter, aut scienter. Refert autem Iulianus Neruam & Attilicinum distinxisse, an falsus hic debitor soluerit scienter, an ignoranter, si ignoranter, quomodo soluit quisquis debitorem se putat, cùm non sit, ipsum repetiturum, non mulierem, sin scienter, mulierem, non ipsum. Et hic quidem apertus distinctionis sensus est, sed ratio quam Iulianus adfert ex Nerua & Attilicino, satis obscura est, & quæ præcipuas interpretibus nostris difficultates parit, cur condictio detur falso debitori ignoranter soluenti, non mulieri. Ratio his verbis concepta est *quoniam putasset quidem debere pecuniam, sed exceptione doli mali tueri se potuisset.* Difficultas autem ex eo nascitur, quòd non satis aperit Iulianus, an de ea exceptione doli mali loquatur, quam falsus debitor, & vt loquuntur, putatiuus habuerit, cōtra mulierem ipsam, cuius se debitorē putabat, cùm non esset, an de illa potius, quàm contra sponsum ipsum habere potuerit, fieri si quidem potest, vt contra mulierem exceptio aliqua competierit, & quidem doli mali, quæ generalis est ex omnib. cautis, ex quibus alia quælibet competit *leg. 2. §. & generaliter infr. de doli mali except.* Fieri etiam potest, vt nulla contra mulierem competierit, competat tamen contra sponsum agentem ad pecuniam dotis nomine promissam, nullis nuptiis secutis. Vtrouis autem modo intelligas, dubitationis materiam illud præbet, quod is qui cùm tutus esset, doli mali exceptione soluit, non repetit, quoniam licèt exceptio illa sit perpetua non annalis, vt actio de dolo propter rationem positam in *dict. l. pure 5. §. vlt. de doli mal. except.* nec famosa, quia nunquam exceptiones infamant, cùm ex iis nulla possit sequi condemnatio, sed tantùm absolutio, attamen est odiosa, & apud bonos & graues viros suggillat existimationem illius, cui obiicitur *l. 4. §. aduersus eod. tit.* ideóque nō potest obiici iis personis, quibus aliqua debetur reuerentia *l. licet 7. §. nec exceptiones infra de obseq. parent. & patron. præst.* qui autem tutus est exceptione perpetua, sed odiosa, non habet condictionem, sed is demum qui habet exceptionem, non modò perpetuam, sed etiam fauorabilem *leg. qui exceptionem 40. infr. de condict. indeb.* Item quod in proposita specie non videtur posse locus esse exceptioni doli, quando quidem omnis exceptio præsupponit actionem cuius nimirum illa exclusio est *l. 2. infr. de except.* nullam autem actionem ex huius falsi debitoris promissione habere potest is cui promissum est, cùm stipulatio hæc tacitam illam condicionem & necessariam semper habeat, si nuptiæ sequentur *d. l. stipulationem 21. & seq. d. l. promittendo de iur. dot.* quia possunt non sequi, & ex facto ponimus secutas non esse. Hinc nempe variæ à nostris quæsitæ interpretationes & responsiones. Sunt qui dicant, scripsisse Iulianum *quoniam* pro *quamuis*, & *sed* pro *tamen*, quasi non ponatur hæc clausula causatiuè, per modum rationis, vt Bartolus loquitur, sed potiùs aduersatiuè. Alij cum Accursio sic explicant, vt ratio hæc nō tam eò pertineat, vt sciamus, cur is qui pro muliere promisit & soluit, repetat, quàm cur mulier ipsa nō repetat, quia scilicet poterat hic tueri se exceptione doli contra mulierem, si non soluisset, sed addunt cum Azone, maximè ideò repetitionem hoc casu dari ei qui soluit, non mulieri, quoniam vident eo quoque casu, quo hic qui soluit verus debitor fuerit, non eo minus dandam ei condictionem, & mulieri denegandam, vt Iulianus subiicit in *versic. si autem verè debitor fuisset:* quamuis eo casu nulla ipsi cōtra mulierem doli mali exceptio competere potuisset. Atque ita fateri cogantur necesse est, non esse bonam hāc rationem & germanam, qua etiam cessante idem tamen iuris obtineat. Veram autem rationem propter quam danda sit hoc casu falso debitori repetitio, illam adferunt, quòd cesset causa propter quam data fuerat pecunia, data enim fuerat dotis nomine, & cōtemplatione futurarum nuptiarum, quæ tamen nullæ interceſſerunt. Itaque quod hîc dicitur, de danda soluenti non mulieri condictione, intelligunt de condictione ob causam dati causa non secuta, de qua in hoc *tit.* non autem de condictione indebiti, & ita effugiunt obiectionem, quæ fit ex *d. l. qui exceptionem*, quæ non nisi de indebiti condictione loquitur. Latius enim certè patet condictio ob causam, quia supponit debitam fuisse pecuniam, quæ soluta est, nec repetitioni locum fore, si causa ob quam data est, secuta fuisset: condictio autem indebiti non aliter locum habet, quàm si solutionis tempore fuerit indebitum quod solutum est, non etiam si debitum fuerit, licèt ex postfacto indebitum factum sit: quod contingit quoties sola illa ratio condictionem inducit, quòd causa, ob quam datum fuit, secuta non est, nam neque ex hac causa competit exceptio doli statim ab initio, sed tantùm ex postfacto *d. l. 2. §. circa in fin. de doli mali except.* Vnde fit, vt hæ duæ cōdictionis species nunquam possint concurrere, quia causas habent non modò diuersas & separatas, sed etiam cōtrarias, adeóque contradictorias: nam condictio indebiti respicit causam de præterito, condictio autem ob causam dati causa nō secuta, causam de futuro, vt & Bartolus tractat. Sed præter id quod isti malam faciunt rationem Iuliani, quæ tamen optima est, vt probabimus, non diluunt obiectionem aliam, quam ex eo fieri diximus, quod doli exceptio locum habere non possit eo casu quo nec vlla possit ex promissione nasci actio, vt in specie proposita, ob condicionem, quæ tacitè ineſt promissioni cuilibet factæ dotis nomine, nisi fortè putant etiam nulla doli exceptione opposita repelli posse sponsum, si agat ex promissione nullis secutis nuptiis, tanquam qui non possit agere ex illa stipulatione, quasi condicionali ante condicionis euentum. In quo certè falluntur, si sic sentiunt: stipulatio enim dotis non eo minus pura dicitur, si nullam habeat aliam condicionem, quoniam tacita condicio nunquam facit condicionalem dispositionem, sed cum tantùm habet effectum, vt suspendat & im-

BIU Cujas

pediat natiuitatem aut potius exercitium actionis, quousque condicio impleta sit, non tanquam formalis condicio, sed potius tanquam condicio sine qua non, vt ita loquar: id enim est, quod scribit Paulus in *l. interdum 73. de verb. oblig.* interdum puram stipulationem ex re ipsa dilationem capere, veluti si quis id quod in vtero sit, aut fructus futuros, aut domum ædificari, stipulatus sit: tunc enim incipit actio, inquit, cùm ea per rerum naturam præstari possunt: pura siquidem stipulatio illa est, quæ nec diem habet, nec condicionem expressam, licèt habeat tacitam: expressa enim nocent, quæ non expressa, non nocent *l. si sic legatum 75. §. ille si volet de leg. 1. l. nonnunquam 52. de condic. & demonstr.* & aliud est, stipulationem puram capere dilationem ex re ipsa, vt Paulus loquitur in *d. l. interdum.* aliud verò stipulationem esse condicionalem, quamuis effectus idem sit, quod ad actum ipsum agēdi, & exercitium actionis: cùm expressa condicio ést, facit non solùm, vt incipiat agi posse ex quo tempore impleta est, sed vt exinde tantùm incipiat deberi: suspendit enim non tantùm actionem, sed etiam obligationem, quæ actionem præcedit, & ex qua nascitur actio *l. cedere diem 213. de verb. signific.* Vnde fit, vt quod sub condicione debetur, si interim soluatur, non solùm repeti possit tanquam indebitum *l. sub condicione 16. de cond. indeb.* sed nec liberet debitorem, interim quandiu condicio non existat *l. stipulatio ista 38. §. inter infr. de verb. oblig* quia impossibile ac præposterum est, vt liberetur is qui nondum est obligatus, & solutio quæ liberationem parere non potest, parit necessario condictionem *l. si non sortem 26. §. si centum l. cùm is 32. §. 1. & vlt. de cond. indeb.* At quod debetur ex stipulatione pura, quamuis ex re ipsa dilationem capiat, tamen iam debetur, ideóq; nec solutum interim repetitur, quousq; constet tacitam condicionem, quæ & actionem & exactionem suspendebat, defecisse, nec existere amplius posse *l. prox. infr.* vbi tractatur de hac ipsa stipulatione, de qua in hoc loco, & quæ facta sit dotis nomine, ex qua si solutum sit, negat Neratius repeti interim posse, quandiu nuptiarum spes aliqua est, quod falsò diceretur, si interim esset omnino indebitum, quale illud est, quod sub expressa condicione promissum fuit *d. l. sub condicione.* stipulatio enim dotis non eo minùs pura est, quòd ex re ipsa dilationem capiat, id est, ex matrimonio quod futurum speratur, & sine quo dos esse non potest *d. l. 3. de iur. dot.* & ideo non potest dici dos indebita, quæ ante nuptias soluta fuit, pendétque ex euentu an indebita futura sit, sed interim tamen debita est, debétque hæc res in numero earum poni, in quibus ex post facto apparet, quid antè fuerit, vt in *l. qui res 98. in princip & § 1. de solut. l. quædam 15. de reb. dub.* cui conuenit quod scriptum est in *d. l. stipulationem 21. de iur. dot.* tum defecisse condicionem stipulationis dotalis videri, cùm nuncius remittitur, non antea, quasi condicio hęc non tam faciat stipulationem condicionalem, quomodo faceret, si expressa esset, quàm resoluat eam sub condicione contraria, si nuptiæ non sequentur, vt dici solet in venditione facta sub lege commissoria, vel sub pacto addictionis in diem *l. 1. de leg. commiss. l. 2. de in diem addict.* aut cùm quis purè à Titio pecuniam stipulatus, eandem à Sempronio sub condicione nouandi animo stipulatur: nam & hoc casu prior stipulatio non eo minùs pura remanet, quandiu posterioris condicio pendet, & tamen resoluitur statim atque posterioris condicio existit, ideóque nec antè agi ex priore potest, ne stipulator ante tempus petere videatur *l. pecuniam 36. supr. de reb. credit.* Habet enim in se tacitam condicionem hanc prior stipulatio, si posterioris condicio non existat, & quamuis non eo minùs pura sit, dilationem tamen capit ex re ipsa, id est, ex euentu posterioris stipulationis. Idque apparet euidentius ex eo, quod cùm dotis datæ & promissæ eadem hac parte ratio sit, vt scilicet non magis in datione quàm in stipulatione dotis necessaria sit condicionis adiectio, quomodo partim scriptum, partim scribendum est in *l. quia autem 23. de iur. dot.* vt benè Contius & Cuiacius monuerunt, constat tamen ex datione dotis etiam ante nuptias facta transferri statim dominium in accipientem, nisi expressè actū sit, vt nuptiis demum secutis nec antè efficiantur eius cui traditæ sunt *l. si ego 9. in princip. & §. 1. eod.* vbi dicitur vindicationem ideò non competere illi qui dedit, sed condictionem, quamuis non minùs dominia transferri sub condicione, quàm stipulationes contrahi possint *l. omnia 7. & seq. supr. de reb. credit.* quo casu dominium interim remanet penes eum qui dedit *l. sed interim 11. cum præced. de donat. int. vir & vxor. l. de hereditate 19. §. vlt. infr. de castr. pecul.* Eodem igitur modo dicendum est, stipulationem dotis interim puram esse, & ex ea nasci confestim obligationem, licèt non priùs agi possit, vt & in *d. l. interdum*, adeó que nec aliter, secutis quoque nuptiis, quàm si nuptiæ consistant. Ita enim legendum est, vt puto, in *d. l. stipulationem* id est, *consistant* pro *constat*. Nam & verba illa *si nuptiæ* quæ vulgò accipiunt pro primis verbis condicionis, nullum habent sensum, nisi addas *secutæ sint* aut quid aliud simile, & iam in præcedentibus verbis expressa fuerat dictio *constat* quæ vna melius totam legis sententiam regit, & elegantius quàm repetita. Fuit autem necessaria ea adiectio, quia, vt exactio dotis competat, non sufficit secutas esse de facto, vt aiunt, nuptias, nisi consistant, & matrimonium iustum sit *l. vlt. infr. de condict. sin. caus.* aut iustum fieri sine vllo hominis nouo facto possit *l. prox. inf.* Quæ omnia eò pertinent, vt intelligamus tum quoque cùm mulier ipsa dotem, aut dedit aut promisit, nulla expressim adiecta condicione, puram esse promissionem, aut dationem, præsentémque obligationem aut dominij translationem, vt si interim soluatur, non possit dici indebitum solutum, multo igitur minus si quis mulieri promittat, aut tradat, vt ipsa det marito in dotem, vt in specie *dict. leg. si ego in princip.* à quo non valde distat is, de quo in hac lege, id est, qui iussu mulieris dotem sponso promisit, sic enim ferè est, vt breui manu videatur pecuniam dare mulieri, & illa eam sponso promittere dotis nomine, nisi quod illo casu liberaretur verus debitor, etiam non secutis nuptiis, qui hoc casu non liberatur, vt dicemus postea, quoniam promittendo nemo liberatur, nisi promittat per delegationem, quæ nullam habeat implicitam, neque expressam, neque tacitam condicionem: parum námque in effectu refert, an condicione, an mora tantùm quid suspendatur, cùm expectatur tale quid, quod possit existere, & nō existere, quamuis aliud iuris esse soleat, cùm interuenit mora tantum temporis, quod certum sit, esse quandoque tandem euenturum, vt in *l. heres meus 79. de condict. & demonstr.* Ergo si sponsus ex ea stipulatione, tanquam pura velit agere, & agat de facto, eo prætextu quòd obligatio sit præsens, quamuis nuptiæ nondum sint secutæ, necessaria est doli exceptio, etiam facta delegatione,

BIU Cujas

gatione, & vtiliter opponitur, vt & cęteręexceptiones, tum quoque cùm debitor negat se ipso iure teneri, aut contendit se ipso iure liberatum, id enim semper tutius est *l. qui seruum* 34. §. 1. *de oblig. & act.* Et tamen hæc doli exceptio opponi non posset, ne quidem ex persona mulieris (id est, si qua contra mulierem ipsam agentem erat competitura) si nuptiæ secutę fuissēt *d. l. si donaturus* §. 1. Facit enim dolo malo sponsus, & per occasionem iuris ciuilis captat lucrum ex damno alieno, qui ex stipulatione illa interposita dotis nomine agit statim, tanquam ex pura promissione, antequam nuptiæ sequantur, petítque proculdubio ante tempus, quod tacitè inest *d. l. pecuniam iunct. l.* 1. §. 1. *de dol. mal. except.* perinde atque is qui quod Capuæ dari stipulatus est, petit antequam Capuam peruenirí possit, nam & hunc casum superioribus æquiparat Paulus in *d. l. interdum* 73. *de verb. oblig.* nec maior vis est tacitæ condicionis, quàm taciti temporis, ad impediendum ne obligatio pura sit, quę expressim nec tēpus habet nec condicionem. Bona igitur ratiocinatio est, ob quam Iulianus ex Nerua & Attilicino defendit hūc, qui iussu mulieris pecuniam dotis nomine sponso promisit, & ante nuptias soluit repetiturum, non quasi indebitam, nec cōdictione indebiti, cùm debita fuerit ex pura stipulatione, sed condictione ob causam dati, causa non secuta, quia licèt soluta fuerit ea pecunia quæ iam debebatur, exigitamen non poterat, nisi secutis demum nuptiis, poterátque sponsus repelli exceptione doli agēs ex ea stipulatione, antequam secuta esset causa ob quā facta fuerat promissio *d. l.* 2. §. *circa de doli mal. except.* Quare non est quod cum Accursio distinguas quadruplicem doli exceptionem, vnam, quę nascatur tempore contractus, vt si dolo me induxeris ad promittēda tibi decem, & quæ ideo sit odiosa, secundam, quæ succedat in locum exceptionis non numeratæ pecuniæ, & nascatur tempore quo agitur, non tempore confessionis, vt in *d. §. circa*, tertiam, quæ in locum exceptionis pacti, & iurisiurandi præstiti, quas duas species exceptionis doli negat Accursius esse odiosas, ideóque indebiti condictione ait ex ipsis dari posse, quartam verò, quæ succedit in locum exceptionis facti vel intentionis, quando nec actor habet actionem, sed de facto agit, & sic reus quoque de facto excipit: quæ exceptio nec odiosa est: nec rursū, vt cum Bartolo addas quintam, quæ cum aliis omnibus exceptionibus concurrat, de qua in *d. l.* 2. §. *& generaliter de doli mal. except.* quia dolo facit quisquis id petit, quod quaque exceptione elidi potest, vt Vlpianus eo loco scribit: etsi enim fateor ex supradictis causis, & aliis variis doli exceptionem dari posse, dico tamen esse omni casu odiosam, propter insertum nomen *doli*, quod optimi cuiusque suggillat existimationem apud bonos & graues viros *d. l.* 4. §. *aduersus eod.* ideóque nec obiici vllo casu posse ei personæ, cui reuerentia aliqua debeatur *d. l. licèt* 7. §. 1. *de obseq. parent. & patron. præst.* vbi hanc ob causam, non de exceptione, sed de exceptionibus doli generaliter & indistinctè Vlpian. loquitur: ne quis cum Accursio ad *d. l. qui exceptionem* distinguat doli exceptionem generalem à speciali, quasi hęc sola sit odiosa, illa non item, quod certè falsum est. Sed tamen odiosam esse hanc exceptionem, cùm dico, ad ipsum doli nomen solum respicio, non ad causam exceptionis: causa enim ipsa per se fauorabilis est, etiam ex parte & persona illius qui obiicit, cùm naturali æquitate nitatur, ne cui dolus suus contra naturalem æquitatem prosit *d. l.* 1. §. 1. *de doli mal. except.* alioqui in factum quoque exceptiones quæ substituuntur à prætore in locum exceptionum doli *d. §. aduersus*, sicut & actiones in factum, quæ subrogantur in locum actionis de dolo *l. non debet* 11. §. 1. *supra de dolo l. si superstite* 5. C. *eod.* perinde essent odiosæ, cū eandem habeant causam, originem, & rationem, ne ex dolo suo lucrentur ij quibus tales exceptiones opponūtur *l. ne ex dolo* 12. *sup. eod. ill. tit.* ob ídque nec magis dandæ essent contra parentes vel patronos quàm actio de dolo vel exceptiones doli, vt intelligamus neque actionem ipsam de dolo, neque exceptiones doli esse aliæ de causa odiosas, quàm quia doli & fraudis habent mentionem *l.* 2. *l. parens* 5. §. *vlt. & d. l. licet* 7. *de obseq. parent. & patron. præst.* non etiam si bonæ fidei mentio in actione vel exceptione fiat *d. l. non debet in fin.* nisi quod actionem de dolo illud odiosiorem facit, quòd infamiam irroget condemnato si modò ipse per se, non per procuratorem iudicium acceperit *d. l.* 2. *de obseq. parent. præst. l.* 1. *& l. furti* 6. §. *si quis alieno supr. de his qui not. infam.* vbi legendum est sine dubio *nec ego* pro eo quod vulgo scriptum est *nec ergo* quod à nobis cùm ad eum locū scriberemus, obseruatum non fuisse miramur. Nam & in præcedentibus retinenda est dictio *meus* quæ *in Pand. Flor.* adest licèt lineis intercluſa, & in vulgata editione malè deest. Cæterùm tolle doli & fraudis mentionem, & retine causam atque originem exceptionis huius, nulla exceptio fauorabilior est quàm doli mali, adeò vt nulla replicatione possit elidi *l. cùm par delictum* 154. *de regul. iur.* quod in cæteris exceptionib. diuersum est, quę omnes doli replicationem patiuntur. Quare nec ad doli exceptionem vllam pertinere puto, quod scriptum est in *dict. l. qui exceptionem*: non impediri repetitionem soluti per eam exceptionem, quæ detur odio eius cui debetur. Nam præter id quod non prætermisisset Martianus exemplum exceptionis doli, quæ omnium frequentissima est, sempérque perpetua *l. pure* 5. §. *vlt. de doli mal. except.* exemplum quod adfert ille de exceptione Senatusconsulti Macedoniani, ostendit satis de ea sola exceptione eum intelligere, quæ nō tam ex æquitate vlla, quàm mero creditoris odio sit comparata, & ciuili ratione magis quàm naturali: quod de doli exceptione dici nullomodo potest. Idque probatur optimè ex hac lege, licèt non tam de cōdictione indebiti loquatur, vt diximus, quàm de cōdictione ob causam dati causa nō secuta, quia doli exceptio quæ non aliā rationem habet, quàm quòd causa ob quam datum fuit, secuta non sit, vt in *d. l.* 2. §. *circa de doli mal. except.* non aliam condicionem parere potest, quā quæ sit eiusdem rationis & originis. Sed tamen eadē æquitatis ratio, quæ inducit in hac specie condictionē ob causam dati causa non secuta, inducit etiam condictionem indebiti in suo casu: est enim hoc omnibus condictionibus commune, vt naturalem habeant æquitatem, ex eáque proficiscantur. Sequitur apud Iulianum,

a *Sed si cùm sciret se nihil mulieri debere.* RAT. DVB. Nemo fit debitor ex eo solo quòd sciat nihil se alij debere: obligationes enim omnes non nisi certis, & legitimis modis contrahuntur, inter quos hic non est *l. obligationum ferè* 44. §. *placet inf. de verb. oblig.* Ergo quamuis ille qui sponso soluit pro muliere, sciat se nihil debere mulieri, non eo minus tamen habere debet condictionem: cùm reuera nihil de-

BIU Cujas

beat, siue veritatem inspicias, siue opinionem. Alioqui perinde hoc casu eueniet, vt quis locupletetur ex damno & iactura alterius, quod semper à naturali ratione, & æquitate abhorret, *leg. nam hoc natura 14. infr. de condict. indeb. l. iure naturæ 206. de reg. iur.*

Dec. Cuius per errorem soluti repetitio est, eius consultò dati donatio est *leg. cuius per errorem 53. eod.* ideóque ei qui sciens indebitum soluit, numquam datur condictio, nec si soluerit ea mente, vt repeteret *l. 1. l. quod quis sciens 50. infr. de condict. indeb. l. indebitum 9. C. cod.* Ergo qui sciens se nihil debere mulieri, dotem nihilominus promittit sponso futuro, mulieris nomine, credendus est donare velle, & quidē non ei cui soluit, sed mulieri, cuius nomine & promisit & soluit. Exinde igitur incipit pecunia illa ad mulierem pertinere ex causa donationis, & consequenter cùm negare spōsus non possit, quin eam pecuniam à promissore acceperit ob dotis causam, quæ secuta non est, tenetur vtique condictione mulieri, cui donatum voluit is qui pro ea soluit *leg. si donaturus 9. infr. hoc titul.* condictione, inquam, non indebiti, sed ob causam dati causa nō secuta, vt disputauimus in præcedentibus: videtur enim hoc casu promissor donasse primùm mulieri, & illa soluisse sponso futuro ipe nuptiarum, quę postea non sint secutæ, vt in *leg. 3. §. si debitorem infr. de donat. inter vir. & vxor.* vbi dicitur in specie, non val de dissimili celeritate coniungendarum actionum vnam occultari. Sed quid si donator hic promiserit quidem sponso soluere, sed tamen nondum soluerit, & nuptiis renunciatum sit? dabitúrne mulieri ex illa promissione actio in promissorem, an in sponsum potius? De hoc enim quærit Accursius, & respondet, quod & Bartolus probat, non alium, quàm sponsum agere posse ex illa promissione, cùm ei facta sit, sed competituram mulieri aduersus sponsum condictionem, perinde ac competeret si pecuniam accepisset *argum. leg. final. Cod. ad leg. Falcid.* quæ probat optimè, paria illa esse promittere & soluere. Sed liberabitur sponsus cedendo actione, quam habet ex cautione ista contra promissorem, inquit Bartolus ad Accursium, cùm non alia de causa teneatur sponsus mulieri, quàm quòd aduersus promissorem habeat actionem ex regula *leg. quod debetur 51. infra de pecul.* & exemplo eius quod mox subiicitur in *versicul. sequent.* Mihi tamen & ociosa videtur quæstio, & mala ad quæstionem responsio. Nam cum promissio facta sponso tacitam illam in se condicionem habeat, si nuptiæ sequantur, quomodo potest sponsus, postquam renunciatum est nuptiis, agere cōtra promissorem ex illa stipulatione? *d. leg. stipulationem 21. de iur. dot.* aut illa actione cedere, quam non habeat, aut quam si habet ipso iure, secundū ea quæ suprà disputauimus, habeat tamen inutilem & inefficacem? *l. Stichum 95. §. pen. inf. de solut.* Nisi cum eodem Bartolo velis actionem, quæ in persona sponsi est inefficax, fieri efficacem in persona mulieris *arg. l. vlt. in princip. C. de iur. dot. & l. Papinianus 28. mandat.* At neq; hoc dici potest, cùm mulieri sit longè commodius agere propria actione, quæ nunquam extincta fuit, contra suum debitorē, tanquā qui liberatus nunquam fuerit *l. non enim 37. infr. de iur. dot.* Eadémque ratio facit, vt neque competere possit mulieri condictio aduersus sponsum, etiamsi mulieri donatum debitor voluerit, quia eo demum casu debet mulier habere condictionem, quo haberet ipse debitor si non donasset, hîc autem non haberet, quia nihil possit repetere is qui nihil soluit, satísque ei esse debet, quòd non possit cogi soluere, siue quod ex ea promissione non possit dari actio ante secutas nuptias *d. l. 21. de iur. dot.* siue quod possit se tueri doli exceptione, si ante nuptias conueniatur, vt hæc lex ait, quæ ideò benè loquitur de debitore, qui non tantùm promiserit, sed etiam soluerit, quo casu nullum nisi in condictione soluti potest auxilium superesse.

b *Sin autem verè debitor fuisset.* Non facilè possum mihi persuadere versiculum hunc esse Iuliani, sed credo potius esse Triboniani distinguentis suo more varios casus, eósque vndique conquirentis, etiā illos qui ad institutam disputationem nil pertinēt, quod & in proposito casu ab eo factum est. Nā cùm Iulianus ex Nerua & Attilicino tractaret casum illum, quo is qui nō erat debitor mulieris, pecuniam tamen pro ea dotis nomine sponso promiserat, distinguendum fuit duntaxat, an putaret ille se debitorem, an verò sciret se nihil debere: vt priore casu posset ipse condicere, posteriore autem non posset, sed mulier cui donasse ille videretur. At contrarius planè & contradictorius casus ille est, si promissor ille fuerit verus debitor, de quo nihil tractasse Neruam & Attilicinum ex eo apparet, quod verba illa *ipse possit condicere*, quib. ad propositam quæstionem respondetur, nō possunt cōstrui & regi ab illis præcedentibus, *Nerua, Attilicinus responderunt*, scribēdum enim erat consequenter superioribus in infinitiuo, *ipsum posse condicere*, vt paulò antea, *ipsum repetiturum*: item *mulierem esse actionem*. deinde quod Triboniano familiarissimum est in suis distinctionibus, locutionem illam vsurpare, *sin autem*, pro eo quod prudentes nostri solent exprimere vnico articulo *sin*, aut duabus his dictionibus, *si verò*, nam articulus *sin*, idē significat quod *si autem*. Sed manum & inscitiam Triboniani apertius illud detegit, quod subiicit, *& ante nuptias soluisset, & nuptiæ secutæ non fuissent*, quomodo enim potest quis dici soluisse ante aut post nuptias, quæ numquam fuerint secutæ? Illud certè non nego verum esse, quod placet Triboniano, debitorem verum qui iussu mulieris soluit, pro ea dotis nomine sponso futuro, posse ipsum condicere, non mulierem, quia cùm per eam solutionem, quamuis iussu mulieris factam, non fuerit à muliere liberatus, nec liberari potuerit, nisi secutis demum nuptiis, consequens omnino est, vt solutio quæ ipsi liberationem acquirere non potuit, acquisuerit saltem condictionem *l. non enim 37. & l. præced. infr. de iur. dot. d. l. si non sortem 26. §. si centum dict. l. cùm is 32. §. de condict. indeb.* & quidem contra eum ipsum cui solutum est, non contra mulierem, cui nec solutum est, nec solutio proficit *leg. his solis 49. eodem titul.* etsi enim iussu mulieris facta solutio est, ita vt perinde habendum videatur, ac si breuiore manu debitor mulieri eidémque creditrici suæ soluisset, mulier autem pecuniā suam in dotem sponso futuro dedisset *dict. l. 3. §. sed si debitorem de donat. inter virum & vx. l. singularia 15. sup. de reb. credit. leg. soluta tam 49. iunct. l. vero procuratori 12. §. sed etsi infr. de solut. leg. si procurator 6. infr. de condict. indeb.* id tamen in proposito ideò dici non potest, quia debitor non incepit à solutione, sed à promissione, quam iussu mulieris fecit, ac proinde non tam mulieris, quàm suo nomine soluisse intelligitur, vt se ab ea promissione liberaret: suo enim nomine soluisse quisque præsumitur potius quā alieno *l. 4. infr. de solut.* Quæres

res facit, vt per eam solutionem liberari non potuerit neque ipso iure, neque per exceptionem *leg indebitam 47. infr. de condict. indeb. d l. Papinianus 28. inf. mandat. l. si quid possessor 31. supr. de hered. petit.* & consequenter, vt ipsi soli condictio danda sit non mulieri, nec si ratam habeat solutionem, quamuis contrà sentiat Accursius, & eum secutus Bartolus ex *d. l. si procurator 6. inf. de condict indeb.* Quid enim potest addere ratihabitio adiussum præcedentem, quem initio legis posuit Iulianus interuenisse? *d. l. si procurator vers. Celsus*, si quidem non alium maiorem aut meliorem effectum habere potest ratihabitio, quàm vt mandato æquiparetur *d. l. vero & d. l. solutam l. vlt. C. ad SC. Maced.* Neque verò potest quis per ratihabitionem suum facere negotium, nisi quod ipsius nomine vel contemplatione gestum sit *l. si pupilli 6. §. sed si ego & §. item quæritur supr. de negot gest.* & de hoc casu loquitur Paulus in *d. l. si procurator*, non de illo, quo quis suo non alieno nomine soluerit, vt in specie huius legis. Quare nec quicquam proficies, si cum Bartolo dicas, mutari casum in hoc versic. & eam speciem tractari, in qua nullus mulieris iussus præcesserit, quod est omnino commentitium, aut si cum eodem Bartolo ad tuendum Accursij errorem replices, posse mulierē ratam habere solutionem, etiam non suo nomine factam à debitore, & ex ea ratihabitione acquirere sibi condictionem contra sponsum, ex æquitate, inquit, de qua diximus in *l. cùm fundus 31. §. seruum tuum supr. de reb. credit.* vbi defendit ille, quoties quis agendo contra Titium, non aliud consequi potest, quàm vt Titius cedat iis actionibus, quas contra Sempronium habet, permittendum ei esse, vt rectà agat contra Sempronium: nā præter id quod traditio illa Bartoli falsa est cùm eo casu, quo actionis cessio necessaria est, non magis ex æquitate, quàm ex rigore iuris agi sine cessione possit *l. Modestinus 76. de solut. l. Stichum aut Pamphilum 95. § pen. eod. l. vt fideiussor 36. de fideiuss. l. si res 59. l. rem hereditariam 65 inf. de euict. l. si res obligata 57. de legat. 1.* non puto verum esse, quod hîc Tribonianus ex suo ingenio docet, causam debiti manere integram mulieri ad hoc solùm, vt ad aliud nihil debitor compellatur, nisi vt cedat ei condictitia actione: tunc enim actionis cessio sola pro iusta præstatione est, cum non alia de causa quis teneatur, quàm quòd aduersus alium habeat actionem *d. l. quod debetur 51. in f. de pecul.* At in proposito debitor mulieris etiam post solutionem sponso factam non ideò tenetur, quòd habeat condictionem aduersus eum, cui pecuniam soluit dotis nomine, sed quia debitor mulieris est ex præcedente causa & obligatione, fortè mutui, aut alia, quæ per solutionem illam sublata non fuit *d. l. non enim 37. inf. de iur. dot.* Manet ergo causa debiti integra mulieri, vt debitorem suum vrgere omnimodo possit ad solutionem, ac si non soluisset sponso futuro, salua tamen ipsi aduersus sponsum condictione, nisi quòd si sponsus, qui pecuniā accepit, non esset soluendo ad eā restituendam, æquum esset mandati iudicio consequi eum indemnitatem à muliere, si modò per ignorantiam facti petentem sponsum exceptione non summouerit *d. l. indebitam 47. in fin. de condi. indeb.* puta quòd secutas fuisse nuptias putaret, nempe cùm iussu & mandato mulieris soluerit. Est igitur tota hæc clausula Triboniani, cuius manum detegunt etiam ablatiui illi absoluti, *causa debiti integra mulieri manente.* item insulsa illa verborum multiplicatio, *ad hoc solùm manente, vt ad nihil aliud debitor compellatur, nisi vt cedat ei condictitia actione*, pro eo, quod paucioribus verbis dicere poterat, *ad hoc solum manente, vt cedat ei condictitia actione.* Quamquam nec stare simulista possunt, vt integra actio mulieri maneat, & tamen pro pecunia, quæ debetur, cogatur esse mulier contenta cessione condictionis: valde siquidem imminuitur, & delibatur actio, quæ ad exactionem pecuniæ antea cōpetebat, si ex postfacto incipiat non competere, nisi ad extorquendam pro pecunia actionis cessionem. Ex his apparet non sine causa præfari Bartol., esse hāc vnam ex difficilioribus legib. cum explicari tota & defendi nulla ratione possit.

1 ¶ Fundus dotis nomine traditus, si nuptiæ secutæ non fuerint, condictione repeti potest: fructus quoque condici poterunt. idem iuris est de ancilla, & partu eius [a].

Ad §. 1. Fundus.

RAT. DVBIT. Condictio, de qua hîc agimus, nihil nisi repetitio est *leg. 1. & pass. hoc titul. leg. 1. infr. tit. prox. leg. 1. & tot. tit. de condict. indeb.* Repeti autem non potest, nisi quod datum & traditum fuit, alioqui petitio ea dicenda esset, non repetitio. Porrò qui fundum dotis nomine dedit, non ideò videri potest dedisse fructus, qui ex eo fundo postea percepti sunt, nec eorum dominium transtulisse, quod ipse nunquam habuit *leg. 1. § cùm prædium in fin. inf. de pignor.* nec nouum est, vt ad vnum pertineat dominium proprietatis, ad alium verò dominium fructuum, vt cernere est in fructuario, & bonæ fidei possessore *l. si fructuarius messem 3. supr. quib. mod. vsusfruct. amitt. leg quæsit 5 §. & vlt. infr. de vsur. l. bonæ fidei 8. de acquir. rer. domin.* nec permisceri oportet causam possessionis, proprietatis & fructuum, *leg. penult. de acquir. poss.* adeoque nec vsusfructus & fructuum, etiam cùm de dote agitur *leg si vsusfructus 66. de iur. dot. l. 4. de pact. dotal.* Cùm ergo fundus alicui traditus est, & ex ea causa, ex quadominium transferri in accipientem potuerit, translatum sit, si quando contingat, vt ex aliqua æquitate condictioni locus sit siue indebiti, siue ob causam dati causa non secuta, siue ob turpem vel iniustam causam: an non apertè iniquum est, cogi eum qui fundum accepit, fructus, quos nunquam acceperit, restituere, & quos dominij iure perceperit, & ex fundo tunc suo? An non plus iuris habere debeat eorum retinendorum, quàm si bonæ fidei possessor duntaxat fuisset, cùm plus quàm bonæ fidei possessor fuerit, qui fuit etiam dominus? quid. e. amplius facere potest bona fides, quàm vt tantundem præstet, quantum veritas, vbi lex impedimento nō est? inquit iuris regula in *l. bona fides 136. de regul. iur.* Atqui hic de quo agimus, verè fuit dominus, alioqui nec condictione teneretur, cùm eę demū personales actiones dicantur condictiones, per quas intendimus dari quid, hoc est, dominium in nos transferri oportere *§. appellamus & §. sic itaque Instit. de action.* dominium autem transferrē non potest

BIU Cujas

ille qui non habet *l. traditio* 20. *de acquir. rer. domin.* Fructus igitur fundi qui condicitur, in condictionem venire ipsi non possunt, illi saltem qui ante litem contestatam percepti sunt: nam in fructibus post litem contestatam perceptis, ratio illa specialis videtur posse facere, vt in condictionem veniant, quia quale quid est, cùm petitur, tale dari debet, nec tantùm in vindicationibus *l. præterea* 20. *l. & ex diuerso* 35. §. 1. *l. qui restituere* 68. *supr. de rei vindic.* sed etiam in actionibus, in personam, *l.* 2. *infr. de vsur.* cuiusmodi sunt condictiones omnes *d. § appellamus.* Sed fructuum ante litem contestatam perceptorum alia ratio esse videtur, cùm is qui eos percepit, non ex re aliena, sed ex sua perceperit, adeóque quod magis est, ex prioris domini qui ipse fundum tradidit, voluntate: quæ ratio etiam in malæ fidei possessoribus attendi interdum solet *l. de eo* 63. *in fin. iunct. l. si vxor* 19. *infr. de donat. int. vir & vxor.* DEC. Condictiones omnes licèt sint stricti iuris non bonæ fidei, sunt tamen ex æquitate naturali comparatæ, ne quis per occasionem iuris ciuilis contra naturalem æquitatem ex aliena iactura locupletetur, ipso etiam legislatore ciuili permittente, quod pugnaret certè cum ratione ciuili, non minùs quàm cum naturali *l. nam hoc natura* 14. *l. hæc condictio* 66. *de condict. indeb. l. iure naturæ* 206. *de regul. iur.* Ideóque sicuti prætor ex ea causa induxit exceptiones doli & metus *l.* 1. §. 1. *infr. de doli mal. & met. except.* ita & legislator ciuilis condictiones omnes, quæ ob eam causam dicuntur naturales in *l. indebiti* 5. *de condict. indeb.* non autem vt putat ibi Accursius, quòd dentur etiam ad naturales accessiones. Atqui is in quem translatum est fundi dominium, locupletaretur ex aliena iactura, & quidem sine causa, si cum ipso fundo quem cogitur reddere fructus, etiam omnes quos percepit, restituere non cogeretur, quos vtique non percepisset, si non ipsius fundi dominium nactus fuisset. Omnes igitur quos percepit, etiam ante litem contestatam debet reddere, vt omnia per condictionem in eum statum reducantur, in quo essent, si dominium in accipientem translatum nunquam fuisset *l. videamus* 38. §. 1. *& seq. infr. de vsur.* vbi tractatur specialiter de fructibus fundi quoque in dotem dati, & perceptis siue eo tempore, quo adfinitas speratabatur, siue posteà. Cùm enim fructus non iure seminis percipiantur & acquirantur, sed iure soli, vt scriptum est in *l. qui scit* 25. §. 1. *de vsur.* consequens est, vt sicuti dominium quod per traditionem à priore domino abscesserat, ad eum redit per condictionem [de ea siquidem condictione loquimur, quæ non petitio est, vt certi condictio ex stipulatione, sed repetitio eius scilicet rei quæ aliquando nostra fuit, quemadmodum initio diximus] ita & cùm dominio fructus ad eum redeant, tanquam accessiones naturales & quas percepisset ille, & acquisiuisset sibi, si rei suæ dominium in alium minimè transtulisset: idque non tam ex æquitate aliqua, quod præcipuè obseruandum est, quamuis condictiones ipsæ ex æquitate nascantur, quàm ex mera iuris ratione supposita, tamen condictionis æquitate & necessitate, adeò vt si quis per errorem & imperitiam fortasse iudicis obtinuerit in iudicio condictionis, eodem errore necesse sit obtinere illum etiam in fructibus, exemplo eius quod in rei vindicatione scriptum est in *dict. leg. & ex diuerso* 35. §. 1. *supr. de rei vindic.* ne causa fructuum à causa dominij separetur. Nec mirum videri debet huius possessoris, qui etiam verus dominus interim fuit, deteriorem conditionem esse, quod ad fructuum restitutionem attinet, quàm nudi bonæ fidei possessoris, huic enim bonæ fidei possessori, qui ex re aliena quidem, sed quam suam putabat, & quasi ex sua fructus percepit, nihil est quod imputare possis, at ei qui dominium rei meæ nactus est, ex ea causa propter quam ipsam reddere illud mihi debeat, imputari potest, aut cur mala fide nactus sit ex ea causa, quam sciebat vel nullam, vel turpem, vel iniustam esse, aut cur hodie velit retinere sine iusta causa, sine qua non fueram traditurus, aut ex ea causa, quæ iusta quidem ab initio fuerit, sed quæ posteà vel finita, vel non secuta sit *l.* 1. *& pass. infr. de condict. sin. caus.* In eóque obseruanda differentia est, quæ a Paulo traditur in *dict. leg. videamus* 38. *§. si actionem iunct. dict.* §. 1. *infr. de vsur.* inter condictionem, per quam repeto id quod meum fuit, & illam, per quam peto id quod nunquam meum fuerit, vt si fundum mihi dari petam condictione certi ex stipulatione, de qua in *leg. si quis certum* 24. *supr. de reb. credit. &* §. 1. *Instit. de verb. oblig.* hoc enim casu fructus non veniunt in condictionem, nisi qui post litem contestatam, acceptúmque iudicium percepti sunt, idque non nisi ex æquitate, si Sabino & Cassio credimus, quos Paulus refert in *dict.* §. *si actionem*, quamuis Papinianus hoc ipsum videatur referre ad strictam iuris rationem illam, quòd quale quid est, cùm petitur tale dari debeat, in *dict. leg.* 2. *eod tit.* cessat enim in hac certi condictione ex stipulatione ratio illa restituendorum fructuum ante litem contestatam perceptorum, quia is qui fundum ex stipulatione dare debuit, fructus ex re sua percepit, non ex mea, ideóque suos fecit, nec illos ego percepissem, quamuis non percepisset ipse, nisi eos demum, quos ei contigerit percipere post litem contestatam, qui causæ appellatione continentur *d. l.* 2. *& d. l. præterea* 20 *supr. de rei vindic.* nisi dies stipulationi adiectus sit, quo casu fructus post diem percepti veniunt in condictionem, iure saltem eius quod interest, si per promissorem steterit, quominùs eo die fundus præstitus sit *l. si fundum certo die* 114. *infr. de verb. oblig.* At in condictione rei quæ fuit aliquando mea, indistinctè veniunt fructus, & ex mero iuris rigore, vt dixi, non ex æquitate: nec enim æquitas & officium iudicis ad ea extendi potest, quæ ante acceptum iudicium contigerunt, nisi nominatim ei fuerint iniuncta, vel saltem per generalem clausulam, *ex fide bona*, quæ in bonæ fidei iudiciis omnibus addi solebat *l. Ædiles* 25. §. *item sciendum est infr de ædilit. edict.* & ex qua peti ratio debet, cur in bonæ fidei iudiciis fructus veniant, adeóque vsuræ, non à die tantùm litis contestatæ, sed etiam ex die moræ *l. mora* 32. §. *in bonæ fidei l. vsuræ* 34. *l. & in contraria* 37. *& d. l. videamus* 38. §. *ex causa & §. penult. de vsur.* Hæc verò Accursius noster non satis benè intellexit, qui actiones istas omnes videtur confundere, quantum ad fructuum restitutionem, id est, condictiones, quæ sunt repetitiones cum iis quæ sunt petitiones, & vtrasque cum actionibus bonæ fidei, quasi in omnibus veniant fructus eodem modo: quod ex iis quæ diximus, apparet euidenter falsum esse: nam in condictionibus eius rei, quæ aliquando fuit actoris, fructus omnes veniunt, etiam qui ante litem contestatam, adeóque ante moram vllam percepti sunt, vt constat ex hoc §. *& l. cùm quis* 12. *infr.*

BIU Cujas

12. *infr. hoc tit. l. indebiti* 15. *infr. de condict. indeb. d. l. videamus* 38. §. 1. *de vsur.* In iis verò condictionibus per quas petimus id, quod nostrum numquam fuit, fructus quidem veniunt, sed ij tantùm, qui post acceptum iudicium percepti sunt *d. §. si actionem d. l. 2. de vsur. d. l. cùm fundus* 31. *in princ. sup. de reb. credit.* at in bonæ fidei iudiciis fructus veniunt, etiam qui ante litem contestatam percepti sunt, sed tamen non omnes, at illi soli, qui post moram percepti sunt *d. l. mora §. in bonæ fidei d. l. vsuræ* 34. *d. l. & in contraria* 37. *de vsurp.* quomodo accipi debet quod de fructibus ex iudiciis bonæ fidei omnimodo præstandis indistinctè scriptum est in *d. l. videamus* 38. §. *ex causa & §. pen. eod. tit.* nec enim ex bona fide & æquitate est, vt illius quoque temporis fructus præstentur, quo mora nulla cõtracta sit, satisq; est, quod in iis solis moræ ratio habeatur, & in vltimis voluntatibus *l.* 3. *C. in quib. caus. non est necess. in integr. restit. l.* 3. *in princ. de vsur. l. si quis seruo* 84. *l. Titia Seio* 87. §. *vsuras de legat.* 2. non etiam in stricti iuris contractibus & iudiciis. Sunt ergo deterioris hac parte condicionis iudicia bonæ fidei, quàm condictiones, per quas repetimus id, quod nostrum aliquando fuit: sed vicissim sunt melioris in hoc, quòd non modò fructuum, sed etiam vsurarum additamentum ex eodem moræ tempore recipiunt *d. §. in bonæ fidei d. l.* 3. *Cod. in quibus caus.* quod in condictionibus etiam fauorabilioribus secus est *l.* 1. *Cod. de condict. indeb. l. quoties* 4. *Cod. de condict. ob turp. caus.* nempe qui vsuræ sunt accessiones ciuiles, non naturales, nec certum est eas perceptutum fuisse illum, qui pecuniam condicit, quia non natura, sed iure percipiuntur *l. si nauis* 62. *sup. de rei vindic.* id est, non ex ipsa pecunia, quæ sui natura sterilis est, sed ex negotiatione, id est, ex stipulatione, sine qua nec deberi possunt *l.* 3. *C. de vsur. l. Titius* 24. *infr. de præscr. verb.* sicut & precium rei venditæ non ex ipsa re vendita percipitur, sed ex venditione & negotiatione *l. venditor* 21. *de hered. vel act. vendit.* Is porrò qui pecuniam condicit quæ sua fuit, licèt potuerit ex ea negotiari si habuisset, & vsuras stipulari, poterat tamen etiam non negotiari, nec stipulari. Denique sufficit non fuisse vsuras in stipulationem deductas, vt nullomodo debeantur *d. l.* 3. *Cod. de vsur.* quamuis in accessionibus frumenti, hordei, olei, & aliarum huiusmodi mercium aliud sit, vt etiam ex pacto nudo dum incontinenti appositio deberi possint *l. frumenti* 17. *eod. tit.* propter incertam earum rerum æstimationem, quæ per tempora variatur *l. oleo* 23. *eod. tit.* Nec tantùm hac parte alia ratio est fructuum, alia vsurarum, sed & in eo, vt cætera taceam, quòd in iudiciis strictis fructus quidem veniunt post litem contestatam *d. §. si actionem* at vsuræ non veniunt ob eandem rationem, quam proximè attulimus, quamuis eæ, quæ ante litem contestatam deberi ex stipulatione cœperunt, non desinant currere lite contestata, nec earum cursus interrumpatur per eam nouationem necessariam, quam litis contestatio inducit. Quæ sententia & ratio est *l. lite contestata* 35. *infr eod. ill. tit. de vsur. iunct. leg. delegare* 11. §. 1. *l. aliam* 29. *inf. de nou.* non enim sicut vsuræ vicem fructuum obtinent *d. leg. vsuræ*, ita è conuerso fructus vicem vsurarum. Illud autem circa legis huius interpretationem obseruatione dignum est, quod ait *d. l. videamus* 38. §. 1. *eod. tit. in versic. sed etsi* etiamsi per mulierem steterit, quominus nuptiæ contrahantur, magis tamen esse, vt illa fructus recipere debeat: eiusque sententiæ ratio statim subiicitur in hæc verba, *Ratio autem hæc est, quòd si sponsus non cõueniebatur restituere fructus, licuerat ei negligere fundum.* Quæ tamẽ ratio mihi videtur planè inepta & malè cõcinnata: inepta quidẽ, quoniã nõ probat reddẽdos esse mulieri fructꝰ eo quoq; casu, quo per mulierẽ steterit, ne nuptiæ sequerẽtur, quod tamen maximè pbandũ erat, cùm in toto iure ciuili in prę iudiciũ eius per quem stat, ne quid fiat, pro facto id haberi debeat, tum quoque cum faciendi condicio expressa est, quanto magis si non sit nisi tacita? *l. iure ciuili* 24. *de condic. & demonstr. l. Iulius Paulus* 81. *in fin. eod. tit. l. in iure ciuili* 161. *de regul. iur.* Quamquam responderi potest quod rationis loco addendum erat, non fuisse metu dotis amittendæ, quæ nũquam dos fuisset, constringẽdam libertatem matrimoniorum contrahendorum, quæ sicut inter inuitos non contrahuntur *l. si patre cogente* 22. *de rit. nupt.* ita nec legitimè cõtracta inter inuitos olim retinebantur, cùm æquè libera essent diuortia, ac multo magis repudia *l.* 2. §. 1. *& 2. & pass. de diuort. & repud. l. si sponsalibus* 38. *in princip. de iur. dot.* alioqui mulier, quæ etiam sine causa sponsalibus renunciasset, maneret indotata, atque ita alij nubere prohiberetur, quod non tantum à ratione & æquitate, sed etiam à publica vtilitate alienum esset *l.* 2. *eod. l.* 1. *solut. matrim. l. interest* 28. *de reb. author. iudic. possid. aliàs l.* 3. *de priuileg. credit.* Malè autem concinnata est, vt dixi, ratio supradicta, propter insulsam temporum & verborum compositionem: sic enim concipi potius debuerat, *quòd si sponsus non conueniretur ad restitutionem fructuum liceret ei fundum negligere*, non quomodo concepta est per verba illa *conueniebatur & licuerat* Nec rursus Latina videri potest illa locutio, *conueniebatur restituere fructus*, pro eo quod prudentes & bonæ Latinitatis authores dicerent, *ad restitutionem fructuum*, éstque hîc purus græcismus Triboniano Græco homini, & in Latina lingua peregrino familiaris, sicut & illa temporum immutatio, vt ex tot Iustiniani constitutionibus, quas ille Latino sermone conscripsit, videri potest: nec alius error vllus est, qui facilius excidat cuilibet in aliena lingua, in qua non satis bene sit versatus, siue loquenti, siue scribenti: Triboniano autem tanto facilius, quòd ille non tam dotibus, quàm mulieribus fauere impensius, & plus æquo volens, maluit nouam & stultam rationem perquirere, quæ solo mulierum fauore niteretur, quàm ex iure communi eam sumere, quæ condictionibus omnibus conueniret. Nam si bona ratio esset extra causam & fauorem mulieris, faceret vtique vt in cæteris quoque personis idem dicendum esset, vt condictione ob causam dati causa non secuta, fructus consequi deberet is quoque, per quem factum fuisset, ne causa secuta esset: quod probabiliter defendi certè nullomodo potest *d. l. in iure ciuili* 161. *in fin. de regul. iuris.* Debuit igitur ratio specialitatis sumi ex fauore dotium & libertate matrimoniorum ac repudiorum, vt diximus. Nec rursum video, qua ratione verendum sit, ne maritus negligat fundum tanquam certus de fructibus non restituendis, quandiu incertus est, an matrimonium futurum sit, cùm potius credere debeat futurum, qui certus est, per se nihil factum iri, quominus matrimonium sequatur, quo secuto esset ille ipse pœnas suæ negligentiæ luiturus, & fundum dotalem incultum, tantóque deteriorem factum habiturus. Quinimò si ius ita esset, vt sponsus conuentus condictione fundi ob nuptias dati, quæ secutæ non essent, nullos tamen fructus reddere teneretur, hoc ipso excitari deberet ad fundum tanto diligentiùs.

BIU Cujas

excolendum, vt tãto vberiores fructus interim perciperet, quos sciret nullo se casu restituturum. Quẽadmodum è contrario quoties fructus restituendi sunt, nihil prodest possessori, quòd per suam negligentiam vel nullos, vel minores perceperit, cùm in quęstione fructuũ generaliter animaduertẽdum sit, non an malę fidei possessor fruitus sit, sed an petitor fuerit fruiturus, si ei possidere licuisset, vt scriptum est in *d.l.si nauis 62.in fi.de rei vindic.* Hic autem de quo agimus, qui rem quæ mea fuit, possidet, siue ex iniusta causa, siue nõ ex iusta, siue ex causa iusta quidem & honesta, sed quæ vel non secuta, vel finita sit, aut denique sine causa, plus quàm malæ fidei possessor est, quamuis sit dominus, cùm etiam malæ fidei, vt ita dixerim, dominus sit *l.1.l.perpetuo 6.inf. tit.1. l.1.de cond.sin.caus. l.rerum quidem 25.infr.Rer.amot.* non enim caret dolo *l.2.§.circa infr.de doli mali except.*

a *Idem iuris est de ancilla & partu eius.* RAT. DVB. Partus non est in fructu, cùm fructus omnes rerum natura hominum gratia comparauerit *l. vetus fuit quæstio 68.supr. de vsufr.l.in pecudum 28.inf. de vsur.* Ergo quamuis non secutis nuptiis fundus, qui dotis nomine datus fuerat, condici possit, simul cum fructibus, qui ex eo percepti sunt, aut percipi potuerunt: aliud tamen iuris esse videtur, si ancilla in dotem data sit, vt quamuis ea condici possit, partus nihilominus in condictionem non veniat, qui nec traditus fuit, sed apud nouum dominum editus. DEC. Partus licèt non sit in fructu, attamen perinde ac fructus accessio naturalis est, ideóque ratio eadem locum habet, quam in fructibus vsurpauimus, vt perinde ac fructus restituendus sit priori domino, licet non perinde ac cæteri fructus acquiratur bonæ fidei possessori: est enim amplior & fauorabilior restitutio fructuum, quàm acquisitio, & partus quamuis fructuum appellatione non contineatur, nomine tamen & appellatione causæ continetur *d. l.2.de vsur.l prætereà 20.supr.de rei vind.* quia editus fuisset partus apud pristinum dominum, si non fuisset traditus ei qui nunc condicitur.

8. NERATIVS libro 2. Membranarum.

QVod Seruius in libro de dotibus scripsit, si inter eas personas, quarum altera nondum iustam ætatem habeat, nuptiæ factæ sint, quod dotis nomine interim datum sit, repeti posse, sic intelligendum est: vt, si diuortium interceſſerit priùs, quàm vtraque persona iustam ætatem habeat, sit eius pecuniæ repetitio: donec autem in eodem habitu matrimonij permaneant, non magis id repeti possit, quàm quod sponsa sponso datis nomine dederit, donec maneat inter eos adfinitas. quod enim ex ea causa, nondum coito matrimonio, datur: cùm sic detur, tam quam in dotem peruenturum: quamdiu peruenire potest [a], repetitio eius non est.

Ad l. Quod Seruius 8.

RAT. DVB. Certum est nuptias non consistere inter eas personas, quarum altera nondum nubilem ætatem habeat, non magis quàm si neutra ex iis esset legitimæ ætatis, masculus sc. annorum quatuordecim, fœmina verò annorum duodecim, *Inst. de nupt.in princ.* Atqui nõ potest dos esse sine nuptiis *l.3.inf. de iur.dot.* Ergo generaliter verum est, quod Seruius in libro de dotibus scripserat, si inter eas personas, quarum altera nondum iustam ætatem habeat, nuptiæ factæ sint, id quod dotis nomine datum est, interim repeti posse, & quidem condictione ob causam dati causa non secuta, cùm negari non possit, ideo datam esse pecuniam, vt dotis statim fieret, non vt quandoque posteà in causam dotis perueniret. In quo differt proculdubio hic casus ab eo quem Neratius quasi similem adfert, de eo quod à sponsa datum est sponso dotis nomine. Hoc enim casu, cùm id quod ex causa dotis datur nondum coito matrimonio, sic detur tãquam in dotem aliquando peruenturum, meritò placuit quandiu peruenire potest, licèt nondum peruenerit, repetitionem eius esse non debere, quia nec alia mente datum est, quàm vt suo tempore peruenire. At cùm ob nuptias iam contractas aliquid datum est, quasi eo ipso instanti, & ab initio futurum dotis, apparet causam ob quam datum est, neque secutam esse, neque sequi vnquam posse: nunquam enim fieri poterit, vt ab initio dos fuisse videatur, nec si in eodem habitu matrimonij legitimam ætatem ambo compleant. Quidni ergo interim locus erit huic condictioni ob causam dati causa non secuta? Idque Seruium sensisse valde probabile est, neque interpretationem & distinctionem Neratij admissurum fuisse, si de ea interrogatus fuisset, vt constat ex dictione *interim* quæ ostendit intellexisse Seruiũ de eo casu, quo spes adhuc aliqua subesset futuri matrimonij, non quo diuortium siue de iure, siue de facto, vt Accursius loquitur, interceſſisset, priusquam vtraque persona iustam ætatem compleuisset. Etsi non ignoro dictionem illam *interim* nõ tam ad repetitionem, quàm ad dotis dationem referri oportere: sic enim lex habet *quod dotis nomine interim datum est repeti posse*, non autem ita *quod dotis nomine datum est repeti interim posse.* Sed tamen quis credat, sic Seruium sensisse, vt quod interim, id est, ante completam nubilem ætatem datum est dotis nomine, repeti possit interim quoque, sed post diuortium tamen quod secutum sit, priusquàm nubilis ætas illa compleretur? præsertim cùm sit præposterum, vt diuortium sit, vbi nullæ sunt veræ nuptiæ *l.inter stuprum 101.§.diuortium l.inter diuortium 191. de verb. significat.* Qua de causa solent nostri, post Accursium, dictionem hanc *diuortium* in hoc loco accipere pro repudio, ponúntque sponsalia etiam in casu Seruij præceſſisse: quod tamen neque ipsius verbis conuenit, neque sequenti clausulæ, in qua tractatur de eo quod à sponso datum sit sponsæ dotis nomine. Nec sanè quicquam prohibet, nullis etiam præcedentibus sponsalibus nuptias contrahi, & quidem

BIU Cujas

& quidem legitimas inter eas personas, quæ sint illegitimæ ætatis: illegitimas verò si alterutra persona contrahentium legitimam ætatem nondum compleuerit. Et alia quæstio est, an illegitimæ & festinatæ nuptiæ inter eos contractæ, qui sponsalia iustè contrahere potuerunt, sponsaliorum saltem vim habeant: quod etsi plerique putant ex *cap. 1. de desponſ. impub. in 6.* ad hanc tamen legem nil pertinet, in qua tractatur de pecunia data ob causam nuptiarum, non sponsaliorum: quæ causa non potest videri secuta, quandiu secutum non est verum, iustúmque matrimonium, nec sufficit durare spem matrimonij, nisi cùm data est dos sponsaliorum tempore, intuitu & cogitatione futurarum nuptiarum, quæ sequi adhuc possunt, non autem cùm dos data est propter nuptias quasi iam legitimè contractas, quæ tamen non valuerunt: nam eo casu nihil fit cõtra mentem contrahentium, etiamsi repetitio interim inhibeatur, nisi expressim renuncietur sponsalibus. Sed pro interpretatione Neratij illa decidendi ratio adferri potest, quod tum quoque cùm sponsalia nulla præcesserunt inter personas minoris ætatis, & cœptum est à nuptiis illegitimis, spes tamen probabilis est futuri matrimonij, si mulier apud virum compleuerit annum duodecimum, neque nouo vllo consensu opus est ad nouum matrimonium contrahendum *l. minorem 4. inf. de rit. nupt.* adeò vt perfici hoc casu videatur matrimonium, quod antè fuerat inchoatum, non autem conualescere, quasi quod antea irritum fuisset: fuit enim potius in suspenso, quousque legitima ætas compleretur: alioqui non posset dotis datio conualescere, cuius condicio tacita semel defecisset *l. & licèt 22. infr. de iur. dot.* Cùm ergo possit matrimonium perfici ac legitimum fieri ex sola ætate legitima superueniente, nullo hominis, sed naturæ tantùm facto interueniente, vt in *l. filius 28. § filiusfamilias in fin. in fr. de liber. & posthum.* consequens omnino est, vt interim non minùs inhibenda sit repetitio eius, quod in dotem datum est, quàm si à sponsa sponso datum esset, quandoquidem sponsalibus solis præcedentibus nouum consensum sequi necesse est, vt fiat matrimonium: qui tamen non æquè necessarius est, nec noua ductio in domum viri, cùm puella præmaturè nupta duodecim annos apud virum compleuit. Est igitur bona horum casuum comparatio, quod pertinet ad inhibendam interim dotis repetitionẽ, quandiu spes est, peruenturam pecuniam in causam dotis. Quamuis enim cùm cœptum est à nuptiis id actum videatur, vt iam tum & ab initio pecunia dotis fieret, quod nec factum est, nec fieri potuit, attamen sicuti matrimonium ab initio imperfectum fit ex postfacto perfectum solo cursu temporis, ita & dos quæ ab initio dos esse non potuit ex euentu iam tum dos fuisse intelligitur, cùm matrimonij causam concomitetur, nec vlla noua dotis datione indigeat, sed tam citò vera dos esse incipiat, quàm matrimonium est. Aliud dici oporteret, si noua datio dotis esset necessaria: quæ enim prius data fuisset absolutè repeti interim posset. Vtcunque sit, non puto interpretationem hanc siue Neratij sit, siue quod facilè crederem, Triboniani fauentis more suo dotibus, aut potius mulieribus, ne mulier tum quoque cùm adhuc nupta non est, sit tamen indotata, menti Seruij eiúsque sensui conuenire. Nam præter id quod iam disputauimus, absurdum esse, vt de diuortio tractetur antequàm perfectum sit matrimonium, esset hæc Seruij sententia de casu prorsus indubitabili: cùm etiamsi verum matrimonium, veræque dotis datio præcessisset, dotem tamen secuto vero diuortio reddi oporteret: nisi fortè quis tam stultus sit, vt suspicetur maiorem vim esse nuptiarum imperfectarum, quàm perfectarum ad retinendam dotem, quod esset ridiculum. Non nego tamen Seruij sententiam duram esse, nec audiri debere puellam minorem annis duodecim quæ præmaturè nupsit, & dotem dedit, si pœniteat eam dotis datæ, nec tamen pœniteat festinati matrimonij: quandiu enim in eodem habitu matrimonij permanet, nulla ratio est, vt quæ adhuc nupta esse vult, dotem repetat, si sicuti nec quod sponsa sponso dotis nomine dederit, repeti interim potest, quandiu manet inter eos adfinitas, scilicet sponsalia, quæ tamen non tam adfinitas verè est, quàm principium quoddam adfinitatis per futurum matrimonium contrahendæ non inter virum & vxorem, sed inter vtriusque cognationes *l. non facilè 4. § sed quoniam infr. de gradib. & adfin.* Quæ dubitandi ratio erat ad *l. non ideo 5. C. de hered. inſtit.* Vt proinde tam impropriè adfinitatem hanc dixerit hîc Neratius aut Tribonianus, quàm in præcedentibus *diuortium* non pro repudio, cùm nec vlla præcessissent sponsalia, sed pro nuda præmaturè contracti matrimonij pœnitentia, qua interueniente, & muliere domum viri deserente, nullis etiam aut repudij, aut diuortij formulis vsurpatis, dubitandum non est, quin eius quod dotis nomine datum fuerat, condictio competat. Est enim hic contractus non dotis, qui non potest fieri sine vero matrimonio, sed innominatus, in quo proinde locus est pœnitentiæ ex parte illius qui dedit, quousque transeat in verum perfectúmque matrimonium *l. si pecuniam 5. sup. hoc tit.* cum qua proinde non pugnat hæc lex, sed consentit potius, vt nec sit necesse dicere cum Accursio & Bartolo præcessisse sponsalia, quod in casu Seruij falsum planè est. Sed cùm dos hæc data sit ex causa quasi præsentis & validi iam matrimonij, non potest diuidi pœnitentia, vt puellam, aut eum qui pro puella dotem dedit, pœniteat quidem dotis datæ, sed non tamen festinatarum nuptiarum, ita vt in eodem habitu matrimonij permaneat. Et hoc nimirum est, quod ad Seruium annotare Neratius voluit. Planè sponsalibus contractis, quæ, vt nomen ipsum ostendit, non nisi per mutuam sponsionem solemnémque stipulationem contrahi possunt, cùm sit contractus nominatus, certum est nihil facere nudam pœnitentiam, sed repudij solemnitatem esse necessariam de qua in *l. 2. de diuort. & repud.* Simile quid à Papiniano factum obseruaui in *l. 3. in princip. infr. de vsur.* vbi constitutionem Imperatoris Antonini de nullis vsuris intra iudicati tempora præstandis, cùm dura nimis videretur, nec tamen authoritatem eius auderet vel posset infringere, sic tamen restringit per interpretationem, vt non alio casu locum habere possit, quàm si debitoris mora nulla sententiam præcesserit, quod tamen fateur ille vix vnquam posse contingere, nisi vno illo casu quem adfert, quo Falcidia interuenerit, de quo scripsimus *libro 7. Coniectur. cap. 1.* Idem præstat hîc Neratius ad Seruium summæ authoritatis Iureconsultum, vt quia sententiam ipsius duram improbare non audet, eam saltem interpretatione sua, quamuis parum probabili, leniat ac temperet.

a *Quandiu peruenire potest.* RAT. DVB. Potest fieri vt etiam misso post sponsalia repudio, adeóque fa-

cto, quantum fieri potest, ante contractas verè nuptias diuortio, eædem personę rursus coeant in matrimonium, quo etiam casu dos quę in prius matrimonium data fuerat, in posterius conuersa intelligitur *l.dotem 30.infr.de iur. dot.* Ergo si sufficit, vt pecunia quæ dotis nomine data est, siue à puella præmaturè nupta, siue à sponsa sponso, peruenire in dotem quandoque possit, consequens erit, vt nullo casu possit repeti, quandiu eædem personæ viuent, nec si mediæ aliæ interceserint nuptię, vt in *l si sponsalibus 58. in princip. eod. tit.* quod tamen euidenter falsum est, vt hæc ipsa lex probat, & *d. l. & licèt 22. eod.tit.de iur. dot.* DEC. Etsi verbum *potest* sui natura sit extensiuum in futurum tempus quodlibet, & ad omnem casum possibilem, vt Bartolus loquitur ex *l.1.de iniust.rupt. Auth.cui relictum C.de indict. viduit. tollend. l.ita stipulatus 115.in princip. de verb.oblig. l.si ita quis testamento 51.de leg. 2.* quomodo de verbo *volet* scriptum est in *l.1. §.si quis addita & l.filij 6.§.1. infr.ad SC. Tertyll.* cùm tamen restrictum est ad certam causam, non debet eam causam egredi, ne quidem inter easdem personas, multo minus autem ad alias personas extendi debet, sed interpretationem recipere ex vulgari illa clausula, quæ in ipsis quoque conuentionibus omnibus subintelligenda est, *rebus sic stantibus l.continuus 137.§.cùm quis in fi.de verb.obl. l.cùm quis 38.in princip.infr.de solut.* Ergo in proposita specie tandiu cessare debet repetitio pecuniæ in dotem datæ, quandiu ea pecunia in causam dotis peruenire potest ex eo contractu, qui celebratus fuit, siue sponsalia fuerint, siue præmaturæ nuptiæ, non ex alia noua causa extrinsecus superueniente: itaque si renunciatum sit sponsalibus solenniter, vel festinatis nuptiis quoquomodo, incipiet vtique competere dotis repetitio, non tanquam dotis, sed tanquam pecuniæ quæ in causam dotis, nec peruenit adhuc, nec peruenire amplius potest ex priore causa *l.1. C. de instit.& substit. l.vter ex fratribus 23.de condic. instit. l.Titio centum 71.§.Titio genero de condict.& demonstr. d.l si sponsalibus 58. de iur.dot.* Ex quo benè infert Bartolus; quoties quis renunciat omni iuri, quod in aliqua re habet, vel habere potest, aut posset, debere renunciationem intelligi *rebus sic se habentibus*, id est, de iure quod sit præsens, & iam natum vel re, vel spe, non de illo etiam, quod postea ex noua causa superuenire possit, quomodo nec statuliberum dicimus omnem seruum, qui ex quacunque causa possit in futurum consequi libertatem, [essent enim hoc sensu serui omnes dicendi statuliberi] sed eum solum cui libertas iam data sit in diem, vel sub condicione *l.1.& 2.infr. de statulib.* Illud sanè verum est, quod ex hac lege notat Accursius, quoties aliquid in pendenti est, exspectandum interim esse, quousque certum esse incipiat, vel factum id esse, vel fieri amplius non posse ex *d.l si sponsalibus l.dotis fructum 7.§.vlt.l.si debitor 80.iunct.l. si is qui 56. §. vlt. inf. de iur. dot. l.non omnis 19.l.pecuniam 36.supr. de reb. credit. l. de hereditate 19. §. paterfamilias infr. de castrens. pecul. l. quædam 15. de reb.dub.l.qui res 98.in princip.& §.1.de solut.* Item quod addit Bartolus speciale esse fauore matrimonij, vt qui puellæ nomine pecuniam, aut aliam rem dedit futuro marito, non possit ex pœnitentia repetere quandiu spes est futuri matrimonij, ne contingat ea ratione matrimonium impediri ex *l. si ego 9. in prin. & §.1.inf.de iur.dot.* Quod & nos scripsimus ad *l.prox. in prin. sup.*

9. PAVLVS libro 17. ad Plautium.

SI donaturus mulieri, iussu eius, sponso numeraui, nec nuptiæ secutæ sunt: id mulier condicet. Sed si ego contraxi cum sponso [a], & pecuniam in hoc dedi, vt, si nuptiæ secutæ essent, mulieri dos adquireretur, si non essent secutæ, mihi redderetur: quasi ob rem datur: &, re non secuta, ego à sponso condicam.

Ad l. Si donaturus 9.

RAT. DVB. Cùm quid datum fuit ob causam, quæ secuta non est, condictio ei competit qui dedit: nam & condictio hæc nihil aliud est, quàm repetitio, vt diximus ad §.1. *l.qui se debere 7.supr.* Repetere autem is demum potest qui soluit. Atqui pecunia quam ponimus sponso numeratam esse, non à muliere numerata est, sed à donatore, quamuis iussu mulieris, vt lex ponit. Ergo mulieri danda condictio non est, sed donatori, si nuptiæ secutæ non sint. DEC. Quod quis donaturus mulieri iussu eius sponso numerauit, non tam à donatore ipso, quàm à muliere datum videtur, ad quam pecunia ex donatione pertinet: celeritate enim coniungendarum actionum vna occultatur *l.3. §. sed si debitorem infr.de donat.int.vir.& vxor. l. singularia 15. supr. si cert. pet.l.vt mihi 21.§.1.inf. de donat.* condictio igitur mulieri danda est, non donatori *dict. l. qui se debere versi. sed si cùm sciret.* nec nouum est vt alius soluat, alius repetat *l.nec nouum est 5.cum duab.præced.infr.de condict. indeb.* vbi dicemus, neque pugnat *d.l.7. vers.sin autem sup.* vt ibi scripsimus.

a *Sed si ego contraxi cum sponso.* RAT. DVB. Quoties quis cum sponso contrahit, & pecuniam ei dat in hoc, vt si nuptiæ sequantur, mulieri dos acquiratur, negari non potest, quin dos mulieri donata videatur, non minus quàm in superiore casu. Ergo perinde dicendum est, non secutis nuptiis dandam esse condictionem mulieri, non ei, qui pecuniam dedit. DEC. Conuentio facta in vnum casum, porrigi ad alium casum contrarium & contradictorium nunquam potest, etiamsi esset casus ille omissus *l.si dotem 22.in princip.inf. de solut. matr.* multo minus si in casum illum contrarium alia pactio facta esset, in fauorem præsertim donatoris, cuius liberalitas nec ei captiosa esse debet, cùm donatio, si contractus est, non bonæ fidei contractus sit, sed stricti iuris *l. eum qui 22.infr.de donat.* atqui ponimus eum qui pecuniam dedit, ita cum sponso contraxisse, vt si quidem nuptię secutæ essent, mulieri dos acquireretur, si verò secutæ non essent ipsi redderetur. Consequens igitur est, vt in eum casum quo nuptiæ secutæ non sint, mulier non sit donataria, ac proinde, vt non mulieri condictio danda sit, sed ei qui cum sponso contraxit, cùm in eum casum expressa conuentione sibi prospexerit, quæ etiamsi tam expressa non esset, sufficeret tamen meo iudicio, pars illa conuentionis qua cautum est, vt si nuptiæ secutæ essent,

BIU Cujas

tæ essent, mulieri dos acquireretur, bona enim consecutio est, vt eo igitur casu quo nuptiæ secutæ non sint, reddenda sit dos alij quàm mulieri *arg. leg. inter socerum 26. §. cùm inter de pact. dotal.* Cui verò alij, quã ei ipsi dedit? negotium enim contractum est inter eum & sponsum, vt loquitur *l. 2. inf. de cond. indebit & leg. iuris gentium 7. §. 1. supr. de pact.* quod Paulus noster exprimit his verbis *quasi ob rem datur* ex quo negotio sequitur dandam esse ciuilem actionem; id est, condictionem ei qui dedit, etiamsi nulla specialis pactio de eo facta sit, alioquin erit quæstio de indubitabili, si quæras, an habere debeat condictionem non secutis nuptiis ille, qui dedit ea lege expressim adiecta, vt si nuptiæ secutæ non essent, dos illi ipsi qui dedit, redderetur. Qua de causa putabam aliquando, quod etiamnum videtur mihi probabile, interpolata esse verba illa *si non essent secutæ, mihi redderetur*, & ex glossa interpretis alicuius in textum inuecta, non ob id tantùm quòd non soleat Paulus de iure tam aperto respondere, sed etiam, quia sic inita conuentione non competeret condictio ob causam dati causa non secuta, sed condictio certi siue ex stipulatione si interposita esset stipulatio, siue ex contractu incerto & innominato si non esset interposita *leg. certi condictio 9. leg. si quis certum 24. supr. de rebus credit.* ad repetendam ex conuentione pecuniam ea lege datam. Nunquam enim condictiones istæ concurrunt cum aliis specialioribus ex conuentione expressa descendentibus, tanquam quæ subsidiariæ sint, & à iure ciuili, aliis omnibus deficientibus comparatæ, ne iniquitas illa occurrat, vt quis ex aliena iactura locupletetur, quomodo alioqui locupletaretur. Et certè verba Pauli dantis condictionem ei qui numerauit pecuniam non secutis postea nuptiis, ostendunt non illa ratione eum moueri, quòd ita conuenisset nominatim, sed quia ob rem datum esset, quæ secuta non fuisset, vt & in *l. si ego 9. in princip. infr. de iur. dot.* Cætera quæ ad huius loci interpretationem adferri possent, pete ex iis, quæ scripsimus ad *leg. si extraneus 6. & ad leg. qui se debere septim. in princip. suprà.*

1 ¶ Si quis indebitam pecuniam per errorem, iussu mulieris, sponso eius promisisset, & nuptiæ secutæ fuissent: exceptione doli mali vti non potest. maritus enim suum negotium gerit, & nihil dolo facit, nec decipiendus est. quod fit, si cogatur indotatam vxorem habere. Itaque aduersus mulierem condictio ei competit: vt aut repetat ab ea, quod marito dedit: aut vt liberetur, si nondum soluerit. Sed si soluto matrimonio [a] maritus peteret: in eo duntaxat exceptionem obstare debere, quòd mulier receptura esset.

Ad §. 1. Si quis indebitam.

RAT. DVB. Sponsus, cui mulier delegauit dotis nomine, quasi debitorem eum qui debitor non erat, plus iuris contra eum habere non potest, quàm ipsa mulier, cùm secundus creditor cui delegatio facta est, non plus iuris habere debeat, quàm is qui delegauit *vulg. l. nemo plus iuris 54. de reg. iur.* nisi quod habet hunc promissorem ex propria sua promissione obligatum: quæ res facit equidem, vt cõtra eum habeat summo iure actionem, sed quam tamen æquum sit repelli exceptione doli mali, quia licèt ab initio nihil dolo malo fecerit, cùm dotem ab eo stipulatus est, tanquam à mulieris debitore, nunc tamen dolo facit, qui perseuerat ex ea stipulatione agere cõtra eum, qui se probet nihil mulieri debuisse, atque ita contractam esse obligationem ex falsa causa *l. 2. §. circa infr. de doli mal. except.* Necest, quod quis obiiciat, promissorem hunc postquam soluerit sponso tantundem à muliere repetiturum, atque ita indemnitatem consecuturum, interest namque ipsius non soluere, potius quàm solutum repetere *l. 3. de compensat. leg. si stipulatus 15. in princip. de fideiuss.* Permittendum igitur est, vt se doli exceptione tueatur, vt & in specie *l. 2. §. aliud iuris est infr. de donat. l. Iulianus ait 7. inf. de doli mal. except.*

DEC. Exceptio doli contra eos comparata est, qui per occasionem iuris ciuilis lucrum captant ex damno alieno *l. 1. §. 1. eod. ill. titul.* Atqui sponsus hic, idémque maritus (ponimus enim secutas esse nuptias) non captat lucrum ex damno alieno: nec. n. causa dotis lucratiua est, sed onerosa, cùm deseruiat onerib. matrimonij ad maritum pertinentibus *l. ex promissione 19. infr. de oblig. & action. l. dotis fructum 7. in princ. de iur. dot. l. pro oneribus 20. C. eod. l. vlt. §. . infr quæ in fraud. credit. l. 1. Cod. de impon. lucrat. descript. lib. 10.* nec proinde mulieris negotium gerit, cùm petit dotem, sed suum. itaque nihil dolo facit propter quod doli exceptione repelli debeat, tantũ nque abest, vt quemquam decipiat, vt deciperetur potius si exigere prohiberetur, atque ita vxorem aut omnino indotatam, aut minus dotatam habere cogeretur, quam neque nulla, neque minore dote fuerat ducturus *l. purè 5. §. si eum infr. de doli mal. except.* Et in eo similis est causa patris & extranei *leg. quemadmodum 46. § vlt. de iur. dot. l. apud Celsum 4. §. sed etsi mulier 21. de dol. mal except.* Multóque magis dicendum est, si delegatus debitor mulieri quidem debebat, sed vel doli, vel qua alia exceptione summoueri poterat, non posse exceptionem illam habere locum in persona eius cui debitor delegatus est *l. doli exceptio 19. inf. de nouat.* est enim hic delegatus similis ei qui donat, quoniam exceptionem remittere intelligitur quã sibi competere nõ ignorauit. Quòd si per ignorantiam promiserit creditori, nihilo magis equidé exceptione aduersus creditorem vti poterit, quia ille suum recipit, sed is qui delegauit tenebitur cõdictione vel incerti, si pecunia soluta nondum sit, vel certi si soluta sit, ideóque postquam ipse præstiterit pecuniam, aget etiam mandati iudicio, vt eleganter idem Paulus noster tractat in *leg. si quis delegauerit 12. eod. tit.* Idque est quod in hac lege idé Paulus scribit, aduersus mulierem competere ei condictionem, vt aut repetat ab ea quod marito dedit, condictione scilicet certi, aut vt liberetur si nondum soluerit, condictione nimirum incerti: quomodo accipi etiam debet quod scriptum est in *l. 2. Cod. de*

BIU Cujas

condict.indeb. Nihil ergo interest hac parte, an omnino indebita fuerit pecunia, quam quis iussu mulieris in dotem sponso promisit, an verò debita quidem fuerit ipso iure, sed cuius petitio excludi potuerit per exceptionem doli *l. nihil interest* 112. *de regul.iur.* Vtroque enim casu maritus secutus est, siue per errorem & ignorãtiam, siue sponte quis ei promiserit, nemo enim dolum facit qui suum commodum iure persequitur, inquit Accursius ex *l.* 3. §. 1. *de liber.hom.exhib. l.iniuriarum* 13. §. 1. *de iniur. l.si pupillus* 41. *de acquir.hered. l.pen.* §. *vlt. ad leg.Iul. de vi public. l.delator* 44. *de iur.fisc. l.si duorum* 52. *de action.empt.* Aliud iuris est, si promissio facta sit ei qui lucratiuam causam habeat, puta donationis, non onerosam, vt in *d.l.2.* §. *aliud iuris est & d.l.Iulianus ait* 7. *de donat.* Aliud item si quis non suo nomine, sed quasi tutor puellę & ratione officij dotem ampliorem promiserit, quã cui præstandæ possint facultates puellæ sufficere: excusandus enim est propter necessitatem officij ex *leg.cùm post mortem* 43. §. 1. *versicul. quòd si mulier infra de admin.& peric. tutor.* Quamquam locus ille valde à Triboniano corruptus est, vt docui *libro 6. Coniectur. capite* 18. vbi vide. Iunge *leg.tutorem* 22. *infr. de his quæ vt indign.*

a *Sed si soluto matrimonio.* RAT. DVB. Exceptio doli obstat ei qui petit id quod redditurus est illi ipsi à quo petit, at non etiam ei qui petit id quod restituturus est alij *l. dolo facit* 8. *infr. de doli mal.except. l. in condemnatione* 173. §. *vlt. de reg.iur. l.si socer* 44. §. *Lucius solut.matr.* Atqui cùm soluto matrimonio maritus petit dotem quæ ante contractas nuptias promissa ei fuerat, petit quidem id quod redditurus est, sed mulieri, non ei ipsi à quo petit. Ergo exceptionem doli pati non debet, ne de eo quidẽ quod mulier ex dote receptura est, si fortè conuenerit, quomodo conuenire olim plerũque solebat, vt soluto matrimonio præsertim per diuortium, maritus partem dotis lucraretur, alia verò pars mulieri restitueretur, si mulieris culpa diuortium factum esset, aut etiam citra conuẽtionem propter liberos ex eo matrimonio susceptos retentis in singulos liberos sextis ad dimidiam vsque partem dotis, vt Vlpianus in Fragmentis refert *titul. de dotib.* & nos scripsimus in libris Coniecturarum.

DEC. Maritus exigens dotem soluto matrimonio quam ex parte sibi retinere, & ex parte mulieri restituere debet, partim suum, partim mulieris negotiũ gerit: suum, quatenus ex ea dote retenturus est, mulieris quatenus ei restituturus. Et sicuti quatenus suum negotium gerit, nulla doli exceptione repelli potest, quia nihil dolo facit, nec decipiendus est, vt proximè diximus, ita quatenus mulieris negotium gerit, non est audiendus si pro muliere indebitam pecuniam petat, quam illi ipsi siue statim siue ex interuallo restituere debeat: nullus enim hac parte mariti fauor est, sed in solius mulieris vtilitatem ea res cederet, cui solutum intelligeretur, quicquid ipsi marito solutum esset, vt ei redderetur: quid enim referre potest, an mulier ipsa petat, an alius pro muliere? Repellendus igitur est hoc casu maritus doli mali exceptione, nec adiuuandus eo prętextu, quòd non statim restituere dotem mulieri debeat, sed ex interuallo, id est, annua bima trima die secũdùm ius vetus, iure autem nouo post annum *l. vnic.* §. *exactio C. de rei vxor.act.* Etsi enim ita futurum est, vt priuetur interusurio medij temporis, nihil tamen in eo absurdi est, aut iniqui, cùm id tempus ad restituendam dotem ei datum sit, non tam obligationis iure aliquo, quàm ex mera iuris indulgentia, sicuti de tempore quod iudicatis datur, scriptum est in *l.cùm militi* 16. §. 1. *de compensat. l. vlt. C. de vsur.rei iudic.* nec tam vt lucrum faciat maritus ex interusurio illo medij temporis, quàm ne ex præcipiti solutionis necessitate damnum sentiat: non enim tam facilè pecunia restituenda in numerato est & in expedito *l.si dubitet* 10. *de fideiuss.* nec tam amarè, & vt inter infestos ius restituendæ dotis tractandum est, sed vt inter eos qui aliquando coniuges & maximo affectu coniuncti fuerunt, quomodo de donationibus inter virum & vxorem prohibitis scriptum est in *l.si id quod* 28. §. *si quas de donat.int.vir.& vxor.* Cæterùm nulla fit iniuria marito, etiamsi prohibeatur fructũ vllum ex dote consequi totius illius temporis, quo maritus amplius non est. Quidni ergo doli exceptione repellatur pro ea dotis parte quam mulieri restituere debeat ex interuallo, perinde ac si statim restituere cogeretur? ne alioqui mulier, cui nihil debetur, per mediam mariti personam consequatur quod ex sua consequi nõ posset. Nec quod post factam solutionem succurri posset debitori delegato, data ei aduersus mulierem condictione, vt diximus, æquitatem tollere potest obiiciendæ exceptionis doli, cùm interfit eius qui cùm nihil deberet, delegatus tamen est, tanquam debitor, non soluere potius quàm solutum repetere *leg.3. de compens. l.si stipulatus* 15. *in princip. de fideiuss.* Extra hunc casum non esset repellendus doli exceptione is, qui id peteret quod etiam illi ipsi à quo peteret, restituturus esset ex interuallo, propter commodum scilicet medij temporis, quod actori auferendum non esset, *argu. l.debitor* 82. *de leg.*2. Bartolus more suo distinctionem adfert multiplicem, multásque habẽtem partes, quam tamen pluribus hìc persequi non conuenit, cùm in ea quid verum quidve falsum sit ex iis quæ ad *l.qui se debere* 7. & ad hanc legem scripsimus, intelligi facilè possit.

9. IAVOLENVS lib. 1 ex Plautio.

SI mulier ei, cui nuptura erat, cùm dotem dare vellet, pecuniam, quæ sibi debebatur, acceptam fecit, neque nuptiæ secutæ sunt: rectè ab eo pecunia condicetur: quia nihil interest, vtrum ex numeratione pecunia ad eum sine causa, an per acceptilationem peruenerit.

Ad l. Si mulier 10.

RAT. DVB. Licèt verum sit dotem posse constitui per acceptilationẽ *l. promittendo* 41. §. *accepti quoquelatione infr. de iur.dot.* id tamen ita intelligi debet si nuptiæ secutæ sint, cùm in qualibet dotis constitutione siue per promissionem, siue per traditionem, siue denique per acceptilationem fiat, ea condicio tacitè intelligatur *d. l. promittendo in princ. l.stipulatio-*

BIU Cujas

pulationem 21.& seq.eod.tit. Idque est quod Scæuola dicebat,& Vlpianus probat in *l.licet 43.eod.* acceptilationem matrimonij causa factam non secutis nuptiis nullam esse, ideóque pristinam obligationem perinde saluam & integram remanere ac si nulla acceptilatio facta esset *l.debitor 36.& seq.eod.* Atqui in hac specie in qua ponimus mulierem ei, cui nupturа erat, cùm dotem dare vellet, pecuniam quæ sibi debebatur acceptam fecisse, nõ fuerunt secutæ nuptiæ. Ergo non valuit acceptilatio, nec proinde pecunia condici potest, quæ nec vlla numerata fuit, sed ex pristina obligatione tanquam quæ extincta non sit, agere mulier potest & debet, aut si pristina obligatio extincta esset, agere in id mulier deberet, vt obligatio illa restitueretur, nec tam condicere pecuniam quæ data non est, quàm liberationem ex *l.4.supr.hoc tit.* quam ita intelligere nostri solent.

Dec. In arbitrio mulieris est quæ debitori suo acceptam fecit dotis causa pecuniam, vt dicat nullam esse acceptilationem, agátque si malit ex prima obligatione, ac si nulla acceptilatio interuenisset *d. l.licet & d.l. debitor & seq.* Sed tamen si non secutis quoq; nuptiis malit ratam facere acceptilationem, non est prohibenda: nec querelæ occasionem vllam habet debitor, qui ex causa conuenitur in qua ipse se constituit, stipulando acceptilationem, & quam mutare ipse non potest ni mulier velit *arg.l. si index 41.in fin.supr.de minor.* Porrò satis ratam habet mulier acceptilationem, cùm pecuniam, quam acceptam fecit, mauult condicere, quàm ex pristina obligatione petere: condictio enim præsupponit validitatem acceptilationis, vt & alterius cuiusl bet actus ex quo condictio nascatur *l.g si non sortem 26. §.si centum l.cùm is 32.§.1.infr. de cond.indebit. iunct. l. 3. §.falsus procurator l.si sine iudice 22.l.vlt.§.1.infr.rat.rem. haber.* Permittendum igitur ei est, vt possit hoc casu pecuniam cõdicere, non liberationem, tametsi pecuniam nullam dederit, quia vt Iauolenus hîc scribit, nihil interest vtrum ex numeratione pecunia ad debitorem, an per acceptilationem peruenerit, nec alius Vlpiani sensus est in *d.l. 4.sup.hoc tit.* vt ad eam docuimus. Neque est quod cum Accursio & Bartolo dicas, fuisse hîc debitum præsens & liquidum, ibi verò in diem vel sub condicione, nec rursus, vt cum Bartolo comminiscaris actum hîc fuisse, vt acceptilatio non haberet tacitam illam condicionem, si nuptiæ sequerentur: sed nodus hic, quem dissoluere illi non potuerunt, eo quo diximus modo dissoluendus est. Benè autem Iauolenus hîc æquiparat acceptilationem numerationi, cùm acceptilatio vim solutionis habeat, & nihil aliud quàm solutio imaginaria sit §.1. *Instit.quibus mod.tollit.obl.l.penul. infr. de solut.* Sic & præstari & peti intelligitur æquipollenter, quod compensatur, inquit Accursius ex *l.si filiofamilias 25.in pr infr.solut.matrimon.l.amplius non peti 15.infr.rat.rem haber.*

10. Ivlianvs libro 11. Digestorum.

Si hæres arbitratu liberti certa summa monumentum iussus facere, dederit liberto pecuniam, & is accepta pecunia monumentum non faciat: condictione tenetur.

Ad l.Si heres 11.

Rat.dvb. Cùm heres arbitratu liberti certa summa monumentum facere iussus est, & ex ea causa pecuniam liberto dedit, non tam cum eo contraxisse certa lege videri debet quàm voluntati testatoris sui satisfeciisse, nec tam dedisse pecuniam ad libertum obligandum quàm ad se liberandum, denique ad distrahendum negotium potius quàm ad contrahẽdum, vt de eo scriptum est, qui indebitam pecuniam soluit, quam putat se debere *l.5. §.is quoque infr.de oblig.& action.* Hic enim re vera debet quod soluit, & soluendo liberatur, ne actione ex testamẽto cõueniri amplius possit. Non ergo potest habere condictionem etiamsi libertus accepta pecunia monumentum non faciat, aut in monumẽtum minus eroget quàm erogari testator voluerit, solutio enim quæ liberationem parit, nunquam potest parere condictionem, *l.si non sortem 26.§.si centum l.cùm is 32.§.1.inf.de cond.indeb.* Ideóq; nõ debuit heres pecuniam illam dare liberto, quin prius satisfecisset libertus se monumentum ex ea pecunia facturum *l.quibus diebus 40.§.vlt inf.de condict.& demonstr.* vt fieri aliàs solet quoties alicui legatur sub modo: cauere enim legatarius debet de modo implendo, vt si non impleat legatarius, possit heres habere actionẽ ex stipulatu quã alioqui nullã habere posset: nam neque olim competebat pro modo actio ex testamento quam Gordianus tandem concessit in *l.2.C. de his quæ sub mod.* Et tamen implendus omnino modus non minus quàm condicio, vt non circumueniatur voluntas testatoris: id enim est quod dici solet in legatis & fideicommissis etiam modum adscriptum pro condicione obseruari *l.1.eod.tit.iunct.l. si cui legatum 92.de condict.& demonstr.* quamuis reuera modus à condicione differat *leg.libertas 17.§.hæc scriptura leg.Mauia 44.de manum.testam.* in eo maximè quod condicio suspendit, modus non suspendit & condicio fit per *si*, modus autem per *vt, l. cùm ab eo 41.infr.de contrah. empt.* Ergo in proposita specie si satisdationem non exegerit heres à liberto de monumento extruendo cùm pecuniam ipsi in hanc rem dedit, imputare sibi debet, nec ideò danda ei condictio est.

Dec. Non tantùm heredis, sed ipsius etiam testatoris maximè interest, adeóque Reipublicæ ne defuncti voluntas, præsertim tam iusta circũueniatur *d.l si cui legatum iunct.l.vel negare 6.inf.testam.quemadm.aper.* nec minus cùm testator modum, quàm si condicionem adscripserit *d.§.hæc scriptura & d.l.Mauia.* Neq; permittendum est liberto, vt impunè fraudem faciat voluntati testatoris, quod tamen cõtingeret, si acceptâ pecuniâ ad monumentum extruendum, aut omnino non faceret, aut in eam causam minus erogaret quàm erogari testator iussit. Non enim legata ei est pecunia, sed vt nudus minister & executor electus videtur, vt in *l.si quis Titio 17. de legat.2.* ad suscipiendam curam condendi corporis & monumenti extruẽdi, vt in *l.Lucius 88.§.à tepeto eod. tit.* vbi hanc ob causam dicitur, si in monumentum ædificandũ minus impẽsum sit, reliquam summam

BIU Cujas

heredis commodo proficere debere non eius cui summam dari testator noluit, vt monumentum extrueretur. Neque repugnat quod in specie huius legis *arbitratu liberti* monumentum fieri testator voluit. Non enim ideo videri debet eius arbitrio permisisse, vt ex ea pecunia monumentum faceret vel non faceret, eámque pecuniam aut totam, aut pro parte sibi retineret, sed vt grati liberti viríque boni officium in ea re præstaret: quod si non fecerit, condictione illum teneri æquum est, ne testatoris voluntati impunè illuserit. Accipiendo enim pecuniam ab herede ad extruendum monumentum, negari non potest quin aliquod negotium gerat per quod contrahitur συνάλλαγμα, & ex quo nascitur condictio, vt in *l.2.infr.de condic. indeb. l. iuris gentium 7.§.1. sup. de pact.* præsertim cùm nec satisdationem heres ab eo exigere potuerit aut debuerit qui non sui commodi causa, sed tanquam nudus minister & executor eam pecuniam accipiebat, quę nec fuerat ei legata, nec per fideicommissum relicta, ita vt nec liberatio vlla heredi per eam solutionem acquiratur, vt proinde, nec imputari quicquam heredi possit, qui tamen etiamsi non satis prudenter sibi ab initio prospexisset, non idcirco sibi ex postfacto prospicere prohibendus esset *arg. l. si res obligata* 57. *in fin. de legat.1.* vt secundum voluntatem testatoris monumentum ei extrueret, quod libertus non extruxisset. Aliud esset, si quis per stipulationem aliquid dare vel facere arbitratu alterius promisisset *l. si quis arbitratu* 43. *& seq. de verb. oblig.*

12. PAVLVS libro 6. ad legem Iuliam & Papiam.

CVm quis mortis causa donationem fecerat, cùm conualuisset donator, condicit: fructus quoque donatarum rerum, & partus, & quod adcreuit rei donatæ, repetere potest.

Ad l. Cùm quis 12.

RAT. DVB. Donatio quælibet liberalitas est, nec ad negotij contracti causam pertinet *l. interdictum* 14 *.infr.de precar.* vbi donatio contractui opponitur, & negotio gesto. Atqui non nisi ex aliquo negotio gesto potest nasci condictio *l. iuris gentium* 7.§.1.*supr.de pact l.2. infr.de condict. indeb.* Ergo si quis donationem etiam mortis causa fecerit, licèt conualuerit donator, condictio tamen locum habere non potest, cùm imputare sibi donator debeat, cur non melius sibi prospexerit interposita stipulatione, vt in eum casum quo conualescceret res donata sibi redderetur, aut saltem danda potiùs ei est ciuilis actio præscriptis verbis quæ & ex negotio gesto nasci solet *d.l.iuris gentium* §.1.*l.naturalis* 5. *&* §.1. *& seq. l.si dominus* 8. *& pass. infr. de præscript. verb. quàm condictio.* DEC. Is qui mortis causa donat in hoc dissimilis est ei qui purè & absolutè donat, quod non tantùm de donatario cogitat & de liberalitate in eum exercenda, sed etiam de seipso, vt si ex ea infirmitate conualuerit reddatur sibi: mauult enim habere se quàm donatarium, & amore vitæ recepisse potius quàm dedisse, porrò qua parte se cogitat negotium gerit. Proinde ex illo negotio æquum est nasci condictionem, de qua in hoc Tit. ob rem dati re non secuta, vt ex Cassianorum sententia eleganter Paulus noster disputat in *l. Senatus* 32. §. *sed mortis causa & seq. infr. de mort. caus. donat.* quæ lex sumpta est ex eodem Pauli *libro 6. ad legem Iuliam & Papiam* ex quo & hæc lex. Et quamuis donatio causa mortis æquiparari soleat vltimis voluntatibus, magis quàm contractibus, cùm dicatur capi ad instar legati *l.etiam* 15.*l.illud* 37.*eod.tit. l. vltim. Cod. eod.* habet tamen hoc simile cum contractu, quòd negotium gestum continet, siue fiat per traditionem, siue per stipulationem, quia semper fit certa lege, non illa quidem, vt si testator conualuerit, reddatur id quod donatum est, sed vt vel illo, vel aliquo saltem alio casu sit repetitio *dict. l. Senatus* §. *mortis causa in fin. iunct. l. si alienam* 13. §.1. *eod. tit.* Nam vbi ita donatur mortis causa, vt nullo casu reuocari possit donatio magis donandi causa mors est, quàm mortis causa donatio, vt eleganter Marcianus scribit in *l.vbi ita donatur* 27 *eod.* Sed & in donatione facta inter viuos, potest interdum contingere, vt negotium aliquod geratur, scilicet cùm facta est certa lege & sub modo, quod cùm accidit, etiam ex ea datur condictio, si modus non impleatur *l.1. & 3.C.de donat. quæ sub mod. l.vlt.C.de rer.permut.* quâuis detur etiam præscriptis verbis actio donatori si eam eligat in id quod sua interest legem donationis impleri *d.l.vlt.*1.*legem 9 l.cùm res* 22.*Cod.de donat.* Mirum igitur non est ei qui mortis causa donauit, dari condictionem quasi re non secuta si conualuerit, nec tantùm si donationi hanc legem expressè dixerit, sed etiamsi nihil dixerit, nisi se donare mortis causa, cùm esset in infirmitate constitutus, sicut & qui donauit peregrinaturus, vbi à peregrinatione redierit, condicere potest. Est enim hoc commune omnibus mortis causa donationibus, vt condictionem & spem redhibendi aliquam habeant, in quo differunt à donatione inter viuos, quæ ideo pura, simplex & absoluta dicitur à Papiniano in *l.Seia* 42. *in princ. &* §.1.*de mort.caus.donat.* Denique tum demũ condictioni ex donatione locus est, cùm certa lege donatio facta est, siue inter viuos siue mortis causa, non si absolutè, quamuis facta sit à moriente, nisi moriens etiam mortis causa donare se addiderit, *d.* §.1. vbi eleganter dicitur aliud esse si moriens quis donet, aliud si mortis causa. An verò condicatur donatio ipsa, an res donata, de quo laborat Accursius, parum curandum est, etsi non dubito quin cõdictio fiat ipsius corporis quod donatum est *arg.l. in re furtiua* 8.*infra de condict. furt.* ideóque nimirum & fructus & partus in hãc condictionem veniunt, vt sequitur in hac lege, quia sunt accessiones naturales non ipsius donationis quę aliam donationem parere non potest, sed rei donatæ, vt Paulus docet verbis illis sequentibus *fructus quoque donatarum rerum.* Circa quem versiculum dubitandi, & decidendi ratio eadem est quæ ad §. *fundus l. qui se debere sup.* vbi diximus. Iunge *l.videamus* 38.§.1.*versic. idémque est si mortis infr.de vsur.*

13. MARCIANVS

BIU Cujas

13. MARCIANVS lib 3. Regularum.

SI filius contulerit fratri, quasi agniturus bonorum possessionem, & non agnouit: repetere eum posse, Marcellus libro quinto Digestorum scribit.

Ad l. Si filius 13.

RAT. DVB. Cùm filius emancipatus præteritus contulit fratri in potestate retento, quasi agniturus bonorum possessionem contra tabulas patris, ad quam alioquin admitti ex prætoris edicto non potuisset *l. ea demum 6. & pass. C. de collat. l. prætor 3. §. emancipatus & seq. infr. eod. ill. tit.* verum quidem est, factam esse collationem ob causam, & eam causam secutã non esse, si postea idem filius qui contulit, malit bonorum possessionem contra tabulas repudiare: sed tamen illud quoque verum est, non nisi per filium ipsum stare quominus causa sequatur, cùm facta collatione potuerit agnoscere bonorum possessionem. Perinde igitur haberi debet quod ad ipsum pertinet, ac si bonorum possessionem agnouisset ex regula *l. iure ciuili 24. de condict & demonst. l. in iure ciuili 161. de reg. iur.* nec quod consilium mutauerit in fratris forte esse iniuriam, condictionem ei debet acquirere *leg. nemo potest 75. eod.* sibi enim imputet qui conferre maluit, cùm non cogeretur: debuerat enim prius benè explorare vires hereditarias, & an sibi expediret bonorum possessionem agnoscere, an repudiare cùm sciret futurum, vt agnoscendo bonorum possessionem hereditariis oneribus implicaretur *l. si duo 38. infr. de acq. hered. l. 4. ad SC. Treb.*

DEC. Collatio quæ ab emancipato fit filio in potestate retento, habet tacitam illam condicionẽ, si emancipatus agnoscat bonorum possessionem, vel contra tabulas si factum sit testamentum, in quo emancipatus fuerit præteritus vel vnde liberi, si pater intestatus decesserit. Nam & ad hũc casum hęc lex pertinet, quamuis eam malè Accursius coarctet ad bonorum possessionem cõtra tabulas. Est enim introductum à prætore ius collationis vtroque casu ex summa illa æquitate, quòd conueniens sit, vt sua conferant, qui appetunt aliena *leg. 1. §. 1. & pass. de collat. bonor.* ne alioqui læderetur filius in potestate retentus, ad quem siue ex testamento siue ab intestato patris successio ipso iure tota pertinet, si per concursum fratris emancipati partem successionis amitteret, nec vicissim ab ipso consequeretur partẽ bonorum, quæ frater emancipatus sibi acquisiit beneficio emancipationis, & quæ non sibi, sed patri acquisiuisset, si emancipatus non fuisset, atque ita reperirentur hodie in patris communis hereditate ac inter fratres ex æquis partibus diuiderẽtur *l. cùm duobus 52. alias l. si fratres §. idem Papinianus inf. pro socio.* vt quemadmodum prætor cùm admittit filium emancipatum cum fratre in familia retento ad bonorum possessionem, siue contra tabulas, siue vnde liberi, rescindit emancipationem *l. 3. §. si emancipatus de bonor. poss. contr. tabul.* ita in diuidendis bonis paternis eandem obseruet rationem, quam obseruaret si emancipatio nulla interuenisset. Atqui nulla fit iniuria fratri in potestate retento, si malit emancipatus bonorum possessionem repudiare, nec proinde subest hoc casu necessitas, aut æquitas vlla faciendæ collationis: neque potest frater in familia retentus conqueri si emancipatus auxilio & beneficio iuris prętorij vti nolit, cùm liceat vnicuique iuri pro se introducto renunciare *l. pen C. de pact.* nec potuerit frater in familia retentus quicquam iuris habere aut sperare in bonis emancipati fratris, si is quasi agniturus bonorum possessionem collationis necessitatem sibi ipsi non imposuisset *leg. si iudex 41. supr. de minor.* Quare nec vllam ex huius mutatione consilij frater iniuriam recepisse videri potest, cui seruãtur eadem ipsa iura integra omnia, quæ habuisset, si emancipatus prætoris auxilium ab initio abiecisset. Quòd si collatio aliquod ei lucrum erat allatura, quia fortè plus contulisset bonorum frater emancipatus, quàm ex agnita bonorum possessione fuerat recepturus, lucrum equidem hoc amittit filius in potestate retentus, sed non ideo damnum vllum incurrit. Aliud enim est lucrum non percipere, aliud verò damnum incurrere *l. quod autem 6. §. simili modo infr. quæ in fraud. credit. l. 3. in princip. vnde vi.* Prætoris autem propositum in edicto de collationibus non illud est, vt liberis in familia retentis lucrum aliquod adferatur, sed ne damnum iis vllum ex agnitione bonorum possessionis nullaque iniuria per emancipatos inferatur, quæ inferretur si ea saltem quæ sibi propter emancipationem acquisiuerunt, conferre non cogerentur, prætor enim nemini vult beneficium suum esse captiosum *leg. Paulus notat 8. infr. de stipulat. prætor.* Ergo cum emancipato repudiante bonorum possessionem deficiat condicio tacita, quæ inerat collationi, si emancipatus conferens agnosceret possessionem, consequens omninò est, vt competat ex ea causa condictio bonorum collatorum *l. 1 §. 1. l. qui se debere 7. supr. hoc titul.* quamuis non nisi per eum stet quominus causa sequatur, perinde ac si staret per fratrem in familia retentum, quia emancipati arbitrio relictum voluit prætor, an bonorum possessionem mallet agnoscere an repudiare, *leg. si filius 12. de vulg. & pupill. substit.* Nec quòd filius emancipatus parum cautè ab initio destinauerit agnoscere bonorum possessionem facit, vt hoc ipso statim agnouisse illam videatur, cùm in eam rem adeundus esset olim prætor *l. 3. §. acquirere de bonor. poss.* vt & hodie iudex quilibet competens *l. vlt. C. qui admitt. ad bonor. possess.* quod quandiu factum non est, sunt omnia integra, ideóque & pœnitentiæ locus est *l. 5. supr. hoc titul.* non enim sola voluntas agnoscendæ bonorum possessionis facit bonorum possessorem. Aliud ergo esset, si agnita iam bonorum possessione vellet emancipatus ex pœnitentia condicere: hoc enim ei non liceret, solúmque superesset ipsi beneficium restitutionis si fortè captus & minor proponeretur *leg. nam posteaquam 9. §. si minor supr. de iureiur.*

14. PAVLVS libro 3. ad Sabinum.

SI procuratori falso indebitum solutum sit, ita demum à procuratore repeti non potest, si dominus ratum habuerit, sed ipse dominus tenetur, vt Iulianus scribit. quod si dominus ratum non habuisset, etiam si debita pecunia soluta

BIU Cujas

fuisset, ab ipso procuratore repetetur: non enim quasi indebitum datum repetetur: sed quasi ob rem datum, nec res secuta sit, ratihabitione non intercedente. vel quòd furtum faceret pecuniæ falsus procurator, cum quo non tantùm furti agi, sed etiam condici ei posse.

Ad l. Si procuratori 14.

Valde se torquent interpretes in huius legis explicatione, vt ex glossis Accursij & commentariis Bartoli videre est. Nam cùm procuratorum alij sint in rem suam, alij simplices, alij verò nudi ministri ac nuncij, & rursum alia sit condictio indebiti, alia ob causam dati causa non secuta, alia furtiua, de quib. omnib. hæc lex loquitur, alij denique sint veri procuratores, alij verò falli, sed qui veri fiunt per subsecutam ratihabitionem, emergũt varij casus, in quibus solutione facta falso procuratori tractandum est de condictione, quænam, & contra quem possit cõpetere: nam si facta sit vero procuratori, hoc est, qui præcedens & sufficiens mandatum habeat, certum est acquiri ex ea solutione liberationem *leg. vero procuratori 12. inf. de solut.* Idémque est si mandatum aliquando habuit, nũc verò non habet, quia reuocatum fuerit, si modò solutio facta sit bona fide, ac priusquam sciret debitor mandati reuocationem *l. si seruus 32. l. qui hominem 34. §. si Titium l. cùm quis 38. §. 1. infr. de solut.* ne bona fides ei noceat cui nihil imputari potest, cùm imputari potius possit ei qui mãdato reuocato non citius reuocationẽ debitori denunciauerit, nisi iustam debitor habuerit causam aliquam suspicandi mutatam fuisse creditoris volũtatem, vt in *l. si cùm Cornelius 82. eo. tit.* neque hoc casu expectanda est ratihabitio, cùm mandatum præcesserit *l. si procurator 6 vers. Celsus infr. de condict. indeb.* Nam & qui aliquem præponit aut exigendis pecuniis aut suis negotiis omnibus, etiam debitoribus mãdare intelligitur, vt ei soluant *d. §. si Titium.* quãuis aliquando contingat, vt ob malam fidem eius qui solutionem accipit, impediatur liberatio ne cõtingat ipso iure, sed tantùm ope exceptionis *d. l. cùm quis* §. 1. At cùm falsus procurator est, cui solutũ fuit, quia non potest liberatio cõtingere *d. l. qui hominem § si nullo de solut. l. creditoris 8. C. de cond. indebit.* necesse est, vt cõdictio cõpetat *d. l. creditoris*, ex illa iuris regula quę habet, solutionẽ, quę ad liberationẽ non proficit, proficere ad condictionem, & contrà, *leg. si non sortem 26. § si centum l. cùm is 32. l. Neratius 63. de condic. indeb. d. l. cùm quis 38. §. 1. & seqq. de solut.* De illo tantũ dubitari potest contra quẽ ea condictio danda sit, an contra verum creditorem, an contra procuratorem falsum, qui veri creditoris nomine solutionem accepit, nimirũ si verè debitum fuit quod solutũ est: alioqui non de vero creditore tractãdum esset, sed de falsi creditoris procuratore, qui rursum aut verus aut falsus esse potest. An autem verus sit an falsus nil attinet quærere, quãtum ad liberationem, cùm verus creditor nullus est, nec enim liberatio vlla potest contingere, si nullum debitum, nullaq; obligatio præcesserit, potest tamen hoc etiam casu circa condictionem quæri & distingui, an verus procurator fuerit, an falsus. Hæc verò lex de falso tantùm procuratore loquitur, non de vero, sed de falso procuratore creditoris siue falsi siue veri, ac primùm de falso procuratore falsi creditoris, id est, de eo qui fingens se procuratorem, cùm non esset, indebitam pecuniam alterius nomine recepit: de hoc autẽ sic Paulus scribit, si procuratori falso indebitũ solutũ sit, ita demum à procuratore repeti nõ posse, si dominus, id est, is qui creditor putabatur, ratũ habuerit, sed hoc casu dominum teneri, ergo si è contrario dominus ratum non habeat, teneri procuratorem. Quamuis enim Paulus hanc secundam propositionem ex prima non inferat, sed ad aliũ casum transeat de pecunia debita à falso procuratore exacta, id tamen priori propositioni consequens omnino est, nec vllam admittit dubitandi satis probabilem rationem. Quis enim alius indebiti condictione teneri potest, quàm falsus procurator, cùm indebitum solutũ fuit, nec secuta vlla ratihabitio est? Nam nec vero procuratori mandare vnquam dominus intelligitur, vt indebitam pecuniã exigat, quod nec sine dolo malo mandari posset *dict. l. si procurator 6. §. 1. de cond. indeb.* doli autem mãdatum nullum esse potest, vt nec alterius cuiuslibet rei quæ iure fieri non possit *l. si pater filiofam. 12. inf. quæ in fraud. cred. l. creditor 60. §. vlt. inf. mãd.* Sed quod ad priorem propositionem, quã hîc Paulus ex Iuliano exprimit, ratio dubitandi adferri illa potest, quòd ratihabitio secuta falsi creditoris facere non possit, vt quod solutum est indebitũ, fiat debitum. ergo neq. poterit mutare causam condictionis, vt alius ea condictione teneatur quàm procurator, qui solutionem indebiti accepit, quiq; procul dubio indebiti cõdictione teneretur, si ratihabitio nulla secuta esset, præsertim cùm his solis condici possit pecunia quib. quoquomodo soluta est, non quib. solutio proficit *l. his solis 50. de cond. indeb.* Quid verò aliud addere ratihabitio domini potest quàm vt ei proficere incipiat solutio, quæ alioquin soli procuratori fuerat profutura? Sed decidẽdi ratio fortior hæc est, quòd ratihabitio æquiparatur mandato *l. qui in aliena 6. §. 1. de acq. hered. l. vlt. C. de SC. Maced.* facitq; negotium illius qui ratũ habet etiãsi reuera ipsius non erat, si modò eius contẽplatione gestum fuerit *l. si pupilli 6. §. sed si ego & §. itẽ quæritur sup. de negot. gest.* etiam inuito eo qui soluit *l. si ego 24. eod. tit.* Secuta ergo domini ratihabitione, cuius nomine falsus procurator indebitũ accepit, perinde haberi debet ac si solutionẽ ipse accepisset *l. cùm indebitũ 57. §. 1. infr. de cond. indeb. & d. l. si procur. 6. §. 1. eo. l. si quis offerenti 58. de sol.* Sed quænam condictio hoc casu dabitur siue cõtra dominũ, siue contra procuratorem? An indebiti? An ob causam dati causa nõ secuta? An sine causa? An denique furtiua? Et quidẽ de condictione indebiti non potest dubitari quin cõpetat, cùm pecunia verè sit indebita *d. l. si procur. §. 1. & d. l. cùm indeb. 57. §. 1. de cond. indeb. l. si indeb. 16. in pr. & l. si sine iudice 22. infr. rat. rem. hab. l. qui hominem 34. in pr. de sol. l. si vendidero 80. §. si Titius & §. vl. de furt.* nisi soluta fuerit ab eo qui sciebat falsum esse procuratorẽ, quo casu videtur donata, & quidẽ procuratori ipsi non ei, cuius se dicebat esse procuratorem: quẽadmodũ si sciẽter soluta esset vero procuratori falsi creditoris, non procuratori, sed creditori falso donata videretur. in traditionibus enim omnibus, sed maximè in donationibus voluntas eius potissimum spectanda est, qui donat, cuius gratia & cõtemplatione tradat, non autem eius qui accipit *leg. qui mihi donatum 13. infr. de donat. iunct. leg. cuius per errorem 53. de regul. iur. leg. 1. l. quod quis sciens 50. infr. de condict. indebit.*

Sed

BIU Cujas

Sed & condictio sine causa hoc casu competit, quę valde generalis est, & cum indebiti condictione facilè concurrit *l. . & vlt. & pass. de condict. sin. caus.* idque siue falso procuratori soluerim ob eam causam vt statim liberer, siue vt ille reddat pecuniam vero creditori, vt eo demum casu contingat mihi liberatio, veluti *in d.l. si quis offerenti 58. de solut.* nulla enim causa est consequendæ liberationis per solutionem, cùm nulla subest obligatio, quam in necessarium antecedens omnis liberatio præsupponit. Sed an & condictio ob causam dati causa non secuta? Minimè verò. Nec enim illa concurrit vnquam cum condictione indebiti, à qua diuersam omnino & disparatam causam habet, vt diximus ad *l. qui se debere 7. in principio supr.* Multò minùs cum condictione causa, cui contradictoriè opponitur. Potest tamen interdum fieri, vt condictio ob causam dati causa non secuta hoc quoque casu locum habeat, non etiam condictio indebiti, nec condictio sine causa, nimirum si falso procuratori solutum sit eâ lege, vt falsus creditor, qui verus putabatur, ratam habeat solutionem intra certum tempus. Nam si non sequatur intra illud tempus ratihabitio, quæ fuit causa faciendæ solutionis, condici vtique potest condictione ob causam dati causa non secuta, quamuis nec per subsecutam ratihabitionem possit contingere liberatio, quia satis est per ratihabitionem factum iri, vt possit condici pecunia falso creditori, cui alioquin condici non posset *d.l. si indebitum 16. in princi. ratam rem haber.* sicut nec posset dondici falso procuratori, si ratihabitio sequeretur *d.l. si quis offerenti & d.l. vero procuratori. De solut. d. leg. si procurator 6. de De condict. indeb. l. si tibi dederim 25. infr. De donat. & hac ipsa lege.* quoniam, vt diximus, ratihabitio semper æquiparatur mandato, parum si quidem interest, an interceserit stipulatio, Ratam rem dominum habiturum, vt in *d.l si indebitum*, an verò solutio facta sit ea lege, vt ratihabitio sequeretur. Non enim pactum nudum videri debet, quoties certa lege datum aliquid probatur *leg. si dominus 8. de præscript. verb leg. vltim. Cod. de rerum permut.* quod sufficit ad producendam condictionem, adeóque interdum actionem præscriptis verbis, *leg. naturalis 5. §. 1. & sequenti inf. de præscript. verb. leg. secund. in princip. infr. de condictio. indeb.* Itaque si nullum tempus ratihabitioni præscriptum sit, agi tamen adhuc poterit, vt certum tempus præfiniatur, intra quod ratihabitio proferatur, vt eo elapso, si nolit dominus ratum habere, condictionem procurator patiatur. Interim namque dum pendet ratihabitio, condictionem quoque pendere necesse est, cum ex pacto solutioni adiecto appareat non id egisse soluentem, vt statim liberaretur, sed vt ratihabitione demum secuta *dict. l. si quis offerenti.* De condictione furtiua dubitari minus potest, quin competat aduersus falsum procuratorem vt in fine huius legis disertè scriptum est, eo scilicet casu, quo etiam furti actione tenetur, vt hîc & in *leg falsus procurator 19. Cod. de furt.* nempe cum intercipiendi & lucrandi animo accepit solutionem, vt in *leg. cùm quis 38. §. 1. infr. de solut.* non enim furtum fit sine furandi & lucrandi consilio. §. *placuit Instit. de obligat. quæ ex delict. nasc. leg. 1. §. pen. l. si quid fur 22. leg. falsus 43. §. . leg. si is qui simulabat 75. infr. de furt.* Euenire autem interdum potest, vt falsus quoque procurator accipiat solutionem bona fide, etiamsi se falsum procuratorem sciat, sed eius tamen quem putat esse verum creditorem, si putet ratam eum habiturum solutionem, nec intercipiendi animo id faciat. Et ita intelligi debet quod scriptum est in hac lege, *& in dicta leg. falsus 19. Cod. de furt.* Quo casu cùm nummi maneant debitoris, quia furtum non est modus acquirendi dominij *dict. leg. cùm quis 38. §. 1. De solution.* condictionem quoque furtiuam ei competere certum est, quæ non datur nisi domino *leg. prim. De condict. furt. leg. vltim. supr. vsufruct. quemadmodum caueat.* Sed an aliæ quoque condictiones competant, de quibus diximus, difficilius est dicere. Primùm, quia non solent cum furtiua condictione concurrere, cùm illę non competant nisi non domino, hæc autem soli domino. Sunt verò ista contradictoria, dominum quem esse, & non dominum *dicta leg. vltima.* Deinde quia quo casu dominium non transfertur in procuratorem, nec condictio indebiti, nec ob causam dati, nec sine causa competere potest: sed sola furtiua si furtum factum sit. Et tamen videtur Paulus in hac lege dare contra falsum procuratorem, qui nummos accipiendo furtum fecerit, non minus condictionem ob rem dati re non secuta, quàm condictionem furtiuam, & actionem furti. Atque ita Vltramontanos nostros olim sensisse pro tuenda Martini opinione, Bartolus refert, probatque, quia (inquit) omnis condictio degenerat contra furem. Sed hoc falsum est. Sola enim condictio furtiua degenerat, vt contra naturam cæterarum condictionum omnium detur domino, adeóque soli domino, cùm cæteræ omnes dentur non domino aduersus dominum: nec sicut odio furis hoc receptum est, quo pluribus, & quidem contrariis & contradictoriis actionibus teneatur, §. *sic itaque Instit. de action.* Ita & illud aut receptum aut recipiendum fuit, vt aliæ quoque condictiones aduersus furem competerent, etiam illi qui dominus esset. Alioqui non fuisset necesse speciali iure condictionem furtiuam inducere, si in cæteris condictionibus idem iuris eodem furis odio posset obtinere. Verius itaq; est, quod Accursius credidit, id quod in hac lege scribitur de danda ei qui falso procuratori soluit & condictione ob rem dati re non secuta, & condictione furtiua, ad diuersos casus referri debere, vt nunquam possint illæ condictiones concurrere, quomodo potest furtiua condictio cum vindicatione, sed vno casu locum habeat condictio ob rem dati re non secuta, alio autem condictio furtiua: illa quidem ob rem dati re non secuta, eo demum casu, quo dominium translatum sit in falsum procuratorem, cui solutio facta est, id est, quo non habuerit falsus procurator animum intercipiendæ pecuniæ & furti faciendi, nec rursum is qui soluit, animum retinendi dominij, quousque vel liberatio, vel ratihabitio secuta esset, sed alienandæ statim pecuniæ & liberationis statim consequendæ. Neque enim per solutionem acquiri potest liberatio, quin nummi alienentur, & in accipientem eorum proprietas transferatur *dict. l. si quis offerenti l. ius qui 55. l. si alieni 78. eod. titul. De solut.* condictio autem furtiua eo tantùm casu quo nummorum furtum factum sit à falso procuratore ob id quòd animus furandi interuenerit, vt in *dict. leg. falsus procurator 19. Cod. de furt.* impossibile namque est, & implicat contradictionem, vt ex qua solutione quis fit dominus, etiam fur fiat, cùm eos nummos falsus procurator contrectet ex domini voluntate, vt subtiliter ratiocinatur Vlpianus in *leg. falsus creditor 43. §. 1. iunct. dict. leg. si vendi-*

BIU Cujas

dero 80. si Titius & vlt. infr. de furt. & leg. prox. sequen. in fin. hoc tit. Et ideo quoties legimus condictionem furtiuam competere ei qui soluit, ponendum est, dominium translatum non fuisse in accipientem, siue falso creditori solutum sit, vt in *l. quoniam 18. infr. de condict furt. & in dict. l. falsus creditor 43 in princip. de furt.* siue falso procuratori, vt in hac lege. Sicque Paulum nostrum sensisse ex eo clarissimè apparet, quod postquàm dedit soluenti condictionem ob rem dati re non secuta, si ratihabitio nulla intercedat, subinde dat condictionem furtiuam alternatiuè & disiunctim non coniunctim illis verbis, *Vel quòd furtum faceret pecuniæ falsus procurator, cum eo non tantùm furti agi, sed etiam condici ei posse*, sic enim legendum est *cum eo*, vt in *Pand. Florent.* non vt in vulgaribus *cum quo*. furti verò actionem & condictionem furtiuam coniunctim non disiunctim, quia ad eundem casum, licèt ad diuersos effectus, vtraque actio pertinet *l. si profure 7. §. 1. infr. de condict furt.* At hîc rursus illa incurrit hæsitatio, quòd cùm quis procuratori quamuis vero soluit pecuniam quasi debitam, creditori etiam vero non transfert dominium in procuratorem, quia nec id agit is qui soluit, quia de creditore cogitat, non de procuratore, nec procurator ipse siue verus, siue falsus sit, quia negotium creditoris gerit non suum *l. si ego 24. supr. de negot. gest.* Quomodo igitur condictionem habere potest is, qui soluit procuratori etiam falso, cùm post solutionem remaneat dominus, condictio autem, si solam furtiuam excipias, nunquam detur domino, sed tantùm vindicatio? Hac nimirum obiectione victus Bartolus cogitur dicere, legem hanc qua parte dat condictionem non modò indebiti si falso procuratori indebitum solutum sit, sed etiam ob rem dati re non secuta si ratihabitio nulla interuenerit veri creditoris, restringendam esse ad eum casum, quo non solùm furandi animus non fuerit, sed etiam consumptione pecuniæ solutio conciliata sit, vt ea consumptio non minùs prosit ad condictionem ob rem dati re non secuta, quàm ad condictionem certi & indebiti ex *l. 3. §. subtilius supr. hoc tit. l. certi condictio 9. §. si nummos l. rogasti 11. §. vlt. & l. seq. supr. de reb. credit.* Sed vereor ne nimis magna sit hæc restrictio, parúmq; probabilis, cùm in tota lege nulla cõsumptionis mentio fiat, nec nisi dationem pecuniæ Paulus intueri videatur. Malo ego restringere ad eum casum quo facta sit solutio falso procuratori siue debitæ pecuniæ, siue indebitæ, eo animo, vt confestim liberaretur soluens ab ea obligatione qua vel reuera tenebatur, vel teneri se putabat. Hoc enim ipso necesse est, vt cogitauerit de dominio in procuratorem, aut in creditorem, quem verum esse credebat, statim transferendo: cùm sine translatione dominij eius rei, quæ soluitur, non possit contingere liberatio. Quæ res facit, vt tum quoque, cùm per procuratorem acquiri proprietas creditori non potest, quod tunc accidit, cùm procurator vel falsus est, vt in specie huius legis, vel speciale mandatum non habet, vt in *d. l. si ego* (aliud enim esset in procuratore speciale mandatum habente, vt ad eam legem scripsimus ex *l. si procurator 13. infr. de acquir. rer. domin. l. per procuratorem 8. Cod. de acquir. poss.*) acquiratur illa procuratori ipsi, ac proinde condictio soluenti contra procuratorem, quousque creditor ratum habuerit, & contra dominum ipsum secuta ratihabitione, cùm ab eo tempore secutæ ratihabitionis proprietas creditori acquiratur *dict. l. si ego*. Nihil autem vetat transferri dominium in procuratorem etiam qui sit falsus, cùm ea fuit voluntas soluentis, quemadmodum & ex stipulatione quam absentis procurator fecerit, actio procuratori ipsi acquiritur, non ei cuius fuit procurator, licèt actione mandati cogatur ea cedere *l. possessio 49. §. 1. infr. de acquir. poss. l. 1. Cod. per quas person. nob. acquir.* Nec quod dici solet neminem errantem suam rem amittere *l. si procurator meus 35. de acquirend. rer. domin.* ad hunc casum pertinet, in quo non errans dominus pecuniæ, sed animo & proposito eius alienandæ soluit eam falso procuratori, quamuis erret ac labatur in persona procuratoris aut domini, qui error non potest impedire translationem dominij, *arg. l. si quis cum existimauerit 29. in fin. principij supr. Commun. diuid.* sicuti nec error in causa alienationis impedit alienationem, nec obligationem error in causa obligationis, vt Bartolus quoque tractat ad *l. 2. C. de error. aduocat.* probátque ex omnibus his Titulis qui tractãt de condictionibus, quarum pleræque supponunt errorem aliquem in persona tradentis, nec eo minùs secutam esse translationem dominij, præsertim verò condictio indebiti, & condictio sine causa. Hoc igitur saltem casu fatendum est, condictionem indebiti posse aduersus procuratorem, quamuis falsum, competere, & quidem statim, non exspectato eo an ratihabitio secutura sit, nécne, itémque condictionem ob rem dati re non secuta si solutio facta sit ea quidem mente, vt dominium statim transferatur in accipientem, sed ea tamen præterea à lege, vt ratihabitio sequatur, quæ posteà secuta non sit: condictionem denique sine causa, si quis falso procuratori soluerit indebitam pecuniam, causa hac adiecta, vt statim liberetur, nulla enim potest esse, vt diximus, causa liberationis, vbi nulla obligationis causa præcedit. Et hæc quidem omnia ad primam huius legis speciem potissimùm pertinent, quæ est de solutione indebitæ pecuniæ falso procuratori facta: quamuis idem iuris sit, etiamsi pecunia quæ falso procuratori soluta est, debita fuisse proponatur, nisi quod eo casu non potest tractari de condictione sine causa, sed tantùm de condictione indebiti aduersus procuratorem, si facta sit solutio animo consequendę statim liberationis *dict. l. si quis offerenti & dict. l. creditoris 85. de furt.* aut si ea mente, vt sequeretur liberatio, cùm dominus ratum habuisset, nec eo magis tamen dominij translatio differretur, aut de condictione ob rem dati re non secuta, si ratihabitio nulla sequatur, aut denique de condictione furtiua, si furandi animum falsus procurator habuerit: id enim est quod Paulus subiicit, ab illis verbis, *Quòd si dominus ratum non habuisset*, ad finem vsque legis, quæ tota ex iis quæ diximus, satis explicata relinquitur. Nec attinet disputare cum Bartolo, an hic procurator fuerit in rem suam, an simplex procurator, an denique nudus minister, & nuncius. Nam in falsum procuratorem cadere non potest hæc distinctio, sed in eum solum qui verus sit, qui portò nulla indiget ratihabitione. Ideóque verba legis suadere videntur potiùs, vt intelligatur hæc lex de eo qui soluit falso procuratori tanquam procuratori simplici, quod & Bartolus concludit, cum Paulus hîc det condictionem ob rem dati re non secuta, si non intercedat ratihabitio. Quanquam nec absurdum, aut nouum est exigi, etiam ab eo qui se simulet procuratorem in rem suam, vt curet ratam rem haberi à domino cuius mandatum nullum proferatur, quod nec habere potest is, quem ponimus falsum esse

BIU Cujas

esse procuratorem: interest enim soluentis, vt possit agentem postea directis actionibus creditorem repellere *leg. Cod. de nouat.* licet non ipsius nomine, sed suo solutionem accipiat falsus in rem suam procurator, quod non satis bene videtur obseruare Bartolus, allegans *leg. debitor* 59. §. *vltim. infrà ad Senatusconsultum Trebellianum*, qui tamen locus de herede grauato loquitur, non de procuratore in rem suam. Nec enim heres procurator est fideicommissarij *dict. leg. postulante* 44. *ad fin. eod. tit.* Cætera igitur quæ hîc Bartolus tractat de procuratore in rem suam, vel de nudo ministro ac nuntio, prætermittimus consultò tanquam ad hanc minus pertinentia, alio fortassis commodiore loco, cùm se præbebit occasio, tractaturi.

15. POMPONIVS libro 22. ad Sabinum.

CVM seruus tuus in suspicionem furti Attio venisset, dedisti eum in quæstionem sub ea causa, vt, si id repertum in eo non esset, redderetur tibi. is eum tradidit præfecto vigilum, quasi in facinore deprehensum. præfectus vigilum eum summo supplicio adfecit. ages cum Attio, dare eum tibi oportere[a], quia & ante mortem dare tibi eum oportuerat. Labeo ait, posse & ad exhibendum agi: quoniam dolo fecerit, quominus exhiberet. sed Proculus dari oportere ita ait, si feciſſes eius hominem. quo casu ad exhibendum agere te non posse, sed si tuus mansisset, etiam furti te acturum cum eo, qui re aliena ita sit vsus, vt sciret se inuito domino vti, aut dominum, si sciret prohibiturum esse.

Ad l. Cum seruus 15.

De huius legis interpretatione quomodo accipienda sit & concilianda cum *leg. si dominus* 8. *infrà de præscriptione verborum* tam multa scripsimus contra Accursij, Cuiacij & aliorum omnium sententias, *in error. 5. & 6. decad.* 83. *de error. pragmaticorum* vt nihil adnotandum hîc supersit, aut monendum. Adferemus tamen ad singula legis capita, quæ tria sunt, suas dubitandi & decidendi rationes tanto breuiores.

a *Ages cum Attio dare eum tibi oportere.* RAT. DVB. Impossibilium nulla obligatio est, vt habet iuris regula: atqui impossibile est dari seruum qui iam periit, & summo supplicio affectus est. *l. si homo mortuus* 69. *de verb. oblig.* Ergo agere cum Attio non potes dare eum tibi seruum oportere: præsertim cùm id quod Ædilis authoritate factum est, tanquam vi maiore factum impediri abs te non potuerit, quia Magistratui licèt per iniuriam aliquid facienti resistere nec potuisti, nec debuisti. Constat autem perempta re, quæ debebatur, obligationem extingui nisi mora debitoris aliqua præcesserit: quam porrò hîc ponimus nullam præcessisse, *l. si ex legat.* 23. *& seq. eod. ill. tit.* DEC. Quicquid datum est ob causam aliquam si causa secuta non sit, repeti potest condictione illa, de qua in hoc tit. Atqui ponimus, te seruum tuum dedisse Attio in quæstionem, id est, vt ille ipse de eo quæstionem haberet sub ea causa, quòd is in suspicionem furti Attio venisset, sed ea lege addita, vt si id repertum in eo non esset, tibi redderetur: & nulla de eo per Attium habita quæstione, nullisque aliis contra eum prolatis furti probationibus, Attium hunc tuum seruum tradidisse præfecto vigilum castigandum, quasi in facinore deprehensum, præfectumque vigilum per summam iniuriam ex sola suspicione contra iuris regulam (quamquam non aliud esset, etiamsi furti probationes eæ fuissent) summo illum supplicio affeciſſe, quasi parum referret, an seruus, an quadrupes occideretur *leg. 2. ad legem Aquiliam*, & quòd iniquitas illa magni exempli publica vtilitate compensari posset ad cæteros seruos deterrendos, ne tale quid committerent per nequitiam seruilis ingenij, cui nihil erat procliuius, quàm vt furta, sceleraque omnia maiora passim perpetrarent, vt apud Cornelium Tacitum dicebat ille, qui ob percussum occisumque vno ictu dominum, quingentos seruos sub eodem tecto commorantes summo supplicio affici debere clamabat in Senatu, tandémque vt ita constitueretur, obtinuerat. Alioqui certum est furti crimen in capite libero capitale nunquam fuisse, licèt de eo criminaliter quoque agi iam olim potuerit *leg. interdum* 56. §. 1. *& leg. vltim. infr. de furt. iunct. leg. capitalium* 18. §. *vltim. de pœn.* nec si atrociores fures essent, id est, expilatores nocturnique effractores *leg. 1. & 2. infr. de effract. & expilat.* licèt contrà scripserit vir doctissimus Iacobus Cuiacius *lib. 9. Obseruationum, cap.* 37. Sicut & illud certum est, præfectum vigilum de capitalibus causis cognoscere non potuisse, sed ad præfectum vrbi cognitionem remittere debuisse *leg. 1. Cod. de offic. præfect. vigilum leg.* 3. §. 1. *supr. eodem illo titulo.* Sed non poterat causa esse capitalis in seruum, qui caput nullum in ciuitate habere credebatur *leg. 3. suprà de capitis minutione, leg. nullomodo* 7. *infrà ad leg. Corneliam de falſ.* Ergo cùm res secuta non sit, ob quam tu seruum tuum Attio dederas, nec vnquam compertum sit furtum ab eo factum fuisse, consequens est, vt eo iam adhuc viuo cœperit tibi quæsita esse condictio ob rem dati re non secuta. Ab eo scilicet tempore, quo seruus desiit reddi posse, id est, à quo primo instanti summo supplicio affectus esse & mori cœpit: instans enim mortis vitæ tribuitur, cùm mortuus nemo moriatur, sed viuus *l. vltim. de condit. Instit. l. qui duos* 18. §. 1. *de manum. testam.* Porrò quæ tibi quæsita condictio est viuo seruo, ea morte serui intercidere non potuit,

BIU Cujas

cùm non fato suo naturali perierit, sed facto Attij, qui eum præfecto vigilum tradidit non quasi suspectum, vt de eo haberetur quæstio, quomodo conuenerat, sed quasi deprehensum in crimine, vt citra aliam inquisitionem ex sola suspicione tua summo supplicio afficeretur, non enim æquè apud te fuerat periturus si tu eum Attio in quæstionem non dedisses, vt in *leg. si pecuniam 5. in finem supr. hoc titul.* Benè igitur Pomponius concludit, Agere te posse cum Attio dare eum tibi seruum tuum oportere, id est, posse te illum condicere (hoc enim demum est intendere dari oportere §. *appellamus Instit. de action.*) & quidem condictione illa de qua nunc tractamus, id est, ob causam dati causa non secuta, vel potiùs ob rem dati re non secuta, *Quia & ante mortem dare eum tibi oportuerat.* Nam si condictio hæc nata non fuisset ante mortem serui tui, vtique post eius mortem nasci & incipere non potuisset, siquidem ad eum casum res peruenisset, à quo non potuisset actio incipere, *ex reg. leg. quia in eum casum 16. supr. ad leg. Aquil.* cùm homo mortuus in obligationem & actionem deduci non possit *dict. leg. si homo mortuus*, nisi cum periit post moram *leg. si seruum 91. §. vlt. de verbor. obligat.* Sed quomodo, inquies, agetur ad hoc, vt seruus ipse detur, ac non potiùs serui mortui æstimatio? vt in condictione furtiua *leg. in re furtiua 8. in princip. iunct. §. vltim. legis præcedentis inf. de condict. furtiua leg. 1. Cod. eod. leg. si pecuniam 5. §. primo supr. hoc titul.* Bartolus distinguit obligationes dandi & reddendi ab obligatione restituendi, vt ex hac possit agi non tantùm ad rem, sed etiam ad rei æstimationem *ex dict. leg. in re furtiua & leg. si seruus 14. §. bone subrepto infr. de condict. furtiua & dict. leg. 1. Cod. eod.* ex illis verò agendum sit ad rem præcisè, quamuis & condemnatio & executio possit fieri in æstimatione, *ex leg. Iulianus 3. infr. de confess. & leg. vlt. infr. quæ sentent. sin. appell. rescind.* In quo miror certè ingenium Bartoli, qui leges illas, quæ loquuntur de condictione furtiua, intelligit de obligationibus restituendi, eo fortassis prætextu, quòd per condictionem furtiuam dominus rem suam petat, cùm tamen certum sit per condictionem furtiuam non minùs, quàm per cæteras condictiones, actorem intendere dari sibi rem oportere §. *sic itaque Instit. de action.* in eóque ius singulare elucere, quod in condictione furtiua odio furis inductum est. Sed & in eo errat Bartolus, quòd non videt actionibus omnibus commune illud esse, siue ad dandum, siue ad reddendum, siue ad restituendum, aut aliquid denique faciendum dentur, vt litem æstimari per sententiam semper oporteat, nec nisi æstimationem in condemnationem deduci, vt iudicatitia fieri facilè, ac citra vim & impressionem executio possit inuito etiam condemnato, vt docuimus in *Chiliade nostra de error. pragmat. ex leg. 4. §. ait Prætor infr. de re iudic. leg. 3. & vlt. infr. de condict. tritic. l. vinum 22.* vbi diximus *supr. de reb. cred.* Et ita hic quoque locus intelligi debet, quamuis nullum in eo verbum sit de æstimatione, nihil enim speciale hac parte potest habere condictio, ob rem dati re non secuta, & dissimile à cæteris condictionibus, tantóque minùs cùm agitur de condicendo homine iam mortuo, qui nisi in æstimatione præstari iam nullomodo potest. Videtur tamen à Pomponio nostro dissentire Papinianus in *l. si dominus 8. infr. de præscr. verb.* vbi in eadem, vt videtur specie dat domino actionem Præscriptis verbis, non etiam cõdictionem. Nostri post Accursium & Bartolum respondent diuersas esse species, quòd apud Pomponium seruus non fuisset æstimatus, apud Papinianum verò fuisset. Quod verissimum quidem est, & Papiniani verbis comprobatum, sed tamen ad rem omnino non pertinet, vt probauimus in *dict. Error. 5. & 6. decad. 83. de error. prágmat.* longéque alia conciliationis ratio quærenda est, quam ibi attulimus.

b *Labeo ait posse & ad exhibendum agi.* Refertur hæc Labeonis sententia à Pomponio vt reprehendatur, non in eo quidem absolutè quod dabat in proposita specie actionem, ad exhibendum quasi absolutè dari non debeat, sed in eo tantùm quod absolutè ac simpliciter eam dabat, id est, non adhibita distinctione illa, quæ tamen omnino necessaria est, an tu dominium serui tui in Attium transtuleris, cùm ei seruum tuum tradidisti, vt ipse de eo quæstionem haberet, an verò non transtuleris, vt si transtuleris, condictio tibi competat, quam dat Pomponius, sed non æquè actio ad exhibendum, quæ cum condictione nunquam potest concurrere: si verò non transtuleris, condictio tibi competere non possit, quoniam non alius condictione teneatur quàm qui dare possit, id est, dominium trãsferre, quod porrò transferre non potest qui non habet *l. traditio 20. de acquir. rer. dom.* Sed vindicatio tibi danda esset, si seruus adhuc extaret: quo perempto quia summo supplicio adfectus est, non alia tibi actio superesse possit quàm ad exhibendum, quæ præparatoria vindicationis est *leg. 1. supr. ad exhibend.* Non igitur in alio reprehenditur Labeo à Pomponio, quàm in eo, quod credidit posse actionem ad exhibendum etiam cum condictione concurrere, si tamen ita est, vt actionem ad exhibendum dandam putauerit, eo quoque casu quo cõpetere posset condictio. Quod ego certè non puto probabile, ne cogamur dicere tantum Iureconsultum quantus Labeo fuit, id ignorasse quod ex principiis iuris scire quilibet possit ac debeat. Ratio tamen dubitandi siue pro Labeone, siue pro alio quolibet qui contra Pomponium sentire vellet, illa adferri potest, quòd actio ad exhibendum detur omnibus, quorũ ex iusta & honesta causa interest, puta si interdicto aliquo sint vsuri vel optaturi, vel noxali aliqua actione experturi, quamuis non sint vindicaturi *leg. 3. §. sciendum est & §. sed & si quis cum seqq. & §. si mecum eod. illo titulo.* Atqui non potest negari quin eius qui condicturus est, interfit maximè rem exhiberi, & quidem ex iusta & honesta causa. Quidni ergo etiam actio ad exhibendum ei dabitur? Etsi enim datur regulariter contra eum solum, qui exhibendæ rei facultatem habet *dict. leg. 3. §. vltim. & seq. l. Celsus 5. in princip. eod.* datur tamen etiam contra eum qui fecit quominus exhibere possit, alioqui nec daretur contra eum qui dolo malo possidere desiisset *dict. leg. Celsus §. idem Iulianus leg. Iulianus 9. in princip. eod. titul.* Sed decidendi ratio pro Pomponio est, quod actio ad exhibendum non nisi propter vindicationes aliasque actiones, in quibus de possessione quæritur, comparata est, quia non potest res possideri, nisi quæ sit præsens *leg. hæc si res 47. de rei vindication.* In condictionibus autem omnibus de iure ac dominio quæritur, non de possessione *dict. §. appellamus, & §. sic itaque, Institutionibus de actionibus.* non potest igitur teneri ad exhibendum is qui condictione aliqua tenetur, si furtiuam excipias, quia contra furem, qui rem furtiuam

furtiuam occultat, vel peremit, etiam actio ad exhibendum datur perinde atque condictio *dict. leg. si profure* 7. §. 1 *de condict. furt. leg.* 1. §. *vlt. infr. de tign. iunct.* sed non iure aliquo singulari & odio furis, vt condictio, at iure communi & ordinario, quo tenetur etiam fur rei vindicatione, tanquam possessor, sicut & alius quilibet, ac proinde etiam ad exhibendum siue possideat, siue dolo malo desierit possidere. Tenetur ergo non quia condici ei possit, sed quia vindicari ab eo res potest. Et hoc benè Proculus ad Labeonem annotauit, Proculíque notam meritò Pomponius probat.

c *Sed si tuus mansisset.* RAT. DVB. Etiam illo casu quo seruus, quem Attio in quæstionem tradidisti, tuus mansit, quia scilicet non eo animo tradideris, vt dominium in Attium transferres, sed solam possessionem, non est tamen bona consecutio, vt Attius furtum tibi fecerit, ideóque etiam furti actione teneri debeat, & condictione furtiua, cùm sine affectu furandi & lucrandi furtum non fiat §. *placuit Instit. de oblig. quæ ex delict. nascuntur.* In proposito autem non habuit Attius animum furti lucríve faciendi, sed damni potiùs quod ex furto passus fuerat, reparandi. DEC. Species lucri est, & quidem iniusti, animo suo nihil nisi vindictam & minas spiranti satisfacere ex damno alieno, in eamque rem abuti re illa, quam à domino in alios vsus quis acceperat, sicut & species lucri est itidem iniusti acquirere ex alieno beneficij debitorem *leg. si pignore* 54. §. 1. *infr. de furt.* vt eleganter ac subtiliter Accursius noster hîc ratiocinatur. Atqui in proposita specie Attius, cui tu seruum tuum tradideras in quæstionem, retento tamen penes te dominio, cùm eum te ignorante Præfecto vigilum castigandum tradidit, quasi in furto deprehensum, vsus est re aliena, & quidem ita vt sciret se inuito domino vti, & dominum si sciret prohibiturum esse. Furtum ergo tibi fecit, nec potest videri dolo carere, qui tantam tibi fecit iniuriam, propter quam, etiamsi seruus non decessisset, iniuriarum tamen actione tibi Attius tenetur *leg. sed si vnius* 17. § 1. *infrà de iniuriis.* & improbum lucrum est, quod non benè pieque agendo percipitur. *Nouell.* 1. *de hered. & Falcid. cap.* 2. §. *vltim.* Consequenter tenebitur Attius hoc casu etiam condictione furtiua, licet non hoc addat Pomponius, quia furtiua condictio semper consequens est actioni furti, quoties furti actio iure dominij defertur, quomodo Papinianus loquitur & distinguit in *leg. si vendidero* 80. §. *primo de furt.*

16. CELSVS libro 3. Digestorum.

DEdi tibi pecuniam, vt mihi Stichum dares. vtrum id contractus genus pro portione emptionis & venditionis est[a], an nulla hîc alia obligatio est, quàm ob rem dati re non secuta? in quod procliuior sum. & ideo si mortuus est Stichus, repetere possum[b]: quòd ideò tibi dedi, vt mihi Stichum dares. finge alienum esse Stichum[c], sed te tamen eum tradidisse: repetere à te pecuniam potero: quia hominem accipientis non feceris. & rursus si tuus est Stichus[d], & pro euictione eius promittere non vis: non liberaberis, quo minùs à te pecuniam repetere possim.

Ad l. vlt. Dedi tibi.

Hanc quoque legem fusissimè & ex professo explicauimus *libr.* 6. *Coniectur. cap.* 10. Sed tamen explicabimus nunc more nostro per dubitandi, & decidendi rationes, ne quid de Rationalium nostrorum methodo ac instituto detrahatur. Iunge tamen quæ scribemus *ad leg.* 1. *in fin. inf. de rerum permutat. & ad leg. naturalis* 5. §. 1. *infr. de præscr. verbis.*

a *Vtrum id contractus genus pro portione emptionis, & venditionis est.* RAT. DVB. Cùm dedi tibi pecuniam, vt mihi Stichum dares, atque ita ex vna parte interuenit res, ex altero autem pecunia, contractus adeò similis est emptioni & venditioni, in qua semper necesse est interuenire ex vna parte mercem, ex altera precium *leg.* 1. *infr. de rer. permut. leg.* 1. *de contr. empt.* vt Paulus scripserit, quod plus est, emptionem & venditionem esse in *leg. naturalis* 5. §. *primo de præscr. verb.* Ergo debet habere vel omnia, vel saltem quàm plurima, similia venditioni, non omnia ferè dissimilia: qualia sunt ea maximè quæ in hac lege Celsus tradit. Nam & contractus innominati cæteri qui similitudinem aliquam habent cum emptione, & venditione, multa ex eius natura mutuantur, vt cernere est in rerum permutatione *l.* 2. *infr. de rer. permut. l.* 1 & 2. *C. eod.* & in æstimatoria, de qua in *l.* 1. *inf. de æstimat. action.* quod & in aliis cõtractibus innominatis obtinet, similitudinem & adfinitatem aliquam cum alio quolibet innominato contractu habentibus *d. l. naturalis* §. *penult & l. Titius* 24. *eod. tit. de præscr. verb.* DEC. Non potest emptio esse aut venditio, nisi de certo precio conuenerit *dict. leg.* 1. *de rerum permutat. leg.* 2. §. 1. & *dict. leg.* 1. *de contr. empt.* Substantia enim emptionis consistit ex precio *leg. pacta conuenta* 72. *versic. Paulus notat eod. tit.* precium autem licet in pecunia numerata & taxata consistere debeat, § *precium Instit. de empt. & vendit.* non adeò tamen conuertitur cum pecunia numerata, vt quoties pecunia interuenit etiam quæ pro re detur, dicendum sit emptionem esse. Nec enim precium esse potest, nisi id demum de quo inter contrahentes conuenit, vt sit precium, cùm emptio & venditio ex iis contractibus sit qui consensu solo, non etiam traditione perficiuntur, nec possunt à datione incipere. Cùm ergo contractus incipit à datione, vt in specie huius legis, in qua dedi tibi pecuniam vt mihi Stichum dares, nõ potest videri cõtracta emptio, nec rursus permutatio, quæ proximè

BIU Cujas

ad venditionem accedit, quia permutatio non est contractus do vt des, sed do quia dedisti, vt pluribus probauimus *eod.libr.6.Cōiect.cap* 8.*&* 9. nisi cùm præcessit placitum permutationis, vt in *l.ex placito* 3. *C.de rer.permut.d.l.*1.*infr.eod. ill. tit.* Non ergo potest hoc contractus genus esse pro portione, id est, ad similitudinem emptionis & venditionis, sed magis est, vt nulla hîc alia obligatio sit, quàm ob rem dati re non secuta: ex qua proinde certum est nasci condictionem, ob rem dati re non secuta, de qua in lege etiam præcedente, & in toto hoc titulo, quæ tamen actio non excludit aliam actionem, quæ perinde nascitur ex contractu, do vt des, ad id quod interest eius qui dedit eam rem, quam alius vicissim dare debuit, accepisse *dict. leg.naturalis* §.1. *&* §. *at cùm do.* Et ideo benè hîc Celsus ita loquitur, *an & hic nulla alia obligatio est.* vt intelligamus vnicam quidem esse obligationem, sed ex qua tamen duplex actio nasci possit, condictio scilicet & actio Præscriptis verbis, at non etiam actio ex empto, vel ex vendito, id enim duntaxat agit Celsus tota hac lege, vt probet contractum hunc neque emptionem esse, neque similem emptioni: probat autem tribus non rationibus, vt malè scribit Accursius, sed effectibus potiùs, qui dissimilitudinem horum contractuum consequuntur. Nec repugnat quod Paulus scribit in *dict.leg.naturalis* §.1. si pecuniam tibi dem, vt rem accipiam, emptionem & venditionem esse. Id enim debet intelligi suppositis terminis habilibus, *l.tutor* 35.§.1. *sup. de iureiur.* id est, si conuentio de precio præcesserit, aut ea pecunia precij nomine data sit, nam, vt diximus, omne quidem precium consistit in pecunia numerata: sed non è conuerso pecunia omnis numerata precium est, nec proinde necesse est, vt cum Ioanne diuines datam fuisse pecuniam, quasi speciem, puta decem quæ in illa arca sunt, vt in *l.planè* 34. §. *sed si non corpus, vers. sed hoc ita de legat.*1. aut cum Azone, quem Accursius & Bartolus sequuntur, totam huius legis rationem ad id referas, quod de dando non de tradendo Sticho conuenerat. Etsi enim verùm est non teneri venditorem ex vendito, vt det rem venditam, id est, vt dominium eius in emptorem transferat, sed tantùm vt tradat *l.*1.*&* 3. *l.ex empto* 11.§.1. *de action.empt.* magis tamen admodum contractus ineundi respexit Celsus, quàm ad verbum *dandi* vt apparet ex prima illatione, quæ his verbis continetur, *Et ideo si mortuus est Stichus, repetere possum, quod ideo tibi dedi, vt mihi Stichum dares.* Nemo enim non videt eandem rationem locum habituram esse, tametsi verbum *tradendi* pro verbo *dandi* in conuentione adpositum fuisset: perinde namque dici posset, permittendam mihi repetitionem pecuniæ, quam ideo tibi dederim, vt mihi Stichum traderes, cùm hoc casu æquè verum sit, non esse rem secutam ob quam data fuit à me pecunia: quamuis non negem reliquas rationes duas non aliunde, quàm ex *dandi* verbo pendêre.

b *Si mortuus est Stichus, repetere possum.* RAT. DVB. Periculum rei venditæ solet pertinere ad emptorem, etiamsi res nondum ei tradita sit §. *cùm autem Instit.de empt.& vendit.l.*1.*&* 2. *C.de peric.& commod.rei vend.* Ergo & hoc casu periculum Stichi ad me pertinere debet, qui si non emptor saltem emptoris loco sum. Atque ita videtur Paulus concludere in *d.l. naturalis* §.1. *vers. sed si scyphos.* RAT. DEC. Non debet esse melior condicio eius qui contractum innominatum ex suâ parte non impleuit, quàm eius qui impleuit: quæ dutior è contrario esse debet, vt est in eo quod ex parte illius, qui impleuit, locus est pœnitentiæ, non etiam ex parte illius qui nondum impleuit *l.si pecuniam* 5. *supr. hoc tit.* Ergo si pecuniam tibi dederim, vt mihi Stichum dares, periculo tuo debet Stichus viuere, non meo, nec aliud Paulum sensisse putandum est, nisi eo demum casu, quo sic eueniret, vt periculo duplici onerareris, & eius rei quam à me accepisses, & Stichi præterea quem nondum mihi dedisses: vt in specie *d. vers. sed si scyphos.* Tam enim facilè amitti possunt scyphi quàm Stichus perire. Quod non similiter euenit, si dederim tibi quid immobile, quod vel nullomodo, vel longè difficiliùs perire possit, aut pro Sticho pecuniam, quæ licèt & ipsa tanquam mobilis valde lubrica & fragilis res sit, *l.si chorus* 79. §.1. *de leg.*3. facilè tamen eo periculo eximere se potest, qui pecuniam accepit, siue conuertendo eam in nomina, siue in emptionem prædiorum. *Auth. nouissimè C. de adim.tutor.* Atque ita locos istos qui alioquin valde pugnare inuicem videntur, conciliandos esse scripsimus *dict. cap.*10. probabiliùs ni fallimur, quàm si cum Ioanne comminiscaris non fuisse te distracturum Stichum in specie huius legis, quem distracturus fueras apud Paulum, quod planè diuinatorium est: nec distinctio ipsa valde probabilis, tanquam desumpta ex *l.*3.§ *sed si tibi dedero & d l. si pecuniam* 5. §. *vlt. supr.* quos locos Triboniani potiùs quàm Iureconsulti esse ostendimus. Non enim solent prudētes distinguere, an distracturus fueris necne, quod in animi tui destinatione sola positum est, sed an potueris distrahere necne, quod ex rerum statu constituiac discerni facilè potest *l.cùm res* 47.§. *vlt. de legat.*1. Mihi tamen probabilius nunc videtur, & conuenientius verbis Pauli, vt distinguamus an per te steterit, vt Stichum dares, à quo tempore pecuniam meam accepisti, an non, vt si per te steterit, quia cùm primùm dare potuisti non dedisti, hoc ipso videaris esse non solùm in mora, sed etiam in culpa, quamuis nulla interpellatio præcesserit, quæ necessaria esse solet ad moram contrahendam *l.mora* 32. *infr. de vsur.* quasi sit hic vnus ex casibus in quibus mora contrahitur, re ipsa & ipso iure citra vllam interpellationem, vt in *l.*3. *C. in quib.caus. non est necess. in integr.restit. l.curabit* 5. *C. de action.empt. l.Titia Seio* 87.§. *vsuras de legat.* 2. An non enim satis interpellaris, vt mihi des Stichum hoc ipso, quod à me pecuniam accipis, vt Stichum mihi des? Hoc igitur casu Stichum periculo tuo viuere æquum est non meo, cùm tibi imputare debeas, cur nō citius Stichum mihi dederis, cùm dare posses, vt te ab eo periculo liberares. At si per te nō steterit, fortè quòd à me pecuniā acceperis, vt mihi Stichū dares, qui tum erat in prouincia, & Stichus priùs decesserit, quàm in potestatē meam peruenisset, vt eū mihi dare posses, æquiùs certè est periculo meo eum viuere, nec quicquam præstare te debere nisi culpam, vt Paulus loquitur, id est, vt neque culpa tua Stichus perierit, neque post culpam & moram tuam in eo non soluendo cōtractam. Sic enim Paulū intelligo, & quod generaliter scriptum est in *l. pecuniam* 10. *C. hoc tit.* Pecuniam à me datam si hæc causa pro qua data est, non culpa accipientis, sed fortuito casu non est secuta, minimè reperi posse, nec enim casus fortuitus excusat, quem siue culpa, siue mora aliqua præcessit *l.*3.§.1. *vers. sed si Stichus* vbi diximus *supr. hoc tit.* Ex quo textu apparet, id quod à Celso hîc scriptum est, si mortuus sit Stichus repetere me posse pecuniā quā ideò tibi dedi, vt mihi Stichum dares, sic intelligi debere, si non dederis

Stichum

BIU Cujas

Stichum quamplurimum dare potuisti. Neque hæc valde magna, vel improbabilis suppletio est, quam & prima quæ apud Accursium est solutio, confirmat: qua enim fronte possis dicere periculo meo Stichum & viuere & mori, si qua tibi culpa imputari possit? Sequitur,

c *Finge alienum esse Stichum.* RAT. DVB. eadem est quæ ad versiculum præcedentem, quòd hic contractus, si emptio non est, simillimus tamen sit emptioni, cùm ex vna parte pecunia, ex alia verò merx interueniat. Atqui venditor non ad aliud tenetur, quàm vt rem venditam emptori tradat: per quam traditionem fit, vt si dominus est, dominium transferat, sin minus vsucapiendi condicionem, séque de euictione obliget *l. ex empto* 11. §. 1. *de action. empt. l. claubius* 74. *de contr. empt.* nec idcirco quod rem quæ vendita fuit, alienam esse appareat, precij repetitio emptori datur: numquam enim ex contractu nominato datur condictio, nisi cùm certę rei contemplatione contractus initus est, qui alioquin initus non fuisset, & causa illa finalis secuta non est dolo malo emptoris, vt in *l. cùm tefundum* 6. *C. de pact. int. empt. & vendit. iunct. l. ea condicione* 14. *C. de rescind. vendit. iuct.* 3. 5. *& aliis pass. eo. tit.* Ergo & in proposita specie dicendum est, si alienus fuit Stichus quem tu mihi tradideris, non ideò repetere me à te pecuniam posse, sed satis mihi esse debere quòd te habeam de euictione obligatum.

DEC. Contractus quis & qualis sit, & an nominatus an innominatus ex modo ineundi dignoscēdum est *l. si procuratorem* 8. *in princ. infr. mandat. l. non tantùm* 16 *de SC. Maced.* Innominati autem sunt omnes qui incipiunt à datione, nominati enim omnes incipiunt à conuentione *l. iuris gentium* 7. *in prin. & §. 1. supr. de pact.* atqui in contractibus innominatis locus est non solùm pœnitentiæ ex parte illius, qui dat, sed etiam cōdictioni si causa ob quam datum vel factum aliquid fuit, secuta non sit *tot. hoc tit.* Ergo si Stichum alienū mihi tradideris, possum à te repetere pecuniam, quia verum est te Stichum non dedisse, cùm eum non feceris meum, dare siquidem nihil aliud est, quàm dominium transferre *l. vbi autem* 75. §. *vlt. infr. de verb. oblig. l. non videntur data* 167 *de regul. iur.* nec proinde ad dandum sufficit tradere, si is qui dat non sit dominus, quia tradere nihil aliud est quàm possessionem transferre *l. traditio* 20. *de acquir. rer. domin. l.* 3. *& d. l. ex empto* 11. §. 1. *& pass. de action empt.*

d *Et rursus si tuus est Stichus.* RAT. DVB. Si tuus est Stichus, dubitari non potest, quin eum mihi tradēdo eius dominium in me transtuleris *d. l. traditio* 20. *de acquir. rer. domin.* Feci sti ergo quod ex contractu facere debuisti, nec proinde permittendum mihi est, vt pecuniam possim repetere, quam tibi dedi, etiamsi de Stichi euictione nolis promittere siue satisdationem à te exigam siue nudam repromissionem, cū in contractu nihil de eo dictū aut actū sit: aut si ex hoc contractu etiā obligari te de euictione æquum est, agere contra te debeo, vt mihi caueas de euictione saltem per nudam repromissionem non pecuniam repetere quomodo in venditione seruaretur *l. 2. infr. de euict.*

DEC. Non videtur datum etiam id cuius dominium in alium translatum sit nisi quod ita datum est, vt auocari nullo casu possit. Quid enim si priusquam Stichum mihi dares eum alij obligaueris qui postmodum iure pignoris sit à me auocatus, vt in *l. si rem meam* 20. *l. si quis aliam* 46. *l. qui res* 98. *de solut.* Euictio si quidem non vna tātùm est, si quis dominium rei petierit, & euicerit, sed & si quis actione Seruiana experiatur *l. si mancipium* 34. §. *& l. seq. infrà de euict.* quod autem euincitur in bonis non est, *leg. quod euincitur* 190. *de reg. iur.* Ergo vt plenum dominium, & irreuocabile in me transtuliſſe videri possis, non modò translatum à te Stichi dominium esse oportet, sed etiā promissam mihi abs te euictionem nuda saltem cautione: cùm aduersus periculum dubij euētus nullum nisi cautionis remedium adferri possit *l. si post acceptum* 18 *supr. de rei vindic.* Proinde si nolis de euictione te obligare, cùm hoc ipso dubium facias an Stichum irreuocabiliter meum feceris, perinde haberi debes ac si meum non feciſſes, & consequenter teneri eâdem condictione ob rem dati re non secuta: nec enim vlla mihi contra te potest actio competere ad hoc, vt caueas mihi de euictione, cùm de eo nihil in contractu dictum sit, nec veniat ex natura contractus quomodo veniret ex contractu venditionis *d. l. ex empto* 11. §. 1. *de action. empt. d. l.* 2. *l. si dictum* 56. *l. si in venditione* 60. *de euict. l. pacta conuenta* 72. *de contr. empt.* Quamuis si ex hac quoque causa esset interposita duplæ stipulatio, non minus quàm ex causa venditionis committeretur *l. sciendum est* 52. *de euict.* Igitur ex hoc quoque intelligimus differre contractum hunc à contractu emptionis, vt & in aliis duobus, de quibus diximus. Cæterùm obseruandum est, quod & Accursius noster hîc notat, & nos iam in præcedentibus monuimus, non ex omni contractu innominato nasci posse condictionem, sed ex eo tantū qui à datione incipiat siue tibi dem vt des, siue vt facias *d. l. naturalis* 5. §. 1. *& 2. de præscript. verb. & l.* 1. §. *vltim. de rer. permut.* aut ne facias, puta ne quid alienes *l. ea lege* 3. *C. hoc tit.* non etiam ex contractu facio vt des, & facio vt facias *d. l. naturalis* 5. §. *quòd si faciam & sequ.* facta enim sicuti pro infectis haberi non possunt, ita neque condici *l. pen. eod. iunct. leg. in bello* 12. §. *facti autem causæ infr. de capt. & postlim. l. si non sortem* 26. §. *libertus infr. de condict. indeb.* Illud difficilius est, cur etiam ex donatione facta sub modo & certa lege detur condictio hæc ob rem dati re non secuta, si donatarius non impleat, quod promisit *l.* 1. *& 3. C. de donat. quæ sub mod.* quamuis ex hac causa etiam præscriptis verbis actio competat *l. legem* 5. *l. cùm res* 22. *Cod. de donat. l. vlt. Cod. de rer. permut.* cùm donatio videatur esse contractus nominatus, non ab eo solùm tempore quo Iustinianus constituit, vt nudo consensu perficiatur in *l. si quis argentū* 35. §. *vl. C. de donat.* dum ne confundamus pactum de donando cum donatione, sed vetere quoque iure inspecto, cùm suum nomen proprium & elegans habuerit, si Bartolo credimus, qui cōtra Accursiū ita disputat. Sed dicendum est, meo iudicio, donationem licèt habeat, habuerítque iam olim nomen elegans, in modo tamen ineundi similem esse & fuisse semper contractui innominato quatenus non à conuentione vlla incipit, sed à datione & traditione (de hac enim loquimur, non de illa quæ fit per stipulationem, quæque nihil nisi stipulatio est habens donationem pro causa *leg. cùm enim* 6. *infra de nouat.*) fitque nullo tractatu præcedente, quia nec nisi liberalitatem & beneficium continet ex parte donantis *l. interdictum* 14. *infr. de precar. leg. Aristo* 18. *de donat.* vbi hanc ob causam distinguitur donationis causa à negotio & à contractu, vt intelligamus nullum inter donantem & eum cui donatur, geri negotium quod tractetur primum, deinde con-

BIU Cujas

trahatur, nam & inde contractus nomen fluxit, vt benè Iacobus Cuiacius obseruauit. Itaque si propriè & partitè loqui volumus, donatio pura cum nullomodo contractus sit, neque nominatus contractus dici potest, neque innominatus, & stulta est quæstio, an contractus nominatus, an innominatus sit, si neque contractus est. nam cui nomen generis non conuenit, nec nomen speciei conuenire potest, quamuis, quatenus obligat donantem ne pœnitere possit, contractus vim habeat. Quid enim aliud efficere contractus potest, nisi vt inducat obligationem? *dict. l. iuris gentium in princip. & §. 1. supr. de pact.* Vnde est quod pater filiofamilias donare non potest *l. 2. C. de inofficios. donat. leg. siue emancipatis 17. C. de donat.* quòd inter patrem & filiumfamilias nulla possit contrahi obligatio *l. imperator 50. infr. ad SC. Trebellian.* Eóque videtur respexisse Modestinus in *l. eum qui 22. infr. de donat.* cùm ait in bonæ fidei contractibus donationis speciem non deputari, sic innuens quodammodo, esse igitur contractum quatenus omnis obligatio pro cõtractu habẽda est *l. omnem obligationem 20. supr. de iudic.* sed stricti iuris. Quãquam obseruandum est, quod nemo obseruat, in ea lege non de ea donatione agi quæ facta sit per traditionem, quam nos solam negamus contractũ esse, sed de ea quæ per stipulationem, quæ cùm nihil aliud sit quàm stipulatio facta ex causa donationis, vt diximus, vtique non potest non esse contractus, & quidem stricti iuris, vt stipulationes omnes *l. quicquid adstringendæ 99. de verb. oblig.* At cùm donatio per traditionem quidem facta est, sed certa lege & sub modo, non autẽ purè & absolutè, negari certè non potest quin contractus sit, cùm pariat obligationem & actionem ciuilem, quia nimirum eo casu negotium aliquod geritur inter donantem & donatarium, *d. l. Aristo 18. de donat.* sed actionem vtique non aliam, quàm duplicem illam, quæ ex contractu do vt facias, nasci solet, id est, condictionem ob rem dati re non secuta, & præscriptis verbis ad id quod interest donatoris *d. l. 1. C. de donat. quæ sub mod. d. l. vlt. C. de rer. permut. d. l. leg 9. & leg. cùm res 22. Cod. de donat.* quia nec alia inter huiusmodi donationem & contractum do vt facias, differentia est, nisi quæ inter hæc verba *Do* & *Dono*, quoniam quisquis donat dat, sed nõ è conuerso, quisquis dat, donat: nec eo minus tamen retinet donatio hoc etiam casu suũ nomen donationis, quia non minus donat qui certa lege donat, quã qui purè & absolutè, cùm æquè sua sponte liberalitatem hic exerceat, quamuis minorem & certæ rei contemplatione, sine qua non fuerat donaturus: quo casu diximus etiam ex contractu nominato, vt puta venditionis, posse locum esse cõdictioni *d. l. cùm te fundum 6. C. de pact. int. empt. & vendit.* neque tantùm donationis nomen retinet donatio, quæ fit certa lege & sub modo, sed etiã donationis simplicis & inter viuos, nisi cùm facta est sub lege & condicione redhibendi: quo causa sumit nouam denominationem, & dicitur donatio causa mortis *l. Seia 42. in prin. & §. 1. de mort. caus. don.* ex qua tamen sola condictio nascitur ad rem repetendam, cũ casus euenerit, non etiam actio præscriptis verbis *l. Senatus 32. §. 1. eod.* quia nec aliam legem & condicionem habet, quàm vt aliquo casu res donata reddatur, quasi reuocata donatione *l. vbi ita donatur 27. eod. tit.* non quomodo in aliis donationib. sub modo factis, vt donationi satisfiat & donationis lex impleatur, nec. n. donatio sub modo facta reuocari magis potest, aut alias leges & condiciones recipere, quàm si purè & absolutè facta esset, quia perfecta donatio nouas condiciones non admittit *l. perfecta 4. C. de donat. quæ sub modo*, & deliberare donatorẽ oportuit priusquam donaret, an donare vellet nec ne, non ex pœnitentia donationem reuocare *l. possessionem 3. l. velles necne 6. & pass. C. de reuoc. donat.* non. n. beneficio decipi donatarium, sed iuuari oportet *l. in commodato 17. §. sicut autem infr. cõmod.* satisque debet esse donatori, quod habeat donatarium obligatum naturaliter ad αὐτέξουσια *l. sed etsi 25. §. consuluit supr. de hered. petit.* licèt ea obligatio non possit facere, vt eo magis donatio videri debeat cõtractus, quia non ciuilis obligatio est, sed tantùm naturalis *d. l. Aristo.* nec aliter parit obligationem ciuilem, quàm si donationi aliud mixtum sit negotiũ, vt ibidem scriptum est: mixtum autem esse intelligitur, quoties quis donauit lege certa, quod aliter non fuerat donaturus, nõ etiam si donatio causam duntaxat aliquam impulsiuam habuerit, solius enim causæ finalis defectus nõ etiam impulsiuæ parit condictionem. Finalis autem causa ea demum esse intelligitur quæ fauorem donatoris respicit, nõ quæ donatarij *l. 2. §. vlt. & l. 3. eod. l. cùm tale 72. §. falsam causam de condict. & demonstr.* Planè addito donationi pacto aliquo in fauorem donatoris potest donator mutare voluntatem, sed non reuocare liberalitatem, vt Bart. hîc tractat ex *d. l. Aristo & l. quæsitum 8. infr. de seru. export.*

DE CON.

BIU Cujas

DE CONDICTIONE OB TVRPEM, VEL INIVSTAM CAVSAM.

TIT. V.

1. PAVLVS libro 10. ad Sabinum.

OMNE quod datur, ob rem datur, aut ob causam, & ob rem, aut turpem, aut honestam: turpem autem, aut vt dãtis sit turpitudo, non accipientis: aut accipientis duntaxat, non etiam dantis, aut vtriusque. Ob rem igitur honestam datum ita repeti potest, si res propter quam datum est, secuta non est. Quòd si turpis causa accipientis fuerit [a], etiam si res secuta fuerit, repeti potest.

Ad l. 1. Omne quòd.

RAT. DVB. Quicquid ob rem datur, etiam datur ob causam, cùm res illa dandi causa sit, & similiter quicquid ob causam datur, etiam ob rem aliquam datur, cùm non possit causa esse sine re aliqua *l. 2. §. circa infr. de dol. mal. except. l. cùm enim 6. infr. de nouat.* Ergo non debuit Paulus distinguere id quod datur ob causam, ab eo quod datur ob rem, quasi sit duplex condictio, vna ob rem dati re non secuta, altera ob causam dati causa non secuta.

DEC. Vidi ego qui dicerent latius patere nomẽ rei quàm causæ, nõ enim omne quod datur ob rem aliquam, ob causam etiam datur, licèt quod ob causam datur, etiam ob rem detur, si rei nomine intelligas omnia, etiam quæ in faciendo consistunt: sed si ea tantùm quæ dari possunt, habebunt se res & causa tanquam excedentia & excessa. In proposito autem videtur rei nomen sumi strictius pro re danda, non etiam pro re facienda, nomen verò causæ pro re facienda tantùm, nõ etiam pro re danda. Horum tamen sententia improbabilis mihi semper visa est: ita enim fieret vt condictio ob rem dati re nõ secuta nasceretur ex solo contractu Do vt des, non etiam ex illo Do vt facias, & è conuerso, vt ex contractu Do vt facias, nasceretur tantùm cõdictio ob causam dati causa non secuta, non item ex cõtractu Do vt des: quod vtrumque tamen falsum est, vt cõstat ex *l. si procuratori 14. supr. tit. prox.* vbi datur condictio ob rem dati re non secuta, cùm ratihabitio secuta non est quæ tota facti est, itémque ex *tot. tit. de condict. ob caus. dator.* C. Ex quo apparet quantum ad condictionem pertinet, nihil interesse an ob rem an ob causam datum aliquid sit, si modò de re futura vel de causa futura intelligas. Sed si de re futura, & de causa præterita, quomodo Accursius noster benè hanc distinctionem interpretatur ex *l. damus 52. infr. tit. prox.* sicuti cum causam opponimus condicioni, vt in *l. 2. §. vlt. & l. 3. de donat.* aut pœnæ, vt in *l. si iam facta sint 11. de cond. & demonstr.* multum interest, an ob rem futuram aliquid datum sit, an ob causam præteritam. Priore casu locus est condictioni ob rẽ dati re non secuta, de qua in *tit. præced.* quę & condictio dicitur ob causam dati scilicet futuram causa non secuta, quoniam inter rem & causam futuram nihil distat, quemadmodũ nec inter rem futuram & condictionem, sed hoc ita si res ob quam datũ fuit, & quæ secuta non est, sit honesta, vt sequitur in hac lege. At posteriore casu cùm ob causam præteritam aliquid datum est, quæ falsa inuenitur, nõ est locus repetitioni, vt disertè scriptum est in *d. l. damus*, vbi dicemus. Quòd si datum sit nõ quidem ob causam præteritã, sed ob rem futuram, at quæ tamen turpis sit vel iniusta, æquè locus est repetitioni per condictionem, de qua specialiter in *hoc tit. & tit. C. ob turpẽ vel iniustam causam.* Separat enim hic titulus duas illas causas tanquam diuersas (quamuis quod pertinet ad vim condictionis, eundem habeat effectum) quas tamen Accursius noster malè confundit. Turpis enim res dicitur, quæ est contra bonos mores, iniusta verò quæ contra ius & leges, vt in *l. condiciones 14. & l. filius 15. de condict. instit.* neq; verò quicquid est contra ius & leges, statim est contra bonos mores, quamuis è contrario quicquid est cõtra bonos mores, sit etiã cõtra ius ciuile, cuius primum ac potissimum præceptum est quo reliqua duo includũtur, honestè viuere. Adeò latius patent fines honestatis, quàm iuris aut etiam æquitatis *l. non omne 144. de reg. iur. l. semper 42. de rit. nupt.*

a *Quòd si turpis causa accipientis fuerit.* Benè distinguit Paulus, cùm ob rem turpem aliquid datũ est, an turpitudo sit ex parte accipientis tantùm, an ex parte dantis solùm, an ex parte vtriusq;: aliud enim atque aliud iuris in his casibus constituitur. Incipit autem ab eo casu, quo turpitudo sit ex parte solius accipientis: & ait, esse hoc casu repetitionẽ, etiamsi

BIU Cujas

res secuta sit: in eóque differre condictionem hanc ab illa de qua in Tit. superiore, quæ necessariò requirit, vt causa secuta non sit, nisi proponatur secuta post moram, aut post pœnitentiam, vt apud Accursium Ioannes notat ex *l. 3. §. sed etsi tibi dedero & l. 5. §. si seruum supr. tit. prox.* Exemplum est huius versiculi in princip. *l. prox. seq.* si dederim tibi decem ne sacrilegium facias, aut furtum, aut ne hominem occidas. RAT. DVB. Turpe est sacrilegium, aut furtum facere, aut hominem occidere, cùm sint hæc omnia non modò contra leges, sed etiam contra bonos mores, & publicam honestatem lædant *l. generaliter 26. & seq. de verb. oblig. l. condiciones 14. & seq. infr. de condic. instit.* Ergo sacrilegium, aut furtum non facere, & hominem non occidere honestum est, ac proinde quod eam ob causam datum est, ob turpem causam datum videri non potest. DEC. Honestè quidem facit quisquis à furto, sacrilegio, & homicidio se abstinet: sed turpiter, qui vt se abstineat, pecuniam ab aliquo accipit. Debet enim sua cuique innocentia sibi esse præmium, nec amore pecuniæ, sed solius virtutis, adeóque nec pœnæ formidine à sceleribus abstinendum est, & ad publicam vtilitatem maximè pertinet, vt solâ legum authoritate coerceantur homines, ne delinquant, qui solo virtutis amore ad innocentiam inuitari non possunt, quæ nunquam venalis esse debet *l. iuris gentium 7. §. si ob maleficium supr. de pact.* qui enim pecuniam accipit ne maleficium faciat hoc ipso testatur se facturũ fuisse si pecuniam non accepisset, quod ipsum per se solũ turpe est. Turpitudo enim delictorum omnium non tam in delictis ipsis, quàm in voluntate delinquendi consistit, quamuis cogitationis solius pœnam nemo patiatur *l. qui iniuriæ. 53. in princip. infr. de furt. iunct. l. cogitationis 18. de pœn.* Sic Papinianus dicebat liberos ad paterna obsequia meritis prouocandos, non pactionibus adstringendos, vt Iustin. refert in *l. si quando 35. C. de inoff. testam.* Similiter è contrario accidit aliquãdo, vt accipiatur quid honestè ob id quoque, quod tamen turpiter fiat, vt in pecunia, quæ meretrici datur. Etsi enim turpiter facit quòd sit meretrix, honestè tamen accipit cùm sit meretrix *l. 4. §. sed & quod meretrici inf. hoc tit.* Porrò quod turpiter accipitur, honestè iustéque condicitur, cùm ex parte solius accipientis turpitudo versatur. Nam si vel ex parte solius dantis, vel ex parte vtriusque, aliud dicendũ est, nec vlla dari potest cõdictio *l. 3. & 4. §. quoties infr. hoc tit. l. 4. & l. pen. C. eod. l. 1. supr. de calũniat.*

2. VLPIANVS libro 26. ad Edictum.

VT puta, dedi tibi, ne sacrilegium facias, neu furtum, néve hominem occidas. in qua specie Iulianus scribit, si tibi dedero, ne hominem occidas condici posse. Item si tibi dedero, vt rem mihi reddas depositam apud te, vel vt instrumentum mihi redderes.

Ad l. Vt puta. 2.

Adferuntur in hac lege ab Vlpiano exempla duorum generum in quibus pecunia non datur turpiter, sed accipitur tamen turpiter, ita vt ex parte solius accipientis turpitudo versetur, ideóque & condictioni locus sit, de qua in hoc tit. *ob turpem causam.* Priora illa sunt de quibus proximè diximus, si pecuniam tibi dederim, ne maleficium facias puta sacrilegium aut furtum, aut homicidium. Posteriora verò hæc duo, si pecuniam tibi dedero, vt mihi rem apud te depositam reddas, vel vt meum instrumentum. RAT. DVB. & DEC. eadẽ ferè quæ ad finem legis præcedentis: qui enim depositum reddit vel instrumentum, licèt accepta pecunia, facit tamen quod debet. Nihil ergo turpiter: sed tamen verum est, illum accipere pecuniam ob turpem causam, cùm accipiat ob id tantùm ne sit perfidus qui alioquin, si pecuniam non accepisset, perfidus futurus fuisset. Nam quid aliud est, pecuniam te accipere, vt depositum mihi reddas, quàm facto ipso testari te nolle reddere, si nulla detur tibi pecunia? Atqui parùm distat à fure, qui depositi restitutionem denegat, cùm hoc ipso furtum faciat, ideóque etiam furtiua condictione teneatur *l. si quis inficiatus 13. §. 1. infr. depos.* neque ergo valde interest, an accipias à me pecuniam ne furtum facias, an vt depositum mihi reddas, licèt vno casu causa dandæ pecuniæ sit affirmatiua, alio autem negatiua: quoniam effectu ipso res tota eodem recidit. Et vtroque casu turpitudo versatur, non quidem ex parte dantis, sed ex parte accipientis tantùm, ideóque non impeditur condictio *l. vlt. in princip.* quę ita accipienda est, quomodo benè interpretatur Accursius licèt verba illa repugnare videantur, *tamen turpiter datum est infr. hoc tit.* Nec tantùm condictio pecuniæ hoc casu competit, sed etiam actio depositi si pecuniam acceperis, vt depositum redderes *d. l. vlt. in fin. infr. l. vlt. inf. depos.*

1 ¶ Sed si dedi, vt secundùm me in bona causa iudex pronunciaret: est quidem relatum, condictioni locum esse. sed hic quoque crimen contrahit: iudicem enim corrumpere videtur. & non ita pridem Imperator noster constituit, litem eum perdere.

Ad §. 1. Sed si dedi.

Duplex huius §. sensus adfertur ab interpretibus. Vnus ille, vt si quis iudici pecuniam dederit, vt secundum se pronunciet, distinguendũ sit, an bonam causam habuerit, an verò malam, & iniustam, & quidem si bonã causam habuerit, possit cõdicere quod dedit, quasi hoc casu turpitudo versetur ex parte accipientis tantùm, vt in aliis exemplis, de quibus dictum

BIU Cujas

ctum prius est, si verò malam & iniustam, non possit condicere, quòd eo casu turpitudo versetur non minus ex parte dantis, quàm ex parte accipientis. Alter sensus est, vt neutro casu condictio locum habeat, quia in vtroque turpitudo interueniat ex parte vtriusque. Priorem interpretationem quam Bartolus probat, coniunctio legis sequentis adiuuat, in qua tractari incipit de eo casu quo & dantis & accipientis turpitudo versetur quasi de eo casu nondum tractatum sit in lege præcedente, sed de illo tantũ quo ex parte solius accipientis adsit turpitudo: item quod in dictæ legis sequentis fine scriptum est *veluti si pecunia detur, vt malè iudicetur*. Quid enim faceret dictio illa *malè* si non aliud dicendum esset, quamuis data esset pecunia, vt benè iudicaretur? At in contrarium & pro posteriore interpretatione illud vrget fortiter, primùm quod Vlpianus postquam varios casus attulit, in quibus condictio locum habere debeat, quia in iis nulla turpitudo sit, nisi ex parte accipientis, subiungit hunc casum per aduersatiuam, *sed si dedi*, tanquam non modò diuersum, sed alio etiam iure censendum, & in quo nullus condictioni locus esse debeat, propter mixtam ex vtraque parte turpitudinem. Deinde, quòd postquam retulit Vlpianus, non defuisse ex prudẽtibus, qui responderint dandam ei condictionem, qui iudici pecuniam dedit, vt secundùm se in bona causa pronunciaret, quasi nulla in eo esset turpitudo nisi ex parte iudicis, statim contrariam suam opinionem subiicit, cùm adfert rationem propter quã contrà ipse sentiat, illis verbis. *sed hic quoque crimen contrahit*. Sensus enim est, non illum duntaxat, qui dat pecuniam iudici, vt malè iudicet, sed hunc quoque qui dat vt pro se in bona causa iudex pronunciet, crimen contrahere. Non enim minus hic, quàm ille iudicem corrumpere videtur, adeò vt ab Imperatore Antonino constitutum sit, litem eum perdere, & actionem amittere, quòd diffidentia iustæ sententiæ in pecuniæ corruptela spem negotij reposuerit, vt habet *l. 1. Cod. de pœn. iudic. qui mal. iudic.* Nec sanè video quid ad hanc rationem pro Bartolo respondere quis possit, non enim negari potest, quin crimen contrahat & delinquat etiam hic, qui pecuniam dat vt benè pro se iudicetur, cùm nihil veret & bonam causam illum habere, & tamẽ quia de victoria certus esse non potest, in pecuniæ corruptela potius spẽ negotij reponere. nam quemadmodum qui malam causam habet, potest tamen casu obtinere, vt loquitur *l. posthumus 6. §. 1. supr. de inoff. testam.* (vnde est quod nostri sententiam iudicis siue bonam siue malam, inter casus fortuitos nõ malè enumerant) ita & qui bonam causam habet, succumbere facilè potest, non tantùm per sordes, aut per gratiam vel imperitiam iudicis, sed etiã casu, id est, per imprudentiam iudicis ad facti circumstantias non satis prudenter attendentis *l. si per imprudentiam 51. infr. de euict. l. exceptione 67. de fideiuss. leg. seruo 65. §. cùm prætor inf. ad SC. Trebell. l. & ex diuerso 35. §. 1. supr. de rei vindic.* Porrò delictum & crimen vbicũq. est, ibi etiam vt turpitudo sit necesse est. Quòd ergo data sit iudici pecunia pro bona causa, facere nõ potest vt eo magis cõdictioni locus esse debeat, cũ nec possit facere, vt eo minus turpitudo ex parte dantis quoque versetur. Atq. ita omnino cõtrà Bartolum pro Vlpiano sentio. Nec me mouet quod in *l. prox. seq.* Paulus tractãs de eo casu quo turpitudo ex parte vtriusq. versetur, ponit datã esse iudici pecuniã vt malè iudicetur, nõ quia putẽ Paulum ex eorum numero esse quos Vlpian. perstringit, cùm nec Antonini cõstitutionem, nec ratiocinationẽ Vlpiani ignorare potuerit, sed quia cùm alius casus esset cõtrouersus quo data sit pecunia iudici ad benè iudicãdum, maluit & debuit Paulus exemplũ adferre quod positũ esset extra controuersiã de pecunia data iudici, vt malè pronuncietur, quo casu nemo dubitat, quin turpitudo sit ex parte vtriusq. nec proinde quin ea ratione cõdictio impediatur: sed qui diligentius rẽ perpendũt, idẽ iuris esse vident, tametsi pecunia data sit iudici, vt benè iudicetur. Nam nec pœna iacturę litis, quã induxit Antoninus, ad alium pertinere potest, quã ad eũ qui bonã causã habeat, cùm in iactura malæ & iniustæ litis dãnum nullum esse possit. Etsi verò aliud est litẽ principalem amittere, aliud verò condictionẽ non habere, quis tamẽ æquum putet quod vult Bartolus, vt qui ob crimen quod cõmisit dãdo iudici pecuniã, amittit litẽ, habeat nihilominus datæ pecuniæ condictionẽ? An nõ hoc esset frui minorib. eũ, qui careret maioribus? quomodo Papinianus loquitur in *l. cui pacto 5. de seru. export.* Sunt qui putent hunc §. cum *l. seq.* sic coniungẽdũ esse, vt vtroq; loco vnus quasi syllogismus cõtineatur, cuius prima propositio sit in hoc §. secũda verò in *l. seq.* in hũc modum: cũ quis vt in bona etiã causa secundũ se iudicetur, dat iudici pecuniã, crimẽ contrahit, ac proinde turpiter facit dãdo, nõ minus quã iudex accipiendo. Atquin vbi & dãtis & accipiẽtis turpitudo versatur, dicimus nõ posse repeti, veluti si pecunia detur, vt malè iudicetur, sola deest cõclusio quæ tamen ex dictis propositionib. colligi facilè ac suppleri põt. Sed ne hãc quoq. interpretationẽ probare possim, illud facit nõ solũ q̃ diuersorũ Iurecõsultorũ hę leges sunt, sed etiã q̃ lex sequẽs lõgè melius cũ fine legis primę, quę eiusdem Pauli est, quã cum fine legis huius cõnectitur. Nec rursus huic interpretationi cõuenire possũt verba vltima legis sequentis, *veluti si pecunia detur vt malè iudicetur*. Nã cum prima propositio sit de eo qui pecuniã dedit, vt benè iudicetur, mutarentur termini si minor propositio esset de eo qui dedisset pecuniã, vt malè iudicaretur, constaretq. hic syllogismus ex quatuor terminis, quod non ferunt Dialectici, neq. bonum esset argumentũ ab eo qui pecuniam dedit pro obtinenda sententia in mala causa, ad eum qui dedisset in bona, nisi præsupponeres, & probares ex parte illius quoque turpitudinem versari: quod certè ita est. *Ratio* igitur *dubitandi* ad hunc §. illa est, quod cùm dedi pecuniam iudici, vt secundum me in bona causa pronunciaret, nulla videatur ex parte mea esse turpitudo, quæ impedire debeat cõdictionem. Sed *decidendi* fortior illa, quod imò ex mea quoque parte turpitudo est, quandoquidem hîc quoq. crimen contrahitur, (sic enim legendũ est, non vt vulgo *cõtrahit* cùm de me in prima persona locutus esset Vlp.) saltem post supradictam Antonini constitutionem in *d. l. 1. C. de pœn. iudic. qui mal. iudic.* quæ sanè videtur vt & aliæ pleræque Imperatorum cõstitutiones ex non delicto fecisse delictum: vt ante eã non valde errauerint, qui condictioni locum dederunt. Nec mirum videri debet, quod Bartolus obiicit pro absurdo, vt lex sequens nihil addat ad hanc legem si nostra interpretatio recipiatur. Fateor enim ita esse: sed addidit Antoninus ad ius vetus, eiusque rationẽ hac parte immutauit, non principaliter (nec enim de danda vel deneganda condictione quicquã constituit) sed per necessarias tamẽ cõsequẽtias, quia delictũ nullũ etiã quod tale factũ sit,

BIU Cujas

ex non delicto, potest esse sine turpitudine: nec turpitudo ex parte dantis cum condictione vnquam concurrere. Denique sufficit vt hæc lex addat aliquid ad legem sequentem, licèt lex sequens nihil ad hanc addat. Quid? An ergo retinebit iudex pecuniam, quam turpiter acceperit ad iudicandum siue benè siue malè? Retineret vtique, si non ei cum alio res esset, quàm cum eo qui dedit, ob regulam, quæ ponitur in *l. seq.* quòd vbi dantis & accipientis turpitudo versatur, non possit quod datum est, repeti. Non enim hîc locum habet quod aliàs dici solet, in re obscura melius esse fauere repetitioni quã aduentitio lucro *l. non debet actori* 41. §. 1. *de reg. iur.* nec enim res obscura est, cùm apparet ex parte dantis adesse turpitudinem. Benè tamen hoc casu prouisum est à Iustiniano *Nouell.* 124. *vt litig. iu. in exord. lit.* c. 2. vnde sumpta est *Auth. Sed nouo iure C. de pœn. iudic. qui mal. iudic.* & constitutum vt fisco ea pecunia applicetur. Quærit Accursius, quid si pecunia iudici non data, sed tantùm promissa sit, pro ea verò data sint pignora, an possint repeti? Et respondet posse, quia non magis possit pignus accedere obligationi inefficaci quàm ei quæ nulla est *arg. leg.* 3. §. 1. *infra de constit. pecun.* Idem tamẽ putat ad *l.* 2. *C. eod. tit.* distinguendum esse, an velit is qui dedit, agere vindicatione, an pignoratitia, vt pignoratitia quidem nõ possit, quia pignus nullum est, sed tamen vindicatione possit, quia rei pignoratæ dominus manet. Vltramõtani, quos Bartolus refert, negant vindicationẽ posse magis, quàm pignoratitiam competere, quoniam aduersus vindicationem obiici possit conuẽtio pignoris, quam si velit is qui vindicat, elidere per replicationem illam, quòd ea pignoris cõuentio facta sit ob turpem causam, non sit audiendus tanquã qui propriam in eo alleget turpitudinem. Bartolus verò defendit, imò verò vtraque actione agi posse, cùm neutra fundetur, inquit, ex turpitudine agẽtis, sed ex alio, quamuis in replicatione quæ ad iuuandum agentis intentionem necessaria est, turpitudo ipsius allegetur, secundùm ea quæ idem Bartolus tractat ad *l. aliàs* 18. vbi diximus, *supr. de iureiur.* Subiungit tamen Bartolus posse has opinionum varietates & difficultates euitari, si is qui dedit pignora malit agere, vt à principali obligatione liberetur tãquam facta ob turpẽ causam ex *l.* 1. *hoc tit.* vt eo modo sublata principali obligatione pignoris quoque obligatio quæ non nisi accessoria est, euanescat. Mihi Vltramontanorum sententia magis placet. Qui enim pecuniam turpiter iudici promisit, eóque nomine pignus dedit, fieri certè non potest, quin turpiter quoque pignus dederit, ideóque non magis ei permittendum est, vt condicat possessionem pignoris (nam de condictione proprietatis tractari hîc nihil potest, cùm proprietas per pignus non transferatur *l. cùm & sortis* 35. §. 1. *de pignor. act.*) quã vt condicat pecuniã si eam dederit, nec fauorabilior potest esse hac parte condictio pignoris aut etiam possessionis, quàm proprietatis. Vt verò vindicet rem pignoratam, non magis ei permittendum est, quia licèt dominus maneat, pignoris tamen dati exceptione repellitur, nec replicare potest datum esse pignus ob turpem causam: quoniã ita fieret vt propriam turpitudinem allegaret, quod non magis per replicationem facere potest, quàm per actionem instituendam. Est enim generalis sententia huius tituli, quicquid dicat Bartolus, vt nullum possit auxilium ei competere, qui turpiter quid fecit siue ex turpitudine illa suam fundet intentionem siue replicationem tantùm, quandoquidem semper actor est. Qui enim conuenitur, licèt ipse quoque turpiter fecerit, nullo tamen auxilio indiget, vt vincat, cùm sit ipse possessor, & hoc ipso fauorabilior in pari causa *l. vti possid.* 2. *l. fauorabiliores* 124. *de regul. iur. l.* 1. *infr. de pignor.* Nec alia Iureconsulti sententia est, in *d. l. aliàs* 18. *in fin. sup. de iureiur.* vt ad eum locum docuimus. Quod verò addit Bartolus posse illum qui dedit pignus, agere vt liberetur à principali obligatione tanquam facta ob turpem causam ex *l.* 1. *C. hoc tit.* æquè ineptum est, non solùm quòd principalis obligatio nulla sit, quæ turpem causam habet *l. generaliter* 26. *& seq. infr. de verb. oblig.* ideóque nec liberatio vlla sequi possit, quæ præcedentem aliquam supponit obligationem, sed etiam, quia quod scriptum est in *d. l.* 1. ad eum casum pertineat, quo quis ex promissione ob turpem causam facta conueniatur, non quo agat, vt ex interpretibus nostris ij obseruarunt, qui hac parte cõtra Bartolum responderunt, eiusdem enim iuris & æquitatis est agere quẽ vt liberetur ab obligatione ob turpem causam contracta, quod nihil aliud est quàm condicere ipsam obligationem, & agere ad repetitionem pecuniæ. Quid? si principalis obligatio & pecuniæ promissio nulla est, vt diximus, quomodo potest pignoris obligatio, quæ nõ nisi accessoria est, subsistere? Respõdeo non quidem subsistere, sed tamẽ pignoratæ rei retentionem, perinde saluam esse ei, qui pignus accepit, ac si res vinculo pignoris teneretur, cùm possessionem per manus domini, ac sine vitio acceperit. Itaque si vindicatione cõueniatur, tueri se debet, non exceptione conuenti pignoris, vt Vltramontani nostri putabant, in quo errasse mihi videntur, sed nuda exceptione traditæ possessionis. *si non per teipsũ tradita mihi huius rei possessio est ob causam ex tua quoque parte turpem*, cùm non tam de ipsius iure quærendum sit, quàm de non iure actoris qui rei suæ possessionem quam nunc auocare vult, vltrò amisit, & transtulit ex turpi causa, vt in *l. 3. in fin. infr. de pignor. l. militis* 36. §. *veteranus in fin. infr. de testam. milit.* Vnde fit, vt si quo casu hãc possessionẽ postea iudex amittat, qui pignus accepit, non sit ei permittendum, vt prætextu pignoris quod re vera nullum fuit, possessionem illam repetat, cuius nimirum retinendæ dũtaxat ius habet, non etiam reposcendæ, vt in *l. in hoc iudicium* 14. §. 1. *supr. commun. diuid. l. si in area* 33. *inf. tit. prox.* habiturus proculdubio etiam reposcendæ si pignus tenuisset.

3. PAVLVS libro 10. ad Sabinum.

VBi autem & dantis & accipientis turpitudo versatur: non posse repeti, dicimus. veluti si pecunia detur, vt malè iudicetur.

Ad l. Vbi autem 3.

RAT. DVB. Nunquam æquum est, vt quis ex aliena iactura locupletetur *leg. nam hoc naturæ* 14. *infr. titul. prox. l. iure naturæ* 206. *de regul. iur.* ne tum quidem cùm honesta causa dandi & accipiendi fuit, quantò minus si ex turpi & inhonesta? Ergo etiam si dantis simul & accipientis turpitudo versetur, non

BIU Cujas

non est tamen ferendum, vt qui turpiter rem accepit, eam retineat, & ex eius qui dedit damno locupletior fiat.

DECID. Quoties nihil sine captione inuestigari potest, id sequendum est, quod minimum habet iniquitatis *leg. quoties nihil 200. de regulis iuris.* Atqui vtrumque certè iniquum est, & eum, qui turpiter dedit, actionem habere ad repetendum id, q dedit, cùm turpitudinis suæ pœnam illam pati debeat, vt nullam habere debeat repetitionem: & eum quoq; qui turpiter accepit, retinere, cùm æquè publicâ honestati offenderit, & primũ iuris præceptũ, quod in honestè viuendo consistit. Et tamen alterutrum euenire necesse est, vt vel is, qui turpiter accepit, retineat, aut qui turpiter dedit, condicat: cumque ius omne aut in acquirendo, aut in conseruando, aut in amittendo versetur, vt ait *lex vlt. suprà De legibus*, non magis hic, quàm ille auxilio iuris vllo dignus esse potest siue ad acquirendum, siue ad retinendum. Minùs tamen iniquum est, retentionem dari ei, qui accepit turpiter, quia iniquius & difficilius est dari actionem, quàm retentionem: actio enim non datur nisi iure, retentio autem plerumque occasione magis, quàm iure, vt loquitur *lex secunda De riuis*, id est, non tam quòd æquitas aliqua suadet dari retentionem, vt cum quid retinetur ex vi naturalis alicuius obligationis, vt in *leg. naturales 10. De obligation & action.* aut in specie *leg. in hoc iudicium 14. §. 1 Commun. diuidend. & leg. si in aream 33. infrà titulo proxim.* quàm quia nemo sit qui rem euincat, aut possit euincere, quo casu nec si contra possessorem iudicatum esset, possessio tamen ei auferri posset, & etiam post condemnationem habere ei liceret *leg. habere licere 57. De euiction.* Hoc enim est, quod solemus dicere, In pari causa, vel potiùs in pari non iure vtriusque potiorem esse causam possidentis *leg. penultima infr. hoc titulo. leg. 2. Cod. eod. leg. vltim. in prin. infr. De condict. sine causa.* & aduersus extraneos, id est, nullum ius habentes ad agendum & ad auocandam possessionem, etiam illam, quæ vitiosa sit, prodesse *leg. vltim. infr. De acquirenda possessione*, quia quisquis possidet, quamuis nullo iure, hoc ipso tamen plus iuris habet, quòd possidet, quàm qui omnino non possidet *leg. 2. infr. vti possideris.* Denique habet retentionem potius quàm ius retentionis. Quamquam non semper fit, vt qui turpiter accipit, ab eo, qui ipse quoque turpiter dedit, retentionem habeat. Extorquetur enim lucrum ei aut à fisco, si ex parte dantis adsit etiam turpitudo, aut ab eo ipso qui dedit, si non ipse turpiter dederit *leg. in heredem 5. in princip. suprà De calumniat.* Quid ergo si quis rem aliquam indiuiduã dederit, puta seruitutem, ob causam aliquam partim turpem, partim honestam? De hoc enim quærit Accursius, vtrum totius rei danda sit aut retentio, aut condictio, cùm pro parte dari non possit. Et respondet, quod & Bartolus probat, non malè præualere honestam causam debere, non vt totum condicatur, quomodo tamen sensisse videtur Accursius ex *leg. 3. §. 1. infra De iure fisc.* sed vt æstimatio partis reddatur *argument. leg. cum filius 76. De legat. secun.* licèt aliquando accidat, vt potentior sit causa, quæ nocet, quàm quæ prodest *leg. 3. §. vtim. infr. De Senatusconsulto Silan.* & dici soleat, in indiuiduis vtile vitiari per inutile, *leg. penultim. in fin. De iur. codic. leg. cùm pater 77. §. tum existimaret, De leg. secund. leg. stipulationes non diuiduntur 72. De verborum obligation.* Datur tamen interdum repetitio totius propter indiuiduitatem, vt ita loquar, vt in specie *leg. si non sortem 26. §. si centum infr. titul. proxim.* nimirum propter errorem qui proponebatur eo loco interuenisse in solutione, vt Bartolus explicat. Idem Bartolus bene Accursium reprehendit, quòd quæstionem concipiens de re indiuidua, promiscuè adfert exempla seruitutis, & equi, quasi equus perinde indiuiduus sit atque seruitus. Quod certè non ita est. Habet enim equus suas partes iuris, licèt diuisione corporis nullas partes habeat, non solùm actu, vt in specie *leg Mæuius 66. §. duorum De legat. secund.* sed neque potentia. Cæterùm potest quis habere dimidiam aut tertiam, aliámve quamlibet partem equi, sicut & hominis perinde ac alterius speciei cuiuslibet *leg. 2. in princip. De verbor. obligat. leg. stipulatus sum 9. §. 1. De solution.* At seruitus, quæ tota & in iure consistit, & iure indiuidua est, nullas omnino partes admittit, ne quidem iuris intellectu: alioqui iure indiuidua dici non posset. Est ergo equus indiuiduus quidem ipsa in re, sed non ipso iure, aut, vt loquar cum pragmaticis, indiuiduus est de facto, non de iure: at seruitus, libertas, & si qua alia sunt huiusmodi, non minus de iure, quàm de facto indiuidua sunt. Quod non satis bene videtur intellexisse, aut explicasse Bartolus, qui equum absolutè negat esse indiuiduum, cum tamen aliquo sensu sit etiam indiuiduus.

4. VLPIANVS libro 26. ad Edictum.

IDem, etsi ob stuprum datum sit. redemerit se. cessat enim repetitio. Idque Sabinus & Pegasus responderunt. Item si dederit fur, ne proderetur, quoniam vtriusque turpitudo versatur, cessat repetitio. Quotiens autem solius accipientis [a] turpitudo versatur: Celsus ait, repeti posse. veluti si tibi dedero, ne mihi iniuriam facias.

BIU Cujas

Ad l. 4. Idem etsi ob stuprum.

Exempla hæc alia sunt eius propositionis quæ tradita est in lege præcedente, vbi dantis & accipientis turpitudo versatur, non esse locum repetitioni, vt puta, si quis ob stuprum faciendum dederit, vel si quis in adulterio deprehensus se aliquo dato redemerit: item si fur ἐπαυτοφώρῳ deprehensus aliquid dederit ne proderetur, nam hoc casu quoque versatur ex vtraque parte turpitudo, & ex parte furis & ex parte illius qui pecuniam accipit ne prodat: etsi enim furem prodere & indicare nemo cogitur, turpiter tamen pecuniam accipit, qui accipit ne indicet, vt benè noster ratiocinatur Accursius ex §. *si tibi infr.* vbi additur posse me condicere, quod à fugitiuo meo quis acceperit, ne eum indicaret, quasi & ipse fur sit, aliud verò iuris esse, si quis pecuniam acceperit, vt furem, vel fugitiuum indicet, quia non accipit hic turpiter, cùm fures detegi & indicari etiam reipublicæ intersit, ne impunita furta remaneant. Eadem igitur ratio dubitandi & decidendi est ad huius legis initium, quæ ad legem præcedentem. Sed illud tamen obseruandum est, quod Accursius non omisit, si quis in furto vel adulterio, alióve flagitio deprehensus, dederit aliquid, vel promiserit, ne occideretur, vel in vincula coniiceretur, etiam illo casu quo iure id fieri non potuerit, posse illum repetere per actionem quòd metus causa id quod per condictionem ob turpem causam repetere non posset, quia ad hunc quoque Prætoris edictum pertinet *l. nec timorem 7. versicul. Proinde si quis in furto & l. seq. supr. De eo quod met. caus.* vbi diximus, nam in actione quod metus causa nihil aliud inquirit Prætor, nisi vtrum metu aliquo illato quid gestum sit *dict. leg. isti quidem* 8. in condictione autem ob turpem causam non tantùm, an turpitudo aliqua fuerit ex parte accipientis, sed etiam ex parte dantis, cùm non sit ferendum, vt aduersario turpitudinem obiiciat is, qui prior ipse turpiter fecerit, nisi enim prior ipse turpiter dedisset, alius turpiter accipere non potuisset: verúmque est eum aduersarij turpitudini causam dedisse.

a *Quoties autem solius accipientis.* Hoc quoque iam diximus & explicauimus *ad l. 1. §. vltim. & ad l. 2. in princip. supr.* vnde petendæ sunt rationes dubitandi & decidendi *ad hunc versiculum.* Nihil enim refert potest, an à me pecuniam acceperis, ne sacrilegium aut furtum facias, an verò ne iniuriam: nam & illis casibus iniuria fit, nisi quod iniuriæ nomen latiùs patet tanquam genericum. Iniuria enim dicitur, quicquid non iure fit *l. 1. infr. De iniur.*

1 ¶ Sed & quod meretrici datur, repeti non potest, vt Labeo & Marcellus scribunt: sed noua ratione non eò, quòd vtriusque turpitudo versatur: sed solius dantis. illam enim turpiter facere, quòd sit meretrix: sed non turpiter accipere, cùm sit merettrix.

Ad §. 1. Sed & quod meretrici.

RAT. DVB. Nulla speciali & noua ratione opus est, vbi vetus sufficit, & quæ sit ex iure communi *l. in causæ 16. in princip. supr. De minor.* est enim semper ius commune fauorabilius speciali *l. Imperatores trigesim. De reb. author. iudic. possid. aliàs l. decimaquarta. De priuileg. credit.* Atqui ex iure communi est, vt quoties dantis & accipientis turpitudo versatur, toties cesset repetitio, secundùm ea quæ proximè diximus, & ad legem præcedentem. Ergo non alia noua, aut melior ratio quærenda est, cur id quod ob turpem causam datum fuit meretrici, id est, ob stuprum, repeti non possit, cùm eo casu turpitudo versetur ex vtraque parte & meretricis, & eius qui dedit. DEC. Turpiter quidem facit meretrix, quòd sit meretrix, sed non accipit turpiter quod ei etiam tanquam meretrici datum est, cùm sit meretrix, vt eleganter ac subtiliter Labeo & Marcellus dixerunt, quod fortassis ante eos nemo dixerat, adeò fuit difficile veteribus distinguere actiones istas meretricias, quæ perpetuò se concomitantur. Omnes quidem in hoc consenserunt, vt quod meretrici datum esset, repeti nunquam posset, quia nec dubitare quisquam potuit, quin hoc casu versaretur turpitudo ex parte dantis, quæ sola vtique sufficit ad impediendam repetitionem: sed non obseruarunt veteres ex parte solius dantis versari eo casu turpitudinem, non etiam ex parte accipientis, quod cùm accidit, longè minorem dubitationem res habet, quin cessare debeat repetitio: quisquis enim proponit condictionem ob turpem causam, fundat eam ex aduersarij turpitudine non ex sua. Itaque nemo vnquam dixit condictione ista teneri eum qui non acceperit turpiter: proinde non impugnarunt Labeo & Marcellus veterum sententiam, quæ illa fuit, vt quod meretrici datum esset ob stuprum, condici non posset, sed rationem duntaxat qua mouebantur. Dices primam causam inspici debere potiùs quàm secundam, vt causa faciendi magis spectetur quàm factum ipsum, quomodo eleganter Vlpianus noster loquitur in *lege verum est, si meretricem trigesima nona infr. De furt.* vbi hanc ob causam respondet, quod à proposito nostro non valde abhorret, si alienam ancillam meretricem rapuerit quis, vel celauerit furtum non esse, quia causa faciendi libido fuerit, non furtum. Sed respondebo cum Bartolo, primam causam eo casu tollere causam & effectum secundi actus, quia facit cessare non quidem dolum, vt malè addidit idem Bartolus, sed animum furandi, sine quo furtum non committitur

BIU Cujas

mittitur. §. *placuit Instit. de action.* In proposito autem actus posterior meretricis in accpienda pecunia non tollitur per primam causam turpem, quæ fuit libidinis, sed potiùs fit in eius consequentiam, nec tamen turpiter, cùm meretrici liceat etiam honestè pecuniam accipere ex qua victitet. Secunda igitur causa & immediata spectanda est non primaria. Verùm quid si pecunia meretrici non data sit, sed promissa tantùm, an peti poterit? Accursius negat, quia turpis sit stipulatio ex *leg. generaliter 26. & sequen. leg. si flagitij 123. De verbor. obligat.* & quia multa retineri honestè possint, quæ non perinde honeste peti possent *leg. 1. §. 1. De var. & extraord. cognit.* Sed Bartolus Vltramontanos nostros & Cynum sequutus contrà putat, & veriùs. Non enim turpis videri potest stipulatio eius pecuniæ, quæ non turpiter accipi posset, & adfectionis gratia neq; honestæ, neque inhonestæ donationes sũt prohibitæ, puta circa meretrices, vt generaliter scriptum est in *leg. adfectionis 5. infr. De donat.* Constat autem donationem fieri posse non minus per stipulationem, quàm per traditionem *l. Papinianus 23. l. cùm hic status 32. §. & generaliter cum l. seq. & pass. De donat. int. vir. & vxor.* solæque donationes excipiendæ illæ sunt, quæ à milite fiunt focariæ *l. 2. Cod. de donat. int. virum & vxorem iunct. l. donationes in concubinam 31. in princip. inf. de donat.* vel ab adolescente, id est, à minore annis viginti quinque luxurioso aut etiam à maiore, si fiant per viam mandati *l. si verò non remunerandi 12. §. si adolescens infr. mandat.* vbi prioris propositionis ratio redditur, quia videtur credere perditurο minori, qui mandatu eius soluit, aut fideiubet pro meretrice, posterioris verò, quasi aduersus bonam fidem mandatum illud sit, quæ ratio supponit mandatum esse contractum bonæ fidei, & actionem quoque mandati: proinde non posse illam ex hac causa competere. Non magis igitur contra maiorem, quàm contra minorem, cùm generalis ratio sit, quod non satis bene obseruatum est à Bartolo, nostrisque interpretibus, qui etiam in specie illius §. distinguunt minorem à maiore. Cæterùm hęc ipsa ratio probat euidẽter aduersus Accursium, aliud iuris esse in stipulatione, quæ stricti iuris est, & consequenter in actione, quæ nascitur ex stipulatione, quæ & ipsa quoque stricta est, non vt actio mandati ex bona fide. Planè si alij mulieri quàm meretrici aliquid detur vel promittatur ob stuprũ, nemo dubitat, quin turpiter faciat mulier siue pecuniam accipiat, siue stipuletur, cùm non sit meretrix. In eóque melioris condicionis est mulier, quæ iam est meretrix, quin quæ nunc primùm stuprum patitur. Meretrices enim sunt non omnes mulieres, quę in corp⁹ suũ peccãt, vt vulgus opinatur, sed quę eo viuendi genere publicè quæstum faciunt, & pretio se prostituunt, & quas vitæ vilitas dignas legum obseruatione non credidit, vt loquitur Constantinus *in leg. quæ adulterium 29. Cod. ad legem Iuliam De adulter.* Neque hoc Bartolus ignorauit. Sed quod obiicit ex *l. vlt. §. 1. inf. De obl. & act.* ad rẽ omnino non pertinet. Ibi enim q; de meretrice agitur, neque de remissione facta meretrici, sed de muliere salarium per literas constituente mutuæ affectionis testãdę & remunerandæ gratia, in quo nihil turpe. Nam sicuti non omnes masculorum adfectiones erga fœminas sunt inhonestæ *d. leg. adfectionis*, ita neque fœminarum erga masculos.

2 ¶ Si tibi indicium dedero, vt fugitiuum meum indices, vel furem rerum mearum: non poterit repeti, quod datum est: nec enim turpiter accepisti.

Ad §. 2. Si tibi.

RAT. DVB. Qui aliquid accipit, vt faciat quod gratis, & ex sola honestate facere tenetur, accipere turpiter intelligitur *l. vlt. infr. hoc tit.* vt in indice diximus pecuniam accipiente ad bene indicandum, *l. 2. §. sed si dedi supr. hoc tit.* & in eo qui à me accipit pecuniam, ne mihi iniuriam faciat *§. prox. supr.* Atqui cogitur quis gratis ea facere omnia quæ ad publicam vtilitatem pertinent, inter quæ non postremum illud est, vt peccata nocentium nota fiant, ne alioqui remaneant impunita *l. eum qui nocentem 18. infr. De iniur. iunct. l. si à reo 70. §. vlt. De fideiuss. l. ita vulneratus l. 1. §. vlt. supr. ad leg. Aquil.* Non possunt autem detegi fures, si non indicentur. Ergo qui vt furẽ indicet, indiciũ accipit, id est, aliquid quod detur in præmium futurę indicationis, aut saltem ad prouocandam indicationem turpiter accepisse videri debet, vt proinde condictione ob turpem causam teneri debeat, cùm nulla hîc turpitudo sit ex parte dantis. Exemplo eius quod in hac ipsa lege scriptum est *versicul. item si dederit*, à fure pecuniam accipit ne eum prodat, turpiter accipere.

DECID. Multum interest, an quis pecuniam accipiat, vt furem indicet, ánne indicet. Posterius hoc turpe est, at illud non item: nam si turpiter facit, qui pecuniam accipit, ne furem indicet, consequens omnino est, vt honestè faciat qui accipit vt indicet. *argum. l. prima §. vltim. supra. Ne quis eum qui in ius vocab. vi eximat.* Et ratio diuersitatis euidens est, quam & Accursius noster adfert, quod aduersus publicam vtilitatem est id facere per quod crimina detegi ac puniri non possint, quod fit acceptâ pecuniâ ne fur indicetur. Qui enim pecuniam accipit ne furem indicet, hoc ipso profitetur se indicaturum fuisse, si pecuniam non accepisset: quam voluntatem & facultatem indicandi sibi præripit accipiendo pecuniam ne indicet. At is, qui accipit pecuniam, vt indicet, nihil facit contra publicam vtilitatem, imò vt potiùs prosit publicè qui hoc ipso se obstringit ad indicandum id quod alioqui nullo iure nec naturali nec ciuili indicare cogebatur. Nã nec publicam vtilitatem offendit is qui non indicat crimen, cùm possit, dummodò nihil faciat per quod eripiat sibi potestatem indicandi, cum volet, vis enim tota legum in eo est, vt possit quis facere, si velit, nõ vt cogatur facere, etiamsi nolit: sic dicimus facere contra leges eum, qui præripit sibi aut alteri facultatem liberam testandi *l. pactum quod dotali 15. C. de pact. l. stipulatio hoc modo concepta 61. De verb. obligat.* non etiam illum, qui mauult intestatus decedere, quàm testatus: liberum enim cuique est ab intestato aut testato decedere *l. conficiuntur 8. in pr. De iur. cod. l. posthumus 6. §. 1. su. de inoffi. test.* Item facere cõtra le-

BIU Cujas

ges eum qui paciscitur, ne filius aut filia intestato patri succedat, *l. vltim. infr. de suis & legit.* non etiam filium aut filiam, qui patri iam defuncto etiam intestato, non vult succedere, cùm habeat beneficium abstentionis, dum ne vnquam se miscuerit *leg ei qui 12. l. necessariis 57. de acquir. hered. l. si filius 12. de vulg. & pupill. substit.* Sic denique dicimus, ne plura exempla conquiramus, contra leges facere legatarios, qui paciscuntur cum herede, ne Falcidiam ex legatis possit ille detrahere *leg. quod bonis 15. paragrapho primo, D. ad leg. Falcid.* cùm tamen lex Falcidia non cogat heredem Falcidiam detrahere, si malit legata integra præstare, & plenam fidem testatori exhibere, vt loquitur *lex vltim. Cod. eodem titul.* Similiter igitur dicamus facere, si non contra leges, saltem contra bonos mores, & aduersus publicam vtilitatem, eum qui accipit pecuniam ne furem prodat, sed non eum qui accipit, vt prodat, & indicet, non magis quàm eum, qui cùm indicare possit, non vult tamen, nam sicuti furem indicare nemo cogitur, ita nec gratis indicare. Quomodo etiam dicimus eum, qui nocentem infamat, quod plus quàm indicare est, tale quid facere, quod sit vtile reipublicæ, ita vt præmium magis quàm pœnam mereatur *dict. l. eum qui nocentem.* sed tamen non ideò cogendum esse, vt infamet, proinde nec prohibendum pecuniam accipere ne infamet. Qui enim honestè ac licitè potest non indicare, non potest accipere turpiter, vt indicet. Placet in summa quod ex Azone Accursius hîc notat, licere alicui gratis non facere, quod tamen non gratis facere non licet. Licet enim tibi furem non prodere, si gratis, nullâque accepta pecunia id facias, at non gratis, id est, accepta pecunia idipsum facere tibi non licet: contrà verò furem prodere non solùm gratis licet, sed etiam non gratis, acceptâque in eam rem pecunia, vt prodas, quia prodere non cogebaris, nec præmium aut potius incitamentum & inuitamentum aliquod denegandum est ei, qui rem aliquam facere velit, honestam quidem & licitam, sed quam tamen prætermittere sine scelere potuisset. Alioqui si non potuit sine pœna, nullo certè dignus est præmio, facítque turpiter, si quid ob eam causam accipiat. Non est omittendum quod Accursius & Bartolus hîc notant, quamuis cogi nemo possit, vt furem indicet, instante priuato cui furtum factum esse dicitur, siue per actionem, siue per officium iudicis id postulet, posse tamen cogi quem, vt indicet vrgente Præside prouinciæ aut alio Magistratu ad cuius officium pertineat, vt malis hominibus purget prouinciam ex *l. congruit 13. suprà de offic. Præsid. iunct. leg. ciuile 5. Codic. de furt.* Alia quæstio est, an testimonium ferre quis cogatur contra furem iam indicatum & accusatum. De quo nemo dubitat ex *Titul. de testibus cogend.* Adeò autem verum est posse accipi pecuniam ad furem indicandum, vt etsi promissa tantùm sit, nec præstetur, comparata sit, in eam rem actio præscriptis verbis *leg. solent 15. infrà de præscript. verb.* vbi præfatur Vlpianus, eos qui hic pecuniam accipiunt, non ideò fieri fures. Ex quo apertiùs intelligitur non facere turpiter eum qui furem non indicat, dum ne pecuniam accipiat, ob hoc ipsum, ne indicet. Cur enim id cogatur facere, quod aliquam licet iniustam furti suspicionem apud aliquos possit inducere? Nec enim quisquam est, qui certius indicare furem possit, quàm qui furti ipse conscius est, eíque vel consilium, vel opem dedit, vt proinde inferre liceat tanto minus igitur facere turpiter eum qui pecuniam accipit, vt furem indicet, & consequenter non timere eum condictionem, vt scriptum est in *dict. leg. solent.*

3 ¶ Quòd si à fugitiuo meo acceperis, ne eum indicares, condicere tibi hoc, quasi furi, possum. sed si ipse fur indicium à me accepit[a], vel furis, vel fugitiui socius: puto condictionem locum habere.

Ad §. 3. Quod si à fugitiuo.

RAT. DVB. Eius est condicere qui dedit, & quidem ita si dominium transtulit, cùm is qui condicit intendat dari sibi oportere *§. sicuti aque Instit. de actionib.* dare autem nihil aliud sit, quam dominium transferre *leg. vbi autem 75. §. vltim. infrà de verbor. obligat. leg. non viaentur data 167. de regul. iur.* At qui ponimus datam tibi esse pecuniam à fugitiuo meo, non à me, & pecuniam tamen meam, ac cuius dominium in te transferre seruus meus inuito, vel ignorante me non potuit. Non ergo mihi competere huius pecuniæ repetitio potest, præsertim per condictionem, sed potius per vindicationem, cùm pecunia mea remanserit, maximè cùm hic casus talis sit, in quo factum serui non perinde haberi possit ac si à domino factum esset. Quis enim dominus pecuniam tibi daret, ne fugitiuum seruum ei indicares? Propter quod Accurs. noster hunc §. intelligit de eo casu, quo pecunia sit consumpta, vt vindicatione deficiente inducatur necessitas condictionis, & quidem non illius de qua primum in *hoc Tit.* quæ dicitur ob turpem causam, sed de illa quæ ex iniusta causa datum reposcit, vt idem Accursius ad *l. sequent.* apertius interpretatur. sed malè, vt ex ratione decidendi statim apparebit. Ratio igitur decidendi est, quoniam is qui à fugitiuo meo pecuniam accipit ne mihi eum indicet, hoc ipso fur est: facit enim quantum potest, & quidem dolo malo, vt seruo meo caream. Ergo tenetur condictione furtiua etiam ratione serui ipsius, quamuis eum non possideat *§. vltim. Instit. de oblig. quæ ex delict. nasc.* multo magis ratione pecuniæ à fugitiuo datæ quam possidet. At qui condictio furtiua datur domino contra furem ipsum eiúsve heredem, non minus quàm vindicatio contra quemlibet possessorem, nisi quod vindicatio non nisi præsentis rei esse potest, & extantis, condictio autem, siue furtiua, siue alia quælibet rei etiam absentis adeóque consumptæ *l. si pro fure 7. §. vltim. & l. seq. infr. de condict. furt.* Dicendum igitur est posse me hanc pecuniam tibi condicere quasi furi: quomodo hîc loquitur Vlpianus, vt intelligamus tractare illum de condictione furtiua quæ non datur nisi domino *l. 1. eod.*

BIU Cujas

tit. eod. tit. non item de condictione quę soli non domino datur ob turpem, vel iniustam causam : ac proinde non esse restringendam huius §. sententiam ad eum casum quo pecunia consumpta sit, licèt vindicatio quæ ex hac quoque causa competit, non nisi pro præsenti pecunia locum habere possit. Hinc verò apparet quàm parum ad rem pertineat, quod Bartolus pro ratione dubitandi obiicit, condictionem hanc ob turpem causam non posse competere, quoties turpitudo versatur ex vtraque parte dantis & accipientis, quod in proposito euenit, cùm fur aut fugitiuus qui sui ipsius furtum facit, quantum potest pecuniam dat ne indicetur, vt initio huius legis scriptum est in *versic. Item si dederit.* Itémque quod respondet non posse quidem ipsum furem pecuniam repetere, sed alium posse. Nam præter id quod non videt de sola condictione furtiua mihi danda hîc tractari, non animaduertit ineptam esse quæstionem de danda condictione illi ipsi qui pecuniam dedit, cùm is proponatur seruus meus esse, ac præterea fugitiuus, qui proinde actionem nullam exercere potest. Ideóque nec mihi qui dominus sum, actio vlla competit tanquam quæsita mihi per seruum, sed proprio meo iure ago contra te condictione furtiua tanquam contra furem, quia pecuniam meam inuito me contrectasti, eámque etiamnum retines, atq. ita eius furtum mihi fecisti.

a *Sed si ipse fur indicium à me accepit.* Id est pecuniam ob hoc ipsum datam, vt mihi furem indicaret, quomodo interpretati sumus etiam in §. præcedente. RAT. DVB. Non facit turpiter qui pecuniam accipit vt furem indicet, quemadmodum suprà proximè diximus. Ergo non potest ex hac causa competere condictio ob turpem causam, neque contra furem, neque contra furis aut fugitiui socium. Nam de fugitiuo non loquimur, non solùm quòd cùm seruus meus sit, non potest ille vel à me, vel ab alio actione vlla conueniri *leg. 4. leg. vix certis ex causis* 51. *De iudic.* sed etiam quia non potest fugitiuus, meus esse adeò mihi ignotus, vt ei ipsi dem pecuniam ad fugitiuum indicandum. DEC. Facit turpiter, qui cùm ipse fur sit, vel furis aut fugitiui socius, pecuniam tamen accipit ad furem indicandum. Hoc ipso enim facit furtum huius pecuniæ, ideóque & eius nomine tenetur condictione non illa ob turpem causam, sed furtiua quæ cum aliis condictionibus nunquam concurrit, vt sæpiùs monuimus. In aliis enim condictionibus is qui agit, fatetur se dominum non esse, sed aduersarium, in furtiua verò dicit & probare debet se esse dominum. *lege prima de condictione furt.* Et ita locus hîc meo iudicio intelligendus est. Nescio autem cur Accursius hîc adferat *l. in metum 9. §. licèt supr. Quod metus causa, & leg. si per impressionem penultimam Codice eodem*, cùm iis locis nulla condictionis, siue furtiuę, siue alterius mentio fiat.

5. IVLIANVS libro 3. ad Vrseium Ferocem.

SI à seruo meo pecuniam quis accepisset, ne furtum ab eo factum indicaret, siue indicasset, siue non, repetitionem fore eius pecuniæ, Proculus respondit.

Ad l. Si à seruo 5.

RAT. DVB. & DECID. eadem est quæ ad §. vlt. legis præcedentis. Eadem enim vtriusque loci species & sententia est. Est ergo hæc quoque lex intelligenda de condictione furtiua, non de rei vindicatione, vt malè putat Accursius, & eum secutus Bartolus, non magis quàm de condictione ob turpem causam. Ideóque nec adhibenda distinctio est, an extet pecunia, an verò consumpta sit, quamuis si malim ego agere vindicatione, quia dominium nummorum quos seruus meus dedit, penes me remansit, & potest vindicatio etiam cum furtiua condictione odio furis concurrere. *§. sic itaque Institut. De action.* pecuniam extare necesse est. Vindicari enim nisi res quæ extat non potest, sed si consumpta sit, sola supereſt condictio furtiua, quæ non curat, an furtiua res extet, an non : *leg. si pro fure 7. §. vltimo infr. à de condictione furtiua*, quia nec inquirit, an is qui conuenitur, possessor sit rei furtiuæ necne *§. vltimo Institutionum de obligatione quæ ex delicto nascitur.*

6. VLPIANVS libro 18. ad Sabinum.

PErpetuò Sabinus probauit veterum opinionem existimantium id, quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici. in qua sententia etiam Celsus est.

Ad l. Perpetuò 6.

Pertinet hæc lex ad secundam partem Rubricæ quæ est de condictione ob iniustam causam : differt enim causa iniusta ab ea quę turpis est, licèt Accursius & Bartolus putent pro eodem poni in hoc titulo. Nam omnis quidem causa turpis iniusta est, id est, contra ius, cuius scilicet primum præceptum est honestè viuere : sed non è conuerso, omnis causa iniusta, turpis est, cùm ex aliis plerisque causis possit quid iniustum esse, quàm quia sit contra bonos mores vel publicam honestatem. Causa iniusta generalior est, & latiùs patet quàm turpis. Quare non est, quod cum Bartolo dicas esse hanc legem intelligendam secundùm præcedentes, & adhibita distinctione, an turpitudo sit ex parte solius dantis, an ex parte solius accipientis, an

BIU Cujas

ex parte vtriusque. Locus enim est huic distinctioni, cùm agitur de danda vel deneganda condictione ob turpem causam, non etiam cùm de condicione ob iniustam causam. Quod verò addit Bartolus de lege præcedente adhuc ineptius est, nec enim agitur in ea de condictione ob turpem, vel ob iniustam causam, sed de furtiua sola, vt docuimus & ad §. *vlt. l. 4. supr.* RAT. DVB. Imputare sibi debet quisquis rem suam alij dedit, eiúsque dominium transtulit, quamuis ex iniusta causa, præsertim si non sit ex iis personis, quibus ignorare ius permittitur de quibus in *l. regula 9. de iur. & fact. ignor.* potuit enim & debuit consulere peritiores *d. l. regula §. pen.* vbi non tam errantes quàm stulti dicuntur ij qui in iure errant *l. in bonorum 10. infr. de bonor. poss.* & cautius negotiari, sibíque melius prospicere *l. 2. Cod. de furt.* nec facilè ferendum est, vt quis veniat contra factum suum etiam quod iure non teneat *l. post mortem 25. supr. de adopt.* Non est igitur ei danda condictio, si modò nihil factum sit turpiter & contra bonos mores. DEC. Non tam ciuili quàm gentium iure ita comparatum est, vt condici possint res quæ penes aliquem sunt, non ex iusta causa, vt scriptum est in *l. rerum 25. infr. Rer. amot. l. si pignore 22. §. si prædo infr. de pignor. action.* vbi tamen legendum est addita negatione *non proderit igitur*, vt ibi dicemus & docuimus iam in libris Coniecturarum. Multo magis eæ quæ penes aliquem sunt ex non iusta causa. Grauius enim & peius est possideri quid ex non iusta, seu quod idem est, ex iniusta causa, quàm non ex iusta. Hoc enim simplex abnutiuum est, vt Paulus loquitur in *l. inter stipulantem 83. in princip. de verb. oblig.* illud verò quid positiuum. Et ratio huius condictionis tota est ex bono & æquo, ne quis ex aliena iactura locupletetur, quod esset contra ius naturæ *l. nam hoc natura 14. l. hæc condictio 66. de condict. indeb. l. iure naturæ 206. de regul. iur.* eáque condictionum omnium generalis ratio est, vt diximus ad *Tit. de condict. ob caus. dat.* sunt enim omnes ex bono & æquo *dict. leg. hæc condictio*, ideóque naturales dicuntur, *leg. indebiti 15. eod.* id est, naturali æquitate & ratione comparatæ, licèt sint omnes iuris ciuilis. Eáque fuit & veterum omnium prudentum, & recentiorum perpetua sententia, vt Vlpianus ex Sabino & Celso hîc refert, id est, quæ neminem habuit contradicentem. Distinguit tamen Accursius, nec malè, an dominus ipse rem suam ex iniusta causa dederit, an alius alienam. Priore siquidem casu condictio hæc competit ei qui fuit dominus, quia rem quæ sua esse desiit, vindicare amplius non potest quamuis extet *l. in rem 23. & pass. supr. de rei vindic. l. Quintus 27. §. argento infr. de aur. & argent. legat.* At si quis alienam rem ex iniusta causa etiam quasi suam tradiderit, non potest condicere rem, cuius dominus nunquam fuit *l. videamus 38. §. si actionem infr. de vsur.* Sed vindicatio domino danda est quandiu res extat, & eius possessor certus est, si verò consumpta sit, danda erit illi condictio aduersus eum qui consumpsit siue bona, siue mala fide consumpserit, si modò causam habuerit lucratiuam, non etiamsi onerosam ex *l. si eum seruum 23.* vbi diximus *sup. de rebus creditis.*

7. POMPONIVS libro 22. ad Sabinum.

EX ea stipulatione, quæ per vim extorta est, si exacta esset pecunia: repetitionem esse constat.

Ad l. Ex ea stipulatione 7.

RAT. DVB. Quod per metum vel per vim promissum est, atque ita malo more ac turpiter ex parte stipulantis, potest tamen liberè postea & spõte solui, si modò is qui soluit, in ipsa etiam solutione vim & metum passus non sit: solutio enim subsequens purgat metum & turpitudinem præcedentem *l. 2. C. de eo quod met. caus.* Ergo non est bona consecutio, vt si stipulatio & promissio per vim extorta sit, & solutio postmodum secuta ex ea stipulatione condictionem solutæ pecuniæ dari oporteat: solutionis enim tempus potius quàm promissionis inspiciendum est, cùm quæritur non de exactione eius quod per vim promissum est, sed de condictione soluti *l. prox. infr.* DEC. Solutio quidem spontanea ab eo facta qui etiam per vim & metum promittere coactus fuerat, purgat vim, & metum & turpitudinem præcedentem *d. l. 2. C. de eo quod met. caus. & d. l. prox. infr.* quamuis solutio videatur fieri in cõsequentiam præcedentis obligationis, quo casu solemus dicere tempus obligationis spectandum esse *l. 1. infr. qui potior in pignor. hab.* & initium contractus *l. non tantùm 12. infr. de SC. Maced.* quia nimirum quod ab initio fuit inuoluntarium, ex postfacto fieri potest voluntarium. At cùm ex stipulatione per vim extorta stipulator agit, & pecuniam eo modo extorquet & exigit, solutio non potest dici spontanea, sed coacta. Potest enim quis soluere equidem sponte, & vltro, sed non exigitur quisquam nisi inuitus, sicut nec agitur, nec iudicium redditur nisi contra inuitum qui non vult sponte soluere, *l. si reus 73. supr. de procurat. l. si debitori 21. supr. de iudic. l. inter stipulantem 83. §. 1. de verb. oblig. l. 1. in fin. Cod. ne filius pro patre* cùm actiones non nisi contra perfidos iure ciuili comparatæ sint, vt ait Theophilus in *Inst. Tit. de action.* Proinde non potest solutio, quæ extorquetur per viam exactionis purgare metum, qui in ipsa stipulatione interuenit, quandoquidem fit in consequentiam actionis & ex necessitate obligationis, quæ nihil aliud est, quàm iuris vinculum quo necessitate astringimur soluendi *l. nihil aliud 51. de oblig. & action.* non ex noua aliqua & libera voluntate. Dices eum qui ex stipulatione per vim aut metum extorta conuenitur, posse se per metus exceptionem defendere *leg. 4. §. vltim. de doli mal. & met. except.* atque ita inefficacem actionem constituere: propterea videri eum donare, si sciens remittat exceptionem qua vti potuisset si voluisset *arg. leg. si quis delegauerit 12. infr. de nouat.* & consequenter ea ratione purgari metum. Quamuis enim non tam animo donandi quàm odio & execratione litium maluerit soluere quàm litigare, hoc ipsum tamen imputare sibi debet, quod tanti habuerit lite carere *l. 4. §. 1. supr. de alienat. iudic. mut. caus. fact.* quia hoc maluisse videtur, vt in *l. si patre cogente 22. de rit. nupt.* Sed dicendum est, metum qui in stipulatione interuenit, præsumi durare etiam in solutione, quæ nõ sponte facta, sed per actionem aut actionis paratæ metum exacta est, tanquam quæ

facta

BIU Cujas

facta sit in consequentiam præcedentis stipulationis, cùm metus coactionis sit coactio, *l. nouissimè. 7. §. 1. quod fals. tutor. author.* quamuis potuerit reus tueri se per exceptionem si voluisset. Neque necesse est, vt in soluendo quoque noua vis, vel nouus metus interuenerit, quomodo præsupponere videtur Accursius, cùm sufficiat priorem durare vim nec purgatam esse aut metum. Sola ergo spontanea solutio metum hunc purgare potest, ideóque probare debet is qui vim aut metum intulit, subsecutam fuisse sponte solutionem. Et ita accipiendum puto quod scriptum est in *d. l. 2. C. de his quæ vi metúsve caus.* cuius non illa sententia est quam plerique putant, & Bartolus hîc probat, vt non sufficiat vim vel metũ probari interuenisse in ipsa stipulatione nisi probetur etiam interuenisse in solutione, sed hæc potius, vt is qui iam soluit quod promisit, non sit credendus vi aut metu coactus fuisse ad promittendũ, nisi probet etiã vi aut metu adactum fuisse ad soluendum: solutio enim non vi extorta facit verisimile, vt nec in promittendo adhibita vis vlla sit vel metus. Cæterùm si probet se in promittendo passũ esse vim aut metum, sufficiet ea probatio vt repetere possit, quòd postea soluerit, licèt Bartolus ad *leg. seq.* contra sentiat, non quasi præsumendum sit in solutione quoq; vim interuenisse: sed quia sufficiat vim aut metum ab initio interuenisse vt solutio post modum secuta, per vim quoque aut metum exacta esse intelligatur, tanquam quæ secuta sit in consequentiam violentæ vel meticulosæ promissionis, *l. metum 9. §. sed quod Prætor supr. quod met. caus. leg. damni 18. §. Sabini sententia infr. de damn. infect. l. infrà qui potior in pignor. hab. leg. tertia §. scio supr. de minor. leg. tertia & quarta C. de his quæ vi met. caus.* sicut è contrario ex vi quæ intetuenerit in solutione inducitur præsũptio interuenerit in ipsa quoq; promissione, vt in *d. l. 2. quæ hoc probat optimè. C. eod.* Etsi enim non fit promissio in consequentiam solutionis, sicuti fit solutio in consequentiam promissionis, sed tanquam quid antecedens, sunt tamen solutio & promissio actus correspectiui, vt ex vno actu facilè de alio præsumi possit, quamuis ad repetendum id quod per metũ aut per vim solutum est, non sit necesse vim vllam in promissione siue verè siue præsumptiuè interuenisse, sed sufficiat solutionem per vim exactam esse. Nam neque id quod iustè debetur, per vim tamen exigendum est, *l. si miles 6. §. qui iudicati infr. de re iudic.* Et generaliter quod per metum aut per vim gestũ est ratum haberi à Prætore nunquam oportet *dicto §. sed quod prætor, & leg. si mulier 21. §. primo eodem titulo.* Spontaneã ergo solutionem probari necesse est solutam nimirum esse pecuniam vltrò à debitore, nõ exactam per creditorem, vt solutio purget vim quæ in promissione interuenit. Nam neque Bartolus negat sufficere, vt prior metus duret præsumptiuè: puta si quis vrgeatur ex instrumento contra quòd nulla possit opponi exceptio, vel non nisi quædam exceptiones, inter quas hæc non sit, cuiusmodi sunt pleraque statuta de instrumentis, vt vocant, garentigiatis in Italia, aut si tyrannus compulerit me ad promittendum aliquid, & solutionis tempore adhuc tyrannis duret, aut si vis illata sit vxori à marito ad contrahendum, aut quid aliud faciendũ, quod ipsa postea fecerit durante adhuc matrimonio licèt ex longo interuallo *arg. l. 1. §. quæ onerandæ inf. quar. rer. act. non det l. pen. infr. de furt. cap. 1. extr. quod met. caus. iunct. l. Fulcinius 7. §. quid sit autem quibus ex caus. in possessio. eat.* Planè si causa metus finita sit tempore solutionis, omnes consentiunt non posse solutionem reuocari prætextu metus præcedentis, quod & Bartolus ad *leg. sequentem* docet. Nec pugnat cum hac lege quod scriptum est in sequenti, si ob turpem causam promiseris Titio posse quidem te si petat, eum doli vel in factum exceptione summouere, sed tamen si solueris non posse te repetere: quod ita accipiendum est, etiamsi sponte solueris, vt dicemus: aliud enim est per vim promittere aliquid, aliud verò ob turpem causam. Potest siquidem aliquid promitti per vim, etiam quod honestam causam habeat, putà si quis cogatur per vim vt dotem mulieri constituat, aut vt quod debet, soluat *l. non est singulis 196. de regul. iur.* Cùm quid promissum est ob turpem causam, secuta solutio quantumlibet spontanea non purgat turpitudinem, quomodo vim purgat cùm promissionem nihil turpem facit, nisi quod per vim extorta sit. Ideóque sublata proxima causa stipulationis, quæ propter exceptionẽ inanis esset, pristina causa supereſt, id est, turpitudo, quæ impedit repetitionem, vt Paulus in *l. seq.* ratiocinatur. At cùm aliquid ob honestam causam promissũ est, licèt adhibita vi vel metu facit spõtanea solutio, vt prior vis metúsve purgetur, nec proinde causa repetendi vlla amplius supersit. Nec sunt ista confundenda, quomodo ab Accursio & Bartolo ad *leg. seq.* confunduntur. Etsi enim turpiter facit qui vim aut metum infert, non ideò tamen stipulatur ob turpem causam, nisi addas fuisse vim adhibitam, vel metum, fortasse ad hoc, vt promitteres te daturum centum ad vim alicui faciendam, vel ad homicidium aut sacrilegium committendum, aut quid aliud simile, quo tamen casu turpitudo est ex parte tantùm stipulantis, non etiam ex parte promittentis, qui vim passus est: cùm tamen Paulus in *lege sequenti* eum casum tractet quo ex parte vtriusque versetur turpitudo. Iam ergo ad Paulum veniamus.

8. PAVLVS lib. 3. Quæstionum.

Si ob turpem causam promiseris Titio: quamuis, si petat, exceptione doli mali, vel in factum summouere eum possis: tamen, si solueris, non posse te repetere: quoniam sublata proxima causa stipulationis, quæ propter exceptionem inanis esset, pristina causa, id est, turpitudo, supereſſet: porrò autem si & dantis & accipientis turpis causa sit, possessorem potiorem esse, & ideò repetitionem cessare, tametsi ex stipulatione solutum sit.

BIU Cujas

Ad l. Si ob turpem 8.

RAT. DVB. Is qui exceptione perpetua tutus fuit, si soluat, potest repetere, dummodo fauorabilis exceptio sit, non odiosa *l. qui exceptionem 40. infr. titul. prox.* parum enim refert, an quis nihil ipso iure debeat, an exceptione aliqua tutus sit, per quam actorem possit summouere *l. nihil interest 112. de regul. iur.* Atqui si ob turpem causam promiseris Titio, etiam quæ ex parte tua turpis sit, habes exceptionem doli, aut in factum, de qua posteriore nemo dubitat, quin odiosa non sit, quamuis de doli exceptione plerique vulgo contra sentiant, vt sc ipsimus ad *l. qui se debere 7. supr. tit. prox.* Ergo si postea solueris, potes nihilominus repetere.

DEC. Quod promissum est ob turpem causam in qua turpitudo versetur, etiam ex parte accipientis, non minus quàm ex parte dantis, sicuti non solutum peti nō potest ob exceptionem, quæ aduersus agentem competit, & quæ ex ipsius agentis persona æstimari debet, vt in *l. militis 36 §. veteranus infr. de testam milit.* ita solutum repeti nequit, quoniam sublata causa stipulationis, quæ propter exceptionē inanis esset, si ex ea ageretur, pristina & antiquior causa, id est, turpitudo supereset, vt Paulus hîc ratiocinatur: quomodo alias Vlpianus scribit, sublata causa obligationis superesse causam pietatis in specie *l. cùm is 32. §. mulier infrà tit. prox* Constat autem, quoties & dantis & accipientis causa turpis est, possessorem esse potiorem *l. supr. hoc tit. l. 2 C. eod. l. vlt. infr. de condict sin. caus. l. cùm ar delictum 15 de reg. iur. l. procurator 9 infr. de doli mali except.* vbi additur acceptam turpiter pecuniam iustius penes eum esse qui deceptus est, quàm penes eum qui decepit. Ergo verum est in proposita specie, cùm, vt ponimus, turpitudo ex vtraque parte interuenerit, cessare condictionem. Atque hic syllogismus est, quo vnico tota hæc lex concluditur. Ex quo apparet non eum casum hîc tractari quo turpitudo ex parte accipientis tantùm versetur, vt malè putat Accursius, puta, inquit, vt rem sibi commodatam restituat, vel furtū aut iniuriam non faciat quasi principium legis tractet de vno casu, finis autem de alio, sed quo versetur ex vtraque parte turpitudo, vt verba legis posstrema probant: nec proinde accommodatum est exemplum, quod Accursius & Bartolus adferunt de eo qui per vim compulit me ad aliquid promittēdum. Quoties enim aliquid per vim gestum fuit, nunquam fieri potest, vt ex parte illius qui vim aut metum patitur, aliqua turpitudo interueniat, sed tantùm ex parte eius, qui vim aut metum infert. Quare & in eo qui vim aut metū passus est ad promittendum, si postea soluerit, distinguimus an ipō soluerit, an coactus & exactus, at non similiter in eo qui ob turpem aliquam causam promisit. Spontanea namque solutio solam vim & metum præcedentem purgat, non etiam turpitudinem aliam quamlibet, vt diximus ad legem superiorem, ex illa ipsa lege, *iunct. l. 2. C. de his quæ vi metúsve caus.* non addo cum Accursio *nisi aerumnis error interueniat, vel lubricum ætatis ex l. qui contra 4 C. de incest. nupt.* Pertinet enim illa exceptio ad ea tantùm, quæ non natura, & per se turpia sunt, in quibus errare aut decipi nemo potest, sed ob id tantùm quòd sint contra mandata & cōstitutiones Principum, quas aut scire aut interpretari & exequi quomodo oportet, non ita cuique obuium est. Nec rursum proxima causa stipulationis illa intelligenda est, quæ adhibita fuit ob hoc ipsum, vt stipulatio fieret, puta vis vel metus, quomodo malè Azo apud Accursium interpretatur, sed illa potius, quæ nulla etiam vi adhibita iustam plenámque faceret stipulationem, quam alioqui vacuam & inanem esse oporteret *l. 2. §. circa infr. de doli mal. except. l. cùm enim 7 iunct. §. vl. l. præced. infr. de nouat.* Inanis enim & vacua est stipulatio, quę causam nullam habet, licèt in ea vis interuenerit, & vicissim nulla quoque vi interueniente, non eo minus causam aliquam, eámque turpem habere potest stipulatio. In eóq; miror interpretes nostros omnes hallucinatos esse, & proximam stipulationis causam intellexisse vim ad hoc adhibitam, vt promissor per stipulationem obligaretur. Fateor quod docet Accursius, esse hæc tria diuersa, quæ in huiusmodi stipulatione interueniunt, causam, stipulationem, & solutionem: causam esse anteriorem stipulatione, & stipulationem solutione, sed nego, quod idem addit, solutionem sponte factam tollere effectum primæ, aut potius, vt loqui debuit, proximæ causæ stipulationis, id est, vt ille interpretatur, exceptionem quæ occasione illius primæ causæ dabatur, nego proximam causam stipulationis esse vim vel metum, nego de exceptione metus intelligi posse verba illa *stipulationis quæ propter exceptionem inanis esset* quomodo intelligi necessariò deberent secundum interpretationem Accursij, sed de exceptione doli vel in factum, de qua dictum est paullo antè: nego denique verba illa *quoniam sublata proxima causa stipulationis* sic accipi debere, quasi designent causam stipulationis, ne quidem eam quæ impediat, ne alioqui vacua & inanis sit stipulatio, sed accipienda esse dico de stipulatione ipsa, quæ causa est solutionis, & dixisse Paulum *causam stipulationis* pro *stipulatione* quemadmodum & Vlpianus *causam obligationis* pro *obligatione* in specie *d. §. mulier l. cùm is 32. infr tit. prox.* est enim solutionis causa stipulatio, cùm non alio iure nec alia de causa soluat promissor, quàm quia per stipulationem obligatus fuit, vt ex ipsa obligationis diffinitione apparet quam ponit *Iustin. in tit. de oblig.* Sensus itaque Pauli est, sublata vi stipulationis, per exceptionem doli vel in factum, quæ aduersus agentem ex stipulatione obiici potuisset, solere quidem ideò competere repetitionem ex *regul. d. l. qui exceptionem 40. infr. titul. prox.* quasi solutum sit, nulla præcedente stipulatione (quid enim refert an nulla stipulatio præcesserit, an talis quæ per exceptionem elidi possit?) Sed in proposito, tamen non idem dici posse, quoniam sublata causa proxima retentionis, & quæ soluti condictionem impedire debuisset, si nulla exceptio stipulationi obiici potuisset, superest causa turpitudinis, quæ impedit repetitionem. Habet ergo possessor retentionem ex causa turpitudinis, qui nullam habere posset ex causa stipulationis. Nec ad rem pertinet, quod ex causa stipulationis solutum fuit, vt proinde cessante causa stipulationis nihil iam superesse videatur, quod debeat impedire condictionem. Hic enim sensus est posstremorum verborum huius legis *tametsi ex stipulatione solutum sit* quibus verbis insinuat Paulus rationem dubitandi ex eo petitam, quòd non possit negari factam esse solutionem ex stipulatione, ac proinde solutum fuisse indebitum, quia non dicitur debitum, quod vel ex inutili vel ex inani stipulatione solutum est. Quidni ergo repetetur saltem per condictionem indebiti ex *reg. d. l. qui exceptionem* si non

possit

BIU Cujas

possit per condictionem ob turpem causam? Causa enim & necessitas soluendi non turpitudo fuit, sed stipulatio, nam respondendum est, solutionem quidem factam esse ex stipulatione, quæ si non prorsus inutilis saltem inanis fuit, propter exceptionem doli vel in factum: sed huic stipulationi adeò inesse turpitudinem ex vtraque parte, vt non possit turpitudo à stipulatione separari, ita vt non magis verum sit, solutum fuisse ex inani stipulatione, quàm solutum fuisse ex turpi. non enim sicut exceptio doli vel in factum, inanem reddit stipulationem, ita facit eam honestam, quę ab initio turpis fuit: imò verò turpitudo illa est, quæ promissori dat exceptionem, stipulatio siquidem actionem præbet stipulatori, turpitudo autem exceptionem promissori, & quidem doli vel in factum, quæ subsidiaria est exceptionis doli *l. 4. §. aduersus infr. de doli mali exception.* quia dolo facit qui ex turpi stipulatione aliquid cõsequi velit, & contra publicam honestatem: ex stipulatione, inquam, non quæ turpem illam causam verbis expressis contineat (generaliter enim tales stipulationes ipso iure nullius momẽti sunt, vt proindeagi ex iis non possit, & consequenter ad eas elidendas nulla sit exceptio necessaria *leg. generaliter 26. & seq. infr. de verb. oblig.*) sed quæ nullâ expressâ causâ, attamen facta sit ob turpem causam, quæ secunda longéque verior Bartoli ad hanc legẽ interpretatio est, vt Accursium nostrum aduersus Vltramontanos defendat. Expressa enim nocent, quæ non expressa non nocent, vt habet iuris regula, quomodo etiam in sententiis solemus distinguere, cùm quærimus, an ipso iure teneant, cùm per errorem latæ sunt, & contra rigorem, aut potius vigorẽ iuris, vt appellari ab iis necesse sit, an verò etiam sine appellatione rescindantur, vtrum errorem expressum contineant, an non expressum *leg. si expressim 19. infra de appellat.* Nihil enim vetat stipulationẽ, nulla etiam causa expressa fieri, & ex ea competere actionem ipso iure *leg. 2. §. circa de doli mali except.* & tamen stipulationi inesse, ac subesse causam aliquam turpem, quæ non tantùm præbeat promissori exceptionem doli, si ex ea stipulatione conueniatur: quod contingeret, si stipulatio facta esset sine causa *d. §. circa*, sed etiam stipulatori retentionem, si promissor tam stultus fuerit, vt ei soluerit, siue sponte, siue coactus, omissa per errorem fortè aut imperitiam exceptione doli vel in factum quã opponere potuisset, quod enim nulla neque honesta, neque turpis causa stipulationis est, exceptionem doli, vel in factum tribuere promissori potest: at quod causa quæ subest, turpis sit, præbet etiam stipulatori retentionem, non quasi ex stipulatione turpi nascatur obligatio aliqua naturalis, quæ possit parere ius retẽtionis (repugnat enim hoc æquitati naturali, ex qua potissimum æstimatur naturalis obligatio *leg. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis infr. de solut.*) sed quia multo esset turpius dare propter turpitudinem, quæ ex parte quoque agentis versaretur, condictionem soluti ei qui communem turpitudinem allegare nõ posset, quin propriã allegaret: ideóque nemine valente agere & condicere, necesse omnino est, id quod solutum fuit, remanere penes possidentem occasione magis, quàm iure, vt pluribus docuimus ad *l. 3. supr. hoc tit. arg. l. 2. infr. de iuris.* Obiicit Bartolus, spoliatum ante omnia esse restituendum ex *l. si quis à se fundum 7. Cod. ad leg. Iul. de vi public.* Ergo non esse audiendum eum, qui vim intulit, si aduersus agentem actione quod metus causa, velit obiicere exceptionem spontaneæ solutionis. Et respõdet aliud esse, si quis agat interdicto aut alio remedio recuperandę possessionis, aliud verò si actione quod metus causa, nec minus inter hæc distare, quàm inter vim ablatiuam aut expulsiuam, vt ipse loquitur, & compulsiuam quæ habet consensum & voluntatem, licet coactam eius, qui vim patitur *l. si mulier 21. §. vlt. supr. quod met. caus.* Sed parum accommodatè ad hanc legem, in qua, vt diximus, non tractatur de actione quod metus causa, nec de solutione per vim extorta, sed de stipulatione ob turpem causam interposita, ex qua solutio postea sponte secuta sit. Debuerátque potius fieri hæc obiectio ad legem præcedentem, in qua agitur de solutione exacta ex stipulatione, quæ per vim fuerat extorta, sicut & alia obiectio quam addit Bartolus ex *l. 3. & 4. C. quod met. caus.* vbi ex eo quod quis recipit precium rei per vim venditæ, non tamen purgatur vis aut metus, quam ille vocat turpitudinem, quasi verò de ea turpitudine Paulus hîc loquatur, quod est ridiculum, vt suprà ostendimus. Eodem pertinet, quod idem Bartolus quærit, quis debeat probare: an ille qui repetit, quòd tempore solutionis turpitudo subesset, an ille qui conuenitur quòd nõ subesset? In qua quæstione distinguit, an actor fundet suam intentionem ex turpitudine adhibita in contractu ex parte aduersarij, sed quam aduersarius idémque reus dicat sublatam esse per spontaneam solutionem, aut per subsecutam ratihabitionem, vt eo casu reus probare debeat, ex *cap. super hoc extr. de renunciat.* an verò actor fundet suam intentionem ex turpitudine, quæ interuenerit non tempore actus celebrati, contra quem venit, sed tempore anteriori, vt puta, si quis dicat se promisisse per vim & soluisse, vt hoc casu non sufficiat, probare vim interuenisse tempore contractus, nisi probetur interuenisse etiam tempore solutionis ex *l. 2. Cod. quod met. caus.* quasi hæc sit illius loci sententia, quod similiter à nobis refutatum est ad legem superiorem.

9. IDEM lib. 5. ad Plautium.

SI vestimenta vtenda tibi commodauero, deinde pretium, vt reciperem, dedissem: condictione me rectè acturum, responsum est. quamuis enim propter rem datum sit, & causa secuta sit: tamen turpiter datum est.

Ad l. vlt. Si vestimenta vtenda.

RAT. DVB. Si cùm vestimenta tibi vtenda commodassem, dederim tibi precium, vt ea reciperem, negari non potest quin pecuniam dederim ob rem & causam, nec rursus quin res illa & causa secuta sit, cùm ponamus te vestimenta mihi reddidisse, ergo condictioni huius pecuniæ locus esse non potest. *Tot. tit. supr. de condict. caus. dat. caus. non secut.* DEC. Qui pecuniam accipit, vt id faciat, quod etiam nulla data pecunia gratis ex officio suo & iure facere

BIU Cujas

deberet, turpiter accipit, vel ob hoc ipsum quod accipiendo pecuniam demonstrat, non aliter se facturum fuisse, potentior enim esse debet per se authoritas legum, quàm vt pecuniæ adminiculo aliquo indigeat. Atquin is qui commodatum accepit, ad hoc obligatus est & naturali & ciuili iure, vt commodatum finito vsu reddat commodatori, alioqui perfidiæ, id est, fidei ruptæ crimen incurrit, tenetúrque eo nomine quanti actor in litem iurauerit *l.3.§. in hac infr. Commod. l. ei apud quem 5. infr. depositi.* Ergo turpiter pecuniam accipis, qui accipis à me, vt reddas mihi commodatum, sicut & qui accipit, ne furtum, aut homicidium, aut aliud maleficium faciat *l.1.§. vlt. & l.2. supr. hoc tit.* Proinde quamuis non possit locus esse condictioni ob causam dati causa non secuta, de qua dictum est in *tit. præcedente.* competit tamen condictio ob turpem causam, quia turpitudo hic nulla versatur ex parte dantis, sed ex parte solius accipientis, quomodo Accursius verba illa *tamen turpiter datum est* bene interpretatur, vt *datum* Paulus dixerit pro *acceptum.* Nec ad rem pertinet, quod ad repetendam hanc pecuniam etiam actio competit ex contractu, qui & nominatus est, & bonæ fidei, vt constat ex *§. prox. & l.3. infr. de doli mali except. leg. si tutor 13. infrà de tutel. & ration. distract.* Non enim potest ea res impedire condictionem, ne alioqui eueniat, vt deterioris conditionis sit contractus, qui bonæ fidei est, ob id solum quòd sit bonæ fidei: nam & similiter videmus actionem præscriptis verbis, quæ nasci solet ex pacto incontinenti appositio, post contractum stricti iuris *leg. vltim. Cod. de rer. permut. l. si dominus 8. de præscrip. verb. infr. l. legem 9. l. cùm res 22. Cod. de donat.* competere etiam ex pacto appositio in contractu bonæ fidei *l.2. Cod. de pact. int. empt. & vendit.* licèt actio quoque ex contractu ipso hoc casu competat, vt eadem lex ait. Itaque explodendi sunt, qui apud Accursium defendunt intelligendam esse legem hanc non de vero commodato, sed de precario, ex quo ciuilis actio nulla nascitur *leg. interdictum 14. infr. de precar.* Est igitur separanda hac parte condictio ob causam dati causa non secuta, à condictione ob turpem causam, vt benè notat Accursius. Nam prior illa condictio nunquam potest concurrere, cum actione bonæ fidei, cùm nascatur ex contractu innominato, contractus autem omnes innominati sint stricti iuris: at condictio ob turpem causam facile potest concurrere cum actione bonæ fidei, quia non est ex bona fide, vt quicquam fiat turpiter *leg. si verò non remunerandi 12. §. si adolescens infrà leg. creditor 60. paragrapho vltim. Mandat.*

1 ¶ Si ob rem locatam tibi, vel venditam à te, vel mandatam, vt redderes, pecuniam acceperis: habebo tecum ex locato, vel vendito, vel mandati actionem. quòd si, vt id, quod ex testamento, vel ex stipulatu debebas, redderes mihi, pecuniam tibi dederim: condictio duntaxat pecuniæ datæ eo nomine erit. idémque & Pomponius scribit.

Ad §. 1. Si ob rem.

RAT. DVB. Ex contractu bonæ fidei nunquam ad hoc agitur, vt quod ab vno ex contractibus alteri datum est reddatur, sed vt ni fiat, quod promissum est, quódque fieri debuit, id quod interest præstetur *l. ea condicione 14. Cod. de rescind. vendit.* Ergo si ob rem locatam tibi, vel à te venditam, vel mandatam, vt redderes pecuniam acceperis, non debeo habere contra te ex locato, vel ex vendito, vel mandati actionem, vt reddas pecuniam, sed vt præstes mihi quanti mea interest, præsertim cùm si pecuniam quam dedi habere malim, condicere illam possim. Sic enim hic §. rectè ab Accursio, cæterísque omnibus accipitur, vt in mea potestate sit agere ad repetitionem pecuniæ, vel actione bonæ fidei ex contractu, vel condictione quæ stricti iuris actio est, vt hic §. cum initio legis consentiat, vbi datur etiam condictio commodatori ad repetitionem pecuniæ datæ, vt commodatum redderetur, quamuis eo nomine competat etiam actio commodati, quæ bonæ fidei est, sicut & actio depositi in specie *l. vltim. infrà depos. iunct. l.2. §.1. suprà hoc titu.* DEC. Multum interest, an repetere quis velit actione bonę fidei illud ipsum, quod ex contractu dedit, an verò quid aliud quod extra contractum, & ex postfacto dederit, vt contractus fides quæ gratis impleri debuerat, ab eo qui accepit impleretur: priore casu, nunquam actio bonæ fidei datur ad repetitionem, extra casum *l. cùm te 6. Cod. de pact. int. empt. & vendit.* quoniam ea ratione contractus constitueretur irritus, vt ait *dict. l. ea condicione.* atque ita in contractibus quoque nominatis locus pœnitentiæ induceretur, quod esset contra iuris regulam *l. sicut 5. Cod. de oblig. & action.* Posteriore verò casu competit non solùm condictio ob turpem causam *dict. l.2. §.1. supr.* sed etiam actio bonæ fidei ex contractu ipso, quoniam pecunia illa non ex contractu data fuit, sed potius contra ipsum contractum, ex quo præstare mihi, & reddere vltro rem debueras, cuius reddendæ aut præstandæ gratia, pecuniam habere à me per insignem perfidiam, & contra bonam fidem voluisti, porrò quod contra bonam fidem à me accepisti, hoc abs te mihi reddi bonum & æquum est, id est, ex bona fide, summáque æquitate. Proinde venit ea præstatio in actionem bonæ fidei, sicut & cætera omnia, quæ sunt ex bona fide, & æquitate *dict. l. vltim. iunct. l. bona fides 31. infr. depositi. l. ex empto 11. §. vltim. l. bona fides 50. de action. empt.* etiam illa, de quibus neque actum, neque cogitatum videri potest, inquit Accursius ex *leg. in bonæ fidei 7. infr. de eo quod cert. loc. & §. 1. Instit. de oblig. quæ quasi ex contr. nascunt.* nec tamen ea res impedit condictionem ob turpem causam, quæ licèt stricti iuris sit, attamen ex æquitate est, vt & cæteræ condictiones omnes, eóque magis, quod æquitati iuris nihil tam aduersatur quàm turpitudo, propter primum iuris præceptum, quod in eo consistit, vt honestè viuamus *leg. iustitia 10. §. 1. supr. de instit. & iur.* Vnde est, quod publicam honestatem offendi nullo casu ius nostrum patitur *l. semper in coniunctionibus 42. infr. de rit. nupt. l. semper 197. iunct. leg. non omne 144. de regul. iur.*

Ergo

BIU Cujas

Ergo quemadmodum solemus dicere, exceptiones doli pacti, & alias omnes, quia sunt omnes ex æquitate, inesse ipso iure bonæ fidei iudiciis *leg. 3. infr. de rescind. vendit. l. sed si i deò 21. infr. solut. matrim. leg. huiusmodi 84. §. qui seruum de legat. 1.* adeóque actiones de dolo *l. & eleganter 7. in princip. supr. de dolo l. si hominem 7. §. 1. infr. deposit.* ita dicendum est, quod pauci obseruant, etiam condictiones aduentitias, id est, non ex contractu ipso descendentes, sed ex facto aliquo extrinseco, quod contra bonam fidem superuenerit, iisdem bonæ fidei iudiciis inesse, vt quod turpiter & contra bonam fidem factũ est, equitate ipsius iudicij, quod bonæ fidei est, vindicetur. Quod in contractibus stricti iuris diuersum est, in quibus nec dolus ipse vindicari potest, nisi per oppositam doli exceptionem *§. in bonæ fidei Instit. de action.* itémque in arbitrariis *leg. sumptus 48. suprà de rei vindicat. leg. Papinianus 14. supr. de public. in rem act.* Idque est quod Paulus noster ex Pomponio hîc subiicit, si vt id quod mihi ex stipulatu, vel ex testamento debebas, præstares mihi, pecuniam tibi dederim, condictionem duntaxat pecuniæ datæ eo nomine competituram, non etiam actionem ex stipulatu, aut ex testamento, nempe, quia actiones hæ strictæ sunt, nec minus actio ex testamẽto, quàm ex stipulatu, vt hic locus omnium optimè probat, *Iunct. l. aliàs 6.* vbi diximus *supr. de in lit. iur. leg. si heres 6. infr. de eo quod cert. loc.* quamuis in nonnullis imitetur actiones bonæ fidei, nimirum in fructibus & vsuris legatorum ac fideicommissorum ex die moræ præstandis *l. in minorum 3. Cod. in quibus caus. non est necess. in integr. restit. leg. si quis seruo 84. leg. Titia Seio 87. §. vsuras de legat. 2.* propter voluntatem scilicet testatoris, quæ non illa fuit, vt moram heres faceret præstationi legatorum ac fideicommissorum *l. si cui legatum 92. in fin. de cond. & demonstr. leg. in fideicommissaria 18. ad Senatusconsultum Trebellianum*, nihil autem testator dixit, neque cogitauit de eo casu, quo legatarius, vel fideicommissarius pecuniam heredi daret ad legatum, vel fideicommissum consequendum, & ideò non potest actio ex testamento porrigi ad hanc pecuniam repetendam, sicuti nec ad aliud quicquã quod legato vel fideicommisso non cõtineatur, & hoc est, quod dicimus, actionem aliquam strictam esse & stricti iuris, non posse scilicet extendi ad aliud quicquam extrinsecum, & in contractu, vel in testamento non comprehensum. Nam quemadmodum quicquid adstringendæ obligationis est, id nisi palam verbis exprimatur, pro omisso habendum est *l. quicquid 99. de verborum obligationib.* ita neque ex testamento agi potest, nisi ad idipsum quod legatum vel fideicommissum est, ne alioquin eueniat, vt in re testatoris liberaliores simus ipso testatore, quod esset ridiculum *l. debitor 59. in fine principij l. facta 6. §. si sub cõdicione infrà ad Senatusconsultum Trebellianum.* Cæterùm quo casu & condictio competit, & actio ex contractu bonæ fidei, longè commodius & vtilius est, agere iudicio bonæ fidei quàm cõdictione, propter incrementum vsurarum, quæ ex iudiciis bonæ fidei à die moræ præstandæ sunt *leg. mora 32. §. in bonæ fidei leg. vsuræ 34. & 36. infrà de vsur.* nunquam verò ex iudiciis stricti iuris, nec proinde ex condictionibus *leg. quoties 4. Cod. hoc titul. leg. 1. Cod. de condiction. indeb.* Ergo nec si detur condictio ei qui pecuniã heredi dedit, vt rem quæ sibi testamento relicta est, acciperet: quoniam hæc pecunia licèt propter testamentum data sit, non tamen per actionem ex testamento, sed per condictionem repetitur: actio autem ex testamento sola illa est, quæ inter strictas omnes habet priuilegium, vt fructuum & vsurarum additamenta recipiat *d. l. 3. Cod. in quibus caus. non est neces. in integr. restit.*

BIU Cujas

DE CONDICTIONE INDEBITI.

TIT. VI.

1. VLPIANVS libro 26. ad Edictum.

NVNC videndum de indebito soluto. Et quidem si quis indebitum ignorans soluit, per hanc actionem condicere potest. sed si sciens se non debere, soluit: cessat repetitio.

Ad l. Nunc videndum 1.

Elegans est, & per omnes ferè iuris nostri partes diffusus hic tractatus *De condictione indebiti*. Et quãuis debitorum siue perfidia, siue contumacia eò rem hodie deduxerit, vt vix tandem soluant, quod & naturaliter & ciuiliter debere se non ignorant, euenit tamen plerumque, vt de indebito soluto, & de indebiti condictione queri oporteat. Meritò autem præfantur nostri post Accursium varias esse species indebiti, & Accursius quidem tres constituit, sed Bartolus quatuor. Prima species eorum est, quæ indebita quidem sunt ciuiliter, sed tamen debita naturaliter, cuiusmodi sine controuersia sunt ea, quæ nudo pacto promissa sunt, aut quæ pupillus sine tutoris sui authoritate promisit, vel accepit mutua, nec locupletior factus est *l. Stichum aut Pamphilum* 95. §. *naturalis de solut.* Secunda est eorum quæ è contrario indebita sunt naturaliter, sunt tamen debita ciuiliter, vt si quid ex nuda literarum obligatione debeatur, nec dum tempus præterierit intra quod proponi potest querela vel exceptio non numeratæ pecuniæ, quãuis non desint, qui defendant obligari hunc & naturaliter & ciuiliter. Tertia species est eorum, quæ nec naturaliter, nec ciuiliter debentur, cuiusmodi sunt ea quæ vel nullomodo promissa fuerunt, vel non nisi sub condicione *l. sub condicione 16. infr. hoc tit.* Quarta & postrema, si Bartolo credimus, eorum quę debentur quidem & naturaliter, & ciuiliter, sed tamen quorum petitio exceptione aliqua potest summoueri, de quibus in *l. qui exceptionem 40. inf. eod.* Cùm igitur quatuor sint species indebiti, quæstio est, an generaliter verum sit, quod Vlpianus in hac lege scribit, eum qui ignorans soluit indebitum, posse repetere, eum verò qui sciens, non posse, aut si generaliter verum nõ est, ad quam speciem ex supradictis, & quidem alij aliter sentiunt, vt videre est in Bartoli commentariis, & longa ipsius pro Accursio aduersus Vltramõtanos disputatione, ego puto quicquid Accursius & Bartolus sentiant, siue naturaliter tantùm siue ciuiliter tãtùm fuerit debitum, quod per errorem solutum est, nullum repetitioni locum esse posse, siue per iuris, siue per facti errorem solutũ esse proponatur, dum ne is soluerit, qui exceptione aliqua perpetua tutus fuit. Qui enim exceptione tutus est, aduersus actionem ex obligatione & naturali & ciuili simul competentẽ, hoc ipso definit obligatus videri & ciuiliter & naturaliter, cùm naturalis obligatio, quæ solo æquitatis vinculo sustinetur, contrariæ æquitatis potestate dissoluatur *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis infr. de solut.* & exceptiones omnes æquitate nitantur, & quidem ea æquitate quæ potentior sit, quàm æquitas actionis: & verò de hoc tertio distinctionis huius mẽbro nemo dubitat, propter regulã *l. qui exceptionem 40. iunct. l. si non sortem 26. §. indebitũ l. qui inuicem 30. l. cùm is 32. §. 1. infr. hoc titul.* nisi sciens exceptionem perpetuã sibi cõpetere vltro soluerit, aut promiserit *l. si is qui perpetua 24. eod.* quia donasse & exceptionẽ remisisse intelligitur *l. si quis delegauerit 11. infr. de nouat. l. indebitũ 9. C. hoc tit.* quod. n. quis sciẽs se nõ debere soluit, licèt ea mente, vt repetat, repetere postea nunquã potest *l. quod quis 50. infr. hoc tit.* Excipiendæ tamen sunt exceptiones illæ, quæ non tam ex æquitate negotij, aut, vt dicã melius, ex iniquitate actionis, quã ex causa aliqua extrinseca proficiscuntur, etsi enim eiusmodi quoque exceptiones vim habent elidendæ actionis (alioqui exceptiones dicendæ non essent, si in eam rem non essent efficaces *l. 2. infr. de except.*) naturalẽ tamen obligationem non perimunt, quę quandiu subsistit, vtique impedit soluti repetitionẽ. Eius generis est exceptio rei iudicatæ, quæ competit vero debitori, etiamsi per sordes, aut per imperitiam iudicis absolutus sit, non quod æquitas vlla faciat pro huiusmodi iudicato, quod tam iniquum esse ponimus, sed quia publicè interest, rem iudicatã pro veritate haberi, vt aliquis tandẽ sit litium finis, tametsi per sordes, aut per gratiam, aut per errorem, & imperitiam iudicatum sit *l. res iudicata 208. de regul. iur. l. seruo 65. §. cùm prætor ad SC. Trebell. l. si fundus 16. §. si pluris inf. de pign. l. & ex diuerso 35. §. 1. sup. de rei vind.* Ideóque si debitor verus soluat siue pendente iudicio, siue post sententiam non repetit, quia naturaliter obligatus manet *l. Iulianus verum debitorem 60. inf. hoc tit.* Nec distinguo cum

cùm Bartolo, an iudex ideo debitorem absoluerit, quòd non esset à creditore probatum, eum debere, aut quasi nullomodo debere, aut tanquam si debitum contractum non esset, aut tanquam non debitum simpliciter, quod petebatur. Omni enim casu verum est, superesse naturalẽ obligationem, quæ per erroneam iudicis sententiam tolli nullomodo potuit §. *sed naturalia Instit. de iure natur. gent. & ciuil.* § *vlt. Instit. de capit. dimin.* cùm nec ciuilis tollatur ipso iure, quippe quam saluam manere necesse est, ex eáque agi, vt exceptio rei iudicatæ locum habere possit *l. euidenter 16. & tot. tit. de excep. rei iud. d. l. si fundus 16.* §. *si pluris. de pign.* & ridiculum est, quod tentat probare Bartolus, actionem hanc produci ex sola obligatione naturali remanente propterea, quod obligatio illa naturalis habuerit aliquando admixtam secũ ab initio ciuilem. Quid.e. referre potest, an ab initio nulla fuerit ciuilis obligatio, an fuerit quidem sed ex postfacto sublata sit? *arg. l. nihil refert. 4. infrà tit. prox.* Tum verò quid si iustè lata sit sententia, & fuerit absolutus is, qui tanquam debitor vrgebatur, cùm verus debitor non esset, siue quòd nunquam debuisset, siue quòd per solutionem, aut acceptilationem, vel quo alio modo debere desiisset? An eo minus fortasse poterit actor iterum agere de facto saltem, vt loquuntur, vt per exceptionem rei iudicatæ illum repelli necesse sit? Et tamen nulla potest hîc subesse naturalis obligatio, quæ retineat actionem contra non verum debitorem. Superest igitur etiam post iudicatum eadem ciuilis actio, quæ antè competebat, aut instituta de facto fuerat, siue naturalis aliqua obligatio præcesserit, siue nulla, quoniam sententia non est modus tollendæ actionis, aut obligationis vllius, ideoque nec per rem iudicatam finirentur lites, nisi aduersus eum, qui post iudicatum ex integro agere vellet, comparata in eam rem esset exceptio rei iudicatæ *leg. singulis 6. & pass. de except. rei iudic.* Denique exceptio rei iudicatæ nulla æquitate speciali nititur, quæ afficiat naturam, & qualitatem negotij, quomodo afficiunt exceptiones doli, pacti, & aliæ, si quæ sunt similes, cùm perinde locum habeat, siue bene siue malè iudicatum sit, *l. iudex posteaquam 55. de re iudic.* adeò vt iudex, qui de principali causa malè pronuntiauit, cogatur etiam comperto errore, quod mirum est, de accessoriis quoque eodem errore pronuntiare *dict. l. & ex diuerso 35.* §. *i supr. de rei vindic.* Eiusdem generis est exceptio diuisionis, quæ ex epistola Diui Hadriani datur fideiussoribus *leg. inter fideiussores 16. & seq. infr. de fideiuss. & duob. reis ex constitutione Iustiniã. in Nouell. 99. de duob. reis, vnde sumpta est Authent. hoc ita Cod. ill. tit.* Itemque exceptio discussionis, quam idem Iustinianus dedit & fideiussoribus, & tertiis pignorum possessoribus *Nouell. 4. de fideiuss. vnde sumpta est Authent. præsente Cod. eod. tit. & Authent. hoc si debitor Cod. de pignor.* Qui enim his exceptionibus tutus est, si soluat etiam ignorans, siue per iuris, siue per facti ignorantiã non repetit *leg. si testamento 49* § *pen. infr. de fideiuss.* non quia exceptiones hæ sint comparatæ ad rigorem iuris adiuuandum, vt malè putat Bartolus (sunt enim potius comparatæ ad rigorem iuris æquitate ac moderatione quadam temperandum, cùm ex rigore iuris possit vnius ex fideiussoribus, & quilibet pignorum possessor à creditore rectà conueniri *leg. 3. Cod. eod. leg. distractis 14. Cod. de pignor.*) sed quia non faciunt quantitatem indebitam, quomodo eleganter Papinianus noster ratiocinatur in *dict. leg. si testamento* §. *penult.* in illis verbis, *& vtilior est vtroque casu illa sententia, solutionem non indebitæ quantitatis non debere reuocari*, neque ad huiusmodi exceptiones pertinet illa iuris regula, quæ habet, nihil referre, an quis ipso iure non debeat, an habeat exceptionem, *leg. nihil interest 112. iunct. leg. non videtur 13. leg. Marcellus 66. de regul. iuris. & l. eleganter 7.* §. *seruus supr. de dolo.* Sunt enim exceptiones istæ ordinis tantùm, non etiam iuris, id est, quæ ius & qualitatem actionis afficiant, & dilatoriæ tantùm sunt, non peremptoriæ, cùm non perimant negotium, sed retardent solùm, & differant exactionem: denique temporales non perpetuæ, quales esse oportet eas, quæ possint parere condictionem *dict. leg. si non sortem 26.* § *indebitum dict. leg. qui exceptionem infr.* Illæ namque demum possunt parere condictionem indebiti, per quas fiat, vt in effectu nihil deberi intelligatur, &, vt Papiniani verbo vtar, quæ faciunt rem indebitam: de quarum tamen numero excipiendæ sunt etiam eæ, quæ licèt actionem in totum excludant, odio tamen creditoris potius quàm fauore rei comparatæ sunt à iure ciuili, nec tam naturali quàm ciuili æquitate, cuiusmodi est exceptio Senatusconsulti Macedoniani *dict. leg. qui exceptionem* Hæc enim, & si quæ aliæ huiusmodi, quia non tam æquitate propria, quàm odio creditoris nituntur, non tollunt obligationem naturalem, ideoque nec pariunt repetitionem soluti *leg. quia naturalis 10. iunct.* §. *vltim. legis præcedentis infr. de Senatusconsulto Macedoniano.* Nescio autem cur Bartolus tractet hîc de exceptionibus litis pendentis, aut vt pragmatici loquuntur, litis pendentiæ, aut fori incompetentis, tanquam de exceptionibus inductis ad rigorem iuris conseruandum, præsertim cùm circa eas non possit occurrere quæstio de condictione indebiti, nisi ponas solutum fuisse id, de quo lis pendebat, quo tamen casu certum esset, si id quod solutum esset, debitum fuisset, non posse locum esse condictioni indebiti *dict. leg. Iulianus verum debitorum 60. infr. hoc tit.* nempe quia exceptiones istæ non faciunt indebitam rem, quæ petita est, & vt addit Bartolus, non respiciunt obligationem neque actionem, sed duntaxat conueniendi modum & facultatem. Et certè si qua exceptio sit, quæ inducta dici possit, ad conseruandum iuris rigorem, ea maximè est exceptio rei iudicatæ, licet Bartolus contradicat, quandoquidem non aliam rationem habet illa exceptio, quàm quia publicè interest ad finiendas lites, & discordias, quæ ex litibus nascuntur, sanctam esse & inuiolabilem rerum etiam malè iudicatarum authoritatem *d.* §. *cùm Prætor leg. 1. 2. & pass. Cod. de iudic.* Nec potest defendi, quod mauult Bartolus, ponendam esse hanc exceptionem inter eas, quæ faciunt rem indebitam ciuiliter, & debitam naturaliter, cùm res iudicata non magis possit ciuilem obligationem tollere, quàm naturalem, secundum ea quæ suprà disputauimus. Igitur extra illos casus, in quibus diximus rem fieri & naturaliter, & ciuiliter indebitam, per exceptionem, & extra supradictas distinctiones, dico id quod naturaliter tantùm, aut etiam ciuiliter tantùm debitum fuit, si solutum sit etiam per errorem siue iuris, siue facti non posse repeti, nisi cùm persona facit locum repetitioni, vt cõtingit in pupillo soluente sine tutoris authoritate, id quod etiam naturaliter & ciuiliter debeat *l. in-*

BIU Cujas

terdum 29. *infr. hoc tit.* vbi additur exemplum aliud de eo cui bonis interdictum est, quod generaliùs obtinet in iis omnibus, qui alienandi ius non habẽt, ex ratione posita in *l. quòd si fortè* 14. *§. vlt. infr. de solut. & §. vlt. Instit. quib. alien. licet vel non.* & quidem in ea re, quæ naturaliter tantùm fuit debita, longè minorem dubitationem res habet, vt condictioni indebiti locus esse non possit, cùm non possit dici omnino indebitum, quod saltem naturaliter debitum fuit, ísque præcipuus effectus sit naturalis obligationis, vt impediat soluti repetitionem *d. l. naturales* 10. *infr. de oblig. & action. l. fideiussor* 16. *§ naturales de fideiuss. l. naturaliter* 13. *& seq. l. si non sortem* 26. *§ libertus in fin. l. frater à fratre* 38. *in princip & §. 1. & d. l. Iulianus* 60. *infr. hoc tit. l. 3. in fin. supr. quod quisq. iur.* Is porrò natura debet, quem iure gentium dare oportet, siue eius fidem secuti simus, vt in *l. cùm amplius* 8. *§. is natura debet de regul. iur.* siue nulla fide data, nec intercedente aliqua conuentione, sola æquitas iuris gentium obligationem inducat, vt euenit in eo, cuius absentis, adeóque pupilli, vel furiosi negotia vtiliter gesta sunt, quem constat non tantùm naturaliter obligari, sed etiam ciuiliter, sicut & quoties ex re actio venit *l. 1. & 2. & 3. §. pupillus l. si pupilli 6. supr. de negot. gest. l. furiosus* 46. *infr. de oblig. & action.* ne quis fortè putet, quod quidam crediderunt, contra quos Bartolus disputat, nullam esse obligationem naturalem, nisi quæ ex consensu nascatur, neque quod solutio debiti naturalis per errorem, siue facti, siue iuris facta sit, condictionem parere possit: sicut enim condictionem non illud parit, quòd is qui soluit nollet soluisse, sed quòd indebitum soluerit, ita neque retentionem debiti naturalis impedire illud potest, quòd solutio facta sit ab errante, qui non soluisset, si non errasset, cùm error ille facere nequeat, vt indebitum sit, quod solutum est, quodque fuit reuera debitum iure naturali & gentium, eo tempore quo soluebatur. Denique tum demum quæstioni locus est, an quod per errorem siue iuris, siue facti solutum est, repeti possit, cùm verè fuit omninò indebitum, quod per errorem solutum est, non etiam si debitum quoquomodo fuit, siue naturaliter tantùm, siue tantùm ciuiliter. Itaque non possum probare distinctionem illam, quam suprà diximus Accursij, & Bartoli, vtrum quid indebitum sit ciuiliter tantùm, non etiam naturaliter, an verò naturaliter tantùm, non etiam ciuiliter. quicquid enim tale est, nullomodo potest dici absolutè indebitum, cùm aliquo iure debitum sit, licèt non omni iure: & indebitum illud duntaxat dicendum est, quod nullo prorsus iure debetur, quemadmodum solemus dicere, non in totum videri falsum, quod veritatis primordio adiuuatur *l. cùm filius* 76. *§. heres meus de legat.* 2. aut vt loquitur Vlp. in *d. l. si non sortem* 26. *§. indebitum*, quod vel omninò non debetur, id est nullomodo, vel ad indebiti causam redit, ob exceptionem perpetuam debitori competentem: quo casu quamuis & naturalis, & ciuilis obligatio salua remaneat, vt diximus, effectu tamen ipso vtraque si non sublata saltẽ ineffica x redditur, propter æquitatem exceptionis, quæ tanquam potentior tollit vinculum prioris illius æquitatis, quo naturalis obligatio sustinebatur *d. l. Stichum* 95. *§ naturalis de solut.* Quamquam autem obligatio, quæ ciuilis tantùm est, nullo æquitatis naturalis vinculo nititur (alioqui esset obligatio non tantùm ciuilis, sed etiam naturalis) ideò tamen parit retentionem non minùs quàm naturalis, quòd absurdum sit minoris potestatis esse ciuilem obligationem, quæ maioris est ad agendum, & cui damus actionem non dari multo magis exceptionem & retentionem, ex regula *l. 1. §. is autem infr. de superfic. l. minus* 56. *§ cui damus de regul. iur. l. 1. de pignor.* nec quisquam dixerit solam obligationem naturalem impedire condictionem, quasi non eundem effectum habere multo magis debeat ea quoque obligatio, quæ sit ciuilis tantùm. Sed dicimus obligationem naturalem, etiam quæ sit sola, impedire repetitionem, ne dubitare possimus multo magis obligationem, quæ sit ciuilis tantùm, idem efficere & posse, & debere, dum ne, quod sæpe accidit, exceptione aliqua perpetua elidatur, puta exceptione doli, vt in *l. 2. §. circa de doli mal. & met. except.* Exemplum adfert Accursius, & post eum Bartolus de obligatione literarum, quæ ciuilis tantùm est, paríque actionem, sed quæ tamen intra biennium eliditur per exceptionem non numeratæ pecuniæ, tanquam quæ facta sit spe futuræ numerationis, qua non secuta nec consensus quidem vllus promissoris interuenisse intelligitur, ex quo nata obligatio aliqua naturalis videri possit, vt Bartolus probat non malè ex *l. qui pecuniam* 30. *supr. de reb. credit. l. pen. infr. quæ res pignor oblig. poss. l. 1. in fin. qui potior. in pignor. hab.* Errant enim illi qui putant videri hoc casu contractam obligationem sub condicione, vt inferant, nullam ergo interim ex huiusmodi promissione nasci obligationem, neque naturalem, neque ciuilem *l. cedere diem* 213. *de verb. signific.* Verum namque est contrahi literis obligationem pure *tot. tit. de lit. oblig. Instit. & l. non figura* 38. *de oblig. & act.* sed ciuilem tantùm, ex qua nascitur actio, & contra quam ideò necessaria est exceptio non numeratæ pecuniæ *l. si ex cautione* 3. *l. in contractibus* 14. *C. de non numer. pecun.* aut condictio obligationis *l. si quasi* 9. *eod. tit. l. si cùm exiguam* 4. *C. de condict. ob caus. dator.* quæ condictio locum habere nõ posset, si nulla obligatio præcederet *l. 1. infr. Tit. prox.* Nec minùs errant etiamsi, qui putãt ex ea literarum obligatione perinde nasci obligationem naturalem, atque ciuilem, nulla enim naturalis obligatio esse potest, vbi nullus consensus, nullaque æquitas subest, neque tamen eò magis cõpetit repetitio soluti, quia sufficit obligationem subesse ciuilem ad impediendam condictionem *l. cùm fidem* 4. *C. de non numer. pecun.* cùm exceptio non numeratæ pecuniæ, quæ aduersus actionem ex illa ciuili obligatione competentem, non sit perpetua, sed temporalis, biennio enim concluditur non minùs quàm querela ipsa non numeratæ pecuniæ. Planè si poneres eum qui se literis obligauit spe futuræ numerationis, quæ nunquam secuta fuerit, velle se onerare probatione, quòd nulla pecunia sit numerata etiam post elapsum biennium quod vtique facere potest, non quidem per exceptionem non numeratæ pecuniæ, quæ semper vt diximus biennio concluditur, sed per exceptionem doli *d. l. 3. C. eod.* quæ perpetua est *l. purè* 5. *§. vlt. de doli mal. except.* dicerem competituram hoc casu condictionem indebiti, ex regula *d. l. qui exceptionem* 40. *hoc tit. iunct. l. qui se debere* 7. *supr. de condict. caus. dat.* nec repugnaret *dict. l. cùm fidem*, quæ post solutionem non denegat debitori condictionem indebiti soluti, sed tantùm exceptionem non numeratæ pecuniæ, nimirum ne creditor etiam post acceptam pecuniam cogatur probare numeratam esse pecuniam, quæ iam ipsi fuerit reddita: oneraretur enim ea probatione, si

exceptio

exceptio non numeratæ pecuniæ opponeretur *l.1. eod. tit.* aut etiam exceptio doli intra biennium. In eo siquidem solo differunt, quod pertinet ad literarum obligationem spe futuræ numerationis contractam, quòd exceptio non numeratæ pecuniæ semper biennalis est, exceptio autem doli semper perpetua, quamuis alio iure intra biennium censenda, alio autem post biennium, quantum ad onus probandi, quia intra biennium probandi onus incumbit creditori, quòd pecuniam numerauerit, post biennium verò incumbit debitori, vt probet non fuisse numeratam. Eadem mihi videtur cõstituenda esse ratio earum quoque conuentionum, quæ per vim, aut metum, dolúmve extortæ sunt, vt ex iis scilicet nulla nascatur obligatio naturalis, sed ciuilis tantùm. Etsi enim contractus etiam in quo vis vel metus aut dolus interuenit, habet voluntatem eius, qui vim vel dolum passus est, quia etiam coacta voluntas, tamen voluntas est *dict. leg. si mulier* 21. *§. vlt. supr. Quod met. caus. leg. si patre cogente* 22. *infr. de rit. nupt.* nõ sufficit tamẽ volũtas quælibet, ad inducendam obligationem naturalem, nec consensus quilibet, sed is demum qui liber sit, & à libera voluntate, cùm non æstimetur naturalis obligatio, nisi ex vinculo æquitatis naturalis, quæ portrò nunquam fauet ei qui vim dolúmve admisit: est enim contra ius naturale & gentium, vt homo homini insidietur, aut vim vel iniuriam inferat: alioqui nec ex iure naturali & gentium esset, vt vim vi repellere liceat, & dolum malum dolo bono *leg. vt vim 3. supr. de iust. & iur. leg. cùm pater* 77. *§. Titio fratri antep. de leg.* 2. Obligationis merè ciuilis alia ratio est. exigit enim solum iuris ciuilis vinculum, non tantùm ad hoc, vt producat ciuilem actionem, sed etiam vt per traditionem ex ea tanquam ex iusta causa factam dominium transferri possit, ex regula *leg. nunquam nuda* 31. *de acquir. rer. domin.* Nemo autem dubitat, quin & stipulatio, & alius quilibet contractus per vim aut metũ, vel per dolũ extortus habeat vinculũ iuris, cũ etiã coacta volũtas, sit volũtas, vt diximꝰ, licèt nullũ habeat vinculũ æquitatis naturalis, & tamẽ repetitio soluti ex hac causa cõpetit, nõ quia si sola obligatio ciuilis per se nõ sufficiat ad impediẽdã cõdictionẽ, etiã cessante obligatione naturali, sed quia aduersus actiones cõpetẽtes ex cõtractu per vim aut dolum extorto competunt exceptiones doli & metus, quæ sunt perpetuæ, & æquitate naturali subnixæ, quarum ius proprium est, vt pariant condictionem *dict. leg si non sortem* 26. *§. indebitum & leg qui exceptionem* 40. *infr. hoc tit.* nempe si pecunia ex eiusmodi contractu debita sponte soluta non sit à debitore, nec per errorem, sed in cõsequẽtiam præcedentis obligationis exacta *leg. ex ea stipulatione* 7. vbi dixi *supr. tit. prox. iunct. leg.* 2. *Cod. de his quæ vi met. caus.* Difficilius illud videtur quod obiicitur ex *leg. si quis postquam* 37. *infr. de fideiuss.* Si quis postquã tempore transacto liberatus est, fideiussorem dederit, non teneri fideiussorem, quia erroris fideiussio nulla sit: sic enim nostri vulgo intelligunt, vt eo casu etiam solutum per errorem possit repeti, quamuis, inquiunt, per præscriptionem ciuilis obligatio sola tollatur, non etiam naturalis. Pugnat enim hæc sententia cum eo quod proximè diximus, id quod naturaliter tantùm debetur, etsi per errorem etiam facti solutum est, nihilo magis posse repeti, cum negari non possit, quin præscriptio solam obligationem ciuilem tollat, non etiam naturalem, tanquam quæ ex æquitate merè ciuili inducta sit, & magis odio actoris negligentis, quàm fauore rei, vt exceptio Macedoniani, non ex æquitate vlla naturali, perinde atq; vsucapio *l. 1. infr. de vsucap. l. 3. & 4. C. de præsc. 30. vel 40. annor.* Itaque quamuis exceptio præscriptionis perpetua sit, non potest tamen parere condictionem, salua manẽte obligatione naturali, quæ semper impedit repetitionem *dict. leg. 3. §. vltim. suprà quod quisq. iur.* Sed tamen dicendum est, meo iudicio Paulum in *d. leg. si quis postquam*, non loqui de eo qui tutus præscriptione tantùm temporis soluerit, aut fideiussorem dederit, sed quod nemo obseruat, de eo qui actione temporali non perpetua obstrictus antea, & iam transacto tempore liberatus, fideiussorem dedit eius actionis nomine, quæ amplius nulla erat, cùm actiones temporales ipso temporis lapsu solo in totum extinguantur, ita vt ad eas elidendas nulla exceptione & præscriptione opus sit, cum ab initio ea lege inductæ sint iure honorario, siue prætorio siue ædilitio, ne post certum tempus possint viuere: adeo vt nec obligatio vlla naturalis videri possit ex ea causa superesse ad condictionem inducendam, aut ad obligandum fideiussorem, qui alioquin etiam obligationi naturali soli posset accedere *leg. stipulatus sum 6. l. fideiussor* 16. *§. fideiuss. eod. tit. l. is cui 6. de verb. obligat.* Proinde cum neque obligationis naturalis neque ciuilis neque actionis, sed meri erroris fideiussio illa sit, mirum non est, eam non valere. Aliaque ratio est debitoris qui tutus exceptione præscriptionis perpetua aduersus actionem aliquam ipso iure competentem dederit fideiussorem, aut soluerit, quamuis per errorem facti. Hic enim repetere ideo non potest, quia naturaliter obligatus manet, cum tempus non sit modus naturalis tollẽdæ obligationis *l. obligationũ ferè* 44. *§. placet de obl. & act.* sed modus ciuilis non nisi posteriorũ Imperatorũ cõstitutionibus introductus in *dict. l. 3. & 4. Cod. de præscript. 30. vel 40 annor.* Eadem mq; ratio facit, vt fideiussor ex hac causa datus teneatur, quamuis non semper soluti repetitio & datio fideiussoris à pari procedant. Obstare etiam sententiæ nostræ maximè creditur, quod scriptum est in *l. error 9. Cod. ad leg. Falcid.* Falcidiæ condictionem heredi competere, si fortè per errorem facti non iuris soluerit fideicommissum integrum non detracta Falcidia, quam ex fideicommisso detrahere potuisset, cui conuenit quod scriptum est in *leg. 1. & vlt. eod. tit. leg. regula 9. §. pen. de iur. & facti ignor. l. si patronus* 20. *§. de illo infr. de donat. l. lex Falcidia* 47. *infr. ad leg. Falcid. cum quis* 10. *Cod. de iur. & fact. ignor. & in l. heres* 21. *infrà ad SC. Trebell.* Putat enim Bartolus post Accursium legata & fideicõmissa integra deberi naturaliter, etiam post legem Falcidiam latam, & post Senatusconsultum Pegasianum, quo quartæ retentio ex fideicommissis permissa est. Ego verò magis probo quod Vltramontani nostri iam olim contra Accursium defenderunt, heredem, qui legatis aut fideicommissis vltra dodrãtem oneratus est, non magis naturaliter, quàm ciuiliter esse obligatum, vt legata vel fideicommissa solida præstet. Ac de legatis quidem & fideicommissis singularibus, quæ per SC. Pegasianum exæquata sunt per omnia legatis circa deductionem Falcidiæ *leg. 1. de legat. 1. iunct. §. sed quia versic. ex singulis Institut. de fideicomm. hered.* us apertissimum est: nam libera illa legandi potestas, quam lex 12. *tabular.* induxerat, leges autem Furia & Voconia valde restrinxerant, non aliter fuit per legem Falcidiam restituta, quàm si heres quartam totius hereditatis ante omnia habeat iure testamenti

BIU Cujas

& hereditario, priusquàm aliquid legare permittatur testatori *leg. 1. infr. ad leg. Falcid.* Vnde est quod portionis Falcidiæ vindicatio datur heredi non condictio, si ius vetus inspicias *leg. lineam margaritorum 26. leg. Plautius 49. eod. titul.* Id enim est quod prudentes nostri solent dicere, legata omnia per legem Falcidiam, ipso iure & pro rata resecari *leg. in quantitate 74. §. vlt. eod. tit.* & adeò acquiri iure publico retentionem Falcidiæ ex legatis, vt nec si velit heres, possit tamen eam remittere, ne quidem paciscendo cum legatariis viuo & mandante testatore *leg. quod bonis 15. §. primo eod. titul.* quia priuatorum cautiones legum authoritate non censentur *leg. vlt. de suis & legit.* quamuis legem exercere, & Falcidiam ex legatis post mortem testatoris retinere inuitus non cogatur, satisfit enim legi, si possit Falcidiam deducere etiamsi nolit, nec requirit præterea lex, vt velit cùm possit. Nec proinde dubitandum est, quin faciat contra legem Falcidiam testator, si iubeat solui legata in solidum non detracta Falcidia, vel si quid aliud comminiscatur in fraudem legis Falcidiæ, vt in *leg. Seius & Agerius 27. eod. titul.* lex enim Falcidia quadrantem à testatore ipso tangi prohibet *leg. quia autem 6. vers. ordo igitur.* in illis verbis *dummodò quadrans non tangatur infr. si quis omiss. caus. testament.* Dixi *si ius vetus inspicias*, quia iure nouo aliud est, postquàm placuit Iustiniano, vt Falcidia prohiberi hodie possit à testatore *Nouell. 1. de hered. & Falcid. cap. 2. vnde sumpta est Auth. sed cùm testator Cod. ad leg. Falcid.* Cæterùm si quod olim legabatur supra dodrantem, habebatur pro non legato, tanquam quod legatum esset contra legem, an non prorsus consequens est, vt ea portio quę per legem Falcidiam retineri poterat, nullo iure deberetur, neque naturali, neque ciuili? Atque ita Vltramontani quos Bartolus refert, argumentabantur ex *leg. non dubium 5. Cod. de legib.* Nec possum probare subtilitatem mirabilem Bartoli respondentis, legem Falcidiam resecare legata ipso iure quod ad dominium, sed non quod ad obligationem, quasi verò facilius sit, vt contra potestatem legis inducatur obligatio, quàm vt dominium transferatur, contra quàm disertè scriptum est in *dict. leg. non dubium*, vbi nec patiuntur Imperatores, vt ad confirmandum id quod contra legem factum est, iusiurandum vtiliter adhiberi possit. Nec magis illud probare possum, quod addit idem Bartolus, legem Falcidiam non resistere obligationi legatorum in solidum præstandorum, quia, inquit, cùm dicit quòd quis possit legare quantum vult, dummodò remaneat quadrans penes heredem, non prohibet testatorem vltra dodrantem legare, sed præcipit quadrantem penes eum remanere debere. Quid enim aliud est, permittere testatori, vt quantam cuique ciui Romano pecuniam iure publico dare legare volet, ius potestaſque ei sit, dum ita detur legatum ne minùs quàm partem quartam hereditatis ex testamento heredes capiant (hæc enim fuerunt verba legis Falcidiæ, vt Paulus noster refert in *leg. 1. ad leg. Falcid.*) quàm ei prohibere ne quid supra & vltra dodrantem leget? Nec enim sunt supradicta affirmatiua, quod pertinet ad quadrantem heredis, vt malè putat Bartolus, sed negatiua & consequenter prohibitiua. Et quod lex ait, *quantam pecuniam dare legare volet*, non eum sensum habet, ac si scriptum esset *specialius etiam supra dodrantem*, vt idem Bartolus interpretatur, sed ad differentiam priorum legum Furiæ & Voconiæ, quarum altera non nisi ad mille vsque asses, altera non nisi ad certum vsque legatariorum numerum legare cuiquam permittebat. Quartæ Pegasianæ, quæ ex fideicommissis non singularibus, sed vniuersalibus authoritate Senatusconsulti Pegasiani deducebatur, alia ratio fuisse videtur. Etsi enim perinde illa atque Falcidia legatorum contra voluntatem testatoris inducebatur, vnde nec magis prohiberi poterat, & Falcidiæ quoque nomen sibi adrogabat *leg. Titia 86. in fin. infr. ad leg. Falcid.* Non tamen fecit SC. Pegasianum vt testator suam hereditatem totam fideicommittere prohiberetur, alioqui Senatusconsulti Trebelliani potestatem & authoritatem sustulisset, quod non ita fuit, adiuuandi enim & supplendi potiùs quàm tollendi Trebelliani gratia secutum est Pegasianum *§. ergo siquidem Instit. de fideicommiss. hered.* sed permisit tantùm heredi, vt ex eo fideicommisso quartam posset detrahere, *dict. §. sed quia eod. titul.* vt scilicet eo præmio inuitaretur heres ad adeundam hereditatem, ne alioqui fideicommissum intercideret destituto testamento *leg. si patroni 51. §. quifideicommissam infr. ad SC. Trebell.* Ex qua differentia fluxerunt etiam illæ quas Marcianus congerit in *leg. in quartam 91. ad leg. Falcid.* & illa præcipuè, quod in Falcidiam legatorum non imputantur, nisi ea quæ iure testamenti & hereditario capiuntur, in Pegasianam verò quam vulgò nostri Trebellianicam vocant, omnia imputantur quæ quocunque relicti titulo ad heredem peruenerunt, sicuti pluribus à nobis explicatum est *libro 6. Coniect.* Atqui, dicat aliquis, siue legata solida heres soluerit, siue totam hereditatem nulla deducta quarta restituerit, dum ne per errorem facti, perinde repetit, & è contrario, siue sciens, siue per errorem iuris non facti soluerit, non repetit *leg. 1. & vltim. & dict. leg. error. Cod. eod. tit. leg. heres 21. ad SC. Trebell. infr. leg. si sponsus 5. §. si quis rogatus infr. de donat. int. vir. & vxor. dict. leg. regula 9. §. pen. de iur. & fact. ignor. leg. si patronus 20. §. de illo. de donat. leg. patrem 19. & seq. Quæ in fraud. credit.* Respondeo supradictos omnes iuris locos esse de Falcidia fideicommissorum, non de Falcidia legatorum, si excipias *leg. vltim. Cod. ad leg. Falcid.* quæ nec dat condictionem, nec denegat vindicationem heredi, qui per errorem facti legata integra soluit, existimans fortè aut ampliores esse vires hereditatis, aut legata pauciora, minúsve grauia, quàm ex facto apparuerint, sed tantùm ait, heredem qui plenam fidem testatori exhibens in solidum legata præstitit, non posse posteà prætextu legis Falcidiæ vti repetitione: quod generaliter ita intelligendum est, vt nec vindicationem eo nomine habere possit, nec condictionem. In eoque fateor nullam esse differentiam inter legatorum Falcidiam & fideicommissorum, id est, quantum ad denegandam repetitionem: sed in causa denegandæ repetitionis hanc pono differentiam, quòd heres qui solida legata soluit omisso scienter legis Falcidiæ beneficio, licèt id faciat, vt plenius obsequium exhibeat voluntati testatoris, ideo tamen non repetit, quia ob hoc ipsum donare intelligitur, cùm donari videatur, id quod nullo iure cogente conceditur *leg. donari 28. de donat. leg. cuius per errorem 53. leg. donari 181. de regul. iur.* & rem suam donare intelligitur, non alienam reddere, cùm id præstet cuius non modò retinendi, sed etiam vindicandi ius habuisset, si nullo ipsius facto intercedente legata solida ad legatarios peruenissent *dict. leg. lineam margaritorum 26. ad leg. Falcid. iunct. leg. Quintus 27. §. argento infr. de*

BIU Cujas

infr. de aur. & argent. legat. vnde & illud facilè admitterem, vt inter coniuges ea quoque donandi forma & ratio prohibita censeri deberet, itémque, vt si quis sciens se Falcidiam ex legatis retinere posse, nec tamen soluendo esse, mallet integra legata soluere fraudandorum creditorum gratia, posset Falcidia per creditores reuocari interdicto fraudatorio, vel actione Pauliana, quia heres qui sciens omittit beneficium legis Falcidiæ, non tam occasionem solam acquirendi omittere, vt ille qui hereditatem aut legatum repudiat, quàm patrimonium suum diminuere credendus est, & ideò Paulianæ actioni locum facit *l. 1. 2. 3. & pass. ill. titul. Quæ in fraudem credit.* At in Falcidia fideicommissorum omnia diuersa sunt *dict. l. patrem 9. & sequent. eodem titul. dict. l. si sponsus 5. § si quis rogatus de donationib. inter virum & vxor.* nec tam donare quàm debitum soluere videtur heres qui solida fideicommissa præstat: quid enim aliud debuit, quàm vt plenam fidem testatori suo exhiberet? *Tit. de fideicomm. hered. Instit. & Tit. de codicill.* Atquin hoc ipsum præstat cùm solidum fideicommissum soluit nulla deducta quarta. Ergo non donat, quandoquidem solutio debiti donatio non est, inquit *lex hoc iure 9. §. penult. de donat.* Et miror Tribonianum in *dict. l. l. vltim. C. ad legem Falcid.* sic loqui de herede solida legata dependente, vt dicat eum plenam fidem exhibere testatori, cùm in legatis nihil sit, quod de fide testatori exhibenda tractari possit, quippe quæ non à fide heredum pendeant, vt fideicommissa, quæ & nomen inde sumpserunt, sed à iuris vinculo & potestate, nec precariis verbis, sed imperatiuis & legis modo relinquantur, vt Vlpianus in Fragmentis scribit *Tit. de legat.* Nec quicquam fuisset facilius testatoribus, quàm legis Falcidiæ potestatem circa legata eludere & elidere, si fidem heredum in non deducenda Falcidia implorare satis fuisset, siue per expressum fideicommissum, siue per tacitum, vtrumque enim factum in fraudem legis Falcidiæ videri debuisset, nisi fortè Iustinianus ea constitutione respexit ad ius nouum quod induxerat, non illud, de quo iam diximus, vt liceret testatori Falcidiam legatorum prohibere (non enim fuit illud ius Codicis, sed primùm inductum *dict. Nou. ll. 1. cap. 2. de hered. & falcid.*) sed aliud quo iam constituerat vt legata fideicommissis & fideicommissa legatis per omnia & in omnibus exæquarentur *l. 2. C. commun. de legat.* Sed eo fusio fœdissima nominum & rerum ista dicenda esset, quomodo idem Iustinianus loquitur in *l. vltim. C. de legit. tutel.* non exæquatio, nec potuit Iustinianus legatorum & fideicommissorum primæuam originem adeò immutare ac peruertere, vt non semper verum sit fideicommissa ex fide heredum pendere primùm, deinde ex Prætoris iurisdictione, non ex legum potestate, legata verò ex vinculo & potestate legum non ex heredum fide ac pudore. Itaque non potest dici heres fidem fallere, qui legatum, præsertim nullo iure ac inutiliter à se relictum non præstat, aut qui ex legato ritè relicto Falcidiam retinet: ergo nec fidem plenam exhibere, tametsi legata solida præstet, quomodo exhibet, qui fideicommissa solida soluit etiam in voluntate inutili relicta *dict. l. 1. C. ad leg. Falcid. l. 2. C. de fideic. l. fideicommissum 6.* vbi dicemus *infr. hoc tit.* Quemadmodum & quod suprà diximus ex viri doctissimi Iacobi Cuiacij potiùs quàm ex nostra vel Vlpiani sententia in *l. 1. de legat. 1.* Per omnia esse exæquata legata fideicommissis singularibus in detractione Falcidiæ, etiamsi maximè verum esset, non adeò tamen generaliter intelligi deberet, iuxta iuris veteris rationem, vt non minùs prohibitum sit testatori fideicommissis singularibus quàm legatis onerare heredem suprà dodrantem. Etenim quemadmodum numquam feceris vt lex Falcidia, quæ de legatis tantùm locuta est, de fideicommissis quoque locuta sit, quorum vsus eo tempore nullus dum erat (lata enim lex est temporibus Augusti adhuc Triumuiri, fideicommissa verò ei sidem Augusti iam Imperatoris facti temporibus cœperunt, vt Iustin. refert in *dict. titul. de codicill.*) ita nec potuit Tribonianus facere, vt lex Falcidia prohibuerit fideicommitti totam hereditatem suprà dodrantem, nec proinde fideicommissis etiam singularibus, quæ nostri vulgo malè particularia vocant, exhauriri totas facultates hereditarias. Cur enim fideicommissa singularia magis quàm vniuersalia suprà dodrantem prohiberentur? Neque rursum exæquatio legatorum & fideicommissorum singularium quantum ad deductionem Falcidiæ hoc ius inducere potuit ad effectum illum, vt vel fideicommissa singularia ipso iure resecarentur, vel in fideicommissis nulla fidei ratio habenda esset, eiúsque naturalis obligationis, quæ per fidem testatori datam ab herede contrahi creditur, quam eo saltem tempore quo adit dare intelligitur, si viuo testatori nullam dedit. Quod non similiter de legatis dici potest, quia licèt heres adeundo hereditatem etiam cum legatariis non minùs quàm cum fideicommissariis & creditoribus contrahere censeatur *l. 3. in fin. & l. infr. Quibus ex caus. in poss. eat.* nullam tamen illis fidem, aut ipsi etiam testatori dare intelligitur, nisi quatenus & hereditas & lex duodecim tabularum eum obligat. Porro neque hereditas, neque lex obligat heredem ad legata suprà dodrantem, nec magis naturaliter, quàm ciuiliter, quem tamen obligat ad fideicommissa solida præstanda, nisi hactenus, vt quartam ex ipsis ad exemplum legis Falcidiæ senatusconsulti Pegasiani authoritate possit deducere, si sui commodi maiorem quàm explendæ fidei rationem habere velit. Vereque de Falcidia fideicommissorum, siue vniuersalium siue singularium dici illud potest, quod Bartolus dixit, malè de Falcidia legatorum, permissam duntaxat eam esse, non etiam prohibitum testatori ne fideicommittat suprà dodrantem *dict. §. sed quia. Instit. de fideicom. hered.* Ergo si solida fideicommissa heres præstiterit omisso scienter legis Falcidiæ beneficio, vt pleniorem testatori fidem exhiberet, non potest repetere, nec quartam condicere, quia soluisse quod debuit potiùs, quàm de suo quicquam donasse intelligitur: si verò legata solida præstiterit, non vt pleniorem fidem quæ in legatis nulla data est, sed vt plenius obsequium voluntati testatoris exhiberet, æquè non repetit, atalia nouáque ratione, quia portionem quam sibi retinere poterat quasi nec legatam, donasse videtur de suo, ex regula *dict. l. cuius per errorem 53. de regulis iur.* quæ ait, cuius per errorem soluti repetitio est, eiusdem consultò dati donationem esse *l. eum qui 21. §. primo. supr. de inoffic. testamento*, nisi persona soluentis, vt puta impuberis, locum faciat repetitioni, vt bene Accursius monet ex *l. interdum 29. infr. hoc titul.* aut nisi ancipiti animo facta sit solutio ab eo qui dubitabat, an

BIU Cujas

deberet necne: non enim tam facilè animo transigendi id feciſſe credendus eſt, vt denegari ei debeat condictio ſi probet indebitum fuiſſe, vt à Iuſtiniano noſtro conſtitutum eſt in *l.vltim.C.eod.* Quod ſi heres non conſultò, ſed per errorem facti ſolida legata, vel ſolida fideicommiſſa ſiue vniuerſalia ſiue ſingularia ſoluerit, nemo dubitat, quin repetitionem heres omni caſu habere debeat, ſed cum hac, vt puto, differentia, quod ſolutis legatis ſolidis, non reuocat nec repetit ſolida legata quæ ſoluit, ſed eam tantùm portionem, quæ vltra modum legis Falcidiæ ſoluta eſt, vt euenit in Falcidia ex donatione cauſa mortis per traditionem facti deducenda *leg.penult.Cod. ad l.Falcid.l.1. §. ſi quis ex mortis.infr. quod legat.l.cùm pater* 77. §. *mater* 2. *&* §. *Mæuio* 77. *de legat.2.* & quidem non per vindicationem, vt malè quidam putant ex *dict.l.lineam*, quæ non de hoc caſu loquitur in quo factum heredis ſoluentis interuenerit, ſed condictionem, & vt Papinianus loquitur in *dict.* §. *Mæuio*, reuocationem: quo nomine condictio ſignificatur non vindicatio: quamuis non ignorem *repetitionis* nomine, quod generalius eſt quàm *reuocationis*, etiam vindicationem interdum ſignificari: repetit enim rem ſuam is quoque qui eam vindicat, ſed nunquam datur vindicatio ei cuius facto & voluntate dominium ſemel in alium tranſlatum eſt per traditionem, eſtque hoc caſu omnino neceſſarius vſus condictionis: tametſi in portione quæ ex donatione cauſa mortis iure Falcidiæ penes heredem manere debet, & quæ remanet ipſo iure aliud ſit, vt vindicari eam oporteat non condici, *argum.dict. §. ſi quis ex mortis.iunct.dict.l. lineam*, cùm eo caſu nullum heredis factum', nullaque traditio ab eo facta interuenerit. At ſolutis fideicommiſſis ſolidis omiſſo per errorem ſenatuſconſulti Pegaſiani beneficio, non ſola illa portio repetitur quæ ex Pegaſiano retineri potuit, ſed totum fideicommiſſum *dict. l.heres* 21. *ad SC. Trebell.* quaſi totum indebitum, vt & in *l.qui exceptionem* 40. §. *ſi pars domus infr. hoc tit.* quouſque heres quartam ſibi debitam ex eo retinuerit, cuius ſcilicet ſola retentio ei permiſſa eſt, non etiam data vindicatio *d.* §. *ſed quia.* Quomodo enim quartam ex fideicommiſſo retinere poſſet heres ſi fideicommiſſum ipſum integrum non haberet? non enim cùm ipſo iure minuantur fideicommiſſa per Pegaſianum, quomodo minuuntur legata per legem Falcidiam *dict. l. in quantitate* 74. §. *vlt.infr. ad leg.Falcid.* itémque donationes cauſa mortis *d.* §. *ſi quis ex mortis, & d.l. pen.* C. *ad l.Falc.* quoniam ad legatorum non ad fideicommiſſorum exemplum capiuntur *l.2. ſupr. de Public. in rem act. l. Marcellus* 15. *l. illud* 37. *infr. de mort. cauſ. donat.* cur enim æquipararentur fideicommiſſis, cùm iuris vinculum aliquod per ſe habeant vt legata, fideicommiſſa verò nullum? quamuis de donationibus cauſa mortis non magis quàm de fideicommiſſis locuta eſſet lex duodecim tabularum, ſed de legatis *l. verbis legis* 120. *de verb. ſignific.* Sed illa tamen hîc remanet hæſitatio, cur heredi permittatur repetitio ſolidi fideicommiſſi per facti errorem ſoluti, ſi verum eſt quod ſuperioribus conſequens videtur, fideicommiſſa ſolida deberi naturaliter ob fidem datam teſtatori, in eóque differre à legatis, obligationem verò naturalem impedire ſoluti repetitionem, tum quoque cùm facti error interuenit. Sed dicendum eſt potiorem eſſe poteſtatem Senatuſconſulti Pegaſiani quàm obligationis huius, ſi qua eſt quæ ex fide per heredem data proficiſcitur, quia nec liberum eſt heredi dare teſtatori fidem de ſoluendo integro fideicommiſſo, etiamſi maximè ad hoc velit ſe obſtringere, ne ſenatuſconſulti Pegaſiani beneficio vtatur, cùm non minor ſit poteſtas ſenatuſconſulti Pegaſiani quàm legis Falcidiæ, licèt illa pleniùs & fauorabiliùs proſpexerit heredi aduerſus legatarios, quàm ſenatuſconſultum aduerſus fideicommiſſarios: vt proinde nulla heredis obligatio ſit, ne quidem naturalis ad ſoluenda fideicommiſſa integra, non magis quàm vt ſoluat legata ſolida, nec ſi fidem expreſſam dederit, non teſtatori tantùm, ſed ipſis etiam fideicommiſſariis *arg.dict.l. quod bonis* 15. §. 1. *ad legem Falcid. iunct. dict. l.vlt. de ſuis & legit.* quia ſenatuſconſulti authoritas huic obligationi reſiſtit ab initio, & conſequenter obligationem omnem impedit tam naturalem quàm ciuilem *dict.l.non dubium* 5. *C. de legib.* In poteſtate igitur heredis manet, vt mortuo teſtatore vel plenam fidem quam ei dedit exhibeat, ſoluendo fideicommiſſa integra omiſſo ſcienter ſenatuſconſulti beneficio, vel non exhibeat, ſi malit quartam ex ſenatuſconſulto retinere, adeò vt nec ideò perfidus dici poſſit, quemadmodum iam ſuprà diximus, cùm iure communi & beneficio Pegaſiani vſus ſit, nec executio iuris habeat iniuriam *l. iniuriarum* 13. §. *infr. de iniur. l. Gracchus* 4. C. *ad leg. Iul. de adult.* Quomodo tamen perfidus dicendus eſſet, ſi obligationem naturalem, & fidem iure gentium datam violaret? *dict.l. cùm amplius* 184. §. *is natura debet de regul. iur.* id enim eſt quod Theophilus dicebat, actiones iure ciuili non niſi contra perfidos comparatas eſſe. Atquin heres qui per errorem facti ſoluit integra fideicommiſſa, ex quibus Falcidiam detracturus fuerat, ſi falcidiæ locum eſſe credidiſſet, nihil minùs agit quàm vt plenam fidem exhibeat teſtatori, aut beneficium ſenatuſconſulti abiiciat, quia errantis nec voluntas vlla, nec conſenſus vllus eſt *l. ſi per errorem* 15. *ſupr. de iurisd.* nihil ergo eſt propter quod denegari ei debeat condictio & repetitio fideicommiſſi, non magis quàm repetitio portionis Falcidiæ heredi, qui ſimiliter per errorem facti legata integra ſoluit: regula enim iuris eſt, facti errorem & ignorantiam non nocere, ne maribus quidem ſiue in damnis ſiue in compendiis *d.l. error facti* 8. *& l. ſeq. in princ. infr. de iur. & fact. ignor. d.l. cùm quis* 10. *in fin.* C. *eod.* iuris verò ignorantiam, vt ibidem ſcriptum eſt, nocere, aut potius, quod tamen aliquatenus diuerſum eſt, non prodeſſe: quomodo Papinianus loquitur in *l. iuris ignorantia* 7. *infr. eod. ill. tit.* in quo tamen illa rurſum incurrit dubitatio, cur error iuris impediat repetitionem portionis Falcidię in legatis, & fideicõmiſſi in ſolidum præſtiti, cùm Papinian. dicat in *d.l. iuris & ſequ.* iuris ignorantiam nemini nocere in damnis amittendæ rei ſuæ & ſuum petentibus. An nõ enim damnum patitur qui amittit quartam, quam ſiue ex legatis ſiue ex fideicommiſſis deducere & retinere potuiſſet? Reſpõdendũ eſt meo iudicio, heredi qui per erroré iuris integra legata vel fideicõmiſſa ſoluit, & ſubinde vult condicere, nõ tam iuris errorem nocere, quàm factum proprĩũ & traditionem ſolutionémq; à ſe factã, nec proinde tam de eo quærendum eſſe, vtrum error iuris hoc caſu noceat, quàm vtrũ prodeſſe debeat ad inducẽdam repetitionem. Regula autem eáque perpetua & generalis eſt, iuris errorem & ignorantiam nemini vnquam prodeſſe quamuis nec ſemper noceat *d.l. iuris & ſequ.* Mirum igitur

BIU Cujas

igitur non est, nullam ex eo iuris errore induci posse repetitionem, ad quam inducendam necesse esset iuris errorem non tantùm nō nocere, sed etiam prodesse, nec enim certat de vitando damno amittendæ rei suæ is, qui fideicommissum solutum integrum ideo vult repetere, ne quartam amittat, cùm amissa quarta non tam aliquod damnum rei suæ incurrisse, quàm occasionem acquirendi amisisse videatur *d. l. patrem 19. & l. debitorem 20. infr. quæ in fraud. credit.* cùm quarta fideicommissorum non pertineat ad heredē ipso iure, vt docuimus, sed tantùm ex Pegasiano ius habeat quartæ ex fideicommisso quolibet si velit retinendæ. An ergo in falcidia legatorum aliud obtinebit? Ita certè videtur, nam cùm ipso iure remaneat penes heredem, tum quoque cùm legatum iā viuo adhuc testatore penes legatarium fuit, ideóque vindicare eam heres possit *d. l. lineam*, vt & in donationibus causa mortis euenit *d. l. 1. §. si quis ex mortis D. quod legat. & d. l. pen. C. ad. leg. falcid.* negari non potest, quin de damno rei suæ amittendæ certet heres qui de falcidia legatorum condicenda disputat, nec proinde tam indiget vt iuris error ei prosit, quàm vt, quod minus est, ei non noceat. Nec sanè vllam legem aut iuris rationem esse puto, quæ huic non tam nostræ, quàm certissimæ Papiniani definitioni aduersetur. Quod enim scriptum est in *d. l. error. 9. C. ad leg. falcid.* ad falcidiam fideicommissorum licet singularium pertinet, non ad falcidiam legatorum, vt verba ipsa legis probant, sicut & quod in *l. regula 9. §. vlt. infr. de iur. & fact. ignor.* licèt prima verba §. quæ ex sequentibus interpretanda & restringenda sunt, generaliora esse, & ad omnē falcidiæ speciem pertinere videantur. Adeò autem verum est quod dicimus, falcidiam legatorum heredi acquisitam esse ipso iure, vt dubitatum olim fuerit, an heres quī testatoris voluntatem vltro secutus spopondisset se legata integra soluturum ex ea promissione, quamuis post mortē testatoris facta obligaretur, in eámq; rem fuit necessaria Iustiniani constitutio in *d. l. vlt. Cod. ad leg. falcid.* quæ huiusmodi cautionem vult valere, reiecta legum veterum ambiguitate, scripserat enim Marcellus, de eo dubitari posse in *l. si patronus 20. §. 1. infr. de donat.* vbi tamen ad propositam ex Marcello dubitationem ita respondetur, vt negare probabiliter nemo possit, quin tota illa respōsio sit Triboniani respicientis ad Iustiniani constitutionem: est enim iisdem ferè verbis, certè eodem sensu concepta. Alia quæstio est quam Bartolus non omisit de legatis & fideicommissis in testamento minus solemni relictis, an saltem naturaliter debeantur, quod ille magis probat, quoniam soluta non repetuntur ex *l. fideicommissum 61. infr. hoc tit. l. 2. C. de fideic.* dicemus ad *d. l. fideicommissum*, ne cum Bartolo si tam longos exaremus in hāc legem Commentarios, materias confundamus.

2. IDEM libro 16. ad Sabinum.

SI quis sic soluerit, vt, si apparuerit esse indebitum, vel Falcidia emerserit, reddatur: repetitio locum habebit. negotium enim contractum est inter eos.

Ad l. 2. Si quis sic soluerit.

RAT. DVB. Quod quis sciens indebitum soluit hac mente, vt possit repetere, posteà tamen repetere non potest *l. quod quis 50. infr. hoc tit.* Ergo nec si soluerit hoc pacto expressim addito, vt si apparuisset posteà esse indebitum, vel falcidia emersisset, redderetur, repetitio locum habere poterit. Quid enim refert potest, an ea mente solutio facta sit, an eo pacto? præsertim cùm condictio indebiti non tam ex cōtractu nascatur, quàm ex distractu, quia distrahendi potiùs, quàm contrahēdi negotij animum habere videtur is qui soluit indebitum *l. 5. §. is quoque infr. de oblig. & action.* neque rursum ex pacto nudo potest nasci actio *l. iuris gentium 7. §. sed cùm nulla & seq. supr. de pact.* Ergo neque condictio siue indebiti siue alia vlla, præsertim cùm etiamsi interposita esset stipulatio, perimeretur vtique condictio, & sola ex stipulatu actio superesset *l. si sine 22. in princip. infr. rat. rem haber.* Quemadmodum & dicimus, cùm quis mutuam dat pecuniam, & sibi eam reddi stipulatur, nullam ex numeratione nasci actionem, sed ex sola stipulatione *l. certi condictio 9. §. quoniam supr. de reb. credit. l. si ita 6. §. 1. & l. seq. infr. de nouat.* condictio namque indebiti comparatur condictioni ex mutuo, & mutuo indebitum §. *is quoque Instit. quib. mod. re contr. oblig. & d. l. 5. §. is quoque de oblig. & action.* Non potest igitur hoc pactum facere vt eo magis condictio indebiti detur. DEC. Multùm interest, an quis sciens soluat indebitum, quāuis ea mente eóq; proposito, vt posteà repetat, an verò hoc expressim addito pacto, vt si apparuerit esse indebitum, vel falcidia emerserit, reddatur. Priore casu nudum soluentis propositum est, vt possit repetere, quod in mente retentum nihil operatur *l. si maiores 25. C. de trāsact. l. si repetendi 7. C. de condict. ob caus. dator.* Posteriore autē casu pactū est, & quidē nō nudū, sed traditione & solutione, cui cohæret, vestitū, quia negotiū geritur, σωάλλαγμα trahitur inter soluentem & accipientem *d. l. iuris gentium §. 1. supr. de pact.* neq; potest videri pactum nudum, quoties certa lege dari aliquid probatur *l. si dominus 8. in fin. infr. de præscr. verb. l. rebus 6. l. vlt. C. de rer. permut.* Cúmq; pactum hoc nullam habeat stipulationem, tametsi perinde efficax sit ad agēdum atque stipulatio, non potest parere actionem ex stipulatu quæ nouet condictionem, vt in *d. l. si sine, & d. l. si ita §. 1. & leg. seq.* condictio igitur hoc casu soluenti competet, si posteà apparuerit indebitum esse quod solutum fuit, aut falcidia emerserit, & quidē condictio indebiti, vt benè putat Bartolus, sicuti condictio ob causam dati causa non secuta locum haberet, si datum esset ob causam futuram, & conuentio interuenisset de repetendo si causa cessaret *l. 2. C. de condict. ob caus. dat. l. 1. C. de donat. quæ sub mod.* non quasi condictio indebiti possit nasci ex pacto quamuis non nudo (nascitur enim semper ex solutione & traditione rei indebitæ, cū sit hæc obligatio ex earum genere, quę re non consensu solo contrahuntur *d. §. is quoque Instit. quib. mod. re contr. oblig.*) sed quia pactum hoc conseruat & retinet ius condictionis, quæ alioqui intercideret si quis indebitum sciens soluisset, quamuis ea mente vt posteà repeteret *d. l. quod quis.* Qui enim sic paciscitur, satis ostēdit se non soluere scienter indebitum, sed velle sibi prospicere aduersus periculum illud ne quando tale quid obiici ei possit, & ne quæstioni locus relinquatur, an per iuris an per facti errorem indebitum solutum sit, secundum ea quæ ad legem prę-

BIU Cujas

cedentem diximus. Quamuis si cum Accursio & Azone velit quis actionem præscriptis verbis hoc casu dare, vt id, quod indebitè solutum est reddatur, is certè non errauerit. Competit enim illa actio quoties negotium aliquod gestum est, ex cõtractu tamen innominato & ex quo nasci actio quę nomen proprium habeat, nulla potest *d. l. iuris gentium. §. 1. de pact. d. leg. si dominus d. l. rebus & leg. vlt. C. de rer. permut.* neque nouum est, vt actio præscriptis verbis concurrat cum condictione *l. naturalis 5. §. 1. & seq. infr. de præscript. verb.*

1 ¶ Si quid est testamento solutum sit, quod postea falsum, vel inofficiosum, vel irritum, vel ruptum apparuerit, repetetur: vel si post multum temporis emerserit æs alienum [a], vel codicilli diu celati, prolati sunt [b]: qui ademptionem continent legatorum solutorum, vel deminutionem per hoc, quia aliis quoque legata relicta sunt: nam Diuus Hadrianus [c] circa inofficiosum, & falsum testamentum rescripsit, actionem dandam ei, secundùm quem de hæreditate iudicatum est.

Ad l. 1. §. Si quid.

RAT. DVB. Cùm de indebiti solutione & condictione quæritur, non aliud tempus inspici potest, quàm quo solutum est, quia eo tempore quasi contractum intelligitur, cùm obligatio indebitire cõtrahatur, id est, solutione & traditione, vt proximè diximus ex *l. 5. §. is quoque de oblig. & act. & §. is quoque Instit. quib. mod. re contr. oblig.* nam & in contractibus omnibus generale est, vt tempus contractus inspici oporteat *l. Rutilia Polla 69. infr. de contr. empt. l. si voluntate 8. Cod. de rescind. vendit.* & vulgare nostrorum brocardicum est, qualitatem iunctam verbo intelligendam esse secundùm tempus verbi ex *l. in delictis 4. §. si extraneus supr. de noxal. act.* Cùm ergo dicit quis solutum à se indebitum, probare debet fuisse indebitum eo tempore quo solui. Atqui ponimus solutum fuisse ex testamento, quod non nisi posteà falsum vel inofficiosum vel irritum vel ruptũ apparuerit, ac proinde de cuius virib. solutionis tempore non dubitabatur, vt negari non possit, quin bona fide & facta & accepta solutio sit. Non ergo indebiti condictione teneri potest is cui solutum est, tantundémque debet ei prodesse bona fides, quantum veritas ex iuris regula in *l. bona fides 136. de regul. iur.* Nam quod ibi additur, *vbi lex impedimento non est*, ad hunc casum pertinere non videtur, cùm neq; lex neq; prætor prohibeat, quominus soluatur est testamento, quod neq; falsum adhuc, neque inofficiosum, neque irritum, neq; ruptum esse dicatur, dummodò adita sit ex eo hereditas quæ etiam ex testamento, quod falsum esse iam dicitur, adiri interdum potest *l. cùm falsum 46. infr. de acquir. hered.* Multo magis autem si testamentum in eo sit vt de inofficioso iamiam argui possit, quamuis heres institutus id sciat, quia nec inofficiosi querela proponi potest nisi post aditam ex testamento hereditatem *l. Papinian. 8. §. si condicioni supr. de inoff. testam. l. scimus 36. §. vlt. C. eod.* Idémq; de testamento rupto vel irrito facto dici posse videtur, cùm neq; rumpi vel irritum fieri testamentum neque ruptum vel irritum factum pronunciari possit, nisi quod aliquando tenuit *l. nam etsi 5. & pass. infr. de iniust. rupt. & irrit. fast. testam.* Cur nõ ergo impunè solutionem accipere liceat ei cui etiam prætor actionem daturus sit ad extorquendam ab inuito quoq; solutionem; quomodo solemus dicere, iniquum esse impunè non soluere eum quem prætor cogere possit ad solutionem *l. quod autem 6. §. apud Labeonem infr. quæ in fraud. credit.* Est enim multo faciliùs, vt possidenti qui iam solutionem accepit, detur ad impediendam condictionem retentio *l. 1. infr. de pignor. l. in hoc iudicium 14. §. 1. supr. commun. diuid. l. si in area 33. inf. hoc tit.* DE C. Ex eo testamento quod vel falsum, vel inofficiosum, vel ruptum, vel irritum ab initio, id est, ante aditam hereditatem fuisse ex postfacto apparuit, neque legatum, neq; fideicommissum, neq; æs alienum, neq; aliud quicquam deberi potest, ac ne quidem libertates siue directæ siue fideicommissariæ, nisi à legitimis heredibus fuerint repetitæ *l. generaliter 24. §. ex testamento infr. de fideic. libert. l. 1. C. eod.* Nam falsum testamentum ipso iure nullum est, cùm nec testamentum sit, quia quod falsum est, nihil est. Inofficiosum verò licèt ab initio testamentum sit, adeóq; validum ex quo adiri hereditatem non modò possibile, sed etiam necessarium sit, vt inofficiosi querela nasci possit, postquàm tamen inofficiosum pronunciatum est, redit ad causam non testamenti, perindéque habetur acsi nec factum testamentum nec hereditas ex eo adita vnquam esset *l. eum qui 21. §. vlt supr. de inoffic. testam.* Facit enim querela inofficiosi patrem familiàs intestatum, adeóque quod mirabilius est, & contra iuris regulas, interdum pro parte testatum & pro parte intestatum *l. circa 24 eod. tit.* quia rescindit defunctiindicia tanquam dementis hominis & insani *l. 2. l. Titia 13. eod.* adeóq; libertates nisi testamentum ex magna & iusta causa inofficiosum dici cœptum sit post quinquennium *d. l. Papinian. 8. §. vlt & l. seq. eod.* ita vt is qui semel ex testamento heres fuit, æquè contra iuris regulã heres esse desinat *l. in substitutione 31. de vulg. & pupill. substit.* Testamentum verò quod irritum factum est per capitis diminutionem, quæ testatori post testamentum factum superuenerit, licèt ab initio valuerit cùm fiebat, desint tamen valere viuo adhuc testatore, nec per legem confirmari proinde potest tẽpore mortis nisi testator ante mortem fuerit in pristinũ statum restitutus, ideóq; nec adiri ex eo hereditas potest *l. si alienum 49. §. 1. de hered. instit.* Quod autem ipso iure ruptũ est siue viuo adhuc testatore, vt per aliud posterius testamẽtum ritè factum, siue eo iam mortuo per natiuitatẽ fortè posthumi præteriti vt in *d. §. ex testamento l. 1. l. postbumus 12. & pass. de iniust. rupt. §. posteriore Instit. quib. mod. testam. infirm.* licèt tum quoq; valuerit, cùm fiebat, itémq; ipso etiam mortis tẽpore, in eum tamen statum deducitur, vt nec valuisse vnquã existimetur, nec aditi ex eo hereditas possit, imò nec suus heres quisquam existere quandiu in eo statu est, vt rumpi quandoq; possit licèt nondum ruptum sit *l. ventre præterito 84. de acqu. hered. l. si filius 16. de liber. & posthu.* quamuis sui heredes nulla indigeant aditione *l. in suis 11. eod. l. in suis 14. de suis & legit.* Atqui neq; legata neque

neque fideicommissæ, neq; libertates aliter ex testamento deberi possunt, quàm si ex eo adiri aut aliter acquiri possit hereditas, ita vt nec sufficiat adiri posse nisi adita sit *leg. si nemo 9. infr. de testam. tutel. l. si nemo 181. de reg. iur. l. ea quam 14. C. de fideic.* Consequēs igitur est, vt quod ex supradictis testamentis solutum est, sit indebitum, ideóque indebiti condictione repeti possit: non enim quod testamentum ex postfacto pronūciatur falsum, aut inofficiosum, aut iniustum, aut ruptum, facere potest, vt non iam fuerit tale antea & eo ipso tempore quo soluebatur. Euentus.n. & pronūciatio declarat quale anteà testamentum fuerit, neq; nunc tale facit, nec mutat statū testamenti nisi quatenus res etiam malè iudicata pro veritate habetur *l. & ex diuerso 35. §. 1. supr. de rei vind.* Nec quod is cui ex aliquo eiusmodi testamēto solutū est in bona fide fuerit, facere potest debitū, quod reuera fuit indebitum, quia lex impedimento est, quæ nec eiusmodi testamēta valere patitur, nec ex iis deberi quicquam posse, nec obligationes iustas contrahi dominiáque acquiri nisi certis & legitimis modis *l. obligationū ferè 44. §. placet de verb. obli. & action.* inter quos non est bona fides si sit sola: plus dico, etiamsi authore ac mandante prætore solutio facta esset eo tempore, quo neque falsum adhuc neque inofficiosum, neque irritum, neque ruptum esse testamentum dicebatur, saluam tamen ei qui soluit, manere condictionem indebiti, quoniam ea quæ de nouo emergunt, nouo indigent auxilio *l. de ætate 11. §. ex causa supr. de interrog. iniur. fac.* nec res antè iudicata pro veritate haberi potest in eo de quo iudicatum non fuit, cùm neque ad officium iudicis pertineat futuri post sententiam temporis tractatus *l. 1. §. 1. in fin. de vsur.* Sed cui dabitur hæc legatorum repetitio? An bonæ fidei possessori qui soluit, an heredi qui hereditatem euicit? Vlpianus hîc non aperit, sed in fine legis subiicit actionem dandam ei secundùm quem de hereditate iudicatum est. De quo postea dicicemus.

a *Vel si post multum temporis emerserit æs alienum.* RAT. DVB. Cùm semel adita est hereditas, nec redit ad causam nō aditæ hereditatis (vt eos casus excludamus de quibus proximè diximus) omnis defuncti voluntas rata constituitur *l. si patroni 55. §. qui fideicōmissum infr. ad SC. Treb.* ac proinde non minus quod ad legata quàm quod ad æs alienum. Ergo quamuis post legata & fideicōmissa ex testamento soluta æs alienum emerserit, non eo magis condici legata & fideicommissa possunt, quæ & bona fide accepta sunt à legatariis & fideicommissariis, & eo tempore quo adhuc latente ære alieno non poterat heres hoc prætextu recusare solutionem, præsertim verò si ponas nonnisi post multum temporis æs alienum emersisse, quomodo Vlpianus hîc ponit: quis enim erit huius periculi metuendi finis? aut quando parta legatariis & fideicōmissis securitas, si accepta iā solutione expectādum habent an post multa fortè lustra & annorum curricula emersurum sit æs alienum, quod plerūque per multos annos latet, priusquam emergat & se exerat? An non absurdum & iniquum est rerum legatarum, aut fideicommissarum dominia tamdiu manere in incerto? *l. 1. inf. de vsucap.* nam & non valde dissimiliter videmus libertates conseruari, quæ in testamento inofficioso relictæ sunt, si post quinquennium testamentum inofficiosum dici cœptum sit *d. l. Papinianus 8. §. vltim. supr. de inoff. testam.* quamuis non post multum temporis fieri dicatur id quod sit post quinquennium, sed id demum quod post decennium *l. si cùm fideicommissa 16. §. Aristo. infr. qui & à quib. manum.* Adde quòd heres adeundo hereditatem, non minus cum legatariis & fideicommissariis contrahere, aut saltem quasi contrahere videtur, quàm cum creditoribus *l. 3. §. vlt. cum l. sequen. infr. quib. ex caus. in poss. eat.* Quídni ergo tenebitur ex suo illo quasi contractu, tametsi æs alienum post multum temporis emerserit? Maximè autem si credas cum Bartolo legata & fideicommissa etiam in minus solemni testamento relicta deberi naturaliter, vt dicebamus ad legem præcedentem: quanto magis enim & ciuiliter, & naturaliter debentur ea, quæ data sunt in solemni testamento? Quod si ita est, quídni naturalis illa & ciuilis obligatio impediet condictionem?

DEC. Ex nullo testamento præstātur legata vltra vires patrimonij *l. in ratione 11. §. quod vulgo ad fin. infr. ad leg. Falcid.* nec heredem oportet plus legatorum nomine præstare, quàm ex hereditate bonisque defuncti ad eum peruenerit, quamuis cesset Falcidia *l. 1. §. si is qui l. ex facto 17. §. non tantùm ad SC. Trebell. §. 1. vers. hoc solum Instit. de singul. reb. per fidei. relict.* nec bene in hoc comparantur legatarij & fideicommissarij cum creditoribus. Etsi enim eadē lex duodecim tabularum est, quæ heredem & creditoribus & legatariis obligat *l. vlt. C. de hered. act.* aliter tamen his, aliter illis, nam creditoribus quidem obligat in solidum etiamsi bona defuncti non sufficiant, quia cū heres personam defuncti repræsentet, ita vt eadem persona esse existimetur *Nouell. 48. de iureiur. à morien. præst. in princip. l. heres & hereditas 22. inf. de vsucap.* non potest heres solidum æs alienum non debere, quod defunctus solidum debuit, debétque sibi heres imputare cur ea lege adierit *l. si duo 38. infr. de acquir. hered. l. 1. C. si cert. pet. l. 1. & 2. Cod. si vnus ex plurib. hered. debit.* Vnde fit vt soluendo dicatur esse hereditas quæcunq. inuenit heredem *l. libertus 36. de bon. liber. l. quæ dotis 33. solut. matr.* at legatariis non obligatur in solidum heres per legem duodecim tabularum, quia nec permisit ciui Romano ea lex testari de alieno, sed tantùm de suo *l. verbis legis 120. de verb. signific. l. cōficiuntur 8. §. si post factum de iur. codicill.* id demum autē ex bonis cuiusq. esse creditur, quod supereſt deducto omni ære alieno *l. mulier bona 72. de iur. dot. leg. non possunt 11. de iur. fisc. l. subsignatum 39. §. bona de verb. signific.* Et quamuis latiùs pateat hereditatis appellatio quàm bonorum, quia hereditas non dicitur deducto ære alieno, cùm habeat commoda & incommoda *l. si quis seruum 8. §. vlt. & l. seq. de legat. 2. l. 1. 2. & 3. de bon. poss.* peruenisse tamen propriè etiam ex hereditate dicitur id demum quod deductis oneribus supereſt *l. 2. §. peruenisse vers. illud tenendum de hered. vel act. vend. l. cogi 6. §. sed & si quis ad SC. Trebell.* Ac præterea licet testator ille sit qui legat, obligatio tamen legatorum incipit ab herede *l. hereditariarum 40. de oblig. & act.* at æris alieni obligatio incipit à defuncto, tū quoq. quādo agi eo nomine cū defuncto nō potuit, vt in exēplis *l. hereditariū 7. de reb. author. iudic. possid.* Deniq. creditores certant de damno vitando, ob idque sunt fauorabiliores, legatarij verò de lucro captando, & ideo tanto minus fauorabiles *l. vlt. §. sin verò creditores C. de iur. delib. l. quod autem 6. §. simili modo infr. quæ in fraud. credit.* Adeò autem verum est non deberi legata supra vires hereditarias, vt quamuis hereditas quæ non erat soluendo, inuenerit emptorem eo precio, quod sufficeret legatorum solutioni possit, non eo magis tamen legata pleniora præstanda sint, quia licèt persuaderi vix possit non

BIU Cujas

fuisse, eam hereditatem soluendo, quæ talem emptorem inuenerit, magis tamen ex stultitia emptoris eam pecuniam videtur habere heres quàm ex bonis defuncti, quemadmodum nec legatariorum detrimentum esset, si heres malè minúsq; iusto precio res hereditarias vendidisset, vt eleganter Paulus noster ratiocinatur in *l.3.in princip.ad leg.Falcid.* Cùm igitur ex quantitate æris alieni quandocunque emergentis appareat legata quæ soluta sunt fuisse ab initio indebita, iam tum quoque cùm soluebantur, ratio nulla est, quin per indebiti condictionem repeti possint. Imò verò ex huiusmodi causa potest minor restitui in integrum aduersus additionem hereditatis: itémque maiores sed milites soli, nisi quibus speciali priuilegio, & citra exemplum id à Principe concessum est, vt Iustinianus scribit in §. *extraneis versic. sciẽdum est Instit. de hered. qualit. & differ.* Non idem hodie iuris est, si ponas aditã esse hereditatem purè ac sine beneficio legis & inuentarij, postquàm placuit Iustiniano, vt hic heres in pœnam neglecti beneficij teneatur legatariis in solidum non minùs quàm creditoribus, ita vt nec Falcidiam ex legatis possit deducere etiam, quę non sit prohibita à testatore *d.l.vlt.* §. *penult.* C. *de iur. delib.* ante quam id proculdubio obtinebat, quod ex veteris iuris ratione suprà diximus, vt legatorum nomine supra facultates hereditarias, nunquam heres teneretur, tametsi hereditatem purè adiisset, quã nec adire olim aliter potuisset. Nec existimandum est fieri hoc casu ex postfacto indebita legata, quæ anteà fuissent debita: sed ex postfacto apparet fuisse iam ab initio indebita, siue post modicum, siue post multum temporis æs alienum emerserit: non enim ratio vlla temporis haberi debet contra eum, cui culpa nulla imputari potest, quíq; sua diligentia temporis tarditatẽ præuenire, & anteuertere nõ potuit. Aliáq. ratio est libertatum, de quibus in *d.l. Papinianus* §. *vlt.* quarum scilicet fauor euicit, vt si querela inofficiosi testamenti non nisi post quinquẽnium perlata sit, quod rarò quidem, sed tamen aliquando ex magna & iusta causa fieri potest, libertates, quæ competierunt non reuocentur, quas tamen summa iuris ratio reuocatas esse volebat, facto patrefamilias per Centumuirale iudicium intestato. Quod autem diximus heredem adeuntem non minùs quasi contrahere cum legatariis quàm cum creditoribus, facere non potest, vt eo magis debita fiant legata, quę ante aditionem & mortis tempore, ex quo maximè æstimanda est quantitas patrimonij *l. in quantitate* 74. *in princip. ad leg. Falcid.* indebita verè fuerunt. Nam & cùm heres speciali stipulatione se obstrinxit legatariis, non ideo tamen duriùs obligatur, quominus iisdem exceptionibus omnibus vti possit, quibus posset, si nulla stipulatio interuenisset *l.1.* §. *si quis sub condicione infr. Vt legat. seu fideicomm. seruand. cauſ. caueat.* Quod ergo contractus expressus facere non potest, nec quasi contractus faciet. Expressa enim illa stipulatio, quæ de legatis soluendis interponitur, licèt actionem ex testamento nouet *l. cùm filius* 76. §. *heres meus de leg.2.l.si Stichum* 8. §.1. *infr. de nouat.* actionis tamen ex testamento naturam induit, & vicem repræsentat *d.* §. *si quis sub condicione* quæ natura est omnium Prætoriarum cautionalium stipulationum *l.1.* §. *cautionales. De prætor. stipulat.* de quibus videnda sunt quæ scripsimus *libr.3. Coniect. c.3.* Ex his verò intelligimus quam falsum sit quod putat Bartolus, legata etiam in minùs solemni testamento relicta deberi naturaliter, cùm nec ea naturaliter debeantur quæ in testamento solẽni relicta sunt, nisi quatenus per legem confirmantur, & defenduntur. Alioqui nec prætextu æris alieni postea emergentia condici possent, tanquam & naturaliter & ciuiliter debita.

b *Vel Codicilli diu relati prolati sunt.* RAT. DVB. Codicilli per aliquantulum, siue per multum temporis suppressi, celatíque facere non possunt, quin verum sit testamento relicta solemniter & vtiliter fuisse legata, quæ in iis codicillis, vel in totum adẽpta sunt, vel diminuta, siue per diminutionem legatæ quantitatis, siue per hoc quod aliis quoque legata relicta sint. Ergo non eo magis dici possunt indebita ex testamento, quamuis non sint debita ex codicillis. Non enim minùs solemnem voluntatẽ tam curare debemus, quàm eam quæ solemnis fuit, nec proinde codicillos qui solẽnitatem & obseruationem iuris nullam desiderant anteponere testamento, quod tot solemnitatibus constat & constituitur, maximè cùm habeat iuris regula, debere vnũ quodque dissolui eo modo, quo colligatũ est, nec leuiori solemnitate *vulg. l. nihil tam naturale* 35. *de reg. iur. l.g. prout* 80. *de solut.* ac proinde testamẽtũ tolli testamẽto posteriore perfecto & æquè solẽni, nõ codicillis, §. *posteriore Instit. quib. mod. testam. infirm.* DE c. Codicilli testamentarij, siue ante, siue post testamentum facti testamento confirmantur, & veluti quædã testamẽti pars censentur, ita vt quicquid in eiusmodi codicillis scriptũ est, perinde habendũ sit, ac si in testamẽto scriptũ esset, idq. iure singulari codicillorũ, vt Iulianus loquitur *in l. 2.* §. *codicillorum infr. De iur. codicill l.pen Testam. quemadm.aper.* Vnde fit, vt quãuis neque legata, neque libertates in codicillis dari possint neque tutelæ, & alia si qua sunt, quæ per modũ legis relinqui verbis directis necesse est, nẽpe si codicilli ab intestato facti sint *l.illud* 13. § 1. *De iur. codicill.* aliud tamen iuris sit factis ex testamento codicillis *l.vlt. eod. tit.* Ergo & per huiusmodi codicillos adimi possunt ea quoque legata, quę in priore scriptura testamenti relicta sunt, ac si posteriore aliqua parte eiusdẽ testamẽti adẽpta essent. Voluntas enim nouissima in legatis, vt in omnibus aliis vltimis voluntatibus attenditur, *l. si mihi* 12. §. *vltim. de legat 1. l. si quis in princ* 22. *de legat.3.* Quod si adimi codicillis in totum possunt, quidni multò magis minui? vt Vlpianus arguit *in l. iuris gentium.7.* §. *adeò supr De pact.* siue per delibationẽ aliquam datæ quãtitatis ea diminutio facta sit, siue per aliorum adiectionẽ legatariorum, per quam fiat, vt legi Falcidiæ locus esse incipiat, cui alioquin nullus fuisset. Neque ideò tamen testamentum per codicillos tolli aut infringi existimandum est: tota enim vis testamẽti pendet ex heredis institutione, quę idcircò in codicillis etiam testamẽto confirmatis fieri nunquam potest, ne per codicillos, qui ex test. mẽto valerẽt, ipsum testamẽtum quod vires ex institutione accipit, confirmari videretur, inquit Papinianus *in l. quod per manus* 10. *D. de iure codicill.* Proinde quãdiu durat institutio, tãdiu etiam testamentum subsistit, licèt legata omnia vel adimantur, vel immutentur. Illud sanè verum est difficiliùs adimi legata, quàm fideicommissa quia licèt omnia nuda voluntatis mutatione tolli possint, nulla quoque scriptura ne quidem codicillorũ interueniente, necessaria tamẽ est heredi exceptio doli contra legatarios, quæ non est necessaria aduersus fideicommissarios *l.3.* § *vlt. iunct. l. sequ. infr. De adim. legat.* nempe quia legata vinculum iuris habent, cùm per legis modum verbis directis & imperatiuis relinquantur, non etiam fideicommissa,

quæ

quæ verbis tantùm precariis aut precatiuis, vt loquitur Vlpianus in *Fragment. titul. de legat.* Sed aliud est de iis legatis loqui, quæ nuda voluntate adempta sint, aliud verò de iis quæ per posteriores codicillos testamento confirmatos. Hæc enim ipso iure adempta sunt, ita vt neque legatariis dãda sit actio, neque heredi exceptio doli desideranda. Ergo si ex codicillis diu celatis prolatísque tandem appareat legata quæ testamento relicta fuerant, aut in totũ adempta esse, aut ex parte imminuta siue per testatorem, siue per potestatem legis Falcidiæ ob nouorum legatariorum accessionem inducendæ, fatendum est apparere ex postfacto, fuisse iam inde ab initio & ipso mortis tempore indebita legata, quæ ex testamento soluta sunt, quatenus per codicillos adempta inueniuntur, & consequenter posse repeti per condictionem indebiti, tanquam soluta probabilissimo errore facti, cùm heres diuinare nec potuerit nec debuerit ea, quæ in codicillis tamdiu celatis continebantur *l. 3. §. cùm transactio l. non est ferendus 12. vers. si tamen supr. de transact. l. Lucius 76. §. vlt. ad Senatusconsultum Trebellian.* nisi vel ille ipse fuerit, qui celauit vel celantib. dolo malo consenserit. Atqui, inquies, prætextu instrumentorum, postea repertorum neque transactio, neque sententia retractatur *l. sub prætextu instrumenti 19. C. de transact. l. sub specie 4. C. de iudic.* Cur potius ergo solutio legatorum? Sed respondendum est, in legatis solutis ita obtinere, ne alioqui contra voluntatem fiat, quod ex voluntate proficiscitur *l. verbis ciuilibus 7. de vulg. & pupill. substit. l. facta 63. §. si sub condicione l. debitor 59. in fine principij ad SC. Treb. l. vlt. in fi. C. de reb. cred. & iureiur.* nec solutionem simplicem pro transactione accipiendã esse, vt ait *l. vlt. C. hoc tit.* Quid ergo si dolo malo & fallaci persuasione legatarij heres solida legata soluerit, cùm legi Falcidiæ locus esset, nec cauerit sibi per stipulationem? ex *tit. si cui plusquam per leg. Falcid.* videtur eâdem fallaciâ qua abiecit auxilium prætoris, abiecisse etiam spem & auxilium condictionis. Et ideò necessaria ei est actio de dolo, *l. si legatarius 24. sup. de dolo.* vbi vide quæ scripsimus, quamuis putet Bartolus actionem de dolo cum indebiti condictione tanquam generaliori posse concurrere, cùm legatarij dolus interceßit.

c *Nam Diuus Hadrianus.* RAT. DVB. Eius est condicere qui dedit, & eius repetere qui soluit, vt nomẽ ipsum repetitionis significare videtur, sicut & illi ipsi condicendum est, qui solutionem accepit, non etiam ei cui solutio proficit *l. his solis 49. infr. hoc titul.* Atqui heres qui adierat ex testamento, quod postea falsum vel inofficiosum pronunciatum est, ille fuit, qui ea legata soluit ex illo testamento cùm illud neque falsum neq; inofficiosum esse crederet. Ipsi ergo dari debet condictio non illi secundùm quem de hereditate iudicatum est. DEC. Condictio indebiti naturalis est, id est, naturalẽ habet æquitatem, vt & cæteræ condictiones omnes *l. indebiti 15. leg. hac condictio 66. infr. hoc tit.* ne scilicet alioquin eueniat contra naturalem æquitatem, vt is qui aliquid indebitum accepit, ex aliena iactura locupletetur *leg. nam hoc natura 14. eod. l. iure naturæ 206. de reg. iur.* Illi ergo danda condictio est, qui alioquin damnũ pateretur, non qui aliter indemnitatem consequi possit. Atqui damnum legatorum perperam & indebitè solutorum non ad bonæ fidei possessorem pertinere potest, qui soluit, sed ad eum solum pro quo iudicatum est, quia bonæ fidei possessor qui bona fide soluit ante motam de testamento controuersiam (alioqui sciens indebitum soluisse videretur *l. eum qui 21. §. 1. supr. de inoff. testam.*) retinere potest ex hereditate quantum legatorum nomine persoluit, nec ad aliud vrgeri potest, quàm vt directa condictione cedat, quæ ipsi aduersus eos quib. solutum est competit *l. quòd si possessor. 17. iunct. §. vlt. leg. præced. supr. de hered. petit.* nempe si de suo soluerit, vt ea lex ait. Nam si de rebus hereditariis sufficit ei quod ex Senatusconsulto conueniri non possit, supra quam locupletior ex hereditate factus est, *l. sed etsi 25. §. cõsuluit eod.* Non potest autem videri factus locupletior ex solutione legatorum, quæ ad veri heredis onus pertinebant. Verus autem heres cùm ea ratione indemnitatem consequi nequeat à bonæ fidei possessore, moraretur vtique in damno, cùm hereditatem tantò minorem à bonæ fidei possessore consecutus sit, nisi ei per condictionẽ succurreretur, aut directam, quæ ab ipso possessore cessa sit (quidni enim cogẽdus est cedere, cùm nullo suo vel incõmodo vel dispendio id facere possit? *l. in creditore 38. infr. de euict.*) aut vtilem ex propria persona, si malit, quod & ipsi commodius est: directam enim habere ex suo capite proculdubio non potest, cùm non ipse soluerit, ob eámque causam necessarium fuit rescriptum Hadriani in hac specie, vt & Imperatoris Titi Antonini in specie *leg. seq.* ad dandam vero heredi vtilem condictionem, vt Papinianus subiicit in *dict. leg. seq.* & Paulus in *l. militis 36. §. miles in supremis infr. de testament. milit.* & Vlpianus in *d. l. Papinianus §. pen. de inoff. testamen.* in illis verbis *& hæc vtili actione repetuntur.* scilicet quæ repetuntur ab eo qui obtinuit, non ab eo qui soluit, vt præcedentia demonstrant. Et quod ibidem sequitur, si ante motam controuersiam legata soluta sint ferè, id est, frequẽtiùs eum repetere qui obtinuit, non eum qui soluit: quia scilicet soluta videri debent hoc casu bona fide, tantóque dignior ille qui soluit, vt perretentionem liceat ei sibi consulere potius quàm per actionem. Nec pugnat quod scriptum est in *dict. l. quod si possessor* dandam esse bonæ fidei repetitionem. Id enim de repetitione intelligi debet quæ aduersus heredem verum ei detur, non de condictione aduersus legatarios, latius quippe patet repetitionis nomen quàm condictionis, vt diximus. Ergo aliud est, si post motam controuersiam soluta sint, quia imputari hoc casu possit bonæ fidei possessori, cur non meliùs sibi cauerit interposita stipulatione, *Euicta hereditate legata restitui*, nec iam bonæ fidei possessor manet, cui Senatusconsulto subuentum est, vt diximus, ne suprà quàm locupletior factus est, conueniri possit. Sed tamen contrà scriptum videtur in *d. l. quòd si possessor 17. de hered. petit.* omni casu condictionem ei dandam pro quo iudicatum est, non ei qui soluit, quasi fauendum ei sit, qui saltem inspecto initio bona fide hereditatem possederit, nisi dicamus, quod ex Caio ita scriptum est in *d. l. quòd si possessor*, ab illis verbis, *sed cùm cessante*, vsque ad finem legis Tribonianeam æquitatem sapere potius, quàm Papinianeam, cùm ex prudentũ omnium sententia, bonæ fidei possessor hereditatis, non solùm post litem contestatam, sed etiam post motam controuersiam fiat prædo *d. l. sed etsi §. si ante l. si quid possessor 31. §. sicut eod. tit.* ideóque ex illo tẽpore indignus planè sit, cui siue ex verbis, siue vt Tribonianus mauult, ex sententia Senatusconsulti subueniatur, quod Vlpianus, vt puto significare voluit in *d. l. Papinianus §. pen.* postremis illis verbis *ferè autem si ante controuersiam motam soluta sunt, qui obti-*

BIU Cujas

nuit.repet. vt intelligamus, si post motam controuersiam soluta sint, dãdam esse repetitionem ei potius qui soluit, cùm eo casu omnimodo teneatur, vt indemnem præstare debeat petitorem, quia nec dolo carere videtur is, qui iam mota controuersia hereditatis legata dat sine cautionibus *leg. dolo 41. infr. ad leg. Falcid.* Hoc verò cùm tam certi iuris sit, vt vix credi possit fuisse à Triboniano ignoratum, malo hũc errorem Triboniani ad illud referte, quòd postrema illa Caij verba, *dandam ei esse repetitionem*, quæ nos interpretati sumus de danda possessori repetitione contra heredem, videtur intellexisse de danda ei repetitione & condictione legatorum aduersus legatarios etiam illo casu, quo soluerit bona fide ante motam sibi de hereditate controuersiam, quod certè à Caij sensu alienum est, & à bonæ fidei possessoris vtilitate, nisi tam stultus sit, vt actionem eligere malit quàm retentionem. Cùm igitur solutio bona fide facta est, repetitio danda est ei qui non soluit: nec enim hoc nouum est *l. nec nouum 5. inf. hoc tit.* Obserua tamẽ non esse hodie locum huic quæstioni, de repetitione legatorum ex eo testamento solutorum, quod postea inofficiosum pronunciatum est, postquam placuit Iustiniano, vt ex causa siue præteritionis, siue exheredationis rupto vel irrito facto testamento solæ institutiones corruant, legata autem & cætera omnia salua remaneant *Auth. ex causa C. de liber. præter.* vt monuimus ad *d. l. Papinianus §. pen.* Idem ergo adnotandum est ad speciem *l. seq.* quæ est de legatis solutis ex testamento, quod agnatione posthumi ruptum fuit, si cum interpretib. nostris eam Iustiniani constitutionem tam generaliter intelligas, vt paternam quoque prætentionem comprehendat, quod tamen probabile mihi numquam visum, & plerisque operum nostrorum locis improbatum est.

3. PAPINIANVS lib. 28. Quæstionum.

IDem est, & si, solutis legatis, noua & inopinata causa hereditatem abstulit: veluti nato posthumo, quem heres in vtero fuisse ignorabat: vel etiam ab hostibus reuerso filio, quem pater obiisse falsò præsumpserat. nam vtiles actiones posthumo, vel filio, qui hereditatem euicerat, dari oportere in eos, qui legatum perceperunt, Imperator Titus Antoninus rescripsit, scilicèt quòd bonæ fidei possessor, in quantum locupletior factus est, teneatur, nec periculum huiusmodi nominum ad eum, qui sine culpa soluit, pertinebit.

Ad l. Idem est, & si, solutis 3.

RAT. DVB. & DEC. eadem est quæ ad initium §. 1. *legis præcedentis*, vbi non tantùm de falso & inofficioso, & irrito facto testamento dictum est, sed etiã de rupto: adferuntur enim hîc duo exempla rupti testamenti, ex quo soluta fuerint legata ab herede scripto, qui bona fide hereditatem adierit, existimãs eam ad se pertinere. Primum est, si natus sit post aditionem & legatorum solutionem posthumus, qui testamento paterno fuerat præteritus, & quem heres in vtero fuisse aditionis tempore ignorabat: hoc enim addit Papinian. & addere debuit, quia si heres sciuisset ventrem plenum, quem præteritum esse non poterat ignorare, vtique non nisi mala fide hereditatem ex eo testamento adire potuisset, cùm ex eo testamento, quod per agnationem posthumi rumpi potest, non possit interim deferri hereditas *l. ventre 84. de acqu. hered.* An autem pater ipse sciuerit, an ignorauerit plenum ventrem fuisse eo tempore quo testabatur, nihil refert hac parte, id est, quod quod pertinet ad cõstituendum heredem in bona fide, vt non ipsi cõdictionis necessitas imponatur, sed imputandi & retinendi ex hereditate facultas ei detur concessis ipsi posthumo vtilibus actionibus ad repetitionem legatorum, quę rupto per agnationem posthumi testamento apparent ex postfacto fuisse iam ab initio indebita, ideóq; condici posse. Alterũ exemplum est, si ab hostib. reuersus sit, post aditam ab instituto hereditatem filius, quem pater obiisse falsò præsumpserat, ideóque præterierat: nã & hic quoque filius quandocunque reuersus, inueniens se à patre præteritum, licèt non faciat testamentum nullum, quia eo tẽpore conditi testamenti erat seruus hostium, qui proinde instituti tanquam suus heres nec potuerat, nec debuerat, rumpit tamẽ quasi agnatione propter fictionem postliminij quę efficit, vt in ciuitate & patris potestate mansisse semper videatur *§. si ab hostibus Instit. quib. mod. ius patr. potest. soluit l. Gallus 29. §. quid si qui filium & seq. infr. de liber. & posthum. l. si quis filio 6. §. 1. de iniust. rupt. l. penul. de suis & legit.* ita fit, vt noua & inopinata causa hereditatem auferat heredi instituto, quem credibile est eodem testatoris errore mortuum putasse illum, qui apud hostes viuebat, & ita hereditatem bona fide possedisse. Ea res facit, vt cùm ex Senatusconsulto, quod de hereditatum petitionibus factum est, ei subueniẽdum sit, ne suprà quàm locupletior factus est, teneatur *l. sed etsi 25. §. & consuluit & pass. supr. de hered. petit.* ideóque possit legata hæc quæ ante motam controuersiam soluit, quamuis indebita, heredi vero imputare *l. quòd si possessor 17. supr. de petit. hered.* dandæ sint vtiles actiones posthumo vel reuerso filio, qui hereditatem euicit in eos qui legata perceperunt. Atque ita Diuus Antoninus Pius rescripsit, vt & Hadrianus in specie legis præcedentis, vbi totum hoc fusiùs explicauimus, & monuimus non esse correctam huius legis sententiam per *Nouellam Iustiniani constitutionem 5. Vt cùm de appellat. cognosc. §. aliud quoque capitulum, vnde sumpta est Auth. ex causa C. de liber. præter.* Quid ergo si legatarij qui legata perceperunt, reperiantur non soluendo eo tempore, quo à filio conueniũtur? An ad filium cui nihil imputari potest, periculũ pertinebit? an potius ad bonæ fidei possessorem qui soluit, nec sibi cauit interposita stipulatione, *Euicta hereditate legata restitui?* Ad filium, inquit Papinianus, non ad bonæ fidei possessorem qui sine culpa soluit, id est, cui nulla culpa imputari potest, ne quidem illa cur non sibi cauerit per supradictam stipulationem, cùm nulla dum ei controuersia hereditatis mota esset: alioqui certè cũ exinde malæ fidei possessor & prædo factus sit, non videtur dolo carere, si legatariis nulla interposita stipulatione legata soluerit, vt proximè diximus ex *l. dolo 41. ad leg. Falcid. leg. si quid possessor 31. §. sicut supr. de petit. hered.* vt ad legem proximam scripsimus, contrà quàm sub Caij nomine à Triboniano scriptum sit in *l.*

BIU Cujas

in *l. quod possessor 17. eod. ill. tit.* nisi malis Tribonianum in eo potius errasse, quòd Caij sensum nō bene perceperit, quàm quòd ei qui post motam controuersiam iam factus prædo legata soluit, fauere voluerit contra tam apertam iuris rationem, vt ad *l. prox.* interpretati sumus. Atqui, inquies, nec imputari filio quicquam potest, nisi fortè illud posthumo, cur natus sit, aut reuerso ab hostibus, cur reuersus sit. Fateor, sed æquius illud est, vt non moretur bonæ fidei possessor in damno, quàm vt arceatur filius ab hoc incommodo, ne ad minus opulentam patris veniat hereditatem, denique in pari causa, sicuti melior esse deberet condicio possessoris, ita cùm neuter possessor est, debet esse deterior condicio petitoris: condemnari enim nemo debet, quin aliqua aduersus eū subsit causa cōdēnationis, quāuis nec aduersus actorē quicquam sit, propter quod non debeat obtinere. Reo sufficit alt eruttum probare, aut actorem non posse obtinere, aut se non debere condemnari, at actori vtrumque probandum est, & obtinere se debere, & reum condemnari oportere.

4. PAVLVS libro 3. ad Sabinum

IDem Diuus Hadrianus rescripsit, & si aliud testamentum proferatur.

Ad l. Idem Diuus Hadrianus 4.

Eadem quoque ad hanc legem dubitandi & decidendi ratio est, quæ ad præcedentes. Nihil enim hæc lex continet, nisi aliud exemplum rupti testamenti per aliud posterius ritè factum, ex quo adiri possit hereditas, licèt nec adita sit §. *posteriore Inst. quibus modis testam. infirm.* Ego si heres priore testamento institutus, cùm posterius ignoraret, hereditatem bona fide adierit, & priore testamento relicta legata soluerit ante motam sibi de hereditate cōtrouersiam, danda erit legatorum condictio vtilis, aut heredi scripto in posteriore si ex eo hereditatē adierit, & euicerit, aut legitimo successori intestati, si is hereditatem obtineat, siue quòd heres scriptus in posteriore noluerit, aut aliqua de causa impeditus sit adire, quamuis testamentum valeret *d. §. posteriore*, siue quòd institutus ipse fuerit, in posteriore testamento minus solemni, quo casu fauore legitimæ successionis prius testamentum æquè per posterius rumpitur *l. 2. De iniust. rupt. & irrit. fact. testam. l. si duobus 12. §. si prius De bonor. poss. contr. tab. l. hac consultissimæ 21. §. vlt. Cod. qui testament. fac. poss.* Proinde si legatarij interim facti sint non soluendo, periculum ad eum qui hereditatem euicit, non ad bonæ fidei possessorem, qui legata soluit, pertinebit, secundùm ea quæ ad præcedentes leges scripsimus.

5. VLPIANVS libro 16. ad Sabinum.

NEc nouum est, vt, quod alius soluerit, alius repetat. Nam & cùm minor[a] viginti quinque annis, inconsultè adita hereditate, solutis legatis, in integrum restituitur, non ipsi repetitionem competere, sed ei, ad quem bona pertinent, ab Arrio Titiano rescriptum est.

Ad l. Nec nouum 5.

RAT. DVB. & DEC. ad hanc legem eadem est, quæ ad *versic. Nam Diuus Hadrianus l. 2 in fin. supr. eod.* vbi ostendimus, cùm alius soluit, alius verò repetit, condictionem illam, quæ datur ei qui non soluit, vtilem esse, non directam, ei verò qui soluit, directam semper competere, si ea malit experiri, quàm cedere illi qui euicit hereditatem: aut si malit heredi rātum reddere, quantum erogauit ex hereditate ad solutionem legatorum: quod tamen si fecerit, vtiq; stultus fuerit, cùm sit longè commodius retinere, quàm agere, & non soluere, quàm solutum repetere, siue ab eodem, siue ab alio *l. 3. infr. De compensat. l. si stipulatus 15. in princ. infrà De fideiuss.* Nec tantùm iis casibus, de quibus hucusque diximus, hoc euenit, vt alius soluat, alius repetat, sed aliis etiam pleriſq; quos hîc Accursius congerit ex *l. prox. l. dominus 53. l. tutores 61. infr. hoc tit. l. cùm fundus 31. §. 1 sup. De reb. cred. l. vlt. §. si verò Cod. de iur. delib.* Sed casus illi omnes dissimiles, in quibus scilicet ei qui non soluit, actio cōpetit soli, & directa, ei verò qui soluit, nulla: at in casibus, de quibus hucusque diximus, necnon in alio, quē Vlpianus hîc addit de minore, qui inconsultè adita hereditate solutisque legatis in integrum restitutus est, competit ei quoque qui soluit, condictio indebiti & quidem directa, ei verò qui non soluit, tantùm vtilis. Quò etiam pertinet, quod scriptum est in *l. quòd si possessor 17. sup. de hered petit.* de cuius sensu & Triboniani errore in illa Caij sententia interpretanda scripsimus *ad l. 2. §. vlt. suprà.*

[a] *Nam & cùm minor.* Hic versiculus nullam planè habet difficultatem, si cum Accursio eum intelligas de legatis indebitis, quæ minor 25. ann. soluerit post aditam hereditatem, & antequam restitutus esset in integrum ad eam repudiandam. Quis enim dubitare possit, quin solutis legatis indebitis, competat indebiti condictio pro eorum repetitione? Aut quis eam cōdictionem daturus sit minori ipsi, qui legata soluit ex hereditate, quam postmodū repudiauerit? Planè si ponas eum soluisse de suo, magis est, vt quod indebitum soluit, imputare heredi non possit *l. item veniunt 20. aliàs l. si possessor §. sed si vendidit supr. De hered. petit.* & ideo danda ei condictio est, non heredi: cùm ipse minor, qui solutis legatis restitutus est in integrum, ad se abstinendum, ipse sibi controuersiam hereditatis fecerit, sibique, vt ita dicam, hereditatē euicerit, quam haberet hodie, si restitutionem non impetrāsset. Sibi ergo imputet, qui se in ea causa constituit *l. si iudex 41. supr. De minor.* At cum soluit, ille ex hereditate nihil ei abest: is verò ad quem bona per restitutionē in integrum perueniūt, condictionem solus habere debet, tanquam cuius solius interest, & quidem aduersus legatarios, qui indebita legata perceperunt: aduersus minorem verò qui soluit, nullam, cùm restitutio in integrū pleniſſimam ipsi indēnitatem, non damnum aliquod nouum adferre debuerit: in damno autem moraretur, si post impetratā restitutionem, & repudiatam hereditatem teneretur possessori bonorum legata reddere, quæ eādem nouem mi leuitate, & inconsulta

BIU Cujas

facilitate indebita soluisset. Sed malo ego locum hunc intelligere de legatis solutis, quæ debita fuerint ex eo ipso testamento, ex quo minor adierat hereditatem, quam postea per restitutionem in integrum omisit. Qui casus longè maiorem habet dubitandi rationem, illam nimirum, quòd negari non possit, quin hæc legata verè debita fuerint, & quidem eo tempore quo soluebantur, cùm testamento solemni & valido relicta essent. Quanam ergo ratione per condictionem indebiti repetentur? præsertim cum heres, qui semel heres per aditionem factus fuit, etiamsi posteà per restitutionem in integrum admittatur ad omittendam hereditatem, non eo minùs heres maneat *l. ait Prætor 7. §. sed quod Papin. supr. De min.* propter regulam iuris, quæ extra certos casus, in quibus hic non est, minimè patitur, vt semel heres desinat heres esse, *l. ei qui soluendo 88. de hered. instit. l. ex facto 43. §. vlt. iunct. l. in substitutione 31. de vulg. & pupill. substit.* nam si & testamentum, & ex eo heres manet, qui non tantùm solutioni legatorum obstrictus semel fuit, sed etiam legata soluit, quomodo fieri obsecro potest, vt fiant indebita, & intercidant? Hinc nimirum cogitur Bartolus dicere, hereditatis aditione, quæ iure prætorio non teneat, vt puta rescissa per restitutionem in integrum, licèt adhuc de iure ciuili non teneat, legata non cõfirmari eáque nullomodo deberi, & in eam rem textum hunc ait esse multùm notabilem: & pro simili allegat, legata non confirmari regulariter per nudam sui heredis existentiam ex *l. 1. §. vltim. infr. vt in possess. legat.* excepto legato libertatis *l. cùm quasi 30. §. sed etsi suus de fideicom. libert. l. sciendum est 32. de manum. testam.* & vniuersali fideicommisso hereditatis *l. ita tamen 27. §. si pater ad SC. Trebell.* Fatetur tamen nuda sui heredis existentia confirmari tabulas pupillares ex *l. si filius 12. de vulg. & pupill. substit. l. Iulianus 42. alias l. si pupillus de acquiren. hered. l. paterfamilias 28. de rebus author. iudic. possid. aliàs l. 13. de priuileg. credit.* Quæ tamen omnia pace Bartoli dixerim, sunt ridicula. Primùm enim constat in specie huius legis aditionem hereditatis ab initio tenuisse, non tantùm ciuili iure, sed etiam prætorio, cùm testamentum ex quo erat adita hereditas, non minus iure prætorio teneret, quàm ciuili. Neque verò vllum casum pro Bartolo reperire meo iudicio facilè quisquam possit, in quo hereditatis aditio, quæ ab initio tenet iure ciuili, non teneat etiam ab initio iure prætorio, quamuis è contrario multi casus sint, in quibus testamentum quod iure ciuili non valet, prætorio iure defenditur, vt in specie *l. posthumus 12. l. filio præterito 17. de iniust. rupt. & irrit. fact. testam. l. qui ex liberis 11. §. testamento de bonor. possessor. secundum tabulas.* Nihil enim aliud exigit prætor ad dandam bonorum possessionem secundùm tabulas interdum sine re, interdum etiam cum re futura, nisi vt septem testium signis signatæ sint, & testator habuerit factionem testamenti vtroque tempore, & testamenti & mortis *l. 1. §. exigit & seqq. eod. tit. l. Paulus notat. 8. de prætor. stipulat. l. inter omnes 12. Qui satisd. cogant.* Sed non ideo tamen bene quis dixerit, aditionem hereditatis tenere de iure prætorio, cùm aditio sit modus acquirendæ iure ciuili, non iure prætorio hereditatis. quia heredem facere prætor nõ potuit, non magis quàm legem, sed tantùm bonorum possessorem *§. quos autem Instit. de bonor. poss.* neque rursum hereditatem deferre, sed duntaxat bonorum possessionem, licet bonorum possessores omnes sint loco heredum *l. 1. 2. & 3. de bonor. poss.* Fateor per restitutionem in integrum petitam à minore ad repudiandam hereditatem quam inconsulto adierat, rescindi à prætore aditionem, id est, perinde haberi apud prætorem, ac si facta non esset: sed cùm prætor hereditatis nomen adimere non magis possit, quàm dare, non potest ea restitutio facere, vt aditio non teneat iure ciuili, neque vt heres non maneat, qui semel fuit, nec proinde, vt legata eo testamento relicta non maneant debita ipso iure, sicut euenit, cùm suus heres se abstinet bonis patris *l. necessariis 57. de acquir. hered.* Generaliter enim & perpetuò verum est, non esse sine herede illum qui suum heredem habet, quamuis se abstinentem *d. l. cùm quasi 30. §. sed etsi suus de fideic. libert.* siue suo iure se abstineat, vt suus heres *l. impuberibus 11. & seq. de acquir. hered.* siue petita in integrum restitutione, vt in hac lege, & *dict. §. sed quod Papinianus l. etsi ex modica 6. §. si filius & seq. de bon. libert. l. 1. §. si quis adita infr. ad SC. Tertyll.* Et quamuis Vlpian. in *d. §. sed etsi suus* loquatur de libertatibus, sicut & in *d. l. sciendum*, libertates autem siue directæ, siue fideicõmissariæ soleãt esse fauorabiliores: ratio tamen, qua mouetur, generalis est, & petita ex ratione meræ iuris, non ex fauore vllo libertatis. Neque rursum ponit Vlpianus in *dict. §. sed etsi suus* subuentum esse directis libertatibus, quę auxilio certè nullo indigent, vt constat ex *dict. l. sciendum*, sed fideicommissariis, quia parum est, debitas eas esse, si nemo sit à quo præstari possint: quod in directis diuersum est, quæ ipso iure competunt, & dantur quidem à testatore, sed ita tamen, vt à nemine præstentur. Quomodo igitur, inquies, per condictionem indebiti possunt condici legata per eum, ad quem bona pertinent, si non facta, sunt per in integrum restitutionem indebita? Hoc enim est quod torsit Bartolum, & ex quo euoluere se non potuit. Sed dicendum est, quę ratio fuit decidendi legata in eo testamento relicta, ex quo hereditatem minor adierat, & ab eo ante petitam restitutionem soluta, ipso quidem iure manere debita, sed tamen haberi pro indebitis, quod attinet ad prætorem, cuius solius est actiones etiam ipso iure competentes, vel concedere, vel denegare, quia nunquam ille dabit restitutionem in integrum legatariis, at neque creditoribus contra eum quem non habeat pro herede, siue beneficio abstentionis, siue auxilio in integrum restitutionis *dict. l. necessariis* quæ hoc omnium optimè explicat, *iunct. l. Sisfilius 12. sup. de interrog. in iur. fac. d. l. ita tamen 27. §. quæ Trebelliano ad Senatusconsultum Trebellianum.* Ac proinde, cùm post rescissam aditionem, quæ ex testamento facta fuerat, bona pertineant ad legitimum intestati successorem, si non aliquis substitutus sit, vt in *dict. §. sed quod Papinianus leg. 7. de minor.* legitimus autem successor ille nõ fuerit oneratus legatis, quæ nec ab intestato relinqui potuerunt, nisi per fideicommissum repetita sint à legitimis successoribus, vt in *l. generaliter 24. §. ex testamento infrà de fideicommiss. libert. l. 1. Cod. eodem l. 1. & l. conficiuntur 8. §. 1. infr. de iur. codicill. leg vltim. Cod. eodem.* consequens omninò est, vt si effectum rei inspicias magis, quàm iuris potestatem & subtilitatem, indebita dici possint legata, non tam quòd nullo iure debeantur, quàm quia nullomodo peti possint, denegante prætore actionem, quamuis ipso iure competentem, vt in *dict. leg. necessariis.* Ac tametsi nulla actione indigeant legatarij, quibus legata iam soluta sunt, non aliter tamen probare possunt legata sua esse debita, quàm si probent talia ea esse, vt si soluta non essent, solui hodie deberent, data in eam

BIU Cujas

eam rem actione, adeo vt quæ peti non possent, si soluta non fuissent, nec retineri soluta possint, non solùm quòd neq; naturaliter legata debeãtur, quæ ciuiliter non debentur, vt contra Bartolum disputauimus ad *l.1. sup.* sed etiam, quia eiusdem prætoris est dare iis exceptionem ad retinenda legata, (non enim fiunt retentiones nisi per viam exceptionis, conuento per actionem eo, qui vult vti retentione) cuius est dare actionem ad ea petenda. Quę a ratio impedit, ne rescissa per in integrũ restitutionẽ additione dare velit actionẽ legatariis, eadẽ obstat, ne exceptionẽ quoq; accõmodare iis possit, nempe quia nõ habet hereditatẽ pro adita etamsi verè adita sit, & adita maneat iure ciuili. Quemadmodum è cõtrario accidit aliquando, vt habeat hereditatẽ pro adita ex testamento, quæ tamen reuera non sit adita, nisi ab intestato, vt si heres in fraudem legatariorum, & fideicommissariorum omittat hereditatem ex testamento, & ab intestato possideat hereditatẽ, quo casu legata, quæ iure ciuili omnino interciderunt, & debita dici nullomodo possunt, iure tamen prætorio quasi debita conseruantur *l.si duo* 18. *& seq. l.si dolo* 24. *in fin. & pass. l.ei quoque* 13. *infr. vt legat. seu fideicom. seruand. caus. caueat. Si quis omiss. caus. testament.* Non enim difficilius est Prætori, imò facilius, vt hereditatis additionem factam habeat pro non facta, quàm vt non factam habeat pro facta. Eodémque sensu accipi debet quod scriptum est *in d.l.1.§. vltim. Vt in poss. ff. legat.* si certum sit abstentos necessarios heredes frustra edictum illud implorari, *cùm certum sit*, inquit Vlpianus, *legatum vel fideicommissum non deberi*, nimirum vt non debeatur apud Prætorem, qui nullam pro eo legato consequendo actionem daturus sit, non autẽ vt iure ipso, id est, ciuili non debeãtur, tam enim legatariis, quàm creditoribus hereditariis obstrictus est suus heres, ipso iure etiam post abstentionem *d. l. necessariis* in illis verbis *vt quamuis creditoribus hereditariis iure ciuili teneantur, tamen in eos actio nõ detur si velint derelinquere hereditatem.* lex enim 12. tabularum de creditoribus & legatariis promiscuè locuta est, déq; omnibus hereditariis oneribus, cùm heredes siue suos & necessarios siue extraneos obligauit *l.1. Cod. si cert. petat. l. vlt. Cod. de hered. act. d.l. si filius qui patri* 12. *de vulg. & pupill. substit.* Et certè secum pugnaret Prætor, si pro debitore legatorum, id est, pro herede haberet eum, quem post concessam ipsi restitutionem in integrum, aut post abstentionem, iam non habet amplius pro herede *d.l. si filius* 12. *De interrog. in iur. fac.* Habet igitur eum sicut pro non herede, ita & pro non debitore legatorum. Et consequenter quid mirum est, dare Prætorem indebiti condictionem aduersus legatarios ei ad quem bona pertinent, iure intestati? Nam ipsi minori qui soluit, cùm esset nomine & effectu heres, condictionem dare, vt suprà diximus, non potest: non ob id solùm, quòd ea verè debuerit tempore solutionis, sed etiã quia nihil eius iam interest post abstentionem, cùm nonnisi modò nomine heres remaneat *d.l. etsi ex modica* 6. *§. si filius infr. De bon. libert. l.* 2. *§. sed si sint sui heredes* 8. *ad SC. Tertyll.* At legitimus intestati successor eam condictionem habere debet, quia eius valde interest, vt defuncti bona omnia nullis legatis imminuta consequatur: non dico, vt hereditatẽ habeat opulentiorem, quia hereditas, quæ per additionem hereditas esse desiit, non potest per restitutionem in integrum ita restitui, vt rursum fiat hereditas, & quidem legitima ex testamentaria, & ad proximum intestati successorem deuoluatur, alioqui nec heres maneret qui fuisset, si alius quoq; fieri heres posset, cùm vni duo in solidum heredes esse non possint, *l. quod contra* 141. *§. De reg. iur.* ideoq; deficiente iure ac nomine hereditatis, dicimus, nihil nisi bona ad proximum intestati successorem pertinere posse, vt hìc Vlpianus loquitur, bene & Scæuola in *l. ex contractu* 44. *de re iudic.* Vnde est quod nec directas actiones vllas habet, sed tantùm vtiles *d.leg. ait Prætor* 7. *§. sed quod Papinianus De minor.* nec proinde nisi vtilem cõdictionẽ in proposita specie, in qua debentur legata ipso iure, quæ tamẽ quasi indebita repetũtur: neq; rursum hereditatẽ repudiare dicitur, qui restitutus est aduersus additionẽ à se factã, sed se bonis abstinere *d. §. sed quod d.leg et si ex modica §. sed etsi De bon. libert. d.l. 1. §. si quis adita infr. ad SC. Tertyll.* licèt alioquin extraneorum heredum sit repudiare, necessariorum verò se abstinere, nempe quoniam abstinemus propriis, repudiamus aliena, vt elegãter Cuiacius docuit. Falsum igitur est, quod absolutè tradit Bartolus per nudam, vt ipse loquitur, sui heredis existentiam, legata non confirmari: confirmantur enim ita vt debeantur, sed iure ciuili non prætorio, & confirmato semel testamento, omnis defuncti voluntas rata constituitur *l.si patroni* 55. *§. qui fideicõmissam ad SC. Trebell.* ac proinde legata, tutelæ, & cætera omnia quæ testamento continentur *l.si hereditas* 10. *§.1. infr. De testam. tutel.* sed non statim consequens est, vt iure prætorio peti possint. Quæ ratio fuit, propter quam Vlpianus in *d.l.1.§. vlt. Vt in posses. legat.* faciens edicti prætorij interpretationem, atque ita respiciens ad ius prætorium non ad ciuile, scripsit, si certum sit abstentos esse necessarios heredes, certũ quoque esse legata, & fideicommissa non deberi, hoc est, peti non posse, ideoque frustra edictum illud à legatariis implorari, cum non ad alia legata, vel fidecommissa pertineat, quàm ad ea quæ peti possunt. Quamquã in eo quoque Bartolus errat, & quotquot sunt interpretes, qui cum eo nudam sui heredis existentiam vocant, & disputant, an nuda sui heredis existentia confirmet legata, vel fideicõmissa vel libertates vel tabulas pupillares, non enim nuda sui heredis existentia dici hæc potest, cui confirmationis potestatẽ attribuimus, sed plena, quãdoquidem non incipit esse nuda, nisi post abstentionem: abstentio autem cùm sit facti, & exigat declarationem voluntatis, non potest fieri primo instanti post mortem patris, sed successiui temporis tractu aliquo indiget, vt fiat. Proinde toto illo tempore quod ab instanti mortis patris, ad instans vsq; abstentionis intercedit, fatendum est existẽtiam illam esse plenam, cùm interim & nomine & effectu filius heres sit, & quidem ex testamento, si sit institutus, quãdiu se nondum abstinuit, quamuis possit se abstinere *leg. 1. §. qui sunt in potestate infr. si quis omiss. caus. testam.* Atqui confirmatio testamenti quæ iuris tantùm, non etiam facti est, fit in instanti sola legis potestate, nec tantùm legis duodecim tabularum, sed etiam legis Velleiæ in suo casu *d.l. si hereditas §. 1. ad SC. Trebell.* Ergo quamuis poneres, quod impossibile est, secundo post patris mortem instanti secutam esse filij abstentionem, primum tamen instans, quod præcessisset, sufficeret, vt sui heredis existentia plena aliquãdo fuisse videretur, ad confirmandum in omnibus & per omnia testamentum. Hinc est, quod per plenã illam nõ per nudam sui heredis existentiam confirmantur tabulæ pupillares, vel fatente ipso Bartolo *ex d.l. si filius qui patri* 12. *De vulg. & pupill. substit.* itémque fideicommissa vniuersalia *d.l.*

BIU Cujas

ita tamen 27. §. si pater ad Senatusconſ. Trebellian. non quia repudians, vt cauſatur Bartolus, cogi poſſet ad adeundum [nihil enim tale tractari poteſt in tabulis pupillaribus, in quibus tamen idem iuris eſt] ſed quia non facit abſtentio, quin filius qui ſe abſtinuit, remaneat heres, non tantùm iure ciuili, ſed etiam quod nemo fortaſſis ante nos obſeruauit, iure Prætorio, in iis omnibus neque commodum, neque incommodum vllum verſatur filij ſe abſtinentis, cuiuſmodi eſt confirmatio pupillarium tabularum, quarum effectus in id tempus confertur, quo pupillus erit mortuus, itémque fideicommiſſorum vniuerſalium, quæ non niſi fideicommiſſariorum periculo reſtituuntur, vt nos alibi ſæpe latiùs ſcripſimus. Eſt enim tractatus ille ab hoc loco ſatis alienus.

6. PAVLVS libro 3. ad Sabinum.

SI procurator tuus indebitum ſoluerit, & tu ratum non habeas: poſſe repeti, Labeo libris poſteriorum ſcripſit: quòd ſi debitum fuiſſet, non poſſe repeti, Celſus. ideo, quoniam cùm quis procuratorem rerum ſuarum conſtituit, id quoque mandare videatur, vt ſoluat creditori: neque poſtea exſpectandum ſit, vt ratum habeat [a]. Idem Labeo ait, ſi procuratori indebitum ſolutũ ſit, & dominus ratum non habeat, poſſe repeti. Celſus ait, eum, qui procuratori debitum ſoluit, continuò liberari: neque ratihabitionem conſiderari. quòd ſi indebitum acceperit, ideò exigi ratihabitionem, quoniam nihil de hoc nomine exigendo mandaſſe videatur. & ideo, ſi ratum non habeatur, à procuratore repetendum.

Adl. Si procurator 6.

Ad huius legis interpretationem multa referri poſſunt, quæ nos iam tractauimus *ad l. ſi procuratori falſo 14. ſupr. De condict. cauſ. dat.* Ideò hic erimus breuiores. RAT. DVB. Cùm procurator tuus indebitum ſoluit de tuo, & tuo nomine, nec tu ratã habes ſolutionem, non poteſt ipſe procurator eam repetere *verſ. vlt. huius legis*, quia neque de ſuo ſoluit, neque ſuo nomine: tu verò multo minùs, quia cum ratum non habeas factum tui procuratoris, nulla ex eius facto tibi acquiri potuit actio *d. l. ſi procuratori 14. De condict. cauſ. dat.* Ergo abſolutè dicendum eſt pecuniam hanc repeti non poſſe. Quis enim alius, quàm tu aut procurator tuus poſſet repetere? DEC. Procurator etiam verus qui ſoluit indebitum, egreditur officium ſuum, & excedit fines mandati, quia debitor mandare quidem intelligitur procuratori, vt ſoluat veris creditoribus, vt ſcriptum eſt in hac lege, ſed non vt cuiquam ſoluat indebitum aut maiorem quantitatem, quàm quæ ſit debita *l. cum indebitum 57. §. 1. infr.* id enim & ab vtilitate domini, & ab æquitate alienum eſſet, quotus enim quiſque eſt, qui ſuum iactare velit, aut debeat? *vulg. l. cùm de indebito 25. infr. De probat.* atque ita ſe obligat domino procurator, qui & de pecunia domini ſoluit, & ipſius nomine, vt præſtet ei indemnitatem contraria mandati actione. Ergo cùm ipſius interſit, habere debet condictionem, vt habeat quod domino poſſit ſoluere & reddere, ei ſiquidem danda ſemper actio eſt cuius intereſt, non ei cuius nihil. Porrò nihil intereſt veri domini, qui obſtrictum habet procuratorem, vt diximus, quique nummos ſuos ſi adhuc extant, vindicare poteſt, tanquam ab eo ſolutos qui alienandi ius nullum habuit, ſcilicet ſi, vt ponimus, ratam non habeat ſolutionem indebiti à procuratore factam: alioquin hoc ipſo ratam haberet, quod indebitum condicere ipſe vellet, quam porrò ſi ratam haberet, directa vtique condictione indebiti experiri poſſet, ſicut eueniet in pecunia quam procurator abſentis & ignorantis domini nomine mutuam dediſſet: nam ſi quidem dominus ratam haberet numerationem, competeret ei condictio certi ex mutuo directa, ſi verò nomen reprobaret, nullam actionem dominus haberet, procurator verò haberet vtilem *l. ſi abſentis 4. C. ſi cert. petat.* nec enim mala argumentatio eſt à mutuo ad ſolutionem indebiti, & à condictione certi ex mutuo ad condictionem indebiti *l. 5. §. is quoque infr. de oblig. & action. §. is quoque Inſtit. quib. mod. re contr. oblig.* Domino igitur ratum non habente directa indebiti condictio nulla eſt, quæ vel à domino vel à procuratore poſſit exerceri, ſed vtilis tantùm à procuratore, qui etiamſi non eſſet ſoluendo, imputare tamen ſibi dominus deberet, qui ratam habere ſolutionem, atque ita directam ſibi acquirere cõdictionem noluiſſet in eum, qui pecuniam indebitam accepiſſet, niſi quod actione mandati cogere procuratorem poſſet, vt ea vtili condictione cederet, ſi non mallet ipſe dominus, cuius pecunia & ſoluta & conſumpta eſſet, condictione illa ſubſidiaria experiri, quæ ex conſumptione acquiri ſolet iis omnibus qui pecuniæ ſi extaret, vindicationem haberent, ne alioqui eueniret, vt ex ipſius iactura locupletaretur is qui pecuniam accepit *l. rogaſti 11. §. vlt. & legib. ſeq. l. ſi & me 32. ſupr. De reb. cred.* Nec eſt contrarium quod in *verſ. vlt. huius legis* ſcriptum eſt, neq; tutorem, neque procuratorem ſoluẽtes repetere poſſe. Debet namque id intelligi, non de procuratore minoris, vt Accurſius & Bartolus malè explicant, nec rurſus de eo caſu quo procurator ſoluerit indebitum, vt iidem putant, quaſi ſenſus ſit, procuratorem minoris non poſſe repetere, niſi ſicut quilibet maior poſſet, ratihabitione non ſecuta ſcilicet vtili actione, ſed de procuratore quolibet etiam maioris, ſed qui debitum ſoluerit, non indebitum. Etſi enim nullã hic caſus videtur habere dubitationem, vt illi obiiciunt, ſi de eo tutore aut procuratore intelligas, qui & de pupilli alteriúſve domini pecunia ſoluerit, & ipſius nomine, habet tamen, ſi ponas tutorem hunc, aut procuratorem ſuam pecuniam ſoluiſſe, non eã quæ fuerit pupilli vel domini, quaſi ſit illa indebita: pecunia enim pupilli, vel alterius domini illa eſt, quæ debetur, non pecunia tutoris vel procuratoris. Ideóque bene adiecit Paulus ex Iuliano *neque intereſſe ſuam pecuniam, an pupilli, vel domini ſoluant*, ne quis fortaſſe crederet, Iuliani ſententiam de re indubitabili fuiſſe, nam nec alius ille caſus, quem Paulus ſubiicit

subiicit in hac lege, de procuratore, qui & de pecunia domini, & ipsius nomine soluerit debitum, adeò carere dubitatione visus est, vt cum prætermittendum putauerit, addita etiam ex Celso ratione, quasi recòdita, nec ita facilè cuiuis obuia, quòd cùm quis rerum suarum procuratorem constituit, id quoque mandare videatur, vt soluat creditoribus, ideoque nec postea expectãdum esse, vt ratum habeat. Qua ex ratione intelligimus, non dubitasse Paulum *in vers. quòd si debitum fuisset*, non posse repeti, an debitum à procuratore solutum repeti posset à domino, sed an à procuratore ipso, nec rursum eo casu quo dominus ratam solutionem habuisset, sed quo nõdum ratam habuisset: illa enim vnica occurrebat ratio dubitandi, soluto vero debito, quòd dominus idémq; debitor nihil expressim ac specialiter mandauerat de solutione, etiam vero creditori facienda, vt proinde ipsius ratihabitio expectanda videretur, quasi pendente interim iure condictionis: diligenter enim mandati fines custodiendi sunt *l. diligenter 5. in princ. infr. mand.* Sed bene Paulus & Celsus respondent, non requiri in eam rem mandatum speciale, cùm generale sufficiat, sicut & creditor censetur mandare suis debitoribus, vt soluant procuratori *l. qui hominem 34. § si Titium de solut.* præcedente autem mandato frustra expectari ratihabitionem, quæ non potest esse nisi superuacua: quid enim amplius facere potest ratihabitio, nisi vt æquiparetur mandato? *l. vlt. C. ad SC. Maced.* Extátque hæc ipsa Celsi sententia *in l. quodlibet 87. de solut.* Illud ergo duntaxat monendum supererat in fine legis, vt procuratori non esset danda soluti debiti cõdictio, nec similiter tutori, neque si de sua pecunia soluisset. Ita fiet, vt si principium legis huius cum fine coniungas, nihil absurdum futurum sit, nihil contrarium, nihil denique superfluum: nec proinde necesse est, vt cum Azone & Accursio locum hunc intelligas de procuratore omnium bonorum, & habente liberam administrationem: sufficit enim vt habeat mandatum generale; quod esse potest citra bonorum omnium procurationem cum libera administratione.

a *Idem Labeo ait, si procuratori.* RAT. DVB. Quod fit per procuratorem habentem generale mandatum, per dominum ipsum fieri intelligitur: nihil enim refert, an quis per se faciat, an per procuratorem *l. ita autem 5. § quòd si posteaquam infr. de admin. tutor. l. mandato generali 60. de procurat.* Atqui mandato generali continetur non solùm, vt procurator exigat, sed etiam vt debitores soluant procuratori, quasi & ipsis hoc mandatum sit *d. l. qui hominem 34. § si Titium infr. de solut.* Ergo quod procuratori solutum est indebitum, non procuratori debet condici, sed domino, etiam nulla secuta ratihabitione, nec enim is qui se debitorem putat, cùm non sit, solueret eam pecuniam procuratori, nisi sciret mandatum videri debitoribus omnibus, in quorum numero se esse putat, vt ei soluerent, nec rursus procurator ab eo tanquam debitore mandantis acciperet solutionem, si non haberet in eam rem mandatum generale, vt proinde verum semper sit dicere, tum quoque cùm indebitum solutum est, occasione tamen mandati factam esse solutionem, præsertim si ponas factam esse bona fide, hoc est, ab eo qui se debitorem existimabat, & procuratori idipsum credenti. An enim debuit procurator oblatam sibi solutionem recusare? aut an debitor hic esset necne, diligentius inquirete? Hoc verò sufficere videtur, vt occasione mandati solutum sit *argum. l. debitor 59. infi. ad SC. Trebell.* multa enim fiunt occasione magis quàm iure *l. 2. infr. de riuis*, & qui occasionem damni dat, damnum dare intelligitur *l. qui occidit 30. § in hac quoque sup. ad leg. Aquil. l. is damnum dat 169. de reg. iur.*

DEC. In generali mandato non veniunt ea, quæ quis verisimiliter mandaturus non fuerat, si de iis cogitasset, quemadmodum nec obligatione generali pignoris veniunt ea, quæ verisimile sit nõ fuisse quem specialiter obligaturum *l. obligat 6. infr. de pignor. l. qui peculij 46. infr. de pecul.* Atqui verisimile est, non fuisse dominum procuratori suo mandaturum, vt indebiti solutionem acciperet, quia non potest id fieri bona fide, cùm eo modo fiat, vt quis ex aliena iactura contra naturalem æquitatem locupletetur *l. nam hoc natura 14. hoc tit. l. iure naturæ 206. de reg. iur.* mandato autem quantumuis generale sit, cùm sit contractus bonæ fidei, semper bona fides inest *l. creditor 60. § vlt. infr. mand. l. si pater filiefam. 12. infr. Quæ in fraud. cred.* Non ergo videri potest hanc solutionem indebiti accepisse procurator, tãquam procurator & mãdati potestate, sed tanquam alius quilibet, licèt prætextu & occasione mandati acceperit, quod certè non sufficit ad dominum obligandum, nisi dominus quoque hunc suum debitorem esse crediderit, qui procuratori tanquam debitor soluit: plus enim potest hoc casu opinio domini, quàm veritas, quantum ad hoc, vt de huiusmodi quoque debiti accipienda solutione in mandato generali cogitasse videatur, nec potest dominus imputare procuratori, cur id fecerit, quod verisimiliter dominus ipse facturus fuerat, si procuratorem non habuisset. Addit Bart. aliam exceptionem nec improbabilem, nisi indebitum procuratori solutum apparebat prima facie debitum, ita vt alius quilibet bonus & diligens paterfamilias eius solutionem recepturus fuerit, omni culpa cessante *arg. l. 3. in fi supr. l. quæ vtiliter, de neg. gest.* At extra hos casus expectanda domini ratihabitio est, vt si acceptam à procuratore solutionem indebiti ratam habeat, ipsi condicatur non procuratori *l. si indebitum 16. l. si sine 22. in princip. infr. rat. rem haber.* Iam enim incipit voluntate ipsius facta esse solutio, quæ facta est ipsius procuratori: quod satis est, vt condictione obligetur *d. l. qui hominem in princ. de solut. d. l. cum indeb. 57. § 1. l. indebitam 47. infr. hoc tit.* & ratihabitio facit negotium domini, cuius antea non erat, licèt ipsius nomine & contemplatione gestum esset *l. si pupilli 6. § item quæritur. l. si ego 24. sup. de neg. gest.* Et quemadmodum is qui procuratori debitum soluit, statim & continuò liberatur, nulla etiam expectata ratihabitione, quia idipsum quoque veris debitoribus mandatum intelligitur, vt procuratori soluerent quodlibet debitum dummodò verum *d. l. qui hominem 34. § si Titium, & l. quodlibet 87. infr. de solut.* ita & secuta ratihabitione indebiti soluti, cùm perinde habendum sit, acsi domino ipsi solutum esset, dicendum est eam solutionem quæ liberationem parere non potest ei qui non fuit debitor, acquirere illi condictionem aduersus dominum. Hinc nostri notant, in generali mandato non venire illicitum, & rectè: quamuis enim nihil illicitum faciat procurator, qui indebiti solutionem accipit bona fide ab eo, qui se putat debitorem, esset tamen hoc illicitum in persona mandantis, qui non similiter debitorem hunc suum esse putaret, ideóque nec mandasse hoc credendus est, ne alioqui fatendum sit voluisse illum ex aliena iactura locupletari, vt diximus *l. . § si pro-*

BIU Cujas

curator. supr. Quod quisq. iur. sicuti nec in dispositione prohibitiua videtur prohibita ea quæ iuridica sunt, inquit Bartol. ex *l. damni* 18. §. *sed quid fiet, infr. de damnat. infection.* Ex quo infert ille in mandato generali nunquam venire, vt procurator aliquid petat, per quod dominus in pœnam aliquam incideret: speciali enim mandato hanc in rem opus esse, nisi cùm factum procuratoris imputari potest domino, puta si negligentem procuratorem constituerit *l. 3. C. de procurat. l. si procuratorem* 8. §. *si tutores infr. mandat.* quamuis nihil vetet etiam procuratori ipsi qui fuit negligens, pœnam infligi siue expensarum, siue aliam. Idque plerumque æquius est, si negligentia illam contumaciam adnexam habeat, aut dolum *l. 1. §. si procurator supr. si quis ius dicent. non obtemper.*

1 ¶ Iulianus ait, neque tutorem, neque procuratorem soluentes, repetere posse, neque interesse, suam pecuniam, an pupilli, vel domini soluant.

Ad §. 1. Iulianus ait.

Hunc §. iam explicauimus in præcedentibus, & ostendimus intelligendum esse de eo casu, quo debitum à tutore, vel procuratore solutum sit, sed ex pecunia ipsius tutoris vel procuratoris, vt habeat sententiam diuersam ab ea quæ in principio legis scripta est, & vt nouam aliquam recipiat dubitandi rationem, quam nos ibidem attulimus. Sed neque verum est, procuratorem vel tutorem qui indebitum soluit, non posse repetere. Repetit enim ipse non dominus aut pupillus, nisi ratihabitio sequatur, vt Paulus ex Labeone in legis huius initio scribit de procuratore. De tutore verò, quod possit hac condictione repetere pecuniam quam pupilli nomine soluit, si modò eam rationibus pupilli non intulerit, textus est in *l. vlt. §. 1. infr. hoc tit.* Quo enim iure denegaremus tutori, vel procuratori condictionem eius pecuniæ, quam indebitam soluissent nulla secuta ratihabitione, cùm non possit ea condictio acquiri domino, qui eam solutionem mandasse non intelligitur? Planè si dominus velit condicere potest, quia hoc ipso testatur, se ratam habere solutionem factam ipsius nomine *argum. l. seruum Titij* 49. *infr. mandat. l. 3. §. 1. infr. rat. rem haber.* qui casus ratihabitionis secutæ semper excipiendus est. Cætera quæ hîc Accursius & Bartolus congerunt, ad propriam huius legis interpretationem parum pertinent, & à nobis magna ex parte iam explicata sunt ad *l. si procuratori* 14. *supr. de condict. caus. dat.* nisi quod Bartolus docet, solutionem indebiti à tutore factam non posse à pupillo ratam haberi, ex eiusdem tutoris authoritate, cùm non possit tutor fieri author in rem suam pupillo, ideóque alterius tutoris authoritas necessaria est *l. pupillus* 5. §. 1. *l. quod dicitur* 7. *iunct. l. 1. infr. de author. tutor.* Scilicet si de pecunia sua tutor soluerit, possitque ei imputari cur soluerit: interponeretur enim eo casu authoritas tutoris ad eum ipsum exonerandum, vt in rationibus reddendis eam pecuniam pupillo imputare quandoque posset, prætextu acquisitæ pupillo condictionis per eam ratihabitionem. Quòd si poneres tam probabilem fuisse tutoris errorem, cùm de suo indebitam pecuniam soluit pupilli nomine, vt nulla ei culpa adscribi possit, eique indemnitatem eo nomine præstare pupillus debeat (id enim euenire posse putat Bartolus, quod tamen non facile possum admittere) vt proinde nullum ex eius solutionis ratihabitione damnum pupillus sensurus sit, non negarem quod vult Bartolus, posse in eam rem illum ipsum tutorem, qui indebitum soluit authoritatem pupillo præstare ad ratam habendam solutionem, quia & pupillus ipse posset solus ac sine tutore ad acquirendam sibi condictionem, cùm possit pupillus ex omnibus causis extra causam hereditatis acquirere sibi sine tutoris authoritate *l. obligari* 9. *eodem tit.* Sed si tutor ex pecunia pupilli, & ipsius nomine indebitum soluerit, dubitandum non est quin possit tutor ipse repetere, nec tantùm pupilli nomine, vt vult Bartolus, sed etiam suo, cùm neque potestatem, neque mandatum à lege habuisse intelligatur, vt indebitam pecuniam pupillarem ipsius pupilli nomine solueret, non magis quàm procurator habens generale mandatum, etiam cum libera, si voles, bonorum administratione: tunc enim domini loco tutor habendus est, cùm bene rem pupillarem administrat, non cùm pupillum spoliat *l. qui fundum* 7. §. *si tutor infr. Pro emptor.* Planè si procurator pupilli, aut actor à tutore constitutus indebitum soluerit, nemo dubitat quin possit pupillus tutore præsertim authore ratam habere solutionem, adeóque sine tutore si omnimodo id vtile & commodum pupillo futurum est. Fieri namque facile potest, vt propter inopiam & procuratoris qui soluit, & tutoris qui eum constituit, interfit pupilli habere potiùs condictionem suo nomine aduersus eum qui solutionem accepit, nulla etiam exacta cessione, quæ aliis plerisque casibus necessaria est, vt in *l. si vendidero* 80. §. *vltim. inf. defunct. l. cùm quis* 38. §. 1. *de solut.* Denique omnia hæc ex sola pupilli vtilitate æstimanda sunt, ne alioqui dum nimia subtilitate circa res pupillares vteremur, in ipsius damnum & perniciem retorqueretur, quod ipsius fauore constitutum esset, vt ait *l. pen. C. ad SC. Trebell. iunct. dict. l. obligari* 9. *de author. tutor. l. non eo minus* 14. *C. de procurat.*

7. Pomponius libro 9. ad Sabinum.

QVod indebitum per errorem soluitur, aut ipsum, aut tantundem repetitur.

Ad l. Quod indebitum 7.

Rat. dub. Illud solùm condici & repeti potest, quod indebitè solutum fuit, non aliud, ergo illud ipsum quod solutum est, semper repetendum est, non tantundem, imò verò interdum longè plus repetitur quàm solutum sit, vt puta cùm fructus qui rei solutæ accesserunt condicuntur, & partus & si qua sunt alia quæ accessionum naturalium appellatione contineantur *l. indebiti* 15. *in princ. l. si non sortem* 26. §. *libertus. l. in summa* 65. §. *ei qui infr. hoc tit.* interdum verò minùs quàm solutum sit, puta si quod solutum est, ex parte debeatur, vt Accursius probat ex *l.*

BIU Cujas

ex *d.l.in summa §.vlti.* sed malè, vt puto, quia quod eo loco Paulus scribit, indebitum esse quod omnino non debetur, non scriptum est ad differentiam eius quod totum debetur, sed ad significandum id quod nullomodo debetur, non id quod nulla ex parte, vt ibi dicemus. Dicunt enim prudentes eleganter *omninò non* pro nullomodo, & longè alio sensu quàm si dicerent *non omnino l. Græcè 8.§.illud infr. de fideiuss. l.si non sortem 26.§.indebitum infr.& alibi pass.* Non igitur verum esse potest, quod hic Pomponius scribit, quod indebitum per errorem facti soluitur, aut idipsum repeti, aut tantundem, maximè cùm cæteræ actiones omnes non soleant competere, nisi ad hoc, vt idem reddatur, vt in deposito, commodato, venditione, permutatione aut similibus, vel ad hoc, vt reddatur tantundem, vt in mutuo *l. 2.§. mutui datio l.3.& pass. supr. de reb.credit.* At vix vlla quæ competat ad vtrumque, ne quidem disiunctim & alternatim, id est, vt vel idē, vel tantundem reddatur *l.Lucius 24. infr. depos.*

Dec. Indebiti condictio pertinet ad eas res quę & in specie consistunt, & in quātitate: potest enim solui species quæ sit indebita, potest etiam solui quantitas; quod in cæteris actionibus, quæ ex contractibus aut quasi contractibus nascuntur, diuersum est: dantur enim aut ad speciem tantùm, ita vt non possint dari ad quantitatem, nisi si qua sit debita per modum speciei, aut è contrario ad quantitatem tantùm ita vt non possint, dari ad speciem, quemadmodum in mutuo. Excipiendæ sunt stipulationes, quæ sicuti pendent ex negotio contracto, & tot ferè genera continent, quot sunt rerū contrahendarum, vt idem Pomponius noster loquitur in *l.1.versic. Conuentionales de verb.oblig.* ita & ad res omnes pertinent, siue in specie, siue in quantitate consistant. Proinde si soluta sit species, indebita dabitur condictio ad speciem, & vt idipsum corpus quod solutum est, reddatur, nunquam vt tantundem, nisi fortè res perierit, quo casu necesse est veniri ad æstimationem, quod ad præstationem attinet, quia corpus quod non extat, præstari ipsum non potest, quamuis non eo minùs petendum sit, si post moram perierit *l. in re furtiua 8.infr. de condict. furt. iunct. l. si seruum 92.§.vlt. de verb.oblig. l.pen. supr. de condict. caus. dat.* nec tamen eo casu solo quo species debeatur, existimandū est, agi debere ad id ipsum quod datum est, sed etiam si quid consistat in pondere vel mensura, quod adhuc extet. Nam quemadmodum non translato earum dominio, si extarent, vindicari eæ ipsæ possent & deberent, ita & translato per eum qui soluit, dominio, eædem illæ condici debent, vt in eo similis sit vindicationi condictio: sed si res illæ consumptæ sint, æstimationem condici necessario oportebit *d. l. in summa §. in frumento inf.* At si pecunia soluta sit, quæ indebita fuit, non illa ipsa corpora nummorum quæ soluta sunt, condicentur, sed tantundem. Et ita hæc lex intelligenda est, vt hoc demum casu condictio indebiti similis sit condictioni certi ex mutuo, cui æquiparatur in *l.si quis absentis 5.§. is quoque infr. de oblig.& action.§. is quoque instit. quib. mod. re contr. oblig.* Quis enim æquiparet eam in omnibus, cùm mutuum nō in aliis rebus possit consistere, quàm quæ pondere vel numero vel mensura constant *d. l.2.§. mutui datio supr. de reb.credit.* condictio autem indebiti etiam ad species pertineat? Et si verò mutuum non minus in iis consistit, quæ pondere & mensura constant, quàm in iis quæ in quantitate, & pecunia numerata; hæc tamen differentia est, quod in iis quæ pondere ac mensura constant, non tantùm quantitas est, sed etiam qualitas & bonitas, vt scriptum est in *d. §. in frumento.* vnde nasci etiam necesse est diuersitatem æstimationis, bono enim frumēto datur melius *l. vbi autem 75.§.1.infr. de verb. oblig.* at in pecunia numerata nihil est quod perpendere debeamus præter ipsam quantitatem *l. si is cui nummos 94.vers. sin autem de solut.* ideóq; nummorum omniū eiusdem generis eadem vbiq; & certa est ęstimatio *l.3.infr. de eo quod cert. loc. l.3. de in lit. iur.* Soluta igitur pecunia indebita non idem condicendum est, sed tantundem, nunquam autē condictio indebiti in eadem specie datur ad hoc, vt vel idem vel tantundem reddatur, quasi electio sit vel actoris vtrum petere malit, vel rei vtrum potius soluere, nisi quòd si centum aureos indebitos tibi soluerim, qui adhuc extēt, & condicam tibi tantundem, in tua potestate est, si velis illa ipsa corpora nummorum mihi reddere, quæ accepisti: sed reddes tamen non vt eadem ipsa quæ acceperis, sed vt tantundem: nam quæ possunt recipere functionem in sua specie, multo magis recipiunt in suo genere, cùm eiusmodi res sunt quæ in genere & quantitate, non in specie consistunt. Itaque reddes mihi eadem quidem corpora nummorū, at non vt corpora, sed vt quantitatem. Vnde fit, vt si neq; idipsum neq; tantūdem ex eodem genere reddi possit, cesset condictio, vt in operis fabrilibus de quibus in *l.penult. infr. de præscript. verb. d. l. si non sortem 26.§. libertus hoc tit.* Obseruandum verò est posse quidem plus minúsve condici, quàm solutum sit, plus nimirum, si quod solutum est, auctum fuerit accessionibus naturalibus, minus verò si aliquid ex eo quod solutum est, debitum fuisse appareat, sed nunquam plus minúsve indebito, quia implicat contradictionē, vt cōdictio indebiti ad plus minúsve detur, quàm quod indebitè solutum fuerit, aut quod indebito soluto accesserit. Et verò cùm hæc indebiti condictio eam potissimum rationē habeat, quæ & cæteris condictionibus ferè omnib. communis est, ne is cui indebitum solutum est, ex aliena locupletetur iactura *l.nam hoc natura 15.infr.* hactenus eā dari æquum est ne locupletior fiat is qui accepit, *d.§. libertus* vbi dicemus latius *l. cùm hi 8.§. si quis de alimentis supr. de transact.* Itaq; ad fructus quoq; qui fundo soluto acceserunt licèt soluti ipsi non fuerint, hæc cōdictio pertinebit, quoniam alioqui ex iis possessor locupletaretur, petitor verò fieret pauperior, *l. indebiti 15. infr.* quod si soluta species in totum perierit, condictio quoq; tota peribit: aut ex parte, si perierit res ex parte, aut æstimatio rei maior minórve si soluta species aut vēdita sit, aut cōsumpta *d. §. in frumento.* Quæ tamen distinctio non cadit in nummos, qui quoniam in mera quantitate consistūt, perire nunquam possunt *vulg. l incendium 11. Cod. si cert. petat.* Si tamē alienos nummos quis indebitos soluerit, non dominium eorum condicet quod nunquam habuit, quia in eo nec pauperior ipse, nec aduersarius locupletior factus est, sed solam possessionem quā amisit *d. l. indebiti §. sed et si nummi infr.* & quidem per condictionem incerti, vt & in *l. qui exceptionem 40. §. si pars domus eod.* Est enim condictio indebiti duplex, certi vna, & incerti altera, quamuis condictio ex mutuo, cui prudentes nostri condictionem indebiti æquiparant, incerti nulla sit, sed certi duntaxat. Possessio autem est quid incertum, siue quatenus in facto siue etiam quatenus in iure consistit. v.

§. *si vir vxori l. possessio* 49. *in princip.& §.1. de acquir. poss. d. §. si pars domus iunct. l. heres* 21. *ad Senatusconsultum Trebellianum*, habétque propriam suam naturam & æstimationem à proprietatis natura & æstimatione distinctam *l. naturaliter* 12. *§. nihil commune de acquir. poss. l. 3. §. vlt. inf. vti possid.* Planè quod Bart. obiicit in obligationibus dandi idipsum peti quod debetur, ad rem non pertinet, nam & in obligationibus dandi, veniendum est ad æstimationem, cùm lis per sententiam æstimanda sit, nec res ipsa petitur nisi per litis contestationem, quæ vera demum petitio est *l. amplius non peti* 15. *Rat. rem haber.* de quo videnda sunt quæ scripsimus in vltima parte Chiliadis nostræ *de error. pragmat.*

8. PAVLVS lib. 6. ad Sabinum.

QVod nomine mariti, qui soluendo non sit, alius mulieri soluisset: repetere non potest: adeò debitum esset mulieri.

Ad l. Quod nomine 8.

RAT. DVB. Qui exceptione perpetua & fauorabili tutus est, si per errorem facti soluat, repetit *l. qui exceptionem* 40. *iunct. l. si non sortem* 26. *§. indebitum infr. hoc tit.* atqui maritus conuentus actione rei vxoriæ, & iudicio de dote habet exceptionem & perpetuam & fauorabilem, ne in plus quàm facere possit conueniatur *l. sunt qui* 16. *l. non tantùm* 20. *& seqq. inf. de re iudic.* quam exceptionem perpetuam esse ex eo apparet, quod nullis temporis finibus & spatiis concluditur: fauorabilem verò ex eo quod pro causa habet honorem ab vxore eiúsve heredibus debitum personæ mariti ne propter necessitatem dotis restituendę cogatur egestate laborare *l. in condemnatione* 173. *de regul. iur.* item ex eo quod opponi quandocunq; potest, nec tantùm post litem contestatam, vt exceptiones peremptoriæ *l. præscriptionem* 8. *C. de except.* sed etiam post sententiam & in executione iudicati *l. Nesennius* 41. *§. vlt. infr. de re iudic.* adeò vt ex ea causa etiam doli exceptio detur *l. ex diuerso* 17. *§. vlt. solut. matrim.* de qua nemo dubitat quin sit perpetua *l. purè* 5. *§. vlt. de doli mali except.* Ergo danda est condictio indebiti marito, qui totam dotem soluit, & suprà quàm facere potuerit, & consequenter ei quoq; qui solidam dotẽ soluit mariti nomine, cùm maritus soluendo non esset: neque enim deteriore condicione esse debet is, qui pro marito soluit, quàm maritus ipse, præsertim quod ad indebiti condictionem pertinet. Nam quod in persona mariti, qui dotem reddere debuit, indebitum fuisse creditur, quanto magis indebitum videri debet in persona extranei qui soluit mariti nomine? Nec ferendum est quod Bartolus post Accursium nostrum, qui videtur idem sensisse, respondet, exceptionem hanc nõ perpetuam esse, sed temporalem, ideò, inquit, quòd præsumendum sit, futurum aliquando diuitem eum qui nunc inops sit & egenus *arg. l. cura* 4. *§. deficientium infr. de muner. & honor. l. si defunctus* 10. *C. arbitr. tutel.* Etsi enim benè de suis ciuibus semper sperat ciuilis legislator, cùm tamen quærimus, an exceptio aliqua perpetua sit, an temporalis, nõ tam ad exceptionis materiam respicimus, quæ quoties ex facto futuro pendet, deficere facilè potest, quàm ad ius opponendæ exceptionis, quod per se semper est perpetuum, nisi vel lex, vel conuentio faciat temporale, vt cernere est in exceptionibus non numeratæ pecuniæ, & pacti de non petendo ad tempus *d. l. purè* 5. *§. vlt. inf. de dol. except. & tit. de diuers. tempor. præscript.*

DEC. Eæ demum exceptiones perpetuæ & fauorabiles condictionem indebiti pariunt, quæ afficiunt naturam & æquitatem propositæ actionis, & per quas intendit reus actorem summoueri oportere, tanquam cui nihil debeatur, denique per quas causæ succurritur, non autem soli personæ, quæ meruerit præcipuum fauorem, vt Papinianus loquitur in *l. ex pluribus* 422. *inf. de administr. tutor.* & nos explicauimus ad *l.* 1. *supr.* Atqui exceptio hæc de qua loquimur, ex earum genere & numero est, nec enim maritus, à quo dos petitur, negat debitam esse dotem, & quidem totam, nec proinde dicit aliquid esse indebitum ex ea dote, quę ab ipso tota petitur, sed tantùm contendit non debere se vrgeri suprà quàm facere possit, sed deduci debere quantum satis est, ne egeat. Indéque nimirum fit, vt in iudicati executione exceptio hæc opponi possit, quia non impugnat iudicatum, vt nec exceptio compensationis *l. cùm militi* 16. *§. 1. infr. de compens. d. l. Nesennius* 41. *§. vlt. de re iudic. d. l. ex diuerso* 17. *§. vlt. solut. matrim.* quid enim iudicatum est contra maritum? Debere illum totam dotem quæ per rei vxoriæ actionem ab eo tota repetitur. Id verò non negat maritus, sed ait habere se priuilegium, ne suprà quàm facere possit conueniatur: possunt autem hæc duo simul stare *l. quòd si maritus* 3. *infr. de pecun. constit.* Nec tantum debetur mulieri tota dos, sed & tota peti potest, nec solùm obligatio subest, sed etiam actio datur pro solida dote, sed quæ remanet inefficax, quatenus facere maritus non potest. Idque est quod Paulus hîc scribit, secundùm vulgarem editionem *ideo quia debitum est mulieri* melius quàm Florentiæ *adeò debitum esset mulieri* quamuis & illa bonum sensum habeat. Adeò autem verum est, dotem totam deberi mulieri à marito, etiam qui non sit soluendo, vt is quoque qui bonis cessit ex beneficio legis Iuliæ, non ideò sit liberatus, quominus factus locupletior possit exigi in solidum, sed tãtùm habet interim exceptionem ne conueniri & condemnari possit *l. 1. C. qui bon. ced. poss. §. vlt. Instit. de replicat.* Quis ergo iam miretur cõdictione indebiti non posse repeti, quod debitum solutum est? debitum, inquam, & naturaliter & ciuiliter. Cùm verò nec à marito possit indebiti condictio ex hac causa exerceri, vt scriptum est in *l. seq.* multo minus poterit ab extraneo qui soluit nomine mariti, quiq; priuilegium nullum habet, ne in solidum conueniatur, quod nec mariti fideiussores habent, quia personæ priuilegium illud est, vt diximus, non causæ *l. exceptiones* 7. *infr. de except. l. etsi fideiussor* 24. *de re iud.* imò nec mariti heres *§. 1. eiusd. leg. & l. seq. & d. l. Nesennius in princ.* quamuis regulariter exceptiones omnes, quæ reo competunt, fideiussori quoque competant etiam inuito reo *l. omnes exceptiones* 19. *eod.* Id enim ad eas solas pertinet, quæ rei cohærent, non quæ personæ *d. l. exceptiones.*

9. VLP.

BIU Cujas

9. VLPIANVS libro 66. ad Edictum.

NAm & maritus, si, cùm facere nihil possit, dotem soluerit [a], in ea causa est, vt repetere non possit.

Ad l. Nam & maritus 9.

RAT. DVB. & DEC. eadem est, quæ ad legem præcedentem, nisi quod in persona mariti maior dubitandi causa est, propter priuilegium personale quod habet, ne suprà quàm facere potest, cõueniri possit, vt proximè diximus: adeò vt si maritus plus ex dote constituerit, quàm facere poterat, teneatur quidem in solidum, quia debitum constituit, tamen nonnisi in quantum facere poterit, condemnari debeat *l. 3. infr. de pecun. constit.* Cur ergo nocebit, marito soluisse cui non nocet constituisse? cum eadem soleat esse ratio promissionis & solutionis *l. vlt. C. ad l. Falcid.* Sed respondẽdum est, longè minus esse promittere, quàm soluere, & quamuis æquè competat indebitæ promissionis, atque indebitæ solutionis cõdictio, *l. 1. in princ. infr. tit. prox.* id tamen eo casu procedere credendum est, quo aduersus obligationem & promissionem nulla possit dari exceptio: quod in proposito casu non euenit, cùm aduersus actionem de constituta pecunia eandem exceptionem habiturus sit maritus, quam haberet contra actionem de dote, vt non nisi in quantum facere possit, & cõueniatur & condemnetur, nec solùm si simpliciter pecuniam, quam ex dote debebat, constituerit, vt in *d. l. 3.* sed etsi per stipulationem eam promiserit, posteriori fortassis marito, vt in *l. si prior 31. infr. solut. matrim.* quamuis ea promissio non sine nouatione fieri possit *l. dotem à patre 35. de iur. dot.* nam siue nouandi animo, siue citra nouationem maritus id promiserit, quod ex dote debet, non aliud promisisse intelligitur, quam quod cum effectu debet, vt benè tractat Bartolus, effectu autem nihil debet suprà quàm facere possit, propter exceptionem quam habet. Planè si nouandi animo certam quantitatem promisisset, vix esset, vt exceptionem vllam habere deberet, qui per eiusmodi nouationem sibi nocuisset, vt in *d. l. dotem*: quod & Bartolus benè sentit. Quod enim maritus facere non potest, deducendũ est ex iudicio de dote siue certa, siue incerta quantitas dotis nomine debeatur: at non æquè ex certa quantitate quam maritus non iam iudicio de dote debeat, sed ex stipulatione nouãdi animo interposita: taxationis enim loco habenda est quantitas illa, quæ per stipulationem nouandi animo interposita est. Ex eo autem quod iam taxatum est deduci postea nihil potest *l. Mœuio 41. §. 1. de legat. 2.* de cuius sententia & lectione scripsimus *lib. 7. Coniect. cap. 3.* At cùm solutio dotis in solidum facta est, nullus exceptioni locus relinquitur, quia nec actio vlla supereſt, quæ exerceri possit, nec rursus condictioni indebiti, cùm debitum fuerit totum quod solutum est, fueritque in arbitrio mariti suo renunciare priuilegio, quomodo & alius quilibet potest *l. si iudex circumuento 41. supr. de minor. l. pen. C. de pact.* Non igitur bona semper est æquiparatio promissionis & solutionis, nisi cùm eandem vim habet promissio quæ solutio, scilicet vt & actionem de dote perimat, quod fieri non potest, nisi per stipulationem, non etiam per constitutum quod sit nudo pacto §. *de constituta Instit. de act.* & præterea naturam prioris illius actionis de dote: quod eo tantùm casu euenit, quo stipulatio non tantùm nouandi animo interposita sit, sed etiam expressa certa quantitate, vt diximus, & ita Bartolus quoque concludit, iunge *l. 2. infr. de pec. constit.*

a *Si cùm facere nihil possit, dotem soluerit.* Atqui dicat aliquis, sunt ista contradictoria, maritum nihil facere posse, & tamen dotem totam soluere, sed benè respondet Accursius, & clarius Bartolus, non potuisse maritum hoc facere, id est, totam dotem soluere deducto ne egeret, sed fecisse tamen, & egenum remanere maluisse.

10. PAVLVS lib. 7. ad Sabinum.

IN diem debitor, adeò debitor est, vt ante diem solutum repetere non possit.

Ad l. In diem debitor 10.

RAT. DVB. Cùm de indebiti condictione quæritur, parum est, deberi quid ipso iure si peti non possit, adeò vt neque sufficiat actionem ipso iure competere, si eam prætor sit denegaturus, cuius est actiones omnes vel dare vel denegare, nam & è contrario sufficeret quid esse debitum iure prætorio, quamuis iure ciuili esset omnino indebitum, vt diximus ad *l. nec nouum 5. supr. hoc titul.* Atqui quod in diem debetur, licèt ipso iure ante diem quoque debeatur, peti tamen nondum potest, quia cessit quidem dies ab initio, sed nondum venit *l. cedere diem 213. de verb. signific.* totúmq; medium tempus ad soluendum promissori liberum relinqui intelligitur *l. quod certa 70. de solut.* adeò vt non nisi præteritis omnib. partibus tẽporis quod solutioni dictum est, peti quicquam possit *l. qui hoc ann. 42. l. liber homo 118. §. 1. infr. de verb. oblig.* Vnde est quod qui petit ante diem cadat causa tanquam plus petens tempore inspecta iuris veteris ratione §. *si quis agens Instit. de action.* & qui soluit ante diem plus præstare dicitur, quàm debeat *l. eum qui 15. aliàs l. Iauolenus infr. de ann. legat.* Quidni ergo habeat condictionem indebiti, tanquam qui plus debito dederit? vt in *l. qui exceptionem 40. §. si pars domus in fin. hoc tit.* DEC. Quod in diem certam debetur licèt peti nondum possit, attamen iam debetur, & ita debetur, vt certum sit fore die aduenientẽ, vt peti possit, quia diem venturam esse certum est: in eóque differt à cæteris, quæ ita debentur ipso iure, vt peti nunquam possint. Ergo si interim soluatur, non potest repeti, quia potest ante diem solui licèt peti non possit *l. continuus 137. §. cùm ita de verb. oblig. iunct. l. stipulatio ista 38. §. inter incertam eod. tit.* alioqui non esset debitori liberum tẽ-

BIU Cujas

tum tempus medium ad soluendum, si non posset interim soluere *d.l. quod certa*, & potest ipsius promissoris valde interesse, vt liceat ei non exspectata die statim soluere, scilicet vt tanto citiùs liberet se ab obligatione, atque ita fiat locupletior *l. si pupilli 66. in fin. de solut.* nam si tempus adiectum esset, creditoris gratia non debitoris, quod interdum fit, non esset permittendum debitori, vt ante tempus solueret inuito creditori *d.l. eum qui* 15. *de ann. legat. l. filiusfamilias* 114. §. *Diui* 1. *de legat. 1. l. si ita relictum* 43. §. *Pegasus de legat. 2. l. vxorem* 41. §. *Seium maritum de legat. 3. leg. qui Romæ* 122. *in princ. de verb. oblig.* Sed cùm debitoris gratia adiectum fuit, quod in dubio præsumendum est, nō debet in ipsius odium retorqueri quod ipsius fauore constitutum est, vt ante tempus nihil ab eo peti possit. Non ergo debet habere condictionem indebiti, cùm & debitum ipse soluerit, debitum, inquam, & naturaliter, & ciuiliter, & quod magis est, ex ea solutione locupletior factus sit. Et qua ratione hoc quod in diem debetur, ante diem solui potest, eâdem compensari etiam ante diem potest *l. quod in diem* 7. *infr. de compensat.* quia nimirum compensatio vim solutionis obtinet. Ideò autem loquimur de debito in diem certum, quia dies incertus facit condicionem non modò in testamentis *l. dies incertus* 75. *de condict. & demonstr.* sed etiam in contractibus *dict. leg. stipulatio ista* 38. §. *inter incertam de verb. oblig.* quod autem sub condicione debetur, non solùm peti non potest, ante quàm condicio extiterit, sed neque debetur, ne naturaliter quidem *d.l. cedere diem*, ideóque solutum repetitur *l. sub condicione* 16. *& seq. l. qui promisit* 48. *infr. hoc tit.* nisi condicio sit omnimodo extitura, quæ nec condicionis nomen meretur *l. quòd si* 18. *eod. l. si pupillus* 9. §. *qui sub condicione de nouat.* condicio enim non est, aut saltem condicionis potestatem non habet, nisi ea quæ potest existere, & non existere, & quæ, vt nostri loquuntur, habet se indifferenter ad esse & non esse, *l. cùm ad præsens* 37. *& seqq. supr. de reb. credit.* Quòd si condiciones dici possent etiam eæ quæ omnimodò extaturæ essent, nulla inter diem & condicionem ponenda esset hac parte differentia, sed tantùm inter diem certam & incertam, & inter condicionem certam & incertam, quia sicuti quod in diem certam debetur, si ante diem solutum sit, ideò non repetitur, quia diem aliquando venturam esse certum est, ita neque quod sub condicione certa debetur quam certum sit omnimodo extaturam, puta si promiserim tibi centum sub ea condicione, *si moriar l. sufficit* 56. *in fi. infr. hoc tit.*

II. VLPIANVS libro 35. ad Sabinum.

SI is, cum quo de peculio actum est, per imprudentiam plus, quàm in peculio est, soluerit: repetere non potest.

Ad l. Si is, cum quo II.

RAT. DVB. Nec pater ex contractu filiifamilias, nec dominus ex contractu serui tenentur nisi actione de peculio, ac proinde quatenus duntaxat inuenitur in peculio tempore rei iudicandæ *l.* 1. *leg. quæsitum* 30. *l. si quis cum filiofamilias* 44. *& pass. infr. de pecul.* iniquum enim esset per eos quos in nostra potestate habemus, fieri condicionem nostram deteriorem vltra id quod à nobis habent in peculium *l.* 1. *C. ne filius pro patr.* nam nec qui cum ipsis contrahunt, aliud intuentur quàm peculium quod habent tanquam proprium ipsorum patrimonium à rationibus dominicis separatum *l. depositi* 5. §. *vltim. leg. hinc quæritur* 19. §. 1. *eod. tit.* Ergo si is cum quo de peculio actum est, per imprudentiam & errorem facti plus quàm in peculio est, soluerit, debet habere condictionem & repetitionem. Nam & si pater vel dominus actione de peculio conuentus det fideiussorem, nō ad aliud fideiussor tenebitur, quàm ad id quod iudicati tempore in peculio reperietur *leg. cùm fideiubet aliquis* 35. *de fideiuss.* DEC. Actio de peculio nascitur & datur in patrem vel dominum ex cōtractu filiifamilias aut serui, quia quisquis cum filiofamilias vel seruo contrahit, habet duos obligatos, filium quidem vel seruum in solidum, illum naturaliter & ciuiliter, hunc verò naturaliter tantùm *l. nec seruus* 41. *eod. tit. l. naturaliter* 13. *infr.* patrem verò vel seruum duntaxat de peculio *d.l. si quis cum filiofamilias.* Ergo ex parte illius qui cum filiofamilias vel seruo tuo contraxit, negari non potest, quin solidum debitum sit, etiam supra quàm sit in peculio, quamuis ex parte patris vel domini nihil debeatur vltra peculium. Suum igitur recipit creditor cui solidum à patre vel domino soluitur, & consequenter indebiti condictione teneri non potest, ex regula *leg. repetitio* 44. *infr. hoc tit.* Nec distinguendum est cum Accursio & Bartolo, an pater suo nomine soluerit, aut dominus, an nomine filij vel serui, nam nec si suo nomine soluerit, repetere potest, quod non indebitum dedit. Et verò cùm loquatur hîc Vlpianus de eo qui soluit, cùm esset conuentus actione de peculio, importunum est & impertinens credere factam esse nomine filij vel serui solutionē ab eo, qui suo nomine, licèt ex filij vel serui contractu conueniebatur. Vt taceam præsumendum esse in dubio quemlibet soluisse suo nomine potius quàm alieno *leg.* 4. *leg. cùm ex pluribus* 97. *infr. de solut.* Nec obstat quod obiiciunt ex *l.* 1. §. *vltim. & leg.* 2. *infr. de pecun. constit.* non obligari patrem qui actione de peculio conuentus constituit suo nomine plus quàm sit in peculio, cùm tamen obligetur, si constituat nomine filij vel serui, aliud enim est constituere alitérve promittere, aliud verò soluere, vt diximus ad *l. nam & maritus* 9. *supr.* Et quemadmodum maritus qui ex dote cōstituit plus quàm facere poterat, non ideò tenetur de constituta pecunia in solidum, *l.* 3. *eod. tit.* & tamen si solidum soluerit, & suprà quàm facere possit, nihil repetit *d.l. nam &* maritus, nempe quia debitum soluit: ita & in proposito dicendum est, patrem vel dominum qui suo nomine constituit, suprà quàm sit in peculio, non teneri de constituta pecunia in id quod excedit, quia non plus ille debuit, nec potest obligatio constituti, quæ non nisi accessoria est, excedere principalem, sed tamen si solidum soluerit etiam suo nomine non posse repetere, quia non plus soluerit, quàm creditori debeatur, non enim respiciendum est, quantum is qui soluit, quomodo inspiciendum est, quantum debeat is ipse quod constituit, quoties suo nomine constituit [nam & quod alius debet constituere, alius

BIU Cujas

aliuspotest *l. hactenus* 11. *l. vtrum* 27. *& seq. de pecun. constit.*) sed quantum debeatur ei cui soluitur. Neque rursum quicquam vetat patrem vel dominum nisi per imprudentiam soluerit, exonerare filium à naturali & ciuili obligatione aut seruum à naturali, sed cùm per imprudentiam & errorem facti solutum est, vt Vlpianus ponit in hac lege, non idem tractari potest. Aliud est si pater pro filio fideiusserit, vt in *l. si quis reum* 5. §. *vlt. de liber. legat.* non enim potest ipse videri pro seipso fideiussisse & suo nomine, ergo ipsius filij nomine atque ita in solidum se obstrinxisse, à qua obligatione proinde ita liberari potest, vt tamen remaneat obligatus de peculio tanquam pater, nisi voluntas testatoris qui liberationē ei legauit, ad hanc quoq; obligationis speciē se extēderit. At si quis alius pro patre, vel pro domino fideiubeat, nō potest ea fideiussio extendi vltra id quod cōsequi creditor possit actione de peculio, contra quàm si pro filio familias vel seruo ipso fideiussisset *d. l. cùm fideiubet* 35. *de fideiussor.*

12. PAVLVS lib. 7. ad Sabinum.

Si fundi mei vsumfructum tibi dedero, falsò existimans me eum tibi debere, & antè, quàm repetam, decesserim, condictio eius ad heredem quoque meum transibit.

Ad l. Si fundi 12.

Adfert Accursius duas huius legis interpretationes, vnam, vt loquatur de vsufructu, quem fructuarius ipse alij dederit indebitum, cùm putaret eum se debere, & quem fructuarij heres velit possitque condicere, non quasi vsumfructum habiturus (nec enim heres fructuarij succedit in vsufructu, cùm cohæreat personæ *l. 3. §. vlt. & pass. supr. quib. mod. vsusfruct. amit.*) sed vt repetat fructus præteriti temporis, quo durauit vsusfructus; quod etiam heredi fructuarij licet *l. qui vsumfructum* 36. §. *vlt supr. de vsufruct. l. si vsusfructus* 6. *inf. de vsufr. legat.* Alteram, vt loquatur de vsufructu, quem proprietarius fundi in eo fundo constituerit & tradiderit quasi debitum, cùm nullo iure deberetur, & quem proprietarij heres velit cōsequi non formalem, sed causalem. Sed prior interpretatio verbis legis nullo modo conuenit. Repugnant enim prima illa *si fundi mei vsumfructum tibi dedero*, cùm non possim rectè fundum meum dicere, cuius habeo solum vsumfructum, quin è contrario rectè dicimus fundum nostrum esse, etiam cuius fructus alienus sit *l. rectè dicimus* 25. *de verbor. signific.* quia vsusfructus, licet emolumētum rei contineat, in iure tamen non in parte consistit *l. Mœuius* 66. *fundo iunct. l. cùm filius* 76. §. *dominus de legat.* 2. nec rursum re sua vti frui quisquam potest iure seruitutis, quia nemini res sua seruit *l. vti frui* 5. *supr. si vsufr. pet. l. in re communi* 26. *vrban. præd.* Nec denique cedi potest vsusfructus iam constitutus alij quàm proprietario *l. si vsusfructus* 66. *de iur. dot.* Secunda igitur interpretatio sequenda est, ad quam dubitandi ratio illa adferri potest, quòd siue hanc legem de vsufructu formali condicendo intelligas, quem ponimus indebitum fuisse traditum, constat non posse illum trāsire ad heredem, cùm personæ fructuarij cohæreat, vt diximus, nec proinde eius condictionem, siue de vsufructu causali, vt Accursius intelligit, eueniet vt aliud cōdicatur, quàm quod indebitè solutum fuit: solutus enim fuerat vsusfructus formalis, & condicetur causalis, qui tamen à formali differt toto genere: formalis enim seruitus est & in iure consistit, causalis verò neque seruitus est, neque in iure consistit, sed in parte: formalis nūquam pertinet ad dominum proprietatis, causalis semper *l. si cùm argentū* 21. §. *si fundum infr. de except. rei iudic.* Sed decidendi ratio illa est, quod sicuti non est nouum, vt alius soluat, alius repetat *l. nec nouum* 5. *supr. hoc tit.* ita neq; vt aliud soluatur, aliud condicatur *leg. si non sortem* 26. §. *libertus*, vbi dicemus *infr. eod.* maximè verò circa vsumfructum indebitè solutum, quia vsusfructus formalis differt à causali sola forma, non etiam materia, cùm vterque habeat pro materia commodum & emolumentum fructuum, sed diuersa tamē ratione: formalis tanquam ex re aliena, causalis tanquam ex propria: sed tamen defendi optimè potest in specie huius legis eum ipsum formalem vsumfructum, qui indebitè traditus fuerat à proprietario, & constitutus per heredem eius, condici non causalem, sed qui tamen causalis futurus sit penes heredem, cùm fuerit ei redditus, vt non insubtiliter Bartolus ratiocinatur. Cur non enim formalis quoque vsusfructus condici possit, sicut & obligatio, & seruitus alia quælibet cæteraque huiusmodi, quæ etiam in iure consistunt? *leg. 1. & 3. infr. de tit. prox. l. 1. in princip. infr. de condict. tritic.* Venient autem in hanc condictionem fructus præteriti & ab eo indebitè percepti cui traditus indebitè fuerat vsusfructus: venient autem non accessione, id est, tanquam naturales accessiones rei solutæ indebitè, vt in *leg. indebiti* 15. *infr.* sed tanquam res ipsa quæ indebitè soluta fuit: etsi enim differt vsusfructus à perceptione fructuū, quia vsusfructus meri iuris est, fructuum autem perceptio meri facti *d. l. si vsusfructus* 66. *in fin. de iur. dot.* ius tamen percipiendorum fructuum, & ipsa proinde perceptio ex iure vsusfructus pendet, neque aliud emolumentum quàm fructuum vsusfructus continet *d. §. dominus l. cùm filius* 76. *de legat.* 2. cùm verò condictio indebiti sicut & cæteræ condictiones omnes sint & iuris ciuilis & rei persecutoriæ, dubitandi causa nulla est, quin ex lege duodecim tabularum transeant ad heredem eius cui competierunt §. *non autem Instit. de perpet. & tempor. act.* cùm in honorariis quoque actionibus idem obtineat *l. in honorariis* 35. *infr. de oblig. & action.* Non enim fructuarij heres, sed proprietarij habet in hac lege condictionem aduersus fructuarium ipsum vel fructuarij heredem, ad repetendos fructus, quos ipse proprietarius eiúsque heres percepisset si indebitum vsumfructum non soluisset. Quòd si idem ille qui vsumfructum indebitum constituit & tradidit postea, sed nondum comperto errore fundum ipsum alij vendiderit, id est, nudam fundi proprietatem, non eo minus condictionis ius sibi suoque heredi retinebit. Non enim videri potest ius illud vendidisse, quod sibi competere ignorabat *vulg. l. mater decedens* 19.

BIU Cujas

supr. de inoff. testam. tantóque vilius fundum vendidisse intelligitur, quòd nudam duntaxat proprietatem in emptorem transtulerit, quamuis aliud dicendum esset, si vsusfructus verus & à proprietate separatus venditionis tempore, postea iure consolidationis ad proprietatem rediret: is enim quoque emptori cederet *l. si conuenerit* 18. §. *si nuda inf. de pign. act.* Secuta verò condictione remanebit vsusfructus formalis penes condicentem, nec nisi finito eo plenam proprietatem habere emptor poterit perinde ac si proprietarius fundum deducto vsufructu vendidisset *leg. qui vsumfructum* 36. §. *stipulatus sum supr. de vsufruct.* Atque ita ad propositam ab Accursio quæstionem ex ratione iuris respondendum est, non quomodo Accursius ipse & Bartolus respondent. Planè si poneres post compertum errorem factam esse venditionem fundi, nec nudæ proprietatis factam esse mentionem, condictio fructuum ei qui vsumfructum indebitè tradidit, salua erit, heredive ipsius, sed eorum tantùm, qui venditionem antecesserunt, non cæterorum: quia fundi appellatione non nuda, sed plena proprietas significatur *leg. si alij* 19. *infrà de vsufruct. legat.*

13. IDEM lib. 10. ad Sabinum.

NAturaliter etiam seruus obligatur. ideò si quis nomine eius soluat, vel ipse manumissus, vel (vt Pomponius scribit) ex peculio eo, cuius liberam administrationem habebat: repeti non poterit. & ob id & fideiussor pro seruo acceptus tenetur: & pignus pro eo datum tenebitur. & si seruus, qui peculij administrationem habet, rem pignori in id, quod debebat, dederit: vtilis pigneraticia reddenda est.

Ad l. Naturaliter 13.

RAT. DVB. Serui non tam pro mortuis quàm pro nullis habentur, nec tantùm ciuili iure *l. quod attinet* 32. *l. seruitutem* 209. *& l. vl. de reg. iur.* sed etiam iure prætorio *leg. qui testamento* 20. §. *seruus infr. qui testam. facer. non poss.* ita vt ne quidem extra ordinem computentur *l. nullo modo* 7. *infr. ad leg. Cornel. de fals.* quia nec habent caput in ciuitate *leg.* 3. §. *vlt. de capit. minut.* Ergo nec debere seruus nec ei deberi propriè quicquam potest, cùm obligatio omnis sit iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius rei soluendæ, secundùm ciuitatis nostræ iura, vt *Iustin. diffinit. in Instit.* ideóque nec cum seruo vlla actio esse potest *l. cum seruo* 107. *de reg. iur.* Proinde nec fideiussor pro seruo accipi posse videtur, nec pignus pro eo datum teneri, cùm huiusmodi obligationes omnes sint accessoriæ, quæ sine aliqua principali cõsistere non possunt *l. cùm principalis* 178. *eod. titul.* nec possit durius obligari fideiussor quàm principalis *l. Græcè* 8. §. *illud commune infra de fideiuss.* ex fideiussione autem detur actio contra fideiussorem, & quidem ciuilis *l. blanditus* 12. *& pass. Cod. eod.* ex pignore autem hypothecaria iure prætorio in pignora §. *item Seruiana Inst. de action.*

DEC. Naturalis obligatio in eo differt à ciuili, quòd tota æstimatur ex facto magis quàm ex iure, ex eo scilicet quòd promissũ aliquid sit, aut si quãdo ex iure quoq; æstimare eam velis, ex iure naturali & æquitate æstimanda est *l. Stichum aut Pamphilũ* 95. §. *naturalis infr. de solut.* is enim natura debere dicitur quem iure gentium dare oportet, cuius fidem secuti sumus *l. cùm amplius* 184. §. *is natura debet de reg. iur.* Atqui iure naturali quamuis non etiam iure gẽtium homines omnes sunt pares & æquales *d. l. quod attinet*, & eorum quæ sunt facti, perinde capaces sunt serui ac domini *l. qui heredi* 44. *de cond. & demõst.* Ergo seruus perinde ac dominus obligari & naturaliter, & quod magis est, etiam iure naturali potest, & eo sensu & debere & deberi ei potest, licèt id minus propriè & abusiuè relata ad factum magis quàm ad ius ciuile appellatione debiti *l. nec seruus* 41. *infr. de pecul.* Atqui naturalem obligationẽ subesse satis est, vt & fideiussor & pignus possit ei accedere *l. stipulatus sum* 6. §. *adhiberi l. fideiussor* 16. §. *fideiussor infr. de fideiuss. l.* 4. *de pign.* etsi enim non potest fideiussor in causam duriorem accipi, potest tamẽ efficacius obligari, ita vt cõtra eum dari possit actio, quæ contra debitorem ipsum dari nulla posset *d.* §. *adhiberi & d.* §. *fideiussor.* Potest igitur etiam pro seruo & pignus accipi, & fideiussor cùm seruus naturaliter & obliget & obligetur *l. serui* 14. *inf. de oblig. & act.* Cui consequens est, vt si pro seruo naturaliter obligato quis soluat, vel ipse manumissus, vel vt Pomponius scribit, ex peculio cuius liberam habet administratione non possit esse locus repetitioni, quia naturalis obligatio, licèt non sit sufficiens ad inducendam actionem, sufficiens tamen est ad impediendam condictionem *l. naturales* 10. *eod. tit. d. l. fideiussor* 16. §. *naturales de fideiuss. l.* 3. §. *vlt. sup. quod quisque iur.* Dixi *si vel ipse manumissus vel (vt Pomponius scribit) ex peculio.* Sic enim legendum puto addita dictione *vel* vt comprehendantur duo casus quibus potest euenire, vt seruus soluat quod naturaliter debet: vel enim soluit iam manumissus de suo, vel adhuc seruus ex peculio cuius habeat liberam administrationem: vt verò manumissus soluat ex peculio, fieri nullomodo potest, quia paterfamilias peculium habere nequit, sed is tantùm qui in patris vel domini est potestate *l. vltim. in fin. C. de inoff. testamen.* At multo minus fieri illud potest, vt in seruo manumisso adhibenda sit distinctio an liberam habeat peculij administrationem, necne, quia licet fieri possit, vt manumissus peculium suum retineat, nec ei peculium adimatur; quod nec in dubio ademptum intelligitur, cùm manumissio inter viuos facta est *l. 2. C. de pecul. eius qui libert. mer.* tamen fieri nequit, vt non habeat liberam administrationem is qui factus iam sui iuris plenum habet dominium eius pecuniæ, quã habuerat antea in peculio, nunc habet in suo patrimonio, mutato scilicet & personæ & rei statu, vt in *leg. cùm quis* 38. *in princ. de solut.* quisquis paterfamilias & dominus est, solus idem moderator est & arbiter *vulg. l. in re mandata* 21. *Cod. mandat.* Et quoniam longè minor dubitatio est in eo qui manumissus soluit, quod in seruitute naturaliter debuit, cùm eo tempore

pote in ipsius arbitrio ac potestate sit, bonam fidem & naturalem suam obligationem agnoscere, licet non potuerit conueniri ex antegesto, id est, quod gesserit ante manumissionem *l.1.3. & pass. C. an seruus pro suo fact. post manum ten.* conuenientius fuit authoritatem Pomponij adducere in eo casu, quo seruus ante manumissionem velit soluere: difficilius enim ipsi est bonam fidem agnoscere in præiudicium domini soluendo ex peculio, quod verè domini est, nisi liberam ei dominus peculij administrationem concesserit. Quo casu ex ipsius domini voluntate soluisse intelligitur quod soluit, vt naturali obligatione liberaretur, quę scilicet per manumissionem nō tollitur, vt nec aliæ obligationes, quæ naturalem præstationem habent, tolluntur per capitis diminutionem *l. eas obligationes 8. supr. de cap. minut.* Adeò autem verum est, quod diximus, seruum posse & obligare & obligari naturaliter, vt & dominus ipse obligari seruo suo possit *l. si quod dominus 64. infr. h.t.* vbi est textus elegans, quia quæ sunt facti, non transeunt ad dominum *d. l. qui heredi* Nec hoc casu locū habet quod scriptum est in *l. placet 79. De acquir. her.* vt dicemus ad *l. frater à fratre 38. & ad d. l. si quod dominus.* Accursius noster vulgatæ lectionis vitio deceptus valde laborat, vt explicet, quomodo possit manumissus soluere ex peculio, cuius liberam habeat administrationem, & fatetur nunc quidem nō habere, sed antea habuisse, & ideo legit *habebat* non *habeat* ac præterea supplet *maximè* quia videt in eo, qui manumissus soluit, nihil referre, an dum esset in seruitute, habuerit liberam peculij administrationem, an non, sed in eo tantùm, qui adhuc seruus soluit. Quæ omnia nemo non videt, quàm à Pauli sensu sint aliena, præsertim ab eo, quod statim sequitur, si seruus qui peculij administrationem habet, rem peculiarem dederit pignori in id quod debeat vtilem pignoratitiam, id est, quasi Seruianam & hypothecariam de pignore persequendo reddendam esse, nimirum quoniam is qui liberam peculij administrationem habuit, etiam rem illam alienare potuit, vt idem Paulus noster ratiocinatur in *l. si conuenerit 18. §. vlt. cum l. seq.* quæ in filiofamilias idem iuris esse ait *infr. De pignor. act.* Etsi enim non alius, quā qui dominus est, alienare aut pignori dare potest, *tot. tit. Cod. de reb. alien. non alienand.* seruus autem non est dominus, ne tum quidem cùm liberam habet peculij administrationem, tantundem tamen iuris habet, quantum si esset dominus, quoties facit ex domini voluntate, siue vendat siue det pignori, *l. 2. l. si fundum 5. eod. ill. tit. l. 1. & tot. tit. C. si res pign. data sit.*

1 ¶ Item quod pupillus sine tutoris auctoritate mutuum accepit, & locupletior factus est, si pubes factus soluat, non repetit.

Ad §. 1. Item quod pupillus

Hic §. pertinet ad quæstionem illam sanè perdifficilem. de qua iam satis multa scripsimus ex proposito ad *l. contra 30. supr. de pact. & ad l. vlt. de iureiur.* Videtur autem Paulus hoc loco negare, pupillum, qui sine tutoris auctoritate mutuam pecuniam acceperit, naturaliter obligari, nisi locupletior ex ea pecunia factus sit. Ita enim plerique interpretum inferunt per argumentū à contrario sensu, ex illis Pauli verbis *& locupletior factus est* quasi si locupletior factus non esset, aliter responsurus Paulus fuisset, dādam scilicet pupillo repetitionem eius quoque pecuniæ, quam pubes factus soluisset, quasi nec naturaliter obligatio. Cui congruere videtur ratio, quæ *in l. seq.* subiicitur ex Pomponio, quòd natura æquū sit, neminem cum alterius iactura locupletari. Nec enim ratio hæc probare posset, denegandam repetitionē impuberi, qui sine tutoris authoritate mutuam pecuniam accepisset, nec locupletior ex ea factus esset, de quo scribit Licinius Rufinus in *leg. pupillus 59. De oblig & act.* eum nec iure naturali obligari, quod & de eo qui sine tutoris auctoritate stipulanti scriptum est in *l. quòd pupillus 41. infrà hoc tit.* Et tamen non negari non potest, quin pupillus mutuam pecuniam accipiendo naturaliter obligetur, eaq; naturalis obligatio pariat retentionem, & impediat condictionem. Sic enim scriptum est in *dict. l. vlt. De iureiur. l. cum illud 25. §. heres meus inf. Quando dies legat. ced. l. si pupillus 21. ad l. Falcid. d. leg. Stichum aut Pamphilum 95. §. aditio vers. aliquando de solut.* Quinimò etsi mutuam pecuniam acceperit sine tutoris auctoritate *leg. si pupillus 35. supr. de recept. Qui arbitr. recept. l. si pupillus 127. de verb. oblig. l. 1. in fi. de nouat. l. in numerationib. 44. de solut.* quamuis ea lex tractet de pupillo qui mutuam pecuniam accepit, non de eo qui per stipulationem promisit. Vnde est quod conciliationis ineundæ gratia coguntur nostri dicere, aut potius diuinare id quod scriptum est in *d. l. pupil. & d. l. quod pupillus* & in hoc §. de pupillo non aliter iure naturali obligando siue ex mutuo, siue ex stipulatione, quàm si factus sit locupletior, restringendum esse ad eum casum, quo pupillus vel infans adhuc sit vel cum ipso tutore suo contraxerit, quod planè commentitium est. Distinguenda est hac parte naturalis obligatio ab obligatione iuris naturalis aut gentium, itemque obligatio naturalis, quam pupillus contrahit mutuam pecuniam accipiendo ab ea, quam contrahit promittendo siue per pactum, siue per stipulationem, vt pluribus probaui ad leges supradictas: nam dissensisse Iureconsultos in hac quæstione, quod alioqui necessariò dicendum esset, mihi persuadere nunquam potui, aut dicēdum etiam erit, dissensisse Paulum hîc à seipso in *d. l. si pupillus 21. ad l. Falcid.* & Pomponium quoque *in l. seq.* à seipso *in d. l. vlt. de iureiur.* Quamquam si solus hic §. obiiceretur, responderi facilè posset, nihil aliud hîc Paulum dicere, quod etiam Rufinus admitteret, pupillum, qui sine tutoris authoritate mutuum accepit, & locupletior factus est, obligari iure etiam naturali, ideóque si pubes factus soluat, non repetere, quia, vt subiicitur in *l. seq.* natura, id est, iure naturæ æquum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem, sed non idcircò esse consequens nec inferri posse per argumentum à contrario sensu, vt si non sit factus locupletior, ne quidem naturaliter sit obligatus. Non enim valet semper argumentum à contrario sensu, scilicet cum in vtroq; sensu eadem ratio locum habet, quomodo certè iuris ratio facit, vt siue pupillus locupletior factus sit, siue non sit, fateri oporteat esse illum obligatū naturaliter, nec si pubes factus soluat, repetere vnquā posse, nisi quod cum locupletior factus est, maior ratio suadet, vt non tantum naturaliter obligetur, sed etiam ciuiliter hodie ex rescripto Diui Pij *l. si pupilli 6. in princ. l. Nesennius 34. supr. de neg. gest. l. 3. in princ. inf. commod.* Propter quam causam tanto minus per-

BIU Cujas

mittendum est pupillo vt repetat: quomodo enim pupillo soluenti daretur condictio, contra quem etiamsi non soluisset, danda esset actio? Intellige, *si modò pubes factus soluat*, vt Paulus hîc scribit, non quasi solutio facta post pubertatē faciat pecuniam magis debitam aut indebitam, sed quia persona locum facit repetitioni, vt scriptum est in *l. interdum 29. infr. hoc tit.* Cùm enim pupillus nullam alienandæ suæ pecuniæ potestatem habeat, sequitur vt non possit sine tutoris authoritate soluere, ne quidem eam pecuniam, quam tutore authore vel mutuam acceperit, vel stipulanti promiserit.

14. POMPONIVS libro 21. ad Sabinum.

NAm hoc natura æquum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem.

Ad l. Nam hoc natura 14.

Regula hæc est naturæ, id est, iuris naturalis, neminem cum alterius detrimento fieri debere locupletiorem *l. iure naturæ 206. de regul. iur.* nec malè Accursius esse hoc etiam ex iure gentium, nam ex iis rebus quæ non sunt communes hominibus cū brutis animantibus, sed solis hominibus conueniunt, non distinguitur ius naturale à iure gentium *§. singulorum Instit. de rer. diuis.* quia consentiunt in forma, cùm vtrumque æstimetur ex ratione naturali gentibus omnibus communi, vt diximus ad *l. omnes populi 9. supr. de iustit. & iur.* Itaque non est quærenda ratio dubitandi ad hanc legem. In iis enim quæ pro ratione habent ius naturale & gētium dubitandi causa satis probabilis nulla potest occurrere, quamuis non desint casus qui possint obiici in quibus æquitas hæc manifestè violari videatur, vt in vsucapione per quam fit, vt alienæ rei dominium acquiratur, & domino eripiatur citra ipsius domini voluntatem *l. 1. & 3. & pass. infr. de vsucap. l. traditionib. 20. Cod. de pact.* Sed cùm bono publico sit inducta vsucapio ne rerum dominia semper sint in incerto, vt scriptum est in *d. l. 1.* ac proinde ex æquitate merè ciuili, non est absurdum ciuilem legislatorem plus tribuere ciuili rationi & æquitati, quàm naturali, propter primam illam legem duodecim tabularum, quæ nullā prorsus exceptionem patitur, *salus populi suprema lex esto.* nam & naturalis quoq. ratio ipsa hoc suadet, vt potior causa esse debeat publicę vtilitatis quàm priuatæ *l. ita vulneratus 51. ad fin. supr. ad leg. Aquil. Auth. res quæ C. commun. de legat.* Neque nouum est, vt æquitas pugnet cum æquitate, vincat autem illa quæ sit maior & potentior *l. si seruus 61. §. quod verò infr. de furt.* quamquam nec absolutè verum est, per vsucapionem euenire, vt quis cum alterius damno & detrimento fiat locupletior. Est enim alia æquè certissima iuris ciuilis regula nullis exceptionibus debilitata, quod quis ex culpa sua damnum sentit, sentire eum non videri *l. quod quis 203. de regul. iur.* Nemo autem dixerit carere culpa illum, qui tam negligens est in rebus suis, aut conseruandis, aut conquirendis, vt rem suam ab alio possideri per tantum tempus & vsucapi patiatur, vt Iustinianus scribit initio tituli *de vsucap.* Vnde fit, vt etiam alienationis nomine vsucapio contineatur *l. alienationis 28. de verb. signific. l. si fundum 16. infr. de fund. dotal.* Et ita bene Accursius noster hîc ratiocinatur, cui licèt Bartolus obiiciat non esse bonam hanc rationem, quia fieri possit, vt is cōtra quem vsucapitur, careat omni culpa, si fortè ius suum, & vsucapientis possessionem ignorauit, quo etiam casu cōstat vsucapionem procedere *l. vlt. C. de præscript. long. tempor.* multo tamē potior est obiectio: etsi enim non potest videri negligens in rebus suis conseruandis ille, qui rem quæ ab alio vsucapitur, ignorat suam esse, negligens tamen valde est in rebus suis conquirendis, in cuius potissimùm negligentiæ pœnam vsucapio introducta est *dict. tit. Instit. de vsucap.* magna porrò negligentia culpa est, sicut & lata culpa dolus est *l. magna negligentia 226. de verb. signific.* Quod verò idem Bartolus post Dinum & Cynum respondet esse hunc rigorem iuris scriptum in specie propter bonum publicum, qui rigor præfertur huic æquitati, in genere multo minùs probari potest. Tantum enim abest, vt hoc verum sit, vt potiùs contra rigorem iuris fatendum sit, inductam esse vsucapionem ex sola æquitate, sed ciuili, vt diximus, non naturalis. Rigor namque iuris ciuilis, non minùs quàm iuris naturalis facit, vt id quod nostrum est, transire ad alium sine facto nostro non possit, *l. id quod nostrum 11. de regul. iur. l. si ego 9. §. si res infr. de iur. dot. l. si res infr. de iur. dot.* nec alteri per alterum iniqua condicio inferri debeat *l. non debet 74. de regul. iur.* quæ omnes iuris regulæ per vsucapionem violantur. Sed respicit Bartolus ad vulgarem illam nostrorum distinctionem de iuris rigore scripto & non scripto, item de æquitate scripta & non scripta: quam nos toties refutauimus. Est igitur generalior & potentior supradicta illa regula *legis, quod quis*, quàm ea quæ proponitur in hac lege, non quia sit æquior, sed quia efficit, ne ea quæ ponitur hoc loco, & in aliis tam multis quos Accursius hîc congerit, habere locum possit. Non enim ait Paulus, natura æquum esse, vt nemo ex aliena re locupletetur, sed addit *cum alieno damno.* Atqui damnum nullum est, quod quis ex culpa sua sentit, quia sibi suam quisque culpam imputare debet non alteri, *l. factum 155. de regul. iur.* Non ergo pugnant inuicem hæ regulæ, vt alia aliam destruat, sed ita sunt comparatæ, vt quo casu vna locū habet, alia habere nō possit. Errant igitur qui putant ex æquitate huius legis permittendū esse etiā prædoni, & malę fidei possessori, vt expensas in alienā rē factas deducat, ne alioqui petitor ex aliena iactura locupletetur. Sic enim Tribonianus ratiocinatur, sub Pauli nomine in *leg. planè 37. supr. de hered. petit.* cùm tamē negari non possit, quin culpa magna sit eius, qui prudēs & sciens in alienam rē impendit, quē proinde æquius est de se ipso conqueri, & de dāno quod ipse sibi irrogauit quàm de petitore, vt nos contra Molineum, Cuiacium & Tribonianum ipsum disputauimus ad *d. l. planè & in Chiliade nostra de error. pragmat.* Nec vllū sanè damnum sentire videtur possessor, cui tam grauis & insignis culpa imputari potest, aut delenda omnino erit ex libris nostris regula *dict. leg. quod quis.*

15. PAVLVS libro 10. ad Sabinum.

INdebiti soluti condictio naturalis est. & ideo etiam quod rei solutæ accessit, venit in condictionem: vt puta partus, qui ex ancilla natus sit [a]: vel quod alluuione accessit. immo & fructus [b], quos is, cui solutum est, bona fide percepit [c], in condictionem venient.

Ad l. In-

BIU Cujas

Ad l. Indebiti 15.

RAT. DVB. Actiones omnes sunt ciuiles *l. 2. §. deinde ex his legibus supr. de orig iur.* nullæ verò naturales, id est, ex iure naturali aut gentium comparatæ. Omnes enim sunt inductæ iure ciuili aduersus perfidos iuris naturalis, aut gentiũ violatores, vt Theophilus in *Instit. de action.* scribit, *iunct. l. cum amplius 84. §. a natura debet de regul. iur.* constant siquidem actiones omnes ex certis & solemnibus formulis & conceptionibus verborum *l. 1. & 2. Cod. de formul. & impet act. sublat.* Ius autem naturale nullas agnoscit solemnitates, vt neque ius gentium. Atqui condictio indebiti actio est, sicut & cæteræ condictiones omnes sunt actiones, & quidem personales, quibus intendimus aduersarium dare nobis oportere *§. appellamus Instit. de action.* Ergo indebiti condictio ciuilis est, non naturalis. DEC. Omnes quidem actiones sunt ciuiles, sed non omnes ciuili ratione comparatæ: sunt enim quædam, quæ naturalem habent rationem, id est, ex bono & æquo æstimandam: eiusmodi autem est condictio hæc, vt & reliquæ omnes *l. hæc condictio 66. infr. hoc tit.* vbi ratio redditur, quia id quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, reuocare consueuerunt, quò etiam pertinet, quod in superiore lege scriptum est, condictionem hanc ideo esse inductam, quòd natura æquum sit, neminem cum alterius damno & iactura fieri locupletiorem. Atque ita bene Bartolus locum hunc explicat, & melius quàm Accursius, qui putat ideo dici condictionem hanc naturalem, non ciuilem, quòd in eã veniant accessiones naturales tantùm non ciuiles. Illatio enim non ratio illa est huius sententiæ, vt Paulus docet verbis illis sequentibus, *Et ideo quod rei solutæ accessit, venit in cõdictionem.*

a *Vt puta partus qui ex ancilla natus sit.* RAT. DVB. Id demum per hanc indebiti condictionem repetitur, quod indebitum solutum fuit: dicitur enim soluti indebiti condictio, vt ex principio huius legis constat. Atqui solutâ indebitè ancillâ, non ideo partus, qui post solutionem apud accipientem ex ea natus est, solutus videri potest: prius enim est, vt in rerum natura fuerit, quàm vt solui potuerit, & ipsũ repetitionis nomẽ ostendit, priùs necessariò datum fuisse id quod repetitur. Ergo partus ex ancilla post solutionem natus, sicuti nunquam datus fuit, ita nec repeti potest. DEC. Hæc condictio naturalis est, & naturalem habet æquitatem, vt proximè diximus. Ergo in eam venire æquum est, quicquid solutæ rei naturaliter accessit, quia id habiturus fuerat actor, si indebitum non soluisset: æquè enim apud eum ancilla peperisset, atque apud eum, cui soluta fuit. Ergo etiam cùm partus ancillæ in hanc condictionem veniet: quamquam enim non est in fructu *l. vetus fuit quæstio 68. supr. de vsufr. l. in pecudum 28 infr. de vsur.* ideoque à fructibus in hac ipsa lege distinguitur, vt & in *l. 2. infr. de vsur l. præterea 20. supr. de rei vindic.* & alibi passim: attamen accessio naturalis est, perinde ac fructus. Idem ergo est, & si quid per alluuionem accesserit, quia alluuio quoque incrementum naturale est, & latens *l. ergo 30. §. alluuio infr. de acquir. rer. dom.*

b *Immo & fructus.* RAT. DVB. Fructus non veniunt in actionibus stricti iuris, nisi ex die tantùm litis contestatæ *l. cùm fundus 31. supr. de reb. credit.* quia quale quid est cum petitur, tale dari debet *d. l. 2. infr. de vsufr.* Peti autẽ res tunc intelligitur, cùm litis contestatio fit, quæ priusquam fiat, actor non tam petere dicitur, quàm velle petere *l. amplius non peti 15. inf. rat. rem haber.* Sicut neq; in arbitrariis fructus veniũt ante litem contestatam *d. l. præterea l. penult. & pass. de rei vindic.* imò nec in bonæ fidei iudiciis veniũt fructus, nisi ex die moræ, sicut & vsuræ *l. mora 32. §. in bonæ fidei l. vsuræ 34. l. & contraria 37. & l seq. §. pen inf. de vsur. l. in minorum 3. Cod. in quib. caus. non est necess. in integr. restit.* Atqui condictio indebiti stricti iuris actio est, sicut & condictiones omnes, quarum quippe nulla inter bonæ fidei actiones enumeratur in *§. actionum Inst. de action.* Ergo fructus in eam venire non possunt, qui ante litem contestatam percepti sunt; multo minus qui ante moram, quos tamen omnes venire Paulus hîc scribit, etiam eos, qui bona fide ac iure dominij ab eo, qui indebitum accepit, percepti fuerint, cum tamen illi qui etiam post litem contestatam percepti sunt, vel ideò maximè restituendi sint, quoniam mala fide percepti intelliguntur, si quidem litis contestatio semper malam fidem inducit *l. sed et si 25. §. si ante supr. de petit. hered. l. si homo 45. supr. de rei vin ic.* Sed & alia nec minus valida dubitandi ratio ad hũc locum ex eo peti potest, quòd fructus non tam seminis, quàm soli iure percipiuntur *l. qui scit 25. §. 1. infr. de vsur.* & proprietatis causam necessariò sequuntur *l. & ex diuerso 35. §. vbi autem supra de rei vindic.* Atquin is, cui solutum fuit indebitũ, fructus percepit, si modò fundum coluerit & seuerit, & seminis & soli iure suos illos fecit, nec enim datur vnquam condictio domino extra causam rei furtiuæ, sed ei semper qui dominus non est contra eum qui est dominus, *l. vlt. supr. de vsufr. quemadmo. caueat* cum per condictionem quamlibet intendat actor sibi dari oportere, dare autem nihil aliud sit, quàm dominium transferre, id porrò tuum facere nemo possit, quod suum non sit, *§ sic itaque Instit. de action. iunct. l. vbi autem 75. §. vlt. de verb. oblig.* Quî ergo fieri potest, vt is qui condictione siue indebiti siue alia cõuenitur, etiam fructus, quos non solùm perceptione, sed etiam iure dominij suos fecit, actori restituere teneatur? DEC. Actiones quidem omnes stricti iuris, quibus intendimus aduersarium dare nobis oportere, & quæ ideò condictionis appellatione generali continentur, dantur non domino contra dominum, sed non tamen omnes eiusdem sunt generis & condictionis: aliquæ enim sunt, quibus intendimus aduersarium dare nobis debere id, quod nostrum neque est, neque vnquam fuit, vt cũ agimus cõdictione certi ex stipulatione, aut ex mutuo, vt in *d. l. certi condictio d. l. 2. de vsur. l. 1. de condict. tritic.* Aliæ verò sunt, per quas intendimus dari nobis debere id quod nostrum aliquando fuit, cuiusmodi sunt condictiones indebiti, & sine causa & ob turpẽ causam. Ex iis quibus persequimur id quod nostrũ nunquam fuit, non possumus consequi fructus nisi à die litis cõtestatæ *d. l. cùm fundus*, quia non tam naturali quàm ciuili æquitate nituntur, nec potest actor dicere se fructus illos habiturum fuisse, nisi à quo die petiit rem sibi dari, si data ei res fuisset, quẽadmodum in rei vindicatione si fuisset ei restituta, *d. l. præterea 20. supr. de rei vindic.* Ex aliis verò, quibus eam rem persequimur, quæ aliquando nostra fuit, etiam fructus omnes consequimur, quotquot à possessore eodemq; domino percepti sunt, quatenus scilicet locupletior ex iis factus est, vt mox dicemus ex *l. si non sortem 26. §. l. bortus infr. hoc tit.* quia cùm naturalem habeant æquitatem, æquissimum est redire rem meam cum fructibus, quos vtique percepissem & haberem hodie, si eam rem non soluissem per er-

BIU Cujas

rorem facti, aut sine causa, aut ob turpem causam. Et ita Paulus idem noster distinguit in *l. videamus generaliter* 38. §. *si actionem infr. de vsur. iunct. l. qui se debere* 7. §. *vltim. l cùm quis* 12. *supr. de condict. caus. dat. l. in summa* 65. §. *ei qui infr. hoc tit.* Iunge quæ scripsimus ad *d. l. cum fundus.* Vsurarum alia ratio est, nec enim veniunt in condictionem indebiti *l.* 1. C. *hoc tit.* nempe quia non sunt accessiones naturales, sed ciuiles, nec tam naturæ quàm iure percipiuntur, vt Papinianus loquitur in *l. si nauis* 62. *supr. de rei vindic.* vbi nos quid & quale hoc sit explicauimus.

c *Quos is cui solutum est, bona fide percepit.* RAT. DVB. Bonæ fidei possessor quilibet facit fructus suos sola perceptione interim *l. bonæ fidei* 48. *infr. de acquir. rer. domin.* id est, quandiu fundus euictus non est *l. qui scit* 25. §. *vlt. infr. de vsur.* (fundo enim euicto certũ est fructus adhuc extantes, id est, nõdum consumptos, si neque vsucapti sint, venire in restitutionem officio iudicis *l. certum* 22. C. *de rei vindic.* & apud Iustin. *Tit. de offic. iudic.*) absolutè verò acquiri bonæ fidei possessori, eiúsque lucro cedere secuta postmodùm siue consumptione, siue vsucapione *l.* 4. §. *post litem supr. fin. regund. l.* 4. §. *lana infr. de vsucap.* Ideóque dicimus bonę fidei possessorem quemlibet in percipiẽdis fructibus, velut domini loco esse *d. l. bonæ fidei*, adeóque plus iuris habere quàm fructuarium, cùm fiant bonæ fidei possessoris statim atq; separati sunt à solo, fructuarij verò non aliter quam si aut ipse, aut alius ipsius nomine eos perceperit, *l. si fructuarius messem* 13. *supr. quib. mod. vsusfruct. amitt.* Atquin is cui fundus per errorẽ facti indebitè solutus est, plus quàm bonæ fidei possessor est, cùm sit etiam dominus. Ergo fructus quos bona fide percepit, nullomodo restituere per hanc indebiti condictionem debet, præsertim verò si eos consumpserit. Non addo, *vel vsuceperit*, quia vsucapere nemo potest id, quod iã suum est, cùm id quod iam meum est, magis meum fieri nõ possit, §. *sic itaque Instit. de action.* Quamuis impleto tempore quo perfici vsucapio potuisset, absurdum videtur possessorem ob id minùs iuris habere, quòd fuerit iam dominus, & quàm habiturus esset, si dominus nõ fuisset, *l. in bello* 12. §. *si quis seruum infr. de capt. & postlim.* Immò verò quid hoc est dicere, *quos is, cui solutum est, bona fide percepit.* quasi possit malæ fidei possessor esse qui à domino emit, adeóque qui dominus ipse est? Atqui hoc negat Iulianus in *l. si quis cùm sciret* 8 *infr. pro empt.* Ergo frustra est distinguere cum Accursio & Bartolo, an bona fide, an mala is cui indebitum solutum est, fructus perceperit, tantum abest, vt verum esse possit, quod Accursius hîc tentat fructuum furtum facere eum, qui indebitum sciens accipit ex *l. quoniam* 18. *infr. de condict. furt.* (quę restringenda omninò est ad eum casum, quo dominium pecuniæ indebitæ non potuerit transferri in accipientem, vt ibi dicemus) rectè in hoc à Bartolo reprehensus, quia rei suę furtum facere nemo potest §. 1. *Instit. de oblig. quæ ex delict.* DEC. Qui condicit fundum indebitum quem per facti errorem soluit, illud ipsum dominium repetit, quod habebat antequàm solueret, & quod semper habuisset, si per errorem facti non soluisset, eodémque dominij iure fructus percepisset, non ille cui fundus solutus est, quia nec dominus, nec bonæ fidei possessor factus fuisset, si non ei solutum fuisset per errorem. Ergo quæ ratio æquitatis inducit condictionem fundi, eadem quoque dat causam restituendorum fructuum, & aliarum huiusmodi accessionum naturalium, quæ fundo sua sponte accesserunt. Nec ius dominij & plus quàm bona fides eius cui condicitur, potest esse impedimẽto, quoniam aliud est de acquisitione, aliud verò de lucro fructuum tractare *d. §. post litem*, & cùm in proposito causa restituendorum fructuum sit antiquior causa eorundem acquirendorum, non est mirum potiorem esse causam veteris domini quàm noui, & condicentis quàm eius cui condicitur, perinde in fructibus quàm in dominio, vt ita causam dominij fructuum quoque causa semper sequatur, vt in dubitandi ratione diximus ad verſic. præcedentem ex *l. & ex diuerso* 35. §. 1. *supr. de rei vindic.* Sic dicimus, si minor aut alius quilibet qui in integrum restitui potest, fundum vendiderit, deinde in integrum restitutus sit, fructus ei omnes restituendos esse, ex natura restitutionis in integrum, quæ omnia reponit in priorem & pristinum statum *l. quod si minor* 24. §. *restitutio l. patri* 27. §. *si pecuniam supr. de minor. l. vnic. C. de reput. quæ fiunt in iudic. in integr. restit.* In quo errant plerique interpretũ antesignani pragmaticorum nostrorum, existimantes emptorem, quia bonæ fidei possessor est, quousque petita sit restitutio, non alios fructus restituere compelli, quàm quos ex die litis contestatæ perceperit, quasi exinde malæ fidei possessor factus: quod certè non ita est. Omnes enim fructus restituere debet, non ratione malæ fidei, quæ ante litem contestatam nec vlla est, nec esse potest, sed vi & potestate actionis, cuius natura ita fert, vt fructuum omnium restitutionem secum trahat, siue in integrum restitutio sit, siue condictio indebiti, aut alia condictio eius rei, quæ aliquando fuerit mea. Sic enim idem Paulus noster distinguit in *l. videamus* 38. §. *si actionem infr. de vsur.* Nempe quia non eadem subest ratio, aut æquitas restituendorum fructuũ eius rei, quæ nunquam fuit actoris, vt si condictio certi ex stipulatione exerceatur *d. l. cùm fundus* 31. *supr. de reb. credit. d. l.* 2. *de vsur.* neque distinguimus an possessor tãto tempore fructus restituendos possederit, quantum ad bonorum mobilium vsucapionem complendam necessarium est, cùm repetantur potestate, vt dixi, personalis actionis, quæ vsucapione nulla excluditur. Cęterùm quod dicimus omnes fructus in condictionem indebiti venire, sic intelligendum est, vt eatenus duntaxat veniant, quatenus possessor ex iis locupletior factus est, *l. si non sortem* 26. §. *libertus infr. hoc tit.* item deducta impensa quæ ad fructus percipiendos necessaria est, *l. in summa* 65. §. *ei qui indebitum infr.* Locupletior autem ex fructibus perceptis factus esse possessor intelligitur, quoties tantundem de suo fuerat erogaturus, vt benè hîc notat Accursius ex *l. sed etsi lege* 25. §. *quod autem & §. adeò sup. de hered. petit. & l. in pupillo* 47. *infr. de solut.*

1 ¶ Sed & si nummi alieni dati sint, condictio competet, vt vel possessio eõrum reddatur. quemadmodum & si falsò [a], existimans possessionem me tibi debere alicuius rei, tibi tradidissem, condicerem. Sed & si possessionem tuam fecissem [b], ita vt tibi per longi temporis præscriptionem auocari non possit: etiam sic rectè tecum per indebiti condictionem agerem.

Ad §. 1.

BIU Cujas

Ad §. 1. Sed etsi nummi.

RAT. DVB. Qui alienos nummos soluit, non transfert dominium, ideóque nec liberatur *l. si alieni 78. infr. de solut. l. Iulianus 47. §. 1. mandat.* Ergo non potest condicere, quia is demùm condicere potest, qui dominium habuit, & is demùm condictione tenetur, qui dare potest, id est, dominium transferre §. *sic itaque Instit. de action. iunct. l. vbi autem 75. §. vlt. de verb. obligat.* DEC. Condictionis nomen per se nihil nisi repetitionem significat eius quod translatum fuit in alium, transferri autem potest aliquando dominium cum possessione, aliquando possessio sine dominio, siue ab initio id actum sit, vt dominium cum possessione, siue vt sola possessio transferretur, si dominiũ cum possessione indebitè trãslatum sit, condictio indebiti danda est ad repetendum cum possessione dominium, quod sicuti vix trãsfertur sine possessione, exceptis quibusdam casibus, de quibus in *l. 1. & 2. supr. de public. in rem act.* ita nec nisi per possessionem, cum qua semel coniunctum fuit, *l. per procuratorem § C. de acquir. possess.* scilicet si ab ea separari non possit, vt ea lex ait, si autem possessio sola quoquomodo trãslata sit absque dominio, quia dominium penes soluentem non erat, possessio quoque sola sine dominio condicetur: ita enim fiet ex vtraque parte, vt neque ab futurum sit, quicquam ei qui indebitum soluit, cùm nihil transtulerit, nisi possessionem quam recuperat, neque ex aliena iactura locupletetur is qui accepit, cùm possessionem quam solã acquisiuerat, restituat. Taceo, quod etiam possessionis dominium quoddam est: quicquid enim nostrum est, id vt in dominio nostro sit, prorsus necesse est. Possessionem verò nostram non minùs verè & rectè, quàm dominium nostrum esse dicimus, *l. 1. infr. de bonor. poss. & in l. 1. C. Theodos. eod. tit.* Ideóque quisquis transfert possessionem, dicitur etiam transferre dominium possessionis.

a *Quemadmodum si falso.* RAT. DVB. & DECID. eadem est quæ ad versic. præcedentem: conuenit enim hic versiculus cum superiore in eo quod vterq. tractat de sola possessione translata: sed superior de possessionis translatione ab eo facta, qui id agebat, vt dominium quoque transferret, quod tamen quia erat alienum, transferre non potuerat, hic verò de possessione translata ab eo qui se possessionem tantùm transferre debere putabat, quam tamẽ nec debebat. Vtroque autem casu sicuti possessio sola trãsfertur, ita & sola possessio condicitur: id enim solum condici potest, quod indebitè translatum fuit, vt suprà diximus. Quid ergo si is, in quem sola possessio translata fuerat, puta nummorum, de quibus agitur initio huius §. aut alterius cuiusdam rei mobilis, eam rem cõsumpserit, alitérve amiserit? Respondent bene interpretes, consumptione sicuti cõciliatur mutuum, ita & indebitum conciliari, cùm causa indebiti causæ mutui æquiparetur §. *is quoque Instit. quib. mod. re cõtr. oblig. & l. 5. §. is quoque infr. de oblig. & action.* si modò consumpta res sit in vtilitatem eius cui indebitè soluta fuerat possessio, quoniam & hoc casu contra æquitatem naturalem ex aliena iactura locupletaretur. Proinde cùm hoc casu ea ipsa res & possessio, quæ indebitè soluta fuit, condici non possit, tantundem necessariò condicendum est, vt in mutuo. Sed si amissa possessio sit, difficilius videtur, vt condictione teneri debeat is, qui locupletior factus non est, *arg. l. si non sortem 26. §. libertus infr. hoc tit.* Putat tamen Bartolus post Accursium etiam hoc casu condici posse tantundem quasi secuta tãdem amissione dominium iam inde ab initio translatum fuisse intelligatur nummorum, vt ita is qui nummos accepit debitor generis ab initio cõstitutus esse videatur ex *l. si filius familias 14. supr. de reb. credit.* genus enim perire non potest *vulg. l. incendiũ 11. C. si cert. pet.* Aliud ergo est si solutio facta sit in ea specie, quę in genus transire & degenerare nunquam possit, vt benè concludit Accursius ex *d. §. libertus.* Illud tamen mirum videtur, quod pro possessione rei mobilis recuperanda detur actio personalis, cùm interdictum nullum detur, vt nostri tradunt ad *l. rem quæ nobis 15. de acquir. poss.* Sed nouum non est, vt latiùs pateat condictio quàm interdictum, cum ex facto nostro nascatur. Sic & condictio triticaria datur ad possessionem *l. 2. infr. de condict. tritic.* & pignoratitia *l. si rem 9. §. is quoque de pignor. act. iunct. l. si in area 33. infr. hoc tit.* quam tamen huic §. opponit Accursius quasi contrariam, quòd in ea scriptum sit, si is qui in aliena area ædificauit, possessionem ipse tradiderit, condictionem eum non habere, quia nihil accipientis fecerit, sed rem suam dominus habere incipiat. Verùm facilis responsio est, nihil in illa specie factum esse accipientis, vt lex ait, ideóque ne condictionem competere, quoniam area in qua possessor ædificauerat, iam erat accipientis, & possessio ædificij, possessio quoque areæ est. In specie autem huius §. tractamus de translata possessione eius rei, quæ nec dantis erat, nec accipientis, sed aliena, vel quæ ita erat dantis, vt accipiens non possit dicere, se rem suam habere nunc incipere.

b *Sed etsi possessionem tuam fecissem.* RAT. DVB. In condictione indebiti non veniũt accessiones ciuiles, sed naturales tantùm, vt diximus initio huius legis ex *l. 1. C. hoc tit.* Atqui quod accedit per vsucapionem, aut longi temporis præscriptionem, accessio ciuilis est non naturalis. Nec enim ius naturale, aut gentium vsucapionem vllam agnoscit, aut longi temporis præscriptionem, sed tantùm ius ciuile, & ex ratione merè ciuili, de qua in *l. 1. infr. de vsucap.* contra rationem naturalẽ, de qua in *l. id quod nostrum 11. de regul. iur. & Tit. de vsucap. Instit.* Ergo si possessionem tuam fecerim, ita vt propter longi tẽporis præscriptionem auocari à te non possit per verum dominum eius rei, cuius possessionem in te transtuli, non est mihi permittendum, vt per indebiti condictionem tecum agam, ne alioqui nihil tibi prosit lõgi temporis præscriptio qui possedisti, sed mihi, qui per totũ illud tempus non possedi. DEC. Eę demum accessiones ciuiles nõ veniũt in condictionẽ indebiti, per quas, si venirẽt, fieret vt damnum aliquod possessor sentiret, puta si pecuniæ, quæ indebitè soluta est, vsuras præstare teneretur: id enim duntaxat agit ciuilis legislator, vt omne lucrũ auferat possessori, non etiã vt damnũ ei aliquod irroget. Vnde est quod nec alię naturales accessiones in hanc condictionẽ veniũt, quàm ex quib. possessor locupletior factus est, vt diximus ad initiũ huius legis ex *l. si non sortẽ 26. §. libertus infr. hoc tit.* Atqui cùm per hanc cõdictionẽ indebiti auocatur accessio illa ciuilis, quæ per vsucapionem fit, & longi temporis præscriptionem, nullum damnum possessori infligitur, sed lucrum duntaxat eripitur, quod per vsucapionem aut longi tẽporis præscriptionẽ sibi acquisiuerat. Ergo eam quoque accessionem quamuis ciuilem in hanc condictionem venire æquum est, non minùs quàm si esset naturalis. Sed quî fieri potest, vt longo tempore præscribat, vel vsucapiat is qui indebitum accipit, cùm in mala fide esse videatur, quæ non tantùm vsucapionem impedit, sed etiam longi temporis præscriptionem? *leg. vnic. Cod. de transform. vsucap.*

BIU Cujas

Nimirum si is, cui possessionem tradidi bona fide, putauerit sibi esse debitam, quæ reuera fuit indebita, vt in *leg. hominem 3. infr. pro suo.* Et ita non malè Accursius: quamuis Bartolus existimet parùm referre an sciens indebitum, an nesciens quis possessionem acceperit, quia quod bonam fidem requirimus in vsucapiente & præscribente, eò pertinet, vt mala fides impediat vsucapionem, & longi temporis præscriptionem aduersus dominum, non etiam vt bona fides requiratur in accipiente respectu eius qui soluit indebitum. Etsi enim is qui accepit, sciuerit esse indebitum, si tamen soluentem credidit esse dominum, atque ita dominium in se translatum esse per solutionem, nihil vetat eum vsucapere, & longo saltem tempore præscribere, quia quod ad dominum rei pertinet, non fuit in mala fide ex *l. si quis fundum 43. infr. de acquir. poss.* Eáque Bartoli interpretatio vt subtilior, ita probabilior mihi videtur. Nam quod in *d. l. hominem pro suo*, adhibetur distinctio, an is qui indebitum accepit, indebitum sciuerit, an ignorauerit, rationem illam habet, quia indebitum solutum fuerat ab ipso domino, contra quem vsucapio obiiciebatur. Ideò autem loquitur hîc Paulus de longi temporis præscriptione, non etiam de vsucapione, quia vsucapio solius possessionis nulla est, cùm sit adiectio dominij per continuationem possessionis temporis lege definiti *l. 3. infr. de vsucap.* ponimus enim translatam fuisse possessionem solam, non etiam dominium, atque ita nullum adesse titulum ratione dominij, sine quo titulo non procedit vsucapio *l. Celsus 27. eod. tit.* At longo tempore acquiri etiam sola possessio potest, vnde & nomen habet longæ possessionis, nec enim adiectionem dominij inducit, sed tantùm parit exceptionem, ne à possessore auocari possit possessio, vt hic versiculus innuit, & diximus latè ad *l. penult. supr. de mort. infer. & ad l. si duo 13. §. Iulianus ait supr. de iureiur.* Et quamuis requirat titulum non minùs quàm vsucapio *l. 4. & pass. C. de præscr. long. tempor.* sufficit tamen titulus translatæ possessionis ad solam possessionem præscribendam, nec dominij titulus ad hoc exigitur, vt hic locus omnium optimè probat. Cùm verò detur cõdictio dominij, non domino aduersus dominum, domino autem vindicatio contra non dominum, quærunt nostri vtrius actionis potior causa esse debeat, an vindicationis, an condictionis, & cur is, qui condicit, non repellatur exceptione illa dolo facis, qui petis, quod redditurus es *l. dolo 8. de doli mal. except.* Respondent autem post Bartolum, & rectè potiorem condictionis causam esse debere quàm vindicationis, nec malè, sed mala tamen ratione: aiunt enim condictionem hoc casu dari non tantùm ad possessionem, sed etiam ad dominium, quasi dominium sit vsucapione reconciliatum, vt in mutuo *l. 2. §. appellata supr. de reb. credit.* Hoc verò falsum est. Condictio enim hoc casu datur non dominij, sed solius possessionis, cùm per longi temporis possessionem dominium acquiri non possit, vt diximus, nec titulus aliquis præcesserit, ex quo sequi vsucapio potuerit. Itaque non de vsucapione Paulus hîc loquitur, sed de longi temporis præscriptione, vt monuimus, quam passim nostri interpretes cum vsucapione confundunt valde imperitè, ac pernicioſissimo errore. Nihilne ergo nisi possessionem condicet is, qui possessionem duntaxat indebitam tradidit? Nihil planè, nisi quod condicit possessionem cum ea vtilitate, quæ per longi temporis præscriptionem accessit, scilicet vt à possessore auocari ea possessio non possit propter exceptionem, quæ per longi temporis possessionem acquiritur. Ergo falsum etiam illud est, quod interpretes supponunt pro vero, huic, cui possessio condicitur, competere rei vindicationem, cùm non detur ea nisi domino, *leg. in rem 23. & pass. D. de rei vindic.* dominium autem per longi temporis possessionem nullum acquiratur, nec vlla consequenter in rem actio, nisi cùm post completam longi temporis possessionem deferente aduersario, possessor iurauit rem suam esse: quo casu etiam vtilis actio possessori datur, sed propter iusiurandum, non propter longi temporis præscriptionem *d. §. Iulianus ait*, vbi nos explicauimus. Enimuerò si ponas, vt in principio huius legis, trãslatum fuisse cum possessione dominium rei indebitè solutæ, eadem quæstio recurrit, cur non potior sit causa eius cui condicitur, cùm sit dominus, quàm condicentis qui dominus non est. Verùm facilis responsio est, antiquiorem esse causam condictionis, quàm vindicationis, & consequenter potiorẽ, quia res soluta indebitè condicentis fuit antequàm fieret eius cui hodie iustè condicitur. Et sicuti condictio tollit, si non intellectum saltem effectũ acquisiti aduersario dominij, ita & impedit ne vindicatio vlla dari possit ei, qui per cõdictionem in eam causam deducitur, in qua esset si dominus nunquam fuisset, quomodo de potestate euictionis Papinianus noster loquitur in *l. si patroni 55. §. vlt. ad SC. Treb.* condictio enim nihil nisi euictio quædam est, sed quæ datur non domino ob id solùm, quòd dominus aliquando fuerit, & sine causa iusta dominium illud amiserit. Et quemadmodum dicimus vsucapione non extingui causam pignoris, *l. vsucapio 7. C. de pignor.* quia quæstio pignoris nihil commune habet cum intentione dominij, nec vlla cum eo societate coniungitur, *l. 1. §. cùm prædiũ infr. eod. ill. tit. l. iusto errore 44. §. non mutat infr. de vsucap.* ita & dicendum est, ex iniusta illa dominij acquisitione, quæ fit per acceptam solutionẽ indebiti non posse condictionem extingui, quæ & anteriorem & iustiorem causam habet, sed extingui potiùs condictione vindicationem, quasi iam pro non domino habendus ille sit, qui in eo est, vt dominium quod vel sine causa vel ex iniusta causa habet, aduersario restituere mox debeat. Nec facilè possum probare quod Bart. hîc notat, posse fieri aliquo casu, vt etiam acquisito per vsucapionem dominio, possessio tamẽ sola quæ indebitè soluta fuit cõdicatur, vt puta, inquit, si tradideris mihi possessionem ex vna causa, & ego ex alio titulo, & alia causa præscripserim, quoniam hoc casu proprietas non accesserit occasione proprietatis quã à te habui, sed ex alia causa. Quod certè falsum est. Dominium.n. quod per vsucapionẽ acquiritur, semper accedit possessioni *d. l. 3. de vsucap.* cum sine possessione nulla possit esse vsucapio *l. sine possessione 25. eod.* Et quemadmodum id quod meum est, non potest magis fieri meum *d. §. sic itaque Instit. de act.* ita nec possessio quã ego per solutionem indebiti tuam feci magis tua fieri potest. Proinde verũ semper est te vsucepisse occasione eius possessionis, quã à me habuisti, & consequenter dominium quoq; quod per vsucapionem accessit restituere te mihi oportere. Est enim hic quoque casus ex illis in quib. dominiũ possessioni semel iunctũ à possessione separari non potest, vt in *d. l. procuratorem 8. C. de acqu. poss.* quãuis dici soleat, quod & verum est nihil commune habere causam possessionis cum causa proprietatis *l. naturaliter 13. §. nihil commune infr. eodem ill. tit.*

scili-

scilicet cùm proprietatis & possessionis causa formaliter & in abstracto consideratur, non etiam cũ in concreto. Itaque qui condicit possessionem, is in consequentiam necessariam condicit etiam dominium quod possessioni quoquomodo accessit, vndequaque tandem accesserit, & quidem suo iure, adeò vt non idcirco veteri domino cuius dominiũ vsucaptum est, vlla actione teneatur, vt omnes interpretes post Accursium consentiunt ex *l. si alienam 13. infr. de mort. caus. donat.* Quod autem obiicitur ex *l. vlt. C. de his qui à non domin. manum. fuer.* vbi præscriptio tollit personalem actionem, quę alioqui domino esset competituta contra eum, qui alienum seruum per obreptionnem factam Principi manumisit, benè diluit Bartolus ex eo quod præscriptio ibi perimit dominium, aut vt loqui debuit, inefficacem constituit actionem & vindicationem dominij, cuius sola ratio causam præbebat actioni personali, hîc verò præscriptio non tollit causam personalis actionis, sed eam auget potius, & validat.

2 ¶ Sed etsi vsusfructus in re soluta alienus sit: deducto vsufructu, à te condicam.

Ad §. 2. Sed etsi vsusfructus.

RAT. DVB. Vsusfructus in plerisque casibus pars dominij censetur *l. 4. supr. de vsufr.* & cùm rei emolumentum contineat, salte in portionis instar obtinet *leg. cùm filius 76. §. dominus de legat. 2. leg. qui vsumfructum 58. de verb. oblig.* Ergo si eam rem indebitè tibi soluerim cuius proprietas ad me pertinebat, vsusfructus verò ad Titium, non est mihi permittendum, vt proprietatem condicam, non magis quã vt partem corporis pro indiuiso *arg leg. si pœnæ 19. §. si infr. hoc tit.* DEC. Vsusfructus in iure consistit non in parte *l. Mœuius 66. § fũdo de legat. 2. l. si à reo 70 §. si reo infr. de fidei iss.* nec permiscẽda est causa proprietatis cũ causa vsusfructus *l. pen. infr. de acqu. poss.* Nihil ergo vetat fundum, qui indebitè solutus est, etiãsi vsusfructus in eo alienus sit (sic enim legendum hîc est *in re soluta*, non vt apud Accursium *cum re soluta*,) cõdici dummodo condicatur deducto vsufructu. Hęc enim adiectio ideò necessaria est, quoniam alioquinis qui fundum simpliciter condiceret, plenam non nudam proprietatem auocaret, cùm appellatione fundi plena proprietas significetur *l. si alij fundum 19. de vsufruct. legat.* atque ita repeteret etiam id quod suum antea non fuisset, quasi extincto iam vsufructu, qui tamen alienus adhuc esset: hoc verò pugnaret vtique cum naturali æquitate, qua tamen condictiones omnes nituntur, vt ad initium huius legis diximus. E contrario fieri potest, vt qui nudam proprietatem in fundo habuit, eámque indebitè soluit, cùm alius in eo fundo haberet vsumfructũ, nec tamen eum possideret, etiam fructus condicat, quamuis vsumfructum ipsum non possit nec plenã proprietatem condicere, scilicet si possessor fructus illos perceperit, quia verum est accessisse fructus possessioni, quam à soluente indebitam habuit, nec alio iure quæsitos ei fuisse quàm quia eos bona fide perceperit *l. bonæ fidei 48. infr. de acquir. rer. domin.* cùm à domino causam habuerit *l. si quis cùm sciret 8. pro emptor.* Cęterùm si fructus nullos perceperit, non magis fructus ei condici poterunt, quàm vsusfructus qui alienus est: & ita benè post Accursium Bartolus. Quod tamen intellige, si modò possessor nescierit vsumfructum ad alium pertinere, nam si sciuit, non potest videri eos fructus bona fide percepisse *d. l. bonæ fidei § in contrarium*, quamquam vix fieri potest, vt nesciuerit vsumfructũ ad alium pertinere is, cui nuda tantùm proprietas soluta est, nisi acceperit eo errore, quasi plena proprietas ad soluentem pertineret. Aliud est, si is cui nuda proprietas indebitè soluta fuit, fructuarium expulerit, non enim eo magis plena proprietas condici poterit, quia expulsio fructuarij non extinguit vsumfructũ, nec eum consolidat cum proprietate, neq; propter indebitam nudæ proprietatis solutionem, sed facto possessoris expulsum ponimus fructuarium. Planè si possessor postea pergeret velle frui, ob expulsum à se & facto suo fructuarium, posset dominus contra possessorem agere negatoria, quia qnod ad eum pertinet, liberas ædes habet, inquit Accursius ex *l. loci corpus 4. §. competit supr. si seruit. vindic.* Idem quærit, quid si id quod tibi indebitè tradidi, tuum credideris, atque ita dominij translatio in te nulla facta sit, quia nec animum habui transferendi. Respondet autem, consumptione secuta, vtilem me condictionem etiam dominij habere, quia dominium re vera meum fuit, idq; ad instar & exemplum mutui *arg. §. is quoque Instit quib. mod. re contr. oblig. iunct. l. certi condictio 9. C. si nummos* vbi dixi *supr. de reb. credit.* Illa quæstio difficilior est, quam postremo loco proponit Accursius, si fundum tibi tradiderim, cuius alius sit emphyteuta, & tu emphyteutam expellas, an fundum pleno iure quasi totum meum possim cõdicere, non detracto iure emphyteutico, quod ad alium pertinebat. Respondet verò post Ioannem, non per omnia bonam esse comparationem vsusfructus & emphyteuseos, propterea quòd vsusfructus personam imitetur, & cum ea finiatur, non etiam emphyteusis, quæ ad heredes quoscunque sui natura etiam extraneos transit. Etsi enim extinctis quoque personis in emphyteusi expressis, emphyteusis ad dominum directum reuertitur *§. emphyteusis Nouell. 7. de non alien. aut permut. reb. eccles.* non minus quàm vsusfructus ad proprietatem, vna tamen emphyteusis est in personis omnium, cùm tamen variatis fructuariorũ personis idem vsusfructus esse nõ possit *l. stipulatio ista 38. §. si quis ita de verb. oblig.* vt benè pro Accursio Bartolus disputat. Cætera quę hîc congerit Bart. de admittenda vel reiicienda exceptione quæ sit de iure tertij aut exclusiua iuris agentis in totum, & ipso iure, aut respectu tãtùm cõmoditatis & vtilitatis alicuius, aut etiam non aliter quàm si tertius velit, item quæ sit de iure quodam tertij accessorio rei principalis, aut de eo quod per se principaliter subsistat, co sultò hîc prætermittimus, non solum quod aliena sint ab huius §. sententia, sed etiam quia hanc ipsam quæstionem alio commodiore loco iam tractauimus, & alibi sępe tractaturi sumus.

16. POMPONIVS lib. 15. ad Sabinum.

SVb condicione debitum, per errorem solutum, pendente quidem condicione repetitur: conditione autem existente, repeti non potest[a]. quod autem sub in-

BIU Cujas

certo die debetur [b], die existente non repetitur.

Ad l. Sub condicione 16.

RAT. DVB. Quod ex stipulatione condicionali debetur, quandiu pendet condicio, incertum est, an ex ea stipulatione deberi possit, ideóque nec interim peti potest ab eo, qui etiam deficiente condicione puram actionem habiturus esset, *leg. pecuniam 36. supr. de reb. credit.* Eâdem ergo ratione dicendum est, si id quod sub condicione debetur pendente condicione solutum sit, non posse id repeti antequam condicio defecerit, quia non potest dici certò ac verè indebitum, quod fieri adhuc potest, vt aliquo casu debeatur. DEC. Quod sub condicione debetur, nullomodo deberi intelligitur, antequam condicio venerit, quia nec dies priùs cedere intelligitur, *leg. cedere diem 213. de verb. signific. leg. grege 13. §. final. infr. de pignor. leg. si quis reum 5. §. idem Iulianus in finem infr. de liber. legat.* Ergo si interim solutum sit, repeti potest per hanc indebiti condictionem. Aliáque ratio est pecuniæ, quæ vni purè debita, alij sub condicione nouandi animo promissa est, de qua in *dict. leg. pecuniam.* quandiu enim deberi vni potest, verum est alij eam non deberi, ideóque nec ab alio interim peti posse. Nos de ea pecunia loquimur, quæ vni tantùm sub condicione debita & promissa est, ac proinde quam nec alius petere potest, nec is ipse cui promissa fuit, cùm nec ei adhuc debeatur. Proinde si interim soluta sit, nihil causæ est, cur soluenti per errorem non sit danda condictio, quia ad impediendam condictionem non sufficit, vt quod solutum est, deberi aliquo casu possit, sed necesse est, vt aliquo iure iam debitum sit, eo tempore quo condicitur. Denique separanda est petitio à repetitione. Peti non potest, nisi quod certum sit iam debitum esse, alioqui ante diem petere actor videtur, ideóque malè agere *dict. leg. pecuniam in fin.* At repeti potest, quicquid certum non est debitum esse, licèt incertum sit, an aliquo casu deberi possit, & fieri queat, vt posteà debeatur.

a *Condicione autem existente repeti non potest.* RAT. DVB. Superueniens existentia condicionis non facit quin verum sit solutum fuisse indebitum solutionis tempore inspecto. Adeò vt necis qui soluit, liberetur, tanquam qui non soluerit idipsum, quod promisit *leg. stipulatio ista 38. §. inter incertam infr. de verb. obligat.* Ergo nec potest impedire condictionem indebiti soluti, vt qualitas iuncta verbo intelligatur secundùm tempus verbi *leg. 4. §. si extraneus supr. de noxal. action.* DEC. Condicionis euentus facit, vt quod anteà & solutionis tempore fuit indebitum, reperiatur debitum eo tempore, quo de cõdictione quæritur: non enim sufficit ad inducẽdam condictionem indebiti, vt fuerit aliquando indebitum, sed necesse est, vt tale sit eo tempore, quo condicitur. Ita namque fit, vt qualitas iuncta verbo intelligatur secundum tempus verbi, quod non fieret, si solutionis tempus inspiceretur, *l. ex parte 25. de solution.*

b *Quod autem sub incerto die debetur.* Malo legere *quod item.* Nihil enim est in hoc versiculo, quod superioti sententiæ aduersetur. Estque hæc emendatio probabilior, quàm si cum Iacobo Cuiacio legas in verbis sequentibus *die non existente*, aut quod in idem recidit *die pendente.* Sic enim ille *lib. 13. Obseruat. cap. 20.* Et verò non alia versiculi huius ratio est, quàm quia dies incertus pro condicione habeatur non minus in contractibus *d. l. stipulatio ista 38. §. inter incertam de verb. oblig.* quàm in testamentis *leg. dies incertus 75. de condict. & demonstr.* Ratio autem dubitandi non alia rursum, quàm quod aliud sit deberi quid in diem, aliud verò sub condicione. Sed intelligi hoc debet de eo quod debetur in diem certum, id est, quem omnino venturum esse certum est *d. §. inter incertam l. quod certa 70. de solution. l. cedere diem 213. de verbor. signific. §. 1. Instit. de Attil. tutor.* nam inter condicionem & diem incertum nihil vnquam interest, neque quod ad cõdictionem indebiti pertinet, neque alia vlla iuris parte. Incertum ergo diem hîc intellige, qui certo opponitur, id est, qui an venturus sit necne, incertum est, non autem quem certum sit venturum esse, licèt nesciatur quãdo. Nam de eiusmodi die incerto tractatur in *l. sequ.* id est, de die mortis, qui & incertus dicitur *l. 1. de condict. & demonstrat.* ad differentiam incerti, de quo in hoc versic. agitur. Et sanè incertum diem simpliciter cum dicimus, eum intelligere debemus, cui magis hæc appellatio conueniat, id est, qui omninò sit incertus, non solùm quando vẽturus sit, sed etiam, an aliquãdo, vt in exemplo quod adfert Accursius de die nuptiarum nam is dies quem venturum esse certum est, licèt incertum sit quando, aliqua saltem ex parte certus est: nec aliud iuris est in condicione: etsi namque condicionem appellamus eam quoq; quam omnimodo extituram esse certum est, parum tamen differt à non condicione, licèt hoc incerti habeat quòd nesciatur quando extitura sit *l. si pupillus 9. §. qui sub condicione inf. de nouat.* Et condicio propriè illa est, de qua nesciatur non solùm quando futurum sit, vt impleatur, sed nec an aliquando impleri possit *l. quod si sub condicione 18. infr.*

17. VLPIANVS libro 2. ad Edictum.

NAm si, *cùm moriar*, dare promisero, & antea soluam: repetere me non posse, Celsus ait. quæ sententia vera est.

Ad l. Nam si cùm moriar 17.

RAT. DVB. Quod sub incerto die debetur, die demum existente non repetitur, at priusquam dies existat, si solutum sit, repetitur, perinde ac si sub cõdicione debitum fuisset, vt proximè dictum est in *versic. vlt. legis præcedentis.* atqui dies mortis incertus est, ergo pro condicione haberi debet, etiam quod pertinet ad suspendendam debiti causam *l. Statius Florus 48. §. Cornelio Felici infr. de iur. fisc.* vt proinde, si quod promisi dare cùm moriar, viuus soluero, possim id repetere condictione indebiti. DEC. Incertum quidem est, quando dies mortis venturus sit, & eo respectu mortis dies rectè ac verè incertus dicitur, sed tamen certum est venturum aliquando esse, & hoc sensu certus est non incertus, & certo diei comparandus magis quàm condicioni, præterquàm

quàm si compares condicioni omnimodo extiturę, de qua in *leg. sequent.* & quæ nec pro condicione habetur, vt suprà diximus ex *leg. si pupillus* 9. §. *qui sub condictione infr. de nouat.* Atqui quod in diem certum debetur, aut sub condicione omnimodo extitura, si solutum sit interim, non repetitur. Ergo nec quod ante mortem meam solui, quamuis non nisi mortis tempore dari debuerit *leg. heres meus.* vbi est textus elegans *D. de condictio. & demonstr.* Itaque non exemplum legis præcedentis in hac ponitur, quæ prima interpretatio Accursij est, sed αἴνιγμα quoddam, ac si scriptum hîc esset, meritò Pomponium in lege præcedente locutum esse de die incerto, id est, merè incerto, & qui nihil ex vlla parte certi habeat. Nam si in diē mortis aliquid promissum sit, aliud dicendum esset, quia non prorsus incertus, sed aliqua ex parte certus dies ille est, cùm non possit non existere, ita vt non tam condicione quàm mora suspendi debitum videatur, quomodo Papinianus loquitur in *dict. leg. heres meus.* Et ita si has duas leges intelligas, nihil in iis erit quod absurdum aut inconueniens videri possit, non magis quàm si per manifestiorem antithesim Vlpianus hîc scripsisset, *Alioquin si non sub die prorsus incerto, sed in diem mortis meæ aliquid promisero.* Sic enim hæc lex superiori coniungenda est, & sententia Celsi accipienda, quam Vlpianus hîc refert & probat, itémque ita vt promissio facta per hæc verba, *cùm moriar* aliam causam habeat, quàm donationis, & sit promissio inter viuos, alioqui censeretur donatio causa mortis, vt Bartolus hîc tractat ex *leg. Seia* 42. *D. de mortis causa donat. leg. Seia* 11. *de dot. releg. iunct. leg.* 1. *C. vt action. ab hered. & contra hered. incip. leg. hereditarium* 7. *de bon. author. iudic. possid leg. vltim. C. de contr. & committ. stipulation. leg. mortis causa* 18. *infr. de mort. caus. donat.* Miror autem Accursium separare hac parte legatum à stipulatione, quasi id quod ex stipulatione debetur sub die incerto, si interim solutum sit, repeti non possit, contrà verò repeti possit legatum sub incerto die relictum, etiam quem venturum esse certum sit, aut quasi dies incertus in legato duntaxat pro condicione habeatur *dict. leg. dies incertus leg. talis scriptura* 30. §. *sed etsi sub condicione de legat.* 1. non etiam in stipulatione. Etsi enim verum est, quod Accursius adfert pro ratione dissimilitudinis, ex stipulatione condicionali spem transmitti ad heredem *leg. is cui* 42. *de obligat. & action.* non item ex legato *leg.* 4. *infr. quand. dies legat. ced. leg. vnic.* §. *sin autem sub condicione. Cod. de caduc. tollend.* nimirum, quia in stipulatione, quamuis condicionali factum aliquod stipulatoris interuenit, qui eo facto suo sibi suisque prouidere voluit *leg. si pactum* 9. *infr. de probation.* quod in legato secus est, quod totum pendet ex facto & voluntate testatoris, vt docuimus *libro* 15. *Coniectur. capit.* 6. Attamen non minus in contractibus quàm in testamentis dies incertus condicionem facit, vt suprà diximus ex *leg. stipulatio ista* 38. §. *inter incertam infrà de verborum obligationib. leg. qui promisit* 49. *l. sufficit* 56. *inf. hoc titul.* nec minus parit cōdictionem indebiti, si ante diem existentem solutum sit, quàm si ex causa legati in diem incertum relicti solutum esset, quia nec solui adhuc potest quod nondum debetur *dict.* §. *inter incertam*, & in legatis quoque id obtinet, vt ea demum solui possint, quæ certum est debitum iri, quamuis dies eorum nondum venerit, cuiusmodi sunt legata in diem certum relicta *dict. leg.* 1. §. *primo de condiction. & demonstrat.* Denique paria sunt ac ferè synonyma, solui quid iam posse, & solutum repeti non posse. Generaliter enim quicquid solui iam potest, ita vt solutum pariat liberationem, id si solutum sit, repeti postea non potest, cùm fieri nequeat, vt eadem solutio pariat & liberationem & condictionem *leg. cùm is* 32. §. *primo iunct. leg. si non sortem* 26. §. *si centum infr. hoc titul. leg. cùm quis* 38. §. *primo &* §. *de peculio in fine leg. pupilli* 96. §. *vltim. infr. de solution.* Sicut nec illud fieri facilè potest, vt solutio debiti facta vel liberationem non pariat, vel condictionem extra casum singularem *leg. Neratius* 63. *infr. hoc titul.* Nulla igitur differentia est, quod ad condictionem indebiti pertinet, inter stipulationem & legatum, si dies incertus fuit, non magis quàm si expressa fuerit condicio siue in legato siue in stipulatione. Illa tantùm differentia obseruanda est, cùm quid in diem mortis siue promissum siue legatum est, an in diem mortis creditoris aut legatarij dilata res sit, an in diem mortis debitoris & heredis. Posteriore hoc casu nihil incerti est, quia & creditorem & legatarium moriturum esse certum est, nec tam condicione quàm mora obligatio suspenditur *dict. leg. heres meus.* Priore verò, licèt debitorem pariter, aut heredem moriturum esse certum sit, incertum tamen est, an viuo eo creditor aut legatarius moriturus sit, an postea. Si mortuo iam eo, dubitationem res non habet, quin & quod promissum & quod legatum est, debeatur heredi creditoris, itémque legatarij ratione scilicet illa vtrique communi, quòd stipulationis aut legati dies cesserit, quo casu etiam legatum transmittitur ad heredem. Si autem viuo adhuc promissore, aut herede, stipulatio quidem non intercidit, legatum autem intercidit, non quasi stipulationis dies cesserit, non autem legati (nam nec stipulationis condicionalis dies ante condicionis euentum cedit *dict. leg. cedere diem* 213. *de verborum significat.*) sed quia stipulatio condicionalis etiam cuius dies nunquam cessit, transmittitur, legatum condicionale non item, propter rationem illam diuersitatis quam suprà attulimus, idque siue talis sit incertus dies, vt certum tamen sit eum tandem extiturum, siue prorsus incertus, ita vt nec an extiturus sit sciri possit. Sed non debet hac parte separari dies incertus quisquis ille sit, siue mortis, siue nuptiarum, à condicione expressa, neque rursum quantum ad condictionem indebiti siue ex stipulatione, siue ex legato solutum sit, sed vt omnia ex iuris ratione æstimentur, separandus est duntaxat casus, quo solutum sit ante diei incertæ vel condicionis euentum, id quod certum sit omnimodo debitum iri, ab eo casu quo solutum fuerit id quod incertum sit, an aliquando debeatur, vt priore casu indebiti condictio denegetur, siue solutum sit, quod promissum, siue quod legatum fuit *dicta leg. qui promisit* 49. *infr. hoc titul.* Alia tamen ratio constituitur stipulationis & legati in eo, quod ex stipulatione certū esse potest debitum iri, quod si ex legato deberetur, non æquè certum esset, nempe quia ex stipulatione certū est debitum iri, quod debetur in diem mortis, non quòd dies huius stipulationis cedat ante diem mortis, sed quia etiāsi ante diē cedentem stipulator ipse moriatur, nō eo minus trāsmittit stipulationē ad heredem: at ex legato in diem mortis relicto certum non est debitum iri, quamuis perinde certum sit moriturum heredem, in

BIU Cujas

cuius mortis tempus legatum dilatum est, quia non sufficit diem legati quandocunque cedere, sed necesse est, vt cedat viuo legatario, qui alioquin nihil ad heredem transmitteret: non cedit autem viuo legatario, si fortè is viuo herede moriatur *dict. leg. si cùm heres 4. infr. quand. dies legat. ced. dict. leg. heres meus*, vbi quæ proponitur prima species de legato in hæc verba relicto, *Heres meus cùm morietur Titius, centum ei dato.* In qua specie ait Papinianus legatum, non tam condicione quàm mora suspẽdi, rationem non aliam habet, quàm quia legati huius dies, non nisi viuo Titio possit cedere, siquidem cedit moriente Titio, instans autem mortis vitæ adscribitur, vt sæpiùs diximus ex *leg. qui duos* 18. §. 1. *de manumi. testament. & leg. vltim. de condicion. institution.* Atque ita fortasse Accursius in posteriore sua interpretatione sẽsit: non tamen satis apertè, vt puto, explicauit, neque rursum Bartolus, licèt hîc paullo distinctiùs.

18. IDEM libro 47. ad Sabinum.

QVòd si ea condicione detur, quæ omnimodo exstatura est: solutum repeti non potest: licet sub alia condicione, quæ an impleatur, incertum est, si antè soluatur, repeti possit.

Ad l. Quòd si ea condicione 18.

RAT. DVB. Quod sub condicione debitum est, si interim solutum sit, repetitur *leg. sub condicione 16. supr.* Atqui condicio etiam quæ omnimodo extatura est, attamen condicio est: fit enim & concipitur per articulum *si*, perinde atque alia quælibet condicio *leg. cùm ab eo 41. infrà de contra. empt.* quamquam nec aliud est, si concipiatur per articulum *cùm* vt puta *cùm moriar*, sicut in lege præcedente *leg. si Titio 22. vers. nec interest*, vbi eleganter Pomponius, *infr. quand. dies legat. ced. leg. qui promisit 49. infr. hoc titul.* Ergo etiam quod sub ea condicione debetur, quæ omnimodo extatura est, si solutum sit, repeti non potest. DEC. Condicio, quæ omnimodo extatura est, nomen quidem condicionis retinet, sed vim & potestatem condicionis non habet, quia licèt in futurum conferatur, quod ad faciendam condicionem præcipuè necessarium est *leg. itaque 39. supr. de reb. credit.* nullam tamen habet incertitudinem quãtum ad euentum implementi, cùm non possit non impleri, nec se habet indifferenter ad esse & non esse, ex quo potissimùm substantia condicionis æstimatur, licèt incertum sit quando impleatur condicio, *leg. sufficit 56. infr. hoc titul. leg. heres meus 79. de condic. & demonstr. leg. si quis ita scripserit 33. de hered. institution.* Ergo quòd sub condicione omnimodo extatura debetur, si interim soluatur, non potest repeti, perinde acsi purè debitum esset: nam & qui sub tali condicione stipulatur, purè stipulari intelligitur *leg. si pupillus 9. §. qui sub condicione infr. de nouat.* nec magis certum est iam deberi, quod purè debetur, quàm debitum iri, quod sub condicione omnimodo extitura promissum est, sicut & quod in diem certum, de quo in *leg. in diem 10. supr.* & rursum id quod in diem incertum omnimodo tamen euenturum, cuiusmodi est dies mortis, scilicet si debeatur ex stipulatione, non ex legato secundum eam distinctionem, quam docuimus ad legem præcedentem: cum qua non ita hæc coniungenda est, quasi superiori aduersetur, sed potiùs, vt quod in præcedenti dictum est, de promissione facta in diem omnino extituram, protrahatur ad promissionem factam, sub condicione omnimodo extitura, & distinguatur ab ea condicione quæ sit verè condicio, itémque à die incerto qui sit omnino incertus, & an & quando, vt Bartolus loquitur.

19. POMPONIVS libro 22. ad Sabinum.

SI pœnæ causa eius, cui debetur, debitor liberatus est: naturalis obligatio manet. & ideo solutum repeti non potest.

Ad l. Si pœnæ causa 19.

RAT. DVB. Liberatio & obligatio secum inuicem pugnãt: facit enim obligatio debitum, quod liberatio facit indebitum. Ergo quoties debitor liberatus est in pœnam eius, cui debetur, obligationem aliquam manere impossibile est, & consequenter si debitor ita liberatus soluat, potest repetere quasi indebito soluto. DEC. Ratio iuris ciuilis aut prætorij iura naturalia corrumpere non potest *leg. eas obligationes 8. supr. de capit. minut. §. vltim. Institution. de legit. agnat. tutel.* Atquin obligatio naturalis ex sola æquitate naturali æstimatur, *leg. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis de solut.* Ergo quamuis ratio aliqua iuris, siue ciuilis, siue prætorij liberet debitorem, vt in exemplis quæ congerit Accursius ex *leg. 3. §. vltim. suprà quod quisque iur. leg. extat 13. quod met. caus. leg. si quis in tantum. 7. Cod. vnde vi leg. in criminali. 5. Cod. de iurisdict. omn. iudic. & Nouell. de statut. & consuetud. contra libert. eccles. §. primo leg. qui exceptionem 40. infr. hoc titul. leg. sed si paterfamilias 9. §. vltim. & leg. seq. infr. de Senatusconsulto Maced.* (etsi postremum hoc exemplum sumptum ex Senatusconsulto Macedoniano displicet Bartolo, nec immeritò, cùm Macedonianum non modò naturalem obligationem non tollat, sed neque ciuilem, *dict. leg. sed si paterfamilias 9. §. vltim. & leg. seq.* vbi dicemus) naturalis tamen obligatio remanet, quæ proinde impedit repetitionem soluti. Placet tamen quod Bartolus notat, non posse ex huiusmodi obligatione naturali induci compensationem,

BIU Cujas

nem, non ex *l. quæcunque 14. infr. de compensation.* qua mouetur Bartolus, quasi in ea scriptum sit, nō quæcunque per exceptionem perimi possunt, in compensationem venire (contrà enim generalis Iauoleni sententia & regula est, vt ea demum & omnia quæ per exceptionem perimi possunt, in compensationem nō veniant, id est, vt nihil eorum quæ per exceptionem aliquam elidi possunt, compensari possit) sed quia nihil fit contra rationem iuris, aut ciuilis aut prætorij, cùm repetitio soluti impeditur, siquidem id fit per solam retentionem: at fieret, si post liberationem ciuilem aut prætoriam inducerētur compensatio, quoniam ipso iure compensatio fit *l. si ambo 10. inf. de compensat. l. si constat 4. Cod. eodem.* Itémque quoniam is qui compensat, non tantùm excipere, sed etiam petere quodammodo videtur *l. amplius non peti 15. infr. rat. rem haber.* non etiam ille qui retinet quod actor vult cōdicere. Idem tractari potest si verus debitor per iniquam sententiam absolutus sit: nec enim eo minus remanet naturaliter obligatus, ideóque si soluat, non repetit *leg. Iulianus verum debitorem 64. infr. hoc titul.* quem tamen nemo probabiliter dixerit posse compensationem pati, si summotus creditor prętextu subsistentis adhuc naturalis obligationis velit compensare id quod ipse inuicem debeat absoluto debitori. Est enim hic effectus naturalis obligationis ex iure ciuili, vt pariat compensationem, ex quo iure ciuili etiam illud est, vt sententia pariat liberationem, & pro veritate habeatur *l. resindicata 208. re reg. iur. leg. ingenuum 25. sup. de statut. homin.* An non verò etiam ille, vt naturalis obligatio impediat repetitionem soluti? Ita verò: sed differentia illa est inter effectum hunc, & cæteros, quos producit naturalis obligatio, id est, vt pariat exceptionem, deductionem & compensationem, quod in obiicienda non modò exceptione & deductione, sed etiam compensatione, quamuis ipso iure fiat, vt diximus, factum aliquod obiicientis necessarium est, cui facto ius resistit siue ciuile illud sit, siue prætorium, quod debitori attulit liberationem. At in retinendo nullum factum retinentis versatur, sed ad retinendum sufficit, vt eam rem possideat, quam nec velit reddere, nec possit actor ei auferre, proinde nihil facit contra liberationem aduersario partam iure ciuili, aut prætorio, præsertim cùm possessor effectus sit facto aduersarij, qui tametsi liberatus, soluit tamen, licèt per errorem, quod in casu obiiciendæ exceptionis, deductionis, & compensationis diuersum est. Is namque qui in creditoris pœnam, cùm ei aliquid deberet, debito liberatus est, si agat postea, & ex noua causa aliquid petat, nihil facit, propter quod danda sit creditori, quamuis re vera & naturaliter creditor remaneat, aut exceptio, aut deductio, aut compensatio contra eum qui iure liberatus est, quamuis perinde naturalis obligatio omni casu subsistat. Illud non malè tentat Bartolus, hunc qui naturaliter obligatus manet, quamuis iure ciuili aut prætorio liberatus sit, teneri tamen in conscientia vt soluat: nam cùm is natura debeat, quem iure gentium dare oportet, cuius fidem secuti sumus *l. cùm amplius 84. §. primo de reg. iur.* fieri certè nequit, vt quod etiam iure gentium dari oportet, in foro conscientiæ non debeatur.

1 ¶ Quamuis debitum sibi quis recipiat: tamen si is, qui dat, nō debitum dat, repetitio competit. veluti si is, qui heredem se, vel bonorum possessorem falsò existimans, creditori hereditario soluerit: hic enim neque verus heres liberatus erit: & is, quod dedit, repetere poterit. quamuis enim debitum sibi quis recipiat: tamen is, qui dat, non debitum dat: repetitio competit.

Ad §. 1. Quamuis.

RAT. DVB. Non potest fieri vt indebitum sit quod debetur creditori, quamuis ab alio, quàm ab eo qui soluit. Ita enim fieret, vt quid esset idem debitum & indebitum, quod implicaret cōtradictionem: nec enim debet eadem res diuerso iure censeri, multo minus contradictorio *leg. eum qui ædes 23. de vsucap.* indéque nimirum est quod ait *lex repetitio 44. infr. hoc tit.* repetitionem nullam esse ab eo qui suum recepit, licèt alius, quàm qui soluit, debeat. Cui cōuenit etiam quod scriptum est in *leg. de hereditate 5. C. de petitione hered.* vbi dicitur hereditatis possessorem, qui bona fide soluit creditoribus hereditariis euicta hereditate nihil ideò posse ab iis repetere cū suum receperint. Ergo verum esse non potest quod hìc scribit Pomponius, si quis heredem se vel bonorum possessorem falsò existimans creditori hereditario soluerit, neque verum heredem liberari, & bonæ fidei possessorem id quod dedit posse repetere. Multóque minus quod generalius hìc scribitur, quamuis debitum sibi quis recipiat, si tamen is qui dat, non debitum dat, repetitionem competere.

DEC. Multum interest, an quis suo nomine soluat, quod alius debet, an alieno: si suo nomine soluat, sicut debitorem verum non liberat, ita soluti tanquam indebiti habet condictionem, *leg. si quid possessor 31.* in verbis illis *finge enim eum dum se heredem putat, soluisse suo nomine supr. de heredit. petit. leg. cùm quis 38. §. de peculio infrà de solution. leg. si à patre 5. Codice hoc titulo.* Si autem alieno nomine, & liberat debitorem etiam inuitum nedum ignorantem *leg. soluendo 39. supr. eod. illo titulo leg. solutione 23. de solution.* & sibi condictionem nullam acquirit *dicta leg. repetitio, & dict. leg. de hereditate.* sed potius negotiorum gestorum contra eum quem liberauit, quamuis tum quoque cùm eius liberandi animum non habuit *leg. quæ vtiliter 45. §. vltim. supr. de negotiis gestis.* Ergo si is qui heredem se vel bonorum possessorem falsò existimabat, creditori hereditario soluerit, non hereditario nomine, sed suo proprio, neque verus heres liberatus erit, & is, quod dedit repetere poterit. Atque ita benè Accursius, Bartolus, & alij omnes locum hunc intellexerunt, qui alioquin pugnaret cum *dict. lege de hereditate & dicta leg. si quid possessor.* & ideò rectè Paulus in *leg. in summa 65. §. vltim. infr. hoc titul.* indebitum esse ait,

BIU Cujas

non tantùm quod omnino non debetur, sed & quod alij debetur si alij soluatur, aut si quod alius debebat, alius *quasi ipse debeat* soluat, quibus verbis *quasi ipse debeat* manifestè designatur ille, qui suo nomine soluit, non qui alieno, de quo etiam Africanus in *d.l.cùm quis* 38.§.*de peculio inf. de solut.* vt intelligamus verum esse quod Bartolus ad hunc locum notat, indebitum considerari non tantùm ex parte recipientis, sed etiam ex parte soluentis. Nec tamen probare possum quod addit idem Bartolus in dubio videri bonæ fidei possessorem hereditatis soluisse hereditario nomine potius quàm proprio, puto enim suo potius soluisse videri *leg.& magis* 4.*infr. de solut.leg.indebitam* 47.*infr. hoc tit.l.si filius de in rem verf.l.Papinianus* 28.*mandat.* cùm se solum debitorem esse arbitretur: quod diuersum est in casibus quos in contrarium Bartolus post Guillielmum congerit ex *l.1.inf.de instit.act.l.cùm post mortem* 43.*de admin. tutor.l.pro herede* 20.§.1.*de acq.hered.* licèt enim vna tantùm hîc obligatio sit, eáque hereditaria, bona fides tamen possessoris facit hoc casu vt plus esse debeat in opinione quàm in veritate, siue quòd bona fides tantum possidenti præstare debeat quantum veritas, vbi lex impedimento non est, vt habet iuris regula *l.bona fides* 136.*de regul. iur.* siue quòd is qui se heredem vel bonorum possessorem, quamuis falsò, existimat, suam obligationem ab hereditaria non distinguat: quasi hereditaria per aditionem hereditatis extincta & sola sua manente, de quo tamen vide quæ scripsi ad *d.l.si quid possessor.*

2 ¶ Si falsò existimans debere, tibi nummos soluero, qui pro parte alieni, pro parte mei fuerunt: eius summæ partem dimidiam, non corporum, condicam.

Ad §.2.Si falsò.

RAT. DVB. Qui pro ea pecunia, quam putat se debere, soluit nummos communes, id est, partim suos, partim alienos, cùm sit dominus eius partis quam in nummis illis habet, eius alienandæ ius vtique & potestatem habet *l.si socius* 16.*supr. de reb.cred.* Ergo pro ea parte nummos illos & corpora eorum singula potest condicere, non etiam dimidiam partem quantitatis, cùm omnis condictio præsupponat alienationem & translationem dominij, nullius autem corporis partem alienare soluens potuerit, quæ socij fuit *d.l.si socius.* DEC. In nummis non tam corpora ipsa quæ soluuntur, consideramus, quàm ipsam quantitatem quæ ex iis efficitur *l.si is cui* 94. *verf.sin autem communes infr.de solut.* quantitas autem illa in iure consistit non in corpore, adeò vt nummi ob eam causam separẽtur à rebus corporalibus, quasi non sint & ipsi corporales *l.qui heredis* 46.*infr. hoc tit.* Ergo qui cùm se falsò debere putaret, soluit nummos communes eius summæ, potest & debet dimidiam partem condicere non singulorum cõrporum, etiamsi singula corpora communia fuerint *l.nam etsi fur* 13.§.*vlt.supr.de reb.credit.* dimidiam partem, inquam, respectu numeri, puta qui nque ex decẽ, non vna quinque magis quàm alia, vt Bartolus benè interpretatur, addens intelligendum hoc esse de condictione proprietatis & dominij nõ possessionis: possessionem enim condici posse etiam alterius partis, quæ fuit aliena ex *leg.indebiti* 15.§.*sed si nummi supr.* nisi secuta esset consumptio: quo casu totum condici posset, & quidem ratione etiam dominij, quasi conciliato indebito per consumptionẽ *d.§.sed si nummi*, sicut & mutuum eodem modo conciliaretur *d.l.nam & si fur* 13.§.*vlt.* vbi diximus *supra de reb. credit.* nisi rursum consumens esset dominus partis, inquit Bartolus, quia tunc consumptione mutuum non conciliaretur. Quòd si non sit secuta consumptio, fieri tamen aliquo casu potest, vt totũ condicendum sit, puta si nummi non ab initio fuerint communes & commixti, sed ex postfacto & ex interuallo secuta cõmixtio proponatur, vt in *l.si alieni* 78.*inf.de solut.* Commixtio enim consumptioni æquiparatur quantũ ad amittendũ dominiũ quod ante immixtionẽ competebat *d.l.si alieni l.1.§.praterea infr.de separat.l.3.§.vlt.& l.5.in princ. supr. de rei vind. leg.vsufructuarium* 62.§.*si viuario supr.de vsufr.*

3 ¶ Si putem me Stichum aut Pamphilum debere, cùm Stichum debeam, & Pamphilum soluam: repetam, quasi indebitum solutum. nec enim pro eo, quod debeo, videor id soluisse.

Ad §.3.Si putem.

RAT.DVB. Etiam aliud pro alio volenti creditori solui potest, quamuis non inuito *l.2.§.1.supr.de reb. cred.l.si non sortem* 26.§.*si centum infr.hoc tit.l.manifesti* 17.*l.si operas* 20.*C.de solut.* Ergo si putem me Stichum aut Pamphilum debere, cùm Stichum solum debeam, & Pamphilum soluam, repetere quasi indebitum non possum. DEC. Qui se putat Stichum aut Pamphilum sub disiũctione, & alternatione debere, si Pamphilum soluat, non potest videri animum habere soluendi aliud pro alio, cùm Pamphilum ipsum debere se arbitretur, nec igitur potest videri debitum soluisse, licèt creditor eo animo acceperit quasi aliud pro alio solutũ, concurrat. n. necesse est animus & affectio soluentis cũ animo & adfectione recipientis *l.in omnibus rebus* 55.*inf.de oblig. & actio.* Ergo condictionem indebiti hoc casu cõpetere fatendum est. Planè si volens debitor volenti creditori aliud pro alio soluisset, non idem probandum esset, quia nec ex parte debitoris causa vlla esset, cur inuito creditore repetitio ei dari deberet, vt benè hîc Bartol.notat, cũ per eiusmodi solutionẽ debitor sibi liberationem quæsiuerit, solutio autem quæ liberationem parit, nũquam possit parere condictionẽ *d.§.si centum l.cùm is* 32.§.1.*inf.hoc titul.* Quid verò, si quis cùm re vera Stichum aut Pamphilum deberet, & Stichũ solum debere se putaret, Stichũ soluerit? Nõ repetet, quia debitũ non indebitũ soluit, tam.n. verè Stichum, quàm Pamphilum debuit, & cùm duæ res alternatiuè & diiunctim debẽtur, vtraque in obligatione est, quamuis ita vt alterutra duntaxat præstari necesse sit *l.si is cui* 18.*de legat.2.l. Stichum aut Pamphilum* 5.*in princ.de solut.* Et ita benè post Ioannem Accursius.

4 ¶ Si

4 ¶ Si duo rei, qui decem debebant, viginti pariter soluerint: Celsus ait, singulos quina repetituros: quia cùm decem deberent, viginti soluissent: & quod amplius ambo soluerint, ambo repetere possunt.

Ad §. vlt. Si duo rei.

RAT. DVB. Quod debent duo correi debendi, si ab vno ex ipsis solutum sit, siue communi siue etiam proprio nomine, alium liberat, quoniam vna tantum obligatio est, quæ proinde vnica solutione tollitur *l.2.& 3.& pass.inf.De duob. reis.* Ergo fieri non potest, vt quod posteriore loco solutum fuit, non sit indebitum, nec proinde vt condictio indebiti non competat ei soli qui posterior soluit, nō etiam illi qui prior, cùm is verè debitum soluerit *l.cùm duo* 25. vbi hoc ipsum disertè scriptum est *inf. hoc tit.*

DEC. Multum refert, an correi duo soluant ex ordine temporis, id est, vnus post alium, an simul ambo & pariter, vt Vlpianus hîc loquitur, id est, ita vt discerni non possit, quis prior, & quis posterior soluerit, quomodo Accursius bene explicat. Priore casu id obtinet quod scriptum est in *dict. l. cùm duo.* posteriore verò quod in hac lege, quia cum nesciri possit, quis prior soluerit, aut quis posterior, non potest dici, quis eorum debitum soluerit, & quis indebitum: & tamen constat soluta fuisse decem indebita, cùm soluta fuerint viginti, nec nisi decem tantùm deberentur. Ergo cùm decem condici possint, dicendum est, singulos, qui dena soluerunt, posse quina condicere: etsi enim singuli dena debuerunt, vno tamen soluente, omnium obligatio tollitur, quæ vna tantùm fuit, vt diximus, vt proinde negari non possit solutum fuisse indebitum, & consequenter condictioni locum esse debere, ne alioqui ex alterutrius, aut potius ex vtriusque iactura creditor locupletetur. Quod igitur amplius quàm deberetur, ambo soluerunt, ambo repetere possunt, vt hîc Vlpianus ex Celso scribit.

20. IVLIANVS libro 16. Digestorum.

SI reus & fideiussor soluerint pariter: in hac causa non differunt à duobus reis promittendi. quare omnia, quæ de his dicta sunt, & ad hos transferre licebit.

Ad l. Si reus 20.

RAT. DVB. Multum distat obligatio fideiussoris ab obligatione correi debendi: quia plurium correorum debendi vna tantùm obligatio est, eáq; in personis singulorum æquè principalis *l.2.l.3.§.1. De duobus reis.* At rei & fideiussoris duæ obligationes sunt principalis vna, altera verò, quæ fideiussoris est, accessoria: licèt vna tantùm sit summa, quæ ab vtroque debetur. Ergo si reus & fideiussor pariter soluerint, dicendum est, dandā esse reo condictionem non fideiussori, cùm & prior soluere reus debuerit id quod ipse proprio nomine debuit, & fideiussor, qui & ipse soluit, regressum aduersus eum habiturus sit siue mandati actione siue negotiorum gestorum *l. ex mandato* 20. *§.1. infr. mandat.* vt proinde duplicis solutionis incōmodo futurus sit reus obnoxius, si non ei omnimodo detur condictio indebiti potius quàm fideiussori: quod in duob. correis debendi diuersum est, quorū alter si soluerit, nullū aduersus eum habere potest regressum, nisi cessæ sint ei à creditore actiones *l. rem hereditariam 65. inf. De euict. l. si in rem* 12. *Cod. si cert. petat.* nec proinde videtur magnum damnum passurus fideiussor, etiāsi non detur ei condictio, cum à principali debitore indemnitatem plenissimam sit consecuturus. DEC. Nemo ideò magis obligatur, quòd ab alio sit repetiturus postea quod soluerit *l. nemo ideo 171. De reg. iur.* Proinde cùm reus & fideiussor pariter soluerūt summā debitam, id est, ita vt nesciri possit, quis eorum prior aut posterior soluerit, non eo minus videri debet fideiussor indebitum soluisse, quod à reo possit repetere. Fatendum enim est solutum fuisse indebitum tam à fideiussore quàm à reo, & consequenter vtriq; condictionem paris summæ dādam esse: quomodo in duobus correis debendi diximus in lege præcedente. nam in cæteris quidem causis differt fideiussor à correo debendi, sed in hac causa vt Iulianus hîc scribit, nihil differt, ne quidem iure nouo inspecto, quod Iustinianus induxit, vt reus ante fideiussorem conueniri debeat *Nouell. 4. De fideiuss. Authent. præsente Cod. eod.* non enim prohibuit Iustinianus, ne possit fideiussor prior soluere, si liberare se citius velit, sed tantùm, ne prior cogi & vrgeri ad solutionem possit. Itaq; tametsi ex ea constitutione inferre quis vellet, in dubio præsumendum esse fideiussorem posteriorē soluisse, quia reus prior soluere debuit, retenta tamen ea facti specie, quam Iulianus hîc proponit de reo & fideiussore qui pariter eodémque tempore soluerint, nullus aut dubitationi, aut præsumptioni locus relinquitur, vter prior soluerit. itaque manet hæc lex incorrecta non tantùm eo casu, quo fideiussor beneficio Iustinianeæ constitutionis renuntiauerit, vt putat Bartolus, sed etiamsi non renuntiauerit: in eóque Accursius & Bartolus, meo iudicio, errauerunt. Simile aliquid est in *l. sed & si quis 24. §.1. supr. De vsufr.* vbi vide quæ scripsimus.

21. PAVLVS libro 3. Quæstionum.

PLanè si duos reos non eiusdem pecuniæ, sed alterius obligationis constituēris, vt puta Stichi aut Pamphili, & pariter duos datos, aut togam vel denaria mille: non idem dici poterit in repetitione, vt partes repetant: quia nec soluere ab initio sic poterant. igitur hoc casu electio est creditoris, cui velit soluere: vt alterius repetitio impediatur.

BIU Cujas

Ad l. Planè si duos 21.

RAT. DVB. Cùm duo constituti sunt rei debendi non eiusdem pecuniæ, vt in superioribus legibus, sed alterutrius [sic enim legendum puto, non vt vulgò alterius] obligationis, id est alternatiuæ & disiunctiuæ, vt puta Stichi aut Pamphili, æquè vna & eadem obligatio est singulorum correorum, ac si eiusdem pecuniæ correi essent, nisi quod quandiu vtraque res extat, non potest alterutra peti absolutè ne debitori electio auferatur *l. 2. §. Scæuola infr. de eo quod cert. loc. l. plerunque* 10. *§. vlt. De iur. dot. l. Stichum aut Pamphilum* 95. *in princ. De solut.* Ergo si pariter soluerint vnus Stichum, alius Pamphilũ, nec sciri possit, quis prior soluerit, perinde dicendum est posse eum qui Stichum soluit, repetere partem Stichi, & eum qui soluit Pamphilum repetere posse partem Pamphili, atque si dena singuli soluissent, posset eorum quisque dena repetere: nam & qui Stichũ debet, parte Stichi soluta liberatur pro ea parte, & in reliquam duntaxat partem tenetur *l. stipulatus sum* 9. *§. 1. infr. de solut.* Cur non ergo partem Stichi si indebitè soluta sit, condicere poterit? DEC. Condictio indebiti soluti eodem modo danda est, quo & solutio fieri potuit: quemadmodum enim nõ aliud per hanc condictionem repetitur, quàm quod solutum fuit, ita nec alio modo, quàm quo vel solutum fuit, vel saltem solui potuit. At qui correi debitores Stichi, vel Pamphili non potuerunt inuito creditore partem Stichi soluere, & partem Pamphili, atque ita consequi liberationem, quamuis si creditor partem Stichi accipere velit, sequatur liberatio *d. l. 9. §. 1. l. 2. §. 1. De verb. oblig.* Ergo nec Stichi partem condicere potest is, qui Stichum soluit, nec Pamphili partem is, qui Pamphilum: alioqui ille parte Stichi, hic partem Pãphili soluisse videretur: quod enim ex soluto non condicitur, solutum remanet penes creditorẽ, ac si nunc primùm solueretur. Igitur vel totus Stichus condicendus est, vel totus Pamphilus, sicut ab initio, vel totus Stichus, vel totus Pamphilus solui debuisset. At qui non alius Stichum potest condicere quàm qui Stichum soluit, nec alius Pamphilum, quàm qui eum soluit. Ergo creditoris qui vtrumq; accepit, sed alterutrum indebitè, electio est, vtri malit condictionem dari: nam si retinere Stichum malit, ei competet repetitio qui soluit Pamphilum, si verò Pamphilum habere malit, condictionem Stichi habebit is, qui Stichum soluit: nec enim exspectandum est, vt qui soluerunt consentiant, cũ proculdubio electurus sit quilibet condictionem eius hominis quẽ soluerit, ille Stichi, hic Pamphili. Præterquàm quòd ex iuris regula, in alternatiuis electio est debitoris *d. l. plerunq. 10. in fi. De iur. dot. d. l. 2. §. Scæuola de eo quod cert. loc.* is autem qui & Stichum & Pãphilum accepit, cùm ei alteruter dũtaxat deberetur, factus est ex creditore debitor, ex causa condictionis & quidem alternatiuus, cùm incipiat debere aut Stichũ, aut Pamphilũ. Quæ ratio mouisse olim Vlpianũ & Celsum videtur, vt in huiusmodi quæstione darent electionẽ creditori, qui solutionem accepisset, non debitori qui soluisset, cõtra quos tamen Iulianus & Papinianus putarunt, imò verò dandam esse electionem creditori, qui ab initio etiam dandi habuisset. Quam sententiam Iustinianus noster tãquam verioré præualere voluit in *l. pen. C. hoc tit.* Vlpiani tamen & Celsi sententia extat adhuc in *l. si non sortem 26. §. pen. in fi. infr.* sicut & sententiæ Iuliani vestigium quoddam extat in *l. cùm is 32. in princ. infr.* Videtur autem Paulus in hac lege Papiniani & Iuliani sentẽtiam magis probare, cũ ait in hoc casu electionem esse creditoris, cui velit soluere, id est, indebitum reddere, vt alterius repetitio impediatur, sic innuens, non ergo in alio casu idem esse, sed debitori potiùs electionẽ dari oportere. Cur verò potiùs in hoc casu? Nẽpe quia plures soluerant, & tamen alteruter solus indebitum, sed ita, vt nesciri posset vter ille esset, nec proinde vtri electio dari deberet, an ei qui Stichũ soluisset, an ei qui Pamphilum. Necessariò igitur danda est creditori cui malit reddere. Cõsequenter dicendum est manere hanc legẽ etiã hodie incorrectã, nec ad eam speciem quæ hîc tractatur, Iustiniani constitutionem illam pertinere, quod & Cuiacius sentit *lib. 8. Obseruat. cap. 35.*

22. POMPONIVS libro 22. ad Sabinum.

SEd & si me putem tibi aut Titio promisisse: cùm aut neutrum factum sit, aut Titij persona in stipulatione comprehensa non sit, & Titio soluero: repetere à Titio potero.

Ad l. Sed & si me putem 22.

RAT. DVB. Cùm existimãs me tibi aut Titio promisisse solui Titio, si quidem neutrũ eorum factum sit, id est, si neque tibi, neq; Titio promiseram, non habet res dubitationem, quin condicere Titio possim quod ei solui per errorem, quia omnino indebitũ est, quod neque tibi, neque Titio debui: sed si verum fuit, me tibi promisisse, putaui autem personam Titij in stipulatione comprehensam esse, quasi adiecto eo solutionis gratia, & ei solui, quamuis verum sit personam eius in stipulatione cõprehensam non esse, non tamen videtur eo magis danda mihi aduersus Titium condictio, cùm non eo minùs verum sit debitam esse tibi pecuniam, quam quasi adiecto solui, quia etsi persona eius in stipulatione comprehensa esset, non quidem obligationis gratia quod fieri non potuit, cùm alij stipulari nemo possit, sed solutionis, perinde verum est, nihil Titio deberi, sed tibi soli totũ *l. eum qui 56. §. qui sibi l. Iulianus* 131. *§. 1. infr. de verb. oblig.* Quod ergo Titij personain stipulatione comprehensa non est, facere nõ debet, vt mihi facilius indebiti condictio dari debeat, qui nihil Titio deberem, etiamsi personã eius in stipulatione comprehendissem, quo tamen casu nemo diceret dandã esse mihi aduersus eum condictionem, quia quod sibi à me debitum esset, rectè Titio solutum fuisset, perinde acsi Titio debuissem, non tibi, aut ac si duo credendi correi fuissetis *§. si quis alij instit. De inutil. stipulat.* DEC. Multùm refert, an persona Titij in stipulatione, per quam tibi promisi, comprehensa sit, quamuis solutionis tantùm causa, non obligationis, an non: etsi enim vtroque casu verum est nihil Titio deberi, priore tamen verum est Titio rectè solui, tanquam adiecto, & ex ea solutione liberationem mihi perinde contingere contra te atque si tibi soluissem, quia solutio in extraneam quoque personam conferri iure potest *d. § si quis alij l. vero procuratori 12. §. penult. l. aliud est* 106. *De solut.*

Poste-

BIU Cujas

Posteriore verò casu non potest solui Titio, vt ex ea solutione liberatio contingat, cùm Titij persona nullomodo in stipulatione comprehensa sit. Ergo priore casu solutio cùm pariat liberationem, non potest parere condictionem, posteriore autem solutio parit condictionem, quia non potest parere liberationem *l. si non sortem 26. §. si centum & §. si decem infr. hoc tit.* condicã. a. non tibi, licèt me tibi debere putauerim, & Titium tuæ obligationi adiectũ fuisse, sed Titio, quia non tibi, sed Titio solui *l. his solis 49. inf.* Atque hæc vera & germana huius loci sententia & ratio est, non quam Accursius & Bartolus comminiscuntur, quasi proprij facti ignorantiam prætendere liceat, cùm agitur de damno vitando, vt hîc & in *l. vlt. §. licentia Cod. de iur. delib.* non etiam cum de lucro captando, vt in *l. quanquam 7. infr. ad SC. Velleian.* de quo ne quidem per somnium Pomponius cogitauit. Quoties enim de condictione indebiti tractamus, errorẽ facti aliquem interuenisse supponimus, & quidem ex probabili aliqua causa, qualiscunque & vndecunque illa sit, quæ ex facti circumstantiis pendeat, aut etiam ex imprudentia, vt & in *l. prox. in princ. l. cùm is 32. & §. 7. inf. l. creditor §. vlt. infr. De solut.*

1 ¶ Cùm iter excipere deberem, fundum liberum per errorem tradidi. incerti condicam, vt iter mihi concedatur.

Ad §. 1. Cùm iter.

RAT. DVB. Si cùm in traditione fundi quem tibi retenta itineris seruitute vendidi, deberem iter excipere, fundum liberum, & nullo excepto itinere per errorem tibi tradiderim, nihil est quod indebitum videar tradidisse. Fundum enim tradidi, quem ex contractu vẽditionis tradere debui, iter verò nõ tradidi, quia neque potui habere seruitutem itineris in re mea, antequam traderem, neque tu iter illud habere post factam tibi traditionem, cùm nemini res sua seruiat *l. in re communi 26. de seruit. vrban. prad. supr. l. vtifrui 5. si vsusfr. pet.* Ergo non possum iter condicere condictione indebiti, multo minus incerti vt iter mihi restituatur, quomodo Pomponius hic loquitur, cum iter nunquam habuerim, & indebiti condictio incerti nulla sit, si Accursio & Bartolo credimus, quomodo ille post Ioannem locum hunc interpretatur de condictione sine causa ex *l. 3. infr. tit. prox.* hic verò de condictione incerti, quæ proprium ius & nomen habeat, ita vt cum nulla alia possit concurrere. DEC. Cùm ego tibi fundum liberum tradidi, quem retenta seruitute itineris tradere debueram, vetum est me tibi & debitum & indebitum aliquid tradidisse. Debitum, quatenus fundum tibi tradidi, quem ex causa venditionis tradere debui, indebitum verò, quia tradidi fundum liberum, quẽ itineris seruitute affectum tradere debueram. Itaque fundum condictione indebiti condicere nõ possum, quia sic fieret, vt condicerem debitum: at neq; rursum iter quod ego neq; tradidi, quia nunquam penes me fuit, nec à te possum repetere, qui nullum habes. Supereſt igitur, vt agere debeam cõtra te ad hoc, vt iter mihi restituatur, id est, vt seruitus itineris mihi constituatur, quam haberem, si retenta ea fundum tibi tradidissem. Potest enim seruitus constitui per retentionem & exceptionem, quæ fiat in ipsa rei propriæ traditione *l. in tradendũ 7. iunct. l. seq. supr. commun. prad. l. in traditionibus 48. supr. De pact. l. vlt. C. de pact. int. empt. & vendit.* etiam quæ inutilis futura sit constituenti *leg. ei fundo 19. de seruit. l. venditor 13. commun. prad.* quamuis alioquin inutiles sint seruitutes, quæ nec personæ vtiles esse possunt nec prædio *l. quoties 15. De seruit.* Denique cùm seruitutes & iura prędiorum nihil aliud sint, quàm ipsa prædia qualiter se habentia *l. quid aliud 86. De verb. sign.* consequens omnino est, vt qui fundũ liberum tradidit, quem seruum tradere potuit, aliquid certè plus debito soluerit, vt & in *l. qui ex ceptionem 40. §. si pars infr. hoc tit.* plus enim longè est fundum liberum habere quàm seruum, ideóque dicuntur seruitutes prædiorum augere ius fundi dominantis. minuere autem ius fundi seruientis *l. de pupillo 5 §. & belle Sextus Pedius infr. De oper. noui nunciat.* Atqui quod plus debito dedit, quamuis certè indebitũ sit, incertum tamen est, non solùm quòd iura omnia etiã rei certę incerta esse intelligantur, ne vsufructu quidem excepto *l. si fundi 12. supr. hoc tit. iunct. l. vbi autem 75. §. fũdi certi inf. De verb. oblig.* sed etiam, quia quicquid in faciendo aut non faciendo consistit, incertum esse intelligitur §. *qui id quod ead. leg.* Ergo condictionem hanc & indebiti esse necesse est, quia plus debito solutum fuit, & incerti, quia quod plus debito solutum est, incertum est, siue quòd in facto consistant, siue quòd omnes huiusmodi actiones, quæ dantur ad factum, non aliud persequantur, quàm id quod interest *l. quoties quis alium 81. eod. tit. l. si quis ab alio 13. in fi. De re iud.* quod semper incertam quantitatẽ cõtinet *l. si commissa 13. inf. Rat. rem haber. l. vlt. De prætor. stipul. l. vlt. supr. si quis minus vocat non ier. l. liber homo 118. §. vlt. De verb. oblig.* quamuis etiam per aliam actionẽ quam incerti possit peti restitutio seruitutis, puta per actionem ex vendito, vt in *l. si ei 10. supr. commun. prad. l. 2. C. de pact. int. empt. & vend.* Proinde falsum est, quod vulgo putant, condictionem indebiti semper esse certi, nũquam incerti: nam imò verò incerti est, quoties id quod indebitè solutũ fuit, incertum est, vt in *hoc §. & d. l. si qui exceptionem §. si pars infr. l. heres 5. in fin. & in l. si tibi liberum 8.* vbi eadẽ species proponitur *inf. de act. empt. l. quòd si nulla 60. de leg. 1. l. trib. 8. iunct. l. 4. §. 1. supr. de vsufr. ear. rer. quæ vsu consum.* certi. a. quoties certum petitur, licèt ex incerto contractu *l. certi cond. 9.* vbi latius scripsi *sup. de reb. cred.* Longéq; alia actio est, quæ ciuilis incerti aut in factum appellatur, de qua *in l. si dominus 8. & seq. leg. permisisti 16. & pass. de præscr. verb.* aut condictio furtiua incerti, de qua in *l. & ideo 12. §. vlt. inf. de cond. furt.* aut actio nõ ex stipulatione ad rem incertam, vt malè interdũ loquitur Bartol. sed ex stipulatu, quæ alia actio est *l. si quis certum 24. supr. De reb. cred. & Instit. De verb. oblig. in pr.* quas cum indebiti incerti condictione malè confudit hîc Bartolus, vt condictionem incerti nouam constituat, à condictione indebiti prorsus differentem, & commentitiæ suæ distinctionis, quam hic tã multis ex partibus componit, prætextum aliquem quærat, quasi verò non aliter possint cõciliari leges quas congerit, quàm si condictio indebiti incerti de libris nostris deleatur, cùm tamen nulla sit, quæ neget incerti condictionem & indebiti dandam esse si quod indebitè solutum est incertum fuerit. Deniq; non omnis condictio indebiti incerti est, neq; rursum omnis condictio incerti est etiam indebiti, sed sicuti condictio incerti est, quoties incertum cõdicitur, & condictio indebiti, quoties indebitum, ita & cõdictio incerti indebiti, quæ ex vtraq; cõficitur, quoties vtrũq; cõcurrit, vt & solutũ sit, & indebitũ sit & incertũ. cętera dixi ad *d. l. certi c. 9. su. de r. cr.*

BIU Cujas

23. VLPIANVS libro quadragensimotertio ad Sabinum.

ELeganter Pomponius quærit: si quis suspicetur transactionem factam vel ab eo, cui heres est, vel ab eo, cuius procurator est: & quasi ex transactione dederit, quæ facta non est: an locus sit repetitioni. & ait, repeti posse, ex falsa enim causa datum esse. Idem puto dicendum, & si transactio secuta non fuerit[a], propter quam datum est. Sed & si resoluta sit transactio[b], idem erit dicendum.

Ad l. Eleganter 23.

RAT. DVB. Aliud est dari quid ob transactionem, aliud verò dari ob causam *l. in summa 65. infr. hoc tit.* vbi hæc quasi diuersa separantur. Ergo si quis suspicans transactionem factam vel ab eo cuius heres est, vel ab eo cuius procuratorem se sciat, vel denique si voles etiam à seipso, vt in principio legis præced. & quasi ex transactione dederit, quæ tamen nulla sit, quamuis falsa, vel nulla dandi causa fuerit, dicendum est cessare condictionem indebiti, quandoquidem non eo minus verum est, datum esse ob transactionem, quæ adeò fauorabilis est, vt etiamsi lis nulla subsit, sed tantùm metus litis, dum ne quid per calumniam factum sit, inhibeatur repetitio *dict. l. in summa l. 2. Cod. de transact.* Proinde dicendum videtur in hac quoque specie non debere locum esse repetitioni. Nam etsi existimans me tibi debere tradam, cùm nihil deberem, placet vsucapionem sequi posse, dummodo & tu putes debitum esse *l. si existimans 48. de vsucap. aliàs l. penult. pro soluto.* quasi sufficiente sola opinione tituli, quod & in aliis omnibus vsucapiendi causis plerique veteres crediderunt, quos etsi Vlpianus post Celsum refellit in *l. Celsus 27. eod. tit. de vsucap.* fatendum tamen est, in aliis plerisque iuris partibus magis inspiciendum esse, quod in opinione est, quàm quod in veritate, vt in *l. is qui putat 15. & seqq. l. in repudianda 23. leg. cùm falsum 46. de acquir. vel amitt. hered.* DEC. Quod ex falsa causa solutum est, repeti quandocunque potest, tanquam indebitum & condictione indebiti: falsa enim causa nulla est, in quo differt à turpi, vel iniusta causa, de qua in *tit. præcedente*, nec tamen parit condictionem sine causa, quia causæ prætextum aliquem, & nomen habet. Ideóque habet illa condictio sine causa proprium titulum, qui hunc sequitur, at de condictione ob falsam causam titulus alius nullus est, quàm hic de condictione indebiti. Atquin id quod quasi ex causa transactionis debitum solutum est, cùm transactio nulla præcesserit, ex falsa causa proculdubio solutum est, vt Vlpianus ex Pomponio hîc scribit. Ergo repeti per indebiti condictionem potest, tanquam solutum ab eo qui se putabat ex ea causa debere: hoc enim necessario addendum est, quia si causa falsa ex qua solutum est talis sit, quæ mouere non potuerit soluentem, vt se aliquid debere putaret, non ideò locus est repetitioni, quamuis causa falsa sit, *l. damus 52. infrà hoc tit.* Idem igitur est, si quis quasi ex compromisso condemnatus falso, ac per errorem soluerit, nam & is repetere potest *leg. si non sortem 26. §. si quis quasi infrà.* quia & compromissum transactionis species quædam, aut saltem initium quoddam est.

a *Idem puto dicendum, etsi transactio secuta non fuerit.* RAT. DVB. Cùm aliquid datum est ob causam quæ secuta non est, locus fit condictioni ob causam dati causa non secuta, de qua diximus *tit. 4. supr.* Non ergo condictioni indebiti, de qua dictum est in specie præcedente. DEC. Quod datur spe futuræ transactionis non tam ob causam dari intelligitur, quàm ob rem aliquam: causa enim confertur in tempus præteritum, res autem in futurum *d. l. damus infr. l. si ita legatum 12. infr. de condict. & demonstr.* vbi non absimilis inter causam & pœnam differentia constituitur, re autem non secuta, ob quam aliquid datum est, competit specialior illa condictio, de qua *d. tit. 4. supr. d. l. in summa 65. infr. hoc tit.* In eóque differt hic casus à superiore, in quo proponitur datum, quasi ex causa transactionis iam factæ, quæ tamen nulla erat, conuenit autem in eo, quod vtroque casu locus est repetitioni, licèt alia, & alia ratione, vt notat Accursius, itémque alia, atque alia specie condictionis: non enim de sola condictione indebiti agitur in hoc *Tit.* sed de qualibet repetitione, vt constat ex *d. ct. l. damus, & dict. l. in summa*, & aliis quàm plurimis. Condictionis nomẽ latius est quàm repetitionis, cùm eo nomine significentur actiones personales omnes, quibus intendimus dari quid nobis oportere *§. appellamus Instit. de action.* Sed repetitionis nomen, quo hîc Vlpianus vtitur, vicissim latius est quàm condictionis indebiti. Condictiones enim omnes, de quibus in duobus titulis superioribus actum est, & agetur *in seq.* repetitiones sunt, sed condictiones indebiti non sunt.

b *Sed etsi resoluta sit transactio.* RAT. DVB. Etiamsi resoluta sit transactio, non eo minus tamen verum est, factam eam fuisse: quod enim factum est pro infecto haberi non potest *leg. in bello 12. §. facti autem res infrà de captiu. & postlim. leg. denique 19. suprà ex quibus caus. maior.* Ergo si quid ex eiusmodi transactione resoluta solutum sit, non potest videri solutum ex causa, vel nulla, vel falsa, vel quæ non sit secuta, vt in duobus casibus proximè præcedentibus. DEC. Resoluta transactio, siue vi & potestate conuentionis alicuius in transactione ipsa appositæ, siue ex noua & posteriore partium conuentione, vt in *l. si diuersa 14. Cod. de transact.* perinde habetur, ac si facta nunquam fuisset. Quod & in contractibus aliis omnibus euenit, qui ipso iure resoluti sunt, & legitimè, id est, iis ipsis modis quibus celebrati fuerant, *l. ab emptione 58. suprà de pact. leg. 1. & 2. Cod. quand. lic. ab empt. disced. l. voluntate 10. in princip. & §. 1. infr. Quib. mod pign. v. l hypoth. soluit. l. 2. l. 4. §. sed & Marcellus infr. de in diem addict. l. 1. 2. & pass. de leg. commiss.* Perinde igitur repeti potest, quod ex resoluta venditione solutum fuit, atque si vel nulla transactio præcessisset, vel nulla subsecuta esset, nisi quod hoc casu locus est condictioni indebiti. Sic & in condictione sine causa dicimus, siue ab initio sine causa promissum est, sine causa promittendi fuit, quæ tamen vel finita fuerit, vel secuta non

BIU Cujas

non sit locum esse condictioni sine causa *l. 1. §. si ab initio & l. nihil refert 4. infr. tit. proxim.* Aliud tamen est finitam esse causam, aliud verò resolutam esse trãsactionem: non enim finitur causa cùm contractus resoluitur, sed redit ad non causam: itaque non cõdictioni sine causa locus esse hoc casu potest, sed condictioni indebiti, quamquam si quis vellet; etiam condictionem sine causa hoc casu dare, non valde repugnarem *d. l. 1. §. vlt. De cond. sine caus.* est enim generalis condictio sine causa, quæ proinde non minùs quàm condictio certi, cum condictione indebiti potest concurrere: quod enim sine causa solutum est, non potest non esse indebitum, vt dicemus ad *d. l. 1. infr. tit. prox.*

1 ¶ Si post rem iudicatam quis transegerit, & soluerit: repetere poterit idcirco, quia placuit, transactionem nullius esse momenti. hoc enim Imperator Antoninus cum Diuo patre suo rescripsit. retineri tamen, atque compensari [a], in causam iudicati, quod ob talem transactionem solutum est, potest. quid ergo, si appellatum sit, vel hoc ipsum incertum sit, an iudicatum sit, vel an sententia valeat? magis est, vt transactio vires habeat. tunc enim rescriptis locum esse credendum est, cùm de sententia indubitata, quæ nullo remedio attentari potest, transigitur.

Ad §. 1. Si post rem.

RAT. DVB. Patum est rem esse iudicatam quousque mandata sit executioni sententia vigor enim sententiæ totus in executione consistit *l. si longis 7. C. de execut. rei iudic. l. à Diuo Pio 15. in princ. infr. de re iudic.* executionis autem euentus dubius esse potest, & plerunque est *l. quod debetur 51. infr. de pecul.* quod sufficit, vt transactio fieri rectè possit cùm & solus metus litis sufficiat *l. 2. C. de transact.* Est enim semper satis iusta causa transactionis, quotics aut à lite, aut à metu litis discceditur, *l. in summa 65. infr. hoc tit.* DEC. Transactio non potest fieri, nisi de re dubia alioquinulla est, *l. 1. supr. de transact.* Atqui post rem iudicatam nihil dubij supereſt, quia res iudicata finem liti & controuersiæ imponit, *l. 1. infr. de re iudic. l. singulis 6. infr. de except. rei iudic.* cùm res iudicata pro veritate habeatur, *l. ingenium 25. supr. de stat. homin. l. res iudicata 206. de reg. iur.* Ergo post rem iudicatam, facta transactio nullius est momenti, & ita benè Imperatoribus placuit. Sed hoc intellige de re iudicata quæ certa sit, & indubitata, & quæ nullo remedio attentari possit, vt sequitur in fine huius §. Nam si in certum sit, an iudicatum sit, quia fortè negetur [sola enim negatio facit rem dubiam *l. vlt. Cod. quib. ad libert. proclam. non licet*] aut an sententia valeat, licèt nondum appellatum sit, nec appellari adhuc possit [non enim appellari iure potest, antequam constet & iudicatum esse & sententiam tenere] magis est, vt transactio vires habere debeat, multo magis si vel appellatio intercesserit, vel appellari adhuc possit, *l. & post rem 7. supr. de transact.* quia nimirum his omnibus casibus lis adhuc subesse potest, inquit Vlpianus in *l. post rem iudicatam 11. eod. tit.* quamuis res iudicata dicatur etiam à qua appellatum est, aut appellari potest, vt benè hîc post Azonem disputat Accursius, probátque ex hoc loco & ex eo quod appellatio dicitur extinguere iudicatum *l. furti 6. §. 1. sup. de his qui notant. infam. l. 1. §. vlt. infr. ad SC. Turpill.* Proinde non aliud erit, tametsi à supremo Senatu iudicatum sit, quamuis ab eo appellari non possit, non magis quàm olim à Præfectis prætorio *l. vnic. supr. de offic. præf. prat.* nam & Senatusconsultorum authoritas si non per appellationem, aliis tamen remediis attentari potest, vt puta per ciuilem supplicationem, & erroris in facto propositionem quam *Restitutionem* vocant, *Auth. quæ supplicatio Cod. de precib. Imp. offer.* Extra hos casus, neque post Senatusconsultum, neque post rem à quolibet inferiore iudice iudicatam, facta transactio valere potest. Planè si dubius sit euentus executionis, ita vt in executione iudicati lis aliqua subsit, vel subesse adhuc possit, dubitari non oportet, quin etiam super executione possit transigi, & consequenter post rem quoque iudicatam, non enim de sententiæ executione tractari potest, nisi post latam sententiam *d. l. si longis d. l. à Diuo Pio in princ. & tot. tit. De execut. rei iudic.* Quid verò si res iudicata nouata sit per stipulationem Aquilianam, & in eam transfusa? nec enim dubitatur quin Aquiliana stipulatio nouet obligationes & actiones omnes *l. cùm Aquiliana 5. & præced. supr. de transact. l. & vno 13. §. 1. infr. de acceptil. §. præterea Instit. quib. mod. toll. oblig.* Et certi iuris est interposita post iudicatum Aquiliana stipulatione, posse transigi, at non de re iudicata, quæ iam nulla est, tanquam per nouationem perempta, sed de stipulatione aut potiùs de lite, quæ ex stipulatione nasci potest: stipulatio enim initium est litis, cuius res iudicata finis est *l. minor 40. §. 1. sup. de minor.* sed hoc intellige cum Bartolo, si modò Aquiliana illa stipulatio interposita sit verè non fictè, *l. 4. §. si ex conuentione infr. de re iudic.* Et ita benè illi intelligunt quod scriptum est *in leg. si causa 32. Cod. de transact.* non quomodo nonnulli putant, quos refert & refellit Accursius, quasi de re iudicata transigi possit per Aquilianam stipulationem, quod certè falsum est. Adde, esse hoc ita quoque intelligendum, si non per calumniam super stipulatione certa & indubitata transigatur, *l. in summa 65. infr. hoc tit.*

a *Retineri tamen atque compensari.* RAT. DVB. Actus non possunt, nec debent operari vltra intentionem agentium *vulg. l. non omnis 19. iunct. l. præced. supr. de reb. credit.* Atqui pecunia quę tanquam ex causa transactionis data est, non ideo data fuit, vt in causam iudicati cõuerteretur, sed vt obligatio, quam ex transactione post rem iudicatam interposita natam putabat is qui soluit, dissolueretur. Non ergo in causam iudicati retineri aut compẽsari potest. DEC. Res iudicata cùm pariat actionem siue in factum, siue iudicati eam velis dicere, *leg. actori 8. Cod. de reb. credit.* ita & multo magis parit retentionem ex *reg. l. 1. infr. de pignor. l. 1. §. is autem infr. de superfi.* quamuis obligationem naturalem non magis possit in-

BIU Cujas

ducere quàm tollere, sed ciuilem tantùm *l. Iulianus verũ debitorẽ 64. infr. hoc tit.* multo magis etiã compẽsationẽ quantitatis scilicet indebitè solutæ ex causa transactionis cũ ea, quæ ex iudicato debetur. sicut enim cõpensatio fieri potest etiã contra iudicatum, *l. cum militi 16. §. 1. infr. de cõpensat.* sicut & ex alia causa qualibet *l. vlt. C. eod.* ita & pro iudicato cuius causa omniũ ferè fauorabilissima est, propterea quòd res iudicata, vt diximus, pro veritate habetur, *d. l. res iudicata 206. de reg. iur. d. l. & post rem 7. §. 1. D. de transact.*

2 ¶ Item si ob transactionem alimentorum testamento relictorum datum sit: apparet posse repeti, quod datum est: quia transactio Senatusconsulto infirmatur.

Ad §. 2. Item si ob transactionem.

RAT. DVB. De qua cunque causa litigari potest, etiam transigi posse dicendum est: ne alioqui nulla supersit ratio discedendi à lite quod iniquum esset, cùm & iusta causa sit transigẽdi, si à lite discedatur, *l. in summa 65. infr.* & verecunda cogitatio sit eius qui lites execratur, *l. 4. §. 1. supr. de alien. iud. mut. caus. fact.* Atqui de alimentis etiam futuris litigari potest, perinde ac de præteritis, nec minùs si ex testamento, quàm si ex contractu debeantur: quid enim est tam certum & apertum, de quo litigari non possit? Quidni ergo transigi etiam poterit? Quòd si transigi potest, ergo etiam quod ex ea transactionis causa solutum erit, non repetetur, ne permittatur repetere volenti factum proprium impugnare contra *l. post mortem 25. supr. de adopt.* DEC. Oratio Diui Marci, de qua in *l. cùm hi 8. supr. de transf.* & Senatusconsultum ad eam factum [vt solebant fieri Senatusconsulta ad orationes Imperatorum in Senatu recitatas *l. 1. infr. de reb. eor. qui sub tutel.* quod Accursius noster ad hunc locum non intellexit] infirmat transactiones omnes de alimentis futuris factas ex testamento debitis, non ex contractu ob rationem positam in *d. l. cùm hi*, vbi diximus. Ergo cùm transactio non valeat, si quid ex ea solutum sit, repeti poterit tanquam indebitum, nec enim prohibetur quis contra proprium factum venire quoties factum illud à iure improbatum est, *cap. non præstat impedimentum de reg. iur. in 6.* nisi consulto & authoritatem præstante Prætore transactio facta sit: hoc enim oratio excepit, vt non deesset licentia transigendi, si materia & iusta causa subesset, *d. l. cùm hi de alimentis 8. C. eod. tit.* nihil porrò interest, an ex testamento alimenta futura, de quibus transactum est, debeantur, an ex codicillis, aut ex alia voluntate, dummodo vltima non etiam inter viuos, vt benè Accursius monet ex *d. l. cùm hi §. 1. & 2.* vbi etiam diuersitatis rationem attulimus. Cæterùm quod ex huiusmodi transactionis causa solutum est, licèt sit ex ea causa indebitum, retineri tamen poterit, & compensari ex causa alimentorum exemplo eius quod scriptum est *in §. prox. præced.*

3 ¶ Si quis post transactionem nihilominus condemnatus fuerit: dolo quidem id fit, sed tamen sententia valet: potuit autem is (si quidem ante litem contestatam transegerit[a]) volenti litem contestari opponere doli exceptionem. sed etsi post litem contestatam transactum est[b]: nihilominus poterit exceptione doli vti post secuti. dolo enim facit, qui contra transactionem expertus, amplius petit. & ideo condemnatus, repetere potest[c], quod ex causa transactionis dedit. sanè quid si ob causam dedit? neque repeti solet, quod ob causam datum est, causa secuta. sed hic non videtur causa secuta, cùm transactioni non stetur. Cùm igitur repetitio eius oritur, transactionis exceptio locum nõ habet. neque enim vtrumque debet locum habere & repetitio, & exceptio.

Ad §. 3. Si quis post transactionem.

RAT. DVB. Non potest ferri sententia & sequi condemnatio, nisi aliqua lis subsit, cùm sententia & res iudicata finem liti imponat per absolutionem aut condemnationem *l. 1. infr. de re iudic.* Atqui per transactionem à lite discedit *l. in summa 65. infr.* ideóque transactionis exceptio dicitur etiam litis finitæ *l. 2. supr. de iureiur. l. fratris tui 10. C. de transf.* Vnde est, quod opponi potest & debet ab initio litis, ad impediendum litis initium & progressum, vt in hoc ipso §. scriptum est. Ergo post transactionem interpositam non potest sequi condemnatio. DEC. Trãsactio si non facta sit interposita stipulatione aliqua, non tollit actionem ipso iure, sed tantùm per exceptionem, sicut & aliud pactum quodlibet: transactio enim nihil nisi pactum est, si stipulatio non interueniat, *l. cùm proponas 17. l. sub prætextu instrumentorum 19. l. siue apud acta 28. C. de transact.* Cùm ergo supersit actio, ex qua proinde agi potest, [cùm sine actione agere nemo possit, *l. si pupilli 6. §. vlt. supr. de neg. gest.*] consentaneum est, vt non impediat transactio, quominùs super ea actione iudicari possit, & is qui pecuniam ex causa transactionis aliquid dedit, condemnari, & consequenter sententia valeat ipso iure, quamuis non careat dolo is, qui post trãsactionem per quam à lite discessit, nihilominùs litem persequitur contra proprij facti conscientiam, & ita extorquet condemnationem. Nemo enim ob id solùm condemnatur aut summouetur, quòd sit in dolo, sed quòd opposita ei sit exceptio vel replicatio doli. Sic fit, vt in executione iudicari possit is qui transegit, obiicere doli exceptionem contra victorem, ne ex dolo suo lucrum actor sentiat, si malit condemnatus effugere iudicati executionẽ, quã repetere quod ex causa transactionis dedit, cũ etiã rei iudicatę doli exceptio possit obiici *l. 4. §. Labeo ait infr. de*

BIU Cujas

infr. de except. rei iudic. Planè non eo minus tenet sententia, quòd dolo malo actoris aliquid factum sit, cùm etsi per sordes aut per errores, alitérve per iniuriam iudicis lata esset sententia, nihilominus valeret, adeóque executioni mandanda eo casu esset, propter rerum iudicatarum authoritatem *l. seruo 65. §. cùm prætor infr. ad SC. Treb.* Mirorverò Accursium hîc notare, iniquitatem tolerari aliquando: quasi verò hîc toleretur, vt & in *l. relegatorum 7. §. ad tempus infr. de interd. & releg. l. nam posteaquam 9. §. si damnetur supr. de iureiur. l. 1. Cod. de plur. petit.* ex eo scilicet quod Vlpianus ait, dolo quidem fieri, si post transactionem quis condemnatus sit, sed tamen sententiam valere: non enim toleratur iniquitas, quæ per doli exceptionem corrigitur, data etiam repetitione cõdemnato si soluerit ex causa transactionis ante cõdemnationem, vt subiicitur in hoc §. Ita enim fit, vt actor qui contra transactionem expertus obtinuit, alterutro lucro priuetur necessario aut transactionis, aut rei iudicatæ.

a *Potuit autem is (siquidem ante litem contestatam transegerit.)* RAT. DVB. Non alius potest repeti exceptione doli quàm qui in dolo est, in dolo autem non est, qui iure suo vtitur *leg. si duorum 52. infr. de action. empt.* Atqui iure suo vtitur is, qui agit, etiam post transactionem, cùm actio subsistat nec per transactionem perempta sit ipso iure, vt suprà diximus. Ergo non potest doli exceptio locum habere contra actorem, qui litem contestari vult etiamsi transegerit.

DEC. Doli exceptio tunc locum habet, cùm quis per occasionem iuris ciuilis cõtra naturalem æquitatem lucrum captat ex damno alieno *l. 1. infr. de doli mali except.* Atqui in proposita specie, is qui prætextu actionis sibi competentis ipso iure vult litem contestari cum eo cũ quo transegit, captat lucrũ ex damno aduersarij per occasionem iuris ciuilis, & quidẽ contra naturalem æquitatem, cùm veniat aduersus factum proprium, suámque conuentionem, quod nemini facere licet *l. post mortem 25. supr. de adopt.* Ergo doli exceptione repellendus est, ex quo nostri vulgò post Accursium & Bartolum inferunt, exceptionem transactionis impedire litis ingressum & processum, non minùs quàm exceptionem rei iudicatæ & iurisiurandi, quod in aliis exceptionib. peremptoriis secus est, ex *cap. exceptionis extr. de litis contest.* Quod etsi verum est, quoties contra pacti formam agitur, puta si adsit pactum expressum de non petendo, aut de non amplius agendo (exceptio siquidem transactionis nihil nisi exceptio pacti est, vt supra diximus) non tamen benè ex hoc §. probatur, in quo nõ de transactionis, sed de doli exceptione loquitur Vlp. quæ doli exceptio multum distat ab exceptione pacti, eíque subsidiaria est *l. & heredi 21. §. 1.* vbi diximus, *supr. de pact.* nec proinde locum habet, nisi cùm pacti & transactionis exceptio locũ habere non potest, puta si simpliciter transactum sit de negotio, non subiecto aliquo pacto de non petendo, aut de non amplius agendo. Illud planè verum est, ex transactione nasci exceptionem doli.

b *Sed si post litem contestatam transactum sit.* RAT. DVB. Per litis contestationem quasi contrahitur *l. 3. §. idem scribit inf. de pecul. l. delegare 11. l. aliam 29. de nouat.* Vnde est quod in omnibus ferè iuris partibus inspicitur tempus litis contestatæ *l. vinum 22.* vbi diximus, *supr. de reb. credit. l. 2. inf. de vsur.* Ergo nõ debet, nec potest transactio facta post litem contestatam nocere, & exceptionem doli parere. Illud enim maximè inspiciendum est, an dolus adfuerit tempore litis contestatæ *l. 2. §. circa infr. de doli mali except.*

DEC. Qui post litem contestatam transegit, licet nihil ab initio fecerit ex eo tempore quo litem cõtestabatur, nunc tamen dolo facit qui contra transactionem expertus amplius petit, nec eo minus dãda est doli exceptio post litem contestatam, cùm dolus post contestationem inducitur, nec enim potest doli exceptio esse ante dolum, & iudici pedaneo qui à prætore post litem contestatam datus est, omnium rerum officium incumbit, quæ in iudicio versantur, ac proinde quę pendente iudicio contingunt *l. Aediles 25. §. item sciendum est infr. de ædilit. edict.* Nihil igitur refert, vtrum ante an post litem contestatam fiat transactio, quam equidem constat etiam post litem contestatam, ac pendente iudicio fieri posse *l. si contra 8. C. de appellat. l. 1. §. qui autem supr. de calumniat.*

c *Et ideò condemnatus repetere potest.* RAT. DVB. statim ponitur in textu iis verbis *sanè quidem ob causam dedit.* Nam vt sequitur apud Vlpianum, quod ob causam datum est, non solet repeti causâ secutâ. Sed in proposito quod ex causa transactionis datum est, negare non possumus, quin ob causam datum sit, nec rursum quin secuta sit causa, cùm transactio sufficiens sit ad producendam exceptionem doli, vt modò diximus. Ergo quod ex huiusmodi transactionis causa solutum est, repeti non potest.

DEC. Non videtur causa secuta quoties transactioni non statur. Atqui cùm is qui transegit, nihilominus pergit litem persequi, perinde ac si non transegisset, adeóq; extorquet condemnationem, apparet nolle illum stare transactioni. Ergo quasi causa non secuta, dicendum est repeti posse, quod ex causa transactionis solutum fuit, nempe si is qui transegit, malit pati condemnationem, vt condicat quod dedit, quã obiicere doli exceptionem ad euitandam condemnationem, nec enim nisi valdè iniustè ac per iniuriam iudicis condemnari posset, opposita siue ante siue post litem contestatam doli exceptione, vt in *l. exceptione 67. infr. de fideiuss.* Porrò nulla condemnatione secuta repetitioni locus esse non potest, cùm transactione vires suas exerente per oppositam doli exceptionem, non possit videri non secuta causa trãsactionis ob quam datum fuit. Proinde is, qui transegit siue ante siue post litem contestatam, & ex causa transactionis aliquid dedit, eligere debet ante sententiam, an condemnari malit, & repetere q̃ dedit, an verò malit vti exceptione & stare trãsactioni, vt effugiat condẽnationem: non enim debet vtrumque habere & repetitionem & exceptionem, vt hîc Vlpianus subiicit, ficuti ex eodem actu solutionis non possunt condictio & liberatio contingere *l. si non sortem 26. §. si decem infr. hoc tit.* Quid verò si neque ante neque post litem contestatam is, qui ex causa transactionis soluit, doli exceptionem opposuerit, atque ita se condemnari passus sit? an in executione quoque iudicati saluam habebit electionem, vel opponendæ exceptionis doli, vel condicendæ solutionis? Videtur enim posse illi imputari, cur non citius eam exceptionem opposuerit, satísque videtur ei consultum, quòd pecuniæ, quam ex causa transactionis dedit, habeat repetitionem. Sed tamen cùm iniudicati quoque executione doli exceptio locum habere possit, vt initio huius §. diximus ex *leg. 4. §. Labeo ait, infr. de except. rei iudic.* magis est, vt adhuc ei salua sit electio: licèt enim sententia teneat, non t-

BIU Cujas

mẽ purgat exceptionem doli. Et generaliter ad impediendam executionem iudicati admittuntur exceptiones omnes, quæ non impugnant iudicatum *l. tamen si non* 11. vbi dicemus *infr. ad SC. Maced. l. Nesennius* 41. §. *vlt. infr. de re iudic.* Et quod contra scriptum videtur in *l. 2. C. sentent. resc. non poss.* ad eas exceptiones peremptorias spectat, quæ impugnant iudicatum, nec nisi per viam appellationis & in causa appellatoria proponi possunt. Illud tantùm ei qui transegit & soluit, prohibitum est, ne & exceptione & condictione simul vtatur: alterutro enim auxilio contentus esse debet *l. qui hominem* 34. §. *vlt. infr. de solut.* nisi cùm aliter actum est, inquit Accursius ex *l. pen. sup. de transact. & l. cùm proponas* 17. *C. eod. ill. tit.*

4 ¶ Si qua lex ab initio, dupli, vel quadrupli statuit actionem: dicendum est, solutum ex falsa eius causa, repeti posse.

Ad §. vlt. Si qua lex.

RAT. DVB. Pœnæ depensæ repeti non solent *leg. pœnæ* 42. *infr. hoc tit.* Ergo quod solutum est ex causa pœnalis alicuius actionis repeti non potest, multóque minus si ab initio pœnalis actio illa fuit: tanto magis enim pœnalis actio est, ad differentiam earum, quæ per inficiationem crescunt, nec proinde nisi ex postfacto pœnales fiunt, ex quibus tamen si quid solutum sit, constat repeti id non posse, tametsi ex falsa causa solutum sit *l. ea quæ* 4. *Cod. hoc tit.*

DEC. Non possunt dici pœnæ depensæ, quæ ex falsa causa quamuis pœnali solutæ sunt, crimen. n. aliquod subesse oportet, vt pœna dici possit *l. Gracchus* 4. *C. ad l. Iul. de adult.* Ergo si quid solutum sit ex causa pœnalis alicuius actionis, quæ dupli pœnam ab initio statuat, vt actio furti nec manifesti, vel tripli, vt vi bonorum raptorum, aut quadrupli, vt furti manifesti, & ea causa falsa inueniatur, dicendum est solutum repeti posse, quia omninò indebitum est. Causa verò falsa inuenitur, si nullum prorsus crimẽ admissum sit, puta si quis confessus sit, se furtum aut rapinam fecisse, cùm tamen neque furto subtractũ, neque vi raptum quicquam fuerit: nam si factum sit furtum vel rapina, licèt ab alio, quàm ab eo qui soluit, repetitio nulla esse potest, quia verum est eum qui accepit, suum recepisse ex *reg. l. repetitio* 44. *infr. hoc tit.* Est autem alia ratio eius, qui soluit ex falsa causa actionis merè ab initio pœnalis, & eius qui ex falsa causa actionis, quæ ex postfacto pœnalis fiat & per inficiationem crescat, nõ quia vani timoris æstimatio nulla sit, vt malè hîc ratiocinatur Accursius ex *l. si quis ab alio* 13. *infrà de re iudic.* sed vt melius idem ille ad *d. l. ea quæ*, quoniam is qui soluit indebitum ex falsa causa eius actionis, quæ possit per inficiationem crescere, videtur eo veluti precio decidere & transigere de periculo actionis, quasi malens damnum hoc quantumuis indebitum incurrere quàm periculum præstandi fortasse propter inficiationem dupli *arg. leg quid ergo* 13. §. *pœna grauior sup. de his qui notant. infam. l. 3. & 4. C. eod. ill. tit.* Quod in eo qui conuenitur, aut conueniri potuit actione merè ab initio pœnali non similiter dici potest. Quid ergo si solutum sit indebitum ex falsa causa actionis legis Aquiliæ? Dubitationem facit, quia ex vna parte actio legis Aquiliæ ex sui natura & ab initio pœnalis est *l. inde Neratius* 23. §. *hanc actionem supr. ad l. Aquil.* §. *his autem verbis Inst. eod. tit.* Ex altera verò parte, ex postfacto quoque fit magis pœnalis, & crescit per inficiationem ad duplum *l. contra negãtem* 4. *C. eod. tit.* Sed magis est, vt censeri debeat iure actionis, quæ ex postfacto fit pœnalis, ac proinde, vt solutum ex falsa eius causa nõ possit repeti propter periculum, quod subest ne pœna ipsa, quæ actioni ab initio inest, crescat per inficiationem *dict. l. ea quæ.* Nec obstat hic §. qui intelligẽdus est de iis demum actionib. pœnalibus, quæ ita sunt ab initio pœnales, vt ex postfacto magis pœnales fieri nõ possint. Nec distinguo hac parte, an ille ipse, qui soluit, damnum dederit, an alius, quomodo tamen Accursius & Bartolus distinguunt. Est enim ei distinctioni tunc solùm locus, cùm quæritur, an actione legis Aquiliæ possit quis ex sua confessione falsa condemnari, vt possit si confessus sit se illum occidisse quem alius occiderit, non etiam si eum quem nemo *d. l. inde Neratius* §. *vlt. & legib. seqq.* Sed aliud est de condemnatione, aliud verò de condictione indebiti quærere. Notandus autem est hic casus, in quo solutum quamuis indebitum non repetitur: quando scilicet solutum est ex falsa causa eius actionis, quæ per inficiationem crescat ex *d. l. ea quæ.* Alios congerit Accursius, si quis sciens indebitum soluerit, quamuis ea mente, vt postea repeteret *leg. quod quis* 50. *infr. hoc tit.* Cui similis est ille qui sciens se tutum exceptione perpetua nihilominus soluit, de quo in *l. prox. seq. & in l. si non sortem* 26. §. *indebitum* 3. *infr.* Item si falsò iurauerit creditor sibi deberi, cùm iusiurãdum pro veritate habeatur §. *item si quis postulante Instit. de act.* Item si iudicatum fit *l.* 1. *C. hoc tit. l. si fideiussor* 29. §. *in omnibus infr. mandat.* Item si transactum *leg.* 2. *Cod. hoc tit. & hac ipsa lege in princip.* Item si ex causa pietatis solutum probetur, vt in *l. cùm is* 32. §. *mulier infr.* Denique si quis suo nomine soluerit, quod ab alio debetur, vt in *l. si pœnæ* 19. §. 1. *supr. l. in summa* 65. §. *vlt. infr.* Quibus tamen casibus obseruat Bartolus, nec insubtiliter, causam quidem debiti expressam & remotam in superioribus casibus nullam esse, sed tamen proximam aliquam & tacitè subintellectam subesse, quæ impedit repetitionem, scilicet transactionis, donationis, aut quam aliam similem: quod certè verum est.

24. IDEM libro 46. ad Sabinum.

SI is, qui perpetua exceptione tueri se poterat, cùm sciret sibi exceptionem profuturam, promiserit aliquid, vt liberaretur: condicere non potest.

Ad l. Si is, qui 24.

RAT. DVB. Debitor qui exceptione aliqua perpetua tutus est, debitoris loco non habetur, sicut neque creditor ille qui exceptione perpetua summoueri potest *l. creditores* 10. *l. creditor* 55. *de verb. signif.*

Debitor

Debitor siquidem propriè intelligitur is à quo inuito exigi pecunia potest *l. debitor* 108. *eod.* non autem potest exigi ab eo qui perpetua exceptione tutus est: imò nec ab eo qui temporali, quandiu tempora opponendæ exceptionis elapsa non sunt. Sed tamẽ de perpetua tantùm non de temporali exceptione hîc loquimur, quia non absolutè verum est, exigi non posse ab eo qui temporali duntaxat exceptione tutus est, cùm post tempus si conueniatur soluere teneatur. Vnde est quod dicimus eum qui temporalem exceptionem timet, similem esse cõdicionali creditori *d. l. creditor*, quia sicuti condicionalis creditor non potest agere ante condicionis euentum *l. cedere diem* 213. *eod. tit.* ita nec ille qui exceptione temporali aliqua summoueri potest, effectum vllum actionis suæ consequi, si intra tempus illud agat, quamuis summo iure possit agere. Ergo quod quis soluit quasi debitor, quamuis sciens se tutum exceptione perpetua potest repetere, non enim quòd sciat sibi eam exceptionem competere, facit quominus competat.

Dec. Exceptio quamuis perpetua competens debitori, non facit quin verè debitor maneat ipso iure: pendent enim exceptiones omnes ex æquitate iuris prætorij, quod actionem iure ipso competentem non magis tollere potest, quàm ius ciuile in totum extinguere, sed tantùm asperitatem iuris ciuilis corrigere ac emendare *l. ius autem* 7. §. 1. *supr. de iustit. & iur.* Ergo quod quis soluit, sciens se tutum exceptione perpetua, non potest repetere, quia verè & ipso iure debitum est. De sciente enim tantùm ideò Vlpianus hîc loquitur, quoniam is qui sciens prudénsque remittit exceptionem sibi competentem, donanti similis esse creditur *leg. si quis delegauerit* 12. *infr. de nouat.* cuius namque per errorem soluti repetitio est, eius consulto dati donatio est *leg. cuius per errorem* 55. *de regul. l. indebitum* 9. *Cod. hoc tit. l. eum qui* 21. §. 1. *supr. de inoff. testam.* quod de ignorante non perinde dici potest: nemo siquidem videri potest repudiare aut amittere ius quod sibi competere ignorat *vulg. leg. mater decedens* 19. *eodem titul. de inoffic. testament.* Ergo ad impediendam condictionem indebiti duo hæc coniunctim requiruntur, vt is qui soluit tutus fuerit exceptione perpetua, & vt tutum se sciuerit, alioqui condictio indebiti locum habet. Sed neque omnis exceptio perpetua parere condictionem indebiti potest, sed ea demum quæ fauorabilis est, id est, quæ ex fauore & æquitate negotij proficiscitur non ex odio creditoris iuxta distinctionem *leg. qui exceptionem* 40. *infr.* Excipiunt etiam nostri eam exceptionem perpetuam quæ sit inducta ad rigorem iuris conseruandum, qualis est, inquiunt, exceptio rei iudicatæ ex *leg. Iulianus* 64. *& leg. iudex* 28. *infr.* sed non satis benè. Habet enim illa exceptio rationem aliam specialem, quia nititur æquitate ciuili tantùm non etiam naturali, vt ibi dicemus. Cæterùm si quis sciens se tutum exceptione temporali soluerit, non eo minus repetere poterit, quia non tam donasse & exceptionem remisisse, quàm ante tempus soluisse ac solutionem prorogasse intelligitur: id enim soluit quod finito exceptionis tempore æquè soluere cogi potuisset, *l. in diem debitor* 10. *sup. hoc tit.* Perpetuam itaque exceptionem esse oportet vt condictio inducatur *d. leg. qui exceptionem l. si non sortem* 26. §. *indebitum* 3. *&* §. *qui filiofamilias infr.*

25. Idem libro quadragesimo septimo ad Sabinum.

CVm duo pro reo fideiussissent decem, deinde reus tria soluisset, & postea fideiussores quina: placuit eum, qui posterior soluisset, repetere tria posse. hoc merito: quia, tribus à reo solutis, septem sola debita supererant: quibus persolutis, tria indebita soluta sunt.

Ad l. Cum duo 25.

Rat. dvb. Cùm pro vno reo fideiussores duo accepti sunt, qui decem fideiusserunt, constat fideiussores singulos saltem quina debere, admisso inter eos beneficio diuisionis, quod habent ex epistola Diui Hadriani *l. inter fideiussores* 26 *l. inter eos* 51. *infr. de fideiuss.* Ergo quamuis ambo quina soluerint, id est, quinque singuli, nihil tamen quasi indebitum solutum possunt condicere, aut si condictio eis dãda est, vtrique dari debet vnicuique pro rata & virili, vt in *l. si pœnæ* 19. §. *vlt. sup.* non ei soli qui posterior soluit. Dec. Condictio indebiti datur, quoties solutum est id quod solutionis tempore indebitum fuit, licèt antea fuerit debitum. Refertur enim condictio hæc ad tempus solutionis, nisi quod sufficit etiam indebitum esse eo tempore, quo agitur condictione indebiti. Atqui in proposita specie, cùm duo pro reo fideiussissent decem, ponimus reum deinde tria soluisse, postea fideiussores singulos quina ex ordine, verum est dicere, non nisi septem fuisse debita, cùm quinque soluta sunt ab illo ex fideiussorib. qui prior soluit, quib. quinque solutis, duo tantùm ex decẽ in obligatione superfuerunt. Consequens igitur omninò est, vt fideiussor qui posterior quinque soluit, soluat tria plus debito. Soli ergo ei condictio cõpetit, vt tria quæ plus debito soluit, possit repetere, alij enim debitũ soluerunt *l. vlt.* §. *Titius infr. hoc tit.* Diuersum est, si fideiussores pariter quina soluerint, id est, eodem tempore, ita vt nesciri possit quis prior aut posterior soluerit, vt in *d. l. si pœnæ* §. *vltim. supr.* vbi rationem differentiæ attulimus. Iunge *l. sed etsi quid* 25. §. 1. *supr. de vsufruct.*

26. Idem libro vicensimo sexto ad Edictum.

SI non sortem quis, sed vsuras indebitas soluit, repetere non poterit, si sortis debitæ soluit. sed si supra legitimum modum [a] soluit: Diuus Seuerus rescripsit, (quo iure vtimur) repeti quidem non posse: sed sorti imputandum: &,

BIU Cujas

si postea sortem soluit, sortem quasi indebitam repeti posse [b]. Proinde & si antè sors fuerit soluta [c], vsuræ supra legitimum modum solutæ, quasi sors indebita, repetuntur. quod si simul soluerit [d], poterit dici, & tunc repetitionem locum habere.

Ad l. Si non sortem 26.

RAT. DVB. Indebiti soluti condictio ei qui soluit competit. Atqui sunt indebitę vsuræ, quę nullomodo, aut aliter quàm per stipulationem promissæ sunt, indebitæ quidem iure ciuili, etiamsi pactum nullum interceſſerit, nisi stipulatio subsecuta sit *leg. quamuis 3. Cod. de vsur. l. Titius 24. infr. de præscrip. verb.* debitæ tamen naturaliter cùm ex nudo pacto, si eo modo promissæ sint. Ergo quamuis sors debita fuerit, si tamen vsuræ debitæ non fuerint, quia nullomodo promissæ sunt, & solutæ sint, dicendum est condici eas posse: nihil siquidem vetat sortem deberi, vsuras verò non deberi: quia non quemadmodum vsuræ tanquam accessoriæ subsistere absque sorte nõ possunt: ita nec sors sine vsuris: potest principale esse sine accessoriis, non item accessoria sine principali, *l. cùm principalis 178. de reg. iur.* Non est igitur bona consecutio, si quis dicat cum Vlpiano, sortis debitæ vsuras indebitas & solutas condici non posse, ob id solùm quòd sors debita fuerit, sic enim legendum hîc est, *si sortis debitæ soluit*, vt Florentiæ, non vt vulgo apud Accursium *si sorti debitas soluit*. Implicat enim contradictionem, si quis dicat vsuras & indebitas esse & debitas absolutè, quamuis fieri possit, vt indebitæ sint ciuiliter, debitæ autem naturaliter, quomodo locum hunc Accursius ob vicium vulgaris lectionis interpretari coactus est. DEC. Qui beneficium ab aliquo accepit, hoc ipso naturaliter obligatur ad ἀντιδωρα, & ad remunerationem, *l. sed etsi 25. §. consuluit supr. de hered. petit.* Atqui beneficium nec leue accipit, qui gratuitam pecuniam nullis siue per stipulationem, siue per pactum promissis vsuris accipit, ergo hoc ipso se obligat ad ἀντιδωρα naturaliter, vt proinde si vsuras eius pecuniæ vltro soluat, non possit eas repetere tanquam indebitas, cùm naturaliter eas debuerit, illámque naturalem obligationem ea solutione agnouisse videatur, vt in §. *libertus 12. infr.* Vna enim liberalitas aliam liberalitatem facilè prouocat in persona eius qui priorem accepit *l. si verò non remunerandi 12. §. ibidem Papinianus infr. mandat.* Vnde est quod cùm debitor gratuita pecunia vtitur, id est, pro qua vsuræ nullæ promissæ sint, potest tamen creditor de fructibus rei sibi pignoratæ ad legitimum vsque modum vsuras retinere *l. cùm debitor 7. infr. quib. mod. pignus vel hypoth. soluit.* Vbi notandum est Paulum non ita loqui, vt dicat posse creditorem fructus rei obligatæ retinere, sed vsuras de fructibus, quasi obligato ad ἀντιδωρα debitore, non quidem vt fructus pignoris præstet creditori, sed vt vsuras pecuniæ creditæ, ex fructibus rei obligatæ redigendas ad modum vsque legitimum. Quanto magis igitur si debitor ipse soluat creditori vsuras, quamuis nullomodo promissas? Adest enim hoc casu multo expressior voluntas creditoris vsuras debitori soluentis, quàm pignus dantis. Proinde locus hic intelligi debet de vsuris nullomodo promissis, atque ita etiam prætorio non minus quàm ciuili iure indebitis [quæ enim nudo pacto promissæ sunt eæ iure prætorio debentur, quo pacta omnia quæ nec contra leges, nec contra bonos mores sunt, cõseruantur ad producendam non quidem actionem, sed exceptionem *l. iuris gentium 7. §. sed cùm nulla & §. ait prætor supr. de pact.*] sed tamen si soluantur debitis in vicem remunerationis, &, vt clarius dicam, vsuras iure ciuili debitas facit stipulatio; iure prætorio pactum nudum, at in vicem remunerationis sola earum solutio, aut fructuum pignoris perceptio *d. §. consuluit, & dict. l. cùm debitor.* Itaque priusquàm soluantur, omninò indebitę sunt, at vbi solutę sunt, debitæ reperiuntur naturaliter, tanquam agnita, vt diximus, per solutionem ea naturali obligatione. Atque ita locus hic meo iudicio intelligi debet, non quomodo Accursius intelligit de vsuris nudo pacto promissis. Non enim dici possunt illæ indebitę, licèt nullo interueniente stipulationis vinculo exigi non possint.

a *Sed si supra legitimum modum.* RAT. DVB. Eæ demum vsuræ videntur in vicem remunerationis, & iure ἀντιδώρα debitæ, quæ licèt promissæ nullomodo fuerint, solutę tamẽ sunt vltro à debitore, vt modò diximus. Ergo etiamsi supra legitimũ modũ solutæ sint, dicendũ tamen est, nõ eo magis repeti eas posse: modus enim legitimus vsurarum, id est, qui olim à legibus præscriptus fuit, hodie autem à Iustiniano in *l. eos 26. C. de vsur.* exigẽdis tantùm, aut promittendis etiã pecuniis, non vltro & liberaliter soluendis præscriptus est: & cõsequenter nec in sortem imputandũ est, quod in causam vsurarũ nominatim exsolutũ est. DEC. Quod lege fieri prohibitum est, non magis tacita quam expressa conuentione fieri potest, ne quod vna via prohibetur, concedatur altera *l. scire oportet 21. §. 1. infr. de legit. tutor l. magis puto 5. §. si pupillus de reb. eor. qui sub tutel.* Atqui leges non patiuntur vsuras immoderatas aut exigi, aut promitti, non ob id solùm quòd odiosæ sint, ob naturam pecuniæ [est enim pecunia res sui natura sterilis, quæ aliã pecuniam gignere & parere non potest] sed etiam quia facilè in infinitũ, aut saltem in immensum excurrerent, nisi certo modo coercerẽtur, tum quoque cùm vltro & donandi animo soluerentur, *arg. l. penult. §. 1. infr. de donat. iunct. l. Aquilius 27. eod.* Ergo nec supra legitimum modum solui eas etiam ex remunerationis causa permittendum fuit. Proinde meritò Diuus Seuerus rescripsit, repeti quidẽ eas nõ posse, cùm ad legitimum vsque modum fuerint naturaliter, vt diximus, debitæ, sed tamen quatenus legitimum modum excederent, forti imputandas esse, vt ex eo solutionis grauioris incommodo, debitor liberationem eatenus consequatur, vt & in *l. creditor 102. §. vlt. de solut.* Ita fit, vt ea solutio, quæ condictionem vsurarum illegitimarum parere non potest, quia sortem debitam esse verum est, pariat liberationem sortis pro ea parte, pro qua condictionem alioqui competere necesse esset.

b *Et si postea sortem soluit, sortem quasi indebitam repeti posse.* RAT. DVB. In omnibus numerationibus & solutionibus maximè inspiciendum est qua mente factæ sint, ne actus operetur vltra intentionem agentis *l. non omnis 19. & præced. supr. de reb. credit.* Et quamuis plerũque dubitetur, an solutio simpliciter facta in sortem cedere debeat, an in vsuras, vt in

l. 1.

BIU Cujas

l.1.l.in his 5.§.1.*l.cùm ex pluribus* 97.*infr.de solut.l.*1. *Cod. eod.* cùm tamen constat, in causam sortis solutum fuisse, aut in causam vsurarum ; dubitationi locus nullus relinquitur, an sorti imputandum sit, quod in vsuras solutum est, an contra. Atqui in proposita specie ponimus solutas esse vsuras quasi vsuras, non quasi sortem, & sortem debitam fuisse, quamuis vsuræ fuerint indebitæ. Ergo si post solutas vsuras indebitas, etiam sors quæ verè debebatur, soluta sit, non est admittendum vt ob factam solutionem vsurarum indebitarum, sors quasi indebita repeti possit. DEC. Cùm vsuræ omninò indebitæ fuerunt & solutæ vltra legitimum modum, sicuti vsque ad legitimum modum quasi naturaliter & ob ἀπήνωρα debitæ, vt suprà diximus : ita quod modum legitimum excedit, non potest ad causam vsurarum proficere, quæ non magis postquam ante solutionem debitæ fuisse intelliguntur. Ergo necesse est, vt sortem ipso iure minuant, tantúmque ex sorte decedat, quantum ex solutione vsurarum vltra legitimũ modum ad creditorem peruenit, consequenter si sors ipsa quasi adhuc tota debita soluta sit, fatendum est posse cõdici quasi indebitam sortem illam quæ posteriore loco soluta est. Fieri enim nequit, vt posterioris solutionis tempore indebitum non sit, quod iam solutum inuenitur *l.prox. sup.l.vlt.*§.*Titius* 2.*infr.hoc tit.*

c *Proinde etsi antè sors fuerit soluta.* RAT. DVB. Vsuræ post sortẽ solutæ supra legitimũ modũ, non possunt minuere sortem iam solutam *l. indebitas* 18. *C.de vsur.* Ergo nec iure sortis repeti, sed potius iure vsurarum, quod & innuere videtur Philippus Imperator in *d.l.indebitas*, contra quàm hîc ab Vlpiano scriptum sit.

DEC. Vsurarum solutio, quæ non potest proficere ad minuendam sortem iam solutam quæ fuit debita, prodest ad eam augendam, vt quemadmodũ fuit debita quatenus primùm soluta est, ita & sit indebita, quatenus ex vsurarum illegitimarum facta postea solutione aucta est. Ergo quod vsurarũ illegitimarũ nomine post solutã sortẽ solutũ est, cõdici tãquam indebitũ potest, sed iure sortis non vsurarũ ac si is, qui cùm centum deberet, quinquaginta præterea soluit supra legitimum modum vsurarum, centum & quinquaginta sortis nomine soluisset. Neq; pugnat quod in *d.l.indebitas* scriptum est, vsuras postea solutas repeti posse: id enim ex hoc loco ita intelligendũ est, vt tamen non quasi vsuræ, sed quasi sors repetantur. Cur verò non quasi vsuræ, cũ tanquam vsuræ solutę sint? Ideo fortasse quò vsuras illegitimas lex nullomodo agnoscit, ac ne quidem vsuratum nomine dignatur, vsuras enim ius facit, & vsuræ non natura, sed iure percipi dicuntur in *l. si nauis* 62 *sup.de rei vind.* Subtilis sanè quæstio hæc est, habuítque dissentiẽtes prudentes veteres, vt apparet ex *d.l.indebitas*, sed & subtilior & verior opinio illa est quam Vlpianus hîc probat, nec Imperator improbat in *d.l.indebitas.*

d *Quid si simul soluerit?* RAT. DVB. & DEC. ad hunc versicul. eadem est quæ ad superiorem. Nam videbatur eum qui sortem simul cum vsuris illegitimis soluit, partim sortẽ soluisse, partim vsuras illegitimas, atque ideò non sortem, sed tantùm id quod supra legitimum modum vsurarum soluit, condicere eum debere. Sed magis est, vt quod vsuratum illegitimarũm nomine solutum est, cùm vsuris imputari non possit, sorti imputetur, nouámque sortẽ faciat, sed indebitam totam, quæ priori debitæ accedat. Quicquid enim supra legitimum modum vsurarum promittitur, pro non adiecto quidem habendum est *l.placuit* 29.*infr.de vsur.* sed non æquè pro non soluto, quod solutũ est supra legitimum modũ. Ergo dicendũ est, hoc quoq; casu repetitionem illicitarũ vsurarum locum habere, sed tãquam sortis, non tanquam vsurarũ, vt in specie præcedente, cùm occasione sortis fuerint solutæ, vt & Bartol. hîc tractat. Aliud est si quis inuicem creditor idémque debitor sit ante factam à se solutionem. Nam in iis casibus in quibus compensatio locum non habet, si soluat, non habet condictionem, sed sui tantùm crediti petitionem *leg. qui inuicem* 30. vbi dicemus *infr.* In proposito autem casu is qui vsuras illegitimas soluit, non fuit ante solutionem creditor, sed factus est per solutionem.

1 ¶ Supra duplum autem vsuræ, & vsurarum vsuræ, nec in stipulatum deduci, nec exigi possunt: & solutæ repetuntur: quemadmodum futurarum vsurarum vsuræ [a].

Ad §.1.*Supra duplum autem.*

RAT. DVB. Vsuræ non propter lucrum petentium, sed propter moram non soluẽtium infliguntur *l. cum quidam* 17.§.*si pupillo infr.de vsur. l. Titia Seio* 87.§.*vsuras de legat.*2. Moram autẽ suam cuique nocere æquum est *l.in condemnatione* 173.§.*pen. de reg.iur.* & consequenter ea pœna coerceri, quæ contrahẽtibus placuit. Quidni ergo etiam supra duplum promissæ per stipulationem vsuræ & exigi poterunt & solui, multóque magis solutæ retineri?

DEC. Honestus modus seruãdus est in omnibus, non immoderata cuiusque affectio & auaritia subsequenda *l.ex damni* 40.*in princip. infr. de damn. infect.* Quæ autem vsuræ supra duplum promittuntur, aut exiguntur, aut soluuntur, honestum modum excedunt, cùm creditori cuilibet quantumuis auido & auaro satis esse debeat, quòd sortis suæ duplum ex vsuris consecutus sit, nec ferendus est, si quid supra duplum aut exigere velit, aut retinere, licèt alio nomine quàm vsurarum & pœnæ nomine. Videtur enim illa promissio facta in fraudem legitimarum vsurarum, ideóque nec valet *l.pecuniæ* 9. *l.pœnam* 44. *infr.de vsur.l.*4.*de nautic.fœnor.* Quò etiam respexisse videtur Iustinianus in *l.vnic. C.de sent. quæ pro eo quod inter.* vbi constituit, vt nec id quod interest, possit in casib. certis duplum excedere, cùm tamen longè fauorabilior causa sit eius quod interest, quã vsuræ: æstimatur. n. id quod interest, ex eo quod mihi re vera abest, quodq; lucrari potui *l.si commissa* 13.*infr.rat. rem haber.* Idẽ est de vsurarũ vsuris: nimia. n. auaritia, & nimis improbũ fœnus est, si quis velit vsurarũ vsuras non solutas quãuis per stipulationem promissas exigere, aut etiã solutas retinere, propter quod etiam infamiæ macula huic hominũ generi irrogatur *l.improbũ fœnus* 20.*C.ex quib.caus.irrog. infam.* Et quia plerique ne vsurarũ vsuras exigere videãtur, vsuras præteritas in sortẽ cõuertunt, vt non vsurarum, sed

BIU Cujas

sortis vsuras exigant, Iustinianus noster æquissima constitutione hoc districtè prohibuit in *l.vlt.C.de vsur.* id est, ne qua conuentione vsuras etiam præteritas in sortem redigere liceat, alioqui, inquit, non rebus, sed verbis lex imposita videretur. Et tamen non dubitant pragmatici nostri adfirmare, posse fieri per conuentionem & stipulationem, vt solutas vsuras, aut pro solutis habitas possit creditor debitori in nouam sortem computare, quasi ex nouo contractu, nouóque mutuo atque ita vsurarum vsuras exigere, secuti errorem Accursij in *dict. l. vlt.* quem tamen à cæteris interpretibus communiter improbatum esse Castrensis ibidem testatur. Et rectè, nihil enim apertius est, quàm ea ratione aut potius subtilitate fraudem fieri constitutioni, nec tantùm sententiam, sed etiam verba Iustiniani apertè violari. Quod nos pluribus ostendimus in Chiliade nostra *de error. pragmatic.*

a *Quemadmodum futurarum vsurarum vsura.* Caue ne hoc ita intelligas, quasi futurarum dumtaxat vsurarum non etiam præteritarum vsuræ prohibitæ sint (omnes enim omnimodo prohibentur, vt modò diximus ex *l.vlt.C.de vsur. l. placuit* 29. *infr. eod. illo tit. l. improb.* 20. *C. ex quibus causis infam. irrog.*) sed quia nec futurarum vsurarum magis quàm præteritarum vsuræ permittendæ sunt, licèt fauorabiliores videri possint, ea maximè ratione quòd in potestate sit debitoris eiusmodi vsurarum præstationem euitare soluendo priores, vt proinde sibi debeat imputare, si non soluat *argum. dict. leg. pecuniæ* 9. *§. vlt. l. Seio* 12. *infr. de vsur.* Sed non ita est, quia vsurarum vsuræ siue præteritarum siue futurarum nunquam permittendæ sunt, nec ferendus vllomodo anatocismus *d. l. vlt.* ratione etiam illa, ne accessionis detur accessio, quia nec datur accidens accidentis, vt aiunt Philosophi. Adeò autem verum est, non deberi vsuras vsurarum, vt nec fideiussor eo nomine dari possit, quia cùm lex obligationi resistit, vt Bartolus loquitur, non potest ei accedere fideiussor *l. is cui bonis* 6. *de verb. oblig.* cùm per mediam fideiussoris personam ad reum peruenitur *l. cùm lex* 46. *de fideiuss. l. non dubium* 5. *C. de legibus.*

2 ¶ Si quis falsò se sortem debere credens, vsuras soluerit, potest condicere. nec videtur sciens indebitum soluisse.

Ad §. 2. Si quis falsò.

RAT. DVB. Aliud est sortem promittere & debere, aliud verò vsuras, nec quicquam vetat sortẽ debitam esse, vsuras verò indebitas, vt diximus initio huius legis. Ergo quod quis falsò crediderit se sortem debere, non potest facere quominus etiam sciens videatur vsuras indebitas soluisse, si eas soluerit, quas sciebat nec per stipulationem, nec per pactum à se promissas fuisse. Atquin is qui sciens se non debere indebitum soluit, non potest condicere *l. quod quis* 50. *infr. l. si is qui* 24. *supr. hoc tit.* cuius enim per errorem soluti repetitio est, eius consulto dati donatio est *l. cuius per errorem* 53. *de reg. iur.* Ergo non est permittendum ei qui vsuras indebitas soluit, sciens, vt eas condicat, quamuis sortem se debere falsò putauerit. DEC. Quisquis putat se sortem debere, quamuis eam non debeat, fieri nequit, vt vsuras indebitas sciens soluat, si quidem quisquis sortem debet hoc ipso licèt vsuras non debeat, neque ciuiliter neque naturaliter, si tamen eas soluat, videtur facere debitas, nec repetere illas potest, vt ad principium huius legis docuimus. Ergo quemadmodum nemo dicitur soluere sciens sortem indebitam quam putat se debere: ita nec dici quisquam potest sciens soluere indebitas vsuras eius sortis quam falsò debere se arbitratur. Et hæc loci huius sententia est, non quam Accur. & Bartol. cõminiscuntur de vsuris, quas debitor cùm sciret se nullas debere, tamen promiserit, vt se à vexatione & necessitate sortis citius soluendæ liberaret. Nimirum intelligere non potuerunt, quomodo fieri possit, vt vsuræ nullomodo promissæ debeantur sortis quantumlibet debitæ. Itaque probat optimè hic locus nostram interpretationem ad primam huius legis sententiam.

3 ¶ Indebitum autem solutum accipimus, non solùm si omninò non debeatur, sed & si per aliquam exceptionem perpetuam peti non poterat. quare hoc quoque repeti poterit: nisi sciens se tutum exceptione, soluit.

Ad §. 3. Indebitum.

De huius §. sententia & ratione iam scripsimus ad *l. si is qui* 24. *supr.* Est enim vtriusque loci sensus idem, indebiti condictionem competere non solùm si omnino indebitum sit, quod solutum est, sed etiamsi debitum ipso iure fuerit, exceptio tamen perpetua debitori competierit ad summouendum creditorem, ne in effectu exigere quicquam potuerit, item eum qui sciens se tutum exceptione perpetua nihilominus soluit, repetere non posse, quia donasse videatur *l. cuius per errorem* 53. *de regu. iur. l. si quis delegauerit* 12. *inf. de nouat. & delegat.* Idem scriptum est in §. *qui filiofamilias hac leg. & in l. qui exceptionem* 40. *inf.* Eædem igitur sunt dubitandi & decidendi rationes ad vtrumque locum. Excipit Accursius exceptiones perpetuas Macedoniani & rei iudicatæ ex *d. l. qui exceptionem & l. iudex* 28. *l. Iulianus* 64. *infrà hoc tit.* Nos ibi dicemus.

4 ¶ Si centum debens, quasi ducenta deberem, fundum ducentorum solui: competere repetitionem, Marcellus libro vicesimo Digestorum scribit: & centum manere stipulationem: licet enim placuit, rem pro pecunia solutam,

parere

BIU Cujas

parere liberationem: tamen, si ex falsa debiti quantitate, maioris pretij res soluta est, non fit confusio partis rei cum pecunia. nemo enim inuitus compellitur ad communionem. sed & condictio integrę rei manet, & obligatio incorrupta. ager autem retinebitur, donec debita pecunia soluatur[a].

Ad §. 4. Si centum.

RAT. DVB. Res soluta pro pecunia parit liberationem puta si fundus solutus sit pro centum, dūmodò ea solutio volenti creditori facta sit: nā quēadmodum aliud pro alio solui creditori initio non potest *l. 2. §. mutui datio supr. de reb. credit.* ita nec quicquam vetat aliud pro alio solui volenti *l. manifesti 17. l. opera 20. C. de solut l. precij causa 9. C. de rescind. vendit. l. 1. §. an potest infr. de pecun. constit. & Instit. tit. quib. modis tollit. oblig. in princip.* nec enim volenti fieri potest iniuria *l. in diem 9. § 1. inf. de aqua & aquæ pluu. arcend.* Ergo si centum debens quasi ducenta deberem, fundum ducentorum soluerim, dicendum est eiusmodi solutione partam mihi esse liberationem pecunię debitæ, id est, centum aureorum, nec proinde repetitionem fundi posse mihi competere, nisi pro parte dimidia, quasi pro ea tantùm parte soluto indebitè fundo. Quid enim vetat fundum pro parte solutum esse debitum, pro alia verò parte indebitum, siquidē fundus ex earū rerū numero est, quæ commodā diuisionem recipiunt *l. 1. C commun diuid.* DEC. Nemo inuitus compelli potest ad communionem, in qua nec remanere quisquam inuitus cogitur *leg. vlt. Cod. hoc tit.* propter discordias, quas materia communionis excitare solet, quomodo loquitur Papinianus in *leg. cùm pater 77. §. dulcissimus de legat. 2. l. in re communi 26. vbi an. prad. sup.* nisi cùm necessitas & impossibilitas diuisionis communionem inducit, vt in *l. 3. §. vlt & l. 4. sup. de rei vindic.* aut cùm cōuenit, ne intra certum tempus à communione discedere liceat vt in *l. in hoc iudicium 14. § si inter socios sup. commun. diuid.* Nam quod Accurs. ibi ster excipit etiā casum illū, de quo Iustinianus in *l. 1. §. ad hæc C. de annal. except.* vbi constituit, vt nemo audeat neque familiæ erciscundæ neque communi diuidundo, sicut neque alterius personalis vllius actionis vitam vltra triginta annos extendre, ad rem non pertinet. De præstationibus enim personalibus intelligi id debet, quæ in iudicium familiæ erciscundæ & communi diuidundo veniunt *l. item Labeo 22. § familiæ sup. famil. erciscun. l. 1. sup. commun. diuid.* non etiam ita vt post annos triginta cogantur condiuisores manere in communione, nec diuisionem postulare possint, quod esset ridiculum. Atqui si cùm tibi centum duntaxat debere, cùm ducenta debere me putarem, soluerim tibi fundum ducentorum pro ducentis, euenit, vt incidere nos in fundi communionem necesse sit, si non liceat mihi totum fundum cōdicere. Pars enim fundi penes te manebit tanquam data tibi in solutum, & pars altera iure condictionis ad me redibit, atque ita fundus ille inter nos pro æquis partibus communis erit, & quidem inuitos, quod esset absurdum. Necesse igitur est dicere per eam fundi solutionem non fuisse sublatam obligationem cētum aureorum, quæ vera debebantur, cùm ea datio in solutum valere in totum non potuerit, nec rursum pro parte: & ita manente illa obligatione integra, totius fundi repetitionem competere. Quoties enim ex falsa debiti quantitate, id est, pro maiore summa, quæ debita esse credebatur, quàm quæ deberetur maioris pretij res soluta est, non fit confusio partis rei cum pecunia, alioqui compelleremur inuiti ad communionem. Ergo fundi integri condictio manet, & obligatio incorrupta, id est, non extincta per dationem in solutum: solutio enim, quæ non parit liberationem, parit necessariò condictionem: & è contrario, quæ liberationem parere non potest, parit condictionem *§. si decem infr. l. cùm is 32. §. 1. hoc titul. l. qui hominem 34. §. vlt. l. cùm quis 38. §. 1. & seq. inf. de solut.* Et generaliter cum amplius solutū est, quàm debebatur, nec inuenitur pars, quæ repeti possit, totum esse indebitum intelligitur manente pristina obligatione *l. cum amplius 184. in princ. de regul. iur. l. si is qui 56. §. dicitur de iur. dot.* Nec proinde refert, cum de datione in solutum tractamus, an facta sit ex causa, quę falsa sit in totum, an ex ea, quę pro parte, idque propter indiuiduitatem cōtractus vt ita dicam *arg. leg. cum ex causa 139. de verb. oblig.* & quia is qui fundum integrum in solutum dedit ex debiti causa pro parte falsa, credendus est non fuisse partem daturus, nec is qui accepit partem accepturus effugiendæ communionis gratia *l. tutor 47. §. 1. supr de minor. l. si quis aliam 47. infr. de solut.* vbi hanc ob ipsam rationem dicitur, si res in solutum data creditori pro parte euicta sit, dandam ei esse, vt antea, totius debiti petitionem, ac si vel nulla datio in solutum facta, vel tota res in solutum data euicta esset. Aliam rationem adfert Bartolus in iis rebus, quæ in specie consistunt, quia, inquit, non tantum valet pars separata à toto, quantum si aliis partibus vnita esset in toto ex *dict. leg. si quis aliam & leg. quod autem 1. §. vlt. infr. de in diem addict. & legib. seqq.* Sed hæc ipsa ratio non aliam rationem habet, quàm quia per acquisitionem totius fundi nulla inducitur communio, quæ per acquisitionem partis induceretur. Facit enim hæc ratio pretiosiorem totum fundum, quatenus totus est, quàm sit pars, quatenus pars est. Nec pugnat quod ex Marcello Vlpianus subiicit in *§. sequent.* Si quis pecuniam debens oleum dederit pluris pretij, quasi plus debens, vel cùm oleum deberet, oleum dederit, quasi maiorem modum olei debens, non totum oleum esse repetendum, sed superfluum olei duntaxat, & ob hoc peremptam esse obligationem. Id enim fit, quia per eiusmodi dationem in solutum nulla incidit communio inter dantem & accipientem, non magis quàm si pro fundo debito pecunia in solutum daretur, vt in *§. idem Marcellus 6. inf.* Idémque euenit data in solutum qualibet alia re quæ in genere consistat. Recipiunt enim res eiusmodi functionem in suo genere. Sed secus est in iis, quæ in specie consistunt, quia non æquè recipiunt functionem in sua specie.

a *Ager autem retinebitur donec debita pecunia soluatur.*

RAT. DVB. Non debet res indebita pro ea, quę debita est, retineri *leg. vltim. Cod. de commod. leg. obtentu 5. Cod. de crimin. expil. hered.* Atqui in proposita specie ager omnino indebitus est, pecunia autem debita, vt diximus. Ergo non potest ager retineri, donec debita pecunia soluatur.

DEC. Multum refert, an res indebita sit penes

BIU Cujas

creditorē, sine aliquo debitoris facto, an iure aliquo quod à debitoris facto & voluntate causam traxerit, priore casu non est locus retentioni, nec si res illa ad creditorem sine vicio peruenerit, nisi fortè ob impensas, quæ circa rem illam & in eius vtilitatem factæ sint, vt in *l. si in area* 33. *infr. hoc tit. l. in rebus* 18. §. *possunt infr. commod. l. qua ratione* 9. §. *literæ de acquir. rer. domin. l. Paulus* 14. *de doli mal. except.* Posteriore verò locus est, siue res illa fuerit à domino pignori data, cùm etiam ob chirographariam pecuniam pignus retineri possit *l. vnic. Cod. ill. tit. etiam ob chirogra. pecun. pign. retin. poss.* siue, ac multo magis, si eius rei dominium in accipientem translatum fuerit, vt in hac specie. Etsi enim fundus in solutum datus condicitur, propter vicium dationis in solutum, non eo minùs tamen verum est alienatum esse fundum, eiúsque translatum fuisse dominium, quod alioquin condici & repeti non posset, cúmque plus sit dominium habere, quàm ius pignoris, quídni retinebitur, donec ea ipsa præsertim pecunia soluta sit, ob quam datus fuerat fundus in solutum? Quídni etiam ob chirographariam pecuniam, licèt ea res neque sit, neque vnquam fuerit iure pignoris obligata? plus siquidem iuris habet in re, vt diximus, qui dominium eius habet, quàm qui nudum ius pignoris *l. in bello* 12. §. *si quis seruum infr. de captiu. & postlim.* Quamquam longè maior ratio est, vt retentio detur propter eam pecuniam cuius occasione res ad creditorem peruenit, vt Bartolus loquitur, quàm propter aliam *l. eleganter* 24. §. *qui reprobos infr. de pignor. act. leg. si non inducta* 5. *Cod. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. contr.* Sic dicimus, si pignus sub hasta venditum sit, perperam tamen nec seruatis solemnibus dandam esse emptori retentionem, donec soluto debito propter quod pignoris distractio facta est, si modo facta sit pro debito, eóque iure vtimur, argumento præcipuè sumpto ex hoc §. vt scripsimus in Codice Fabriano *Tit. de distract. pignor.* Iunge *l. si necessarias* 8. §. *si pignori infr. de pignor. act. l. quod dicitur* 5. *de impens. in res dotal. fact. l. seruus* 30. *infr. de action. empt.*

5 ¶ Idem Marcellus ait, si pecuniam debens, oleum dederit pluris pretij, quasi plus debens, vel cùm oleum deberet, oleum dederit, quasi maiorem modum debens: superfluum olei esse repetendum, non totum: & ob hoc peremptam esse obligationem.

Ad §. 5. Idem Marcellus ait.

RAT. DVB. Datio in solutum vitiatur in totum, si in aliqua vel minima parte facta sit plus debito, ideóq; & obligatio incorrupta manet, & quod solutum est, condicitur, vt scriptum est in §. *præcedente*. Atqui cùm pecuniam debens oleum dedit pluris precij quasi plus debens, aut cùm oleum deberet, oleum dedit quasi maiorem modum debens, negari non potest, quin aliqua ex parte solutum sit plus debito, nec proinde quin datio in solutum vitiata sit in totum. Ergo dicendum est non modò superfluum olei esse repetendum, sed totum, & consequenter integram manere obligationem. DEC. Non omnis datio in solutum, quæ ex aliqua parte fit pro indebito vitiatur tota, sed ea demum per quam nisi vitiaretur, fieret vt contrahentes compellerentur inuiti in communionem. Hoc verò non contingit, nisi cùm datus est fundus in solutum, non etiam cùm alia res quælibet recipiens functionem in suo genere, cuiusmodi sunt nummi, oleum, vinum, & alia huius generis quæ constant pondere, numero & mensura, quia his casibus non illud ipsum quod solutum est, repetitur, sed tantundem, ideóque nihil est, quod fiat commune inter eum qui dat, & eum qui accipit. Itaque non pugnat hic §. cùm præcedente, nec rursum is qui sequitur, sed ad aliam speciem pertinent, nec nisi rationem dubitandi ex priore desumunt.

6 ¶ Idem Marcellus dicit: si cùm fundi pars mihi deberetur, quasi totus deberetur, æstimatione facta, solutio pecuniæ solidi pretij fundi facta sit: repeti posse non totum pretium, sed partis indebitæ.

Ad §. 6. Idem Marcellus dicit.

RAT. DVB. & DECID. eadem est quæ ad §. præcedentem. Nam si cùm pars duntaxat fundi mihi deberetur, nec ego proinde nisi partis precium deberem, soluerim tamen totius fundi æstimationē, quasi totus fundus mihi deberetur, non alia condictionis indebiti ratio constitui posse videbatur, quàm si vēditor putans se totum fundum debere, totum mihi ex causa venditionis tradidisset, quo casu totum fundum vtique posset condicere, & partis tradendæ obligatio integra maneret. Cur non ergo perinde totum precium potero condicere, quod totum solui, cùm partem duntaxat deberem? An non enim eadem in omnibus debet esse causa emptoris quæ venditoris, cùm hic contractus sit, vltro citróque obligatorius? *leg.* 1. *Cod. de cupress. libr.* 12. Aut quid potest interesse, an totus fundus solutus sit, an totius fundi æstimatio? Sed dicendum est, aliam esse obligationem venditoris, aliam emptoris. Obligatur venditor ad tradendam eam ipsam rem, quæ fuit vendita, & quæ in sua specie non recipit functionem. At emptor obligatur ad soluendum precium, quod cùm in pecunia numerata consistere debeat, potest in aliis corporibus nummorum reddi, quàm in quibus solutum fuit pro ea nimirum parte quam indebitè solutam ponimus *l.* 1. *l. ex empto* 11. §. 1. *infr. de action. empt.* §. *precium Instit. de empt. & vendit.* Proinde licet non detur mihi condictio totius æstimationis solutæ, sed partis duntaxat, non idcirco tamen verendum est, ne incidamus in communionem, quod contingeret soluto fundo integro cuius pars duntaxat debebatur. Solius ergo partis quæ indebitè soluta est, condictio dari mihi debet non totius precij quod solui.

7 ¶ Adeò autem perpetua exceptio parit condictionem, vt Iulianus libro decimo scripsit, si emptor fundi damnauerit heredem suum, vt venditorem

BIU Cujas

rem nexu venditi liberaret, mox venditor ignorans, rem tradiderit: posse eum fundum condicere, idémque, & si debitorem suum damnauerit liberare, & ille ignorans soluerit.

Ad §. 7. Adeo autem.

RAT. DVB. & DEC. eadem est quæ ad §. *indebitum supr.* Sententia enim eadem est, perpetuam exceptionem parere condictionem. Exemplum autem subiicitur, si emptor fundi damnauerit heredē suum, vt venditorem nexu venditi liberaret. Nemo enim dubitat, quin ex eo liberationis legato acquiratur exceptio venditori, si ab emptore ad rem venditam tradendam ex empto conueniatur, quoniam & actio ei vltro daretur ex testamento ad petēdam & consequendem liberationem. Ratio tamen dubitandi specialior in hoc casu illa occurrit, quòd antequam ab herede liberetur venditor, negari non potest, quin & naturaliter & ciuiliter obligatus sit, cùm neque testator eum liberauerit, neque heres fuerit in mora liberandi, vt Accursius noster hîc disputat, exēplo serui ab herede manumittendi qui quādiu nec à testatore manumissus est, nec ab herede moram passus fuit, interim seruus manet. Sed ratio hęc illud tantùm facit, vt non obstante liberationis legato possit venditor ab emptore conueniri tanquam ipso iure obligatus ex empto ad tradendum, at non etiam vti ne habeat perpetuam exceptionem, qua se tueri possit, quod sufficit ad inducendam condictionem *d. §. indebitum l. si is qui 24. supra l. qui exceptionem 40. infr. hoc tit.* Est autem perpetua exceptio, quæ competit ex testamento, quo legata liberatio est, nisi proponas legatam eam fuisse ad tempus duntaxat, quo casu sicuti non nisi temporalis exceptio est, ita nec vllam condictionem parere potest *l. si quis reum 5. §. huic patri inf. de liber. legat. l. in diem 9. sup. hoc tit.* Idem ergo est, & si creditor heredem suū damnauerit, vt debitorem liberaret. Quamuis .n. debitor quandiu liberatus non est, obligatus maneat, habet tamen auxiliū exceptionis perpetuę, qua tueri se possit si conueniatur, ideoq; si ignorans interim soluat, habet condictionem, vt sequitur in hoc §. Nam si sciens soluerit, aliud est, nec condictionem habere potest, qui exceptionem illam perpetuam sibi competētem remisisse ac donasse intelligitur *l. si quis delegauerit 12. inf. de nouat.* dixi ad *d. l. si is qui 24. sup.* Quid si testator nō damnauerit heredem, vt debitorem liberaret, sed eum ipse liberauerit? Multo magis condictio danda erit debitori, qui soluerit ignorans, si Azoni credimus, qui debitorem hoc casu adeo liberatum esse putat, vt neque naturaliter sit obligatus. Sed ego nullam inter hos casus differentiam esse arbitror, cùm non possit testator legare liberationem nisi per damnationem, quia cùm legatur liberatio, ea pecunia legari intelligitur, quæ iam in dominio debitoris est *l. 1. & 2. l. Aurelio 28. §. Caius de liber. legat.* Vtroq; igitur casu exceptio necessaria erit legatario, si prius conueniatur, quàm ipse vltro egerit, vt liberaretur. Et consequenter vtroque casu debitori, si ignorans soluerit, condictio competet.

¶ 8 Qui filiofamilias soluerit, cùm esset eius peculiaris debitor, si quidem ignorauit ademptum ei peculium, liberatur: si scit, & soluit, condictionem non habet, quia sciens indebitum soluit.

Ad §. 8. Qui filiofamilias.

RAT. DVB. Non contingit liberatio debitori per aliam solutionē, quàm quæ facta sit vero creditori, aut saltem vero procuratori veri creditoris *leg. creditoris 8. C. h. t. l. vero procuratori 12. & pass. inf. de solut.* Atqui peculiaris debitor filiifamilias, cui peculium ademptum est, desinit per ademptionem debitor esse filiifamilias, nec potest filiusfamilias peculiaris esse creditor qui peculium nullum habet: nec refert an debitor sciuerit ademptum esse filiofamilias peculium, an ignorauerit, non enim scientia aut ignorantia debitoris causam crediti immutare potest, neque filiumfamilias ex non creditore facere creditorem. Ergo is qui filiofamilias soluit, cum esset eius peculiaris debitor, si post ademptum peculium soluerit, quamuis ademptum ignorauerit, liberari non potest, quādoquidem ex die ademptionis cœpit non alium habere creditorem quàm patrem, cui proinde non filiofamilias soluere debuit.

DEC. Solutio bona fide facta ei qui verus creditor aliquando fuit, nec creditor esse desiit, nisi facto alterius quod debitor iustè ac probabiliter ignorauit, perinde liberat debitorem, ac si manenti vero creditori soluisset, non ob id solum, ne facto alterius circumueniatur ignorantia miseri debitoris, cui nihil potest imputari, cùm alieni facti ignorātia semper sit probabilis *leg. vltim. infr. pro suo.* sed etiam quia imputari è contrario potest ei, qui vel reuocando mandatum vel adimendo peculium, vel quid aliud faciendo causam creditoris mutauit, cur debitorem de eo non certiorauerit *leg. si quis seruo 18. leg. qui hominem 34. §. si Titium infr. de solut. §. rectè Instit. de mandat.* Denique bona fides tantum præstare debet, quantum veritas, vbi lex impedimento non est *leg. bona fides 136. de regul. iur.* Atqui in proposita specie filiusfamilias quandiu peculium habuit, verè fuit peculiaris creditor ex causa peculiari, & quamuis desierit esse creditor, cùm pater ei peculium ademit, imputari tamen potest patri, cur eam ademptionem non denuntiauerit debitori, ne postea filiofamilias solueret. Vnde enim potuit ille diuinare ademptum fuisse peculium, quod nec ademptum præsumitur ex sola filiifamilias emancipatione, vel serui manumissione? *dict. leg. si quis seruo 18. de solut. iunct. leg. si fideiussor 29. §. si cùm debitor infr. mandat. l. si putator 31. supr. ad leg. Aquil.* Ergo si debitor filiofamilias, cui peculium ademptum est, soluerit, antequam resciret ademptum esse peculium, perinde liberabitur, ac si peculium ademptum non esset. Aliud est, si debitor ex nimia sua credulitate bonam fidem velit inducere, puta si soluerit ei, qui nullum à creditore mandatum vnquam habuit, & quem tamen mandatum habere putabat, vt in *dict. leg. qui hominem §. si nullo de solut.* Non tam enim bona fides dicenda illa est, quā credulitas nimia debitoris, quam creditori nocere æquum non est *leg. 1. §. dolum sup. de eo per quem factum erit quomin. quis in iudic. sist.* Iunge quæ scripsimus ad *leg. si quid possessor 31. §. vlt. supr. de hered. petit. & ad leg. si*

BIU Cujas

procuratori 14. *supr. de condict. caus. dat. leg. eius qui in prouincia* 41. *supr. de reb. credit.* Malè tamen Accursius hunc §. inducit ad quæstionem de monacho fugitiuo, & quondam Syndico accipiente mutuam pecuniam, quasi ex eo actu dicendum sit Abbatem quoque & ciuitatem obligari, si is qui mutuam pecuniam dedit, ignorauerit. Difficiliùs enim est, vt inducatur obligatio quàm liberatio, quia proniores esse debemus ad liberationem quàm ad obligationem, *l. Arrianus* 41. *infr. de oblig. & action.* Planè si debitor sciens ademptum esse filiofamilias peculium ei soluerit, neque liberatur, quia & ei soluit qui creditor non erat, & mala fide, neque habet condictionem, quia sciens indebitũ soluit, vt Vlp. hîc scribit.

9 ¶ Si filiusfamilias contra Macedonianum mutuatus soluerit: & patri suo hæres effectus, velit vindicare nummos: exceptione summouebitur à vindicatione nummorum.

Ad §. 9. Si filiusfamilias.

RAT. DVB. Filiusfamilias, qui contra Senatusconsultum Macedonianum mutuam pecuniam accepit, quamuis obligetur naturaliter, ideóque nõ possit repetere quod soluit post patris mortem *leg. sed si paterfamilias* 9. §. *vlt. & l. seq. inf. de SC. Macedon.* cũ tamen patri heres extitit, non alio iure censeri potest, quàm alius quilibet heres patris, & quàm pater ipse si viueret, cuius vicem repræsentat: non enim debet esse deterior condicio filijfamilias ob id, quòd filiusfamilias sit, cùm sit & heres *argum. l. 1. §. vlt. infr. si quis à parent. manumiss. sit.* Atqui cùm filiusfamilias soluit viuo patre, non alienantur nummi, qui magis sunt patris quàm filij, si non pater consenserit aut obligationi aut solutioni, & ideò vindicatio nummorum datur patri, & consequenter cuilibet patris heredi, cùm eadem causa sit & esse debeat heredis, quæ fuit defuncti *l. heredem* 59. *l. hereditas* 62. *de regul. iur. l. nihil est aliud hereditas* 24. *de verb. signific.* Ergo & filio ius idem competere debet, vt nummos illos vindicare possit, cùm in patris hereditate filiusfamilias plus iuris habeat quàm heres quilibet extraneus, vel ob hoc maximè quòd etiam viuo adhuc patre iam heres & dominus rerum paternarum esse intelligatur *l. in suis* 11. *infr. de liber. & posth. l.* 1. §. *largius de succes. edict.* ita vt nulla ei aditione sit opus ad acquirendam patris hæreditatem *l. in suis* 14. *de suis & legit.* Proinde si nummos contra Senatusconsultum creditos, & viuo patre solutos filiusfamilias vindicet, nulla exceptione repellendus est, cùm suo iure id faciat, nec tanquam filiusfamilias, sed tanquam heres patris arg. *l. si paterfamilias* 15. §. 1. *supr. de adopt. l. quædam* 9. § *nihil interest supr. de edend.* DEC. Nemini permittendum est, vt contra factum suum veniat ad suum commodum, licèt ex alio & nouo iure, & ex alterius persona *l. post mortem* 25. *supr. de adopt. l. etsi is qui* 10. *infr. de distract. pignor.* dolo enim facit quisquis per occasionem iuris ciuilis contra naturalem æquitatem captat luctum ex damno alieno *l.* 1. *infrà de doli mal. except.* Atqui filiusfamilias vindicans nummos, quos ex causa mutui soluerat viuo patre, licèt eos vindicet tanquam heres patris, venit tamen contra factum proprium. Ergo non debet ei permitti, vt nummos illos vindicet, quos si hodie soluerat, repetere non posset, quamuis non eadem iuris ratio vindicationi obstet, quæ obstaret repetitioni. Repetitionem enim illud impedit, quod filiusfamilias naturaliter obligatus est adeóque ciuiliter, tametsi iuuetur exceptione Macedoniani *d. l. quia naturalis* vbi dicemus, at vindicationi non obstat hæc ratio, sed tantùm æquitas illa, quòd non sit audiendus, qui contra factum suum venire vult, vt per occasionem iuris ciuilis lucrum captet ex damno alieno *d. l.* 1. *de doli mal. except.* Itaque quod hîc dicitur filiumfamilias vindicantem quasi heredem patris nummos quos pater, si viueret, aut alius quilibet patris heres vindicare posset, non de alia vtique exceptione intelligi meo iudicio debet, quàm de exceptione doli, vt & in *leg. item si* 7. *alias leg. sed Iulianus §. sed etsi filiusfamilias infr. de SC. Maced.* quæ ferè sola contra vindicationem potest & solet competere. Nam quemadmodum vindicatio non ex obligatione aliqua nascitur, sed ex præsenti tantùm possessione *leg. non aliàs* 24. §. *sed si postulatur supr. de iudic.* ita neque vlla pacti exceptione summoueri facilè solet. Denique non debet facilior aut fauorabilior esse petitio, quàm repetitio, & quamuis in directa rei vindicatione non de iure alicuius obligationis, sed tantùm de dominio quæratur, ei tamen, qui & naturaliter & ciuiliter obligatus est, absurdum sanè sit permittere petitionem & vindicationem eius pecuniæ, quam si nunc soluerat repetere non posset, imò quam nec viuo patre repetere potuit, soli enim patri aduersus solutionem à filiofamilias factam succurritur, vt nummos à filiofamilias solutos pater vindicare tanquam suos possit *leg. si filiusfamilias* 14. vbi diximus *supr. de reb. credit. d. l. sed si paterfamilias* 9. §. 1. *infr. de SC. Maced.* Hoc igitur casu filiusfamilias nõ repetet, neque per vindicationẽ neq. per condictionem, sed ab vtraq. obligatione & naturali & ciuili qua tenebatur, liberabitur, vt & in *l. cùm is* 32. §. 1. *in fin. infrà hoc tit.* Quid? An non tutus fuit exceptione perpetua filiusfamilias antequam soluerat, ne soluere cogeretur? Ita sanè est, & tamen repetere non potest, siue viuo, siue mortuo iam patre soluerit, qui non tam ipsius fauore quã odio creditoris ea exceptio comparata est *l. qui exceptionẽ* 40. *inf. hoc tit. d. l. sed si paterfamilias* 9. §. *vlt. infr. de SC. Maced.* Itaq; non habet hîc locum quod scriptum est in §. *indebitũ & §. adeò autem supr. hac lege, & in l. si is qui* 24. *supr.* eum qui tutus exceptione perpetua soluit posse repetere, si non sciens soluerit. Quòd si pater obligationi filijfamilias cõsenserit, atq. ita cesset Senatusconsultũ, nullus de vindicatione aut cõdictione quæstioni locus relinquitur, siue patri heres extiterit filius siue non, quamuis tãto magis teneri eum oporteat cùm patri heres fuit, vt in *l. si permittente* 4. *C. de SC. Macedon.*

10 ¶ Si quis quasi ex compromisso condemnatus, falsò soluerit, repetere potest.

Ad §. 10. Si quis quasi.

RAT. DVB. Ad impediendam repetitionẽ suf-

ficit quod quis se putet cõdemnatum *l. cùm putarem* 36. *supr. famil. erciscund.* Ergo si quis ex compromisso cõdemnatum se quamuis falsò existimans soluerit, non

non repetet, quia putat se condemnatum, præsertim cùm redacta sint compromissa ad instar iudiciorum *l.1.supr.de recept. Qui arbitr. recep.* Dec. Aliud longè est, si quis putet se condemnatum ex sententia iudicis à Prætore dati, & ex præscripto formulæ iudicantis, aliud verò si putet se cõdemnatum quasi ex compromisso per sententiam arbitri priuata litigatorum auctoritate constituti. Ex sententia enim iudicis nascitur actio *l. actori 8. C. de reb. credit.* non etiam ex sententia arbitri, quia priuatorum consensus sicuti iurisdictionem dare non potest *l. 3. Cod. de iurisdict.* ita neque iudicem facere, quod iurisdictionis est *l.3.supr.eod. ill.tit.* at ne quidem exceptio, sed tantùm pœnæ petitio, *l.2.supr de recept. l.1. Cod.eod.ill. tit.* Ergo, inquies, videtur sciens soluere indebitum is, qui soluit quasi condemnatus ex compromisso, cùm etiamsi verè condemnatus esset, nihil tamen ex ea condemnatione deberet, quam esse germanam ad hunc locum dubitandi rationem putat Bartolus. Sed respondendum est, quod & ipse respondet, parendum esse sententiæ arbitri metu pœnæ, non minùs quàm sententiæ iudicis pedanei, & ideò perinde succurrendum esse illi qui falsò existimans se ex compromisso condemnatum soluit indebitũ, quàm si ex alia qualibet falsa causa soluisset. Nec enim videri potest sciens indebitum soluisse is, qui putauit se, ni solueret, ad pœnæ solutionem cogi posse, sicut & is qui soluit ex falsa causa eius actionis, quæ per inficiationem crescere potuisset *l.ea quæ 4. C. hoc tit.* In eo tamen melioris condicionis est, quàm si ritè per sententiam iudicis condemnatum se credidisset, quòd eo casu condictionem non haberet *dict. l. cùm putarem*, propter auctoritatem rei iudicatæ, quæ tanta est, vt sola iudicati opinio possit sufficere, non quidem ad dandam iudicati actionem, sed tamen ad impediendam soluti repetitionem. Quod tamen ita accipiendum esse videtur, si qua sententia & condemnatio lata sit, quamuis minùs ritè, quàm nihilominus ritè latam esse soluens putauerit, *vt in d.l.cùm putarem.* Etsi enim sententia minùs ritè lata nec sententiæ nomen meretur, *l. 4. §. condemnatum infr. de re iudic.* de facto tamen lata est, & quod ex ea causa solutum fuit, ex causa iudicati solutum creditur, quod non æquè dici posset, si quid solutum esset, quasi debitum ex ea sententia & condemnatione, quæ nulla omnino, ne quidem de facto lata esset. Nec sanè sola rei iudicatæ falsa opinio sufficere posset ad impediendam indebiti condictionem, quia in eo nulla rei iudicatę auctoritas vertitur.

II ¶ Hereditatis, vel bonorum possessori, si quidem defendat hereditatem, indebitum solutum condici poterit: si verò is non defendat, etiam debitum solutum repeti potest.

Ad §. II. Hereditatis.

Rat. dvb. Is qui neque heres, neque bonorum possessor verè est, sed tantùm hereditatem, vel bona defuncti possidet bona fide, nullum ius habet retinendæ solutionis, si quid ei solutum sit à debitoribus hereditariis quasi defuncto debitum, siue debitum reuera fuerit, siue indebitum, quia verum est, omni casu nihil huic bonę fidei possessori deberi, cùm neque iure ciuili heres, neque iure prætorio heredis loco sit. Non enim quod bona fide hereditatem, vel bona possideat, facit eum aut legitimum, aut honoratium successorem. Ergo indistinctè dicendum est, id quod ei solutum fuit condici posse, siue hereditatem defendat, siue non defendat, & siue defuncto debitum fuerit, quod solutum est, siue indebitum, quia quod hereditatem, vel bona possessor hic defendat, facere nõ potest, vt eò magis heres, vel bonorum possessor esse intelligatur. Dec. Bonæ fidei possessor hereditatis vel bonorũ, quandiu hereditatem, vel bona defendit aduersus verum heredem, cùm heredis aut bonorum possessoris titulo nitatur, & pendente lite plus iuris habeat hoc ipso quod possessor est, ius habet accipiendæ solutionis à debitoribus hereditariis, qui nec alium vllum habent cui tutiùs possint soluere, si statim nec exspectato iudicij fine liberari velint per solutionem. Quanquam enim non liberantur ipso iure debitores hereditarij, quo primùm instanti soluunt bonæ fidei possessori, quia soluunt alij quàm vero creditori, quia tamen potest iis contingere liberatio, & quidem ipso iure, si quando condemnatus bonæ fidei possessor restituat pecuniam vero heredi, cùm sufficiat pecuniam ad verum creditorem quandocunque tandem peruenire, nec ei auferri vnquam posse *l. si quid possessor 31. §. vlt. de hered. petit. iunct. l. in perpetuum 61. infr. de solut.* non potest interim locus esse condictioni indebiti *l. quod Seruius 8. supr. de cond. caus. dat.* præsertim cùm ante sententiam de hereditate latam nesciri possit, quis iudicij ac litis euentus futurus sit. Ergo si è contrario bonæ fidei possessor hereditatis, aut bonorum non defendat hereditatem, dicendum est non posse ei condici, quod solutum ipsi fuit, etiamsi defuncto verè debitum fuerit, quia neque ius, neque colorem vllum habere potest, tanquam heres ille, qui hereditatem non vult defendere. Quid enim aliud hoc est, quàm fateri se heredem non esse? Quare nec exspectandum est, vt condemnetur, quomodo Accursius noster post Azonem locum hunc intellexisse videtur. Nam post condemnatoriam sententiam, non dubitatur, quin ei qui falsus heres pronunciatus est, condici etiam debitum possit, quod ei solutum fuerat, siue suo nomine, siue hereditario. Interest enim creditoris solutum repetere, vt vero heredi soluendo liberari possit, nisi paratus sit falsus heres, id quod accepit, vero heredi & victori restituere *dict. l. si quid possessor §. vlt.* solutio enim quæ non parit liberationem, semper parit condictionem cum ab ignorante facta est, *§. si centum sup. & §. si decem infr. hac lege.* Multò magis indebitum huic bonæ fidei possessori condicetur, quod etiam illi qui hereditatem defendit, & se heredem dicit, condicitur. Nam cui debitum solui potest, multò magis indebitum condici etiam potest, quoniam & ipsi defuncto si ei solutum esset, condiceretur. Duplex igitur distinctio hîc necessaria est. Prior illa an bonæ fidei possessor hereditatis hereditatem defendat necne: si non defendat, non subdistinguimus, an solutum sit debitum, an indebitum, quia omni casu tenetur condictione indebiti: sed si hereditatem defendat. subdistinguendum est, an debitum defuncto fuerit quod solutum est, an verò indebitum, si debitum, condici non potest, si indebitum condici potest. Interpretes nostri non parum laborarunt in huius §. interpretatione

BIU Cujas

contendentes, an de vero herede intelligendus sit, an de falso, &, vt loquuntur, putatiuo. Cui contentioni causam dedit vulgata lectio, quæ habet *Heredi*, pro eo quod Florentina lectio melius *Hereditatis*, quamquam neutra lectio certè ambigua est. Nam sicuti heredis appellatione alius significari non potest, quàm qui verè heres est, ita nec hereditatis possessor alius intelligi quàm qui bona fide eam possidet, cùm heres non sit. Cùm enim de eo qui non bona fide hereditatem possidet, Iureconsulti loquuntur, aut prædonem eum nuncupant, aut malæ fidei possessorem, vt vidimus, & diximus in *tit. de hered. petit.* Non tamen vtraque lectio vera est, sed Florentina sola, vulgaris verò falsa.

12 ¶ Libertus, cùm se putaret operas patrono debere, soluit. condicere eum non posse, quamuis putans se obligatum soluit, Iulianus libro decimo digestorum scripsit. natura enim operas patrono libertus debet. Sed & si non operæ patrono sunt solutæ [a]: sed cùm officium ab eo desideraretur, cum patrono decidit pecunia, & soluit: repetere non potest. Sed si operas patrono exhibuit, non officiales, sed fabriles [b], veluti pictorias, vel alias, dum putat se debere: videndum est, an possit condicere. & Celsus libro sexto digestorum putat, eam esse causam operarum, vt non sint eædem, neque eiusdem hominis: neque eædem exhibeantur. nam plerumque robur hominis, ætas temporis, opportunitásque naturalis mutat causam operarum. & ideo nec volens quis, reddere potest. sed hæ (inquit) operæ recipiunt æstimationem [c]: & interdum licèt aliud præstemus, (inquit) aliud condicimus: vt puta fundum indebitum dedi, & fructus condico: vel hominem indebitum, & hunc sine fraude modico distraxisti: nempe hoc solum refundere debes, quod ex pretio habes, vel si meis sumptibus pretiosiorem hominem feci: nónne æstimari hæc debent? sic & in proposito, ait posse condici, quanti operas essem conducturus. Sed si delegatus sit alij à patrono in officiales operas [d], apud Marcellum libro vicensimo digestorum quæritur. & dicit Marcellus, non teneri eum, nisi fortè in artificio sint [e]. hæ enim, iubente patrono, & alij edendæ sunt [f], sed si soluerit officiales delegatus [g], non potest condicere: neque ei, cui soluit, creditori, cui alterius contemplatione solutum est, quíque suum recepit: neque patrono, quia natura ei debentur.

Ad §. 12. Libertus.

RAT. DVB. Libertus, qui operas nullas patrono promisit, neque per pactum, neque per stipulationem, non potest videri earum debitor, siue iure ciuili, siue honorario: ius enim ciuile stipulationem requirit, prætorium verò & honorarium saltem exigit pactum nudum. Ergo si eas libertus per errorem soluerit putans se debere, poterit condicere tanquam indebitas. DEC. Naturalis obligatio impedit repetitionem soluti *l. 3. in fin. supr. quod quisque iur. l. naturales* 10. *infr. de oblig. & action. l. naturaliter* 13. *& l. seq. & pass. hoc tit.* Atqui libertus natura debet patrono operas obsequiales, & quæ generaliore nomine officiales appellantur, id est, vt Azo benè interpretatur, non quidem iure naturali, quod sicuti seruos nullos agnoscit, ita neque libertos *l. 4. supr. de iustit. & iur.* sed ratione quadam insita à natura, quæ nos obligat ad ἀντιδωρα, vt bene facienti benefaciamus *l. sed etsi* 25. *§. consuluit supra de hered. petit.* vt diximus ad initium huius legis. Quonam enim maiore beneficio quàm libertatis patrono libertus obstrictus esse potest, cùm libertas, vt habet iuris regula, sit res inæstimabilis? Non ergo condictionem habere libertus potest qui operas soluit, quamuis in eo errauerit, quòd eas aut ciuili, aut naturali iure à se debitas esse putaret. Quamquam si malis cum Accursio dictionem illam *natura* referre ad ius gentium, non valde repugnabo: is enim natura debere dicitur, quem iure gentium dare oportet *leg. cùm amplius* 84. *§. is natura debet de regul. iur. leg. Stichum aut Pamphilum* 95. *§. naturalis de solut.* Etenim iis, quæ solis hominibus conueniunt, ius naturale & ius gentium pro synonymis accipiuntur *§. singulorum Instit. de rer. diuis.* Placet autem quod Bartolus hinc notat, quando aliquid soluitur ex vna causa ex qua est indebitum, retineri id posse ex alia, ex qua sit debitum ex *l. cùm in corpus infr. de acquir. rer. domin.*

a *Sed etsi non operæ patrono sunt solutæ.* RAT. DVB. Libertus, qui non operas soluit, sed cùm ab eo aliquod officium duntaxat desideraretur, cum patrono decidit pecuniâ, & pro officio illo pecuniam soluit, non potest videri aut operas soluisse, aut quid aliud vice operarum, quas natura debuit, sed aliud quiddam extra causam operarum. Ergo nihil est quod impedire debeat, ne pecuniam illam quasi indebitè solutam possit condicere. DEC. Non tantùm operas libertus patrono natura debet, sed etiã omne officij genus. Nam nec alia ratione operas debet quàm quia sunt diurnum officium *l. 1. infr. de oper. libert.* eæ præsertim quæ obsequiales & generaliore nomine officiales ob eam causam dicuntur, de quibus solis initium huius §. loquitur: nam de fabrilibus

brilibus, & artificialibus postea Vlpianus tractat. Cúmque in honore & reuerentia potissimum consistant, siue in faciendo sint, siue in non faciendo, negari non potest, quin ipsa etiam officia quæ patronus à liberto desiderat, natura debeantur perinde ac operæ, cùm nec alio iure castigetur libertus à præfecto vrbis, si quid in patronum peccauerit, quàm quia inofficiosus fuit, tum quoque cùm neque contumeliam ei fecit, neque conuicium dixit *leg. 1. infr. de iure patron. leg. officio 5. Cod. de negot. gest. leg. 1. §. cùm patronus suprà de officio præfecti vrbis.* Perinde igitur dicendum est repetere illum non posse, cum pro officio, quod patronus desiderabat, pecuniam ei soluit, ac si operas præstitisset. Quamquam repetitionem impedit illa etiam ratio, quam adfert Accursius, quod transactionis species quædam est, decidere pecuniâ cum patrono officium desiderante: decidere enim pecunia de re aliqua nihil nisi transigere est in libris nostris. Transactio autem nisi dicis causa & per calumniam facta sit, iustam causam inducit impediendæ condictionis *leg. eleganter 23. §. si quis post transactionem suprà leg. in summa 65. infrà hoc titulo.*

b *Sed si operas patrono exhibuit non officiales, sed fabriles.* Distinguit Vlpianus in hoc versiculo fabriles & artificiales operas ab officialibus, vt quod hucusque dictum est, operas à liberto exhibitas patrono condici non posse, ad officiales restringatur, nec ad fabriles & artificiales extendatur.

RAT. DVB. Operæ fabriles & artificiales non debentur natura vt officiales, sed ita demum si promissæ sint per stipulationem aut per iusiurandum in ipsa datione libertatis *l. vt iurisiurandi 7. & pass. infr. de oper. libert. l. in liberto 77. de solution.* Ergo si eas libertus soluerit, cùm debere se putaret, nec vllas deberet, poterit condicere quasi indebitas, vt in eo differant ab officialibus.

DEC. Ea causa est operarum, vt non sint eædem, si neque eiusdem hominis sint, neque eidem exhibeantur, nam plerumque robur hominis, ætas, temporisque opportunitas naturalis mutat causam operarum: sic enim hîc apud Vlpianum lege, vt in vulgatis codicibus, non vt in Florentino *ætas temporis, opportunitasque naturalis.* Ergo nec volens patronus operas reddere posset liberto, quas libertus per errorem indebitas ei soluisset, & consequenter non possunt operæ illæ, quamuis nec natura debitæ condici, quia nec aliam ob causam datur condictio, quàm vt reddatur quod indebitum solutum condicitur *leg. penult. infr. de præscript. verb.*

c *Sed hæ, inquit, operæ recipiunt æstimationem.* RAT. DVB. Operæ in rerum natura non sunt *leg. operæ 9. infr. de oper. libert.* quia priusquam dies præterierit, quo præstari debuerunt, peti non possunt *leg. 3. in principio, leg. si quis 13. §. iudicium leg. quoties 24. eodem.* quoniam opera in actu consistit *leg. 1. suprà de oper. seruorum.* vbi verò dies præteriit, iam aliæ sunt, quia alterius temporis. Ergo nec æstimationem recipere possunt, cùm æstimari non possit id quod non extat *leg. in actionibus 5. versicul. planè de in lit. iur.* non entis enim nullæ sunt qualitates *leg. si partem 19. supr. quemadmodum seruit. amit. leg. si Titio 22. infr. quando dies legat. ced.* nec vlla proinde æstimatio. Ergo non possunt operæ æstimationem recipere, præsertim quæ per condictionem petatur: idipsum enim condicendum est, quod solutum fuit, aut tantundem ex eodem genere *dicta leg. penultima infr. de præscriptis verbis, iunct leg. quod indebitum 7. suprà hoc titul.* cùm dicatur hæc condictio indebiti soluti, *leg. indebiti 15. suprà.* ponimus autem operas indebitas solutas fuisse, non earum æstimationem: multùm enim differt rei æstimatio à re ipsa *leg. si alij 42. §. primò supra de vsufruct.* proinde nec operatum fabrilium æstimatio condici magis poterit, quàm ipsæ operæ.

DEC. Operæ quia non possunt peti nisi præteritæ, perinde à libertis petuntur ac pecunia credita *leg. à duobus 4. de oper. libert.* ideóque quasi in pecuniæ & æstimationis præstatione consistere dicuntur *leg. fabriles 6. eodem.* Ergo si solutæ sint indebitæ, nihil prohibet earum æstimationem condici. Ad æstimationem enim necessariò recurrendum est, cùm res ipsa præstari nullomodo potest *dict. versicul. planè leg. vltim. Cod. de fideicommiss. libert.* nec nouum est, vt aliud solutum sit, aliud verò condicatur. Nam & cùm fundus indebitus datus est etiam fructus qui dati non sunt condicuntur *dict. leg. indebiti.* Et si hominem indebitum tibi soluerim, quem tu bona fide modico precio distraxeris (aliud enim est si mala fide *leg. in summa 65. §. penultim. infr.*) non hominem ipsum cogeris mihi reddere, sed hoc solum refundere quod ex precio habes, & in quo locupletior factus es: imò, quod magis est, si hominem indebitum tibi solutum precioriorem feceris tuis sumptibus, hoc quoque æstimari debebit, nimirum quia condictio indebiti ex bono & æquo comparata est, ob id solùm ne is qui indebitum accepit ex aliena iactura, contra naturalem æquitatē locupletetur, *l. nam hoc naturæ 14. supr. l. hæc condictio 66. infr. hoc titul.* non etiam vt damnum ei aliquod infligatur. Ergo & in specie proposita dicendum est libertum, qui operas fabriles indebitas patrono soluit, posse earum æstimationem condicere, non quanti libertus operas alij locaturus fuisset, sed quanti patronus ab alio conducturus, ne alioqui moretur in damno patronus, si præstare cogatur quanti libertus operas suas locare alij potuit, si non tanti conducturus patronus fuit, vt benè Accursius explicat. Neque verò id negat Marcianus in *dict. leg. penultim. de præscriptis verbis.* vbi de condictione duntaxat operarum loquitur, non de condictione æstimationis, vt & Accursius ibi benè interpretatur. Idem tamen malè putat, si is qui indebitum hominem accepit, precioriorem illum suis sumptibus fecerit, nullam eorum sumptuum in condictione rationem haberi debere. Ita enim fieret, vt in damno versaretur is quem condictio indebiti teneret, quem tamen in lucro non morari satis est. Sed Accursium fefellit mendum vulgatæ lectionis, quæ sic habet *non æstimari hoc debet*, cùm tamen legendum sit, vt Florentiæ *nónne æstimari hæc debent?* per interrogationem scilicet, quæ adfirmatiuum sensum faciat, non negatiuum.

d *Sed etsi delegatus sit à patrono in officiales operas.* RAT. DVBIT. Delegari potest quisquis debitor est, cùm delegatio fiat volente duntaxat, & consentiente debitore *leg. 1. Codic. de nouat. & delegat.* neque verò interest debitoris cui soluat quod de-

BIU Cujas

bet, dummodo liberetur. Ergo in officiales quoque operas, perinde atque in fabriles delegari libertus à patrono potest, tantóque magis quòd officiales patrono magis debentur, quàm fabriles: debentur enim naturaliter, etiamsi neque per stipulationem, neque per iusiurandum promissæ sint, quod in fabrilibus secus est, vt suprà diximus.

Dec. Officiales operæ futuræ, de quibus solis Vlpianus hîc loquitur, adeò merè personales sunt, vt nec alij deberi possint, quàm patrono, nec ab alio, quàm à liberto, cùm proprietas earum & in edentis persona, & in eius cui eduntur, consistat: fabriles autem aliæve eius generis sunt, vt à quocunque cuicunque solui possint, & cùm in artificio sint iubente patrono & alij edi possunt *dict. leg. operæ 9. de oper. libert.* Ergo alij quàm patrono præstari operæ officiales nequeunt, nec proinde alij à patrono delegari, quia nec officium & obsequium alij quàm patrono libertus debet. Sic dicimus fideicõmissum alij quàm fideicommissario præstari non posse, si vniuersale sit non singulare, nec à fideicommissario cedi alij posse ne quidem per delegationem, adeóque quod magis mirum est, nec ex causa dotis *l. si mulier 59. §. ex asse infr. de iur. dot.* ob rationem eandem personalitatis, vt ita dicam, quæ à Marcello adfertur eo loco. In fabrilibus ergo aliud iuris est, cùm iubente patrono, alij quoque edi possint, nec ideò aliæ sint quàm illæ ipsæ, quæ patrono debentur *dict. leg. operæ iunct. l. quia aliæ 12. eod. tit.*

e *Nisi fortè in artificio sint.* Ergo etiam officiales in artificio possunt consistere, debet enim exceptio esse de regula, conttà quàm sensisse videatur Accursius, & post eum Bartolus, qui officiales operas ab artificialibus tanquam specie diuersas distinguunt: cùm tamen & officiales & fabriles artificiales esse possint, & similiter non artificiales. Artificiales autem nullæ esse possunt, quin aut officiales sint, aut fabriles. Itaque habent se vt species indifferentes. Summa autem operarum diuisio illa est, vt aliæ officiales sint, aliæ fabriles, de quibus omnibus generaliter nostri tractant ad hunc locum, nos verò in Iurisprudentiæ nostræ Papinianeæ scientia latissimè ad *tit. de libertin.* & dicemus proprio suo loco ad *tit. de oper. libert.* si dabit Deus Opt. Max. vt ad illum vsque tit. Rationalia nostra feliciter perducamus.

f *Hæ enim iubente patrono & alij edi possunt.* Rat. dvb. Alij operæ sunt, quæ alij quàm patrono eduntur *d. l. quia aliæ 12. infr. de oper. libert.* Ergo nec iubente patrono alij edi possunt, alioquin aliud solueretur, quàm quod deberetur.

Dec. In officialibus quidem id verum est, sed non in fabrilibus, nec in officialibus, quæ sunt artificiales, vt diximus ad *versiculum, Sed etsi delegatus ex d. l. operæ 9. de oper. libert.*

g *Sed si soluerit officiales delegatus.* Rat. dvb. Operarum officialium delegatio nullius momenti est, *dict. versiculo, Sed etsi delegatus.* Ergo si eas delegatus soluerit per errorem, dicendum est, condici eas posse aut creditori cui solutæ sunt, aut patrono, cuius nomine. Solutio enim quæ non parit liberationem, parit omnimodo condictionem, *§. proxim. infr.* nisi in casu *leg. Neratius 63. hoc titul.*

Decid. Repetitio nulla est ab eo, qui suum recepit, licèt alius soluerit, quàm qui debebat *leg. repetitio 44. infr.* Atqui in specie proposita creditor cui delegatus soluit, suum recepit, nomine patroni delegantis, qui verè debitor fuit. Ergo condici ei non possunt. Rursum naturalis obligatio impedit repetitionem soluti *leg. 3. in fin. suprà quod quisque iur.* atqui officiales & obsequiales operæ naturaliter debentur patrono liberto, vt diximus initio huius §. Ergo nec patrono condici possunt. Igitur neutri. Si neutri, consequenter nulli.

13 ¶ Si decem aut Stichum stipulatus, soluam quinque: quæritur, an possim condicere. quæstio ex hoc descendit, an liberer in quinque. nam si liberor, cessat condictio: si non liberor, erit condictio. placuit autem (vt Celsus libro sexto, & Marcellus libro vicesimo Digestorum scripsit) non perimi partem dimidiam obligationis: ideóque eum qui quinque soluit, in pendenti habendum, an liberetur, petíque ab eo posse residua quinque aut Stichum: &, si præstiterit residua quinque, videri eum & in priora debita soluisse. Sin autem Stichum præstiti. set, quinque eum posse condicere, quasi indebita. sic posterior solutio comprobat, priora quinque vtrum debita, an indebita soluerentur. Sed & si post soluta quinque[a], & Stichus soluatur: & malim ego habere quinque, & Stichum reddere: an sim audiendus, quærit Celsus. & putat natam esse in quinque condictionem, quamuis vtroque simul soluto, mihi retinendi, quod vellem, arbitrium daretur.

Ad §. 13. Si decem.

Rat. dvbit. In obligatione alternatiua, vtraque res separatim considerata est in obligatione, ita vt qui eam solam soluit, totum id quod debet soluere dicatur *leg. Stichum aut Pamphilum 95. de solut.* Ergo si quis decem aut Stichum alternatiuè promiserit, negari non potest, quin decem debeat, & à tota obligatione liberetur, si decem integra soluat. Proinde si quinque soluat, cur non saltem in illis quinque liberabitur? vt nimirum eadem sit ratio partis ad partem, quæ totius ad to-

BIU Cujas

ad totum: aut si aliquid est, quod impediat liberationem, quidni possunt ea quinque statim condici non expectato euentu reliquæ solutionis, cùm solutio quælibet aut liberationem parere debeat, aut condictionem §. *si centum suprà leg. cùm is* 32. §. *primo infrà*, nisi in casu singulari *leg. Neratius* 63. *hoc titulo*? Et tamen scribit hîc Vlpianus ex Celsi & Marcelli sententia non perimi partem dimidiam obligationis, sed eum qui quinque soluit, in pendenti habendum esse, an liberetur, ideóque peti ab eo interim posse aut reliqua quinque aut Stichum. Cur verò reliqua quinque duntaxat, & non tota decem, quæ prius in obligatione fuerunt, si in quinque solutis nulla fuit secuta liberatio? Aut cur Stichus totus peti potest, iam solutis quinque ex decem ab eo qui non nisi decem aut Stichum debebat?

DEC. Quandiu solutio in eo est, vt possit parere liberationem, non potest id quod solutum est, condici, quia non potest omnino indebitum dici, quod adhuc debitũ fieri potest *l. quod Seruius* 8. *in fi. supr. de condition. caus. dat.* §. *hereditatis supr. hac leg.* sicuti nec in totum dicitur falsum quod veritatis primordio adiuuatur *leg. cùm filius* 76. §. *heres meus de legat.* 2. Atqui solutis quinque ab eo qui decem, aut Stichum debebat, licèt nulla per eiusmodi solutionem contingat liberatio, ne quidem in quinque, potest tamen aliquo casu adhuc contingere, scilicet si reliqua quinque postea soluantur à debitore, qui malit ea quinque reliqua quàm Stichum soluere. Ergo interim non possunt quinque illa condici, sed creditori relinquitur electio, vtrum alia quinque malit petere, an Stichum: & si quidem quinque petat, hoc ipso videtur solutionem priorum quinque imputare in solutionem eorum decem, quæ disiunctim & alternatiuè cum Sticho debebantur: atque ita contingente liberatione in decem, sublatáque Stichi obligatione nihil est quod de prioribus quinque solutis condicendis tractari possit. Sed si malit creditor Stichum petere, tum verò priora quinque condici poterunt, quasi indebitè soluta, & quæ debita amplius fieri numquam possunt, sublata per Stichi solutionem vtrâque parte obligationis alternatiuæ. At verò cur non ab initio, & ipso solutionis tempore, solutis quinque non contingit liberatio in quinque? Nam & qui hominem aut decem stipulatus est, si quinque acceptò fecerit, statim perimit partem stipulationis, ideóque non quinque aut hominem petere potest, sed quinque tantùm vel partem duntaxat hominis *leg. qui hominem* 17. *infr. de acceptilation.* Hoc verò cur ita in acceptilatione, nisi quoniam acceptilatio vim solutionis obtinet, ac imaginaria quædam solutio est? §. *primo Instit. quibus modis tollit. obligat.* Cur ergo diuersum in vera & naturali solutione? An fortè minoris potestatis est vera & naturalis solutio, quàm acceptilatio? Accursius noster multum hîc laborat. Sed meliùs longè Bartolus distinguit acceptilationem à solutione: quia si solutio partis in vna re ex duabus alternatiuè promissis pareret liberationem præsentem, & absolutam, eueniret, vt pars quoque in alia re solui posset, puta in parte Stichi, atque ita solutionem vnius obligationis in diuersis rebus fieri contingeret, quod absurdum esset §. *proxim. infr. leg. in executione* 85. §. *pro parte infr. de verborum obligationib.* Hoc verò non contingit in acceptilatione, quæ licèt solutionis vim & instar habeat, fit tamen adhibita sola verborum & iuris solemnitate, nullo corpore interueniente *leg.* 2. §. *si tamen hominem, eodem titulo.* Proinde si certa res & species debeatur, nemo dubitat, quin parte Stichi soluta contingat pro ea parte liberatio, quia non potest hoc casu solutio in duabus rebus diuersis fieri *leg. stipulatus sum* 9. §. *primo de solutionibus*, vbi additur, eum, qui hominem debet, partem Stichi dando nulla ex parte liberari, sed nihilominus hominem debere, & hominem ab eo peti posse, nec priùs liberationem debitori contingere, quàm Stichi partem reliquam soluerit, vel per actorem steterit, quominus eam accipiat, alioqui si is, qui partem Stichi soluit, partem Pamphili solueret, liberaretur in totum: quod certè esset ridiculum *dict. leg.* 2. §. *primo de verborum obligationibus*, vbi tamen videtur Paulus ab Vlpiano nostro dissentire in illis verbis, *Sed aut statim repeti potest, aut in pendenti est, donec alia detur.* (sic enim ibi legendum est, non *alius* facta relatione ad aliam partem Stichi, cuius partem vnam solutam esse Paulus posuerat,) nisi dicamus, quod certè verum est, priorem illam partem sententiæ Pauli corrigi per posteriorem, quod prudentibus nostris familiare satis est, præsertim Paulo, vt in *leg. qui seruum* 34. §. *primo in fin. de obligationibus & actionib. iuncta leg. debitori* 50. *infr. de fideiussor.* Verius enim est dicere in pendenti esse liberationem in hac specie, & consequenter ipsam condictionem, vt Vlpianus hîc ex Celso scribit, quàm quod Paulus tentat in *dict.* §. *primo.* nasci statim liberationem, nam si nasceretur statim liberatio in quinque, alterutrũ euenire necesse esset, vt vel alia quinque omnimodo deberentur, nec Stichus amplius peti posset, ne quidem disiunctim, & alternatiuè, vel Stichi pars solui posset ad tollendam integram obligationem: quorum vtrumque & falsum & absurdum est. Neque verò mirari quis debet in pendenti esse liberationem, & ex euentu æstimandum esse, an ab initio contigisse retrofingatur, nécne. Nã & aliis casibus plerisque idem euenit, vt ex euentu & ex postfacto appareat, quid antè fuerit *leg. qui res* 94. *in princ. & §. primo infr. de solut. l. quædam* 15. *de rebus dubiis.*

a *Sed & si post soluta quinque.* RAT. DVBITAND. In alternatiua obligatione electio est debitoris ex regula iuris Pontificij, & ciuilis in *leg. plerunque* 11. §. *vltim. infr. de iure dot. leg.* 2. §. *Scæuola de eo quod cert. loc.* nisi cùm eligendi ius datum est creditori *leg. Stichum aut Pamphilum* 95. *in princip. de solution.* Atqui in specie proposita, si cùm decem mihi abs te deberentur aut Stichus, tu primùm quinque mihi solueris, postea etiam Stichum, in tua potestate est, aut reliqua quinque aut Stichum petere, & consequenter incipio ego debere tibi quinque aut Stichum, atque ita sum tuus debitor alternatiuus. Ergo si malim habere quinque quæ accepi ex decem, & Stichum reddere, sum audiendus, quemadmodum vtroque simul soluto, mihi retinendi vtrum vellem arbitrium daretur. DEC. Cùm ex decem soluta sunt quinque, nata statim est condictio quinque, tametsi natam esse non apparuerit, nisi ex postfacto, id est, soluto demum Sticho, secundum ea quę proximè diximus. Nam cùm per solutionem

BIU Cujas

Stichi apparuerit, liberationem in prioribus quinque solutis contingere nullam potuisse, (residua enim quinque soluenda erant, vt priora quinque soluta debita fuisse viderentur,) consequens est, vt exinde eorum quinque condictio præcisè nata, iam inde ab initio fuisse retrofingatur. Quo posito illud etiam fit, vt in obligatione condictionis non possit dici Stichus esse, ne quidem alternatiuè, sed vt debitè solutus dici debeat, quia prioribus quinque factis indebitis per solutionem Stichi, Stichus omnimodo debitus esse cœpit, nec in mea potestate esse potest aut debet, vt faciam eum indebitum, si malim Stichum quàm quinque reddere, non magis quàm vt faciam priora quinque debita, quæ solutio secuta Stichi fecit apparêre indebita. Ergo non sum audiendus, si malim ex decem debitis quinque indebitè soluta retinere, & Stichum debitè solutum quasi indebitum reddere. Illud enim demum in condictionem venit, quod actor indebitè à se solutum dicit, & probat, non quod reus quasi indebitum vult reddere. Longéque alia ratio est huius speciei, & illius in qua vtrumque in obligatione alternatiua positum simul solutum sit, quia tunc non magis vnius quàm alterius rei solutæ condictio nasci potest, sed tantùm alterutrius disiunctim & alternatiuè: Ac proinde creditor, qui rem vtramque accepit, cùm altera tantùm deberetur, ex creditore fit debitor. Quæ res acquirit ei electionem, vt ex duabus rebus reddat vtram malit, secundum Vlpiani & Celsi sententiam hîc expressam in postremis illis huius §. verbis, *quamuis vtroque simul soluto mihi retinendi quod vellem arbitrium daretur.* Alia enim fuit Iuliani & Papiniani sententia, à Iustiniano relata & probata in *leg. vltim. Cod. hoc titul.* vt repetendi electionem debitor habere debeat, qui & dandi habuit, cuius etiam vestigium quoddam extat in *leg. cùm is 32. in princip. infr.* Pro Vlpiano & Celso illa ratio faciebat, quam suprà attulimus, quòd is qui indebitum accepit, vtroque simul soluto videatur factus debitor ex causa condictionis, vt alterutrum reddere teneatur: in alternatiuis autem, vt diximus, electio est debitoris. Sed pro Iuliano & Papiniano illa fortior ratio facit, quod indebiti solutio, quæ soluenti condictionem parit, ex bono & æquo non debeat eum damno adficere, vt electionem ipsi adimat, quam habuit ante solutionem, alioqui solutio & facti error ei noceret: quod ne accidat, condictionem ei damus. Vt vt sit, sequenda Iustiniani lex & constitutio est. Iunge *leg. planè 21. supr.* vbi dixi.

14 ¶ Idem ait, & si duo heredes sint stipulatoris, non sic posse, alteri quinque solutis, alteri partem Stichi solui. Idem, & si duo sint promissoris heredes. Secundùm quę liberatio non contingit, nisi aut vtrique quina, aut vtrique partes Stichi fuerint solutæ.

Ad §. vlt. Idem ait.

RAT. DVB. Cùm duo sunt vnius stipulatoris heredes, obligatio diuiditur inter heredes ex lege 12. tabular. *l. 1. C. si certum petat. l. 1. & 2. C. si vnus ex pluribus heredibus debit. l. vlt. C. de hereditatis action.* ac proinde quemadmodum quot sunt heredes, tot hereditates esse intelliguntur §. *primo Institut. de legat. falcid.* ita tot obligationes videri debent, cùm obligatio sit hereditaria, & consequenter quæ hereditatis causam & diuisionem sequatur. Ergo si duo sint heredes stipulatoris, qui decem, aut Stichum sibi dari stipulatus fuerat, & vnus ex heredibus soluat quinque, & alius partem Stichi, dicendum est, vtrumque pro ea parte quam soluit, liberari, ac si vnus decem tantùm, alius Stichum solum debuisset: quo casu nemo dubitaret, quin vterque pro ea parte quam soluisset liberaretur, *leg. stipulatus sum 9. §. primo infrà de solution.* DEC. Obligatio hereditaria talis in heredes transit, qualis fuit apud defunctum, nec enim ex personis & numero heredum condicio obligationis immutari potest *leg. 2. §. ex his de verb. oblig.* Atqui ponimus stipulatorem fuisse stipulatum à Titio decem aut Stichum, atque ita & decem & Stichum, sed disiunctim & alternatiuè. Ergo & cùm stipulator hic decessit duobus relictis heredibus, fatendum est in singulos eius heredes transire obligationem illam actiuam, quæ fuit penes stipulatorem, vt possit eorum quisque petere idipsum quod petere defunctus potuit, id est, aut decem, aut Stichum. Est enim obligatio alternatiua indiuidua hactenus, vt ex duabus rebus alternatiuè debitis vna pro parte solui non possit, itémque alia pro parte, sed alterutram totam solui oporteat, nempe quia non vtraque absolutè in obligatione aut præstatione est, quomodo si quis decem & Stichum stipulatus esset, sed tantùm alterutra, aut quod verius est vtraque quidem in obligatione, sed alternatiuè, id est, ita vt alterutrius tãtùm electio facienda sit, non vtriusque pro parte, ne alioquin eueniat, vt eiusdem rei obligatio in pluribus rebus soluatur, quod absurdum esse diximus ad §. *præcedentem ex l. 2. §. si tamen hominem & l. in executione 85. §. pro parte infr. de verbor. oblig. d. l. 9. §. 1. de solut.* Ergo vt contingat liberatio, aut decem tota solui heredibus stipulatoris necesse est, aut Stichum totum, ideóque nec vnus ex heredibus stipulatoris agere ex hac stipulatione pro parte potest, ne alioqui plus petat, si aut decem tantùm aut Stichum solum petat, quandoquidem ita fieret, vt adimeret debitori electionem quam stipulatio ei dedit, cuius forma immutari ex postfacto non potest §. *plus autem Instit. de act. iunct. l. vero procuratori 12. §. pen. de solut.* Quòd si heres pro parte dimidia ad hoc ageret, vt vel dimidia pars decem, vel dimidia pars Stichi sibi solueretur, malè etiam ageret, quandoquidem ex solutione ipsi facta non posset liberatio contingere, quousq; alteri heredi, aut alia pars pecuniæ, aut alia pars Stichi soluta esset, quã tamen non eo magis soluere promissor cogeretur, quippe cui alius heres agens posterior, æquè electioné eandem dare deberet, an partẽ pecuniæ, an partẽ Stichi mallet soluere, quia nec ab eo partẽ aliam pecuniæ aut Stichi posset petere præcisè, sed quemadmodũ prior, aut partẽ pecuniæ, aut partem Stichi, eâdem ratione, ne alioqui plus causa petere videretur *d. §. plus autem*: ita fit vt soluta vni ex heredibus stipulatoris

BIU Cujas

toris parte pecuniæ, alteri verò parte Stichi, nulla promissori contingat liberatio, neque partis pecuniæ, neq; partis Stichi, quoniam nec defuncto stipulatori solutio ita fieri potuisset. Vnius enim rei obligationē contracta vnius quoque & eiusdem rei solutionem fieri oportet. Idémque est si quis non decem aut Stichum, sed decem aut hominem in genere, vel etiam Stichum aut Pamphilum stipulatus sit, & duobus relictis heredibus decesserit *d.l.2. §.1.de verb.oblig.d.§.proparte l.85.eod.tit.d.l.stipulatus 9. §.1.de solut.*

a *Idē est & si duo sint promissoris heredes.* RAT.DVB. Non semper idem iuris est in pluribus heredibus promissoris, quod est in pluribus heredibus stipulatoris etiam in obligationibus indiuiduis, vt constat ex *l.4.§.vlt.infr. de verb.oblig.* DEC Aliud quidem interdum iuris est, nimirum cùm diuersa iuris ratio ius quoque diuersum inducit, vt in *d.§.vlt.* At in specie huius §. eadē iuris & æquitatis ratio locum habet in heredibus promissoris, quæ in heredibus stipulatoris, vt ex iis apparet quę proximè diximus. Ergo idem quoq; in omnibus iuris est, vt liberatio nō contingat, nisi aut vterque heredum quina soluerit, aut vtrique partes Stichi fuerint solutæ. Eadem igitur est ad hunc quoque versiculum dubitandi & decidendi ratio quæ ad superiorem.

27. PAVLVS libro 27. ad Edictum.

QVi loco certo debere existimans, indebitum soluit, quolibet loco repetet. non enim existimationem soluentis, eadem species repetitionis sequitur.

Ad l. Qui loco certo 27.

RAT.DVB. Qui soluit indebitum, quasi mutuum contrahere intelligitur *leg. si quis absentis 5.§. is quoque inf. de oblig.& act.* §.1. *Instit. quib. mod. re contr. oblig.* atqui contraxisse vnusquisque in eo loco intelligitur, in quo vt solueret se obligauit *l. contraxisse, eod. tit. de oblig.& act.* Ergo multo magis ibi contractum esse intelligetur, vbi solutum est. Et consequenter dicēdum est, in eo loco condicendum esse indebitum in quo solutum fuit, non autem vbique, vt in hac lege scriptum est.

DEC. Non eadem est repetentis indebitum, quæ soluentis existimatio, qui enim soluit indebitum, quod putat se certo loco debere, ideirco soluit eo loco, quia scit futurum, vt ni soluat eo loco possit conueniri actione arbitraria, vbique ad omne id quod interest creditoris alio loco non solui *l.1.2.3. & pass. infr. de eo quod cert. loc.* At verò quod indebitè solutū est, vbique indebitū est, nec quod certo loco solutum sit, facere potest vt aliis locis debitum sit, quod eo loco in quo solutū est, fuit indebitum. Ergo vbique repeti potest, quod certo loco indebitè solutum fuit, nec tantùm aliis locis in quib. solutio facta non est, vt Guillielmus vetus glossator existimauit, quem Bartolus refert, sed vt lōgè melius Accursius in illo etiam loco, in quo per errorem indebitum solutum est. Erat enim longè maior dubitandi ratio, propter quam videbatur in illo tantùm loco cōdici posse, in quo solutum fuerat, quàm vt videretur locus ille excipiendus. Neque tamen meliùs idem Accursius & Bart. existimant huius legis sententiam illam esse, vt sicuti promissum in certo loco potest vbique peti, ita solutum indebitè certo loco possit etiam vbique peti non obstante errore soluentis, ita namque fit, vt eadem constituatur ratio obligationis contractæ ad soluendum certo loco, & solutionis, cū tamen legis verba diuersam apertè constituant vtriusque rationem, *non enim existimationem soluentis* inquit Paulus, *eadem species repetitionis sequitur.* Et certè ita est. Eūm enim qui promisit soluere certo loco, falsū est conueniri posse vbique, nisi addas cōueniri eum per arbitrariam, & æstimato eo quod ipsius interest, vt destinato loco conueniatur, si non fuerit prius in mora soluendi *l.2.§.nūc de officio infr. de eo quod cert. loc.* At is qui indebitum soluit quod existimabat se debere certo loco, potest vbique condicere suo iure, nec vlla indiget vtili condictione, quomodo indiget vtili & prætoria actione is qui alio loco petere vult siue motam fecerit siue eam passus sit *leg.1. eod.* ideóque nec de eo quod interest præstando in huiusmodi condictione quicquam tractādum est, quemadmodum in eo tractandum est qui promisit soluere certo loco. Ex quo intelligimus quàm parum ad rem pertineat, quod ad hanc legem nostri disputant tantis inter Citramontanos & Vltramontanos contētionibus, an quis per quasi contractum sortiri forum possit. Etsi enim is qui accepit indebitum, ex quasi cōtractu & ex quasi mutuo esse obligatus dicitur in *leg. si quis absentis 5.§. is quoque infr. de oblig. & act.* reuera tamen distrahere negotium verius quàm contrahere intelligitur. Et idcirco quod dicimus vbiq; locorū conueniri eum posse, non ex eo fit, quod indebitum accipiendo hîc vel illic forum sortitus sit, sed potius quia nullibi, nec enim id agitur inter dantem & accipientem, vt qui accipit obligetur, ex eáque causa forum sortiatur, sed è contrario, vt is qui dat liberetur: obligatur tamen is qui accipit extra id quod actum est, ne alioqui eueniat, vt ex aliena iactura locupletetur *l. si is qui 13.§. vlt. infr. commod.* & ideóque tam in illo loco in quo indebitum solutum est, quā in alio quolibet conueniri potest, sed ita tamen si ibi inueniatur. Sic enim locus hîc accipiendus est ex *l. heres absens 19. supr. de iudic.* semper enim supponendi sunt termini habiles *l. vt gradatim 11.§.1. infr. de muner. & honor.*

28. IDEM libro 32. ad Edictum.

IVdex si malè absoluerit, & absolutus sua sponte soluerit, repetere non potest.

Ad l. Iudex 28.

RAT. DVB. Etiamsi iudex malè pronunciet siue per imperitiam siue per sordes aut gratiam, attamē res iudicata pro veritate habetur *l. seruo 65.§. cùm prætor inf. ad SC. Treb. l. ingenuum 25. supr. de stat. homin. l. & ex diuerso 35.* §.1. *de rei vindic.* Ergo si iudex verū debitorem absoluerit, quamuis malè absoluerit, si tamen absolutus soluerit repetere poterit, quasi indebitum verè id sit, quod per sententiam licet iniustā pronunciatum est non deberi. DEC. Verus debitor etiamsi per sententiam iudicis absolutus sit, naturaliter tamē obligatus remanet, quia res iudicata modus ciuilis est non naturalis tollendæ obligationis *l. Iulianus 60. infrà hoc tit.* Atqui naturalis obligatio impedit repetitionem soluti *l.3.§. vlt. supr. quod quisq. iur. l. naturales 10. infr. de oblig.& act.* Dicendum ergo est repetere illum non posse, si postea soluerit sua sponte, vt lex ait, hoc est, vltro non vi & potestate alterius condemnationis, nam si posteriore aliqua sententia priori contraria soluere iussus solueret,

BIU Cujas

vtique repetere non posset, quoniam quod ex rei iudicatæ authoritate soluitur, repeti nunquam potest *l.1.C.hoc tit.* nimirum quia licet sententia absolutoria iniusta non perimat obligationem naturalẽ, condemnatoria tamen etiam iniusta parit obligationem ciuilem, quæ non minoris obligationis esse potest quàm ciuilis ad impediendam condictionẽ. Neque huic legi contrarium est, quod ait *l.qui exceptionem 40.infr.hoc tit.* eum qui tutus est exceptione perpetua & fauorabili, si soluat, posse repetere. Etsi enim exceptio rei iudicatæ & perpetua & fauorabilis est, nulla tamen æquitate naturali nititur, sed ciuili tantùm, vt diximus. Ratio autem quæ condictionem impedire possit, naturalis tantùm esse debet, non ciuilis, quia condictio hæc tota ex bono & æquo est, vt & cæteræ omnes *leg.indebiti 15. in princip.* vbi diximus *supr. leg. hæc condictio 66. infrà leg. Stichum aut Pamphilum 95. §.naturalis de solut.* Sunt qui ea verba huius legis *sponte soluerit* de eo intelligant, qui non tãtùm vltro soluerit, sed etiam sciens se non debere. Quomodo enim scire potest se non debere is qui adhuc debet naturaliter? Melius igitur alij sponte soluentem interpretãtur eum qui non coactus soluerit, siue sciat, siue nesciat se naturaliter adhuc debere. Naturalis enim obligatio, quæ sola sufficit ad impediendam repetitionem soluti, non in opinione soluentis, sed in veritate consistit.

29. VLPIANVS libro 2. Disputationum.

INterdum persona locum facit repetitioni: vt puta si pupillus sine tutoris auctoritate, vel furiosus, vel is, cui bonis interdictum est, soluerit. nam in his personis generaliter repetitioni locum esse non ambigitur. Et si quidem exstant nummi, vindicabuntur: pro consumptis verò condictio locum habebit.

Ad l.Interdum 29.

RAT. DVB. Pupillus etiam sine tutoris auctoritate obligatur cùm mutuam pecuniam accipit, adeóque cùm stipulanti promittit, ideóque fideiussorem dare potest *l.si pupillus 127. infr.de verb.oblig. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. aliquando & §.naturalis de solut. leg.cùm illud 25. §.heres meus infr.quando dies legat. ced. l.si pupillus 35.supr.de recept.* Atqui naturalis obligatio impedit repetionem *l.3.§.vltim.supr.quod quisque iur. l.frater è fratre 38.infr.& pass.hoc titul.* Ergo etiamsi pupillus sine tutoris authoritate soluerit, quod sine eiusdem authoritate promiserat, repetere nõ poterit, multò minus si soluerit quod cum tutoris authoritate promissum non modo naturaliter, sed etiam ciuiliter debuit. Proinde falsum est pupilli personã locum facere repetitioni, nec sanè potest locum habere condictio indebiti, quoties debitum fuit, siue naturaliter siue ciuiliter quod solutum est. Quod si ponas solutum esse id quod omni iure fuit indebitum, iam nulla erit differẽtia inter pupillum & maiorem: nam & maiores si indebitum soluãt condicunt. DEC. neque pupillus, neque furiosus, neque prodigus, vllam rei suæ alienandæ potestatem habent, cùm interdicta eis sit omnis alienatio *§.nunc admonendi Inst.quib.alien.licet vel non, l.1. & pass.infrà de curat.furiosi d.l.is cui bonis 6.de verb.oblig. l.pupillo 15.inf. de solut.* carent enim iudicio, *l.pupillus 5. l.obligari 9. & pass.de author.tutore* furiosus etiam sensu *l.si tibi 8. §. vnius de opt.legat.* vnde est quod nihil omnino facere potest, ne quidẽ authore curatore, sed omnia ipsius nomine agere curator debet, in quo grauior eius condicio est, quàm pupilli *l.in negotiis 5.de reg.iur.* Ergo si quid huiusmodi personæ soluerint, siue debitum fuit siue indebitum, habent ius repetendi, cùm nec soluendi ius habuerint. Sed repetendi tamen aliter atque aliter. Nam si quod ab iis solutum est adhuc extet, repetẽt per vindicationem, quia nec dominium quod habuerant amiserunt: quæ res impedit cõdictionem, quæ, vt sæpius in hoc tractatu diximus, soli non domino datur contra dominum, numquam autem domino contra non dominum, excepta condictione furtiua *l.vl.supr.vsufr.quemadm. caueat.l.1.infr.de condict. furt.* Si verò quod solutum est, extare desierit, & consumptum sit, quia per cõsumptionem amittitur dominium, nec alij quàm domino competere vindicatio potest, non possunt reptere per vindicationem, sed necessarium est auxilium condictionis, quod vindicationi hoc casu subsidiarium est, cõdictionis, inquam, non indebiti aut sine causa, vt malè vulgo nostri post Accursiũ existimant, (nec enim credendum est, conciliari hoc casu indebitum consumptione, vt illi putant licet aliquando concilietur vt mutuum, cùm non possit consumptio facere indebitum quod etiam ante consumptionem debitum fuit, siue naturaliter, tantùm siue etiam ciuiliter,) sed cui causam det sola persona condicentis, & quæ non aliud nomen habere possit quàm generale cõdictionis certi, quia nec nisi certum esse potest, quod solutum est, incertum si quidem & deberi & condici incerti potest, quandiu scilicet promissum duntaxat non etiam solutum est, vt in *leg. is qui plus 31. infr.* At solui non potest, nec proinde aliâ repeti quàm certi condictione. In eóque necessariò separandus est pupillus à minore, contrà quàm etiam Accursius hîc arbitretur: neq; enim minori interdicta est nũmorum suorum alienatio, & aliarum rerum quæ sine prætoris decreto alienari possunt, si ius vetus inspicias, quod huius legis temporibus obtinebat *tot. titul.de rebus eor.qui sub tutel. infr.& de præd.minor.* & cui non fuit derogatum nisi per *l.lex quæ 22.C.de admin.tutor.* Sicuti nec quicquam vetat obligari puberes etiam sine curatoribus suis *l. puberes 101.de verb. oblig.* cùm tamen pupillus, neque mutuam pecuniam accipiendo sine tutoris authoritate, neque promittendo iure naturali obligetur *leg.quod pupillus 41. infr. leg. pupillus 59. de verbor. obligat.* quamuis non eo minùs verum sit, naturaliter eum obligari, vt suprà diximus, quod in furioso & prodigo secus est *d. leg.is cui bonis 6.de verb.oblig.* Quare nec probare possum, quod Accursius non aliter dat pupillo condictionem, quàm si priùs impetret in integrum restitutionem: quæ adulto quidem & minori necessaria est *l.vlt. C.si aduers. solut.* sed pupillo non item, cùm ipso iure non valeat solutio facta per pupillum sine tutoris authoritate, quia pupillus præsens si tutorem quoque præsentem non habeat, pro absente habendus est *leg.si pupillus 10. infr. quib.ex caus. in poss. eat.* nisi pro tutore iudex interuenerit, vt in *leg. sanctimus 25. Cod. de admin. tutor.* nec restitutio locum habere possit, aut saltem necessaria esse aduersus factum

BIU Cujas

factum quod ipso iure non tenet *l. in causa 16. supr. De minor. l. 2. l. si quidē 11. C. de præd. minor.* Nec leuior eiusdē Accursij error in eo est, quod aliam facit causam pupilli, aliam verò furiosi & prodigi, vt pupillo danda sit condictio indebiti præhabita, vt ipse loquitur, restitutione, furioso autem vel prodigo condictio sine causa; quoniam, inquit, soluendi animū non habuerunt: nam huius legis verba ostendunt harum omnium personarum eandem rationem esse, vt & in cæteris ferè omnibus eodem iure censeri solent *l. Fulcinius 7. §. planè interdum inf. quib. ex caus. in poss. eat. l. furiosus 46. De oblig & act.* & ratio iuris illa omnibus personis istis æquè conuenit, quòd alienandi potestatem nullam habeant. Differentia quidem est inter pupillum pecuniam mutuā accipientem, aut aliquid promittentē, & furiosum vel prodigum, quod isti ne quidem naturaliter obligetur, pupillus verò etiā sine tutore naturaliter obligetur, vt iā diximus, sed inter pupillum soluentem, & furiosum vel prodigū nihil omnino interest, nec magis pupillo quam furioso datur, aut prodigo condictio indebiti, quam cùm soluit tutore authore quod sine tutoris authoritate stipulanti promiserat: quomodo accipi debet, quod scriptū est in *d. l. quod pupillus 41. infr.* nam cùm persona hoc casu non possit locum facere repetitioni, necessarium est aliud medium inducendæ condictionis, indebitum scilicet, vt Bartolus bene vidit, qui hanc legem melius quā alius quisquam ex veteribus glossatoribus explicauit, licèt non bene in omnibus, nam quo casu siue pecunia siue alia res quælibet à pupillo vel furioso vel prodigo soluta vindicari posset, eo casu si consumpta sit, condictio indebiti locū habere nequit, vt malè Bartolus putat, sed quo casu nec si extaret, vindicari posset ob factam dominij translationem, eodem casu condicenda est, siue extet, siue consumpta sit, & quidem cōdictione indebiti, nunquā verò condictione sine causa, non enim sine causa penes aliquem esse potest videri, quod solutum est tanquam debitum, licèt fuerit indebitum, quamuis latius pateat condictio sine causa, quàm indebiti *l. 2. in fi.* vbi dicemus *infr. tit prox.* Ei tamen, quod diximus, furiosum & prodigum non obligari naturaliter, neq; fideiussorem pro iis accipi posse, obstat valde quod scriptū est in *l. Marcellus 25. inf. De fideiuss.* vbi tractatur de fideiussore, qui pro pupillo sine tutoris authoritate obligato & pro furioso vel prodigo interuenerit. Sed dicendum est, quod nos docuimus in libris Coniecturarum, abundare in illa lege dictionem *obligato*, & intelligēdum esse Marcellum de furioso & prodigo ritè obligatis, & pro quibus fideiussor accipi potuerit, sed qui tamen fideiussorē dederint sine authoritate curatoris, sicut & d. pupillo, qui fideiussorē dederit sine authoritate tutoris. Quo casu non obligātur fideiussori acti n mādati, quamuis fideiussor ipse sit obligatus. Obstare etiam huic legi valde creditur, quod Męcianus scribit in *l. si eius pupilli 64. inf. ad SC. Trebell.* Si eius mihi restituta sit hereditas, qui pupillo sine tutoris authoritate crediderat, & soluerit mihi pupillus, non posse illum repetere: id enim necessariò sic accipiēdum est, si pupillus soluerit tutore authore: semper enim supponendi sunt termini habiles *l. vt gradatim 11. §. 1. infr. De muner. & honor.* & quoties à pupillo aliquid promissū vel solutū legimus, pupilli quoq; tutorem interuenisse debemus intelligere, cum pupillus præsens, si tutoris quoq; authoritatem præsentem non habeat, pro absente habendus sit *d. leg. pupillus 10. inf. quib. ex caus. in poss. eat. l. si non expedierit 6. §. 1. De reb. author. iud. possid.* alioqui certè persona pupilli faceret locum repetitioni, vt in hac lege scriptū est etiamsi tale sit debitum, quod cresceret per inficiationē, quia licet in eo debiti genere condictio locum non habeat, quæ indebiti est *l. ea quæ 4. C. hoc tit.* hæc tamen cōdictio, cui persona locū facit, semper & in omnib. habet locum. Neq; Accursius neque Bartolus hinc euoluere se potuerunt, quia legē hanc de condictione indebiti intellexerunt, distinguentes ius commune à speciali beneficio restitutionis in integrum, quod in hac quæstione omnino ridiculum est. Planè, quamuis verissimum sit, quod hæc lex habet, personam pupilli facere locum repetitioni, si tamen aut ciuiliter aut naturaliter debitum fuit: quod pupillus soluit, prodest ei solutio, non tantùm ad acquirendam condictionē, sed etiam si malit ad liberationem, quandoquidem ipsius interest ab obligatione qualibet etiam naturali liberari *l. quod si fortè 14. §. vlt. l. si pupilli 66. infr. De solut.* Verum enim est, facto eius pecuniam ad creditorē peruenisse, vt Vlpianus subtiliter disputat in *leg. non omnū 19. § si pupillus*, vbi diximus *supr. De reb. cred.* Habet igitur electionem pupillus vtrū malit liberari, an condicere: vtrumque enim beneficium ex eadem solutione consequi certè non potest *l. si non sortem 26. §. si centum & §. si decem supr. l. qui hominem 34. §. vlt. inf. De solut.* Illud postremò ex hac lege notandum est, latiùs patere nomen repetitionis quàm cōdictionis, repeti namque dicitur etiam quod vindicatur, nec tamen condicitur, sicut & latiùs patet generale nomen condictionis simpliciter, quàm speciale condictionis indebiti.

30. IDEM libro 10. Disputationum.

QVi inuicem creditor, idémque debitor est: in his casibus, in quibus compensatio locum non habet, si soluit, non habet condictionem, veluti indebiti soluti: sed sui crediti repetitionem.

Ad l. Qui inuicem 30.

RAT. DVB. Aut inuicem quis debitor & creditor est ex vna eadémque causa, puta ex contractu venditionis vltro citróque obligatorio, aut ex variis & separatis causis, puta si debeam tibi centum ex causa mutui, tu verò mihi totidem ex causa depositi, priore casu siue venditor rem tradat ante solutum sibi precium, siue emptor pretium soluat ante rem sibi traditā, certum est tutū illum fuisse exceptione perpetua ne aut rem tradere, aut pretium soluere prior cogeretur *l. Iulianus 13. §. offerri inf. De action. empt.* quę exceptio non potest esse non fauorabilis, cùm ex cōtractu ipso nascatur. Sunt enim exceptiones hæ omnium fauorabilissimæ, quas pragmatici nostri *viscerales* vocant, quòd ex ipsis instrumenti visceribus proficiscantur. Atquin is qui exceptione perpetua, eáque fauorabili tutus est, si soluat repetit *leg. qui exceptionem 40. infr. hoc tit.* Ergo in hac

BIU Cujas

ſpecie locus eſt condictioni. Poſteriore autem caſu cùm ex ſeparatis cauſis, idem eſt debitor & creditor ſi compenſationi locus ſit, æquè verum eſt, fuiſſe illum tutum exceptione perpetua & fauorabili, cùm nulla ſit fauorabilior compenſatione, quę etiam ſolutionis vim obtinet, ac proinde condictioni indebiti locum eſſe, quandoquidem non poteſt manere debitum quod vel ſolutum, vel pro ſoluto habēdum eſt, ex *l. ſi ambo* 10. §. 1. *infr. de compenſ. l. ſi conſtat C. eod.* Et ita Bart. exiſtimat *ex l. quod dicitur* 5. §. *pen. infr. de impenſ. in reb. dot. fact.* Si verò compenſationi locus eſſe non poſſit, fortaſſis debitæ ſpeciei ad quantitatem, aut ex cauſa depoſiti, & aliis multis caſibus, quos hîc Accurſius congerit ex *l. vlt. C. de compenſ. l. pen. C. depoſit.* adhuc tamen verum eſt, eum qui ſolutionem accepit potuiſſe reconueniri, & mutua petitione inquietari, dum ne poſt litem conteſtatam *l. cùm Papinianus* 14. *iunct. Auth.* & conſequenter C. *de ſent. & interloc. omn. iud.* Cuius reconuentionis & mutuæ petitionis priuilegium illud eſt, vt vna eademque ſententia terminari debeat & ab eodem iudice *l. 1. & 2. ſup. de quib. reb. ad eund. iud. eat.* vbi diximus, *l. 1. §. vlt. inf. Quæ ſent. ſin appell. reſc. in poſſ.* & apud Gratianum *Ti. de mut. pet.* Ergo dicendum eſt, omni caſu poſſe illum qui ſoluit, condicere, ne vel compenſationis vel mutuæ petitionis obiiciendæ facultatem & priuilegium amittat, præſertim cùm nulla ex eo fiat iniuria ei qui ſolutionem accepit, ſiquidem in eam cauſam reponatur, in qua erat ante ſolutionem, & in qua eſſet hodie ſi ſolutio facta non eſſet, *arg. l. ſi iudex circumuento* 42. *ſup. de minor. l. cùm te* 6. C. *de pact. inf. empt. & vend.* Dec. Non poteſt repeti condictione indebiti id, quod verum eſt, debitum fuiſſe cùm ſolueretur. Atqui non eo minùs verum eſt, me tibi cētum debuiſſe, cùm ea ſoluerem, quod tu viciſſim totidem mihi deberes. Cùm ergo debitum acceperis, & hoc ipſo debitorem amiſeris, nulla dandæ mihi condictionis ratio ſupereſt, maximè cùm hoc ipſo locupletior factus ſim per ſolutionem, quòd à te ſum liberatus *l. ſi pupilli* 66. *in fi. infr. de ſol.* nec ſemel extincta obligatio reſtitui poſſit aut debeat, *l. quires* 98. §. *aream de ſol.* ſatiſq; mihi eſſe debet, quòd cùm ſim tuus creditor, eam pecuniam poſſim à te petere quam tu mihi debes. Non enim poteſt fieri contributio inuicem debiti & crediti, quæ compēſationis diffinitio eſt *l. 1. infr. de compenſ.* quin locum habeat compenſatio: quod cùm accidit, tum verò quod ante fuit debitum, hoc ipſo fit indebitum, quod compenſationis iure habetur pro ſoluto: ideóque condictioni indebiti eo caſu locus eſt, nec de mutua petitione tractandum quicquam ſupereſt. Neque volo cum Bartolo diſtinguere, an compenſatio fiat ipſo iure, an facto hominis, nam ſicuti factum hominis ſemper neceſſarium eſt, quantum ad hoc vt compenſatio obiiciatur, [nec enim per iudicem ſuppleri vnquam poteſt, cùm etiam qui compenſat, petere videatur *l. amplius* 15. *infr. rat. rem haber.*] ita & compenſatio ipſa fit ſemper ipſo iure, præſertim hodie poſt *l. vlt. C. de compenſat.* quamuis olim non niſi per exceptionem doli opponi poſſet in iudiciis ſtrictis ex Diui Marci conſtitutione, §. *in bonæ fidei Inſtit. de act.* Idque eſt, quod Papinianus dicebat in *l. inter tutores* 36. *de admin. tutor.* æquitatem merum ius compenſationis inducere, *iunct. d. l. ſi ambo* 10. §. 1 *infr. de compenſ. d. l. ſi conſtat C. eod.* Neque verò diſtinctio illa Bartoli conuenit verbis huius legis, quæ diſtinguunt duntaxat, an compenſatio locum habeat necne, non etiam vtrum ipſo iure fiat an facto hominis, nam hæc lex ad eum caſum pertinet, quo non poſſit compenſatio habere locum neque de iure, neq. vt ipſe loquitur, de facto. Proinde abſurda, ne dicam ſtulta eſt quæſtio illa Bartoli, cur non habeat condictionem is, qui tutus eſt exceptione compenſationis, cùm ſit exceptio & perpetua & fauorabilis, nec ſubtilior reſponſio, quam adfert, quod compenſationis exceptio ita exceptio eſt, vt ſit etiam actio. Quaſi verò ob id minus fauorabilis eſſe debeat, cùm è contrario dicendum eſſet potius tanto fauorabiliorem eam eſſe debere: intereſt enim illius qui compenſandi ius habet, vt retentionem habeat, aut liberationem potius quàm petitionem, retentionem ſi ei ſolutum ſit, liberationem ſi ſoluerit, & in omni parte iuris facilius datur retentio quàm perſecutio, *l. 1. infr. de pignor. l. 1. §. 11 autem infr. de ſuperfic. l. inuitus* 156. §. 1. *de reg. iur.* Cur ergo cōpenſationis exceptio, quæ omnium fauorabiliſſima eſt, ob id minùs valebit ad inducendam condictionem indebiti, quàm cæteræ quas Bartolus *proprias* vocat, quod etiam actionis vim habere poſſit? Nec alia lex quærenda eſt quæ apertiùs quàm hæc probet eum, qui tutus exceptione compenſationis ſoluit, poſſe indebitum condicere, quamquam hoc idem ipſum ſcriptum eſt in *d. l. ſi ambo* 10. *verſ. ſimili modo in fin. infr. de compenſat.* quod & Bartolus fateri cogitur eo caſu quo debitum cuius nomine opponi compenſatio potuerit, naturale fuerit tantum, ita admittens deteriorem eſſe cauſam hac parte creditoris cui & ciuiliter, & naturaliter debitum fuerit, quàm eius cui naturaliter duntaxat, quod abſurdiſſimum certè eſt.

31. Idem libro 1. Opinionum.

IS, qui plus, quàm hereditaria portio efficit, per errorem creditori cauerit, indebiti promiſſi habet condictionem.

Ad l. Is qui plus 31.

Rat. dvb. Repetitio nulla eſt ab eo, qui ſuum recepit licèt alius ſoluerit, quàm qui ſoluere debuit *l. repetitio* 44. *infr.* Ergo nec repetitio vlla eſſe debet ab eo cui promiſſum eſt, quod ei debitum fuit, licèt alius promiſerit, quàm qui debuit. Atqui cùm debitori duo heredes extiterunt, quamuis diuidatur obligatio inter heredes ex lege 12. tab. pro hereditariis portionibus, verum tamen eſt creditori hereditario debitum fuiſſe totum, ac proinde non fuiſſe indebitum quod ei promiſſum eſt. Igitur ſi vnus ex heredibus cùm ex dimidia tantùm parte heres eſſet, totam quantitatem à defuncto debitam promiſerit creditori, quamuis per errorem non debet habere condictionem promiſſi indebiti, multo minus incerti, cùm certa ſit quantitas, quæ & ab eo promiſſa, & creditori debita eſt. Dec. Quamuis debitum ſibi quis recipiat, tamen ſi is cui dat, non debitum dat, repetitio competit *leg. ſi pœnæ* 19. §. 1. *ſuprà hoc tit.* ſcilicet cùm ſuo nomine ſoluit non alieno, vt ibi explicauimus. Ergo quamuis debitum ſibi quis

BIU Cujas

quis stipuletur, si tamen is qui promittit, indebitum promittat, dummodo suo nomine non alieno habere debet repetitionem indebiti promissi. Hoc verò euenit, cùm vnus ex duob. debitoris heredib. plus promittit quàm efficiat portio eius hereditaria: non enim plus debet, quàm pro qua parte heres est, quasi diuisa debitoris hereditate ex lege duodecim tabularum in tot hereditates quot sunt heredes *d. l. 1. C. si cert. pet. l. vlt. C. de hered. action. l. 1. & 2. C. si vnus ex plurib. hered. debit. vel cred. §. 1. Inst. de leg. Falcid.* Proinde si quid cauerit & promiserit, non quidem pro coherede, sed suo nomine per errorem, quasi aliquid amplius ipse deberet supra portionē hereditariam condicere promissum indebitum poterit, & quidem condictione non sine causa, vt malè putat Accursius, sed indebiti, & præterea incerti. Est enim, vt sæpius in hoc tractatu monuimus, duplex condictio indebiti, vna certi, quoties id quod condicitur, certum est *l. certum 7. l. certi condictio 9. supr. De reb. cred.* altera incerti, quoties incertum illud est, quod in condictionem venit, vt in *leg. qui exceptionem 40. §. si pars inf. hoc t. l. quod si nulla 72. de leg. 1. l. si heres 5. in fi. infrà de act. empt. l. 2. §. aliud iuris erit & seq. inf. de don. leg. 3. C. hoc tit.* In proposito autem incertum est quod cōdicitur, quia etiamsi summa, quæ & creditori debita & ab vno ex coheredibus promissa est, certa sit; non tamen ipsa condici potest: cùm soluta non sit, sed promissio condicenda esset, si factum condici posset. At quoniam facta condici non possunt *l. naturalis 5. §. sed si faciam inf. de præscr. verb.* eò deuenien-dum necessariò est, vt liberationem condici oporteat, id est, in id agi, vt creditor, cui per errorem indebitè cautum est, liberet debitorem, & acceptum ei faciat, quod supra portionem hereditariam promissum ab eo fuit. Vnde fit, vt aliquando ad id agatur, vt debitor à tota promissione liberetur, aliquā-do, vt à parte tantùm obligationis, quatenus nimirùm indebiti promissum est siue in totum, siue pro parte *l. qui sine causa 3. infr. tit. prox.* Cùm verò liberatio sit facti, facta verò omnia sint incerta *lge. vbi autem 75. §. qui id quod in faciendo infr. De verb. oblig.* meritò hæc incerti condictio dicitur, non certi.

32. IVLIANVS libro 10. Digestorum.

CVm is, qui Pamphilum aut Stichum debet, simul vtrumq. soluerit: si postea quam vtrumque soluit, aut vterque, aut alter ex his desierit in rerum natura esse: nihil repetet. id enim remanebit in soluto, quod supereſt.

Ad l. Cùm is 32.

RAT. DVB. In obligatione alternatiua non vtraque res in obligatione est, sed alterutra duntaxat *l. 2. §. Scaeuola inf. De eo quod cert. loc. plerunque 10. in fin. de iur. dot.* Ergo cùm is qui Stichum aut Pamphilum debebat, vtrumque soluit, fatendum est alterutrum indebitum fuisse, & indebitè solutum, ac proinde si alter ex iis postea decesserit, alterum, qui supereſt posse condici. Planè si ambo decesserint dubitationem res non habet quin verum sit, quod Iulianus hîc scribit, nihil repeti posse, nisi fortè vellet quis dicere condici etiam hoc casu posse alterutrius æstimationem, postquam placuit aliud posse solui, aliud condici & æstimationem rei solutæ posse repeti, vt in *l. si non sortem 26. §. libertus supr. hoc tit.* Sed hoc in proposito dici non potest, quia tunc ad æstimationis cōdictionem recurrendum est, cùm alioqui fieret, vt is qui solutionem accepit, locupletaretur ex aliena iactura, vt in specie *d. §. libertus*, quomodo hîc Bartolus rectè notat, quod in specie proposita non euenit, quia ex morte perempti hominis lucrum percipi nullum potest, adeoq; nec hominis ante moram perempti æstimatio vlla est *l. in actionibus 5. vers. planè supr. De in lit. iur.* Proinde si ambo qui soluti sunt, mortui sint, nihil est, quod de ipsorum corporum aut de æstimationis condictione tractari possit. DEC. Non tam solutionis quàm condictionis tempus spectandum est, cum quæritur, quid veniat in hanc indebiti cōdictionem, quia id demum condicitur, non quod ab initio indebitè solutum, fuit, sed quod iudicij accipiendi tempore inuenitur indebitum penes eum qui solutionem accepit, vt sæpius in hoc tractatu diximus. Atqui cùm ambo, qui soluti sunt, decesserunt ante propositam condictionem, nihil est, quod condici possit, quia nec quicquam est, ex quo is, cui solutum est, locupletior factus sit. Cùm verò alteruter tantùm decessit, alter supereſt, qui licet faciat creditorem locupletiorem, indebitè tamen solutus dici non potest, quia verum est alterutrum debitum fuisse: nec quicquam causæ est, cur debitus fuisse videatur ille magis, qui mortuus est, quàm ille qui supereſt, cum non magis mortui quàm superstitis dominium creditori acquisitum fuerit, vt dici possit ei rem suam periisse ex *l. quæ fortuitis 6. & l. pignus 9. Cod. de pign. act.* non enim traditio sufficit ad transferendum dominium, alioqui cum vterque traditus sit, dicendum esset, vtriusque dominium in creditorem translatum fuisse: quod tamen euidenter falsum est, cùm alteruter duntaxat debitus fuerit, traditio autem sola & eius rei quæ nullo iure debita est, dominium transferre non possit tanquam quæ sit nuda *l. nunquam nuda 31. inf. De acquir. rer. dom.* etsi verò alteruter debitus fuit, quia tamen incertum est, quis ille fuerit vtroq; soluto, fatendum est, neutrius dominium translatum fuisse in accipientem, atq; ita vtriusque dominium mansisse debitoris, cui proinde eum, qui mortuus est, periisse necesse est, eum verò qui supereſt, remanere in solutum penes creditorē, ne alioqui dum ei vtrumq; dare nolumus, vtrumq; ipsi denegemus. Aliud esset, si quis decem aut Stichum debuisset. Non enim quantitas quæ in genere debetur, perire vnquam potest *l. incendium 11. C. si cert. pet.* at. & ideò si debitor & decem & Stichū soluerit, nullus quæstioni locus relinquitur, quandiu Stichus viuit, nisi quod illa emergit quæstio, vtri danda sit electio in repetitione, an debitori, qui ab initio electionem habuit, vtrum pecuniam, an Stichum dare mallet, an potius creditori, qui vtrumq; accipiendo constituit se alterutrius restituendi debitorem. In qua quæstione constat dissentientes fuisse veterum prudentum sententias, & Iulianum quidem, cuius est hæc lex, debitori electionem dedisse repetendi quem vellet, quoniam ab initio dādi quem vellet, electionem habuisset. Quam sententiam & Papinianus quoque secutus est, & Iustinianus tandem comprobauit in *l. penult. C. hoc tit.* explosa Vlpiani & Celsi contraria opinione, de qua scripsimus ad *l. si non sortem 26. §. si decem sup. eod.* Hæc verò sententia longè minus dubitabilem efficit huius legis quæstionem, nam cùm is qui Stichum aut

BIU Cujas

Pamphilum debebat vtrumque soluit, & Stichus posteà decessit, an non stultus esset creditor, si mallet eligere Stichum mortuum eúmque sibi in solutum retinere, & Pamphilum superstitem reddere? Quanquam nec electio ista propriè dici potest, cùm alter decessit, alter verò superstes est, cum mortui æstimatio nulla sit, quæ præstari possit, vt modò diximus, nisi ponas decessisse Stichum post moram debitoris, quo casu si electio creditoris fuit, & Stichus post electionem ab eo factam debitore in mora cõstituto decesserit, perinde solus ille qui decessit petendus est, ac si solus in obligationem deductus fuisset, *l. Stichum aut Pamphilum 95. in princ. de solut.* vbi Papinianus addit, si è contrario promissoris fuerit electio, defuncto altero eum qui supereſt æquè peti posse, non enim qui electionem habet, vtrum ex duobus quem nolet soluat, facere tamen potest, vt nihil soluat *l. 2. §. Scæuola infr. de eo quod cert. loc.* satis tamen est creditori, quod alterum qui supereſt petere possit, nec præterea illud etiam indulgendum ei est, vt possit, si malit, defuncti hominis precium petere, quia debitoris mora facere quidẽ potest, vt qui mortuus est, viuere existimetur ad perpetuandam obligationem *l. si seruum 9. §. sequitur & §. vlt. de verb. oblig.* at non etiam, vt in creditorem transferatur electio, quæ ex stipulationis lege & ab initio fuit creditoris. Quid ergo si post solutum vtrumque, Stichum & Pamphilum creditori, cui alteruter duntaxat debebatur, creditor condictione indebiti conuentus in alterutro reddendo moram fecerit, quia neutrum reddere voluit, atque ita Stichus posteà decesserit superstite Pamphilo? Respõdet Bartolus, obligatũ esse hoc casu creditorem, vt vel defũcti Stichi precium restituat, vel superstitem Pamphilum, non rectè, quia secundùm Iuliani nostri & Papiniani sententiam electio remanet debitoris, etiam posteà quàm vtrumque soluit, quæ electio ei adimi per creditoris moram non potest, ne alioqui melior condicio sit morosi, quàm non morosi creditoris. Proinde dicendum est solũ Pamphilum qui supereſt, solui hoc casu posse, nisi malit debitor Stichi post moram defuncti precium consequi *arg. d. l. Stichum aut Pamphilum.* Sed si contrariam Vlpiani & Celsi opinionem sequamur, qui electionem quam debitor ab initio habuerat, transferebant in creditorem, erit omnino admittenda Bartoli sentẽtia, ea ipsa ratione quam supra reddidimus. Cæterùm ponimus cum Iuliano vtrumq; seruum pariter & eodem tempore solutum fuisse, quoniã si alio atque alio tempore solutio facta proponeretur, dicẽdum esset eum solum videri solutum indebitè qui posterior solutus fuisset, & idcirco eũ quoq; solum repeti posse condictione indebiti, non etiam defũcti Stichi æstimationem, cum Stichi præstatione cõtigerit liberatio, nec proinde alij quàm domino suo perire Stichus potuerit. Diximus *ad l. cùm duo 25. sup.*

1 ¶ Fideiussor cum paciscitur, ne ab eo pecunia petatur, & per imprudentiam soluerit: condicere stipulatori poterit. & ideo quia reus quidem manet obligatus: ipse autem sua exceptione tutus est. nihil autem interest, fideiussor an heres eius soluat. quòd si huic fideiussori reus heres extiterit [a], & soluerit: nec repetet, sed liberabitur.

Ad §. 1. Fideiussor

RAT. DVB. Fideiussor qui pactus est, ne ab eo pecunia petatur, nõ ideò liberatus est ipso iure, sed acquirit tantùm sibi exceptionem pacti si conueniatur, quia conueniri adhuc potest cùm remaneat ipso iure obligatus *l. fideiussoris 23. l. si vnus 27. §. pactus ne peteret, & pass. supr. de pact.* Ergo si posteà per imprudentiam soluat, non potest condicere id quod soluit tanquam indebitum, cùm ciuiliter id debuerit, tantóque minùs quod non ideò futurum est, vt ex ipsius iactura creditor locupletetur, siue creditoris personam respicias qui verè creditor est, & cui salua remanet actio eáq; efficax contra reum principalem, cui pactum fideiussoris prodesse nullomodo potest *d. l. fideiussoris*, siue ipsius etiam fideiussoris qui regressum habiturus est aduersus reum, & omne id quod soluerit repetiturus, aut mandati actione, aut negotiorum gestorum *l. ex mandato 20. §. 1. infr. mand.* DEC. Quisquis exceptione perpetua, eáque fauorabili tutus est si soluat per errorem facti, aut quod effectu idem est per imprudentiam, vt Iulianus hîc loquitur, potest condictione indebiti solutum repetere *l. qui exceptionem 40. infr. hoc tit.* Atqui pactum de non petendo factum cum fideiussore, siue in rem sit, siue in personam, dummodò non sit tẽporale, parit exceptionem pacti perpetuam fideiussori, quamuis non prosit reo *dict. l. fideiussoris l. si quis reum 5. in princ. & §. 1. infr. de liber. legat.* Ergo cùm exceptione perpetua tutus sit, potest condicere, nec eo magis prohibendus est, quòd à reo possit alia actione idipsum repetere, sicut enim ea res nullam contra eum actionem tribuere potest *l. nemo ideo 171. de reg. iur.* ita nec ei competentem adimere potest condictionem: alioqui posset cõtingere, vt in dãno moraretur, si fortè rei principalis inopia mandati vel negotiorum gestorum actionem inutilem redderet *l. nam is 6. sup. de dolo.* nihil autem refert, an fideiussor ipse soluerit, an heres eius: quamquam enim pactum nullum de non petendo inter creditorem, & fideiussoris heredem intercessit, quæ ad hunc verisiculum dubitãdi ratio est: pacti tamen exceptio, quæ viuo fideiussori prodesse potuit, & competit, transit in heredem, & consequenter ius condictionis quod ex perpetua illa exceptione inducitur, nisi pactũ sit merè personale *l. si tibi decẽ 17. §. si quis paciscatur, & l. idem in duob. 25. §. 1. supr. de pact.* Planè reus manet obligatus, vt hîc Iulianus scribit, nec tantum ipso iure, sed etiam in effectu, cùm nulla exceptione tueri se possit, quia pactũ fideiussoris reo prodesse, vt diximus, non potest *d. l. fideiussoris.*

a *Quòd si huic fideiussori reus heres extiterit.* RAT. DVB. Sicut alia est persona rei, alia fideiussoris, ita obligatio alia huius, alia illius, vt ex eo apparet, quod proximè diximus, si cum fideiussore pactum sit de non petendo, reum manere obligatum, fideiussorem verò propria exceptione tutum esse, ideóque fideiussorem posse condicere quod soluit, reũ nõ posse. Ergo si huic fideiussori qui exceptione pacti tutus fuit, reus heres extiterit, & soluerit, perinde dicendum est posse eum cõdicere ex persona fideiussoris defuncti, quamuis ex propria nõ possit, atque posset fideiussor ipse si viueret: quemadmodũ enim persona defuncti & heredis vna eadémque esse intelligitur *Nou. 48. de iureiur. à morient. præst.* ita & heredem

dem necesse est vti posse iure defuncti, cum nihil aliud sit hereditas, quàm successio in vniuersum ius, quod defunctus habuit *l. hereditas 62. De reg. iur. l. nihil aliud de verb. signif.* Proinde nec liberatus videri reus potest per solutionem à fideiussore factam, cùm nec fideiussor ipse soluendo se liberauerit, sed è cõtrario condictionem sibi acquisiuerit; quæ quoties competit, toties liberationem excludit, cùm vna eademque solutio & liberationem & condictionem simul parere non possit, *l. si non sortem 26. §. si centum & §. si decem supr. l. si fideiussor 59. infr. l. qui hominem 34. §. vlt. l. cùm quis 38. §. 1. & seq. infr. de solut.* DEC. Cùm reus fideiussori heres extitit, obligatio fideiussoria confunditur, quia non potest idem pro seipso apud eundem esse obligatus, *l. cùm reus 14. l. heres à debitore 21. §. seruo tuo infr. de fideiuss.* maior enim obligatio tollit minorem, inquit *l. debitori 50. eod. tit. l. si duo 93. De solut. l. si reus 13. De duob. reis.* Sola itaque superest principalis obligatio, pro qua licèt nihil solutum sit, cùm & fideiussor solus soluerit, & in solam causam fideiussoriam sublata tamen per confusionem obligatione fideiussoria solâque manente principali, necesse omninò est, vt in causam principalis obligationis cadat solutio, atque ita extinguat principalem obligationem. Quo admisso vtrumque statim consequitur, vt & reus liberetur perinde ac si soluisset, & condictionem habere nullam possit, ex supradicta iuris regula quæ non patitur, vt eadem solutio & liberationem pariat & condictionem: quamuis non sit nouum, vt eadem solutio proficiat in varias causas ex diuersis respectibus promanantes, quæ proinde nec contrariæ sint, nec incompatibiles, vt in *l. innumerationibus 4.* vbi exempla proponuntur *infr. de solut.* Miror verò Accursium & Bartolum hîc quærere, an si agatur condictione indebiti ratione eius quantitatis solutæ, quæ naturaliter tantùm debebatur, possit condictioni obiici compensatio, *ex l. etiam 6. infr. de compensat.* Quæstio enim supponit falsum, id scilicet quod naturaliter duntaxat debitum fuit, si solutum sit, posse repeti condictione indebiti, quod nos iam sæpius refutauimus, præsertim ad *l. 1. supr.* sed illud magis miror, quod negant posse compensari apertè contra *d. l. etiam 6. De compensat. l. 3. §. pupillus supr. de n. gest.* & alias innumeras, quæ volunt etiam id quod naturaliter tantùm debetur, perinde compensari posse, atque id quod ciuiliter quoque debeatur. Sed vt error ex errore nasci solet, postquàm in eo errarunt, quod condictionem indebiti dandam putant, si pecunia soluta non nisi naturaliter debita fuerit, ita & in hoc errare coguntur, vt denegent compensationem, ne quod vna via fieri prohibitum est, inquiunt, altera concedatur contra *l. scire oportet 21. §. 1. infr. de tutor. & curat. dat.* & ne alioqui leges quæ dicunt, id quod naturaliter duntaxat debitum fuit, si soluatur posse repeti, cùm tamen nulla omnino adferri lex possit quę hoc probet, non tam rebus quàm verbis impositæ videantur, contra *l. 2. C. commun. de legat.* Sic fit, vt ex quatuor effectibus naturalis obligationis, quos alibi recensuimus, duo isti tollantur, qui sunt præcipui, & quorum vnus ille est, vt impediat repetitionem solutí *l. 3. §. vlt. quod quisq. iur.* alter vt inducat compensationem *d. l. etiam.* Proinde cùm negari non possit, quin compensandum sit, quod naturaliter tantùm debetur, debuerunt potiùs interpretes absurdi illius euitandi gratia quod verentur, priorem errorem abiicere, & fateri quod nos volumus, nec posse condici naturaliter debitum, quod potest compensari. iunge *l. si fideiussor 29. §. non malè & §. vltim. infr. mandat.*

2 ¶ Mulier, si in eâ opinione sit, vt credat se pro dote obligatam, quidquid dotis nomine dederit, non repetit. sublata enim falsa opinione, relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non poterit.

Ad §. 2. Mulier.

Non displicet quod post Cuiacium quidam malunt hîc legere *mater.* Non enim quælibet mulier pietatis causa dotem pro alia muliere constituere intelligitur, sed ea tantùm quæ mater est, aut auia, quæ filiam vel neptem dotare interdum etiam cogitur, nimirum si patris, aut aui bona vel nulla sint, vel non sufficiant, *leg. neque mater 14. Cod. de iur. dot.* officium enim paternum non maternum est dotare filiam, *leg. vlt. C. de dot. promiss. l. capite 19. infr. de rit. nupt.* Sed tamen negari non potest, quin officio pietatis fungatur mater, aut auia, quæ filiam vel neptem dotat *arg. l. Nesennius 34. supr. de negot. gest.* & hoc demùm casu dotis causa pia dici potest, non etiam si persona extranea dotem dederit aut promiserit. In quo errant vulgo, qui tradunt indistinctè causam dotis piam esse, aut piæ causæ æquiparandam. Ergo si mater in ea opinione sit, vt credat se pro dote filiæ suæ obligatam, cùm non esset, dotémque soluerit, aut aliquid dotis nomine dederit, negat Iulianus repetere eam posse. Ratio dubitandi est, quia sola matris opinio non potest facere dotem debitam, quæ verè indebita est: plus enim est in re quàm in opinione, vt & in *§. si quis rem suam 11. Instit. de legat.* & erronea soluentis opinio indebiti condictionem inducit potiùs, quàm excludit, vt in *l. qui se debere 7 leg. si donaturus 9. §. 1. supr. de condict. caus. dat.* Quidni ergo condictioni locus esse poterit? Sed ratio decidendi est, quæ in textu proponitur, quòd sublata falsâ opinione supersit causa pietatis, ex qua solutum repeti non potest *l. & si quis 14. §. interdum 7. supr. de religios. & sumptib. funer. d. l. Nesennius.* nisi in casu valde singulari *leg. patrem 16. C. de nupt.* Planè si mater tutrix fuerit, & dotem tanquam tutrix dederit, nullus quæstioni locus relinquitur, an suo nomine possit condicere, quod non suo nomine soluerit. Sed & in dubio credenda est, ex officij sui necessitate potiùs quàm ex causa pietatis dotem constituisse, & ex filiæ bonis paternis potiùs quàm ex suis *d. l. Nesennius l. cùm plures 12. §. cùm tutor. leg. cùm post 43. §. 1. infr. de admin. tutor.* Ergo in muliere extranea, quæ dotē quasi à se debitam pro alia muliere soluisset, responsum hoc Iuliani locum non haberet, cessante scilicet eo casu pietatis causa qua sola mouetur Iulianus: quāuis contra hîc noster putet Accursius: nisi eum intelligas cum Bartolo de sorore, quæ dotem det sorori, aut de nutrice quę det alumnæ, aut etiam de muliere omnino extranea, sed diuite quæ dotem dederit mulieri pauperi, fauore ac intuitu paupertatis ex Bart. in *l. alio infr. de alim. legat.* Alia quæstio est, quam idem Accursius proponit, si mulier aliqua pro alia muliere dotem promiserit, siue per fideiussionem, siue alio quouis modo, nemo enim dubitat quin rectè obligetur & efficaciter, nec Velleiani exce-

BIU Cujas

ptione se iuuare hoc casu possit, *l. si dotare 12. l. vlt. C. ad SC Velleian.* Causa enim dotis licèt non semper sit pia, semper tamen est fauorabilissima propter admixtam causam & vtilitatem reipublicæ, *l. 2. infr. de iur. dot. l. 1. solut. matrim. l. in re est 18. de reb. author. iudic. possid. aliàs l. 3. de priuileg. credit.* Hoc verò cùm accidit, nemo dubitat, quin omne id quod mulier obligata pro dote alterius mulieris soluerit, repetere possit actione mandati, vel negotiorum gestorum, vt alius fideiussor quilibet, *l. ex mandato 20. §. 1. & pass. infr. mandat. iunct. d. l. cùm post §. 1. de admin. tutor.* Est igitur hic Iuliani locus intelligendus de matre vel auia, quæ putabat se teneri suo nomine ad dotem pro filia, vel nepte dandam, non de ea muliere quæ soluerit sciens, aut putans se pro alia muliere obligatam, vt benè concludit Accursius. Nam si pater ignorans filiam diuertisse, dotem ex causa promissionis numerauerit, habet tamen condictionem indebiti, sed de dote agere debet, *leg. si pater ignorans 41. infr. solut. matrim.* nempe quia non fuit indebita dos, quæ promissa erat, neque diuortium, quod pater ignorauit, facit eam indebitam, sed reddendam actione de dote, soluto quippe matrimonio.

3 ¶ Qui hominem generaliter promisit, similis est ei, qui hominem aut decem debet. & ideo si cùm existimaret se Stichum promisisse, eum dederit, condicet: alium autem quemlibet dando, liberari poterit.

Ad §. vlt. Qui hominem.

RAT. DVB. Quemadmodum hominis legatum orationis compendio singulos homines, vt Papinianus loquitur in *l. Mœuius 66. duorum de legat. 2.* ita & hominis promissio generaliter facta per stipulationem. Eadem enim hac parte ratio est stipulationis quæ legati, vt ibidem scriptum est, quamuis pugnare videatur quod Marcellus scribit in *l. qui decem 72. §. Stichum aut Pamphilum infr. de solut.* De cuius tamen sententia & emendatione videnda sunt quæ scripsimus *lib. 2. Coniect. cap. 15.* Atquin is qui hominem certum puta Stichum aut decem debet, si putans se Stichum præcisè debere Stichum soluerit, non potest eum repetere, quia verum est eum soluisse id, quod verè debuit, *l. si is cui 19. eod. tit.* Ergo & si *is*, qui hominem generaliter promisit, si putans se Stichum debere Stichum soluerit, non magis repetere illum poterit, quia debitum dedit, longeque alia causa est eius, qui putans se Stichum aut Pamphilum debere, cùm Stichum solum deberet, soluit Pamphilum. Hic enim repetet, quia soluendo Pamphilum nec soluit quod debuit, nec aliud quicquam pro eo quod debuit, *l. si pœnæ 19. §. si putem supr. hoc tit.* vbi diximus. DEC. Qui hominem generaliter promisit, similis est ei qui hominem æquè in genere & incertum, aut decem promisit, generis enim debitor perinde habet electionem, quem ex hominibus certis velit soluere, ac si omnes eos sub alternatione promisisset, *l. 2. §. 1. de verb. oblig.* quamuis sit debitor generis purè. Atqui in obligatione alternatiua generis certi aut quatitatis, si quis vnam rem ex pluribus eiusdem generis soluerit, potest repetere, si eam soluerit quasi solam debitam, quia nec verè fuerat debita in specie. Dixi, si in obligatione alternatiua sit genus, vt in exemplo quod hîc adfert Iulianus, si quis hominem aut decem promiserit, nam si in alternatiua obligatione sint duæ species, puta si quis Stichum aut Pamphilum promiserit, licèt solum Stichum debere se crediderit, si tamen eum soluerit, non repetit *d. l. si is cui* quia verũ est debitum eum fuisse, cùm in obligatione alternatiua, vtraque species ponatur ad obligationem *leg. si duo 128 infr. de verb. oblig. dict. l. qui decem 72. §. Stichum aut Pamphilum de solut.* Quod in obligatione generis diuersum est, nullius enim certæ speciei debitor est, qui generis debitor est, vt bene ac subtiliter Bartolus post Accursium argumentatur. Ideoque obseruandum est, quod Bartolus non vidit, non ita scribere Iulianum, vt dicat eum qui hominem generaliter promisit similem ei esse, qui Stichum aut Pamphilum debet, sed ei qui hominem in genere aut decem: hic namque non magis Stichi debitor est, quàm si hominem duntaxat generaliter promisisset. Quid enim potest adiectio illa facere *aut decem*, vt Stichus debeatur? Bona igitur Iuliani illatio est, quæ subiicitur in illis verbis, *Et ideò si cùm existimaret se Stichum promisisse, eum dederit, condicet.* Nam etsi hominem in genere aut decem promisisset, idem contingeret. Neque necesse est, vt cum Accursio & Bartolo existimes dictionem *ideò* nõ suo loco positam esse, ac sublata ea legendum *&*, *si cùm existimaret se Stichum promisisse, eum dederit*, mox reponendam dictionem *ideò* ante verbum *condicet*, quod est ridiculum. Planè non esset bona illatio, si Iulianus in præcedentibus scripsisset, quomodo nostri tradunt, nimis generaliter obligationem generis esse similem, cuilibet obligationi alternatiuæ, quod certè falsum esset, non modò quantum ad condictionem indebiti, sed etiam quantum ad ius ipsum obligationis. Debitor siquidem generis nullius certæ speciei debitor est, & idcirco cùm erret si se putet certæ speciei debitorem, mirum non est, dari ei condictionem certæ illius speciei quam per errorem soluerit, quamuis si nihil per errorem fecerit, nihil posset repetere, quia perinde liberatur soluendo Stichum, ac si cùm ipsum solum debuisset præcisè, vt subiicitur in hoc *§. & in l. cùm incertus 13. de legat. 1.* Solutio autem, quæ liberationem parit, eadem parere condictionem non potest, vt toties diximus ex *§. 1. huius legis & l. si non sortem 26. §. si decem supr. hoc tit.* Non igitur comparanda est obligatio generis obligationi alternatiuæ simpliciter, sed is qui hominem promisit ei, qui hominem in genere aut decem promisit. Quid ergo si quis hominem in genere, aut Stichum promiserit? Inepta erit stipulatio, cùm promissio Stichi in generali hominis promissione contineatur, nec proinde possit electio cadere inter genus & speciem, quia nec genus, nisi in certa aliqua sua specie solui potest: ob idque benè posuit exemplum Iulianus in eo qui hominem in genere, aut decem promisit, vt & Iustinianus in *§. si quis agens 33. versus hunc autem Instit. de action.* vbi certè delenda est in verbis stipulationis dictio *Stichum*, vt sequentia probant, in quibus de homine generaliter solùm agitur non de Sticho. Sed & illa inter obligationem generis & alternatiuam certarum specierum differentia est, quòd qui Stichum aut Pamphilum promisit, alterutrum qualiscumque sit dando liberatur: qui verò hominem in genere debet, si ex causa legati, non liberatur dando vilissimum & pessimum, quia nec ea testatoris voluntas fuisse intelligitur, *leg. si heres generaliter 110. de legat. 1.* Si verò ex causa stipulatio-

stipulationis dãdo q uemlibet, vt hîc scriptum est, ac proinde etiam vilissimum liberatur *arg. l. fideiussorem 52. infr. mandat.* quamuis Accursius noster tam ad hunc quàm ad illum locum contrà sentire post Azonem videatur, dandum scilicet aliquem ex mediocribus non vilissimum aut pessimum.

33. IDEM libro 39. Digestorum.

SI in area tua ædificassem, & tu ædes possideres: condictio locum non habebit: quia nullum negotium inter nos contraheretur: nam is, qui non debitam pecuniam soluerit, hoc ipso aliquid negotij gessit. cùm autem ædificium in area sua ab alio positum dominus occupat, nullum negotium contrahit. Sed & si is, qui in aliena area ædificasset [a], ipse possessionem tradidisset, condictionem non habebit: quia nihil accipientis faceret, sed suam rem dominus habere inciperet. Et ideò constat, si quis cùm existimaret se heredem esse [b], insulam hereditariam fulsisset: nullo alio modo, quàm per retentionem, impensas seruare posse.

Ad l. Si in area 33.

RAT. DVB. Si ego in area tua ædificauerim cùm tu ædes possideres, locupletaberis proculdubio ex mea iactura contra naturalem æquitatem, cùm quicquid ædificatum est in area, cedat solo tanquã superficies, ac proinde in eius vtilitatem cuius solum est *l. quires 98. §. aream infr. de solut. l. 2. infr. de superfic.* Atqui ratio quæ indebiti condictionem induxit, non alia est quàm ne quis ex aliena iactura locupletetur *l. nam hoc natura 14. supr. hoc tit.* Ergo & in hac specie permittendum mihi est, vt condicam aut domum ipsam in *leg. qui exceptionem 40. §. si pars infr.* aut saltem impensas à me factas.

DEC. Condictio indebiti nascitur ex quasi contractu, ac proinde ex aliquo negotio gesto, & quasi ex mutuo *l. 5. §. is quoque qui non debitum infr. de oblig. & act. & §. penult. Inst. de obligat. quæ ex quasi contr.* licèt extra id quod agitur, vt benè Accursius noster addit ex *l. is qui 13. in fin. infr. commod.* qui enim soluendi animo dat indebitum, distrahendi potius quã contrahendi negotij animum gerit. Atqui nullum negotium gestum videri potest inter te & me, cùm in area tua ædificaui fortassis te absente, vt credibile est, & ignorante: nec enim contrahi potest, nisi inter plures & quidem scientes ac consentientes *l. in omnibus rebus 55. & l. 57. de oblig. & act.* Ergo non potest hoc casu condictio indebiti locum habere. Multúmque diuersa ratio est eius qui pecuniam indebitam soluit: alteri enim soluit, ac proinde hoc ipso negotium aliquod geritur inter dantem & accipientem: at cùm ædifico in area tua, non persona tua interuenit, sed tantùm res tua in quam impendo: ea verò negotij vllius gerendi incapax est. Et cõsequenter siue tempus illud inspicias, quo ego in aream tuam impendo, nullum gero tecum negotiũ, siue tempus illud quo tu ædificium à me in area tua positum occupas, nullum negotium inter nos contrahitur, sed tu iure tuo vteris, & rem quæ iam tua est, tibi habere incipis.

[a] *Sed etsi is qui in aliena area ædificasset.* RAT. DVB. Cùm is qui in aliena area ædificauit, possessionem ædificij ipse tradidit, negari non potest quin negotium aliquod geratur inter ipsum & eum qui accipit, non enim tradi quicquam potest nisi sit qui accipiat. Ergo hoc saltem casu fatendum est, condictioni locum esse posse, non minus quàm si quis nummos indebitos alij soluat: nec sanè dubitari potest, quin casus hic maiorem dubitationem habeat quàm superior. DEC. Negotium quidem aliquod geritur inter eum qui ædificium tradit, & eum qui accipit, sed non tale negotium per quod fiat aliquid accipientis. Quod enim ædificatum est in area aliena, iam inde à quo tempore ædificatum est cœpit pertinere ad areæ dominum, quamuis ignorantem, adeóque inuitum, quandoquidem nemo facere potest, aut prohibere, quin & naturali & ciuili ratione superficies solo cedat *d. l. 2. de superfic. l. 3. § sed si supra ædes infr. vti possid. d. l. quires 98. § aream de solut.* nec superueniens traditio quicquam aducere potest dominio iam antea quæsito, quia quod iam meum est, magis meum fieri non potest [c]. *si itaque Inst. de action. l. in bello 12. §. si quis seruum infrà de captiu. & postlim. reuers.* Ergo condictionem habere nõ potest is, qui ædificauit & tradidit, cùm nihil accipientis fecerit, & hoc casu æquè ac superiore suam rem dominus habere incipiat quam ante traditionem non habebat. Cur ergo, inquies, non habet saltem possessionis, quam transtulit, condictionem? vt in *l. indebiti 15. §. sed si nummi supr. hoc tit. ul.* Nam & possessionis quoddam est veluti dominium, vt ibi diximus. Respondendum est cum Bartolo in *dict. §. sed si nummi*, factam fuisse accipientis possessionem, quæ nec ipsius antea erat, nec ipsi debita, in proposita verò specie diuersũ esse, quia quod diximus, superficiem solo cedere, non tantùm ad proprietatis, sed etiam ad possessionis causam pertinet, vt quisquis solum possidet, etiam superficiem hoc ipso possidere intelligatur *dict. l. 3. § sed si supra ædes infr. Vti possid.* potéstq; dominus areæ vindicando suum dominiũ, etiamsi non ædes possideat, attamen ædificij ab alio extructi possessionem auferre, non quidem tanquam suam, sed tamen quasi aliquo modo sibi debitam, cùm quisquis alienam rem iniustè detinet eam petenti, quandoque & vindicanti domino restituere sit obligatus *leg. & ex diuerso 35. §. l. qui restituere 68. & l. vltim. & pass. supr. de rei vindic.* Proinde vt condictio indebiti locum habere possit, duo concurrere oportet, vt & negotium aliquod gestum sit vno dante, & alio accipiente, & vt aliquid factum sit accipientis. Itaque malè nostri obiiciunt quod scriptum est in *l. qui exceptionem 40. §. si pars infr.* posse condici totam domum, vt impensa repetatur. Ibi enim dominium domus per fideicommissum relictæ translatum fuerat in accipien-

BIU Cujas

tem ab herede, quod noſtri non intellexerunt, vt ad eum locum dicemus.

b *Et ideò conſtat ſi quis cùm exiſtimaret ſe heredem eſſe.* RAT. DVB. In petitione hereditatis etiam ſi prædo ille ſit, qui impenſas fecit, quamuis imputari ei poſſit, cur ſciens in alienam rem impenderit, benigniùs tamen eſt, vt in eius quoque perſona impenſarum rationem haberi oporteat, ne petitor ex aliena iactura lucrum faciat, & idipſum officio iudicis continetur, vt diſertè ſcriptum eſt in *l. planè 38. ſupr. de hered. petit.* Ergo multo magis in bonæ fidei poſſeſſore hereditatis, de quo ſolo hæc lex loquitur, id eſt, qui exiſtimans ſe heredem inſulam hereditariam fulſerit, idem probandum eſt, vt non modò per retentionem impēſas ſeruare poſſit, ſed etiam per actionem ei ex æquitate dandam, quæ nec prædoni denegatur *l. ſi pupilli 6. §. ſed ſi quis ſupr. de negot. geſt.* hactenus ſaltem vt ei permittatur ſine læſione prioris ſtatus rei eos ſumptus quos fecerit auferre *l. domum 5. C. de rei vindic.* Atque ita Martinus & Azo iam olim crediderunt legem hanc non niſi de ſtricto iure loqui ex æquitate, tamen contrà dicendum eſſe, quem errorem etiam ex recētioribus Molinæus Pariſienſis, & alij nonnulli parum peritè & contra hanc legem ſecuti ſunt.

DEC. Qui in aliena area ædificauit, quam ſuam eſſe exiſtimabat (hoc enim eſt bonæ fidei poſſeſſorem eſſe) non eo animo ædificat, vt alium ſibi obliget, cùm rem ſuam ſe gerere arbitretur, ideóq; nec actionem vllam ſibi acquirit, ſed tantùm retentionem *l. in hoc iudicium 14. §. 1. ſupr. Commun. diuid. leg. ſi quis cùm 29. eod. tit.* oppoſita ſcilicet doli mali exceptione *l. Paulus reſpondit 14. inf. de doli mali except.* Proinde ſi retentionem quam ſolam habet omittat, nulla ratione alia conſulere ſibi poteſt *l. heres 21. inf. ad SC. Trebell.* Ergo nec condictionem habere poteſt ob allatas proximè rationes, quandoquidem neque ædificando negotium aliquod geſſit cum domino areæ, neque tradendo poſſeſſionem ædificij quicquam fecit accipientis. Etſi autem ratio hæc in malæ fidei poſſeſſore locum non habet, qui in eam rem impendit, quam ſcit non eſſe ſuam, alia tamen ratio facit, vt nec retentionem habere poſſit, quam bonæ fidei poſſeſſori concedimus, ſcilicet quia ſumptus quos in rem alienam ſciens fecit, donaſſe intelligitur *l. adeò 7. §. ex diuerſo 12. infr. de acquir. rer. domin. l. ſi ſeruus 26. § ſi oliuam 25. ſupr. ad l. Aquil. l. qui alienum 14. infr. de donat.* Prædonis alia ratio eſt de quo in *d. l. l. ſi pupilli §. ſed & ſi quis.* non enim donandi animum habere videri poteſt qui è contrario habet deprædandi. Sed tamen nec ille melioris condicionis eſſe debet, quàm bonæ fidei poſſeſſor, vt actionem aliquam habere debeat ad ſumptus repetendos, quam nec bonæ fidei poſſeſſori accommodamus, vt conſtat ex hac lege, & *dict. leg. in hoc iudicium §. 1.* ſed melioris tamen quàm malæ fidei poſſeſſor hactenus ſaltem vt habeat retentionem *d. l. planè*, idq; ex æquitate & benignitate, ſed cui cauſam det non tam prædonis fauor qui certè nullus eſſe poteſt, quàm odium petitoris qui ex aliena iactura locupletari velit, de quo tamen vide quæ ſcripſi latius ad *dict. leg. planè & ad leg. in fundo 38. ſupr. de rei vindic. & lib. 2. Coniectur. cap. 1. & in Chiliade de error. pragmatic. deca. 1.*

34. IDEM libro 40. Digeſtorum.

IS, cui hereditas tota per fideicommiſſum relicta eſt, & præterea fundus, ſi decem dediſſet heredi, & heres ſuſpectam hereditatem dixerit, & eam ex Trebelliano reſtituerit: cauſam dandę pecuniæ non habet. & ideo quod eo nomine, quaſi implendæ condicionis gratia dederit, condictione repetet.

Ad l. Is cui hereditas 34.

RAT. DVB. Quod condicionis implendæ cauſa datur, licèt magis ex voluntate eius qui dat, quàm ex mente & iudicio teſtantis aut iure teſtamenti dari intelligatur *l. ſi quis ſub condicione 8. infr. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam. l. Mœuius 55. de condict. & demonſt. l. inter mortis 38. de mort. cauſ. donat.* attamen non ſine cauſa datur, cùm implendæ condicionis cauſa detur, prius enim eſt, vt condicio impleatur, quàm vt quis habere poſſit, & conſequi quod ſub ea condicione ſibi relictum eſt *l. facta 63. §. ſi ſub condicione ad Senatuſconſultum Trebellianum.* Ergo ſemel datum condici poſtea non poteſt, nempe ſi cauſa ſecuta, & condicio impleta ſit. Atqui in propoſita ſpecie, cùm is cui tota hæreditas per fideicommiſſum relicta eſt, & præterea fundus ſi decem heredi dederit, condictionem impleuit & decem dedit, obligauit ſibi heredem, vt fundum quoque daret. Ergo condicere quaſi indebita decem quæ dedit, non poteſt, præſertim ſi non modò hereditatem, ſed fundum etiam habeat cum hereditate: denique ad impediendam condictionem ſufficit heredem habere, hæc decem ex fideicommiſſarij, qui dedit, voluntate. Quid enim cogebat eum decem dare, ſi non vltro dare, & fundum habere maluiſſet? Nec quod heres ſuſpectam hereditatem dixerit, eámque ex Pegaſiano inuitus adire & reſtituere coactus fuerit, ad rem facere videtur, cùm ea res cauſam reſtituendæ hereditatis afficere duntaxat videatur, vt perindè ex Trebelliano tota reſtituatur hereditas, ac ſi ſponte adita & reſtituta fuiſſet, non etiam cauſam præſtationis fundi, qui cum hereditate nihil commune habet, nec enim aut hereditas aut hereditatis pars vlla in fundo aliáve re qualibet ſingulari conſiſtere intelligitur *leg. quamuis 14. inf. ſi quis omiſſ. cauſſ. teſtam.* cúmque voluntas etiam coacta ſit voluntas, quid obſecro poteſt intereſſe, vtrum coactus heres, an ſponte hereditatem adierit *arg. l. ſi mulier 21. §. vltim. ſupr. quod met. cauſ. l. ſi patre cogente 22. infr. de rit. nupt.* Sed neque coactio aliud auferre heredi poteſt, quàm quod ex iudicio defuncti habuit, & iure teſtamenti: in quo numero non ſunt ea quæ condicionis tantùm implendæ gratia, ac proinde mortis cauſa potius capiuntur *d. l. Mœuius* & aliis ſupradictis. DEC. Quiſquis hereditatem ſuſpectam dicit, eámque ex Pegaſiano coactus adit & reſtituit, in ea cauſa ſe conſtituit, vt neque commodum neque incommodum vllum ex ea hereditate, aut ob eam hereditatis aditionem retinere debeat, & ex eius teſtatoris voluntate, cuius ſupremas preces deſtituit

quantum

BIU Cujas

quantũ potuit *l.4.l.ita tamen 27.§. qui suspectam & l. si patroni 41.§. qui fideicommissam & pass. infr. ad SC. Trebell.* Atqui tractamus de eo herede qui rogatus fuerit totam hereditatem restituere, excepto fundo Corneliano, ac præterea ipsum quoque fundum sub ea condicione, si fideicommissarius ei decem daret. Ergo cùm ponamus coactum illum ex Pegasiano & adire hereditatem & restituere, non potuit fundum illum, licèt extra causam hereditatis constitutum sibi retinere, nec fideicommissario restitutionem eius denegare, tametsi decem illa condicionis implendæ causa fideicommissario non accepisset: adeò Senatus apud eum nihil ex ea hereditate quam derelinquit, voluit relinquere *d. l. si patroni §. quid ergo vers. adeò Senatus eod. tit.* Consequens igitur est, vt neque fideicommissarius causam vllam habuerit dandi ea decem neque heres retinendi, cùm nullo condicionis implemento in eam rem opus fuerit, vt is fundus fideicommissario acquireretur. Proinde quod condicionis implendæ causa heredi datum est à fideicommissario per indebiti condictionem repetetur, vt hîc Iulianus concludit, indebiti, inquam, non ob causam dati causa non secuta, vt quidam putant, quia coactio facit indebitum quod antea fuit debitum, nec dici potest causam secutam non esse, cùm heres fundum tradiderit, de quo nec dubitatur quin penes fideicommissarium manere debeat, sed tantùm an fideicommissario permittendum sit, vt pecuniam quam ei condicionis implendæ causa dederat, auferat. Neque obstat, quod ea quæ cõdicionis implendæ causa dantur, non dantur tanquam debita, sed potius ex dantis voluntate, vt suprà diximus ex *l. si quis sub cõdicione 8. infr. si quis omiss. caus. testam* debentur enim si non præcisè saltem causatiuè, vt Bartolus loquitur, si quis lucrum aliquod consequi velit, aut damnum euitare, quod aliter non potest, quàm si impleat condicionem *arg. l. si non sortem 26.§. si quis falsò & §. si quis quasi supr. hoc tit.* Nec probo distinctionem Bartoli, an condicionis implendæ causa detur aliquid ob causam de futuro, an ob causam de præterito, & an vt is qui dat, consequatur aliquid facto hominis, an verò ipso iure absque facto hominis re ipsa executionem suam trahente, quasi hoc posteriore casu videatur solutio fieri ob causam de præterito, velut, inquit, si condicionis implendæ causa detur aliquid ad libertatem, quæ relicta purè fuerat, consequendam, aut ad consequendum legatum purè relictum, quando legata est res testatoris, cuius dominiũ ipso iure & recta via transire possit in legatarium: vt si ob causam de præterito datum sit condicionis implendæ gratia, condictio indebiti locum habeat, si verò ob causam de futuro condictio detur ob causam dati causa non secuta ex *l.1.§. si parendi supr. de condict. caus. dat.* Quomodo enim fieri potest, vt quod implendæ condicionis causa datur, non detur ob causam de futuro? Quãtumuis enim res quæ post impletam condicionem debebitur, trahat secum suam executionem, hoc ipsum tamen nunquam nisi ex postfacto fieri potest. cùm ipsam condicionem prius impleri semper necesse sit, antequam ius ipsum exerere vires suas possit, vt videre est in exemplo illo, quod adfert Bartolus de libertate purè data, nec enim potest libertas illa competere, nisi condicione demum impleta, non magis quàm si factum hominis aliquod in eam rem requireretur, ob rationem generalem positam in *d. l. facta 63.§. si sub condicione infr. ad SC. Trebell.* In alio verò exemplo, quod adfert Bartolus de eo, quod implendæ condicionis causa datum est ad consequendum legatum, quando legata est res testatoris, apertè falsum est, quòd ille putat solutionem illam trahere secum suam executionem ipso iure, quasi hoc casu nihil impediat, quominus dominium rei legatæ transferatur ipso iure, & recta via in legatarium. Ei námque qui hereditatem vel legatum ita accepit, si decem dederit, neque hereditas, neque legatum aliter acquiri potest, quàm si post impletam condicionem id egerit scriptus heres vel legatarius per quod hereditas aut legatum acquiritur, id est, quàm si hereditatem vel legatum agnouerit *l. ei qui 13. inf. de condict. & demonst.* nempe quia condicionis implementum delationem dũtaxat hereditatis vel legati inducit, vt postea acquiri possit *l. delata 151. de verb. signific.* non etiã acquisitionem. Neque simile est quod affert Bartolus de eo, qui soluit indebitum, qui licèt ideò soluat, vt ipsa solutione liberetur, non ideò tamen, inquit, soluere dicitur ob causam de futuro, sed ob causam de præterito, quoniam liberatio statim & ipso iure cõsequitur solutionem. Nam & illud falsum est causam proximam solutionis indebiti faciendæ esse liberationem. Etsi enim soluitur indebitum sicut & debitum ea mente, vt liberatio sequatur, causa tamen proxima soluendi non alia est, quàm quia debetur, aut deberi existimatur id quod soluitur, liberatio autem speratur tanquam certissimus & indubitatus effectus solutionis. Imò verò cùm soluitur indebitum, nulla potest sequi liberatio, quia nec obligatio vlla præcessit, & tamen non defuit causa soluendi, opinio scilicet debiti, quæ ex postfacto falsa reperitur, ideóque nimirum si aliud nihil impediat, indebiti condictionem inducit *leg. cùm is 32.§. mulier supr.* Denique liberatio causa finalis est solutionis, sed non efficiens aut impulsiua, qualem esse oportet eam quæ condictionem inducit siue præteritum tempus respiciat siue futurum. Nam quæ distinctio ponitur in *l. damus 52. infrà hoc tit.* aliò pertinet, vt ibi dicemus & ad *l. in summa 65. eod. tit.* Debuit igitur Bartolus dicere, distinguendum esse, an id propter quod implendæ condicionis causa datum aliquid fuit, desierit deberi facto eius qui dedit, vt in specie *dict. l.1.§. si parendi suprà de condict. caus. dat.* an facto eius qui accepit, vt in hac lege. Priore casu non potest locus esse condictioni indebiti, quia non debet esse in potestate eius qui dedit vt faciat indebitum, quod si vellet ipse, maneret debitum. Quemadmodum si quis implendæ condicionis causa decem dederit, vt hereditatem sibi ea condicione delatam adire vel legatum consequi posset, mox postquam dedit, hereditatem ipse vel legatum repudiauerit, impleta siquidem condicione in ipsius arbitrio & potestate erat, vt hereditatem agnosceret aut legatum, proinde si repudiare maluerit, condicere quidem poterit, sed condictione ob causam dati causa non secuta, quia fuerat data pecunia, vt hereditas vel legatũ acquireretur, cuius tamen acquisitio secuta nulla est, non etiam condictione indebiti, cùm ex sola voluntate illius, qui pecuniam dedit, acciderit, ne pecunia omnino debita etiam hodie sit: præsertim cùm nec inutiliter data sit pecunia, cuius datione effectum est, vt delata fuerit hereditas aut legatum, cuius repudiatio alioqui nec sequi potuisset, cùm prius delatum quid esse oporteat quàm repudiari possit *l. si ita sit scriptum 45.§. si sub condicione infr. de legat. 2. l.1.§.*

BIU Cujas

decreta lis de succeſſ. edict. prius autem condicio impleri debeat, quam ex condicionali diſpoſitione aliquid deferatur *l. §. ſi ſub condicione & leg. cedere diem 213. de verb. ſignific.* At poſteriore caſu cùm facto eius qui pecuniam accepit, indebita ſit pecunia quæ reuera fuit debita, nihil cauſæ eſt, cur alia quæratur condictio, quàm indebiti ad repetendum id, quod verè fuit indebitum. Eiuſque rei exemplum elegans eſt in ſpecie huius legis, in qua is, cui tota hereditas reſtituta fuit, & præterea legatus fundus ſi decem heredi dediſſet, datis decem & accepto fundo, nihilominus decem condicere poteſt, tanquam facta indebita ex voluntate & facto heredis, qui poſt accepta decem ſuſpectam hereditatem dixit, nec niſi coactus eam reſtituit, atque ita indignum ſe fecit, qui ob eam hereditatis aditionem quicquam retineret, id eſt, ne quidem pecuniam condicionis implendæ gratia datam, quia nec fundum fideicommiſſario legatum retinere poſſet, quamuis extra fideicommiſſi cauſam conſtitutum, cùm non eo minus verum ſit, eſſe illum hereditarium, nec alio iure ad heredem peruenisſe, quàm quòd is hereditatem adierit: quandoquidem aditio illa coacta in omnibus iis quæ ad commodum, aut incommodum heredis ſpectant, pro non aditione habeatur, vt diximus ex *d.l. ita tamen 27. §. qui ſuſpectam ad SC. Trebell.* Ideóque nimirum hoc caſu reſtituitur hereditas ex Trebelliano, vt Iulianus hîc loquitur, quia reſtituitur tota & ſicuti teſtator voluit, *§. ſed quia Inſtit. de fideic. heredit.* Nam cùm reſtituitur retenta quarta, reſtituitur ex Pegaſiano, quod Accurſius noſter non intellexit ponens rogatum eſſe heredem de reſtituendo hereditate poſt tantum tempus, vt medio tempore tot fructus percipere potuerit, quot poſſint ſufficere ad quartam, de quo tamen nec cogitauit Iulianus. Itaque miror tantopere Accurſium & noſtros laborare, an fundus in hac ſpecie fideicommiſſario legatus hereditarius fuerit, an heredis, ſed illud magis, quod ponunt fuiſſe proprium heredis, nec obſtent, inquiunt, verba illa huius legis *tota hereditas.* Vnde nec pudet quoſdam apud Accurſium delere dictionem *tota*, quaſi non poſſit tota hereditas reſtitui, præcepto tamen & retento aliquo fundo hereditario, contra quàm ſcriptum ſit in *§. ſi quis vna Inſtit. de fideic. hered.* Sed nec deſunt, qui ponant fundum hunc ad fideicommiſſarium non peruenisſe, exiſtimantes fieri non poſſe, vt ſi peruenerit permittendum ſit fideicommiſſario repetere pecuniam, quam implendæ condicionis cauſa dedit, nec animaduertentes heredem, qui cogente fideicommiſſario inuitus adiit non poſſe fundum retinere, quo retento, vel præcepto iuſſus erat hereditatem totam reſtituere, nec proinde pecuniam condicionis implendæ cauſa datam à fideicommiſſario, vt is quoque fundus reſtitueretur; quia nullum, vt diximus, commodum ex aditione coacta ſentire debet. Commodum autem eſt, non minus ſi quod implendæ condicionis gratia datum eſt, permittatur ei retinere, quàm ſi fundum ipſum hereditarium, licèt fundus ipſe tanquam ex legato capiatur, pecunia autem non niſi mortis cauſa *d. §. ſi quis vna & d.l. inter mortis 38. de mort. cauſ. donat.* Difficilior obiectio eſt, quæ fit ex *l. qui heredi 44. §. cùm hereditas verſ. ſed cùm ſuſpectam infr. de cond. & demonſtr.* vbi diſertè Paulus ſcribit, ſi ſuſpectam hereditatem heres dixerit, & adierit, & reſtituerit, dubitari quidem an ei auferendum ſit, ex cauſa fideicommiſſi etiam id quod implendæ cauſa heredi datum eſt, ſed benignius eſſe in hoc caſu nihil ei auferri. Quæ verba pleroſque mouerunt, vt dicerent Iuliani ſententiam, quæ in hac lege extat, referendam eſſe ad iuris rigorem, Pauli verò ad æquitatem & benignitatem. Quod ſanè eſſet probabile, ſi aliud melius dici nihil poſſet. Malo tamen aliam ſequi interpretationem Accurſij & Bartoli, diſtinguentium, an implendæ condicionis cauſa datum ſit aliquid heredi à fideicommiſſario, an ab alio extraneo, vt ſi à fideicommiſſario danda ſit ipſi contra heredem condictio, vt qui periculo ſuo adiri iuſſit hereditatem, omne commodum, quod propter aditionem heres habuit conſequatur, ſi autem ab extraneo, neque is qui dedit, neque fideicommiſſarius poſſit condicere, non is qui dedit, quia fundum pro pecunia habet, quem non haberet, ſi pecuniam condicionis implendæ cauſa non dediſſet, non item fideicommiſſarius, quia licèt heredem adire coegerit, adita tamen ſemel hereditate etiam iuſſu prætoris tota defuncti voluntas rata conſtituitur *d. l. ſi patroni 41. §. qui fideicommiſſam infr. ad SC. Trebell.* nec minus ad legatariorum, quàm ad ipſius fideicommiſſarij vtilitatem. Itaque non eſt cur fideicommiſſarius heredi auferre velit pecuniam, quam ab extraneo accepit, vt daret ei fundum, ſicuti nec fundum ipſi extraneo auferre poteſt, nec conqueri cur heredi pecuniam extraneus dederit, quam alij condicionis implendæ cauſa dare non potuit *d. §. cùm hereditas.* Quamuis indignus ſit heres qui coactus adiit, cui permitti debeat hanc pecuniam retinere, ſi ſummo iure cum eo agatur, quandoquidem nec eam hodie haberet, ſi non adiiſſet, niſi cùm in ipſius arbitrio & poteſtate teſtator poſuit, vt non adiret, quemadmodum in *leg. debitor 59. ad finem principij ad SC. Trebell.* Sed æquius tamen eſt, & benignius nihil hoc caſu auferendum heredi, nec debere fideicommiſſarium ei inuidere, quod neque ex hereditate, neque ex iudicio teſtatoris, neque ex pecunia, vllóve alio fideicommiſſarij incommodo heres habeat.

35. IDEM libro quadrageſimoquinto Digeſtorum.

QVi ob rem non defenſam ſoluit, quamuis poſtea defendere paratus eſt, non repetet, quod ſoluerit.

Ad l. Qui ob rem 35.

RAT. DVB. Ob rem non defenſam non cõmittitur ſtipulatio iudicatum ſolui, quandiu poteſt exiſtere qui defendat, *l. 3. §. penult. iunct. l. iudicatum 6. inf. Iudic. ſolui.* Atqui etiam poſteaquàm lis conteſtata eſt, ex clauſula ob rem non defenſam adhuc defendi quis poteſt, & purgari mora quę in defendendo admiſſa eſt, *dict. l. 3. § vltim. l. etſi poſt tres 8. ſuprà ſi quis caution.* Ergo quod ex ea cauſa, quaſi ex commiſſa iam ſtipulatione ſolutum eſt, condici poteſt, exemplo eius quod ſolutum fuit, ab eo qui tutus erat exceptione perpetua, *leg. qui exceptionem 40. infrà.*

BIU Cujas

40.*inf.* Nam nec dubitandum est quin exceptionē habeat quisquis ex stipulatione iudicatum solui ob rem non defensam conuenitur post moram, si modò purget moram, & paratus sit se defendere *d.l.etsi post tres.*

Dec. Purgari quidem potest mora, sed re integra *dict.leg.etsi post tres leg si ita quis* 135.§.*Seia in fin.infr. de verb.oblig.* Atqui res non est integra, cùm aut solutio iam facta aut condemnatio secuta est *leg. iam autem 5.inf.iudic.solui.* Sera igitur moræ purgatio est, post factam solutionem ad inducendam condictionem. Neque verum est exceptionem aliquam ei competere, qui moram cōtraxit, nisi ex quo purgare moram paratus est *dict.leg.etsi.* Proinde si antè soluerit, fatendum est factam esse solutionem eo tempore quo exceptionem nullam adhuc habebat is qui soluit, & consequenter nullum condictioni locum esse: aliud enim est, vt benè notat Bartolus, exceptionem aliquam habere, aliud verò aliquam habere posse: nam qui potest habere, adhuc tamen non habet, sicut & longè diuersum est, purgari moram posse, aliud verò purgatam iam esse, quæ enim purgari adhuc potest, certè iam purgata non est. Et placet valde, quod hîc addit Bartolus, moram quæ transtulit periculum in debitorem, aut creditorem, non eo minus hunc ipsum effectum habere, quod purgari adhuc possit, quia remanet mora, quandiu purgata non est ex *l.sancimus 26.in fin.C. de fideiuss. l. qui decem 72.in princ.& §.1. de solut.* Quando autem & quandiu purgari possit, alia quæstio est, quæ tractari solet ad *l.insulam 84.de verb.oblig.* Planè post factam executionem siue ab homine, vt in specie huius legis, siue etiam à lege dummodo ipso iure, vt addit hîc Bartolus, nec vllo facto hominis expectato, vix est vt purgationi moræ locus aliquis relinquatur: tunc enim iam res est in termino, vt loquuntur Philosophi, nec variationem vllam recipere amplius potest, *l.si cui 19.de legat.2.*

36. Paulvs libro 5. Epitomarum Alfeni Digestorum.

SEruus cuiusdam, insciente domino, magidem commodauit. is, cui commodauerat, pignori eam posuit, & fugit. qui accepit, non aliter se redditurum aiebat, quàm si pecuniam accepisset. accepit à seruulo: & reddidit magidem. Quæsitum est, an pecunia ab eo repeti possit. Respōdit, si is, qui pignori accepisset magidem, alienam scisset apud se pignori deponi, furti eum se obligasse, ideóq; si pecuniam à seruulo accepisset redimendi furti causa, posse repeti. sed si nescisset alienum apud se deponi, non esse furem. Item si pecunia eius nomine, à quo pignus acceperat, à seruo exsoluta esset: non posse ab eo repeti.

Ad l. Seruus cuiusdam 36.

Rat. dvb. Pignus alienæ rei non valet *l.1.& tot.tit.C.si alien.res pignor. dat.sit l. & quæ nondum* 15.§. *quod dicitur infr. de pignor.* quamuis alienæ rei venditio valeat *l.rem alienam 28.de contr.empt.* nempe quia per venditionem nihil aliud agitur, nisi vt venditor ad rem tradendam obligetur, vel de euictione teneatur, per dationem verò pignoris, vt res ipsa quæ datur pignori afficiatur: quod certè alio quàm domino ipso eam obligante fieri nullomodo potest: est enim pignoris obligatio vinculum reale nō personale *l.pignoris 17.infr.de pignor.l pignoris 15.C.eod.* Ergo si is qui rem alienam siue sciens, siue ignorans pignori accepit, pecuniam acceperit ab alio, quàm ab eo ipso qui pignus dedit, aut cuius voluntate ea pignoris datio facta est, dicendum est indebitam esse pecuniam, quæcunque eo nomine data est, ideóque per indebiti condictionem repeti posse, nec adhibendam distinctionem esse, quam hîc Paulus adhibet, an alienam rem apud se pignori deponi sciuerit is, qui pecuniam credidit, an ignorauerit: non enim ignorantia accipientis facere potest, vt eo magis valeat pignus rei alienæ.

Dec. Multum refert, an is qui rem alienam pignori accepit, alienam eam sciuerit, an ignorauerit, si sciuit, furti se obligauit hoc ipso quòd rem alienam inuito, id est, inscio, & ignorante domino contrectauit *l.ancillæ 12.Cod. de furt.* Et consequenter si postea pecuniam ab eo qui rem pignori dederat, furti redimendi gratia acceperit (aliud enim est, si pecunia soluta sit eius nomine, qui pignus dederat, vt scriptum est in fine huius legis, cùm is verè pecuniam debuerit, nempe si bona fide consumpta sit, nam extantem vindicare dominus posset, si neque ex eius voluntate soluta esset, neque is ratum habuisset, vt benè hîc notat Accursius) dubitandum non est, quin non modò indebitam pecuniam, sed etiam sine causa acceperit, quamuis non turpiter, vt malè putat Accursius, nihil enim turpiter facit, qui pecuniam quam furi mutuam dedit, recipit, licèt ipse furto se obstrinxerit non mutuam dando pecuniam, sed alienam rem scienter pignori accipiendo. Longè diuersa causa est eius pecuniæ, quam quis à fugitiuo meo accepit, ne eum indicaret: hic enim non solùm fur est, sed etiam quasi fur, & furtiuæ pecuniæ patitur condictionem *leg.4.§. vltim.supr.tit. proxim.* Si verò is qui alienam rem pignori accepit, alienam ignorauit sicuti furtum non admittit, ita neque prohibendus est eius pecuniæ quam mutuam dedit solutionem bona fide recipere, quia & bona fide pignus acceperat, nec furti redimendi, sed pignoris tantùm luendi causa pecunia hoc casu data videri potest, quamuis non potuerit inuito domino pignus retinere quousque reddita esset pecunia, si non vltrò reddita fuisset *l.2.C.de furt.* sic enim accipiendum est in *versic. Quòd si nescisset alienum apud se deponi non esse furem.* Condictio igitur hoc casu locum non habebit. De magide cuius hîc mentio fit quid sit, vide apud Gothofredum.

BIU Cujas

37. IVLIANVS libro 3. ad Vrseium Ferocem.

SEruum meum insciens à te emi, pecuniámque tibi solui. eam me à te repetiturum, & eo nomine condictionem mihi esse omnimodo puto, siue sciisses meum esse, siue ignorasses.

Ad l. Seruum meum 37.

RAT. DVB. Etiam alienæ rei venditio valet hactenus, vt obligetur venditor ad rem tradendam & de euictione, vt diximus ad *l. præced. ex l. rem alienam 28. infr. de contr. empt.* Ergo & obligari emptorem oportet ad precium vicissim præstandum *l. ex empto 11. de act. empt.* & consequenter si solutum sit preciũ, repeti non potest condictione indebiti. Quis enim possit indebitè solutum dicere id ad cuius solutionem vrgeri & cogi potuisset? *arg. l quod autem 6. §. apud Labeonem inf. qua in fraud. cred.* DEC. Aliud est, vẽditorem alienam rem vendere, aliud verò emptorem suam rem emere. Etsi enim tum quoque cùm res quæ venditur, emptoris est, alienares venditur, non ideò tamen valere vẽditio potest, quia nec emptio valet, cùm suæ rei emptio subsistere non possit *l. neque pignus 45. de reg. iur.* non solùm si sciens dominus, sed etiam si ignorans rem suam emerit *l. suæ rei 16. de contr. emp.* nisi cùm ab initio id agitur, vt dominus solam rei suæ possessionem emat, quæ sit penes venditorem *l. si in empt. 34. §. rei suæ eod.* Cùm ergo nec venditio hoc casu valeat nec emptio, consequens est, vt neq; preciũ ab emptore deberi possit, ac proinde, vt si à domino per errorem solutum sit, cõdici possit, adieci *per errorem*, id est, ab eo qui rẽ suam ignorans emit *d. l. suæ rei.* Nam si quis prudẽs & sciẽs rem suam emerit, cõuentúmq; eius preciũ soluerit, proculdubio non repetet, quia donasse id videtur, ex regula *l. cuius per errorem 53. & l. donari 81. de reg. iur.* licèt ea mente soluerit quasi postea repetiturus *leg. quod quis sciens 50. inf. hoc tit.* Distinctio igitur necessaria est ex parte emptoris qui rem suam emit & precium soluit, sciens emerit, an ignorans, vt priore casu cesset repetitio, posteriore non item *d. l. suæ rei.* At ex parte venditoris nulla adhibenda distinctio est, quia siue sciuerit venditor, siue ignorauerit rem esse emptoris, non tenet contractus, nec vllam causam habet retinendi precij, quod omni iure indebitum accepit, nisi, vt diximus, emptor sciens indebitum soluerit. Addenda & alia exceptio est, nisi quis rem suam emerit sub condicione, quòd fortè speraretur eius esse desinere. Tunc enim emptio rei suę valet *l. existimo 61. de contr. empt.* sicut & stipulatio *l. existimo 98. de verb. obl.* & consequẽter precij obligatio & solutio tenet, nec proinde potest nasci condictio precij ex solutione quæ parit liberationem, *l. si non sortẽ 26. §. si centum, & §. si decem sup. hoc ti. l. qui hominem 34. §. vlt. infr. de solut.* Ergo si ex qua alia causa vẽditio inualida sit, quod potest variis casib. contingere, idem dicendum erit, quod Iulianus in huius legis specie scribit, cõdictioni precij tanquã indebiti locũ fore.

38. AFRICANVS libro 9. Quæstionum.

FRater à fratre, cùm in eiusdem potestate essent, pecuniam mutuatus, post mortem patris ei soluit. quæsitum est, an repetere possit. respondit, vtique quidem pro ea parte, qua ipse patri heres exstitisset, repetiturum [a]. pro ea verò, qua frater heres exstitisset [b], ita repetiturum, si non minus ex peculio suo ad fratrem peruenisset. naturalem enim obligationem, quæ fuisset, hoc ipso sublatam videri, quod peculij partem frater sit consecutus. adeò vt, si prælegatum filio eidémque debitori id fuisset [c], deductio huius debiti à fratre ex eo fieret. idque maximè consequens esse ei sententiæ, quam Iulianus probaret [d], si extraneo quid debuisset, & ab eo post mortem patris exactum esset: tantum iudicio eum familiæ erciscundæ recuperaturum à coheredibus fuisse, quantum ab his creditor actione de peculio consequi potuisset. Igitur & si re integra familiæ erciscundæ agatur: ita peculium diuidi æquum esse, vt ad quantitatem eius indemnis à coherede præstetur. porrò eum, quem aduersus extraneum defendi oportet, longè magis in eo, quod fratri debuisset, indemnem esse præstandum.

Ad l. Frater à fratre 38.

Hæc lex quam Bartolus præfatur re & fama esse difficilem, si qua alia est, in toto corpore iuris latissimè à nobis explicata fuit *lib. vlt. Coniect. c. vlt.* nec lõgiore hîc indiget tractatione. Adferemus tantùm rationes dubitandi & decidendi ad singulos versiculos, vt quanto breuior erit tractatio, tanto clarior & dilucidior inueniatur. Speciem legis non obscurè Africanus expressit primis illis verbis *Frater à fratre, cùm in eiusdem patris potestate essent, pecuniam mutuatus post mortem patris ei soluit.* Neque breuius neq; apertius exprimi res potuit. Quæstio autem quæ ex propositafacti specie nascitur, æquè breuiter & apertè sequentibus illis verbis, *Quæsitum est, an repetere possit.* Tota itaque legis difficultas in responsione est, respondet autem Africanus cum distinctione in hæc verba:

a *Respondit, vtique quidem pro ea parte qua ipse patri heres extitisset, repetiturũ.* RAT. DVB. Cũ duo fratres in eiusdem patris potestate constituti simul contrahunt, sicuti certum est non posse illos inuicem obligari ciuiliter, obstante scilic. iure patriæ potestatis, quod efficit, vt & patris & liberorum omnium qui in eius potestate sunt, vna eadémque persona esse existimetur *l. Imperator 50. infr. ad SC. Treb. l. nec cum filiofamilias 16. inf. de furt. l. lis nulla 4. sup. de iudic.* ita constat posse illos inter se obligari naturaliter, vt omnium

nium apertissimè hæc lex probat, cum ita loquitur Africanus, *Naturalem enim obligationem, quæ fuisset, & in §. prox. inf. Nam manere naturalem obligationem,* in & *vers. contrà si pater*, ibi, *Nam hic quoque manere naturalem obligationem eodem argumento probatur.* Naturalis enim obligatio tota ex facto æstimatur, ita vt etiam seruus domino & conseruus conseruo naturaliter obligetur *l. nec seruus 41. infr. de pecul. sed si damnum 9. §. peculium & seq. & pass. eod. tit. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis infr. de solut. l. si quod 64. infr. hoc tit.* ad ea verò quæ facti sunt, non potest ius patriæ vel dominicæ potestatis pertingere *l. qui heredi 44. infr. de condic. & demonstr. l. quod dicitur 130. de verb oblig.* Quidni ergo & pater filio & filius patri, in cuius potestate est, & frater fratri naturaliter obligabitur? Vnde est quod quâuis pater filiosa. naturaliter obligari possit, fideiussorem tamen pro ea obligatione filio date non potest, quia fideiussoris obligatio, quæ semper aut ciuilis aut nulla est, patri per filium acquireretur, *l. si quis pro eo 56. §. 1. inf. de fideiuss.* atq; ita vt lex ait, esset idem pro eodem eidem obligatus, quæ tamen ratio mala esset, si filius non obligaretur patri, non enim posset videri fideiussor obligatus pro patre, qui nullomodo esset ipse obligatus: dicēdumque potiùs esset, non obligari fideiussorem, ideò quòd nulla esset obligatio, ne quidem naturalis, cui fideiussoria posset accedere. Quòd si fideiussoris obligatio naturalis tantùm esse posset, pro cuius dubio vtiliter acciperetur fideiussor pro patre, hactenus scilicet vt is filio naturaliter obligaretur, nec verendū esset, vt per filiū reacquireretur patri: quomodo malè Bartolus existimat. Atqui cōstat naturalis obligationis effectum præcipuum illum esse, vt impediat soluti repetitionem tota hac lege & *l. Iulianus verum debitorem 60. & pass. hoc tit. l. 3. §. vlt. supr. Quod quisque iur. l. naturales 10. inf. de oblig. & action.* Ergo dicendum est, quod frater debitor fratri creditori soluerit, repeti non posse, nec magis post mortem patris quàm viuo patre, nec rursum magis pro ea parte pro qua frater debitor patri heres extitit, quàm pro qua nō extitit. Et hæc obiectio tanti momenti est, vt Franciscum Hotomanum coegerit responsi huius partem priorem emendare, & addita negatione legere *non repetiturum*, prorsus insulsè & ineptè: Iacobū verò Cuiaciū in eam ire sententiā, quæ fuit iam olim Ioannis, Accursij & veterum ferè omnium, vt obligatio naturalis fratri quidē creditori primùm quæsita sit, sed quæ tamen per eum ipsum acquiratur patri non minus quàm ciuilis: quasi non alia ratio adferri possit, propter quam Africanus noster ita distinguere debuerit, vt quod frater debitor fratri creditori post mortem patris soluit, vtiq; repeti possit, pro qua parte is patri heres extitit, pro alia verò parte non possit repeti, nisi cum distinctione illa, an minus ex peculio fratris debitoris ad fratrem creditorem peruenerit, an tantundem æquè insubtiliter & contra iuris rationem, cùm fieri nequeat, vt naturalis obligatio acquiratur & filio & patri per filiū, sed vel filio tantùm, vel patri tantum: quandoquidē quicquid acquiritur patri per filium, ita acquiritur, vt ne momento quidem temporis acquisitio in persona filiifam. consistat, vt in obligatione ciuili cernere est *l. placet 79. inf. de acquir. hered.* Atqui non negant isti, nec negare possunt, quin obligatio hæc naturalis acquiratur primùm filio. Ergo fateantur necesse est, non posse illam acquiri patri alioquin dicendum esset, eodem instanti acquiri eam & patri & filio, quod prorsus impossibile est. Sicut & quod iidem addunt, duas hîc esse obligationes naturales vnam, quæ filio acquiratur, & in eius persona remaneat, alteram, quæ per filium acquiratur patri, & quæ postea rursum filio acquiratur tanquam heredi, quod certè ridiculum est. Alia igitur ad priorē huius responsi partē ratio decidēdi quærenda est, ea verò non alia, quàm quæ mox sequitur. DEC. Peculium filiifam. moriente patre confunditur cum hereditate, & ex peculio fit hereditas *l. certum est 13. Co. familerciscund.* peculium, inquam, profectitium, de quo solo hîc loquimur, nam in castrēsi aliud est *l. si filius familias 4. eod. tit.* nec enim peculium esse potest, nisi quatenus & quandiu à filiofamilias possidetur, quia paterfamilias peculium non habet *l. vlt. in fin. Cod. de inoffic. testam.* Ergo & peculiaris obligatio, quæ filiofamilias quæsita fuerat viuo patre contra fratrem, ex peculiari fit hereditaria per mortem patris. Atqui hereditas paterna, & quicquid hereditatis est, dividitur inter fratres eosdemq; patris heredes pro hereditariis portionibus *l. 1. C. si cert. petat. l. vlt. & pass. C. de heredit. action. l. 1. & 2. C. si vnus ex pluribus hered. debit.* Ergo & hæc quoque peculiaris obligatio. Cui consequens est, vt pro qua parte frater debitor patri heres extitit, repetere possit, cùm pro ea parte factus sit sui ipsius creditor, atq; ita debitor simul, & creditor: quæ res parit confusionem, ac proinde totam obligationem extinguit, nec tantùm confusionis iure, sed etiam solutionis potestate *l. debitori 50. l. Granius 71. l. heres à debitore 21. §. seruo tuo & seq. de fideiuss. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. aditio de solut.* Itaq; perinde fit confusio naturalis obligationis quæsitæ filio, etiamsi non sit quæsita patri, atq; si per filiumfamilias patri acquisita fuisset: fit enim confusio in extraneo herede, qui fuit debitor aut creditor defuncti, non eo instanti, quo paterfamilias moritur, aut quo primùm mortuus est, sed quo hereditas acquiritur: in suo autem herede statim atq; patri heres existit, quod contingit primo instanti post mortem patris, non quia in suis heredibus idem sit instans delatę & acquisitę hereditatis, vt dicebat Cuiacius, sed quia in iis acquisitio fit eo ipso instanti, quo in aliis fit delatio *l. in suis 11. de liber. & posth. l. in suis 14. de suis & legit.* cúmq; statim atq; pater mortuus est, filiusfam. fiat paterfamilias, & sui iuris, & ita peculiū habere desinat, eodem instanti succedit potestas iuris, quæ & peculium facit hereditatem & obligationem, quę peculiaris fuit, hereditariā, vt diximus tam citò quàm si pater viuus naturalem obligationem sibi per filium acquisisset: vt proinde nil necesse sit cum Accursio & Cuiacio dicere, quæsitam fuisse obligationem patri ad hoc, vt inueniatur ratio, propter quam danda sit fratri debitori repetitio soluti pro ea parte, pro qua heres patri extiterit, sufficit enim obligationem hanc factā esse hereditariam, licèt nunquam fuerit paterna. Quod nec Accursius, nec alius quisquam ex nostris intellexit. Scribit enim ille non aliam huius responsi rationē adferri posse, quàm quia pro parte debitor heres extiterit quasi creditori, quod certè falsum est, nam neque pater fuit vnquam creditor ex persona fratris, qui mutuum dedit, neque debitor ex persona fratris, qui accepit. Confunditur autem hęc obligatio peculiaris, non per solam collationem & communicationem peculij, sed per successionē, quatenus frater debitor successit patri in ea obligatione, at non quasi peculiari, sed quasi hereditaria, & ita tamen hereditaria, vt nunquam fuerit defuncti, sed post ipsius tantùm mortem cœperit & esse heredi-

BIU Cujas

taria. Nec enim nouum est, vt aliquid sit hereditarium, aut actiuè aut passiuè, quod tamen à defuncti persona nunquam inceperit *l. hereditarium 7. infr. de reb. author. iudic. possid. l. hereditariarum 40. de oblig. & action. l. si per imprudentiam 51. §. non mirum infr. de euict.* Itaque si poneres fratrem hunc debitorem abstentum esse ab hereditate patris, perinde quidem obligatio peculiaris desineret esse peculiaris, & fieret hereditaria, quia non faceret abstentio, quin filius-familias per mortem patris fieret paterfamilias, & consequenter incapax habendi peculij *d. vlt. Cod. de inoff. testam.* sed tamen nō ideo posset repetere, quod soluisset iure confusionis, quia nulla ex parte patri successisse intelligeretur *l. si filius 12. de interrog. in iur. fac.* Necrursus quasi soluto per peculij collationem debito, quia non tam contulisse quàm amisisse peculium videretur: adeò vt neque conueniri ex propria obligatione deberet, nisi in id quod facere posset, etiamsi extraneo debuisset *l. 2. infr. quod cum eo qui in alien. potest.*

b *Pro ea verò qua frater heres extiterit.* RAT. DVB. Non potest videri confusa naturalis obligatio fratris debitoris pro ea parte, qua non ipse, sed frater creditor patri heres extitit, cùm pro ea parte non sit idem sui ipsius debitor & creditor: quæ sola ratio est, vt proximè diximus, inducendæ confusionis. Frater enim, qui viuente patre fratri pecuniam peculiarem credidit, æquè post mortem patris remanet creditor, sed cum hac tamen differentia, quòd ex peculiari creditore factus est hereditarius, propter confusionem illam peculij cum hereditate *d. l. certum est 13. Cod. famil. ercisc.* Et quamuis ex peculio fratris debitoris ad fratrem creditorem non minùs peruenerit, quàm ei debeatur pro qua parte is patri heres extitit, non ideò tamen magis confusio vlla induci potest, at nec solutio, cùm peculium illud viuo quidem patre licèt filij fuerit, magis tamen fuerit patris *l. 3. §. sed vtrum l. patri 27. in princip. supr. de minor.* mortuo autem patre desierit esse peculium, & factum sit hereditas, ex quo fit, vt non tam ex peculio fratris debitoris, quàm ex patrimonio patris, aut ex eiusdem hereditate, videatur frater creditor pro qua parte patri heres extitit, partem debitæ sibi pecuniæ esse consecutus. Non ergo fieri potest, vt pro ea parte naturalis obligatio sublata sit, ad inducendam soluti repetitionem, quamuis ex peculio fratris debitoris, non minus ad fratrem creditorem peruenerit, quàm ei deberetur, pro qua parte extitit heres patri. Non enim tollitur obligatio siue naturalis, siue ciuilis per solutionem factam ex pecunia creditoris, aut alterius quàm ipsius debitoris *l. Iulianus 47. §. 1. infr. mandat. l. Cassius 17. l. si alieni 78. & pass. de solut.* Fratri autem creditori soluta intelligitur pecunia quæ ipsius fuit, pro qua parte patri heres extitit, quia fuit hereditaria. DEC. Peculium filij familias, veluti proprium eius patrimonium est *d. §. sed vtrum l. 5. §. peculium dictum est, l. hinc quæritur 19. §. 1. l. si ex duobus 32. l. peculium & ex eo 39 l. quoties 47. §. vlt. & pass. infr. de pecul.* Et ideo, quemadmodum frater fratri, qui in eiusdem patris potestate est, pecuniam peculiarem credendo acquirit sibi naturalem obligationem contra fratrem, perinde ac si ex pecunia omnino sua crederet, ita & frater debitor soluendo ex peculio suo se ab obligatione naturali liberat, non minùs quàm si ex pecunia omnino sua puta castrensi solueret viuo patre: vtrumque enim ex voluntate patris, qui vtrique filio peculium concessit, fieri intelligitur. Quid autem refert, an pecunia quam frater debitor in peculio habuit, ad fratrem creditorem perueniat viuo patre, an mortuo? Etsi enim moriente patre desinit esse peculium, & fit hereditas, eadem tamen pecunia est, ex qua frater debitor soluere anteà, & se liberare potuisset, & quæ auxit hereditatem à quo instanti ex pecunia peculiari facta est hereditaria: tantóque minorem portionem hereditariam haberet hodie frater creditor, si minùs ex peculio suo frater debitor in assem hereditarium contulisset. Effectu igitur rei inspecto qui semper potissimùm inspiciendus est, *l. debitor 59.* in illis verbis, *videamus de effectu rei infr. ad SC. Trebell.* dicendum est, perinde liberari fratrem debitorem per confusionem & communicationem peculij, atque per solutionem, ne alioqui sola iuris ratio quæ peculium extinguit, vt ex ea peculio hereditatem augeat, damno adficiat fratrem debitorem, qui peculium suum benè administrauerat, & habuerat vnde fratri creditori solueret, quomodo in alia specie, licèt dissimili argumentatur Papinianus in *l. 3. infr. de separat.* Atqui nemo dubitat, quin solutione tollatur omnis obligatio, & quin pro soluta debeat haberi pecunia, quæ à debitore ad creditorem peruenit, *leg. non omnis 19. §. si pupillus supr. de reb. credit. l. quòd si forte 14. §. vlt. de solut.* Verum igitur est, si pro qua parte frater creditor patri heres extitit, non minùs ex peculio fratris debitoris ad eum peruenit, quàm pro hereditaria illa portione debeatur, sublatam esse naturalem obligationem: præsertim cùm quæstio hæc tractanda sit, inter fratres iudicio familiæ erciscundæ, quod bonæ fidei est, ideóque præstationes omnes recipit, quæ sunt ex bono & æquo *§. actionum 25 & sequ. Instit. de action.* Etsi nec quicquam vetat etiam post acceptum inter fratres iudicium familiæ erciscundæ, quod sæpius accipi non potest, tractari inter eos de condictione indebiti, quomodo tractaretur inter heredes extraneos, si quid fortè alteri ab altero indebitè solutum probaretur. Et ita hic locus omninò accipiendus est: nam de iudicio familiæ erciscundæ inter fratres accepto, incipit tractare Africanus noster in specie, quæ statim sequitur.

c *Adeò vt si prælegatum filio eidemq; debitori id fuisset.* Ratio est, qua probat Africanus, naturalem obligationem fratris debitoris hoc ipso sublatam fuisse, pro qua parte frater creditor patri heres extitit, quod non minùs ex peculio fratris debitoris frater creditor sit consecutus. Hæc autem ratio est, quia si pater testamento suo fratri debitori peculium prælegasset, officium arbitri familiæ erciscundæ in hereditate inter fratres diuidenda tale esse deberet, vt ex prælegato illo peculio partem fratris creditoris hereditariam deduci iuberet: est enim ille vnus ex naturalis obligationis effectibus, vt pariat deductionem, *leg. sed si damnum 9. §. peculium & pass. infr. de pecul.* Atqui deductione illa facta, nemo dubitaret, quin sublata esset obligatio naturalis, quasi solutionis potestate. Deductio enim potestatem habet solutionis, & per eiusmodi deductionem peculium fratris debitoris ad fratrem creditorem eatenus peruenisset. Ergo idem esse debet etiamsi per hereditatis diuisionem inter fratres sine arbitrio factam, tantundem ex peculio fratris debitoris, ad creditorem frattrem peruenerit, quantum est in eius portione hereditaria. Nam & hoc casu idem euenit, vt peculij fraterni partem frater consequatur, atque ita habeat vnde sibi ipse satisfaciat. RAT. DVB. Cùm pater vni ex filiis suis

suis eidémque debitori peculium prælegauit, officium arbitri familiæ erciscundæ tale esse oportet, vt patris iudicium & voluntatem sequatur *l. filij 16. l. filiæ 18. l. vl. & pass. C. fam. ercisc.* Ergo pati non debet, vt ex peculio illo prælegato frater creditor quicquã deducat. Dec. Iudicium familiæ erciscundæ bonæ fidei est §. *actionum Instit. de action.* proinde nihil nisi æquitatem ante oculos habere iudex debet, vt testatoris quidem sequatur voluntatem, quãtum fieri potest, sed eatenus tamen, quatenus bonum & æquum patitur §. *in bonæ fidei 26. eod. tit.* Atqui bonum & æquum est, satisfieri fratri creditori ex peculio fratris debitoris, quatenus alteri debet: naturalis enim obligatio æquitatis vinculo sustinetur *l. Stichũ aut Pamphilum 95. §. naturalis de solut.* Cúmque non possit ea obligatio, quæ naturalis tantùm est, parere actionem, necesse est, vt creditori prospiciatur officio arbitri per viam deductionis & retentionis, aut etiam, si aliter fieri non possit, adiudicationis *l. 3. l. Pomponius 8. l. si filia 20. §. 1. & pass. supr. famil. ercisc.* vt quod naturalis obligationis efficacia obtinere non potest, adminiculo & officio arbitri familię erciscundæ suppleatur, vt in *d. l. vlt. Cod. famil. ercisc. l. 2. C. de inoffic. donat.* Ergo iubere debet iudex, vt quod frater fratri debet, pro qua parte frater creditor patri heres extitit, ex peculio fratri prælegato deducatur.

d *Idque maximè consequens esse ei sententiæ, quã Iulianus probauit.* Alia hæc ratio est, qua probat Africanus nõ æquitatem deductionis ex peculio fratris debitoris pro qua parte frater creditor patri heres extitit, sed æquitatem repetitionis, quæ fratri debitori danda est contra fratrem creditorem, pro qua parte is patri heres fuit, & quatenus heres ex peculio fratris debitoris consecutus est. Nam si quid vnus ex filiis extraneo creditori debuisset, & ab eo post mortem patris creditor exegisset, solidam scilicet debitã quantitatem, æquum esset, tantum eum iudicio familiæ erciscundæ recuperare à coheredibus quantum ab iis creditor actione de peculio consequi potuisset *l. his consequenter 18. §. si filius familias supr. famil. ercisc.* id est, pro ipsorum portionibus hereditariis: quamuis filius ipse idemq; debitor si ex parte heres à patre institutus sit, nihilominus actione de peculio in solidum pati cogatur *l. quæsitum 30. §. si verò filius sit infr. de pecul.* quia & ex persona sua ipse solidum debet *l. si quis cum filiofamilias 44. eo.* Sed ea res nõ facit, quin duplici remedio ei succurri oporteat, quorũ alterũ est, vt pro parte nomẽ coheredis redimat *d. §. si verò*, alterum, vt contra coheredem habeat iudicium familiæ erciscundæ *d. §. si filius familias.* alioqui locupletaretur coheres ex ipsius iactura, quatenus ex peculio filiifamilias debitoris locupletior factus esset, cũ tanto maiorem, vt diximus, habeat portionem hereditariam. Igitur, inquit Africanus, etsi re integra familiæ erciscundæ iudicio agatur, ita peculium diuidi æquum est, vt ad concurrentem vsq; eius quãtitatem indemnis præstetur frater debitor ab extraneo coherede. Porrò si æquum est, defendi filium debitorem aduersus extraneum, lõgè magis, inquit Africanus ex Iuliano, in eo quod fratri debuisset indemnis præstandus est. Cur enim deterior condicio esse debeat fratris debitoris aduersus creditorẽ fratrem, quàm aduersus extraneum? Est autem omnib. his casibus ratio illa communis, quod æs alienũ filiifam. qui peculium habuit, non tam ipsius filiifamilias, qui contraxit quàm peculij onus est *l. depositi 38. §. vlt. inf. de pecul.* ideoq; ad patrem quoque pertinet, quamuis non ipse contraxerit, vt ad finem vsq; peculij actione de peculio teneatur *d. l. si quis cum filiofamilias*, & consequenter ad heredes quoq; patris dro hereditariis portionibus. Sequitur ergo peculiũ quocunq; ierit, & quisquis habet peculium siue tãquam peculium, siue tanquam in hereditatem conuersiuum, is onus quoque æris alieni tãquam onus peculij sentire debet. Ita enim fit, vt neutri fiat iniuria, quæ alioqui fieret euidenter ei, qui totum debitum soluisset, nec tamen nisi partem peculij apud se retineret. His igitur omnib. consequens est, quod initio huius legis Africanus respõdit, fratrem debitorem, pro qua parte frater creditor patri heres extitit, ita repeturum quod soluit, si nõ minus ex peculio suo ad fratrem creditorem peruenerit. Nihil enim aliud agit Africanus his duab. allatis rationibus, nisi vt probet sublatam esse pro ea parte obligationem naturalem, qua frater debitor fratri creditori tenebatur, quasi solutione facta ex ipso peculio quod adnexum semper habeat onus æris alieni, & cõsequenter locum esse repetitioni, quam sola obligatio naturalis impedire poterat. In eóque erramus, cum scripsimus *lib. vlt. Coniect. cap. vlt.* Africanum non id agere, vt probet fratrem debitorẽ posse repetere quod soluit pro parte hereditaria fratris coheredis, si non minus ex peculio suo in fratrem creditorem transtulerit, sed id potius, vt probet nõ posse repetere, si aut nihil, aut minus ex peculio fratris debitoris ad fratrem creditorẽ peruenerit. Nulla enim dubitãdi causa est eo casu, cum nihil interueniat propter quod naturalis obligatio sublata videri possit. Et quod Africanus scribit in versic. *Naturalem enim obligationem, quæ fuisset hoc ipso sublatam videri, quòd peculij partem frater sit consecutus*, ostendit satis in eo solo Africanum laborare, vt doceat, sublatam esse per communicationem & participationem peculij obligationem naturalẽ fratris debitoris, vt inferat, posse igitur illum repetere, quamuis non tam ex fraterno peculio quàm ex paterna hereditate, vt in dubitandi ratione diximus, solutum fratri creditori videretur: & ita omnino sentiendum est. Cætera, quæ nostri ad primum hoc legis huius respõsum tractant consulto prætermittimus, non ob id solum quod à nobis iam tractata satis & cõfutata sunt in Coniecturis, sed etiam quia non ad aliud prosunt, quàm vt legis huius interpretationẽ, quã facilem & planam attulisse nobis videmur, faciãt difficiliorẽ.

1 ¶ Quæsitũ est, si pater filio crediderit, isq. emãcipatus soluat, an repetere possit. respõdit, si nihil ex peculio apud patrẽ remãserit[a], non repetiturũ. nã manere naturalẽ obligationẽ[b], argumẽto esse, quòd extraneo agẽte intra annũ de peculio, deduceret pater, quod sibi filius debuisset. Cõtrà si pater[c], quod filio debuisset, eidẽ emancipato soluerit, non repetet: nã hîc quoq. manere naturalem obligationem, eodem argumento probatur: quòd si extraneus intra annum de peculio agat, etiam quod pater ei debuisset, computetur. Eadémque erunt, & si extraneus heres[d] exheredato filio soluerit id, quod ei pater debuisset.

BIU Cujas

Ad §. 1. Quæsitum est.

RAT. DVB. Etsi cùm pater filio suo quem in potestate habet, credidit pecuniam, naturalis obligatio inter patrem & filium contrahitur, vt suprà diximus, & Interpretes quoque hoc casu fatentur: attamen secuta emancipatione, si filius iam emancipatus patri soluat, alia persona videtur esse quæ soluit, quam quæ debuit, quia capitis diminutio quæ per emancipationem contingit, aliam quodammodo emancipati personam facit, adeò vt emancipatus filius patri suo extraneus quodammodo esse intelligatur, *l. quin etiam 55. infin. de rit. nupt.* Vnde profecta est ratio & necessitas inducendi edicti de capite minutis, inter cæteras partes edicti de restitutionibus in integrum, vt obligationes, quæ per capitis diminutionem intercideranr, restituerentur *l. 1. & 3. §. vlt.* vbi diximus *supr. de capit. minut.* Ergo quod filius emancipatus patri soluerit, tanquam indebitum repeti poterit: nam & per emancipationem, perinde atque per mortem patris, eximitur filius à patria potestate, & fit paterfamilias, ac proinde incapax habendi ampliùs peculij *l. vlt. C. de inoff. testam.* Ergo nec capax esse potest retinendæ obligationis vllius peculiaris siue actiuæ, siue passiuæ, cùm peculiaris obligatio nulla esse possit, vbi peculium nullum est. Qua ratione putant Ioannes, Azo, & Accursius, si pater qui à filio suo mutuam pecuniam accepit, eum posteà emancipauerit, & in emancipatione peculium ipsi ademerit, non remanere illum filio obligatum, ex *l. si quis seruo 18 infr. de solut.* vbi scriptum est seruo manumisso, cui peculium in manumissione ademptum est, peculiares debitores soluere posteà non posse, si peculium ademptum sciuerint. DEC. Capitis diminutio non tollit iura naturalia, nec eas obligationes, quæ sunt ex bono & æquo, & naturalem habent præstationem, quia ciuilis ratio iura naturalia corrumpere non potest, *leg. eas obligationes 8. supr. de capit. minut. § vlt. Instit. de legit. agnat. tutel.* Atqui naturales obligationes non tam ex iure, quàm ex facto æstimantur, vt diximus ex *l. si quod dominus 64. inf. hoc tit. l. nec seruus 41. infr. de pecul.* nec tam iuris, quàm æquitatis naturalis vinculo sustinentur, *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis de solut.* Ergo naturalem obligationem, quæ inter patrem & filiumfamilias contracta est, patre mutuam credente pecuniam, etiam post emancipationē manere fatendum est, & idcircò si filius emancipatus patri soluat, quod ei filiusfamilias debuit, repetitioni locum non esse. Est autem hic locus omniū apertissimus ad probandum quod supra docuimus, inter patrem & filiūfamilias, non solùm contrahi posse obligationem naturalem, sed quod magis est, ita contrahi, vt non acquiratur patri: alioquin pater accipiendo pecuniam mutuam à filio, quo casu constat æquè obligari eum naturaliter filio, vt scriptum est in *vers. prox. seq.* sibi ipsi obligaretur: quod cùm natura ipsa non patiatur *l. ne cum filiofamilias 16. infr. de furt.* non minùs naturalem obligationem impedit, quàm ciuilem. Et hæc ratio est, quæ Accursium mouit, ac cæteros existimantes, naturalem, quæ inter fratres contrahitur, obligationem acquiri patri, vt aliud tamen senserint in ea obligatione naturali quæ inter patrem & filiū directo contrahitur, quomodo ipsi loquuntur, non obliquè per intermediā alterius personam. In quo miror virū doctissimum Iacobum Cuiacium contrà putasse, quasi cum pater mutuam pecuniam à filiofamilias suo accipit, nō eo minùs obligatio naturalis quæ acquiritur filio, hoc ipso reacquiratur patri, sed tamen non intelligatur acquisita quamdiu pater peculium penes filium suum manere patitur: quod minùs euidenter certè falsum est. Quomodo enim posset ipso iure quæsita esse patri, quin sibi ipsi pater obligatus esset? Et quid si filius nihil in peculio habeat præter eam summam, quam patri credidit? Quid rursum si pater filio peculium ademerit? An eo minùs obligatus ei manebit pater, cum filius ipse creditoribus omnibus peculiaribus extraneis maneat obligatus? vt pro Hugolino contra Ioannem & Azonem Bartolus benè disputat ex *l. ideoq; 45. & præced. infr. de pecul.* Denique quid absurdius, quàm dicere, in patris esse potestate, vt naturalem suam obligationem qua tenetur, facto suo extinguat, & per solam ademptionem peculij: *l. 2. §. Scæuola infr. de eo quod cert. loc. l. si seruum 91. §. nunc videamus infr. de verb. oblig.* Illud sanè non nego, quod in Coniecturis fusiùs docui, obligationem quidem naturalem acquiri filio, non etiam patri, & in ipsius filij persona manere ac consistere, siue pater filio peculiū adimat, siue peculium penes filium manere patiatur. Sed ita tamen, vt effectus omnes obligationis naturalis acquirantur patri, siue id quod naturaliter debetur, deducendum sit, siue compensandum, siue retinēdum, ex quo fit, vt conuētus pater de peculio ex contractu filij possit deducere, quod ille filius alteri filio debet, in eiusdem patris potestate constituto *l. sed si damnum 9. §. præterea infr. de pecul.* quo potissimum argumento motus ac deceptus fuit Cuiacius; nempe quia obligatio ipsa naturalis tota facti est, vt diximus, effectus autem omnes obligationis naturalis sunt iuris: quęcunque porrò iuris sunt, transeunt à filio ad patrem, & à seruo ad dominum, non etiam illa quæ sunt iuris, *d. l. qui heredi 44. de condic. & demonstr. d. l. quod dicitur 130. de verb. oblig.* Nam neque deductio, neque retentio, neque compensatio fieri potest, quin acquiratur id quod deducitur, vel retinetur, vel compensatur, *l. filium quem 24. Cod. famil. ercisc.* Acquisitionis autem omnino incapax est filiusfamilias, nisi cū pater non vult per eum sibi acquiri *d. l. placet 79. de acquir. hered. l. 1. si à parent. quis manum. sit.* Nec tamē cōsequens est, vt verum sit, quod vult Bartolus obligationem naturalem acquiri filio nomine tātum, non etiam effectu. Acquiri enim effectu, etiam ipso apparet manifestè ex hoc §. in quo apertè scribit Africanus, quod pater filio suo debuit, si emāciparo soluerit, non posse eum repetere, nimirum quia eo tēpore iā capax est filius acquisitionis, nec priùs quærendum est, cui acquisitus sit obligationis naturalis effectus, quàm acquirēdi tempus venerit, *d. l. si quod dominus 64. infr. hoc tit.* vbi scriptum est, id quod dominus seruo suo debuit, si manumisso soluat, quāuis existimans aliqua ei se actione teneri non posse dominum repetere, quia naturale debitum agnouerit, cùm tamē si ante manumissionem eidem soluisset, nemo dubitaret, quin idipsum quod solutū esset, domino acquireretur: sicut & in specie huius §. *versic. seq.* si quod pater filio suo naturaliter debuit, ante emancipationem soluisset, haud dubiè & sublata esset per solutionem naturalis obligatio, & rei solutæ dominium eidem patri per filium acquireretur. Nam cum sint diuersa instantia contractæ obligationis, & secutæ acquisitionis, non quemadmodum implicat contradictionem, vt pater sibi ipsi quicquā debeat, ita & implicat, vt illud ipsum quod pater filio debuit, si ab eo solutum filio sit, patri per filium acquiratur: quoniam aliud est de obligatione naturali, aliud de dominio tractare, cùm dominium sit iuris, obligatio autem naturalis meri facti, & non

nisi

nisi partim ex mero facto, partim ex æquitate æstimanda.

a *Si nihil ex peculio apud patrem remanserit.* Ergo si pater filium emancipando peculium ipsi ademerit, illúdque sibi retinuerit, quod filius post emancipationem ei soluerit, repeti poterit tanquam indebitè solutum: cùm pro soluto habēdum sit, quicquid per emancipationem apud patrem ex filij peculio remansit. Vnde enim potuit aut debuit filius nisi ex peculio soluere, ac obligationem peculiarem dissoluere? Cumque ęs alienum filiifamilias peculium habentis sit onus peculij, vt ad initium huius legis diximus ex *l. deposui* 38. §. *vlt. & aliis pass. infr. de pecul.* fieri certè nequit, vt & peculium filij pater retineat, & filij creditor remaneat. Denique retentio peculij, quam nostri minùs Latino vocabulo, sed latiore significatione *peruentionem* vocant, solutionis vim obtinet, ideóque prodest ad dissoluendam naturalem obligationem, vt & alia solutio quælibet: nempe si tantum ex peculio apud patrem remanserit, quantū fuit in naturali filij obligatione, nam si minus remanserit, non continget liberatio, nisi ad concurrētem vsque quantitatem. Ex quo intelligimus non sola peculij ademptione patrem liberari, sed sola eius perceptione, non enim plus facere potest ademptione peculij, quàm si alio quolibet modo extinctum sit peculium, puta reb. omnib. peculiarib. peremptis *l. peculium nascitur* 40. *infr. de pecul.* nisi quod peculium si non adimatur emancipato filio, concessum ei intelligitur *l. donationes* 31. §. *pater qui filiæ infr. de donat. l. siue emancipatis* 17. *C. eod.* si verò adimatur, remanet penes patrem, & prodest filio vt à patre liberetur.

b *Nam manere naturalem obligationem.* Laborauerat Africanus in prima huius legis specie, vt probaret sublatam esse naturalem inter fratres obligationem partim confusione, partim participatione peculij. Nunc laborat, vt probet naturalem obligationem inter patrem & filiumfamilias contractam, si pater filiofamilias crediderit, non tolli per emancipationem: probat autem hoc argumento, quod si post filij emancipationem extraneus aliquis creditor peculiaris ageret annali actione de peculio cōtra patrem, ex *l. i. & tot tit. quand. de pecul. act. est annal.* deduceret pater quod sibi filius debuisset, vt semper fit in actione de peculio *l. sed si damnum* 9. §. *peculium & pass. infr. de pecul.* etiamsi post mortem filij eadem actione annali de peculio contra patrem ageretur *d. l. i.* Ergo nec mors, nec emancipatio filij adimit patri naturalem obligationem. Est enim deductio, vt sæpiùs diximus, vnus ex effectib. naturalis obligationis, non potest autem effectus esse sine causa, nec argumentatio vlla melior quàm ab effectu subsistente ad causæ subsistentiam. Porrò nulla hîc dubitandi ratio est, nisi quæ à nobis adferetur ad *d. l. i. infr. quand. de pecul. act. annal. est.*

c *Contrà si pater.* Sensus est, idem quod proximè dictum est de filio qui patri obligatus fuit naturaliter, è contrario dicendum esse, si filius patri crediderit & pater eidem emancipato soluerit: non enim repetet, quia æquè naturalem obligationem agnouit, quæ impedit soluti repetitionem. Eadem igitur ad hanc speciem dubitandi ratio est, quæ ad superiorem. Eodémque prorsus, sed inuerso tamen argumento vtitur Africanus, vt probet in hac quoque specie naturalem obligationem manere. Nam si quis extraneus peculiaris creditor ageret de peculio contra patrem intra annum post emancipationem, aut post mortem filij, computandum esset in filij peculio etiam quod pater ei debuisset, tanquam auctum naturali illa obligatione filio acquisita contra patrem. Nam quemadmodum deductio quæ fit ex peculio, ostendit naturalem adhuc obligationem subesse, ita & computatio quæ fit huius obligationis naturalis ad augendum peculium: non enim computari posset in peculio, & peculium augere obligatio naturalis, quę iam extincta esset. Cōstat autem in peculium filij vel serui cōputari, quod ei pater vel dominus debuit *l. quam Tuberonis* 7. §. *sed & id quod, infr. de pecul.* nec puto distinguendum esse hac parte casum mortis filij à casu emancipationis, quomodo distinguit Accurs. cum ait ratiocinationem hanc Africani non esse necessariam: etsi enim mortuo filiofamilias nulla supereſſe potest obligatio, nec naturalis nec ciuilis, quomodo supereſt eodem emancipato *l. creditorem* 18. *inf. d. SC. Macedon.* quia nec hereditas filiifamilias vlla est, in quā transire possit naturalis obligatio *l. qui contra* 11. *infr. de fideiuss.* quomodo transiret mortuo patrefamilias, qui naturaliter tantum obligatus fuisset, vt puta impubere *l. si eius pupilli* 64. *infr. ad SC. Trebell.* Attamen cùm de actione de peculio tractatur, quæ ex edicto prætoris intra annum post mortem, vel emancipationem filij instituitur, nulla differentia est, quia iā inde ab eo tempore quo naturalis obligatio contracta est, pater cum filio egisse, aut filius cum patre ratione posuisse intelligitur *d. l. sed si damnū* 9. §. *propterea l. ex facto* 52. *inf. de pecul.*

d *Eademque erunt & si extraneus heres.* RAT. DVB. Naturalis obligatio cùm ex facto estimetur, vt sæpius diximus, facta autem merè personalia sint, videtur cohærere personæ, indeque fieri vt à filio vel seruo non trāseat ad patrem vel dominum *l. nec seruus* 41. *inf. de pecul. l. si quod dominus* 64. *hoc tit. iunct. l. qui heredi* 44. *de cond. & dem.* Ergo nec in heredem transire potest, quia in eū nec transeunt cætera quæ merè personalia sunt *l. quia tale* 13. *iunct. l. præced. infr. sol. matr. l. explurib.* 42. *de admin. tutor. l. sciendum est* 25. *infr. de re iudic.* DEC. Hereditas personā defuncti repræsentat, in omnib. præsertim defuncti obligationib. siue naturales sint, siue ciuiles, & siue actiuæ, siue passiuæ, quia ex facto defuncti proficiscuntur & sumunt originem: quod maximè inspiciendum est, cū de transmissione quæritur: nam & inde fit, vt stipulatio conditionalis, etiam pendente conditione defuncto stipulatore in heredem ipsius transmittatur §. *ex conditionali Instit. de verb. oblig.* at legatum conditionale non item *l. is cui* 42. *de oblig. & action.* Ergo & naturalis obligatio patris, qua filio tenebatur, transire potest in heredē patris extraneū, adeóque quod magis est, ab herede in vniuersalem hereditatis fideicommissariū, vt disertè scriptum est in *d. l. si eius pupilli* 64. *infr. ad SC. Trebell.* Aliud est in priuilegiis personæ datis, quia non transeunt ad heredem: quò pertinent supra allatæ leges. Nec mirum videri debet obligationem naturalem transire in heredem, quæ non trāsit in patrem vel dominum: nam in heredem transit, quia defuncto iam quæsita fuerat: in patrem verò, vel in dominū, ideò transire non potest, quia si transiret necesse esset ita transire, vt ipsi filio aut seruo nunquā acquisita fuisset, ne vno quidem temporis momento *d. l. placet* 79. *de acquir. hered.* Quod tamen ne fieri possit, illud impedimento est, quod obligatio naturalis tota, vt diximus, ex facto æstimatur, nec factum filij factum est patris, nec factum serui factum domini *d. l. qui heredi.* Et obseruā-

BIU Cujas

dum est, non ita loqui Vlpianum *in d.l. placet* vt dicat, omnia omnino acquiri patri per filium, vel domino per seruum, quomodo Cuiacius post Azonem nimis generaliter interpretatur, vt naturales quoque obligationes comprehendat, sed ait, *quoties adquiritur*, vt intelligamus, non igitur omnia, nec semper acquiri. Porrò si quid vspiam gentium est, quod acquisitionem paternam, aut dominicam effugere potuerit iure vetere, fatēdū certè est, obligationem naturalem in eo esse numero. Loquitur autem hîc Africanus de exheredato filio, quia si coheres institutus esset, fieret confusio pro qua parte patri heres extitisset quasi succedente creditore debitori, nisi ab hereditate patris abstentus filius proponeretur, vt ad initium huius legis diximus.

2 ¶ Legati satis accepi: &, cùm fideiussor mihi soluisset, apparuit indebitum fuisse legatum, posse eum repetere existimauit.

Ad §. vlt. Legati.

RAT. DVB. Ei danda est condictio indebiti, cui abest quod indebitum soluit, ne ex ipsius iactura alius locupletetur *l. nam hoc natura 14. supr. hoc tit.* Atqui cùm legati alicuius nomine heres fideiussorem dedit (quem dare debet ex edicto vt *legat. seu fideic. seruand. caus. caueat*, siue in diem siue sub conditione legatum sit, adeóque si etiam purè, nec statim legatum prēstetur *l. etiam 15. ill. tit.*) si posteà quàm à fideiussore legatū solutum est, appareat fuisse indebitū, puta quoniā testamentū inofficiosū pronuntiatum, aut ex qua alia causa irritū factum est, vt in *l. 1. 2. & seqq. supr. hoc tit.* nihil abesse videtur fideiussori, qui legatū soluit, cū habiturus sit regressū actione mandati aduersus heredē pro quo soluit, sed heredi qui ad hoc ipsum obligatus est, vt fideiussorē indemnē prēstet. id enim abesse cuique intelligitur, in quo est obligatus *l. si quis mandatu 28. supr. de negot. gest.* Ergo heredi ipsi danda est condictio indebiti, non quomodo hîc scriptum est, fideiussori. DEC. Ei danda indebiti condictio est, cuius pecunia indebitè ad alium peruenit: nec enim negari potest, quin damnum sentiat ex amisso rei suæ dominio, si non statim ei per condictionem succurratur aduersus eum ipsum qui accepit, quamuis ab alio indemnis seruari possit. Sicut enim nemo ideò obligatur quòd ab alio postea sit repetiturus *l. nemo ideo 171. de regul. iur.* ita neque actionem quam aduersus vnum habet ob id solum amittere debet, quòd aliam aduersus alium exercere possit, cùm actio quæ adiicitur, nunquam priorem tollat, quia nec pluribus actionibus hominis vnius indemnitati consuli quicquam prohibet, dum ne bis idem consequatur *l. 1. §. 1. infr. quod legat. l. si quis dolo 51. infr. de re iudic.* Atqui in proposita specie fideiussor ille est, quem ponimus soluisse legatum indebitum, non heres. Ergo fideiussori non heredi danda legati indebitè soluti condictio est, scilicet si suo nomine soluerit, quod & in dubio præsumendum est, *l. 4. infr. de solut.* non etiam si nomine heredis, alioqui danda esset heredi condictio aduersus legatarium, mox repetitio fideiussori actione mandati contra heredem *l. indebitam 47. infr. hoc tit.* Ita enim accipiendū esse hunc §. omnes cōsentiunt: nec fideiussori nocebit, quòd legatum debeat ex sua promissione & stipulatione, nō ex testamento, quod inofficiosum pronuntiatum, aut aliàs irritum factum sit. Quamuis enim stipulatio legatorum sit cautionalis, ideóque interponatur, vt nouet actionem ex testamento *l. 1. de prætor. stipulat. iunct. l. cùm filius 76. §. heres meus delegat. 2.* tamen actionis ex testamento quam nouat naturam induit, & vicem repræsentat, ita vt si quis sub conditione legatum stipulatus, pendente conditione decesserit, stipulatio euanescat, quia nec legatum transmitteretur *l. 1. §. si quis sub conditione.* Vbi additur huic stipulationi easdem causas & conditiones inesse quæ legato insunt. Proinde si qua sit exceptio quæ petenti legatum opponi soleat, eandem ex stipulatu quoque agenti opponendam esse. De quo tamen videnda sunt & tenenda quæ generaliùs & specialiùs de cautionalium omnium stipulationum natura scripsimus *lib. 3. Coniect. cap. 1.*

39. MARCIANVS libro 8. Institutionum.

SI quis, cùm à fideicommissario sibi cauere poterat, non cauerit: quasi indebitum, plus debito eum solutum repetere posse, Diui Seuerus & Antoninus rescripserunt.

Ad l. Si quis cùm à fideicommissario 39.

RAT. DVB. Multum distat cautio præstanda heredi à fideicommissario, à fideicommisso, quod heres fideicommissario præstare debet, nec quod heredi cauere fideicōmissarius debeat, facit vt eo minùs fideicommissum ab herede debeatur. Habent enim fideicommissum & cautio, quæ fideicommissi nomine præstanda est, causas suas separatas, cùm fideicommissum quidem ex testamento debeatur: cautio verò non nisi ex edicto prætoris, siue de cautione illa intelligas, quę legatorum & fideicommissorum omnium seruandorum causa præstari debet ex generali edicto, vt *legat. seu fideic. seruād. caus. caueat.* Quæ mihi probabilior huius loci interpretatio esse videtur, siue cum Accursio de cautione interponēda ex edicto, *si cui plus quàm per leg. falcid. de qua in l. 3. §. item sciendum est & §. vlt. iunct. l. 1. §. hodie & pass. ill. tit. si cui plus quàm per leg. falcid.* siue denique de cautione, quæ à fideicōmissario præstanda interdū est, pro indemnitate heredis, vt in *l. cùm hereditas 36. iūct. l. debitor 59. in fin. principij infr. ad SC. Trebell.* Nam alia duo exempla quæ adfert Accursius ex *l. patronus 60. infr. ad SC. Trebell.* de patrono, qui ex debita tantùm portione institutus fideicommisso aliquo grauatus est, & de eo qui pro fideicommisso relicto sub conditione quæ in non faciendo consistit, Mucianam cautionem non obtulit ex *l. Muciana 7. de condict. & demonstr.* mihi non videntur ad rem pertinere: cùm in specie *d. l. patronus* nullo cautionis remedio fieri possit, vt valeat fideicommissum, quod patrono ex debita tantùm parte instituto iniunctum est, *d. l. patronus*, quæ ideò condictionem dat fideicōmissi purè & absolutè, nō autem interim & quousque cautio præstita sit, quæ nulla hoc casu debetur, in legato autem quod relictum est sub conditione quæ in non faciendo cōsistit, Muciana cautio desideretur, non vt heredi prospiciatur, sed vt legatario, id est vt possit ille priùs etiam quàm impleta sit conditio, legatū petere, quod alioqui nec viuo legatario deberetur tāquam nondū impleta cōditione, nec post impletam conditionē, quæ scilicet, sicut non potest impleri nisi morte legatarij, ita nec impleta esse nisi

BIU Cujas

ipso mortuo, & eo tempore quo acquirendi legati ampliùs capax non est. Deniq; Muciana cautio nō nisi loco remedij introducta est & causatiuè, vt Bartolus loquitur, id est, si legatarius deberi legatū velit, quod alioqui omnino indebitum esset. Ergo vt propositā dubitandi rationē concludamus, si heres cū à fideicōmissario fideicōmissum petēte cautionē vicissim à fideicommissario debitam nō petierit, & nihilominùs fideicōmissum soluerit, non est ei permittendū vt condictione indebiti fideicommissum repetat, quod negari non potest debitū esse. Quidni enim dicimus potiùs dandā heredi ex edicto actionē vt debita cautio præstetur? vt in *l. qui inuicē 30. sup. hoc tit.* præsertim postquàm placuit etiam post solutum legatū vel fideicōmissum, cautionem illam exigi posse *d. l. 3. §. item sciendum est infr. si cui plus quàm per leg. Falc.* Neque verò diffitetur Bartolus condictionem indebiti hoc casu locum habere nō posse, sed ait dandā esse condictionē incerti, quasi quę, si Bartolo credimus, à condictione indebiti separāda sit, sed malè, vt à nobis iam sæpius probatum est in superioribus. Condictio enim indebiti duplex est: vna certi, de qua in *d. l. patronus & pass. hoc tit.* alia incerti, qualis illa est de qua Marcianus hic tractat, & in *l. seq. §. si pars infr.* Dec. Indebiti condictio locum habet, non solùm si quid omnino indebitum solutum sit, sed etiam si quid plus debito, quia & illo casu ex parte indebitum est. Sed ex qua parte? Hoc verò nesciri potest, cùm cautio pro fideicommisso debita totum fideicommissum afficiat, cuius proinde nulla pars debetur, quin totius fideicommissi nomine cautio præstita sit. Totum ergo fideicommissum necessario condicendum est, & quidem cōdictione indebiti, sed incerti, vt diximus, nō autem certi, quia licet fideicommissum quod condicitur certum sit, non tamen repetitur tanquam absolutè, & simpliciter indebitum, sed tanquam indebitum interim, id est, quousque cautio præstita sit. Repetitur ergo ad hoc solùm vt cautio præstetur, quod quoniam facti est & in faciendo consistit, hoc ipso incertum est *l. vbi autem 75. §. qui id quod infr. de verbor. oblig.* ideóque non nisi condictioni incerti indebiti locus esse potest, vt & in *l. quòd si nulla 60. de legat. 1. l. si dominus 8. & seq. de præscr. verb.* Ad hanc legem valde pertinet quod scriptum est in *l. heres 21. ad SC. Trebell.* quam ab Accursio & glossatoribus prætermissam esse miror, & de cuius sententia ac emendatione scripsimus *Decad. de errorib. pragmaticorum. Error.* meliùs quàm in *error. 10. decad. 26.* Iunge quæ dicam ad *leg. ex quibus 51. infr.*

40. Idem libro 3. Regularum.

QVi exceptionem perpetuam habet, solutum per errorem repetere potest. Sed hoc non est perpetuum. nam si quidem eius causa exceptio datur, cum quo agitur, solutum repetere potest: vt accidit in senatusconsulto de intercessionibus. vbi verò in odium eius, cui debetur, exceptio datur, perperam solutum non repetitur: veluti si filiusfamilias contra Macedonianum mutuam pecuniam acceperit, & paterfamilias factus soluerit, non repetit.

Ad legem qui exceptionem 40.

Rat. dvb. & decid. ad hanc legem eadem est quæ ad *l. si non sortem 26. §. indebitum supr. hoc tit.* vbi eadem sententia proponitur, quę tamen in hac lege pluribus explicatur, & adhibita distinctione illa, an exceptio perpetua quæ ante solutionem competebat, & cuius prætextu is qui soluit, prætendit repetitionem soluti, tanquam indebiti, inducta sit fauore eius cui datur, qualis est exceptio Velleiani de intercessionibus mulierum, an potiùs odio eius contra quem datur, qualis est exceptio Macedoniani aduersus eum qui filiofamilias pecuniam credidit, vt priore casu exceptio perpetua inducat repetitionem soluti, non etiam posteriore *l. sed si paterfamilias 9. §. vlt. infr. de SC. Maced.* vbi Vlpianus aliis quidem verbis, sed non dissimili sensu scribit, eos qui perpetua exceptione tuti sunt, ita demùm solutum non repetere, si ob pœnam creditorum actione liberati sunt, non etiam quòd exonerare eos lex voluerit. Iunge *l. si pœnæ 19. in princ. supr.* Porrò filiusfamilias qui à creditore mutuam pecuniam accepit citra voluntatem patris, & extra eos casus, quibus Macedonianum cessare placuit, non ideò à condictione certi liberatur, ne cum effectu conueniri à creditore possit, quòd exoneratum eum Senatus velit, sed odio tantùm creditoris, & in pœnam illius qui mutuam pecuniam filiofamilias credidit in necem fortasse patris, cuius vita ex eius mutui causa etiam periclitari potest *l. 1. l. 3. §. is autem solus inf. eod. ill. tit.* Quod in senatusconsulto Velleiano de intercessionibus mulierum contrà est, voluit enim senatus exoneratas esse mulieres, quæ contra ordinis amplissimi decretum intercesserint, ne cum effectu obligari possint: fauore scilicet infirmitatis & imbecillitatis sexus, non autem quòd vllo dignus sit odio is qui cum muliere bona fide contrahit, licet eam intercedere non ignoret. Contra hanc tamen distinctionem illa dubitandi ratio vrgere non parùm videtur, quod facilius permittendum videatur, vt quis renunciet iuri in fauorem suum introducto, quàm vt renunciet ei iuri, quod odio alterius comparatum est: licet enim cuilibet iuri suo renunciare *leg. pen. C. de pact. l. si iudex circumuento 41. supr. de minor.* Atqui renuntiat iuri suo, qui perpetuam exceptionem qua tutus erat, omittit, mauultque soluere quàm ipsa vti, donantíque similis esse dicitur in *l. si quis delegauerit 12. infr. de nouat. & delegat.* Cur ergo repetet potiùs is qui fauorabili exceptione tutus fuit, quàm qui odiosa? Imò si verum amamus, cùm fiat odio creditoris qui contra senatusconsultum filiofamilias pecuniam credidit, vt exceptione perpetua repelli debeat? An non facere idem odium deberet, vt etiam posset repeti, quod huic creditori solutum esset? in repetitione si quidem fauor repetentis versatur, odium verò illius qui condictione tenetur. E contrario enim quia fauore mulierum Velleiani exceptio introducta est, damus mulieri repetitionem, quæ id soluit, quod beneficio exceptionis perpetuæ potuerat in perpetuum retinere. Sed pro decidendi ratione respondendum est, condictiones omnes, præsertim verò condictionem indebiti, ex bono & æquo comparatas fuisse, & ex æquitate naturali *l. nam hoc natura 14. & seq. sup. leg. hæc condictio 66. inf. hoc tit.* eas autem exceptiones perpetuas, quæ non tam fauore excipié-

tis, quàm odio aduersarij inductæ sunt, nõ tam naturali aliqua æquitate niti, quàm ciuili: ideóque nõ posse parere indebiti soluti repetitionem. Eiusmodi est, vt diximus, exceptio Macedoniani. Quænam enim naturalis æquitas suadet aut patitur, vt filiusfamilias qui mutuam à creditore pecuniam accepit, non cogatur eam reddere? An verò facere senatus potuit vt nõ remaneret naturaliter obligatus? *l. quia naturalis 10. eod. tit. d. SC. Mac. d.* Quid verò aliud est obligatum quem esse natu. aliter, quàm obligatum esse ex æquitate naturali? *l. Stichum aut Pamphilũ 95. §. naturalis de solut.* Vt ergo naturalis illa obligatio effectum suum non habeat, qui in eo maximè elucet, vt impediat repetitionẽ soluti *l. 3. §. vlt. sup. quod quisque iur. leg. naturales 10. infr. de oblig. & action. l. frater à fratre 38. & pass. sup. & inf. hoc tit.* necesse est vt æquitas illa qua naturalis obligatio nitebatur, contraria æquitate, eáque potentiore debilitetur. Qualis æquitas illa est, quæ perpetuàm exceptionem in fauorẽ excipientis potest inducere. Nullus enim fauor esse potest ad excipiendum, si non eam causam foueat, quæ naturalẽ in se habeat æquitatem. Itaque quãuis mulier quæ contra Velleianum intercessit, perinde sit obligata naturaliter, atque filiusfamilias qui contra Macedonianũ mutuam pecuniam accepit, non prohibetur tamẽ quod per errorem soluerit repetere, quoniam naturalis æquitas, quæ fauore mulierũ inducit ex authoritate senatusconsulti perpetuam Velleiani exceptionẽ facit, vt vel nulla superesse intelligatur naturalis obligatio mulieris, tãquã cuius vinculũ contrariæ æquitatis vinculo sublatũ sit vt in *d. §. naturalis* vel facta sit infirmior, quàm vt soluti repetitionem impedire possit: maior enim æquitas & potestas exceptionis vincit primã illam æquitatem naturalis obligationis. Neque verò nouũ est, vt æquitas cum æquitate pugnet, & fortior vincat infirmiorem *d. § naturalis & leg. si seruus 61. §. quod verò infr. de furt.* At Macedoniani exceptio quamuis æquè perpetua sit, eandémque senatus authoritatẽ præ se ferat, quia tamen non tam naturali quàm ciuili æquitate nititur, nec tollere potest, nec vincere naturalem illã obligationẽ, quæ etiam post senatusconsultum ex mutuo nascitur, proinde nec impedire retentionẽ soluti, quã naturalis obligatio creditori solutionem accipienti peperit. Hinc verò intelligimus quàm grauiter nostri errent in eo quod putãt, Velleiano senatuscõsulto renuntiari posse, quia possit quilibet, vt diximus, fauori suo renũtiare. Macedoniano nõ posse, quòd non nisi creditoris odio cõparatũ sit, neutra enim renũtiatio permittẽda est, ne alioqui facilè sit vtriusque senatuscõsulti potestatem eludere, muliere vel filiofamilias renuntiante Senatusconsulto eadem facultate qua contrahit, vt in mulierũ contractib. & intercessionibus, apud nos, qui errorem interpretum secuti renuntiationes istas admittimus, quotidiano vsu experientia comprobauit, *l. quidam 29. in fi. inf. ad SC. Velleian.* Denique priuatorũ cautiones & cõuentiones legum, atque Senatusconsultorum authoritate censeri nunquam debent *l. inf. de suis & legit.* vt scilicet impediri possit natiuitas & potestas exceptionis, quæ ex vtroque senatusconsulto nascitur: quamuis vbi iam nata & quæsita exceptio est, non cogatur mulier ea vti si nolit *l. vlt. §. pen. inf. ad SC. Velleian.* nec magis filiusfamilias quàm mulier. Quod & in cæteris conuentionibus iuris est, quæ si fiant ad obtundendam aciem legis vel senatuscõsulti, priusquàm lex aut senatusconsultum vires suas exerere potuerit, nullius momenti sunt, tanquam factæ cõtra ius publicum. Valent verò, si postquàm legum voluntati & potestati satisfactum est, interuenerint, *l. si quando 35. §. & generaliter C. de inoff. test l. quod bonis 25. §. 1. l. Seius & Agerius 27. inf. ad leg. falc.* Quemadmodũ enim voluntas legis illa est, vt filius etiam inuitus possit legitimam cõsequi in bonis patris vel matris, non etiã vt inuitus eam consequatur: itémque legis Falcidiæ & senatusconsulti Pegasiani, vt possit heres etiã inuitus quartã ex legatis & fideicommissis detrahere, non etiam, vt detrahat inuitus *l. si sponsus 5. §. si quis rogatus inf. de donat. int. vir. & vxor. leg. patrem 19. & seq. inf. quæ in fraud. credit.* ita & vtriusque senatusconsulti Macedoniani & Velleiani voluntatem & potestatem illam esse fatendũ est, vt & filiofam. cõperat exceptio Macedoniani aduersus creditorẽ, à quo mutuam accepit pecuniã, & mulieri exceptio Velleiani aduersus eum apud quem intercessit, etiamsi neque filiusfamilias, neque mulier eiusmodi exceptionem velit sibi competere, sed nõ etiã vt ea exceptione sibi cõpetente vti cogãtur, si nolint. Cæterùm si quid contra factũ & conuentum sit, siue à filiofam. siue à muliere, per quod natiuitas exceptionis eáque vtendi potestas impediatur, nullius momenti illud est tanquam factum in fraudem senatusconsulti siue Velleiani, siue Macedoniani, *dict. l. 3. §. is autem solus in fin. & l. item si 7. alias leg. sed Iulianus §. mutui dationem infr. de SC. Maced. d. l. quidam 29. §. 1. ad SC. Velleian.* Illud etiã obseruatione dignũ est, malè nostros hanc legem sic intelligere, quasi Marcianus distinguat, an exceptio sit fauorabilis, an odiosa. Aliud enim longè est, tractare de exceptione, quæ odiosa sit, vt ipsi loquuntur, aliud verò de ea quæ inducta sit odio creditoris, quomodo Marcianus hic vult nos loqui: potest siquidem fieri, vt exceptio aliqua sit odiosa certo respectu, vtputa exceptio doli, quæ licet infamiã non irroget, famã tamen & existimationẽ suggillat apud bonos & graues viros, *l. 4. §. aduersus inf. de doli mali except.* ideóq; nec à liberis cõtra parentes, nec à libertis cõtra patronos obiici potest *l. licet 7. §. nec exceptiones inf. de obseq. parent. & patron. præst.* nec tamẽ comparata sit odio eius cui obiicitur, sed ex summa æquitate naturali, fouente causã excipientis, vt in hac ipsa doli exceptione cõtingit, quæ licet ideo comparata esse dicatur, ne cui dolus suus contra naturalẽ æquitatẽ prosit, aut potiùs, ne quis per occasionem iuris ciuilis contra æquitatem naturalem lucrum captet ex dãno alieno, quomodo scriptum est in *l. 1. de doli mali except.* hoc ipso tamẽ intelligimus naturali æquitate potissimùm hãc exceptionẽ niti, & idcirco non tam odio eius cui obiicitur inductã esse quàm fauore obiicientis. Idque apparet euidentiùs ex eo quod licet non alij possit exceptio hæc obiici, quàm ei qui ipse dolum admisit, ex parte tamen obiicientis in rem est, nec requiritur, vt is ipse dolũ passus sit, *l. 2. §. planè eod. tit.* nẽpe quia naturalẽ in se habet æquitatem, & ad fauorem causæ respicit magis quàm ad odiũ actoris: alioqui & condictio indebiti odiosa dicenda esset: cùm nõ detur aduersus aliũ quàm qui ex aliena iactura cõtra naturalẽ æquitatẽ locupletari velit *d. l. nã hoc natura 14.* vbi diximus *sup.* qui sẽper odio certè dignus est, & quidẽ maximo, tanquã qui ius ipsum naturæ infringat *l. iure naturæ 206. de regul. iur.* Hinc igitur est, quod quisquis doli exceptione tutus fuit, quæ perpetua semper est *l. purè 5. §. vlt. de doli mali except.* si per errorem soluerit repetit *l. qui se debere 7.* vbi diximus *supr. de condict. caus. dat.* quomodo cæteri, de quibus

Mar-

BIU Cujas

Marcianus in hac lege, qui exceptionem habent in sui fauorem introductam. Nec proinde cum Interpretibus valde laborãdum est, vt distinguamus doli exceptionem specialem à doli exceptione generali, quæ cum aliis exceptionibus plerumque concurrit, aut vt quinque doli exceptiones constituamus, quod nos iam satis refutauimus ad *d.l.qui se debere.* Exceptioni Macedoniani similior est exceptio præscriptionis longissimi tẽporis quippe quam posteriores Imperatores induxerunt, non tam fauore debitoris aut possessoris, quàm odio negligẽtis, nec tam ex æquitate aliqua naturali quæ repugnat potius, nec patitur, vt id quod nostrum est, nobis sine facto nostro auferatur *l.id quod nostrum* 11. *de reg. iur.* nec vt cuiquam mortalium ignoranti condicio iniqua per alium inferatur *l.non debet alteri* 74. *eod.titul.* sed æquitate merè ciuili, vt & vsucapio, ne rerũ dominia semper sint in incerto *l.* 1. *de vsurpat. & vsucap.* & vt diligentior quisque fieret ad res suas repetendas, & actiones suas exercendas *l.vlt. C. de annal.except. l.vlt. C. de præscript. long. temp. l.3. & pass. C. de præscri.* 30. *vel* 40. *annor.* Igitur si quis tutus exceptione perpetua longissimi temporis siue triginta siue etiam quadraginta aut plurium annorum nihilominus soluerit, non repetet condictione indebiti, quia bonam fidem agnouit, & naturalem obligationẽ, quæ per huiusmodi exceptionem, nec nomine nec effectu tollitur. Eóq; iure passim vtimur. Nam & quod magis est, si verus debitor à iusto creditore conuentus per iniustam iudicis sententiam absolutus sit, & postea soluerit, non repetit *l.Iulianus* 60. *infr. hoc tit.* nimirum quia licet rei iudicatæ exceptio æquè perpetua sit, non tamen æquitate naturali nititur, sed potius ciuili. Quid enim si per imperitiam iudicis, aut per gratiam, aut quod fœdius est, per sordes iudicatum sit? Quis putet ex naturali æquitate hoc casu competere exceptionem rei iudicatæ? Et tamẽ perinde standum est reb. ita iudicatis propter rerum iudicatarum authoritatem *l.seruo* 65. §. *cum prætor ad SC. Treb. l.si per imprudentiam* 51. *de euict. l.exceptione* 67. *de fideiuss. l. & ex diuerso* 35. §. 1. *supr. de rei vindic.* Alioqui nullus esset litium finis, & facilè accideret, vt repetita sæpius lite, contraria pronunciarentur *l singulis 6. infr. de except. rei iudic.* Quæ ratio & æquitas merè ciuilis est, vt nemo non videt. Proinde naturalem obligationem tollere non potest, nec eius effectum ad inducendam repetitionem soluti *d.l.Iulianus*, cuius hæc vera & germana ratio est non, quam Accursius, Bartolus & alij adferunt, quòd exceptio rei iudicatæ inducta sit ad conseruandum iuris rigorem: quamuis Bartolus malit hoc intelligere de exceptione litis pendentis, quasi de ea tantùm loquatur Paulus in *d. l. Iulianus*, quod nos ad eum locum latiùs refutabimus.

1 ¶ Si pars domus, quæ in diem per fideicommissum relicta est, arserit ante diem fideicommisso cedentem, & eandem heres sua impensa refecerit: deducendam esse impensam ex fideicommisso constat. &, si sine deductione domum tradiderit, posse incerti condici [a], quasi plus debito dederit.

Ad §. 1. Si pars domus.

RAT. DVB. Condictio indebiti non nascitur nisi ex aliquo negotio gesto per quod res fiat accipientis, *l.si in area* 33. *supr. hoc tit.* Atqui nullum negotium geritur inter heredẽ, qui ædificat in area per fideicommissum relicta, & fideicõmissarium, quia cùm superficies & naturali & ciuili ratione cedat solo, *l.* 2. *infr. de superfic.* non potest quod in area ædificatũ est, ad alium pertinere quã ad fideicõmissarium, ad quem & area ipsa pertinet. Ergo si pars domus, quę in diem siue certam siue incertã per fideicõmissum relicta est, arserit ante diem fideicommissi cedentẽ, id est, siue viuo adhuc siue iã mortuo testatore, & eã heres sua impensa refecerit, & tamen sine deductione domũ tradiderit, non potest habere condictionem indebiti siue certi siue incerti, sed imputare sibi debet, cur retentionem quã solam habebat, omiserit ex *reg. l. ex quibus* 51. *infr. hoc titul.* Quid enim fecit accipientis? *d.l.si in area vers. sed etsi is & l.si vrbana* 54. *infr & l.heres* 21. *inf. ad SC. Treb.* Hac nimirum ratione victi Interpretes cõminiscũtur, legatam in hac specie fuisse domum alienam, aut quæ esset heredis, vt per traditionẽ ab herede postea factam aliquid ab eo in legatarium transiisse dici possit, quod factum fuerit accipientis. Ridiculè: non enim de domo legata Marcianus hîc loquitur, cuius dominiũ si fuerat testatoris, recta via transire legatariũ potuerit *l. a Titio* 64. *infr. de furt. l. legatũ* 80. *de legat.* 2. sed de domo per fideicommissum relicta, quæ licet fuerit in dominio defuncti, non prius tamen acquiri fideicommissario potuit, quàm ei tradita sit ab herede. Nec enim dominia fideicommissorum quę iure vetere inspecto legibus erant incognita, transire in fideicõmissarium poterant nisi per traditionẽ, adeóque secuta traditione. Non ideò tamen fideicõmissarius fiebat dominus Quiritiarius rei per fideicommissum relictæ, sed tantùm bonitarius, quasi nuda esset traditio, quæ iustã & legitimã causam non haberet *l.qui vsumfructum* 3. *supr. si vsusfr. pet. leg Herennius* 42. *infr. de vsur. iunct. l. numquam nuda* 31. *de acq. rer. dom.* Gerit ego heres negotium aliquod cum fideicommissario, quando partem combustam domus hereditariæ per fideicõmissum relictæ sua impensa reficit, & refectã tradit, atque ita per traditionem facit ipsam accipientis. Proinde æquũ est dari condictionem heredi, si domũ totam nõ deducta refectionis impensa restituerit, quia negari nõ potest quin plus debito soluerit, cùm impẽsam quam deducere potuerat, non deduxerit, vt & in lege præcedente, vbi diximus. Ponimus autem refectã esse partẽ domus ab herede, quia si à testatore refecta esset, nullam actionem eo nomine heres cõtra fideicõmissarium haberet, nullámq; deductionẽ impensæ, quã totam fideicõmisso, & fideicõmissarij lucro cedere oporteret, etiãsi tota domus exusta proponeretur, dummodo particulatim refecta esset, quãuis ita, vt nihil penitus ex pristina materia supereesset, quia non eo minus fideicõmissum duraret *l.si ita legatum* 65. §. *vlt. de legat. 1. iunct. l. domos hereditarias* 58. *eod. tit.* Nihil tamẽ interest an pars domus arserit, an tota post mortem testatoris, quia si ab herede refecta sit, siue tota, siue per partes impẽsa ei omnimodò à fideicõmissario præstanda est, & ex fideicommisso deducenda. Cæterùm si viuo testatore domus arserit tota, distinguendum est, an in eodem loco, eademque area testator aliam domũ ædificauerit necne, vt priore

BIU Cujas

casu fideicommissum intercidat, nisi testatorem aliud sensisse appareat, quamuis area esset relicta, in qua secundum ædificium extructum est *d.§.vlt.* posteriore verò casu fideicõmissum subsistat areæ quæ post totam domum exustam adhuc supereſt,& quæ ex legato vindicari,aut ex fideicommisso peti potest *d.l.domus hereditarias & l.si grege legato 22.in fin.de legat.* 1.Itaque quicquid in illa area ab herede ædificatum est,id vt legato vel fideicommisso cedat necesse est, sed non facit ea res, quin totam impensam ab herede factam ex fideicommisso, aut ex legato deduci oporteat, ac si proprietas ædium legata, vel per fideicommissum relicta fuerat. Nam si vsusfructus, constat redactis & depressis ad aream vsque ædibus vsumfructum extingui, nisi per partes & demolita sit domus,& refecta *l.quid tamen* 10. §.1. *& pen. supr. quib.mod.vsusfr.amitt.* Facilius enim extinguitur legatum aut fideicõmissum vsusfructus quàm proprietatis, vt ibi diximus. An verò distinguemus vtrũ in diem certam fideicommissum relictum sit, an in incertam? Aliter enim cedit fideicommissi dies cùm in diem certam relictũ est, aliter verò cùm in diem incertam. Priore casu cedit fideicommissi dies statim à morte testatoris, quia diem venturam esse certum est. Posteriore verò non cedit, nisi postquàm dies extitit, quia dies incertus pro condicione habetur *l.dies incertus* 75.*de condic.& demonstr.l.*4.5.*& pass. infr.quando dies legat. ced.* Itaque cùm ponimus arsisse domum ante diem fideicommissi cedentem, si dies certus fuit, perinde est, ac si poneremus viuo adhuc testatore domum arsisse: si verò dies incertus fuit, potuit arsisse etiam post mortem testatoris. Ergo sequenda ea distinctio est, quam attulimus suprà, cùm distinximus, an viuo, an mortuo testatore pars domus combusta sit. Probabilius tamen est, vt de eo fideicommisso Marcianus hîc loquatur, quod relictum fuerit in diem incertum. Nam quod in diem certum relinquitur, post diem potiùs relinqui dicitur *d.l.*5.§.1.*quando dies legat. ced.* ambiguitatis, vt puto vitandæ gratia. Quamquam quod ad retinẽdam huius §. sententiam attinet, nihil refert an viuo, an mortuo demùm testatore domus arserit, dummodò non à testatore ipso refecta sit, sed ab herede, quod nisi post mortem testatoris nunquam heres facturus sit. Ideo autem locutus videtur Marcianus de parte domus, nõ de tota domo exusta, ne alioqui totum fideicommissum indebitè solutũ videri magis posset, si totam domum heres suis sumptibus refecisset: cùm enim pars tãtùm domus exusta est, ante diem fideicommissi cedentem & ab herede refecta, minor dubitandi causa est, quin fideicommissum non totum fuerit indebitum, illud tamen verum est, hoc casu solutum plus debito fuisse, quod sufficit ad dandam indebiti condictionem *d.l. prox. præced. supr.* Tametsi priore etiam casu non eo magis totum indebitè solutum dici posset, quãdoquidem etiam tota domo combustâ supereſſet area, quæ in fideicommisso remaneret, atque ita faceret, ne totum quod solutum esset, indebitum videri deberet. Melius igitur est dicere, ideò de parte domus ante diem fideicommissi cedentem exusta, locutum esse Marcianum, quia si tota domus viuo testatore exusta fuisset, eadémque viuo etiam testatore refecta, nullum fideicommissum supereſſet, *d.l si ita legatum §.vlt.* nec totũ plus debito, sed etiã totũ fideicõmissum indebitè solutũ esset, ideóque indebiti quidem condictione repeteretur, sed certi non incerti.

a *Posse incerti condici* Et tamen indebiti, noli enim cum Accursio & Bartolo condictionem indebiti à condictione incerti hac parte separare, secundùm ea quæ diximus ad legem proximè præcedentem, vbi rationem attulimus, cur incerti hoc casu agendum sit non certi, de quo etiam tractauimus in *Error.*10.*decad.*2.6.*de error. pragmat.* vbi vide.

2 ¶ Si pactus fuerit patronus cum liberto, ne operæ ab eo petantur: quidquid postea solutum fuerit à liberto, repeti potest.

Ad §. vlt. Si pactus.

RAT. DVB. Pactum ne operæ à liberto præstentur, videtur esse contra debitam patrono reuerentiam, quæ facit vt operas libertus patrono debeat naturaliter *l.si non sortem* 26.§.*libertus in fin.* vbi diximus *supr.hoc tit.* Ergo est contra bonos mores *l. alia* 14.§.*eleganter infr. solut.matr.* ac proinde non potest tollere naturalem obligationem: quod.n. dici solet naturalem obligationem tolli pacto contrario *l.Stichum aut Pamphilum* 95.§. *naturalis de solut.* tum verè dicitur, cùm pactum iustũ est, quomodo Papinianus loquitur, id est, neq. legib. neq; bonis moribus contrarium, vt benè interpretatur hîc Bartolus. Supereſt igitur etiam post pactũ de non petẽdis operis naturalis obligatio liberti, quæ solutarum operarum repetitionem impedit. DEC. Pactum de non petendis per patronum operis à liberto, nõ ad alias operas referri potest, quàm ad eas quę alioquin peti possent. Frustra.n. paciscereturquis de non petenda ea re, quæ nullo etiam pacto interpositopeti tamen non posset. Atqui non alias operas exigere ac petere patronus à liberto potest, quàm quas libertus ipse in accipienda libertate, aut stipulanti patrono, aut per iusiurandum promiserit *l.3.4.l.vt iurisiurandi* 7.*& pass.infr. de oper.libert.* Nã quæ promissæ nõ sunt, retinentur quidem, nec repetuntur si præstitę sint, tanquam naturaliter debitæ *d.§.libertus*, sed peti tamen non possunt, quia ciuiliter nõ debentur, ex naturali enim obligatione sicuti repetitio non est soluti, ita nec petitio non soluti. Ergo si post contractam à liberto siue per stipulationem siue periusurandũ obligationẽ operarum conuenerit inter patronũ & libertũ ne operæ ille præstentur, dicẽdum est sublatã eiusmodi promissione obligationem naturalẽ, & quicquid operarũ nomine postea solutum erit repeti posse, nec iniustũ videri pactum debere, aut cõtra bonos mores, cùm sicut in patroni potestate fuit, vt libertũ ad præstandas operas obligaret, ita in eius arbitrio esse debeat, ne quid operarũ nomine à liberto possit exigere: quod fit si paciscatur de operis non petendis *d.§.naturalis l.si vnus* 27.§.*pactus ne peteret supr. de pact.* Esset sanè contra bonos mores pactum, & contra debitã patrono reuerentiam si cõueniret, vt etiã solutæ à liberto operæ repeti possent. Sed cùm conuẽnit, vt non petantur etiam quæ promissæ sunt, pactũ incipit à patrono qui sibi legem vtiq; dicere potuit, & ius suũ etiã circa naturalem operarũ obligationẽ lædere. Et ideo quicquid posteà libertus operarũ nomine soluerit, indebitum videri debet, indebitúque cõdictione repetendum, quasi solutũ ex ciuili obligatione potiùs quàm ex naturali. Credẽdus enim quisq; est, ex ea causa soluisse, ex qua efficaciùs potuit conueniri *l.1.& seq.l. cùm ex pluribus* 97.*infr.de solut.* nec dubitatur quin pactũ de non petẽdo tollat obligationẽ naturalẽ *d.§. naturalis*, & inducat soluti, tanquam indebiti repetitio-

tionem *l. cùm is* 32. §. 1. *sup.* Non ergo hac parte obsequiales operas à fabrilibus & artificialibus distinguere debemus, vt ab Accursio & Bartolo factum est, sed promissas, & quæ si pactum de non petendo interpositum non esset, peti possent ab iis, quę nunquam promissæ naturaliter tamen debitæ ac solutæ essent, de quibus repetendis tractari nunquam potest, nisi cùm per facti errorem solutæ sunt ab eo, qui se putabat eas iure ciuili aut prætorio debere *d.* §. *libertus.*

41. NERATIVS libro 6. Membranarum.

QVod pupillus sine tutoris auctoritate, stipulanti promiserit, & soluerit: eius repetitio est, quia nec natura debet.

Ad l. Quod pupillus 41.

RAT. DVB. Pupillus etiam sine tutoris authoritate stipulanti promittendo naturaliter obligatur *l. 1. in fin. infr. de nouat.* ideóque fideiussorem dare potest *l. si pupillus* 127. *infr. de verb. oblig. l. Stichum* 95. §. *naturalis de solut. l. si pupillus* 35. *supr. de recept. qui arbitr. recept. l. vlt.* vbi diximus *supr. de iureiur.* quem vtique dare non posset, si non magis quàm furiosus aut prodigus naturaliter obligaretur *leg. is cui bonis* 6. *infr. de verb. oblig.* obligationem enim aliquam aut ciuilem aut saltem naturalem subesse oportet, cui fideiussoria possit accedere *l. stipulatus sum* 6. §. *vlt. & l. seq. leg. qui contra* 11. *l. fideiussor* 16. §. *fideiussor infr de fideiuss.* At qui naturalis obligatio impedit repetitionem soluti, vt in hoc tractatu toties diximus ex *l. si pœnæ* 19. *in princ. l. si nō sortem* 26. §. *libertus l. frater à fratre* 38. *& pas. supr. hoc tit. l.* 3. §. *vlt. supr. quod quisq. iur.* Ergo contrà quàm in hac lege scriptum sit, dicendum est, quod pupillus sine tutoris authoritate stipulanti promiserit, si soluerit repetere non posse, quia id natura debet. Ideóque nimirum coguntur Accursius, Bartolus, cęteríque interpretes nostri legem hanc de eo pupillo intelligere, qui adhuc sit infans, aut qui cū ipso tutore suo contraxerit, & ei aliquid promiserit, quemadmodū & quod de pupillo mutuam pecuniam accipiente scriptum est in *l. pupillus* 59. *infr. de oblig. & act.* pupillum mutuam pecuniam accipiendo sine tutoris authoritate ne quidem iure naturali obligari: quod tamen prorsus commentitium & ridiculum est. DEC. Is natura debet, quem iure gētium dare oportet, cuius fidem secuti sumus *l. cùm amplius* 84. §. *is natura debet de reg. iur.* At qui verum nō est, pupillum siue stipulanti alicui promiserit, siue mutuam pecuniam sine tutoris authoritate acceperit iure gentium dare quicquam oportere, aut eum qui cum huiusmodi pupillo contraxerit, fidem eius secutum esse. Quænam enim fides esse potest quam sequare illius, qui nullo adhuc iudicio præditus esse intelligatur, quíque à furioso hac in re parum distet *l. pupillus* 9. *infr. de acquir. hered. l. Fulcinius* 7. §. *planè interdum inf. quib. ex caus. in possess. eat.* quíque illa etiam ignorat, quæ videt *l.* 1. C. *de falsi. monet.* cúmque vicio, vt ita dicam, ipsius naturæ fiat, ne pupillus absque tutoris authoritate sibi cōsulere per ætatem possit, quis credat posse illum aut naturali aut gentium iure, quod hac parte vnum & idem est, obligari? Obligatur tamen naturaliter, quatenus obligationem naturalem non tam ex iure etiam naturali, quàm ex facto æstimamus *l. nec seruus* 41. *infr. de pecul.* Verum enim est pupillum & stipulanti promisisse, & mutuā pecuniam accepisse, vnde fit, vt & fideiussorem dare possit. Nec enim ex eo deterior fit cōdicio pupilli, si æquè sine tutoris authoritate fideiussorem dederit, quia fideiussor regressum aduersus eum habere mandati actione nullum possit *l. Marcellus* 25. *infr. de fideiuss.* Sed non tamen consequens est, vt ea naturalis obligatio damno aliquo afficere pupillum debeat, quomodo afficeret si esset ille iure naturali & gentium obligatus. Omnes enim effectus naturalis obligationis acceptò ferendi sunt iuri ciuili, puta vt retentionem pariat, deductionem, exceptionem, cōpensationem, vt diximus ad *d. l. frater à fratre* 38. §. *quæsitum supr.* Atqui contra iuris ciuilis regulas est, vt pupillus absque tutoris authoritate obligetur promittendo & paciscendo *l. contrà iuris* 28. *supr. de pact. l. obligari* 9. *inf. de author. tutor.* & contra morem ciuitatis Romanæ *l. more nostræ ciuitatis* 8. *infr. de acq. hered.* §. *nunc admonendi Inst. quib. alien. licet vel non l.* 1. §. *de pupillo infr. de constit. pecun.* Ergo non potest naturalis illa obligatio, quæ ex pupilli promissione nascitur, impedire repetitionē soluti, cùm iure gentium indebitam pecuniā soluerit *l. indebitam* 47. *infr. hoc tit.* Aliud est si mutuam pecuniam quā sine tutoris authoritate acceperat, soluerit: non enim contra iuris ciuilis regulas est, vt pupillus citra authoritatem tutoris mutuam pecuniam accipiat, cùm accipiendo fieri possit locupletior, atq; ita etiam iure gentium obligari eo casu, quod ei non fuit interdicendum, ideóque si mutuam pecuniam quam acceperat soluerit, aut pubes factus aut ex tutoris sui authoritate, ita vt persona locum non faciat repetitioni, non repetit, *d. l. Stichum aut Pamphilum* 95. §. *aditio de solut. l. cùm illud* 25. §. *heres meus quando dies legat. ced. d. l. vlt. sup. de iureiur. l. interdum* 29. *supr. hoc tit. l. si pupillus* 21. *infr. ad l. Falcid. l. si eius pupilli* 64. *ad SC. Trebell.* Scripsi latius ad *d. l. vlt. de iureiur. & ad l. naturaliter* 13. §. *vlt. supr. hoc tit.* Verum igitur est quod Neratius hîc scribit, quod pupillus sine tutoris authoritate stipulanti promiserit, si soluerit, posse repetere, non quia naturaliter non debeat, sed quia nec natura debet, id est, nullo iure, ne quidem naturali & gentium: quomodo debere illum oporteret, vt quod sine tutoris authoritate promissum soluisset, non posset repetere: alioqui secum pugnaret ius ciuile, si retentionem contra pupillum daret ex ea promissione, quæ cōtra iuris ciuilis regulas facta esset: at nō pugnat secū, tametsi rerētionē det eius pecuniæ, quę ex causa mutui soluta est, quia iuris ciuilis regula nulla est, quæ mutuā pecuniam sine tutoris authoritate, dari prohibeat, quamuis pupillus qui mutuam pecuniam sine tutore accipit, non magis iure naturali obligetur, quàm qui aliquid sine tutoris authoritate promisit: vtroque tamen casu obligatur naturaliter, sed vno casu ita vt effectum habeat naturalis obligatio, alio verò casu, non item. Deniq. separanda ista sunt obligari quem naturaliter, & obligari iure naturali, vt nos docuimus in libris Coniecturarum. Obligationem naturalē constituere potest quælibet æquitas naturalis quātumlibet generalis, qualis illa est, vt quis impleat quod promisit *l. 1. supr. de pact. l. 1. infr. de constit. pecu.* At vt quis obligetur iure naturali, talē æ-

BIU Cujas

quitatē esse oportet, cui alia æquitas potētior nulla repugnet, semper enim potentior æquitas vincit debiliorem *d. §. naturalis l. si seruus* 61. §. *quod verò infrà de furt.* Hîc autem maior æquitas naturalis facit pro pupillo, ne cum effectu obligetur, quia per neutram ipsam fit, ne possit sibi consulere, quemadmodum diximus, & natura ipsa consilio eius quasi parum firmo resistit, vt in *l. 4. de ser. export.*

42. VLPIANVS libro 68. ad Edictum.

POenæ non solent repeti, cùm depensæ sunt.

Ad l. Pœnæ 42.

RAT. DVB. Pœnæ omnes sunt odiosæ *l. seruus ea lege* 7. *infr. de seru. export.* & pœnales quoque omnes actiones *l. omnes pœnales* 26. *l. constitutionibus* 33. *infr. de oblig. & action. l. ex pœnalibus* 58. *de reg. iur.* Ergo pœnarū repetitio tanto fauorabilior videri debet, si quādo iam solutę & depensæ sint. DEC. Odiosa semper causa est eius, qui pœnam soluit, non quia soluerit, sed quia antequā solueret, id non fecerit, per quod euitare pœnam poterat, videtur enim hoc maluisse *arg. l. si patre cogente* 22. *infr. de rit. nupt.* nec enim pœna vlla committi potest, nisi ob factum id quod fieri non debuit, vel ob non factum id quod fieri debuit *§. vlt. Inst. de verb. oblig. l. qui non facit* 121. *de reg. iur.* itaq; culpa aliqua semper præcedit pœnam, & hoc respectu possunt videri pœnæ omnes etiam fauorabiles, inspecta vtilitate publica, & salute Reipublicæ, quę vt Plato dicebat, non minus pœna, quàm præmio retinetur, neq; verò pœna esset, si soluta posset repeti. Quid enim aliud est solutam pœnam velle repetere, quàm aut legib. si pœna legalis fuit, aut conuentionibus, si conuentionalis, velle illudere? Benè igitur regula iuris habet, id quod à quoquo pœnæ nomine exactum est, neminem cogendum ei restituere *l. quod à quoquo* 46 *de reg. iur.* & id quod pœnæ nomine à debitore exactum est, lucro cedere creditoris *leg. id quod pœnæ* 74. *infr. de solutio. leg. si pignore* 22. *vers. sed quod ipse debitor infr. de pignor. act. l. si debitor* 79. *infr. de furt.* Obseruandum tamen est, si quando pœna ex conuentione debeatur in vicem & taxationem eius quod interest, vt euenit plerunque in prætoriis stipulationibus *l. vlt. infr. de prætor. stipulat. d. §. vlt. Inst. de verb. oblig.* & in iudiciis bonæ fidei, non quidem restitui pœnam semel solutam, sed imputari tamen in condemnationem, quæ ex bonæ fidei iudicio petatur *l. quòd si ex stipulatu* 42. *l. duo societatem* 71. *infr. pro socio. l. prædia* 28. *de action. empt.* Improbus enim est, & contra bonam fidem facit quisquis vult iterum consequi, quod iam accepit *l. si quis dolo* 51. *in fin. de re iudic. iunct. l. bona fides* 57. *de regul. iur.* non tamen consequens est, vt qui iam in pœnam incidit, eam omnimodo soluere cogi possit. Potest enim adhuc euitare pœnam, iis scilicet casibus quibus purgari mora potest, vt diximus ad *l. qui ob rem* 35. *supr. hoc tit.* vide *l. sancimus* 26. *C. de fide iuss.* sed vbi soluerit, nullus aut repetitioni, aut pœnitentiæ locus superest *d. l. qui ob rem.* Adeò autem pœnæ depensæ non solent repeti, vt si quis metu pœnæ soluendæ conuentus ex ea actione, quę per inficiationem possit crescere, ac pœnalis fieri, soluerit indebitum, non possit repetere, *l. ea quæ* 4. *C. hoc tit.* item vt quamuis pœnam quis præstiterit aliena gerens negotia, si tamen ob factum suum præstiterit, nec ab eo cui soluit repetere illam possit, nec ab alio cuius negotia gerebat, recuperare *l. qui proprio* 46. *§. item contrà supr. de procurat.* sui enim facti pœnam quisque luere non alius debet. Pœnam tamen si ex conuentione debita & soluta fuerit legitimam esse oportet, nec legitimum modum excedere: alioqui etiam soluta repetetur *l. si non sortem* 26. *§. supra duplum supr. hoc tit. l. 4. de nautic. fœnor. l. pecuniæ* 9. *in princip. l. placuit* 29. *de vsur.* Porrò quod ad hanc legem nonnulli auferunt quasi simile ex *l. si pœnæ* 19. *in princip. supr.* ad rem non facit. Ibi enim agitur de pœna creditoris, cui solutum est: hîc verò de pœna debitoris soluentis. Denique hæc lex est de pœnis debitis, non de indebitis: ideóque parùm pertinet ad hunc titulum, nisi hoc sensu, vt quę solutæ fuerunt, tanquam debitę, non eo magis repeti possint, tanquam indebitæ, quod is qui soluit paratus sit moram purgare, & id facere, quod si antè fecisset, pœnam soluere non debuisset. Pœna enim debita, quandiu purgari mora potest, indebita fieri potest, sed post solutionem non potest, *d. l. qui ob rem.* Iunge *l. 1. D. de leg. Iul. de ambit. l. 3. §. condemnatio de tab. exhib.* vide Cuiac. *lib. 8. Obs. cap. 39.*

43. PAVLVS lib. 3. ad Plautium.

SI quis iurasset se dare non oportere, ab omni contentione discedetur. atque ita solutam pecuniam repeti posse, dicendum est.

Ad l. Si quis iurasset 43.

RAT. DVB. Is qui iurat se dare non oportere, non ideò iurat se nihil debere, ne quidem naturaliter. Est enim illa formula actionum ciuilium quæ condictiones appellantur *§. sic itaque & §. appellamus Instit. de action.* ac proide quæ nihil commune habet cum naturali obligatione, ex qua scilicet neque actio datur, neque formula. Ergo etiamsi reus iurauerit actore deferente se dare non oportere, non eo minus remanet naturaliter obligatus, sicut & is, qui per imperitiam aut iniuriam iudicis absolutus est, cùm esset verus debitor. Ideóque si postea soluerit, non repetet, quia naturalis obligatio impedit repetitionem *leg. Iulianus verum debitorem* 60. *infr. hoc tit.* præsertim cùm iusiurandum æquiparari soleat rei iudicatæ *l. 2. sup. de iureiur.* DEC. Iusiurandum interponi solet, vt ab omni contentione discedatur, & idcirco quoties ex delatione iuratum est, (alioqui non tam aduersario, quàm sibi iurasse quis videretur) non aliud amplius quæritur, quàm vtrum iuratum sit, remissa quæstione an debeatur quasi hoc iureiurando satis probatū sit & *l. 3. in princ. & §. dato iur. supr. eod. ill. tit.* Ergo nulla obligatio superesse potest post iusiurandum, ne quidem naturalis, quæ possit impedire repetitionem soluti. Vnde est quod scribitur in *dict. leg. 2. de iureiur.* maiorem esse vim iurisiurandi quàm rei iudicatæ, nec sanè iure-

BIU Cujas

iureiurando minus quàm iusto pacto naturalis obligatio tollitur *l.vlt.* vbi diximus *eod.tit.l. Stichum aut Pamphilum* 95.*§ naturalis de solut.* Habet enim iusiurandum naturalem æquitatem, cùm ex conuentione proficiscatur, ideóque vim transactionis obtinere dicitur *d.l.2. tutor pupilli* 35.§.1. *eod.* adeóque quod magis est solutionis *l.iusiurandum* 27.*eod.* Nemo autẽ dubitat, quin solutione omnis tollatur obligatio, nec minus naturalis quàm ciuilis, quæ omnia in exceptione rei iudicatæ diuersa sunt, quæ ciuili tantũ æquitate nititur, vt diximus ad *l.qui exceptionem* 40. *supr.* quia neque ex conuentione nascitur, cùm iudicium reddatur in inuitum *l.inter stipulantem* 83.§.1. *de verb.oblig.* neque iurisiurandi obstat formula. Nam & eum, qui natura tantùm debet, quamuis iure ciuili & per actionem ac formulam conueniri non possit, iure tamen gentium dare oportet *l. cum amplius* 84.§.*is natura debet de reg.iur.l.indebitã* 47. *hoc tit.*

44. IDEM libro 14. ad Plautium.

REpetitio nulla est ab eo, qui suum recepit: tametsi ab alio quàm à vero debitore, solutum est.

Ad l. Repetitio 44.

RAT. DVB. Indebitum non modò ex persona eius cui soluitur, sed etiam ex persona soluẽtis æstimatur *l.si pœnæ* 10.§.1. *supr. hoc tit.* vbi disertè scriptũ est, quamuis debitum sibi quis recipiat, tamen si is qui dat non debitum det, repetitionem competere veluti si is qui heredem se vel bonorum possessorẽ falsò existimans creditori hereditario soluerit: hic enim, inquit Pomponius, neque verus heres liberatus erit, & is quod dedit, repetere poterit. Ergo si alius soluerit, quàm qui debuit, licèt vero creditori soluerit, repetere poterit. An non enim respectu soluentis indebitum est, quicquid ille non debuit quãuis alius reuera debuerit? DEC. Multum interest, an quis suo nomine soluat, quasi ipse debeat, quod alius debet, an verò alieno nomine, illius scilicet, qui verus debitor est. Priore casu repetitio est per cõdictionem indebiti, quia indebitum est, non tantùm quod omnino non debetur, sed & quod alij debetur si alij soluatur, aut si id quod alius debebat, alius quasi ipse debeat, soluat *l.in summa* 65. §. *vltim. infr. hoc titul.* At posteriore casu repetitio nulla est. Et ita intelligi hæc lex debet, vt constat ex *leg. de hereditate* 5. *Cod. de petit hered. leg. si quid possessor* 31. *in princ. supr. eod. illo tit. l.si à patre* 5. *Cod. hoc tit. l cum quis* 38.§.*de peculio infr. de solut.* dixi ad *d. leg. si pœnæ* §.1. Iunge *leg. si quis delegauerit* 12. *inf. de nouat. l. purè* 5. §. *penultim. infrà de doli mali exceptione*, & *leg. qui heredis* 46. *infrà hoc tit.*

45. IAVOLENVS libro 2. ex Plautio.

SI is, qui hereditatem vendidit, & emptori tradidit id, quod sibi mortuus debuerat, non retinuit: repetere poterit: quia plus debito solutum per condictionem, rectè recipietur.

Ad l. Si is, qui hereditatem 45.

RAT. DVB. Heres, cui defunctus aliquid debuit, siue naturaliter tantùm, siue etiam ciuiliter, desinit esse creditor defuncti hoc ipso, quòd tanquam heres debitoris fit sui ipsius debitor, atque ita confusione omnis extinguitur obligatio, & naturalis quoque, non minus quàm ciuilis, cùm natura ipsa impedimento sit, quominus debere sibi quisquam possit *l.ne cum filiofamilias* 16. *infrà de furt. l. debitori* 50. *de fideiuss. l. debitori* 7. *C. de pact.* Atqui semel extincta obligatio nunquam reuiuiscit *l. qui res* 98. *§. aream infr. de solut.* Ergò si is qui hereditatem vendidit, eam emptori tradiderit, nec quod sibi defunctus debebat retinuerit, repetere nihil poterit, præsertim cùm imputare sibi debeat, cur non ex venditione id exceperit, aut si retinendi ius aliquod habuit, cur retentionem quam solam habebat, omiserit *l.si in area* 33. *supr. hoc tit. l. heres* 21. *inf. ad SC. Trebell. l. in hoc iudicium* 14.§.1. *supr. Commun. diuid.* Certum enim est obligationem, quę per additionem hereditatis confusa, & per confusionem extincta semel fuit, nunquam resuscitari ad agendum, licèt ad excipiendum & retinendum prodesse possit *l. in imponenda* 6. *l. irritum* 8. *C. ad leg. Falcid.* Non ergo prodesse potest ad dandam condictionem indebiti. DEC. Emptor hereditatis, licèt heres non fiat, quia is qui semel heres fuit, semper heres perseuerat *l.2. Cod. de hered. vel act. vendit. l. ei qui soluendo* 88. *de hered. instit. l. ait Prætor* 7. *§. sed quod Papinianus de minor. §. restituta Instit. de fideic. hered.* vicem tamen heredis in omnibus obtinet *l.2. §. cùm quis infr. de hered. vel action. vendit.* quia inter venditorem & emptorem hereditatis id agi intelligitur, vt nec amplius nec minus iuris in emptorem transeat, quàm fuit penes venditorem *d.l. 2. in princip.* Atqui penes venditorem, eundemque debitoris heredem nihil ex hereditate peruenisse intelligitur, nisi quod deducto ære alieno superesse potuit *d.l.2.§.peruenisse.* Et quemadmodum cùm debitor creditori suo heres extitit, ratio quædam inter heredem & hereditatem ponitur, vt intelligatur maior hereditas ad heredem peruenisse, quasi soluta pecunia, quæ debebatur hereditati, & per hoc minus in bonis heredis esse: ita ex contrario, cũ creditor debitori suo heres extitit, minus in hereditate habere videtur, tanquã hereditas ipsa heredi soluerit, vt eleganter Paulus scribit in *l.si ei* 41. §. *vlt. inf. de euict. l. quæ dotis* 33. *inf. solut. matrim. l. Stichum aut Pamphilum* 95. §. *aditio vers. aliquando de solut.* Ergo quamuis cùm quis debitori suo heres extitit, creditor confusione esse desinat, æquissimum tamen est emptorem hereditatis ei teneri *dict. leg. 2. §. cùm quis infr. de hered. vel action. vendit.* cúmque heres adeundo debitoris sui hereditatem sibi ipsi ex ea soluisse videatur *d.l. si ei §. vlt.* consequens omnino est, vt si postea hereditatem vendiderit, a sine vlla

BIU Cujas

retentione tradiderit, plus debito soluisse videatur: eam namque duntaxat hereditatem quam vendidit, tradere debuit, vendita verò hereditate, non aliud vendidisse intelligitur, quàm quod supereſſet deducto eo quod defunctus heredi debuisset. Nam etsi quoquo nomine obligatus erat venditor propter hereditatem, quamuis nondum id præstitisset, perinde tamen agere ex ea causa cum emptore posset *d.l.2. §. vlt.* Ergo quod plus debito hic heres soluit, per condictionem recipere illum posse dicendum est: per condictionem, inquam, indebiti & certi, non incerti: nec enim condicenda est hereditas, vt retineri possit, quod ex ea nondum tradita retineri potuisset, quomodo in specie *l. qui exceptionem* 40. *§ si pars & in l. si quis cum* 39. *supr.* condicitur totum fideicommissum solutum, vt impensa quæ ex eo deduci potuerat, retineatur, sed ea tantùm quantitas condicenda est, quæ heredi eidémque venditori debita fuit, & quæ certa est: etsi enim non eam quantitatem soluit, sed hereditatem venditam, debitámque tradidit, attamen eam ipsam quantitatem emptori tradidisse intelligitur, quam sibi iam soluisse videbatur *l. 4. leg. si mulier* 10. *supr. de condict. caus. dat.* Ergo & eam ipsam quantitatem condicet, quam plus debito soluit, quoniam & ipsa sola indebita est: quod & Bartolus benè docet ex *l. 5. §. si dos infr. de impens. in reb. dotal. fact.* vbi non tota dos deducitur, quæ sine impensarum necessariarum deductione soluta fuerat, sed ea tantùm quantitas, quæ pro impensis necessariis compensari potuit, tanquam quæ ipso iure minuant dotem *d.l.5. inprinc. & l. quod dicitur* 15. *eod. tit.*

46. IDEM libro 4. ex Plautio.

QVi heredis nomine legata non debita, ex nummis ipsius heredis soluit, ipse quidem repetere non potest. sed, si ignorante herede nummos eius tradidit, dominus, ait, eos rectè vindicabit. eadem causa rerum corporalium est[a].

Ad l. Qui heredis 46.

RAT. DVB. Condictio indebiti ei competit, qui indebitum soluit, siue suo nomine soluerit, siue alieno, cùm prorsus indebitum est id, quod solutum fuit: nam si fuit ab alio debitum, adhibenda ea distinctio est, quam attulimus ad *l. si pœnæ* 19. *§. 1. & ad l. repetitio* 44. *supr.* At cùm à nullo fuit debitum, quidni condictio ei competet qui soluit, & quidem siue ex suis, siue ex alienis nummis soluerit? nam & hoc ipso quod ex alienis nummis indebitum soluit, se obligat ei cuius nummi fuerunt, à quo scilicet neque verum, neque præsumptum mandatum habere vnquam intelligitur *arg. l. si procurator* 6. *§. Celsus supr. hoc tit. l. si procuratori* 14. *supr. de cond. caus. dat.* Id porrò in quo quis alij obligatus est, ei abesse videtur *l. si quis mandatu* 28 *in fin. supr. de negot. gest.* Quidni ergo ei condictio competeret? Quemadmodum è contrario dicimus, his solis condicendam esse pecuniam quibus quoquomodo soluta est, non quibus solutio profecit *l. his solis* 49. *infr. hoc tit.* Ergo si quis heredis nomine legata non debita, quamuis ex ipsius heredis nummis soluerit, dicendum est condicere eum posse cùm indebitam iure gentium pecuniam soluerit, vt scriptum est *in l. prox. infr.* DEC. Omnis condictio præterquàm ex causa furtiua præsupponit translationem dominij quæ facta sit a soluente in accipientem. Nemo enim rem suam condicit, nisi a fure *l. vlt. supr vsufr. quem caueat. §. sic itaque Instit. de action.* Atquin is qui heredis nomine legata non debita ex nummis ipsius heredis soluit, nullum dominium transtulit, quod habuerit, quia nec vllum habuit *l. nemo plus iuris* 54. *De reg. iur.* Dominium autem quod fuit heredis ita transiuit, si herede mandante, aut saltem sciente soluerit, sed ea res condictionem acquirere heredi potest, non item ei qui soluit, præsertim, cùm etiam heredis nomine soluerit *d.l. prox. infr. iunct. l. videamus* 38. *§. 1. & §. si actionem infr. de vsur.* Sed si herede ignorante solutum sit, non potest ea solutio parere condictionem ne quidem heredi, cui dominium nummorum suorum ignoranti auferri non potuit *l. id quod nostrum* 11. *De regu. iur.* Ergo is qui heredis nomine legata, non debita de ipsius heredis nummis soluit, duplici ratione condictionem habere non potest: & quia de nummis heredis soluit, non de suis, & quia heredis nomine, non suo: heres autem ipse condicere poterit, si eo sciente nec contradicente solutio facta sit. Quòd si eo ignorante, condictionem quidem non habebit, quia dominus nummorum suorum manſit, sed ob hanc ipsam rationem habebit vindicationem, quæ cum iure dominij sic coniuncta est, vt quisquis se dominum alicuius rei potest dicere, eius quoque vindicandæ ius habeat *l. g. in rem* 23. *& pass. supr. de rei vind. l. Quintus* 27. *§. argento infr. de aur. & argent. legat.* Ergo si nummi consumpti sint, quia vindicari non poterunt, condicendi erunt per heredē, vt benè hîc notat Accursius, scilicet vt idem ille ait, si dominus ratam habeat solutionem ex *d.l. si procurator 6 l. interdum* 29. *supr. l. rogasti* 11. *§. vlt. & legib. seqq. supr de reb. credit.*

a *Eadem causa rerum corporalium est.* Eadem certè dubitandi & decidendi ratio est in rebus corporalibus, quæ in nummis. Obseruandus autem hic locus est, quo probatur nummos in rerum corporalium numero non haberi, non quia nummi possint esse sine corporibus § *incorporales Instit. De reb. corpor. & incorpor.* sed quia in nummis non tam corpora inspicimus, quàm quantitatem *l. si is cui nummos* 94. *infr. de solut.* quantitas autem est quid abstractum, quod nec oculis videri, neque manibus tangi potest. Et verò pecunia ad res omnes æstimandas comparata est, non vt ipsa per alias res æstimetur *l. si ita fideiussorem* 42. *infr. de fideiuss.* Scripsi fusissimè in Tract. De variis nummariorum debitorum solutionibus, aduersus Carolum Molineum.

47. CELSVS libro 6. Digestorum.

INdebitam pecuniam per errorem promisisti. eam, qui pro te fideiusserat, soluit. ego existimo, si nomine tuo soluerit fideiussor, te fideiussori, stipulatorem tibi

BIU Cujas

tibi obligatum fore: nec expectandum esse, vt ratum habeas: quoniam potest videri id ipsum te mandasse, vt tuo nomine solueretur. Sin autem fideiussor suo nomine soluerit[a], quod non debebat, ipsum à stipulatore repetere posse: quoniam indebitam iure gentium pecuniam soluit. quò minus autem consequi poterit[b] ab eo, cui soluit, à te mandari iudicio consecuturum: si modò per ignorantiam, petentem exceptione non summouerit[c].

Ad l. Indebitam 47.

RAT. DVB. Nemo credendus est mandasse alteri ne quidem procuratori generali, vt soluat indebitum, sed speciale mandatum in eam rem exigitur, aut subsecuta ratihabitio, quæ mandato æquiparari possit *l. si procurator 6. sup. hoc tit. iunct. l. vlt. Cod. de SC. Macedon. & de ratihab.* Ergo si pecuniam indebitam per errorem promiseris dato fideiussore, & fideiussor eam tuo nomine soluerit, non est danda tibi condictio indebiti, sed fideiussori qui soluit, perinde ac si is suo nomine soluisset, nisi tu ratam habeas factam tuo nomine solutionem, ac proinde expectandum est, vt ratum habeas, quod tamen hæc lex negat. DEC. Quisquis pro alio mandante fideiubet, hoc ipso mandatum speciale à debitore intelligitur habere, vt creditori soluat, nisi ex postfacto causa aliqua interuenerit, propter quam eiusmodi mandatum reuocatum videri debeat, vt furor, vt in *l. si quis alicui 48. de acquir. hered.* aut quid aliud simile *l. si fideiussor 29. in princ. & §. 1 & seq. infr. mandat. l. si cùm Cornelius 82. infr. de solut.* Nihil enim est, quod possis imputare fideiussori, qui soluendo etiam posteaquam tempore liberatus erat, fidem impleuerit *d. l. si fideiussor §. vltim.* & pudori suo pepercerit *l. Quintus Mucius 48. in f. eod. titul. mandat.* Atqui frustra expectatur aut exigitur ratihabitio, cum præcesserit mandatum. Quid enim aliud facere possit ratihabitio, quàm vt mandati vicem suppleat? Ideò autem locutus sum de eo qui debitore mandante fideiussit, quia & pro absente, ac ignorante fideiubere quis æquè vtiliter potest, quo tamen casu sicut mandati actio locum habere non potest, cùm mandatum nullum intercesserit, sed tantùm negotiorum gestorum *l. ex mandato 20. §. 1. eod. tit.* ita nec mandatum vllum habere videri potest ad soluendum, qui nullum habuit ad fideiubendum, cùm ea solutio fiat in consequentiam necessariam fideiussionis, nec possit effectus regulari, vt loquuntur, nisi à sua causa *l. 1. inf. qui potior. in pign. hab.* Multo magis dicendum est huic legi locum nō esse, si, quod interdum quāuis perrarò accidit, pro reo præsente ac vetante quis fideiusserit: quo casu nec mandati nec negotiorum gestorum actionem ne vtilem quidem habere illū placuit *l. si pro te 40. eod. ti.* Placet autē valde, quod Azo & Bartolus ad hanc legem notant, licèt generalius in omnibus casibus, in quibus mādatum speciale requiritur, si mandetur alicui nominatim id, ad quod habeat necessariam consequentiam, illud quod per se requirit speciale mandatum, isto casu veniet sub virtute præcedentis mandati. Verba enim ipsissima sunt Bartoli ex *l. 2. supr. de iurisd. l. ad rem mobilem 56. l. ad legatum 62. supr. de procur. & l. qui proprio 46. §. item quæritur l. vel in operis 36. l. qui procuratorem 57. eod. titul. l. sed si pupilli 11. §. de quo palam infr. de instit. action.* Vnde infert ille quod non minus notatu dignum est, si restitutio in integrum petatur incidenter, quamuis regulariter ad eam petendam speciale mandatum necessarium sit *l. illud 25. §. 1. & l. seq. supr. de minor.* si tamen id quod fuit mandatum specialiter, expediri aliter non possit, speciale mandatum hoc casu non requiri. Aliud est, si quæ postea fiunt, non habeant necessariam consequentiam ad præcedentia, vt in *l. cùm procurator 13. §. vlt. inf. de oper. noui nuntiat.*

a *Sin autem fideiussor suo nomine soluerit.* RAT. DVB. Etiam quod fideiussor suo nomine soluit tanquam fideiussor, ex causa mandati præcedētis soluere intelligitur, nec enim hodie solueret, nisi antea fideiussisset. Ergo nihil interest, an suo nomine fideiussor indebitum soluat, an nomine debitoris, cum vtroque casu soluat ex causa fideiussoria, ac proinde vtroque casu dicendum est, condictionem debitori competere aduersus stipulatorē, non fideiussori.

DEC. Quoties de indebiti condictione quæritur, illud maximè inspiciendum est, non tam à quo, quā cuius nomine solutum sit. Nā quemadmodū si veri debiti causa præcederet, per solutionem liberaretur verus debitor, cuius nomine solutum esset, non soluens ipse qui nihil deberet, ita liberatione nulla subsequente, quia nulla præcessit obligatio, condictionem ei competere dicendum est, qui ea solutione liberaretur, si qua obligatio præcessisset. Id enim consequens est ei, quod in hoc tractatu toties diximus, solutionem, quæ non parit liberationem, parere condictionem, & contrà *l. si non sortē 26. §. si centū & §. si decem l. cùm is 32. §. 1. sup. l. Neratius 63. infrà hoc tit. l. qui hominem 34. §. vlt. inf. de solut.* Cui ergo alij acquiratur condictio, quàm ei cui esset acquisita liberatio, si solutum debitum fuisset? Atqui non alij potuit acquiri liberatio, quàm vero debitori, cuius nomine facta solutio fuisset, ergo nec alij acquiri condictio in proposita specie, quàm fideiussori, qui suo nomine soluit, quia & is liberaretur, si pro quātitate debita fideiussisset, & haberet debitorem eo nomine obligatum actione mandati, quamuis eâdem solutione & debitor ipse liberaretur. Sed non quemadmodum liberatio communis est reo & fideiussori ex solutione, quam alteruter eorum fecerit §. 1. *Instit. quib. mod. tollit. oblig.* ita & condictio vtrique communis esse potest: idcirco enim liberatio communis vtrique est, quia licèt duplex sit obligatio, vna rei, altera fideiussoris, vtriusque tamen vna & eadem causa est, quæ vnica solutione tollitur. At cùm nulla præcessit obligatio, nihil est, quod communem vtrique acquirere possit condictionem, sed illud necessariò inspiciendum est, cuius nomine solutio facta sit, quæ distinctio in hoc tractatu sicut præcipua, ita perpetua est, vt ex is apparet, quæ diximus ad *l. si pœnæ 19. §. 1. l. frater à fratre 38. §. vlt.* & ad *leg. repetitio 44. supr.* nisi cùm quis procurator in rem suam constitutus fuit: si enim soluerit indebitum, licèt alieno nomine, ipse tamen repetit *l. vlt. §. Titius*

BIU Cujas

inf. Miror verò Accursium & Bartolum huc transferre quod scriptum est in *l. Papinianus* 28. *inf. mandat.* Ibi enim non de fideiussore agitur, sed de mandatore, qui in eo differt à fideiussore, quod ipsius obligatio causam propriam habet, & ab obligatione debitoris separatam. Debitor enim ideo tenetur, quia mutuam pecuniam accepit, aut aliter contraxit, mandator verò quia cum eo contrahi mandauit *l. si literas* 7. *C. mandat.* Vnde est quòd olim multa singulari quodam iure recepta erant in mandatoribus, quæ in fideiussoribus non obtinebant. Quale illud erat inter cætera, vt electo mandatore fideiussor liberaretur, & contra, quod in fideiussoribus, confideiussoribus & correis debendi diuersum erat *l. vlt. C. de fideiuss.* Proinde nec liberabatur ipso iure reus per solutionem, quam mandator fecisset suo nomine ac propter suum mandatum *d. l. Papinianus* 8. *inf. mandat.* Quomodo tamen soluente fideiussore etiam suo nomine & ex causa fideiussionis, debitor ipso iure liberabatur, ideóque & mandati habebat actionem §. *si quid autem Instit. de fideiuss.*

b *Quo minus autem consequi poterit.* RAT. DVB. Quod fideiussor indebitum suo nomine soluit, acquirit ei condictionem indebiti aduersus stipulatorem, vt proximè diximus, non debitori pro quo fideiussit. Ergo sicuti fideiussoris commodo cedit acquisitio condictionis, ita & eius periculo atque incommodo cedere debet, si fortè ob inopiam stipulatoris minus ab eo consequi ex condictione possit quàm ipsi debeatur, ex *reg. l. secundum naturam* 10. *de reg. iur.* DEC. Fideiussori qui ex falsi debitoris mandato fideiussit, non debet officium suum esse damnosum *l. si seruus* 61. §. *quod verò infr. de furt.* Esset autem damnosum, si quod minus à stipulatore ob eius inopiam consequi poterit, nec à debitore consequi posset actione mandati: nulla enim & inanis actio est, quam debitoris eludit inopia *l. nam is* 6. *supr. de dolo.* quatenus scilicet per inopiam sit, ne creditor totum consequi quod sibi debetur, possit. Ergo quod minus à stipulatore, cui soluit fideiussor, consequi poterit mandati iudicio, id eum à debitore consequi æquum est.

c *Si modò per ignorantiam petentem exceptione non summouerit.* RAT. DVB. Ignorantia vnius non debet nocere alteri. Ergo nec ignorantia fideiussoris debitori, qui si exceptione aliqua aduersus creditorem tutus fuit, nec debitor fuisse intelligitur: debitor enim verè is tantùm est, à quo inuito exigi pecunia potest *l. debitor* 108. *de verborum significationibus*, non etiam is qui per exceptionem aliquam præsertim quæ perpetua sit, summouere petentem potest *l. creditores* 10. *l. creditor* 55. *eodem.* Nihil enim interest, si effectum rei inspicimus, an quis nullam ipso iure actionem habeat, an verò eam habeat quæ per exceptionem infirmetur *l. nihil interest* 112. *de regulis iuris.* Proinde cùm debitor, qui exceptione aliqua fortassis perpetua repellere creditorem potuit, atque ita condemnationem effugere, qua tandem ratione aut æquitate condemnari poterit fideiussori, eo prætextu, quòd exceptionem debitori competentem ignorauerit, eaque propter ignorantiam non opposita, vel condemnari se passus sit, vel vltro soluerit? Ita namque fit, vt officiosa fideiussio in debitoris fauorem facta in eius odium & perniciem retorqueatur, quod non nisi iniquum videri potest. DEC. Alieni facti ignorantia semper probabilis est *leg. vltim. infrà. Pro suo l. qui in alterius* 42. *de regulis iuris.* Nec imputari potest misero fideiussori, qui rogatus aut etiam vltro, vt amici officium impleret, fidem suam pro alio obstrinxit, si non diuinauerit exceptionem, quæ debitori competebat, magísque debitori imputari potest cur non fideiussorem certiorauerit, eíque denunciauerit ne solueret. Ergo si fideiussor per ignorantiam soluerit, non opposita exceptione quam debitori competere ignorabat, non eo minus actionem mandati habere debet contra debitorem, vt suam indemnitatem eámque plenissimam consequatur *l. si procuratorem* 8. § *si ignorantes l. si fideiussor* 29. *in princip. & §. si cùm debitor inf. à mandat.* nempe si ignorantia facti fuerit, non iuris *dict. l. si fideiussor.* §. *non malè.* Quid enim si exceptionem rei non personæ cohærentem, quam sciebat debitori competere, sibi tamen non competere putauerit? Error ille iuris est non facti *l. exceptione* 7. *iunct. l. omnes* 19. *infrà de except.* ideóq; nocere fideiussori debet non debitori, cui nihil hoc casu imputari potest. Nam etsi fideiussor exceptione sibi & debitori competente vsus esset, ac nihilominus per iniuriam iudicis condemnatus fuisset, nullum eo nomine regressum contra debitorem haberet, quia iniuriam quæ fideiussori facta esset, penes eum manere esset æquius, quàm ad alium transferri, vt eleganter Paulus respondit in *l. exceptione* 67. *de fideiussor.* vbi quod additur, *scilicet si culpa tua iniustæ damnationis causam præbuisti* irreprehensum proculdubio est, & ex glossa imperiti alicuius interpretis, vt post Iacobum Cuiacium alibi non semel monuimus. Extra hunc casum non debet officium fideiussoris ei damnosum esse quoties nihil est, quod imputari ei possit *dict. leg. si seruus* 61. §. *quod verò infrà de furt.* Iunge *leg. si per imprudentiam* 51. *inf. de euict.*

48. IDEM libro 6. Digestorum.

QVi promisit, si aliquid à se factum sit, vel cùm aliquid factum sit, dare se decem: si priùs, quàm id factum fuerit, quod promisit, dederit: non videbitur fecisse, quod promisit, atque ideo repetere potest.

Ad l. Qui promisit 48.

RAT. DVB. Is qui cùm in diem aliquid deberet ante diem soluit liberatur, cùm plus præstet quàm debeat *l. eum qui* 15. *aliàs l. Iauolenus infrà de annuis legat.* quia totum medium tempus habet liberum ad soluendum *l. quod certa* 70. *infrà de solut. leg. continuus* 137. §. *cùm ita de verborum obligationibus.* nisi cùm dies apposita est in fauorem creditoris *l. si ita relictum* 43. §. *Pegasus de legat.* 2. Ergo & qui sub condicione aliqua debet, si quasi purè debeat statim soluat, liberandus est, quia æquè verum est, plus eum præstare quam debeat, quòd si plus, ergo illud ipsum præstat quod debet, quandoquidem in comparatione etiam

BIU Cujas

etiam positiuus continetur *l. in eo* 110. *De reg. iur. l. minùs solutum* 32. *de verb. signific.* Atquin is qui promisit, cum aliquid à se vel ab alio factum erit, sub condicione promisisse intelligitur. Vterque enim articulus *si* & *cùm* facit condicionem *l.* 1. *§. pen. & l.* 2. *l. heres meus* 79. *§.* 1. *& pass. de condic. & demonstr. l. si Titio* 22. *quand. dies leg. ced. l. si cui legetur* 49. *§. hoc autem legatum de leg.* 1. Ergo si ante condicionis implementum soluerit, quod promisit, æquè dicendum est eum liberari, non enim contra ipsum, sed pro ipso adposita erat condicio, ne ante impletam eam conueniri posset. Porrò si solutio hæc liberationem parit, vtique non potest parere condictionem ex *reg. l. si non sortem* 26. *§. si centum & §. si decem supr. & l. qui hominem* 34. *§. vlt. infr. de solut.* DEC. Omnis liberatio supponit præcedentem obligationem à cuius vinculo debitor liberetur *tot. tit. Inst. quib. mod. toll. oblig. l. decem* 116. *de verb. oblig.* Atqui ex stipulatione aut legato condicionali nulla nisi existente demum condicione obligatio nascitur: nec enim priùs dies cedit, diem verò cedere est incipere deberi *l. cedere diem* 213. *De verb. signif.* In eóque differt obligatio concepta in diem certam ab obligatione condicionali, nam eius quod in diem certam debetur, dies statim cedit, quamuis nondum venerit, hoc est, deberi quidem incipit, sed exigi tamen nondum potest *d. l. cedere diem*, vnde est quod dicimus, eum qui in diem, nimirum certam debitor est, adeò esse debitorem, vt si interim soluat non possit repetere *l. in diem* 7. *supr. hoc tit.* quia debitum iri certum est quod in creditore condicionali diuersum est *l. sub condicione* 26. *eod.* Nec tantùm inter certam diem & condicionem differentia hæc admittenda est, sed etiam inter certam diem & incertam, nam & quod in diem incertam debetur, certum non est debitum iri & incerta dies facit condicionem, nec tantùm in testamentis *d. l. dies incertus* 75. *de condic. & demonstr.* sed etiam in contractibus *l. stipulatio ista* 38. *§. inter incertam de verb. oblig.* vbi ex eo infert Vlpianus, illud ipsum quod in hac lege scribitur, eum qui in diem incertam promisit, si aliquid factum sit, vel cùm aliquid factum erit, nisi postquàm id factum erit, dederit, non videri fecisse quod promisit, nec proinde soluisse quod debuit. Cui consequens omnino est, vt habeat ergo condictionem, ex supradicta iuris regula: sufficit enim ad condictionem vt incertum sit debitum iri *l. sufficit* 58. *infr.* scilicet si per errorem dederit ei putans se debere: hoc enim semper in isto tractatu supplẽdum est, vt benè Accursius notat *l.* 1. *supr. l. quod quis sciens* 50. *& pass. hoc tit. l. cuius per errorem* 53. *De reg. iur.* Porrò quod hîc & ibi scribitur inter *si* & *cùm* nullam esse differentiam, quantum ad faciendam condictionem, intellige nisi collata sit conuentio in voluntatem debitoris, nam si quis promiserit *si voluerit* inutilis est promissio *l. sub hac condicione* 8. *De oblig. & act.* Si verò promiserit *cùm voluerit* placet valere promissionem nec aliter fieri inutilem, quàm si priùs moriatur promissor quàm constituerit *l. centesimis* 46. *§. pen. & vlt. De verb. oblig.* vt scilicet capiatur ea interpretatio, per quam actus sustineatur potiùs quàm pereat *l. quoties* 80. *eod. tit. l. fideicommissa* 11. *§. sic fideicommissum & seq. De legat.* 3.

49. MODESTINVS libro 3. Regularum.

HIs solis pecunia condicitur, quibus quoquomodo soluta est: non quibus proficit.

Ad l. His solis 49.

RAT. DVB. Condictio indebiti idcirco comparata est, ne quis ex aliena iactura contra naturalem æquitatem locupletetur *l. nam hoc natura* 14. *& seq. supr.* Atqui cùm vni indebitum solutum est, alij verò solutio proficit, locupletatur ex aliena iactura, non ille cui solutum est, sed cui solutio proficit. Ergo non solus ille condictione teneri debet, cui solutum fuit, sed ille quoque & potiùs cui solutio proficit, sicut & euenit cùm de euictione quæritur, vt non ille teneatur, cui pretium venditionis solutum est, sed is demum cui precij solutio proficit *l. si ob causam* 13. *C. de euict.* DEC. Condictio indebiti nascitur ex negotio gesto *l. si in area* 33. *supr. hoc tit.* & ex quasi contractu *l. si quis absentis* 5. *§. is quoque infr. de oblig. & action.* Atqui negotium non geritur, nisi inter soluentem & accipientem, in quem translatum est per solutionem dominium *d. l. si in area*, ac proinde qui non potest ex ea solutione factus non esse locupletior. ergo ei soli condicendum est, cui quoquomodo soluta fuit pecunia, id est, vt interpretatur Accursius, siue falsus debitor ei soluerit per se siue per verum procuratorem, aut [quod ego addo ob dictionem illam *quoquomodo* à Modestino additam] siue indebiti solutionem acceperit ille suo nomine siue alieno. Semper enim verum est, solutum ei fuisse, & solutionem illam esse, quæ quia liberationem parere non potest, parit necessariò condictionem, in eóque alia ratio soluentis est, alia accipientis: qui enim soluit alieno nomine, nunquam habet condictionem, sed is tantùm qui suo *l. indebitam* 47. vbi diximus *supr.* Sed condictione tenetur, quisquis accipit ipse solutionem siue suo nomine, siue alieno, nam obligatio quæ ex indebiti solutione nascitur, quasi ex contractu nõ aduersus alium dirigi potest, quàm eum qui solutionem accipiendo quasi contraxit, vt in omnibus cæteris personalibus actionibus euenit quę personales sunt nec in rem scriptæ, vt contra eos competant, qui contraxerũt & mutuam pecuniam ipsi acceperunt, non etiam contra eos ad quos pecunia peruenit, *l. non aduersus te* 15. *C. si cert. pet. l. eum cui mutuam* 13. *C. de oblig. & action.* Portò condictio indebiti nascitur quasi ex mutuo & ad instar mutui *d. §. is quoque & Inst. quib. mod. re contr. oblig.* §. 1. Eadem igitur iuris ratio & regula est in condictione indebiti, quæ in condictione certi ex mutuo. Quid ergo si is qui indebitum accepit, soluendo non sit? an non hoc saltem casu æquum sit in subsidium teneri eum, cui solutio proficit? Placet mihi quod Accursio & Bartolo, posse hoc casu dari condictionem in eum quoque cui solutio proficit, si causam habeat lucratiuam ex *l. vlt. §.* 1. *supr. De eo per quem fact. erit.* Etsi enim ratio iuris quam proximè attulimus, deficere videtur, æquitas tamen condictionis non deficit aduersus eum, qui alioquin ex aliena iactura locupletaretur *arg. l. si eum seruum* 23. *supr. de reb. credit. l. planè si filium* 94. *§.* 1. *in fin. de legat.* 1. *sic in l.* 2. *§. item variis infr. de aqua, & aquæ pluu. arcend.* Quæ ratio euidenter cessat in eo, qui causam habet onerosam. Non enim fit locupletior is cui solutio proficit, quę non proficeret, si nihil ei abesset.

BIU Cujas

50. POMPONIVS libro 5. ad Quintum Mucium.

QVod quis sciens indebitum dedit hac mente, vt postea repeteret, repetere non potest.

Ad l. Quod quis sciens 50.

RAT. DVB. Vulgatum Philosophorum & prudentum nostrorum verbum est, actus nunquam operari vltra intentionem agentium *l. si ego 18. & seq. supr. de reb. cred.* Atqui ponimus indebitum à sciente quidem solutum fuisse, sed ea mente tamen, vt posset repetere. Ergo quamuis dici soleat, cuius per errorem soluti repetitio est eius consulto dati donationem esse *vulg. l. cuius per errorem 53. De reg. iur.* id tamen in proposita specie locum habere non potest, in qua sicuti constat de animo repetendi, ita & de animo non donandi. Neque verò quisquam aut inuitus, aut ignorans, rem suam donat, cùm donatio esse non possit, nisi quæ à liberalitate causam habeat, nec liberalitas vlla intelligi in eo qui habeat animum repetendi *l. si repetendi 7. Cod. de cond. ob caus. dator.* DEC. Condictio indebiti auxilium iuris est ex æquitate inductum, vt errantibus & per imperitiam lapsis, non vt stultis subueniatur *l. regula 9. §. vlt. infr. de iur. & fact. ignor.* Atqui sicut errat ille qui ignorans indebitum soluit, quod putat se debere *l. 1. & pass. supr.* ita stultus est, quisquis indebitum sciēs soluit, cum donandi animum habeat, donare autem sit perdere *l. filiusfamilias 7. infr. de donat.* sed stultior ille qui sciens se non debere soluit, tamen hac mente, vt posteà repetat: hic enim quodammodo habet ludibrio auxilium, & æquitatem legum, vt loquitur Iustinianus in *l. vlt. §. vltim. C. de bon. quæ liber.* existimans maiorem propositi sui & voluntatis, quàm iuris fore potestatem: quod neque in dispositionibus inter viuos, neque in vltimis voluntatibus fieri vnquam potest *l. vlt. infr. de suis & legit. l. nemo potest 55. De legat. 1. l. iuris gentium 7. §. ait Prætor & §. si paciscar. supr. de pact.* Quo exemplo dicere soleo æquè stultos esse testatores, qui condito solemniter testamento clausulam quam vocant derogatoriam adiiciunt, vt si contingat aliud posterius ab iis fieri, æquè solemne testamentum illud tamen valere nolint, nisi hæc aut illa verba in posteriore addita reperiantur. Lex enim, quoties solemne testamentum est, authoritatem ei suam impertitur, vt illud haberi velit pro lege, ridétque quasi stultam testatoris voluntatem contrariam, qui legibus ipse per eiusmodi clausulam derogatoriam voluit illudere, de quo videnda sunt quæ pluribus scripsimus in *Chiliade de error. pragmat.* Quare nec valde interesse puto, an qui soluit sciens indebitum ea mente vt posset repetere, eam mentem expresserit in soluendo, an non expresserit, & cum expresserit, an accipiens consenserit, an dissenserit, quomodo Accursius distinguit, quali eo casu quo accipiens consentit, repetitio locum habere debeat, sed per actionem Præscriptis verbis non per condictionem indebiti ex *l. reb. 6. C. de rer. perm. & l. 2. supr. hoc tit.* Omni enim casu puto repetitioni locum esse, sed hoc vltimo casu per vindicationem, non per actionem Præscriptis verbis, neque per condictionem, neque enim alienantur nummi, qui sic dantur, vt statim recipiātur, nec si fuerint verè debiti *l. qui sic soluit 55. infr. de solut.* multo minùs si fuerint indebiti: condictio autem indebiti locum habere non potest, nisi & negotio aliquo gesto & translato dominio, *d. l. si in area 33. supr.* actio verò Præscriptis verbis non nisi aliquo gesto negotio *d. l. reb. & l. vlt. eo. l. iuris gent. 7. §. 1. sup. de pact. l. si dominus 8. & pas. infr. de præsc. verb.* Nullum autem negotium gerit, qui sciens indebitum soluit, eo pacto expresso, vt posteà repetat, sed actum facit ridiculum & illusorium, ex quo proinde nulla obligatio nasci potest, neque ad agendum, neque ad excipiendum, vt in *l. non solum 31. infr. de oblig. & action.* Longéque alia ratio est eius qui sic soluit legatum, vt si apparuisset esse indebitum, vel lex Falcidia emersisset, redderetur, de quo in *dict. l. 2. supr.* Ibi enim repetitio & quidem indebiti locum habet, quia negotium contractum est inter eos, vt lex ait, nec adiectio ridicula est, & illusoria, sed vtilis nempe dubitationis tollendæ gratia *l. quæ dubitationis 81. Dereg. iur.* nam & non adiecta ea conuentione, perinde condictio indebiti locum haberet, si post legati solutionem appareret esse illud indebitum, aut legis Falcidiæ rationem, quæ solutionis tempore latebat, postea emersisse *l. 3. 4. & seqq. supr. hoc tit.*

51. IDEM libro 6. ad Quintum Mucium.

EX quibus causis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus: ea: si soluerimus, repetere non possumus.

Ad l. Ex quibus causis 51.

RAT. DVB. Is qui ius habet retentionis rectè intendit se non debere id quod inuito aduersario retinere possit. Si enim deberet, cur ei daretur retentio, tametsi eo nomine petitionem nullam habere posset? Denique tam necesse est debitum esse quod inuito aduersario retineri, quàm quod peti potest. Ergo etiam ex quibus causis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, si soluerimus, repetere possumus, quia quod nobis debitum fuit ab aduersario, illud ipsum aduersario à nobis deberi non potuit. Et verò cùm retentioni, vt plurimùm locus sit opposita doli exceptione *l. Paulus respondit 14. infr. de doli mal. except.* is autem qui exceptione perpetua tutus est, si soluat, possit repetere *l. qui exceptionem 40. supr. hoc titul.* consequens omnino videtur, vt qui retentionem solam habuit, non etiam petitionem, si tamen soluat, nihilominùs possit repetere: nam qui retentionem habet vtique vt possessionem etiam habeat, necesse est, quamuis non similiter quisquis habet possessionem, habeat etiam retentionē. Ergo alienat saltem possessionem quisquis omittit retentionem. Atqui alienatio possessionis sufficit, vt condictioni indebiti locus esse possit *l. indebiti 15. §. sed si nummi supr.* Quidni ergo ei qui retentionem habuit, & soluit, dabimus condictionem, vt saltem possessionem condicere possit, vt in *l. heres 21. infr. ad SC. Trebell.* DEC. Condicere nihil

BIU Cujas

nihil nisi repetere est. Quisquis autem repetit, petit. Ergo ex quibus causis retentionem tantùm habemus, petitionem autem non habemus, si soluerimus, fieri non potest, vt repetamus, ne alioqui solutio quæ prodesse non solet, nisi ad inducendam liberationem, non prosit hoc casu nisi ad inducendam petitionem, quæ alioqui non competeret, scilicet si retentio sit facti non iuris, vt benè Cuiacius interpretatur. Nam quod quis ipso iure retinere potuit ex debito, tanquam diminuto ipso iure, si soluatur, condici potest *l. seruus 30. in princip. infr. de action. emp. l. 5. §. penul. de impens. in reb. dotal. fact.* Et quod contra scriptum videtur in *d. l. heres*, vicio sam ostendit legis illius lectionem. Scripserat enim Iureconsultus *similem non esse Aristo ait illis, qui retentiones quas solas habent, omiserunt*, non quo modo legitur vulgo *similem eum esse Aristo ait*, vt docuimus in Chiliade *de error. pragmat. ex l. si in area 33. supr.* Quod autem obiecimus de exceptione perpetua, qua si tutus quis sit & soluat, repetit, secundùm distinctionem *d. l. qui exceptionem*, ab huius legis sententia omnino alienum est. Tunc enim exceptio perpetua parit condictionem, cùm id solutum est, quod ei debebatur qui perpetuam habebat exceptionem. Nos autem de eo loquimur qui exceptione doli, aliamve perpetuam sibi competentem omisit, per quam retinere poterat id, quod sibi debebatur: nec rursus ad rem facit, quod is qui retentione omittit, hoc ipso alienat possessionem, non enim eâ possessionem alienat, quam possit condicere, sed cuius retinendæ duntaxat ius habebat, si iure suo vti voluisset, aut sciuisset: vt ea demum possessio indebitè alienata condici possit & repeti, quæ si ab alio detineretur, nullo iure nulloque prioris possessoris facto interueniente, peti per eum posset aut recuperari aliquo interdicto possessorio, aut aliqua in rem actione, vt euenit in persona eius qui Publicianâ exercet *§. namque Instit. de action.* multóque magis in eo qui directam & ciuilem habet rei vindicationem. At is qui retentionem solam habet, omni legum auxilio destituitur ad recuperâdam possessionem suam, si eam sine culpa quoque sua amiserit: multo igitur magis si possessionem ipse in alium per indebitam solutionem transtulerit. Iuge quæ scripsi in *dict. l. qui exceptionem § si pars suprà.*

52. IDEM libro 27. ad Quintum Mucium.

DAmus aut ob causam, aut ob rem. ob causam præteritam: veluti cùm ideo do, quòd aliquid à te consecutus sim, vel quia aliquid à te factum est: vt etiam si falsa causa sit, repetitio eius pecuniæ non sit. ob rem verò datur, vt aliquid sequatur: quo non sequente, repetitio competit.

Ad l. Damus 52.

RAT. DVB. Quicquid repetitur per condictionem indebiti, repetitur tanquam indebitè solutum ob causam respicientem ad tempus præteritum: ei namque datur hæc condictio, qui soluit quod per errorem putauit se debere. In quo maximè differt hæc condictio indebiti à condictione ob causam dati causa non secuta, de qua in superioribus Titulum habuimus. Causam enim ibi intelligimus futuram, & quæ si sequatur pariat liberationem, si non sequatur, condictionem. Ergo non est bona distinctio, quæ hîc à Pomponio traditur, an datum sit ob causam, an verò ob rem, vt si ob causam prætetitam, veluti cum ideo do quod aliquid à te consecutus sim, vel quòd aliquid à te factum est, vt etiam si falsa sit causa, repetitio eius pecuniæ non sit, ob rem verò dari dicatur, cùm datur, vt aliquid sequatur, quo non secuto repetitio eius competat, vt & in *l. 1. §. 1. supr. tit. prox.* Nã & ob causam dari dicitur, quod datur ob rem futuram *dict. tit. de condict. ob caus. dat.* DEC. Causa prætetita potest esse duplicis generis, vna quæ sit obligatoria, id est, quæ si vera esset, obligaret soluentem ad faciendam solutionem, altera verò, quæ obligatoria non sit. De posteriore tantùm intelligi hic locus debet, non etiam de priore, vt benè explicat Bartolus, & exempla legis demonstrant. *Iunct. l. si ita legatum 12. in fin. De condic. & demonstr. l. in summa 65. §. id quoque infr. hoc tit.* De priore verò non de posteriore intelliguntur leges omnes quæ dant condictionem indebiti, vt *l. eleganter 23 in princip. supr.* quæ de transactione loquitur cuius causam obligatoriam esse nemo nescit, & miror cur ab Accursio tanquam huic legi contraria opponatur, nisi quod distinctionem hanc causæ præteritæ obligatoriæ, vel non obligatoriæ non videtur percepisse. Distinguit enim duntaxat an is qui soluit, ideò soluerit, quia putabat se debere, an verò, quia donare voluerit, quasi huic legi locus esse nullus debeat, nisi cùm animo donandi solutio facta est, quod probare non possum, quoties enim donandi animus adest, non requirimus qualis causa sit, ob quam datum est, an preterita, an futura, & cùm preterita an obligatoria necne, ad impediendam repetitionem, quæ rei donatæ nulla vnquam est, nisi cùm donatio facta est, ob causam aliquam finalem quæ secuta non sit, vt in *l. 2. §. vlt. infr. de donat. l. 13. & pass. C. de donat. quæ sub mod.* Semper enim defectus causæ finalis impedit effectum dispositionis, paritque exceptionem doli etiam in legatis, & vltimis voluntatibus *l. cùm tale 72. §. falsam & l. demonstratio 7. infr. de condic. & demonstr.* Quamquam dici potest cum Accursio, aliud esse in vltimis voluntatibus, aliud verò in dispositionibus inter viuos: quòd in vltimis voluntatibus detur actio pro legato ex voluntate testantis, licèt causa legandi falsa fuerit: non enim obest legato, quia causa legandi legato non cohæret, vt subtiliter tractat Papinianus in *d. §. falsam.* Et ideo potest esse locus exceptioni doli, si probetur testator aliàs legaturus non fuisse, vt ibidem subiicitur, ne alioqui contra voluntatem id fiat, quod ex voluntate proficiscitur. Nam & in testamentis doli exceptiones locum habent *leg. 2. infr. de doli mali except.* at in dispositionibus inter viuos quæ non ex vnius, sed ex duorum consensu & voluntate pendent, non admittimus quæstionem voluntatis, an qui promisit ob causam præteritam non obligatoriam, non aliter fuerit promissurus: nisi ex conuentionis verbis idipsum expressim constet, aut

BIU Cujas

ambo contrahentes consentiant, alioqui propositum in mente vnius ex contrahentibus retentum nihil operatur, vt benè disputat Bart. ex *l. si repetendi 5. C. de condict. ob caus. dator. l. 3. §. si quis quasi ad fin. supr. eod. ill. tit.* Atqui condictio indebiti nascitur ex quasi contractu, vt toties diximus ex *l. §. is quoque inf. de oblig. & action. §. 1. Instit. quib. mod re contr. oblig.* Non ergo prodesse debet ei qui indebitum soluit, quod putabat se debere ex causa præterita non obligatoria, si dicat se non fuisse soluturum si causam falsam esse putasset, sed & alia ratione dicendum est non posse hîc tractari de exceptione doli danda ei qui soluit, aut quæ parere debeat condictionem ex *d. l. qui exceptionem 40. supr.* Nam qui soluit quod putabat se debere ex causa præterita non obligatoria, is priusquam solueret, nulla actione poterat conueniri, ergo neque habere exceptionem siue doli siue aliam, quippe cùm omnis exceptio præsupponat actionē *l. 2. & pass. D. de except.* Postea verò quàm soluit non indiget exceptione, sed condictione ad repetendum: condicere autem non potest post solutionem is, qui antequam solueret, perpetua exceptione tutus non fuit, quæ Accursij nostri ratio cinatio ad hanc legem nec insubtilis est. Et tamen eam Bartolus improbat, quia, inquit, posito quod soluens fuisset tutus exceptione doli in casu de quo loquimur, non esset tamen exceptio doli adhibiti in promittendo, seu contrahendo, sed in petendo: quæ exceptio non impediret repetitionem ex *l. qui se debere 7. supr. de condict. ob caus. dat.* Sed reprehensio mala est, cùm ostenderimus exceptionem doli in proposito locum habere non posse. De exceptione autem quam vocant facti & intentionis, iam satis multa scripsimus ad *d. l. qui se debere, & ad d. l. qui exceptionem.* Illud sanè non displicet, quod Bartolus distinguit ex *d. l. demonstratio 7. §. quod autem iuris est & seq. de condict. & demonst.* an causa exprimatur per modum causæ, an per modum condicionis, vt priore casu obtineat, quod in hac lege scriptum est, non etiam posteriore, quia defectus condicionis cuiuslibet semper facit indebitum, id quod sub condicione siue promissum siue solutum fuit, siue præteritum, siue præsens tempus aut futurum condicio respiciat: quamuis propriè condicio non sit, nisi quæ in futurum confertur *l. cùm ad præsens 36. & seq. supr. de rebus credit.* vbi scripsimus. Cæterum probat optimè lex hæc quod ex ea plerique notant, condictionem ob causam, vel ob rem dati causa vel re non secuta, nunquam posse cum indebiti condictione concurrere, quandoquidem habent causam & originem omnino differentem. Sed & ex pœnitentia potest condictio ob causam dati competere, vt Accursius notat ex *l. si pecuniam 5. supr. de condition. ob caus. dat.*

53. PROCVLVS libro 7. Epistularum.

DOminus testamento seruo suo libertatem dedit, si decē mihi det. seruo ignorante id testamētum non valere, data sunt mihi decem: quæritur, quis repetere potest? Proculus respondit: Si ipse seruus peculiares nummos dedit, cùm ei à domino id permissum non esset: manent nummi domini, eósque non per vindicationem, sed in rem actione petere debet. Sin autem alius rogatu serui, suos nummos dedit [a]: facti sunt eius: eósque dominus serui, cuius nomine dati sunt, per condictionem petere potest. sed tam benignius, quàm vtilius est [b], recta via ipsum, qui nummos dedit, suum repetere.

Ad l. Dominus 53.

RAT. DVB. Dominus qui dat libertatem seruo, si decem mihi det, intelligitur semper ei permittere, vt ea decem soluat de peculio, itémque vt soluendo transferat dominium nummorum in accipientem inuito etiam herede. Nec aliud remedium heredi supereſt si nummos saluos facere velit, nisi vt vetet seruum dare: sic enim fiet, vt & statuliber ad libertatem perueniat quasi impleta cōdictione cui parere prohibitus est, & nummi heredi non pereāt *l. 3. §. vlt. supr. de condic. ob caus. dat. iunct. l. si filia 20. §. vlt. supr. famil. ercisc.* Ergo non potest verum esse quod Proculus in hac lege scribit, si seruus hic peculiares nummos dederit, cùm id ei à domino permissum non esset, manere nummos domini, eósque non per condictionem petere dominum debere, sed per vindicationem, & in rem actionem.

DEC. Testamentum minus solemne & inualidū nullius momenti est, nec vllam producere potest aut obligationem, aut transferendi dominij facultatem *l. si iure 18. de legat. 3. l. ex ea scriptura 29. infr. qui testam. facer. poss.* Atqui ponimus in specie proposita testamentum non valuisse. Non ergo videri potest, voluisse testator, vt ex peculio seruus solueret, cùm solutio proficere hoc casu non possit ad libertatem cuius solius intuitu & fauore statulibero permissum id fuit. Manent ergo nummi heredis, nisi specialiter heres seruo permiserit, vt eos daret seruus. Vindicationem igitur heredi hoc casu competere dicendum est, non etiam condictionem, quæ nunquam cum vindicatione concurrit, nisi contra furem *l. vlt. supr. vsufr. quem. caueat. §. sic itaque Instit. de action.* Nec obstat quod in *l. seq.* scriptum est. Ex his omnibus causis, quæ iure non valuerunt, vel non habuerunt effectum, secuta per errorem solutione condictioni locum esse. Id enim accipi debet suppositis terminis habilibus, id est, si translatum fuerit dominium *l. si vrbana 55. in fin. infr.* Vindicatio igitur non condictio hoc casu competit. Aut si dolo malo possidere desierim, cùm scirem testamentum non valere, actio ad exhibendum dari contra me poterit *l. rogasti 11. §. vlt. supr. de reb. credit.* Alioqui vindicatio omnimodò danda est. Sed hoc ita si nummi extent: nam si consumpti sint, vindicari vtique non possunt, sed condicendi sunt quasi conualescente indebito, sicut & mutuo, per consumptionem *l. si à furioso 12. cùm seq. l. si ego 18. §. 1. & pass. supr. de reb. credit. l. 5. §. is quoque infr. de oblig. & action. §. 1. Instit. quib. mod. re contr.*

BIU Cujas

re contr. oblig. l. indebiti 15. *§. sed etsi nummi supr hoc tit. & d. l. rogasti* 11. *§. vlt. de reb. credit.*

a *Si autem alius rogatu serui suos nummos dedit.* RATIO. Is qui rogatu serui nummos mihi dedit condicionis implendæ causa, vt ad libertatem peueniret, non eo animo fuit, vt dominium nummorum in me transferret, nisi in eum casum quo post impletam condicionem libertas seruo esset competitura, non enim mihi prodesse voluit, sed seruo cuius rogatu pecuniam mihi dedit, vt & in *l. si pater familias* 40. *infr. de hered. instit.* Ergo cùm libertas seruo competere non possit, quia testamentum non valuit, nec dominium nummorum in me translatum fuisse dicendum est, ac proinde vindicationem eorum heredi hoc casu, vt & superiore competere nō condictionem, quæ dominij translationem semper supponit: aut saltem adhibenda videtur distinctio quam adhibet Vlpianus in *l. si ego* 9. *in princ. infr. de iure dot.* an is qui rogatu serui nummos mihi dedit, ea lege dederit, vt ita demum mei fierent si seruus liber esse posset, an ita vt statim fierent mei, vt hoc tantùm posteriore casu condici possint, priore verò vindicari.

DEC. Ex quibus causis condictio acquireretur seruo si esset sui iuris, necesse est, vt per eum acquiratur ipsius domino *d. l. si pater familias leg. acquiruntur* 10. *§. i. l. qui bona* 23. *§. generaliter & §. vlt. l. communis* 45. *infr. de acq. rer. domin. l. i. & tot. tit. de stipul. seru.* Atquin si seruus de quo hîc agitur, liber fuisset, & pecuniam mihi dedisset ob rem aliquam quæ secuta nō esset, condictio ei competeret. Ergo quæ acquiri ei non potest cō dictio, quia seruus manet, domino eius acquiretur, non etiam illi qui rogatu eius mihi nummos dedit. Ille enim mihi quidem soluit, quia condicionis implendę causa pecuniam mihi dari oportuit, sed tamen soluit non tāquam mihi, sed tanquā seruo donaturus ad acquirendam ipsi libertatem. Itaque nō secuta libertate seruus ipse si agere ex hac causa posset, condictionem haberet, nō ille qui dedit mihi, vt in *l. qui se debere* 7. *leg. si donaturus* 9. *supr. de condic. caus. dat.* Nec quod ab hoc seruo, neque condictio neq; alia vlla actio exerceri possit, facere debet, vt eo magis cō dictione teneri debeam soluenti, quia cùm de condictione quæritur, non tam inspiciendum est à quo aut cui solutum sit, quàm cuius gratia & nomine, vt hæc lex omnium optimè probat in illis verbis *eósque dominus serui, cuius nomine dati sunt, per condictionem petere potest.* Iunge *l. indebitam* 47. *sup. l. cùm indebitum* 57. *in pr. inf.* Condictio igitur soli heredi tanquam domino serui contra me danda est, non ei à quo nūmos accepi. Sed cur non vindicatio, vt in superiore casu? Nimirum quia ex dantis voluntate pecunia statim & recta via fit accipientis *l. sed si pater familias* 9. *§.* 1. *infr. de SC. Macedon.* quod & Accursius & Bartolus bene viderunt. Potest sanè actio ad exhibendum locum habere excluſa nō minus condictione quam vindicatione, si poneres extare adhuc nummos eósque mala fide datos serui nomine, cùm is testamentum non valere sciret, *arg. d. l. rogasti* 11. *§. vlt. supr. de reb. credit.* Quò pertinere videntur verba illa initio huius legis posita *seruo ignorante id testamentum nō valere.* Nisi malis ea addita ad probandum solutionem factā hîc per errorem non à sciente. Quod certè ita est. Nec adhibenda est hoc casu distinctio, quam adhibet Vlpianus in *d. l. si ego.* Ibi enim agitur de re in dotem data ante nuptias, cuius dominium transferri potuit in accipientem, aut statim, aut tum demum cùm insecutæ essent nuptiæ. Hîc verò tractamus de pecunia data implendæ conditionis causa, ac proinde cuius dominium ante impletam condicionem transferri necesse fuit & ad eam implendam, ita vt nec alia mens esse potuerit eius, qui condicionem imple re debuit, nec quod in hac specie testamentum non valuerit, translationē dominij impedire potest, quia quod condicionis implendæ causa datur, neque ex testatoris voluntate & iudicio capitur, neq; iure testamenti *l. si quis sub condicione* 8. *infr. si quis omiss. caus. testam. l. Mœuius* 55. *de condic. & demonstr. l. ad veterani* 40. *§.* 1. *l. id autem* 76. *l. in quartam* 91. *in fin. infr. ad leg. Falcid.* sed ex sola dantis voluntate. Sufficit igitur eum qui rogatu serui pecuniam mihi dedit, mentem illam habuisse, vt in me dominium nummorum suorum transferret ad implendam condicionem, quæ nec aliter impleri potuit, vt diximus. Vnde illud etiam fit, vt neque ex eo impediri translatio dominij potuerit, quod ex inutili testamento libertas non competierit. Prius enim est, vt condicionem impletam dominiumque translatum esse oporteat, quàm vt de condicionis impletæ effectu quæri possit. Et quod libertatis acquisitio secuta non est, condictionem tantùm parit ex regula legis proximè sequentis, non etiam vindicationem. Etsi enim dici solet, verissimumque est, nunquam traditionem nudam dominium transferre, etiam quæ à domino facta sit, nisi iusta aliqua causa præcedente *l. nunquam nuda* 31. *de acquir. rer. dom.* iustam tamen causam intelligere debemus, non quæ vera etiam sit, sed quæ iusta esset, si esset vera: in proposito autem iusta esset causa condicionis implendæ & dandæ in eam rem pecuniæ, si verum esset testamentum valere, quod validum putabatur, cùm tamen esset inutile.

b *Sed tam benignius quàm vtilius est.* Tota hæc additio, quæ perelegantem huius legis sententiam destruit, merum Triboniani commentum est, æquitatem sibi more suo fingentis ex cerebro, vt veram iustámque rationem iuris euertat, vt pluribus docuimus *lib. 8. Coniectur. iur. ciuil. cap.* 8. Duo enim supponit quæ euidenter falsa sunt. Vnum est, dandam condictionem ei qui rogatu serui soluit mihi decem, quemadmodum heredi & domino serui contra me dandam eam esse Proculus respondit. Alterum est, circuitus vitandi gratia æquius esse, vt ea condictio, quæ soluenti dari contra heredem primum deberet, recta detur ei contra me, quasi celeritate coniungendarum actionum vnam in hac specie occultari oporteat, vt & in *l.* 3. *§. sed si debitorem infr. de donat. int. vir. & vxor.* Prius certè falsum esse ex eo intelligimus, quod nullo casu fieri potest, vt in proposita specie duplex condictio competat, vna soluenti contra dominum, altera domino contra me, siue serui nomine simpliciter data mihi sit pecunia, siue ea lege ne ad dominum serui vllo casu peueniret. Priore siquidem casu heredi contra me datur condictio, vt diximus, nulla soluenti contra heredem cui nec soluit, nec eius nomine soluere voluit. Posteriore verò, si admittamus ea lege dari potuisse mihi pecuniam, ne ad heredem eundémque dominum serui pecunia vllo casu peueniret, æquè dicendum est, condictione teneri heredem non posse, in quem transferri dominium non potuerit ob contrariam domini voluntatem *dict. leg. si vrbana* 55. *infr.* Si verò neque conuentio hæc valeat, danda igitur condictio heredi, qui dominium nummorum pro seruo solutorum amisit, non soluenti

BIU Cujas

contra heredem cui nihil solutum est, licèt solutio ei proficiat *l.his solis* 50. *supr.* Quod si ita est, vt contra heredem dari condictio soluenti non possit, sed heredi tantùm contra me, multo magis falsum erit, dandam esse soluenti condictionem aduersum me, non illa tantùm ratione, quòd ego nummos istos, non tam ab eo qui mihi soluit, accepisse videar, cùm non suo, sed serui nomine, mihi eos soluerit *arg. leg. indebitam* 47. *supr.* sed etiam quia quisquis ita loquitur, vt dicat posse quem recta & euitato circuitu aliquem conuenire, & celeritate coniungendarum actionum vnam occultari, præsupponit duas competere actiones, & quæ longa, vt loquuntur, manu exerceri possint, quod hîc dici non posse ostendimus. Et cùm id contingit, vt in specie *d. §. sed si debitorem*, nullam actionis cessionem requirimus, nec vllam faciendæ cessionis necessitatem. Itaque faciunt apertè contra huius legis verba, qui eam intelligunt de illo qui soluerit mandato serui, nec tamen donatam ei pecuniam voluerit: quasi ex eo fiat, vt habeat ille contra dominum serui actionem de peculio, in quo cùm hæc actio reperiatur per quam possit dominus à me condicere, id quod mihi solutum est, illam saltem actionem præstare ac cedere teneatur ex *leg. quod debetur* 51. *infr. de pecul.* Nam si ita esset, alterutrum necessariò fatendum esset, aut dari soluenti condictionem ex iure cessso, quod verba illa *recta via* non patiuntur *l. sires* 59. *infr. de euict. l. si res obligata* 57. *de legat.* 1. aut permitti eiagere quasi ex cessione, cùm nulla tamen cessio interuenerit, quod stultius est, vt ex iisdem legibus apparet, & ex *l. Modestinus* 76. *de solut l. alterius* 20. §. 1. & *l. seq. infr. de tutel. & ration. distr.* Nec contrarium est quod Paulus respondit in *l. cùm fundus* 31. §. 1. *supr. de reb. credit.* vt ex iis quæ ad locum illum scripsimus, apparet, promde & quod de circuitu vitando nostri post Accursium & Bartolum tam diligenter tractant, ex tot legibus quas Accursius noster hîc congerit, ad huius loci sententiam tractatúmque pertinere nullomodo potest.

54. PAPINIANVS libro 2. Quæstionum.

EX his omnibus causis, quæ iure non valuerunt, vel non habuerunt effectum, secuta per errorem solutione, condictioni locus erit.

Ad l. Ex his omnibus causis 54.

RAT. DVB. Condictio siue indebiti, siue alia quælibet extra furtiuam non potest competere, nisi dominio in accipientem translato, vt proximè diximus ex *l. prox. infr. l. si in area* 33. *supr. hoc tit.* Atqui ex iis causis quæ ab initio iure non valuerunt, dominium transferri non potest, puta ex testamento nullo vel iniusto. Iustam enim oportet esse causam traditionis, vt per traditionem tum quoque cùm à domino facta est, dominium transferatur *leg. nunquam nuda* 31. *infr. de acquir. rer. domin.* Idémque est si testamentum, quod ab initio valuit, postmodum agnatione posthumi ruptum esse dicatur: quod enim ab initio valuerit, non obligat efficacius heredem, cùm postea rumpatur ipso iure, adeò vt nõ modò postcaquam ruptum est, nihil ex eo deberi possit, ne quidem libertates, nisi repetitæ sint à venientibus ab intestato *l. generaliter* 24. §. *ex testamento infr. de fideic. libert. l.* 1. C. *eod.* sed nec antequàm ruptum sit, quandiu rumpi potest *l. ventre præterito* 84. *infr. de acquir. hered.* Ergo si quid ex eiusmodi testamento traditum fuerit, quamuis indebitum sit, per vindicationem tamen, non per condictionem indebiti repetendum est. Planè cùm testamentum ab initio ita valuit, vt ex eo adiri possit aditáque sit hereditas, quamuis postea rescissum sit per querelam inofficiosi testamenti, aliud defendi potest, quoniam aditio quæ facti magis quàm iuris est, non facilè pro infecta haberi possit. Sed tamen in contrarium adhuc illud mouet, quod per querelam inofficiosi testamentum redigitur ad causam intestati, adeóque is qui semel ex testamento adiit & heres fuit, heres tamen esse definit contra vulgarem regulam iuris *l. in substitutione* 33. *l. ex facto* 43. §. *vlt. infr. de vulg. & pupill. substit.* Ergo etiam hoc casu indebiti soluti vindicatio, non condictio danda est, contra quàm tamen scriptum sit in *l.* 2. §. 1. *supr. hoc tit.* DEC. Error & falsitas in causa traditionis non impedit, quominus dominium per traditionem à domino factam trãsferatur, dummodo fiat traditio ex causa iusta, id est, quæ si vera esset, iusta esset, vt diximus ad legem præcedentem. Est autem iusta causa testamenti ad transferendum ex eo dominium, etiamsi reuera non valeat, dummodo valere existimetur. Condictioni ergo locus hoc casu esse debet, non autem vindicationi, nempe quoties dominium translatum est in accipientem. Sic enim hæc lex intelligi debet, vt diximus ad legem superiorem ex *leg. prox. inf. & l. si in area* 33. *supr. hoc tit. l.* 1. *&* 2. *supr. tit. prox.* Nec aliud iuris est, si solutio per errorem à domino facta sit ex aliqua causa, quæ ab initio quidem valuerit, sed tamen non habuerit effectum, vt Papinianus noster hîc subiungit. Parum enim est valuisse causam ab initio, si postea non habuerit effectum, aut si eam habuerit quidem, sed tamen habere postea desierit: non enim videtur secutus effectus, nisi duret secutus *leg.* 1. §. *siue ab initio infr. titul. proxim.* sicuti dicimus, non videri versum quod non durat versum *leg. si pro patre* 10. §. *versum infr. de in rem vers. l. Papinianus* 20. *in fin. sup. de minor. cum similibus.* Exemplum adfert Accursius, si quid traditum aut solutum sit ex causa venditionis validæ, sed à qua tamen postea recessum sit mutua voluntate contrahentium, vt in *l. ex empto* 11. §. *is qui vina infr. de action. empt. l. cùm te* 6. *Cod. de pact. int. emptor. & vendit.* Non addo cum Accursio *aut per restitutionem in integrum*, quia solius restitutionis in integrum potestas in eam rẽ sufficit, cùm nihil aliud sit restitutio in integrum, quàm redintegrandæ rei vel causæ actio, vt Paulus in sententiis diffinit, nec proinde condictio vlla in eam rem necessaria est *leg. quod si minor* 24. §. *restitutio leg. patri* 27. §. *si pecuniam supr. de minor. leg. vnic. Cod. de reput. quæ fiunt in iudic. in integr. restit.* Separanda tamẽ hac parte videtur causa quæ ab initio iure non valuit, ab ea quæ valuit, sed non habuit effectum, non quasi vtraque condictionem non pariat, sed quia quæ prioris generis est, parit condictionem indebiti, quæ verò posterioris, condictionem potius sine causa *d. l.* 1. §. *siue ab initio inf. tit. prox.* nisi vel turpis vel iniusta causa proponatur, quæ possit inducere condictionem specialiter ex ea causa comparatam, de qua in *tit. prox. supr.*

55. IDEM

55. IDEM libro 6. Quæstionum.

SI vrbana prædia locauerit prædo: quod mercedis nomine acceperit ab eo, qui soluit, non repetetur: sed domino erit obligatus. Idémque iuris erit in vecturis nauium [a], quas ipse locauerit, aut exercuerit. Item in mercedibus seruorum, quorum operæ per ipsum fuerint locatæ. nam si seruus non locatus [b] mercedem, vt domino, prædoni retulit: non fiet accipientis pecunia. Quod si vecturas nauium [c], quas dominus locauerat: item pensiones insularum acceperit, ob indebitum ei tenebitur, qui non est liberatus soluendo. Quod ergo dici solet, prædoni fructus posse condici [d], tunc locum habet, cùm domini fructus fuerunt.

Ad l. Si vrbana 55.

RATIO VB. Prædo nihil omnino iuris habet in percipiendis fructibus rei alienæ, & quam scit esse alienam: cùm fructus percipiantur, & acquirantur, non iure seminis, sed iure soli *l. qui scit 25. §. 1. infr. de vsur.* nisi quod bonæ fidei possessor quantum ad fructus pertinet, domini loco est *leg. bonæ fidei 48. infrà de acquirend. rerum domin.* Ergo nec in mercedibus prædiorum vrbanorum quicquam iuris habere potest, quandoquidem mercedes non nisi fructuum vice debentur, sunt enim loco fructuum *l. mercedes 29. iunct. leg. ancillarum 27. in fin. supr. de hered. petit.* nec quod prædo ipse prædia locauerit, ius illius augere potest, cùm non nisi mala fide locare potuerit, tantóque magis imputari potest ei, cur deprædandi animo ad alienam rem inuadendam & locandam accesserit. Proinde si conductor prædoni soluerit, quod ei ex locatione debuit, condictio ei danda est tanquam indebiti soluti.

DEC. Mercedes prædiorum locatorum, sicut & precia rerum venditarum non tam ex re ipsa quàm ex contractu & negotiatione percipiuntur *l. venditor 21. infr. de hered. vel action. vendit.* Ergo si prædo vrbana prædia locauerit, mercedes ipsi debentur, quia locauit, non domino qui non locauit. Itaque si solutæ sint, non possunt tanquam indebitæ repeti per condictionem indebiti, cùm appareat esse debitas, & ex persona conductoris, qui eas promisit, & ex persona locatoris qui ipse locauit, quique locando, nec domino, nec alij quam sibi personalem ex locato actionem acquirere potuit. Nec enim actio ex contractu inter alios nasci potest, quàm inter eos ipsos qui contraxerunt, aut eorum successores *leg. quæcunque 11. infr. de oblig. & act l stipulatio ista 38. §. alteri de verb. oblig.* nam si conductor etiam domino esset obligatus, vtique non posset liberari soluendo prædoni. Satis ergo esse debet ei qui à prædone cõduxit, quod prædoni soluendo sit liberatus, eáque ratio sola sufficit ad impediendam condictionem *l. si non sortem 26. §. si centum & §. si decẽ sup. l. qui hominẽ 34. §. vlt. infr. de solut.* Quod & Papinianus in hac lege docet, cùm in vltima huius legis specie dat condictionem ei, qui prædoni soluit vecturas nauium & pensiones insularum, quas dominus ipse locauerat, *quia*, inquit, *non est liberatus soluendo.* Sed cur de prædiorum duntaxat vrbanorum conductione Papinianus hîc loquitur? An non & rustica locari possunt, nec minus à prædone, quàm ab alio quolibet? Ita sanè est. Ideóq; nec aliud iuris esse putat Accursius in rusticis prędiis à prædone locatis, dummodo colonus sit nummarius, non etiam partiarius, nempe quia vt addit Bart. soluti à colono partiario fructus essent prędonis, qui semper fuissent domini, ac proinde de quorũ condictione disputare colonus non posset, qui eorum dominus nunquam fuisset. Quod diuersum est, cùm locatio siue vrbani siue rustici prædij facta est in pecunia. Quæ .n. postea per colonum pecunia soluitur, cùm sit soluentis, fit accipientis prędonis, indéque materia nascitur disputandi de condictione in persona conductoris, si nõ impediret condictionem illa ratio, quod colonus, qui prædoni soluit, & ante solutionem obligatus fuit prædoni & per solutionem liberatus. Quisquis enim ei soluit, cui fuit obligatus, licèt nullam satis iustam eius obligandi causam habuerit creditor, attamen liberatur *l. 1. §. si rem 32. infr. deposit. l filiæ 88.* vbi est textus elegãs *inf. de solut.* Imò quod magis est, si fugitiuus meus, cùm se pro libero gereret, nũmos mihi subreptos tibi bona fide accipienti crediderit, tũq; postea ei solueris æquè bona fide, placet liberari te à me, quamuis mihi non ipsi obligatus fueris *l. fugitiuus 19. eod. tit.* nimirum, quia reddidisti bona fide pecuniam ei ipsi à quo acceperas, quod satis est ad acquirendam liberationẽ. Cùm ergo is, qui prædoni eidémq. locatori suo soluit, liberetur, mirum non est, si non habeat condictionẽ. At nec rursum dominus eam pecuniam ab inquilino vel colono solutam, prędoni potest condicere, sed alia ratione, scilicet quia eius pecuniæ dominus nunquam fuit, licèt fructuum fuerit. Duo enim illa, vt sæpius diximus, necessariò requiruntur ad dandam alicui condictionem, nempe, vt eius rei quam cõdicere vult, dominium & ante habuerit, & postea amiserit, nam si nunquam habuerit, nec vindicare potest nec cõdicere, si verò habuit, neque amisit, condicere non potest, sed vindicare. Ergo quod Papinianus noster subiicit, *sed domino erit obligatus*, non ita debet accipi quasi prædo, qui nulla condictione tenetur soluenti, teneatur domino, sed sic potius, vt dominus prędiorum habeat prædonem obligatum hereditatis petitione, vt mercedes quas exegit præstet, aut quanto maiores percipere dominus potuisset, *leg. si nauis 62. §. vlt. supr. de rei vindic.* Nam quod Bartolus hîc tractat de cedendis à prædone contra conductorem actionibus ex *l. Iulianus 30. supr. de hered. petit.* ad rem non pertinet, cùm ponamus iam esse factam à conductore prædoni solutionem. In petitionem verò hereditatis certum est, venire non modò fructus, sed etiam mercedes vice fructuum acceptas *l. ancillarum 27. in fin. & d. l. mercedes 29. supr. de hered. pe-*

BIU Cujas

tit. nec solùm aduersus prædonem, sed etiam quod magis est contra bonæ fidei possessorem, hac sola differentia, quòd bonæ fidei possessor, non tenetur, nisi quatenus locupletior ex iis fructibus & mercedibus factus est *l. sed etsi* 25. §. *consuluit eod. titul.* prædo autem & alius malæ fidei possessor hereditatis quilibet in solidum. Nam & extantes fructus vindicare dominus potest, etiam speciali actione in rem à quolibet possessore, tanquam quorum dominus semper manserit, cōsumptos verò à malæ fidei possessore condicere siue antè siue post litem contestatam percepti sint *l. certum* 22. *C. de rei vindic. l. si pignore* 22. §. *si prædo infr. de pignor. act. l. penul. C. de condict. ex leg. & apud Iustin. de offic. iudic.* §. 1. A bonæ fidei verò possessore non item, quia facit ille fructus suos sola perceptione *dict. leg. bonæ fidei* 48. *de acquirend. rer. domin. l. si fructuarius messem* 13. *supr. quibus mod. vsufruct. amitt.* lucratur verò consumptione aut vsucapione *leg.* 4. §. *post litem suprà fin. regund. leg.* 4. §. *lana infr. de vsucap.*

a *Idémque iuris erit in vecturis nauium.* RAT. DVB. & DECID. eadem est quæ ad initium huius legis. Nulla enim differētiæ ratio est inter mercedes prædiorum à prædone locatorum & vecturas nauium, quas prædo ipse locauerit, aut exercuerit, cùm vecturæ nauium sicut & vsuræ non tam natura quàm iure, id est, ex negotiatione percipiantur *dict. l. si nauis* 62. *supr. de rei vindic.* quomodo etiam mercedes seruorum, quorum operas prædo ipse locauerit, in quibus idem iuris esse Papinianus subiicit, & rectè: nam & illæ ex negotiatione factóq; prædonis percipiuntur.

b *Nam si seruus non locatus.* Hucusque tractauit Papinianus de pensionibus prædiorum à prædone locatorum, itémque de vecturis nauium, quas prædo ipse locauerit, aut exercuerit, & de operis seruorum similiter à prædone ipso locatis. Nunc aliam tractat speciem de seruo qui à prædone ipso non locatus, suas operas ipse per se locauerit, eásque acceptas prædoni tanquam domino retulerit. Quo casu negat Papinianus accipientis fieri pecuniam.

RAT. DVB. Nihil interesse videtur, an mercedes seruorum ad prædonem peruenerint per suos ipsos, an per manus conductorum. Atquin si à cōductoribus soluta prædoni fuisset pecunia, vtique facta esset accipientis, vt suprà diximus. Ergo & cùm seruus ipse se locauit, & operarum suarum mercedes acceptas prædoni tanquam domino retulit.

DEC. Valde interest, an seruus seipsum locauerit, an à prædone ipso locatus fuerit. Priore casu non tantùm obligatio, & actio per seruum acquiritur domino, sed etiam dominium pecuniæ pro operis solutæ seruo. Quicquid enim seruus acquirit, cùm sibi acquirere non possit, necesse est, vt acquirat domino, vel homini libero, à quo bona fide possideatur, & cui bona fide seruiat *leg. acquiruntur* 10. *§. primo & sequent. leg. qui bona fide* 23. *de acquirend. rerum domin.* Prædo autem neque dominus est, neque bonæ fidei possessor. Nihil ergo ei acquiri per seruū potest, nec si seruus seruiat bona fide putans prædonem esse dominum: bonam enim fidem in possessore esse oportet, non in seruo, sicut è contrario mala fides serui non noceret bonæ fidei possessori. Porrò dominium pecuniæ seruo solutæ, quod per seruum domino quæsitum fuit, fieri non potest, vt inuito vel ignoranti domino auferatur *leg. si ego* 9. §. 1. *inf. de iur. dot. l. id quod nostrum* 11. *de regulis iuris.* melior enim condicio nostra per seruos fieri potest, sed deterior non potest *leg. melior* 133. *eodem.* Non potest igitur accipientis fieri pecunia, quam seruus à se acceptam prædoni quasi domino retulerit. Cui consequens est, vt nec eam prædoni condicere dominus possit, cùm eius dominium amiserit, sed eam debeat vindicare. Alia species est, quæ ab Vlpiano tractatur in *leg.* 1. §. *si rem à seruo* 32. *infr. depos.* vbi ait, si rem à seruo depositam restitueris Titio, quem dominum eius putasti re actione depositi non teneri, nempe quia, vt lex subiicit, dolus tuus nullus intercessit. Ex causa verò depositi nemo tenetur nisi de dolo, aut de lata culpa, quæ dolo æquiparari possit, nisi aliud conuenerit *dict. leg.* 1. §. *si conuenit & leg. quod Neruа* 32. *eodem titul.*

c *Quòd si vecturas nauium.* Tertia hæc species est quam Papinianus tractat, si non prædo, sed dominus prædia vel nauem locauerit, prædo autem vecturas nauium & pensiones insularum acceperit. In qua specie respondet Papinianus, eum qui prædoni per errorem soluerit, habiturum condictionem, quia, inquit, non est liberatus soluendo.

RAT. DVB. Ex locatione facta ab ipso domino pecunia non alij quàm domino deberi potest. Nā si prædoni, cùm ipse locauit, pecunia debetur non domino, vt diximus in prima specie: nō potest domini ius esse infirmius quàm prædonis, vt quod domino promissum est, alij quā domino debeatur. Ergo etiamsi ea pecunia prædoni soluta sit, non tamen potest facta esse accipientis. Ideóque dicēdum est, non condictionem eius pecuniæ illi qui soluit, dandam esse, sed domino vindicationem, vt in alia specie, de qua proximè scripsimus: aut si admittamus, ex ea solutione translatum fuisse dominium in prædonem, quod necessariò admittendum est, si cum Papiniano dicamus teneri eum cōdictione. Quidni etiam fatemur soluentem liberatum esse ipso iure, cùm per errorem & probabilem facti ignorantiam soluerit ei, quem credidit habuisse ius accipiendæ solutionis? Est enim hic vnus ex effectibus bonæ fidei, quæ per iustam facti alieni ignorantiam facilè inducitur, *leg. si quis seruo* 18. *& seq. l. qui hominem* 34. §. *si Titium infrà de solution. leg. eius qui in prouincia* 41. *suprà de rebus credit.* §. *item si Institut. de mandat.* DEC. Non ius obligationis creditori quæsitæ transfert in creditorem dominium rei, ex ea obligatione solutæ, sed traditio sola per dominum facta animo transferendi dominij ex iusta aliqua causa præcedente, licèt erratum sit in causa, vt diximus ad *leg. dominus* 53. *suprà ex leg. nunquam nuda* 31. *de acquirend. rer. domin.* Atqui ponimus pecuniam debitam quidem fuisse domino fundi, sed à debitore eodémque domino pecuniæ solutam fuisse prædoni. Ergo eius dominium nec domino fundi acquiri potuit, nec alij quàm prædoni: proinde condictionem aduersus prædonem habere debet is qui soluit, non autem dominus vindicationem. Idcirco autem damus condictionem soluenti, quia & pecuniæ suæ dominium in accipientem transtulit, & tamen soluendo liberatus non fuit: nec enim sola soluentis bona fides sufficit ad acquirendam ei solutione liberationem, nisi factum aliquod interuenerit creditoris, quod bonæ fidei causam & initium præbere potuerit. Alioqui non tam bona fides ea dicenda est, quàm

BIU Cujas

nimia debitoris credulitas, & falsa persuasio, quæ debitori ipsi nocere debet potius quàm creditori, vt diximus ad *leg. si quid possessor* 31. §. *vltim. supr. de hered. petit.* & *ad dict. leg. eius qui in prouincia. Ex dict. l. qui hominem* 4. § *si nullo de solut. leg. cum fundus* 31. §. 1. *sup. de reb. credit. leg.* 1. §. *dolum supr. de eo, per quem fact. erit*, idque locus hic omnium optime probat. Ergo cùm solutio prædoni facta non liberauerit soluentem, necesse est, vt acquisierit ei condictionem, ex regula, quam in hoc tractatu toties inculcauimus, & quæ tam sæpe repetenda est, solutionem, quæ non parit liberationem, parere condictionem, & contra *leg. si non sortem* 26. §. *si centum* & §. *si decem leg. cùm is* 32. §. 1. *leg. indebitam* 47. *supr. hoc titul. dict. leg. qui hominem* §. *vltim. de solut.* etsi aliter atque aliter parit solutio aut liberationem aut condictionem: parit enim liberationem ex voluntate contrahentium, quia id agitur, vt per solutionem tollatur obligatio: parit verò condictionem extrà id quod agitur, vt eleganter scribit Pomponius in *leg. is qui* 13. § *vlt. infr. commod.* Denique omnis solutio fit in ordine ad liberationem, non etiam ad condictionem. Quid ergo, si prædoni soluta sit pecunia, eamque prædo postea domino restituerit? Nemo dubitat, quin hoc casu liberetur debitor, adeoque ipso iure *dict. leg. si quid possessor* 31. §. *vltim. supr. de hered. petit. dict. leg. qui hominem* 34. §. *si prædo de solution.* Ergo ex eadem supradicta iuris regula, is, qui prædoni soluit, non habebit aduersus eum condictionem, quia nec metuet personalem actionem domini, cui antea fuerat obligatus, cùm hodie liberatus sit.

d *Quod ergo dici solet, prædoni fructus posse condici.* Refert Accursius versiculum hunc ad secundam huius legis speciem, quam esse diximus de mercedibus operarum serui à seruo ipso locatarum. In qua tamen specie nihil aliud Papinianus dixit, nisi quod nos explicauimus, si eam pecuniam pro operis solutam seruo, seruus prædoni quasi domino tetulerit, non fieri illam accipientis. Quæ ratio vindicationem domino contra prædonem tribuit, vt docuimus, non condictionem: sed debet id intelligi de eo casu, quo pecunia extet, non quo sit consumpta. Nam pecuniæ dominium, quod domino quæsitum fuerat, necesse est, vt per consumptionem amiserit; ideoque amissa cum dominio vindicatione, solum ei auxilium in condictione superesse potest. Sed non est exemplum hoc ad Papiniani sententiam meo iudicio accommodatum: non quasi Papinianus de naturalibus tantùm fructibus intelligat, non etiam de ciuilibus, & obuentionibus, quomodo intellexisse videtur Accursius, sed potius, quia de solis ciuilibus in hac lege tractatur, in quos potest illa cadere distinctio, an domini fuerint necne, non autem in fructus naturales, qui cùm non conuentionis, sed soli iure percipiantur, nunquam possunt non fuisse illius qui dominus soli fuit antequam consumerentur, vnde & vindicari per eum possent, si extarent *dict. leg. certum dict. leg. qui scit* §. 1. *de vsur.* etiamsi à bonæ fidei possessore percepti essent. Ergo si à prædone & percepti & consumpti sint, condictione eos repetet dominus à prædone, non etiam fructus ciuiles & obuentiones, nisi eo casu, quo dominus fundi earum quoque dominus fuerit, quod euenit in operis serui à seruo ipso locatis, & per eundem seruum prædoni tanquam domino solutis, quarum pretia & mercedes, si extaret pecunia, vindicari possent, consupâ verò per prædonem pecuniâ, condicuntur. Est autem hæc condictio furtiua, vt bene Accursius & Bartolus interpretantur: etsi enim prædo fundi fur non est, quia non fit furtum rei immobilis, quod tamen ad fructus ex eo fundo perceptos attinet, furtum eorum facit, cùm sciat, eos se contrectare inuito domino *leg. si seruus* 61. §. *locaui infr. de furt.* Nec quod fructus illos percipere quodammodo cogitur, tanquam ad quorum restitutionem obligatus esset, etiamsi nullos percepisset *dict. leg. si nauis* 62. §. *vltim. supr. de rei vindic.* excusat prædonem, quominus percipiendo fructus eorum furtum faciat, cùm in ipsius pœnam ita comparatum sit *dict.* §. *vltim. leg. nisi ex re* 33. §. 1. *supr. de hered. petit.* & consequenter furtiua condictione teneatur, nec tantùm si consumpti sint, sed etiamsi extent, non enim adhibetur in condictione furtiua ea distinctio, quæ in aliis condictionibus adhibetur *leg. si profure* 7. §. *vltim. leg. in re furtiua* 8. & *pass. infr. de cond. furtiua.*

56. IDEM libro 8. Quæstionum.

SVfficit ad causam indebiti, incertum esse, temporaria sit, an perpetua exceptionis defensio. Nam si quis, ne conueniatur, donec Titius consul fiat, paciscatur: quia potest, Titio decedente, perpetua fieri exceptio, quæ ad tempus est, Titio consulatum ineunte: summa ratione dicetur, quod interim soluitur, repeti. vt enim pactum, quod in tempus certum collatum est[a], non magis inducit condictionem, quàm si ex ea die debitor soluisset: ita prorsum defensio iuris, quæ causam incertam habet, condictionis instar obtinet.

Ad l. Sufficit 56.

RAT. DVB. Is demum, qui tutus exceptione aliqua per errorem soluit, repetit, qui exceptione perpetua tutus fuit, eaque fauorabili non odiosa, secundum eam interpretationem, quam attulimus ad *leg. qui exceptionem* 40. *iunct. leg. si is qui* 24. *supr. hoc titulo.* Ergo si exceptio talis sit, de qua dubitari possit, an perpetua futura sit, an temporalis, repetitioni locus interim esse debebit: cur enim perpetuæ exceptioni priuilegium hoc damus, nisi ad exclusionem, & differentiam exceptionis temporalis? Nam & in eo differentia est, quòd pro creditoribus non habentur ij, qui exceptione perpetua repelli possunt: qui verò temporalem duntaxat exceptionem verentur, condicionalium creditorum loco habentur *leg. creditores* 10.

BIU Cujas

leg. creditor 55. *de verb. signific.* nam si qua exceptio extra sua tempora opponatur, perinde habenda est, ac si nunquam competiisset, quia nec amplius competit. DEC. Ius semper certum est *leg.* 2. *infr. de iur. & fact. ignor.* quid enim in Republica certum esse posset, si ius incertum esset? Atqui ius ex facto oritur *leg. si ex plagis* 52. §. *primo supr. ad leg. Aquil.* Facta verò, licet quæ sunt præterita, certa sint, tum quoque cùm à nobis ignorantur, futura tamen incerta sunt *leg. vbi autem* 75. §. *qui id quod infr. de verb. oblig. leg. cùm ad præsens* 37. *& seqq. supr. de reb. credit.* Ergo, vt ex facto incerto ius certum constitui possit, necesse est, inspici non quid in facto illo incertum sit, sed quid certum, nam & in facto incerto aliquid certi est. Atqui cùm ob incertitudinem facti, ex quo aliqua exceptio nasci potest, incertum est an temporalis, an perpetua sit exceptio, vt puta si pactus sit debitor ne conueniatur, donec Titius Consul fiat (quo casu moriente Titio antequàm Consul factus sit, perpetua fit exceptio, quæ quandiu Titius viuit, non nisi temporalis est, & Titio consulatum ineunte intercidit,) hoc tamen certum est, quod interim soluitur, necdum esse debitum, nec certum esse debitum iri: nondum est debitum, quia nondum Titius Consul fuit: neque rursus certum est debitum iri, quia incertum est, an Titius Consul aliquando futurus sit. Interim ergo fatendum est, condictionem indebiti competere, quæ vt competat, non est necesse, vt quod solutum est, certum sit debitum non iri, sed satis est, vt certum sit hoc ipsum incertum esse, an futurum aliquando sit, vt debeatur, quia vt debitum quid videri possit, & tanquam debitum, si solutum sit, retineri necesse omnino est, vt vel iam debeatur, vel saltem aliquãdo debitum iri certum sit, *leg. in diem* 7. *leg. quod si sub condicione* 18. *supr.* Itaque quod ad condictionem indebiti pertinet, nihil interest an promiserim tibi centum, *si Titius Consul factus erit*, aut *cùm Titius Consul factus erit*, quibus etiam verbis condicio expressa continetur *leg. qui promisit* 48. vbi diximus *supr.* an verò purè, sed subiecto pacto de non petendo, donec Titius Consul fiat. Etsi enim aliàs multùm interest, an differatur exactio in id vsque tempus, quo aliquid factum sit, an verò ipsa obligationis substantia in id tempus conferatur *leg. Iulianus* 20. *infr. de iur. dot. leg. eandem* 9. §. *primo infr. de duob. reis.* in proposito tamen nihil interest, non quia condictio indebiti priuilegium hoc mereatur tanquam fauorabilis, in qua scilicet is qui condicit, certat de damno vitando, quomodo ratiocinatur Accursius, nec quòd eiusdem effectus sint in omnibus, nec nisi initio differant, vt ait Bartolus, sed quia his omnibus casibus eueniat, vt certum sit, non omnimodo debitum iri, quod aliquo casu fieri potest, vt non debeatur, quæ res sufficit ad condictionem, vt diximus. Et hæc vera certè huius legis ratio est, non quam adfert Accursius, quòd in dubio magis attendatur exceptionem posse perpetuam esse, quàm quòd possit esse temporalis, aut quòd in dubio magis interpretari debeamus in causam impedientem, quàm in aliam, vt loquitur Bartolus, aut quòd vt idem addit, dubium interpretãdum sit perpetuum. Sed quia vt prima huius legis verba disertè habent, sufficit ad causam indebiti incertum esse an temporalis sit, an perpetua exceptionis defensio, nec proinde ex aliqua præsumptione hoc fit, sed ex illa certitudine, quod pendente eo, an perpetua, an temporalis futura sit exceptio, certum tamen est, interim esse incertum aliquando debitum iri, & consequenter certum est adhuc esse indebitum, præsenti rerum statu inspecto: futurus enim status duntaxat incertus est: vt verò sciatur, an hodie condictio indebiti competat, præsens status inspici necessariò debet, vt & in specie *leg. sub condicione* 10. *infr. de assign. libert.* nisi quod ibi par constituitur ratio condicionis & diei certæ: in condictione autem indebiti non item, quia quod sub condicione debetur, nullomodo interim debetur, quod verò in diem certum, iam debetur certò, licet peti nondum possit, quia diem venturam esse certum est, *dict. leg. in diem* 7. *leg. sub condicione* 16. *leg. qui promisit* 48 *supr. hoc tit.*

a *Vt enim pactum quod in certum tempus collatum est.* Argumentatur Papinianus à die certo ad condicionem incertam, sed contraria ratione: vt quemadmodum siue promiserit quis centum post Calendas Martias, siue ab initio promiserit purè, sed conuentione subiecta, vt ante Calendas Martias peti non possit, quod interim soluit, repetere non potest, quia vtroque casu certum est debitum iri *dict. leg. in diem* 7. *supr. leg. obligationum ferè* 44. §. *placet infr. de oblig. & action.* nec posteriore casu pactum magis inducit condictionem, quàm si ab initio ex die promissum esset, ita prorsus, inquit, defensio iuris quæ causam incertam habet, condicionis instar obtinet, id est, efficit, vt quemadmodum quod sub condicione debetur, si interim solutum sit, potest repeti, ita & quod solutum est, pendente ac incerto eo an temporalis, an perpetua futura sit, exceptionis defensio. Malè igitur in fine huius legis quidam libri habent, *condictionis instar obtinet*, legendum enim est, vt & apud Accursium *condicionis*, quia condicio propriè non est, quæ ita concepta fuit *donec Titius Consul fiat*, sed tamen condicionis vim habet, quia suspendit effectum puræ alioquin dispositionis.

57. IDEM libro 3. Responsorum.

CVm indebitum, impuberis nomine, tutor numerauit: impuberis condictio est.

Ad l. Cùm indebitum 57.

RAT. DVB. Condictio indebiti danda est ei qui dominium amisit tradendo rẽ aut pecuniam, quam non debebat. Nascitur enim condictio & ex aliquo negotio gesto, & ex translatione dominij *leg. si in area* 33. *supr.* Atqui tutor qui nomine pupilli soluit indebitum, quasi pupillari creditori, qui creditor non erat, ipse est qui negotium gerit, & qui dominium nummorum quos soluit transfert in accipientem, non pupillus, maximè verò, si addas cum Accursio, vt augeas dubitationem, solutos nummos tutoris fuisse, non pupilli, nec enim pupillus ipse etiamsi contraxisset, dominium tamen nummorum tutoris sui transferre in accipientem potuisset. Tutori ergo ipsi qui indebitum soluit, licet pupilli

BIU Cujas

pupilli nomine soluerit, condictio indebiti danda est, non pupillo. Accedit quòd licèt tutor personam pupilli repræsentet, & vice domini sit *leg. is qui in puteum* 11. §. *an ignoscitur infr. quod vi aut clam.* tunc tamen domini loco habetur, cùm tutelam ex bona fide administrat, non cùm pupillum spoliat *leg. qui fundum* 7. §. *si tutor infr. pro emptor.* An non verò pupillum spoliat tutor, qui pupilli nomine soluendo indebitum, hoc ipso facit pupillum pauperiorem? Nam neque in generali mandato censetur mandatum procuratori, vt soluat indebitum, ideoque si procurator meus indebitum soluerit, non prius tamen acquirit mihi condictionem, quàm ego ratum habuero, sicut nec condictione vlla me obstringit, si meo nomine indebitum acceperit §. *proxim. supr. leg. si procurator* 8. *suprà hoc titul.* Quod autem non potest facere procurator, habès generale mandatum, cum libera administratione, nec tutor intelligitur posse facere, quasi mandatum generale habens à lege. Ergo vt pupillo detur condictio indebiti à tutore soluti, dicendum est, expectandum saltem esse, vt pupillus ratam habeat solutionē. Dec. Tutor in omnib. ferè pupilli loco est, & vice domini, præterquam si mala fide tutelam administret, & spoliandi pupilli gratia *d.* §. *an ignoscitur dict.* §. *si tutor leg. interdum* 56. §. *qui tutelam infr. de furt.* non autem spoliat, sed ex bona fide administrat, licet non vtiliter qui soluit per errorem indebitum, quod putat esse debitum: id enim agit, vt soluendo quod à pupillo deberi putat, eum liberet à creditore, atque ita faciat locupletiorem *leg. si pupilli* 66. *in fin. de solution.* Ergo perinde acquirit condictionem pupillo, cuius nomine soluit, atque si pupillus ipse solueret, nec minus si ex suis nummis, quàm si ex pupillaribus soluerit, cùm soluerit pupilli nomine. Nam etsi pupillus ex tutoris nummis indebitum solueret, dummodò ex ipsius tutoris voluntate, sibi tamen acquireret condictionem, non tutori, quia cùm de indebito & indebiti condictione quæritur, non tam inspiciendum est, à quo solutum sit, aut ex cuius pecunia, quàm cuius nomine *leg. indebitam* 47. vbi diximus *supr.* neque verò expectandum est, vt pupillus eam tutoris solutionem ratam habeat, vt sibi acquirat condictionem, cùm id quod à tutore gestum est, à pupillo ipso non ab alio gestum esse videatur, in quo plus iuris habet tutor, quàm procurator quilibet, vt solet in cæteris ferè omnibus plenior esse potestas habita à lege, quàm si ab homine eam quis habeat. Nullo enim hominis facto opus est, vt lex seipsam interpretetur, quod in mandato & prouisione hominis plerumque diuersum est, *leg. mandato generali* 60. *supra de procurat. leg. generali mandato* 34. *infr. de rit. nupt. leg. obligatione* 6. *infr. de pignor.* Merito igitur Papinianus generaliter, & indistinctè hîc scribit, si tutor impuberis nomine indebitum numerauerit, impuberis condictionem esse non tutoris: nam & generaliter verum est, quod ex Iuliano Vlpianus scribit in *dict. leg. si procurator* 8. §. *vltim. supr.* neque tutorem, neque curatorem, neque procuratorem soluentes, repetere posse, nec interesse, suámne, an pupilli, vel domini pecuniam soluerint, dummodo non suo, sed pupilli vel alterius domini nomine, *iunct. dict. leg. indebitam.* Planè quod indebitum tutor de suo pupilli nomine soluit, quamuis creditori falso, cui soluit, condicere non possit, reputabit tamen pupillo in reddendis rationibus tutelæ, cùm ex sua pecunia fecerit pupillum locupletiorem acquirendo ei condictionem: qua porrò si cedere ipsi pupillus malit, quàm contra falsum creditorem fortassis inopem condictione agere, audiendus erit, vt eam condictionem tutor periculo suo exerceat *argument. leg. quòd si possessor* 17. *supr. de hered. petit.* cùm non teneatur tutori actione tutelæ alia ratione, quàm quia tutor facto & sumptu suo condictionē illam pupillo quæsiuerit. Ex regula *leg. si quid possessor* 31. *in princip. eod. & leg. quod debetur* 51. *infr. de pecul.* Iusto tamen errore tutoris factam esse solutionem oportet, vt acquirat condictionem pupillo, quia sicuti persona tutoris pro pupilli persona habetur, ita & factum tutoris factum pupilli est, nec scientiam, aut ignorantiam pupilli valde attendimus, qui nec quicquam scire in ea ætate intelligitur *leg. pupillus* 9. *infr. de acquirend. heredit.* ne quidem illa, quæ videt *leg.* 1. *Cod. de fals. monet.* Illud tamen obseruatione dignum est, & superioribus valde conuenit, quod si tutor, qui pupilli nomine soluit indebitum eidem pupillo in reddenda tutela non reputauerit, siue per obliuionem, siue per imperitiam id fecerit, necdum pupillus condictionem exercuerit, tutori danda ea condictio est, non quidem contra pupillum ipsum, sed contra creditorem *l. vlt.* §. *tutor infr. hoc tit.*

1 ¶ Creditor, vt procuratori suo debitum redderetur, mandauit. maiore pecunia soluta, procurator indebiti causa conuenietur, quod si nominatim, vt maior pecunia solueretur, delegauit[a]: indebiti cum eo qui delegauit, erit actio. quæ non videtur adempta, si frustra cum procuratore lis fuerit instituta[b].

Ad §. 1. *Creditor.*

Rat. dvb. Condictio danda est ei non qui soluit indebitum, sed ei cuius nomine solutum est, vt diximus ad initium huius legis & ad *leg. indebitam* 47. *& ad leg. repetitio* 44. *supr.* Atquin is qui soluit indebitum procuratori, tanquam debitor debitoris, licet contra voluntatem domini soluerit, soluit tamen nomine creditoris sui, qui eximore quantitate debitor erat procuratoris. Ergo creditori suo non sibi condictionē acquisiit cōtra procuratorem. Dec. Cùm quis mandauit, vt procuratori suo debitum solueretur, & maior pecuniæ quātitas soluta est, quàm debebatur, potest imputari culpa ei qui soluit, cur maiorē & indebitam pecuniam soluerit, siquidem mandatū ei nominatim erat, vt debitū solueret, non vt indebitum. Ergo indebiti condictione conueniēdus non est procurator à domino, qui debitum solui mandādo, inde-

BIU Cujas

bitum solui potiùs prohibuit, sed ab eo qui contra mandatum & voluntatem domini indebitum soluit, quique ob eam causam directa mandati actione obstrictus est, vt mandantem indemnem præstet *argument. leg. i. debitam 47. supr.* Nam nec quicquam interesse videtur domini, aut ei abesse ob indebitum solutum, cùm pro consequenda indemnitate regressum habeat contra mandatarium *vulg. leg. is qui actionem 9. de regulis iuris.* Planè condictionem hanc contra alium, quàm contra procuratorem habere debitor, qui nomine creditoris sui soluit, non potest: nam contra creditorem suum, qui nihil mandauerat, nisi vt procuratori debitum redderetur, quonam obsecro iure ageret condictione indebiti, aut quonam colore? In eóque differt hic casus à sequenti: nam nec videri potest indebitum solutum eius nomine qui debitum duntaxat solui mandauerat. Cæterùm si solutionem indebiti ratam habeat creditor, quod euenit, si malit ipse agere contra procuratorem, vt in *leg. si procurator 8. supr.* non est prohibendus condicere procuratori. Sed hoc casu exercebit condictionem suo periculo, nec audiendus erit, si fortè mutata voluntate malit agere, mandati contra mandatarium ob inopiam procuratoris, aut conueniendi eius difficultatem, vt in *leg. quòd si possessor 17. in fin. supr. de hered. petit.* Sibi namque imputet, cur mandatarij eiusdémque debitoris sui factum, quod improbare potuerat, & debuerat, ratum habere maluerit.

a *Quòd si nominatim vt maior pecunia solueretur delegauit.* RAT. DVB. His solis pecunia condicenda est, quibus quoquomodo soluta est, non quibus solutio profici. *leg. his solis 49. supr.* Atquin debitor, qui ex delegatione sui creditoris plus debito soluit, cùm ei nominatim mandatum esset, vt maiorem quantitatem solueret, soluit procuratori sui creditoris non ipsi creditori, qui eum delegauit. Ergo cum procuratore ipso debet agere condictione indebiti, non cum eo qui delegauit, quandoquidem procurator ille est qui indebitum accepit. DEC. Qui ex forma delegationis maiorem pecuniæ quãtitatem creditoris sui procuratori, eidémque creditori soluit, quàm quæ debebatur, non alio iure censeri potest, quàm si creditori ipsi suo soluisset, cuius non tantùm nomine, sed etiam mandato soluit: breui enim manu censetur creditori suo soluisse, tum creditor ipse suo etiam creditori. Et vnus hic casus est ex iis, in quibus celeritate coniungendarum actionum vna occultatur, *leg. 3. §. sed si debitorem infr. de donat. int. vir. & vxor. leg. singularia 15. supr. de reb. credit.* Ergo debitori debitoris qui soluit indebitum, condictio danda est, non contra procuratorem, qui indebitum accepit ab eo qui mandati formam secutus minus soluere non potuit, sed contra delegãtem ipsum, non tam quia delegauerit, quàm quia delegando videatur ipse solutionem accepisse. Itaque nihil hac parte fit contra regulam *dict. leg. his solis.* Nam quisquis debitorem suum creditori suo delegat, sicuti soluere ipse creditori suo intelligitur *leg. quamuis 8. §. interdum infr. ad Senatusconsult. Velleian.* ita & vicissim à debitore suo solutionem accipere. Sed illud tamen mirum est, condictionem indebiti dari debitori delegato aduersus delegantem ob solutum delegantis nomine, plus quàm ab ipso deberetur. An non enim sufficere delegato debet, quod sit ipse à creditore suo liberatus, cui totum illud debebat quod creditori delegantis soluit? Nisi dicamus, quod certè verum est, ex solutione post delegationem facta non posse liberationem soluenti contingere, nisi ad concurrentem vsque debiti vtrimque quantitatem, vt in tantum liberetur, in quantum liberat, non vltra. Atquin solutio in proposita specie non liberauit delegantem pro ea quantitate, quæ fuit procuratori indebita: ergo nec liberauit soluentem pro eadem ipsa quantitate, & consequenter necesse est, vt solutio, quæ liberationem soluenti parere non potuit, eidem pepererit condictionem, ex regula *leg. 5. non sortem 26. §. si centum & §. si decem leg. si vrbana 55. supr. leg. qui hominem 34. §. vlt. infr. de solut.*

b *Quæ non videbitur prorempta si frustra cum procuratore lis fuerit instituta.* RAT. DVB. Quisquis malè agit, & malè litem instituit, causa cadere debet, tametsi bonam causam foueat, quia imputare sibi debet, cur non meliùs, & ex consilio iureconsulti litem instituerit, adeóque licèt plus tantùm petierit, siue re, siue tempore, siue loco, siue causa §. *si quis agens Instit. de action. leg. 1. Cod. de plur. petit.* Ob eámque nimirum causam iure ciuili comparatæ sunt actiones præscriptis verbis, & in factum ad euitandum periculum malæ electionis *leg. si gratuitam 16. & pass. infr. de præscr. verb.* semel enim malè electa vna actione ad aliam regredi non licet *leg. quod in herede 9. §. eligere infr. de tribut. act* Ergo in proposita specie, si debitor debitoris à creditore suo delegatus, plus debito soluerit procuratori, eidémque creditori creditoris, & ex ea causa egerit condictione indebiti cum procuratore, qui solutionem accepit, non est ei permittendum, vt agat iterum contra delegantem, sed omni auxilio destitutus imputare sibi debet, malam suam electionem, & cur aduersus procuratorem, quàm contra delegantem agere maluerit. DEC. Aliud est malè agere, aliud verò nihil agere *leg. vnic. in fin. supr. quando dies vsufr. leg. at ced.* Malè agit qui actionem sibi competentem, non satis ritè, aut minùs rectè, exercet, qualis ille est, qui quoquomodo plus petit *dict. §. si quis agens.* at nihil agit is, qui sine actione agit, cùm id fieri iure non possit, *leg. si pupilli 6. §. vltim. supr. de negot. gest. leg. quoties 9. §. & generaliter infr. de admin. tutor.* Agit autem sine actione is, qui actione aliqua experitur, vel nullomodo competente, vel contra vnum quidem competente, sed contra alium aduersus quem non competebat, instituta. Quoties enim actio aliqua exercetur, non illud tantùm inspiciendum est, quod ad personam actoris pertinet, an actionem aliquam habeat, sed etiam ex parte rei qui conuenitur, an ille sit qui ea ipsa actione conueniri possit. Alia quæstio est de eo, qui cùm de eadem re plures actiones haberet, elegit minùs vtilem sibi, & aliam prætermisit, vt in *dict §. eligere.* Hic enim variare & electionem mutare non potest, quia eam actionem quæ competebat, & vtilior futura erat, abiecisse videtur aliam minùs vtilem, sed tamen competentem eligendo. Atqui in proposita specie condictio indebiti contra procuratorem qui indebitum accepit, non nisi frustrà exerceri potuit, quia contra eum nulla competebat, cùm nihil nisi ex forma delegationis debitor soluisset procuratori. Ergo non ob id adempta vel consumpta videri debet condictio, quæ aduersus delegantem competiit: non enim frustra exerceretur actio, si eum haberet huiusmodi lis effectum, vt actionem competentem consumeret, quæ tamen consumeretur, si contra eum aduersus

quem

quem competeret, exerceretur: consumitur enim actio, quæcunque exercetur, si competat *leg. habebat 13. infr. de instit. action. leg. si sic stipulatus sim 133. in fin. de verb. obligat.* Non igitur nocet electio facta frustra, sed nocet tamen ea, quæ malè facta est, id est, contra eligentis vtilitatem, magis quàm contra iuris rationem. Sic in *leg. 2. §. data de option. legat.* & aliis legibus quas hîc multas adducit Accursius, licet malè factam electionem ab ea quæ frustra facta sit, non distinguat, in quo errat certè meo iudicio: nec enim Papiniani mos est, ista confundere, sed dictionem *frustra* accipere pro eo quod est *inutiliter leg. verbis 5. in princip infr. ad leg. in falcidiam leg. verbis ciuilibus 7. de vulgari & pupillari subst.* non pro eo quod est *malè*.

58. IDEM libro 9. Responsorum.

SEruo manumisso fideicommissum ita reliquit, si ad libertatem ex testamento peruenerit. is post acceptam sine iudice pecuniam, ingenuus pronuntiatus est. indebiti fideicommissi repetitio erit.

Ad l. Seruo manumisso 58.

RAT. DVB. Condiciones impossibiles in legatis institutionibus, & aliis vltimis voluntatibus habentur pro non adiectis, nec viciant vltimam voluntatem, sed viciantur *leg. 1. de condic. instit. l. obtinuit 3. de condic. & demonstr. §. impossibilis Instit. de hered. instit.* quod in stipulationibus & dispositionibus inter viuos secus est, *l. non solùm 33. de oblig. & action.* Atqui condicio illa omnino impossibilis est, si seruus iam manumissus ad libertatem ex testamento peruenerit: nec enim is qui iam liber est, magis liber fieri potest. Ergo non eo minùs valere debet fideicõmissum sub huiusmodi condicione relictum, ac proinde si solutum sit, quasi debitum etiam sine iudice & spontanea solutione, condictioni locus esse non potest. Quis enim admittat fideicommissum debitum condici, cùm ea quoque fideicommissa quæ indebita sunt, si tamen fidei explendæ gratia soluta sint, minimè repetantur? *l. fideicommissum 62. infr. hoc tit. l. 3. C. de fideicommiss.* DEC. Ea demùm condicio impossibilis reiicitur, & pro non scripta habetur in vltimis voluntatibus, quam testator impossibilem esse scitiit, non quam possibilem esse credidit. Plus enim plerunque est in opinione testatoris, quàm in veritate, vt in exemplo quod affert Accursius ex *leg. quo loco 20. §. 1. infr. de hered. instit.* Voluntas enim testantis quæ in testamentis dominatur, & totum facit *leg. si mihi 12. in fin. de legat. 1.* nec meliùs nec aliter perspici & explorari potest, quàm ex ipsius opinione *leg. vltim. de hered. instit. l. cùm mater 28. supr. de inoffic. testamento.* scilicet in iis quæ ex testatoris voluntate pendent, secus si ex iuris potestate, vt in exemplo quod affert Bartolus, si testator heredem aliquem instituerit ex re certa, & alium in solidum quem putabat viuere, cùm tamen esset iam mortuus. Non enim ob id minùs heres in solidum erit is qui ex certa re fuit institutus, quia ius hereditatis neque in certa re consistere, neque diuidi nisi per legem 12. tabul. potest, neque rursus induci, vt quis in paganis decedat pro parte testatus & pro parte intestatus *l. 1. §. si ex fundo infr. de hered. institut. leg. ius nostrum 7. de regul. iuris iuncta leg. si miles vnum ex fundo 6. leg. ex militari 11. §. vltim. & leg. seq. infr. de testamento milit.* Atqui testator, de quo hîc Papinianus loquitur, cùm per alieni facti ignorantiam, & errorem probabilem seruum esse crederet eum, qui iam erat manumissus, putabat esse possibilem condicionem illam, sub qua fideicommissum relinquebat, si fideicommissarius ex eo testamento ad libertatem peruenire, atque ita si libertus fieret non si ingenuus esset. Ergo si testatoris errorem secutus heres fideicommissum hoc soluerit, quasi nacto seruo libertatem ex huiusmodi testamento, repetitioni locus esse poterit, quasi indebito soluto; quia quod sua condicione eueniente futurum erat debitum, eâdem condicione deficiente fit necessariò indebitum, scilicet cùm condicio sui natura possibilis est & talis quæ possit existere, aut non existere: qualis hæc est, de qua disputamus: non enim est impossibilis, nisi per accidens, & ex suppositione, quia iam manumissus inuenitur, qui manumittendus sperabatur. Nihil autem interest, an hîc fideicommissarius ingenuus pronunciatus sit per sententiam iudicis, quia fuerat iam manumissus, an si voles nullo etiam iure, cùm etiam ingenuum sententia faciat, quia res iudicata pro veritate habetur, vt benè Accursius notat ex *leg. ingenuum 25. supr. de stat. homin. leg. res iudicata 208. de regulis iuris leg. seruo 61. §. cùm Prætor ad Senatusconsult. Trebellianum.* Quamuis nec quicquam prohibeat homini iam libero libertatem per fideicommissum vtiliter adscribi, vt si is posteà in seruitutẽ redactus proponatur, petere tamen possit libertatem, si modò mortis tempore vel condicionis existentis inueniatur seruus, vt idem Accursius noster notat, ex *leg. generaliter 24. §. si homini libero 3. infr. de fideicommiss. libert.* Sed hoc ita, si eundem testatoris errorem supponamus, qui hominem hunc re verâ liberum, seruum tamen esse putauerit: alioqui casum hominis liberi, fortunámque aduersam exspectari, neque naturale, neque ciuile est *l. inter stipulantem 83. §. sacram de verborum obligat.* Rectè autem Papinianus adiicit, *accepta sine iudice pecunia*, quia si interueniente iudice, & ex authoritate iudicati soluta esset, de indebiti condictione tractari nihil posset *l. si fideiussor 29. §. in omnibus infrà mandat. l. 1. C. hoc tit.* Alia causa est fideicommissi, de quo in *dict. leg. fideicommissum 62. infr. eod.* quod etiamsi fuerit indebitum solutum, tamen non repetitur, scilicet cùm fidei explendæ gratia solutum est, vt illa lex habet.

BIU Cujas

59. IDEM libro 2. Definitionum.

SI fideiussor iure liberatus, soluerit errore pecuniam: repetenti non oberit. si verò reus promittendi, per errorem, & ipse postea pecuniam soluerit[a], non repetet: cùm prior solutio, quæ fuit irrita, nec naturale vinculum dissoluit, nec ciuile, si reus promittendi tenebatur.

Ad l. Si fideiussor 59.

RAT. DVB. Quod à reo promittendi, & à fideiussore debetur, vnum & idem debitum est. Nec enim obligatur fideiussor, si ad aliud se obliget, quàm ad illud ipsum quod à principali reo debetur *l. græcè 8. §. si quis Stichum leg. si ita fideiussorem 42. infr. de fideiuss.* Ergo quamuis debitoris fideiussor iure liberatus sit ex aliqua causa, quæ tamen debitorem ipsum principalem in obligatione retinuerit, si fideiussor per errorem soluerit, non eo magis permittendum ei est, vt repetat tanquam indebitum, cùm reus ipse promittendi adhuc sit obligatus. DEC. Vnum equidem, & idem debitum est, quod à reo & à fideiussore debetur, sed tamen alia rei, alia fideiussoris obligatio est, vna principalis, alia accessoria: nec quicquam vetat liberari fideiussorem manēte obligatione principalis debitoris, aut principalem debitorem manente obligatione fideiussoris, puta si alteruter per pactum nudum de non petendo liberatus sit, non etiam per acceptilationem, quoniam obligationem vtramque acceptilatio extingueret, non etiam pactum de non petendo, præsertim quod esset personale *leg. si quis reum 5. infr. de liberat. legat. leg. nisi hoc actum 22. supr. de pact. l. & per iusiurandum 13. §. si fideiussori infr. de acceptil. leg. cùm is 32. §. fideiussor supr. hoc tit.* Ergo quamuis liberato fideiussore maneat reus obligatus, facere id non potest, quominùs fideiussori qui per errorem soluit, danda sit indebiti repetitio.

a *Si verò reus promittendi per errorem & ipse posteà pecuniam soluerit.* RAT. DVB. Vnica solutio totius debiti per fideiussorem facta sufficit ad extinguendam, & debitoris principalis & fideiussoris obligationem §. 1. *Instit. quib. mod. tollit. obligat.* non enim quod alia debitoris, alia fideiussoris obligatio est, vt modò diximus, necessitatem inducit duplicis faciendæ solutionis, *leg. si fideiussor 29. in princip. & §. si cum debitor infr. mandat.* Ergo si fideiussor, quamuis iam liberatus ipse soluerit, multo magis dicendum est, eam solutionem quæ proficere non potest ad liberandum fideiussorem, qui iam liberatus est, proficere saltem ad reum liberandum, quia non est difficilius, vt vna liberatio inducatur, quàm vt duplex. Proinde si reus promittendi per errorem & ipse pecuniam soluerit, quam fideiussor iam soluerat, dicendum est posse illum repetere condictione indebiti, quippe quia duobus eandem quātitatem debitam soluentibus, condictio semper ei danda est, qui posterior soluit *leg. cùm duo 25. supr. leg. vlt. §. Titius infr. hoc tit.*

DEC. Solutio per fideiussorem facta, ita demum & fideiussorem ipsum soluentem, & reum quoque liberat, si fideiussor vel suo nomine soluerit, cùm vterque adhuc deberet, vel nomine debitoris, quia tunc liberato debitore, ipse quoque fideiussor, cuius obligatio non nisi accessoria est, per consequētias liberatur. Nam & idem contingeret, si dolo malo fideiussoris, puta hominem promissum occidentis, debitor liberatus esset, secundùm Iuliani sententiam à Papiniano nostro relatam in *leg. si fideiussor 19. supr. de dolo.* Quòd si fideiussor iam liberatus soluerit nomine debitoris, nec dubitandum est, quin eum liberet ipso iure: sed si soluat suo nomine, nec se liberat, cùm sit iam liberatus, nec debitorem principalem, quia non eius nomine soluit, sed suo, vt in *leg. indebitam 47. supr. hoc titul.* Habet ergo ipse condictionem indebiti, vt modò diximus, quia solutio quæ ad nullam liberationem proficit, necessariò proficit ad condictionem *dict. leg. cùm is 32. §. fideiussor. supr.* Cui omnino consequens est, vt quod reus per errorem, & ipse postea soluit, non possit dici indebitum, nec proinde repeti per condictionem indebiti, quoniam vt eleganter Papinianus ait, prior solutio quæ fuit irrita, & quæideò fideiussori condictionem peperit, neque naturale vinculum dissoluere potuit, neque ciuile quo reus promittendi tenebatur. Quod ergo dicimus ei qui posterior soluit, dandam esse condictionem, tunc verum est cùm prior solutio peperit liberationem, & indebitum fecit, quod antea erat debitum: alioqui si prior solutio indebiti facta sit, condictio exinde competet soluenti, atque ita impediet ne posterior solutio quæ proficiet ad liberationem, proficiat ad nouam condictionē, si modò reus promittendi tenebatur aut naturaliter, aut ciuiliter, quomodo alterutrum eorum adesse necesse est, vt fideiussoria obligatio potuerit accedere *leg. 1. leg. 6. §. vltim. & sequent. leg. fideiussor 16. §. fideiussor infr. de fideiuss.*

60. PAVLVS libro 3. Quæstionum.

IVlianus, verum debitorem post litem contestatam, manente adhuc iudicio, negabat soluentem repetere posse: quia nec absolutus[a]: nec condemnatus repetere posset. licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet. similémque esse ei dicit[b], qui ita promisit, *siue nauis ex Asia venerit, siue non venerit:* quia ex vna causa alterius solutionis origo proficiscitur. Vbi autem quis, quod

BIU Cujas

quod purè debet, sub condicione nouandi animo promisit: plerique putant, pendente nouatione solutum repeti posse: quia, ex qua obligatione soluat, adhuc incertum sit. Idémque esse, ac si diuersas personas ponas eandem pecuniam purè, & sub condicione, nouandi animo promisisse. sed hoc dissimile est. in stipulatione enim pura, & condicionali, eundem debiturum certum est.

Ad l. Iulianus 60.

RAT. DVB. Iudiciorum exitus semper dubius & incertus est *l. quod debetur 51. infr. de pecul.* Vnde & aleam iudiciorum passim dicimus, quia fieri potest, vt casu obtineat ille qui alioquin succumbere deberet *l. posthumus 6. §. 1. in illis verbis & casu obtinuerit, sup. de inoff. test. iam.* aut per imperitiam, aut per sordes, aut per gratiam aliam ve iniustam iudicis *l. 3. §. 1. infr. de pignor. l. si per imprudentiam 51. infr. de euict. l. seruo 65. §. cum prætor ad SC. Treb. l. exceptione 67. de fideiuss.* Atqui vt condictio indebiti competat, sufficit incertum esse, an id quod soluitur debeatur: nec satis est, vt possit aliquo casu deberi si non omnino certum sit, aut iam deberi, aut saltem debitum iri *l. sufficit 56.* vbi diximus *supr.* Ergo si debitor post litem contestatam manēte iudicio soluat, quamuis verus debitor sit, potest repetere, quia fieri potest vt absoluatur, & pronuncietur nihil eum debere, quo casu res iudicata pro veritate haberetur *l. res iudicata 208. de regul. iur.*

DEC. Non potest dici incertum quod ex nullo euentu inducitur, vt Bartolus hîc loquitur, & vt idē addit, nō potest quis esse melioris cōdicionis in casu dubij, quàm in casu certi. Atqui euentus iudicij non alius esse potest, quam vt debitor vel condemnetur, vel absoluatur *l. 1. & 2. infr. de re iudic.* Porrò siue condemnatus solueret, non repeteret *l. si fideiussor 29. § in omnibus infr. mandat. l. seruo 58. supr. hoc tit. l. 1. C. eod.* siue absolutus esset, adhuc tamen non posset repetere, quia naturaliter obligatus remaneret: nec enim sententia absolutoria tolleret naturalem veri debitoris obligationem, vt sequitur in textu. Ergo etiamsi pendente iudicio soluat, quamuis exinde neque cōdemnatio neque absolutio sequi vlla possit, nisi eo sensu, quo dicimus iudicia omnia esse absolutoria, postquam reus actori satisfecit §. *vlt. Instit. de perpet. & tempor. act.* Dicendum tamen est repetere nihil eum posse.

a *Quia nec absolutus.* RAT. DVB. Res iudicata pro veritate habetur propter rerū iudicatarum authoritatem *l. ingenuum 25. supr. de stat. homin. & l. res iudicata 208. de reg. iur. & l. seruo 65. §. cùm prætor infr. ad SC. Treb.* Atquin is qui tanquam debitor à creditore conuentus est, non potest absolui, quin debitor non esse pronuncietur. Ergo si absolutus sit, quamuis verus debitor fuerit, perinde tamen habendus est, ac si verum esset nihil eum debere, & consequenter si soluat, potest repetere condictione indebiti. Quis enim est qui se veriùs non debitorem possit dicere, quam de quo pronunciatum est, nihil eum debere? Nam nec negari potest, quin is qui absolutus est, tutus sit exceptione rei iudicatæ quę & perpetua, & fauorabilis est, vt nemo nescit. Quisquis porrò eiusmodi exceptione tutus est, si soluat, repetit *l. qui exceptionem 40. supr.* Ergo & hic repetere potest, qui absolutus soluit, ac proinde multo magis si pendēte iudicio, ex quo scilicet fieri poterat, vt absolutio sequeretur, quod sufficit ad inducendam condictionem indebiti *d. l. sufficit 56. supr.*

DEC. Rerum iudicatarum authoritas tota est ex iure ciuili, & ex mera ratione iuris ciuilis, vt aliquis litium finis esse possit, ad retinendam inter ciues concordiam qua sola reipublicæ salus continetur *l. 2. & pass. C. de re iudic. l. fratris 10. & pass. C. de transact. l. in summa 65. §. 1. infr. hoc tit. l. singulis 6. de except. rei iudic.* interest namque illius etiam cui per sententiam iudicis fit iniuria, vt quam citissimè lis expediatur *l. 1. C. de admin. tutor.* Nec habet ea res quicquam cōmune cum ratione & æquitate naturali, præsertim si iniusta & iniqua sententia proponatur, qualem necesse est eam esse per quam verus debitor absoluitur, quem ex contrario condemnari oporteret omni iure & naturali & gentium & ciuili *l. cùm amplius 84. §. is natura debet de reg. iur. l. iudex 28. supr.* Et verò solemnitates omnes sunt iuris ciuilis, nullæ penitus iuris naturalis aut gentium, sine quibus, tamen nec ad iudicem, nec ad sententiā peruenīri potest. Cùm ergo exceptio rei iudicatæ nulla æquitate naturali nitatur, sed ciuili tantùm, apparet non esse illam ex earum numero, quæ aut naturalem obligationem possint tollere, quæ ex solo naturalis æquitatis vinculo æstimatur *l. Stichum aut Pamphilum 95. § naturalis infr. de solut.* aut indebiti condictionem inducere, secundum ea quæ scripsimus ad *d. l. qui exceptionem.* Quod à nostris interpretibus non benè intellectum fecit, vt iuris huius rationem ex eo petierint quod exceptio rei iudicatæ inducta sit ad rigorem iuris conseruandum, itémque exceptio quam vocant litis pendentiæ, quod est ridiculum, sicut, & quod Bartolus hîc tentat, ex sententia iudicis nasci obligationem naturalem, ob id quòd æquitas iuris gentium illa sit, vt maioribus parere debeamus, quasi verò quisquis iudici parēre obligatus est, hoc ipso naturaliter, aut iure gentium obligetur ei, cui fuit per iniustam sententiam condemnatus, aut à naturali obligatione liberetur, ob id solū quòd per iniquam sententiam fuerit absolutus. Contra quā disertè in hac lege scriptum est iis verbis, *Licèt enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet.* Ex qua etiam ratione apparet, quam falsum sit, quod idem Bartolus errore perpetuo defendit, id quod naturaliter tantùm fuit debitum, quocumque facti errore solutum sit, posse repeti: addens in specie huius legis aliud esse, ideò quia naturalis obligatio comitē habuerat ciuilem, propter quam tum etiam cum ciuilis obligatio per sententiam elisa est, naturalis tamē quæ supereſt, potentior esse debeat ad impediendā repetitionem: quod æquè commentitium est. verus enim debitor ille quoque est, cùm de retētione sola quæritur, qui naturaliter tantùm debet dici *§. is natura debet & l. quod enim 7. infr. de fideiuss.* Et in huius ipsius legis specie fieri potest, vt verus debitor sit absolutus, ideò quia naturali tantùm obligatione tenebatur, non etiam ciuili, ex qua sequi posset cōdemnatio. Nec illud quoq; probare possum, quod Bartolus tot distinctionibus & subdistinctionibus onerat huius legis interpretationem, vt difficilem faciat, qua vix facilior alia vlla in hoc titulo est præsertim cùm distinguit post Accursium, an ideò ab-

BIU Cujas

solutus sit verus debitor, quòd probatum non fuerit eum debere (quod in dubio præsumendum esse ait, tum quoque cùm debitor absolutus est simpliciter) an quia sit probatum, nihil eum debere: quasi priore casu non eo minus competere possit condictio soluti, nisi nouæ ac meliores debiti probationes adferantur: posteriore verò, tantùm sententia ius faciat, & pro veritate habenda sit. Nam cùm lex ponat verum debitorem absolutum esse, qui naturaliter fuerat obligatus, quis nō videt quæstioni locum esse nullum posse, nisi probato debito? Petenda igitur tota huius legis ratio ex eo est, vt diximus, quod res iudicata, præsertim iniquè & cōtra regulas iuris naturalis nihil commune habeat cum obligatione & æquitate naturali, neque ad naturalem illam obligationem tollendam, neque ad inducendam repetitionem, quæ semper impeditur quoties aliqua subest naturalis obligatio, siue aliam ciuilem obligationem ab initio comitem aliquam habuerit siue nullam *l. 3. §. vlt. supr. quod quisq. iur. d. l. quod enim 7. infr. de fideiuss. l. naturales 10. de oblig. & act. l. cùm illud 25. §. heres quand. dies legat. ced. l. frater 38. l. si id quod 64. & pass. hoc tit.*

b *Similémque esse ei dicit.* Sensus est eum qui tanquam debitor conuentus soluit, pendente iudicio non posse reperere, si verus debitor fuit, quia in omnem iudicij euentum, id est, siue absolui eum contingat, siue condemnari non sit repetiturus, quemadmodum, inquit Paulus ex Iuliano, si quis ita promiserit, *siue nauis ex Asia venerit siue non venerit.* Nam cùm & hoc casu alterutrum accidere necesse sit, vt vel nauis ex Asia veniat vel non veniat (sunt enim ista cōtradictoria inter quę medium nullum est) cōsequens etiam est, vt si debitor soluerit pēdente eo, an nauis ventura sit nécne, numquam possit repetere, quia in omnem euentum qui potest contingere, certū est, fore vt debeatur: perinde ac si promissum esset sub cōdicione omnimodò extitura *l. quod si sub condicione 18. supr. l. si pupillus 9. §. qui sub condicione inf. de nouat.* Etsi enim duæ videntur hîc esse condiciones, quarum vtraque seperatim sumpta potest existere, & non existere, cùm tamen sint inter se cōtradictoriæ, sic haberi debent, ac si vna tantùm esset condicio, duas habens partes, vt & in *leg. hæc scriptura 26. inf. de condict. & demonstr.* Quarum partium cùm alterutram euenire necesse sit, illud etiam dici potest, quod ita promissum est, sub condicione omnimodo exstatura promissum intelligi debere, id est, purè *dict. l. si pupillus 9. §. qui sub condicione infr. de nouat.* ideóq; nec solutum repeti posse, *quia*, vt Paulus subiicit, *ex vna causa alterutrius* (sic enim legendum est, non vt vulgo *alterius*) id est, *ex alterutra causa, solutionis origo proficiscitur.*

c *Vbi autem quis quòd purè debet.* Hic quoque versiculus malè ab Interpretibus acceptus est. Sic enim existimant post Ioannem, Azonem, Accursium, & Bartolum, vt benè senserint illi quos Paulus refert putasse, si quis id quod purè debet sub condicione nouandi animo promiserit, & pendente nouatione soluerit, posse illum repetere, quod tamen non ita est. Nam imò verò dicendum est, non posse illū repetere, vt Paulus in fine legis concludit. Ratio qua mouebantur, & quę apud nos & apud Paulum dubitandi causa est, adfertur à Paulo iis verbis, *quia ex qua obligatione soluat adhuc incertum sit*, id est, an ex obligatione pura, quæ non nisi sub condicione nouata sit, an ex condicionali nouante, cùm nondum condicio extiterit. Certum enim est, cùm id quod purè debetur, nouandi animo sub condicione promittitur, non fieri nouationem, nec proinde puram obligationem perimi, nisi existente demum secundæ stipulationis condicione *l. quoties 14. iunct. l. si Stichum 8. §. 1. infr. de nouat. & delegat.* Atqui an extitura sit cōdicio incertum est: ponimus enim promissum esse nouandi animo sub condicione, quę vera condicio sit, nō quæ omnimodo extitura, quæ nec pro condicione habenda est, vt modò diximus ex *leg. si pupillus 9. §. qui sub condicione eod. tit.* Ergo nec certum esse potest, ex qua causa soluerit, an ex priore & pura stipulatione, an ex posteriore, eáque condicionali: & consequenter dicendum est condictioni locum esse posse *ex regula l. sufficit 56. supr.* Atque ita veteres illi prudentes parum prudenter ratiocinabantur, ac præterea vtebantur argumento à simili, vt putabant, si diuersas personas ponamus eandem pecuniam purè, & sub cōdicione promisisse, id est, Titium purè, Sempronium verò sub condicione animo nouandi. In qua specie nemo dubitat, ne Paulus quidem, quin siue Titius, siue Sempronius, pendente condicione soluerit, possit condicere, quia scilicet nescitur adhuc quis debiturus sit, an Titius, an Sempronius. Si enim existet condicio, Sēpronius debebit, non Titius, sin deficiet, debebit Titius, non Sempronius. Sed pro nobis & pro Paulo decidendi ratio est, quam idem Paulus in fine legis adfert iis verbis, *Sed hoc dissimile est. In stipulatione enim pura & condicionali eundem debiturum certum est.* Quibus verbis conuellit & rationem contrà sentientium, & argumentum illud à simili quo nitebātur. Etsi enim verum est, quod illi dicebant, quādiu nouationis condicio pendet, incertum esse ex qua causa solutio facta sit, an ex obligatione pura, an ex condicionali, illud tamen certum est, ab eo factam esse qui omnimodo debiturus ipse est, siue nouationis condicio existet siue deficiet. Porrò quisquis id soluit, quod in omnem euentum debiturus est, numquam potest condicere, vt ad initium huius legis diximus. Ergo condictioni locus esse hoc casu non potest: longéque alia species est, & dissimilis quam isti pro simili habebant. Cùm enim diuersæ personæ sunt, quarum vna purè promiserit, altera sub condicione, nesciri potest quandiu pendet cōdicio, quisnam ex promissoribus debiturus sit, an Titius qui purè promisit, an Sempronius qui nouādi animo sub condicione, ideóque vterlibet eorum soluerit repetere poterit. Parum enim est quod hoc quoque casu certum sit, omnimodo debitum iri, siue ex prima siue ex secunda stipulatione, si non etiam illud certum sit, omnimodo debitum iri ab eo ipso qui soluit. Et ita lex hæc tota intelligenda est, quod & à nobis iam satis supérque disputatum & probatum est *lib. 4. Coniect. c. vlt.* Itaque in refutandis Accursij & Bartoli ad hunc locum commentariis non erimus lōgiores, sicut nec in prosequendis cæteris, quæ hîc tractat Bartolus de effectu sententiarum & rerum iudicatarum, qui non est proprius loci huius tractatus, nec nos Rationalia scribimus ad Bartolum, sed in Pandectas.

61. SCAE-

61. SCÆVOLA lib. 5. Responsorum.

TVtores pupilli quibusdam creditoribus patris ex patrimonio paterno soluerunt: sed postea, non sufficientibus bonis, pupillum abstinuerunt: quæritur, an quod amplius creditoribus per tutores pupilli solutũ est, vel totum, quod acceperunt, restituere debeant? respondi, si nihil dolo tutoris factum esset, tutori quidem, vel pupillo non deberi, creditoribus autem aliis in id, quod amplius sui debiti solutum est, teneri.

Ad l. Tutores 61.

RAT. DVB. Repetitio nulla est ab eo qui suum recepit, licèt alius soluerit, quam qui debuit *l. repetitio 44. supr.* Multo minus ab eo qui suum recepit, cùm ille ipse soluit, qui debuit. Atqui cùm tutores pupilli qui patri suo suus heres extitit, soluerunt ex patrimonio paterno paternis creditorib. vtrumque verum est, & eos debuisse, qui soluerunt, & eos accepisse quibus solui debuit. Tenentur enim sui heredes non minus quàm extranei, vt satisfaciant paternis creditoribus: nec quòd abstinendi beneficiũ habent à prætore, facit eorũ condicionem hac parte meliorem, nã priusquã se abstineant, non eo minus statim heredes sunt aut ex testamẽto, aut ab intestato *l. 1. §. qui sunt in potestate infr. si quis omiss. caus. testam.* id est, prius etiam quàm se immiscuerint *leg. in jus 11. de liber. & posthum. l. in suis 14. de suis & legit.* Postquam verò se abstinuerunt, adhuc verum est, non esse sine herede patrem, qui suum heredem habet, quamuis se abstinentem *l. cùm quasi 30. § sed etsi suus infr. de fideic. libert.* ideóque remanẽt sui heredes obligati creditoribus hereditariis post abstentionem, perinde atque antea, quamuis non patiatur prætor eos agere vel conueniri, quia quod ad prætorem attinet, non habentur heredum loco *l. necessariis 57. de acquir. hered. l. si filius 12. supr. de interrog. in iur. faciend.* in iis scilicet quæ ad ipsorum commodum vel incommodum spectant, non quod ad cætera *leg. ita tamen 27. §. si pater filium infr. ad SC. Treb. l. pater familias 28. de reb. author. iudic. possid. aliàs l. 13. de priuil. leg. credit.* Ergo quod creditoribus paternis solutum est à tutoribus pupilli, qui patri suus heres extitit, condici condictione indebiti nullomodo potest, neque per pupillum, cuius nomine solutum est, neque per tutores qui soluerunt, multo minus per cæteros creditores, qui nihil soluerunt, & cum quibus nullum negotium gestum est, quíque licèt veri creditores & ipsi sint, non possunt tamen facere, vt quod aliis æquè veris creditoribus solutum est, indebitum dici possit, cùm imputare sibi potius debeant, cur non fuerint diligentiores in suo persequendo, nec inuidere debent cæteris quibus satisfactum est, quòd sibi vigilauerint: quandoquidem iura vigilantibus scripta sunt nõ negligentib. *l. non enim 16. sup. ex quib. caus. maior. l. pupillus 24. supr. quæ in fraud. credit.* vbi idẽ Scæuola noster, cuius hæc lex est in hac ipsa proposita quæstione, an per gratificationem tutorum creditores solutionem acceperint, an non, vt si per gratificationem reuocetur id, quod solutum est ad eãdem quantitatem & portionem quam cæteri creditores laturi fuerint pro rata: si verò iustè exegerint, cæteri autem creditores neglexerint exactionem, & interea res facta sit deterior, vel mortalitate, vel subductis rebus mobilibus vel rebus soli ad irritum perductis, id quod acceperint diligentiores creditores reuocari nullo pacto possit: quoniam alij creditores suæ negligentiæ expensum damnum ferre debeant. Quod si cùm in eo essent bona pupilli, vt vænire deberent, soluta mihi sit pecunia, iterum distinguit ibidem Scæuola, an oblata mihi sit à debitore pecunia, an verò extorserim illam inuito, vt si extorserim inuito, reuocetur, si non extorserim, nõ reuocetur. Concludit tamen nullo casu ex his duobus, reuocari debere id quod percepi, quia licuit mihi vigilare & condicionem meam facere meliorem, cùm ius ciuile vigilantibus scriptum sit non dormientibus, quod & ex Iulianus Vlpianus scribit in *leg. quod autem 6. §. sciendum eod. tit.* Nisi quod ibi alia distinctio adhibetur, an debitam sibi pecuniam creditor acceperit, antequam bona debitoris possiderẽtur à creditoribus, an verò post bona possessa, vt priore casu qui suum recepit, non timeat reuocationem ex illo edicto fraudatorio, quia sibi vigilauerit, posteriore verò in portionem vocandus sit, & exæquandus cæteris creditoribus: neque enim debuit præripere cæteris, inquit, post bona possessa, cùm iam par condicio creditorum omnium facta esset *leg. cùm vnus 12. de reb. author. iudic. possid.* Et hanc Iuliani distinctionem Paulus quoque insinuare videtur & probare in *leg. si non expedierit 6. §. 1. eod. tit.* vbi postquam dixit, si pupillus antequam abstineret aliquid gesserit, seruandum id esse, vtique si bonæ fide gessit: sed si quibusdam creditoribus soluerit, deinde bona venierint, & quæratur an repetitio sit, ex causa id statuendum esse, ne alterius aut negligentia aut cupiditas ei noceat, qui diligens fuit. Quòd si vtroque instante tibi gratificatus tutor soluit, aut prius eandem portionem mihi quæri, aut communicandum quod accepisti, nempe si ex paternis bonis solutum sit, quod & Scæuola in hac lege ponit. Sed si aliunde pupillus soluerit, & quæratur an reddi ei debeat nécne, & vtrum à creditore, an ex hereditate, alia quæstio est. In qua idem Scæuola noster ait, si aliquid sit in bonis, deducendum ex hereditate solidum, exemplo eius qui negotia gessit, sed si nihil sit in bonis, non esse iniquum dari pupillo repetitionem aduersus creditorem quasi indebiti soluti. Ergo non potest verum esse, quod in hac lege generaliter, & indistinctè Scæuola respondit, neque pupillo neque tutori quicquam deberi, sed creditoribus aliis eum teneri qui accepit quod amplius quam oportuit, ei debiti sui nomine solutum est.

DEC. Pupillus qui tutore authore se abstinuit patris hereditate etiam post immixtionem eodẽ tutore authore factã (quod facere suo iure potest, non adito prætore nec petita vlla in integrum restitutione *l. impuberib. 11. d. l. necessariis 57. de acq. hered. l. penul. de author. tutor. l. ex contractu 44. infr. de re iudic.* in quo euidenter errauit Bartolus ad hanc legem & ad *d. l. impuberib.* putans restitutionem in integrũ hoc casu esse pupillo necessariam) cum nõ nisi nudo nomine heres maneat *l. etiamsi 6. §. si filius de bon. libert. l. 2. §. sed etsi sint. ad SC. Tertyll.* perinde haberi debet, ac si neq. dominiũ, neq. administrationem bonorũ paternorum vnquam habuisset. Nam quemadmodũ

is bonis patris se immiscere dicitur, qui remoto familiæ vinculo pro herede gerere videretur *l. eum bonis 86. de acquir. hered.* ita & quod facit repudiatio in extraneo, facit abstentio in suo herede, nisi quod repudiari hereditas quæ semel fuit adita, non potest *l. sicut 5. C. de repud. vel abstin. hered.* abstinere autem potest suus heres etiam qui se immiscuit, vt modò diximus. Atqui si pupillus hic ante factam creditoribus solutionem se abstinuisset, nullum ius habuisset soluendi creditoribus hereditariis, & transferendi in eos dominij pecuniarum, aliarúmve rerum iis solutarum, quia statim atque pupillus aliúsve suus heres quilibet se abstinuit, bona sub creditoribus fiunt, eáque subinde à creditoribus possideri tandémque venire necesse est, nec eorum condicionem deteriorem exinde fieri eis qui se abstinuit, potest, & abstentio quandocunque facta retrotrahitur ad tempus mortis patris, ne alioqui videatur filius pro parte temporis & nomine & effectu heres fuisse patris, pro alia verò parte temporis non fuisse. Quod in filio perinde absurdum esset atque in extraneo, vt pro parte temporis heres fuisse & pro parte non fuisse videretur, nisi militis heres proponeretur *l. miles ita 41. de testam milit.* Ergo si tutores pupilli quidam ex creditoribus paternis solidum soluerint, indéque fiat, vt non supersit, vnde aliis omnibus æquè in solidum satisfieri possit, consequens omnino est, vt competat repetitio solutí, tanquam indebiti non quidem pupillo ipsi, aut tutoribus (non quia debitores aliquando fuerint, cùm potestas abstentionis tollat intellectum immixtionis *arg. leg. si patroni 55 §. vlt. infr. ad SC. Trebell.* sed quia nihil ipsorum interest, cùm soluerint ex bonis paternis in quibus nihil amplius iuris habent propter abstentionem) sed creditoribus qui alioquin morarentur in damno, si non ipsis per eam repetitionem consuleretur. Nec quod negotium cum iis gestum nullum sit ad rem facit, cùm ex necessitate iuris, & ex ordine rei gestæ negotium cœperit ad eos pertinere, quo casu non est nouum, vt quod vnus soluit alius repetat, *leg. nec nouum est 5. supr. hoc tit.* is scilicet ex cuius alioquin iactura is qui indebitum accepit locupletaretur: sic in *leg pen. C. de non numer. pecun.* Atqui ponimus, inquies, solutum fuisse creditorib. non dolo malo, id est, per gratificationē, sed bona fide, & creditorib. sibi vigilatib. quicquid autē bona fide ante abstentionem à pupillo, aut ipsius nomine à tutoribus gestum est, id omnimodo seruari & ratum haberi debet *d. l. si non expedierit § 1. d. l. pupillus & l. quoties 44. infr. de acq. hered.* Nihil ergo creditorib. quibus bona fide solutum est, per alios auocari debet. Sed respondendum est, cæteris omnibus paribus parem quoque creditorum omnium causam esse debere, cum par & æquale ius habeant in bonis communis debitoris, neque gratificationi tutorum locum vllum superesse, si omnes æquè fuerint diligentes, aut si bona iam possessa fuerunt: cæterùm si qua negligentia iis quibus solutum nihil est, imputari possit, non esse permittendum, vt diligentioribus quicquam auocetur, *l. si mulier 31. supr. de minor.* Et ita leges legibus cōcordare promptum est, inquit, *l. vnic. C. de inoff. dotib.* si leges quæ non distinguunt per alias quæ distinctionem adhibent, intelliguntur. Quamquam neque lex hęc adeò indistinctè loquitur. Primùm enim distinguit Scæuola, an ex patrimonio paterno tutores soluerint, an ex aliis pupilli bonis, vt & in *d. l. si non expedierit §. 1.* deinde an dolo malo tutorum aliquid factum sit, id est, per gratificationem, quæ vix potest esse sine dolo, cum creditores omnes æquè instant, an sine dolo malo & bona fide, quo casu si forte creditores quibus solutum est, per gratificationem tutorum soluendo non sint, placet in eos subsidiariam de dolo actionem dari *leg. ideóque 5. & sequent. supra de dol.* Illa certè distinctio necessaria fuit, quam tamen Scæuola noster non attingit, an bona à creditoribus possessa sint, nécne: quia vbi possessa sunt, par & æqualis omniū causa est, quæ dispar & deterior fieri arbitrio pupilli aut tutorum non potest *d. l. quod autem 6. §. sciendum quæ in fraud. credit.* Illud denique obseruandum est, legem hanc & suprà dictas omnes, quæ ad huius legis speciem pertinent, ad chirographarios tantùm creditores pertinere, qui parem crediti causam habeant nō ad hypothecarios, quorum priuilegia non vt illorum æstimantur ex causa *l. priuilegia 32. de reb. auctor. iud. dic. possid.* sed ex tempore *l. 4. & pass. C. qui potior in pignor. hab.* Simile quiddam est in *l. vlt. §. si verò creditores C. de iur. d. lib.*

61. MARCIANVS libro 4. Fideicommissorum.

FIdeicommissum in stipulatione deductum, tametsi non debitum fuisset, quia tamen à sciente fidei explendæ causa promissum esset, debetur.

Ad l. Fideicommissum 62.

RAT. DVB. Ex testamento quod vel ab initio nullum fuit, vel ex postfacto ruptum est ipso iure, puta agnatione posthumi prætenti, neque fideicommissum, neque legatum, neq; aliud quicquam deberi potest, nisi quæ in testamento relicta sunt, repetita sint à venientibus ab intestato *l. generaliter 24. §. ex testamento infr. de fideic. libert. l. 1. Cod. eod. l. ex ea scriptura 29. infr. qui testam. facer. poss.* Nec distinguenda est hac parte naturalis obligatio à ciuili, nam cùm testamentorum ius non ratione aliqua naturali inductum sit, sed merè ciuili contra naturalem potiùs rationem, quæ non patitur, vt quis de rebus suis disponat in id tempus, quo non erit dominus, (quomodo disponit quisquis testamentum facit *l. 1. eod.* ideóque meritò placuit, non nisi certis solemnitatibus adhibitis fieri posse testamentum, vt legis vim & potestatem habere possit) fieri certè non potest, vt obligatio aliqua naturalis ex testamento nascatur, quæ obliget heredem, vt ex testamento nullo vel rupto quicquam præstet. Nam & cùm testamentum valet, non tamē alia quàm ciuili ratione teneri heres potest, vt legata & fideicommissa etiam debita præstet, siue dicas ideo illum teneri, quòd vna eadémque cum defuncto persona esse censeatur, *Nouell. 48. de iur. iur.* siue totum hoc ius referas vt referendum certè est, ad legem illam duodecim tabularum, *Paterfamilias vti suæ rei legassit ita ius esto l. verbis legis 120. de verb. signific. l. vlt. C. de hereditat. action.* Ergo si fideicommissum, quod in testamento nullo, aut rupto inutiliter relictum fuerat, in stipulationem deductum sit, & solutum poterit cōdici tanquam indebitum, multóque magis si promissum duntaxat fuerit, condicetur liberatio condictione incerti *l. 2. §. 1. & l. 3.* vbi diximus *supr.* Nec quod ab herede sciente fideicommissum non valere, & explendæ fidei gratia, stipulatio interposita & solutio facta sit, iuris causam mutare potest, &

facere

facere fideicommissum debitum, quod re vera est indebitum. D E C. Fideicommissa licèt in testamentis perinde ac legata relin quantur, in ea tamen habent causam & rationem iuris separatam, quod quemadmodum ab initio non tam iuris vinculo aliquo quam heredum pudore ac rubore, si fidem fallerent continebantur, vt Iustinianus scribit in *tit. de fideic. heredit.* ita nec hodie legis vim obtinent, quãuis ex necessitate iuris præstentur, neque ex mera, vt olim heredum fide pendeant, quia scilicet legis est imperare, non rogare *l. legis virtus 7. supr. de legib.* fideicommissa verò sunt ea quæ verbi precatiuis & obliquis, nó quæ directis & imperatiuis relinquuntur, vt Vlpianus diffinit in *Instit. tit. de legat.* Porrò vnaquæque res facilè redit ad primam suam naturam *leg. si vnius 27. §. pactus ne peteret in fin. supr. de pact.* Nec quod fideicommissa iam inde à temporibus Augusti iuris vinculum aliquod habere cœperũt, ius eorum imminuit, vt hodie minus quàm olim ex fide ac rubore heredum pendeant, sed auxit potius, vt nec si velit heres solutionem eorum recusare possit, si modò in testamento solemni relicta sint: quo casu capiuntur ad exemplum legatorum, præsertim post Iustiniani constitutiones in *l. 1. & 2. C. commun. de legat.* Sed si in testamento minus solemni vel rupto, aut irrito facto relicta proponantur, nihil vetat meliorem eorum esse hodie condicionẽ quam legatorum hactenus salcẽ, vt quamuis sint indebita, quantum ad hoc ne peti possint, perinde tamen & promitti & solui possint explendæ fidei gratia, atq. si etiamnum infirma manerent, nec vllo iuris vinculo continerentur. Est igitur hæc lex restingẽda ad fideicõmissa, nec extendenda ad legata quæ nõ explendæ fidei causa, sed vel ex mera iuris necessitate, vel nullomodo præstãtur si ius illud inspicias, quod obtinuit ante Gratiani constitutionem, quæ extat in *l. non dubium 16. §. 1. C. de testam.* Ideóque nonnisi de fideicommisso Mæcianus hîc tractat, & Scæuola in *l. eum qui 21. §. item quæsitum est. supr. de inoff. testam. l. 2. l. si veritas 13. l. vlt. C. de fideic. l. si sponsus 5. §. si quis rogatus de donat. int. vir. & vxor. l. patrem 19 & seq. infr. quæ in fraud. credit. l. regula 9. § pen. de iur. & fact. ignor. l. in testamento 38. de fideicomm. libert.* Itaque delenda omnino sunt, quæ Accurs. & Bartol. hîc tractant & ad *l. 1. supr.* de obligatione naturali, pro legatis & fideicõmissis ex testamento minus solemni soluẽdis inducenda, & in eorum locum substituenda sunt, quæ nos de testamentis imperfectis & minus solemnib. scripsimus in *Decad 35. de error. pragmat.* maximè in *Error. 7.* Nam apertè Mæcianus loquitur de fideicommisso, quod debitum non sit, constat autem cũ de indebiti condictione loquimur, debiti vel indebiti rationẽ naturaliter esse intelligendam *l. si quod 64. infr.* Idcirco autem Mæcianus in hac lege loquitur de fideicommisso, quod explendæ fidei gratia promissum sit à sciente & conscientia relicti, vt loquitur *d. l. 2. C. de fideic.* quia si ab eo promissũ per stipulationẽ aut solutum esset, qui putasset testamentum valere, nec fideicommissum sibi iniunctũ esse sciret, non posset fauor fideicommissi efficere, vt eo minus repeti fideicommissum posset, quare & de sciente loquitur Paulus in *d. l. eum qui 21. §. 1. de inoffic. testam.* vt indebiti fideicommissi deneget repetitionem. Dices nullũ ergo esse in re priuilegiũ fideicõmissi, cùm generale illud sit, vt quod quis sciens indebitũ soluit ea quoq; mente, vt postea repeteret, nullã tamen repetitionem habere debeat *l. quod quis 50.* vbi diximus *supr.* nec debuisse Mæcianum verba illa addere *explendæ fidei gratia*, cùm priora sufficerẽt *à sciente.* Sed respondendum est, in cæteris causis solutionem indebiti scienter factã pro donatione haberi *l. cuius per errorem 53. de reg. iur.* at in fideicõmissis fauorabiliorem causam præsumi, vt explendæ fidei gratia potius quàm donandi animo, aut promissum aut solutum esse videatur *d. l. 5. §. si quis rogatus de donat. int. vir. & vxor.* Quæ ratio facit, vt inter eas quoque personas inter quas donatio non valeret, solutio tamẽ fideicõmissi etiam omni iure indebiti, valere debeat iure expletæ fidei *d. §. si quis rogatus & d. l. patrem 19. & seq. quæ in fraud. credit. d. l. 2. C. de fideic.*

63. GAIVS libro singulari de casibus.

NEratius casum refert: vbi si quis id, quod soluerit, repetere non possit: quasi debitum dederit: nec tamen liberetur. velut si is, qui, cùm certum hominem deberet, statuliberum dederit. nam ideo eum non liberari, quod non in plenum stipulatoris hominem fecerit, nec tamen repetere eum posse, quod debitum dederit.

Ad l. Neratius 63.

RAT. DVB. Solutio quæ non parit liberationem, solet parere condictionem, & contrà, quę non parit condictionem, parit liberationem, vt sæpius in hoc tractatu diximus ex *l. si non sortem 26. §. si centum & §. qui filiofamilias & § si decem leg. cùm is 32. §. 1. suprà hoc tit. l. qui hominem 34. §. vlt. infr. de solut.* Atqui cùm is qui hominem siue certum siue incertum promisit, statuliberum soluit, non potest nasci liberatio, quia promissor hominem promissum perfectè stipulatoris non fecerit, vt & Caius hîc ex Neratio fatetur, quia nimirum statulibero implicitus est casus libertatis *l. vlt. supr. si ex noxal. caus. agat.* & quamuis pendente die vel condicione statutæ libertatis statuliber interim sit verè seruus *l. statuliberum 9. in princip. de statulib.* eueniente tamen quandocunque die vel condicione euincitur seruus in libertatem, adeò vt nec medio tempore seruus fuisse videatur. Parúmque distat is qui statuliberum soluit ab eo, qui liberum iam factum, nisi quod potest condicio libertatis deficere, aut statuliber ante diem vel condicionem mori. Ergo qui statuliberum soluit, cùm non liberetur, potest condicere statim, non expectato euentu diei vel condicionis. Atque ita concludit Africanus in *l. cùm quis 38. §. qui hominem infr. de solution.* quod tamen négat hîc Caius ex Neratio, quia hominem debitum soluerit. Scio quòd Accursius & Bartolus respondent, vt Africanum cum Caio & Neratio concilient, loqui Africanum de eo qui hominem in genere promisit, Caium verò de eo qui certum: quod & verba vtriusque textus præsupponunt, & certè negari non potest, quin is qui Stichum in specie promisit, si eum soluat, quamuis statuliberum, magis soluat hominem debitum, quàm si hominem in genere pro-

BIU Cujas

misisset. Etsi enim hominis stipulatio sicut & legatum orationis compēdio singulos homines continet, vt Papin. ait in *l. Mœuius 66. duorum de legat. 2.* difficilius tamen est, vt qui hominem in genere promisit soluendo Stichum statuliberum, videatur soluere debitum hominem, cùm alium quemlibet dare possit, quàm qui Stichum in specie promisit, hic enim alium quàm Stichum dādo liberari nunquam potest. Sed tamen etiam promisso nominatim Stichо, eóque statulibero effecto, non esse condictioni locum placuit Pomponio in *l. si mihi 92. §. 1. de solu.* itémq; Octaueno & Vlpiano in *d. l. statuliberum 6. §. pen. de statulib.* At noua & contraria ratione, qui putarunt soluto Sticho, quamuis statulibero, liberationem contingere, in quo isti non tantùm à Caio nostro & Neratio, sed etiam ab Africano dissenserunt. Ratio autem qua mouentur, illa est, quòd etiamsi Stichus ante solutionem factus esset liber, adhuc tamen debitor liberaretur, quoniam, vt scriptū est in *d. §. pen.* ea sola in obligatione possunt consistere, quæ pecunia lui præstariq. possunt, in quorum numero libertas nō est. Si ergo libertas superueniēs extinguit obligationem, cur statulibertas sola impediet liberationem? Nam in statulibero sicut implicitus est casus libertatis, ita fieri non potest, vt ea spes libertatis futuræ impediat liberationem, quam libertas ipsa iam acquisita pleno iure pareret. Nec sanè video quid ad hanc rationem pro Neratio aut Africano respondere posset quisquis pro iis contra Octauenum, Pōponium, & Vlpianum sentire vellet. Et ego planè cum istis sentio, neque dubito quin hac in quæstione Iureconsulti dissenserint, ideóque minus laboro in iis conciliandis, qui video nihil aliud Interpretes nostros in hanc rem adferre posse, quàm vt dicant in hac lege solutum esse Stichum ab eo, cuius facto statuliber ille effectus fuerit, aut post moram ab eo contractam: quod vtrumque planè commētitium & nugatorium est. Scripsi latius *lib. 2. Coniect. cap. 7.* Negandum igitur est quod Caius ex Neratio hîc supponit, eum qui Stichum debet, si statuliberum soluat, non liberari quasi in plenum stipulatoris hominem non fecerit. Quamuis ea ratio bona esset si alia quā libertatis causa impediret ne solutus Stichus in plenum stipulatoris fieret, quia quandiu speciei solutæ aliquid deest, nō potest per solutionem contingere liberatio, & ea ipsa species petenda est *l. etiam 27. de solut.* vt puta si res quæ soluta est, alij sit obligata, vt per quasi Seruianam auocari possit *l. si rem meam 20. l. qui res 98. in princ eod.* perpetua enim iuris regula illa est, liberationem ex solutione contingere, ita demum si id, quod tibi debeam, ad te peruenerit, & nihil tibi abfuit, nec quod solutum est euinci aut repeti possit *l. in perpetuum 61. eod. l. Iulianus 131. §. 1. de verb. oblig.* Itaq; decidendi rationes ad hanc legem non aliæ adferēdæ sunt, quā quæ in ipsa lege ponūtur, quarū altera eò pertinet, vt qui Stichum soluit statuliberum, nō liberetur, quia plenum stipulatoris hominem non fecerit. Altera eò spectat, vt non possit tamen condicere, quia debitum dederit. Et de hac quidem posteriore non dubitatur quin vera sit, in eóque omnes consentiunt si Africanum excipias *d. §. qui hominem*, vbi tamen loquitur de homine promisso, non in specie, sed in genere, cuius longe alia ratio est, quemadmodum diximus, quia non præcisè hic aut ille debetur, sed de priore tota inter prudentes cōtentio fuit. Est hæc lex sumpta ex Caij libro singulari de casibus, in quo non nisi quosdam casus singulares tractauit à communibus iuris regulis abhorrentes, inter quos esset hic planè singulaissimus si verus esset, quamquam iuris regula non adfirmat, posse aliquam solutionem ita fieri, vt neque liberationem pariat, neq. condictionem. Sed negat parere liberationem, quoties parit condictionem, & contrà parere condictionem quoties parit liberationem: quomodo Accursius & Bartolus ratiocinantur. Neque tamen casum vllum videre possum in quo id accidat, vt ex solutione aliqua neq; liberatio nascatur neq. cōdictio, si hūc excipias, qui ob eā causā & Neratio & Caio singularis visus est, & quem tamen nec Octauenus, nec Pomponius, nec Vlpianus excipiendum putauerunt, nec nos quoque excipiendū arbitramur, cum soluto Sticho statulibero acquiratur soluēti liberatio, vt ostēdimus.

64. TRYPHONINVS lib. 7. Disputationum.

SI quod dominus seruo debuit, manumisso soluit, quamuis existimaret ei se aliqua teneri actione, tamen repetere non poterit: quia naturale debitū agnouit. vt enim libertas naturali iure continetur, & dominatio ex gentium iure introducta est: ita debiti, vel non debiti ratio in condictione naturaliter intelligenda est.

Ad l. Si quod dominus 64.

RAT. DVB. Seruus quandiu seruus est, pro nullo habetur, nec prius incipit personam aut statum habere quam fuerit manumissus *l. 3. §. vlt. & l. 4. supr. de cap. minut.* Vnde est quòd per manumissionem serui dicuntur constitui duæ personæ, vna domini, alia serui *l. si Pamphilo 10. infr. de opt. legat.* Item quòd si seruus manumissus iterum redigatur in seruitutē, nouus homo videtur esse *l. seruus 27. infr. de adim. legat.* Ergo quod dominus seruo debuit, si manumisso soluerit, siue putans se aliqua ei actione teneri siue nulla, dicendum est posse illum repetere, tanquam qui alij soluerit, quam cui debuit. Non enim sufficit ad impediendam condictionem indebiti, quod debitor sit ille qui soluit, nisi creditor etiam ille sit qui accipit *l. repetitio 44. supr.* DEC. Quemadmodum libertas naturali iure continetur & dominatio ex iure gentium introducta est, cum naturaliter essent omnes homines eiusdem condicionis, id est, liberi *l. 4. & 5. supr. de instit. & iur.* vbi diximus, ita & debiti vel indebiti ratio in condictione naturaliter intelligenda est, quomodo Tryphoninus eleganter hîc scribit, id est, cum de condictione indebiti disputamus, non tam inspicere debemus, an iure gentium vel ciuili, quàm vtrum iure naturali debeatur: quod enim dicimus non distingui hac parte ius naturale à iure gentium *leg. cùm amplius 84. §. is natura debet de regul. iur. l. si non sortem 26. §. libertus supr. hoc titul. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis infr. de solut.* in iis personis verum est, quæ iure gentium non minus quàm naturali in personarum numero computantur, esse enim personā aliquā oportet iure gentium, & quæ debeat & cui debeatur ad inducendam obligationem iuris gentiū, vt prius persona inueniēda sit, quā de iure quæri oporteat *l. quidā referunt 14. infr. de iur. codicill.* Ius autē gētium ex quo dominationes intro-

BIU Cujas

introductæ sunt, illud est quod fecit, vt serui pro nullis haberi cœperint *dict. l. 5. de iustit. & iur.* quamuis hoc ad ius ciuile tantùm referre Vlpianus videatur in *l. quod attinet 32. de regulis iuris*, ad differentiam scilicet iuris naturalis, vt eadem lex explicat, non autem iuris gentium, quod hac parte abhorret omnino à iure naturali, & ciuili propius cohæret, tanquam à quo nihil aut parum distet, quoties Romani eo iure vtuntur, quo cæteræ gentes omnes vtuntur, dum ne propria ratione aliqua ciuili, sed ea, quæ sit tota ex iure gentium, quod hîc contingit. Sicq; accipi etiam debet, quod sæpius docuimus, ius naturale non distingui à iure gentium, nisi ratione materiæ, quod ius naturale versetur circa eas tantùm res, quas homines non soli faciunt, sed quæ hominibus communes sunt cum brutis animantibus, ius verò gentium circa eas, quæ solis hominibus conueniunt *leg. 1. §. ius naturale*, vbi diximus *suprà de iustit. & iur.* Id enim verum est in iis rebus, in quibus omnium hominum eadem ratio & condictio est: seruorum autem & liberorum hominum prorsus dispar est iure gentium ex quo dominationes, captiuitates & seruitutes ita introductæ sunt, vt iure gentium perinde ac iure ciuili, vt non maior ferè seruorum quàm pecudum & quadrupedum ratio habeatur *leg. 2. supr. ad legem Aquil.* Neque necesse est, vt cum Bartolo cæterisque interpretibus distinguamus duplex ius gentium, primæuum, vt vocant, & secundarium: quam distinctionem nos abundè refutauimus ad *dict. leg. 4. & 5. de iustit. & iur.* & in nostra Iurisprudentiæ Papinianeæ scientia. Atquin obligatio naturalis non nisi ex iure naturali æstimatur, solóque naturalis æquitatis vinculo sustinetur *dict. §. naturalis*, cuius capaces sunt serui non minus quàm liberi, siue vt dominos sibi obligent, siue vt dominis obligentur, *leg. nec seruus 41. infr. de pecul.* Porrò naturalis obligatio impedit repetitionem soluti. Ergo si quod dominus seruo debuit, manumisso soluerit, non potest repetere, quia naturale debitum agnouit, siue aliqua actione siue nulla teneri se crediderit, nec quod per manumissionem seruus fiat noua persona, vt diximus, ad rem facit: id enim fit iure gentium & ciuili, non naturali, quo inspecto idem certè homo manet qui antea. Eadem igitur naturalis quoque obligatio, quæ antea fuit, natura enim nescit fictiones vllas, & naturaliter quid fieri cùm dicimus, veritatem facti solam denotamus *dict leg. nec seruus leg. 3. §. aperire infr. ad Senatusconsultum Silanianum.* Ex quo fit, vt obligationes naturales non tollantur capitis diminutione, quia ex bono & æquo & ex natura ipsa proficiscuntur *leg. eas obigationes 8. supr. de capit. minut.* Proinde cùm naturalis obligatio semel acquisita seruo sequatur manumissum, consequens omnino est, vt effectus quoq; naturalis obligationis causam suam sequatur, & post manumissionem duret ad impediendam soluti repetitionem: nec ad rem pertinet quod vulgò iactari solet, seruum, quicquid acquirit, non sibi acquirere, sed domino, ita vt in eius persona ne quidem momento temporis consistat acquisitio *l. placet 79. de acquir. her.* nec posse seruũ cõtrahẽdo cũ domino sibi acquirere quod ipsi domino acquireret, si cum alio contraheret *leg. sed & si quid 25. §. si seruo vers. & regulariter supr. de vsufr. leg. liber homo 118 in princip. infr. de verbor. obligat.* Id enim ad ciuiles tantùm obligationes & acquisitiones pertinet, non ad naturales, vt docuimus ad *leg. frater à fratre 38. supr.*

65. PAVLVS libro 17. ad Plautium.

IN summa, vt generaliter de repetitione tractemus, sciendum est dari aut ob transactionem, aut ob causam, aut propter condicionem, aut ob rem, aut indebitum, in quibus omnibus quæritur de repetitione.

Ad l. In summa 65.

RAT. DVB. Non est distinguendum per plura membra, quod potest distingui per pauciora. Atqui poterat sufficere distinctio illa, quæ ponitur in *l. damus 51. supr. hoc tit.* quæ duobus tantum membris continetur: aut enim damus ob causam aut ob rem, vt ibi Iureconsultus scribit, in quibus duobus nemo non videt contineri etiam id quod ob transactionem datur, & quod tanquam debitum, cùm sit indebitum.

DEC. Distinctio, quæ plura membra continet, eo clarius & distinctius rem explicat, semper enim quæ generalius dicuntur, aliquid obscuri continent: vt in proposito, cum dicimus, quicquid datur, vel ob causam vel ob rem dari, in obscuro relinquimus, an de ea causa intelligamus, quæ sit præterita duntaxat, an de ea etiam quæ futura: & si de præterita, an de ea tantùm quę non sit obligatoria, de qua sola agitur in *dict. l. damus*, vt ibi explicauimus, an de illa etiam quæ sit obligatoria, qualis est causa transactionis, & ea quæ parit condictionem indebiti: accommodatior igitur, & clarior distinctio est, quæ in hac lege ponitur, cùm generaliter de repetitione tractatur, vt quod datur, vel ob transactionem detur, vt in *leg. eleganter 23. suprà hoc tit.* vel ob causam scilicet præteritam nec obligatoriam, vel propter condicionem implendam, vt in *leg. is cui hereditas 34. supr.* aut ob rem scilicet futuram vt in *dict. leg. damus*, aut indebitum quasi debitum. In quibus omnibus specieb. quæritur de repetitione, nec tamen idem respondetur, vt ex iis quæ in hac lege sequuntur, apparebit. Simile quid Accursius noster adfert ex §. *alio Institut. quib. mod. testam. infirment.*

1 ¶ Et quidem quod transactionis nomine datur, licèt res nulla media fuerit, non repetitur. nam si lis fuit, hoc ipsum, quod à lite discedit̃r, causa videtur esse. sin autem euidens calumnia detegitur, & transactio imperfecta est, repetitio dabitur.

BIU Cujas

Ad §. 1. Et quidem.

Et quidem quod transactionis nomine datur. RAT. DVB. Quod transactionis nomine datur, si res nulla media fuerit, id est, vt benè Accursius explicat, si nihil sit quod ab eo qui dat, debeatur, omnino indebitum videtur, tanquam quod neque ob rem, neque ob causam datum videri possit, tametsi lis aliqua subsit aut metus litis, nec enim lis facit debitum, sed duntaxat dubium, an id de quo lis est debeatur *l. vlt. Cod. quib. ad libert. proclam. non licet l. 4. §. 1. supr. de alien. iudic. mut. caus. fact.* Ergo repeti omnimodo potest condictione indebiti. DEC. Materia transactionis non versatur circa rem debitam, sed tantùm circa rem dubiam, in quo maximè differt transactio à pacto, quamuis & ipsa nihil nisi pactum sit, cùm stipulatio non interuenit *l. 1. supr. de transact.* Atqui rem dubiam lis facit etiam iniusta adeóque metus litis, quod magis est. Hoc ipsum igitur quod à lite discedit, aut saltem à metu litis sufficiens causa transactionis est ad impediendam soluti quasi indebiti repetitionem *l. 2. Cod. eodem de transact.* verecunda enim cogitatio eius est qui lites execratur, quique tanti habuit carere lite, vt scriptum est in *dict. leg. quart. paragrapho primo de alienat. iudic mut. caus. fact.* Illud sanè omnino requiritur, vt ex causa transactionis aliquid detur vel promittatur, vel retineatur: transactio enim nullo dato vel promisso, vel retento fieri non potest *l. transactio 38. Cod. de transact.* Sed hoc dicimus non requiri, vt quod ex transactione datur vel promittitur, vel retinetur ex alia anteriore causa debeatur, neque vt vicissim ab aduersario quicquam eo nomine præstetur. Satis enim præstitisse intelligitur qui eo veluti præmio inuitatus, quod ei datum vel promissum, vel ab ipso retentum est, à lite discessit, aut ab eo iure quod habebat, mouendæ quandoque litis. Nihilque est, quod tam fauorabiles faciat transactiones, quàm quod per eas à lite discedit. Cùm que omnino duæ viæ sint per quas litibus finis imponi potest, transactio & res iudicata, nemo non videt quin maior in eo sit transactionum vtilitas, per quas & sumptibus, & vexationibus iudiciorum parcitur *leg. minoribus 6 suprà de minor l. 1. suprà de inoffic. testam. leg. 1. Cod. de administr. tutor.* Vnde est quod solemus dicere nullum fore litium finem si à transactionibus bona fide interpositis, & à rebus iudicatis impunè discedatur *l. fratris 10. Cod. de transact. leg. 2. Cod. de re iudic. iunct. leg. 1. infrà eodem ill. titul.* ideóque causas vel lites transactione finitas rescripto imperiali resuscitari non oportere *leg. causas 16. Cod. de transact.* Quod ego sic intelligo, etiamsi prætextus læsionis immodicæ ad rescindendam transactionem obtendatur, ex *leg. Lucius 78. §. vltim. infrà ad Senatusconsultum Trebellianum*, vbi nec ei qui supra quadruplum læsus fuerat, succurritur si transactum proponatur: semper enim verum est, eum qui transegit tanti habuisse lite carere. Quod sufficit ad impediendam transactionis rescissionem, licèt reuera non tantam habuerit causam timendæ litis. Non enim præscribendum ei fuit, ad quem vsque modum iniustam litem timere deberet *leg. 4. in fin. infrà ad Senatusconsultum Trebellianum leg. si in testamento 22. in fin. infrà si quis omiss. caus. testam.* Nisi minoris ætatis fauor intercedat qui semper meretur restitutionem in integrum, quoties minor etiam intra dimidiam læsus probatur *tot. titul. Cod. si aduers. transact. leg. si superstite 5. Cod. de dolo.* Neque verò fieri potest, vt certa sit læsionis probatio, qualem esse oporteret ad transactionem rescindendam, cùm nesciri possit, quis exitus iudicij futurus erat, si transactum non fuisset, *leg. quod debetur 51. infrà de pecul. leg. posthumus 6. §. 1. suprà de inoffic. testam.* An non enim fieri poterat, vt qui se per transactionem læsum conqueritur, multo grauiorem iacturam ex iniqua fortassis & iniuriosa iudicis sententia passurus esset? *leg. si per imprudentiam 51. de euict. leg. 3. §. 1. infr. de pignor. leg. seruo 65. §. cùm Prætor ad Senatusconsultum Trebellianum.* Ratio igitur dubij euentus cui per transactionem obuiam itum est, non patitur, vt ex causa læsionis quæ certa esse deberet, & quidem inspecto præcisè tempore contractus *leg. 2. leg. si voluntate 8. Cod. de rescind. vendit.* transactio rescindatur *leg. 1. Cod. de pact. leg. si pater puellæ 12. Cod. de inoffic. testam. leg. penult. Cod. de solut.* Quare nec Bartolus qui primus opinionem hanc tantopere damnosam reipublicæ inuexit, vt exemplo contractuum bonæ fidei transactiones quoque ex causa enormis, vt vocant, læsionis, rescindi possint beneficio *dict. leg. 2. Cod. de rescind. vendit.* temperare tamē sibi non potuit, quin sententiam suam quasi duriorem hac veluti interpretatione leniret, vt scilicet in transactione aliter æstimanda sit enormis illa læsio, quàm in cæteris contractibus, *subducto* scilicet, vt ipse loquitur *dubio litis euentu.* Quod tamen quomodo aut per testes, aut per iudicem ipsum, qui de læsione cogniturus est, fieri possit, nemo vnquam dicere aut diuinare potuit, vt non immeritò Baldus contra Bartolum disputans, hanc truffam esse dixerit. De quo videnda etiam sunt quæ nos pluribus in hanc sententiam pro Baldo contra Bartolum ex professo disputauimus *in Chiliade de error. pragmat.* Hinc verò intelligimus quàm malè nonnulli verba illa Pauli in hoc §. *licèt res nulla media fuerit*, sic interpretentur ac si scriptum esset *licèt lis nulla subsit.* Litem enim aliquam subesse semper oportet, aut saltem metum litis, vt transactio iure facta videri possit *dict. leg. 2. Cod. de transact.* Et ideo benè Paulus statim subicit *nam si lis fuit* quibus verbis non mutat casum, sed eundem ipsum prosequitur, in quo posuit rem nullam mediam fuisse.

a *Sin autem euidens calumnia detegitur.* RAT. DVB. Etiam lis quæ per euidentem calumniam instituitur, metuenda est, nec vituperandus ille qui metu calumniosæ litis transigit, tantique æstimat lite carere. Ergo & hoc casu transactio valere debet, perinde atque cùm lis iniusta est. Quid enim tantopere inter calumniosam & iniustam litem interest? Proinde quod ex eiusmodi transactionis causa solutum est, repeti non posse dicendum est.

DEC. Calumnia cùm sit falsitas & mendacium, nihil est. Ergo materiam præbere non potest iustæ transactionis, quomodo potest vera lis quamquam iniusta. Non enim eo minus vera lis est, quòd sit iniusta: calumniosa autem vera non est, sed per calumniam efficta & dicis causa, vt prudentes loquuntur, vt subesse aliqua lis videatur, quæ re vera nulla subest. Hoc igitur casu quasi nulla subsistente materia transactionis, dicendum est, imperfectam esse transactionem: cùm quicquid

quicquid perfectum est, constare debeat ex materia & forma. Si quid ergo ex eiusmodi trãsactione solutum sit, repeti poterit, quasi prorsus indebitum & ex nulla transactione solutum. Vnde nostri tractãt, an transactio, cui dolus causam dedit ipso iure nulla sit, vt de bonæ fidei contractibus dici solet *l. & eleganter 7. supr. de dolo.* an verò per doli exceptionem aut réplicationem elidenda sit, vt in *l. g. sub prætextu instrumentorum 19. Cod. de transact.* Et alij quidem distinguunt, an ex parte actoris, an ex parte rei dolus interuenerit. Alij verò aliter, vt locum hunc concilient cum *d. l. sub prætextu.* Bartolus verò ideò negat doli exceptionem in proposita specie competere, quia repetitio soluti locum habere non posset ei, qui soluisset, tutus odiosa exceptione doli, ex *leg. qui exceptionem 40. supr hoc tit.* Parum subtiliter. nam doli exeptio, cùm naturali æquitate nitatur, fauorabilis certè est, non odiosa: ideóq ie si quis ea tutus soluerit, repetere potest, vt diximus ad *dict. l. qui exceptionem ex l. qui se debere 7. supr. de condition. caus. dat.* Deinde non agitur hîc de dolo qui in ipsa transactione interuenerit, nec qui transactioni causam dederit, sed per quem factum sit, vt calumniosa lis insticueretur, quæ iniustæ transactioni causam iustam præberet. Denique transactio non est contractus, si nulla stipulatio interposita sit, sed nudum pactum, ex quo cùm nulla nascatur actio, sed tantùm exceptio, nec proinde doli exceptio locum habere hoc casu potest, sed tantum replicatio, quoties ei qui transegit, salua supereſt post trãsactionem actio, per nullam stipulationẽ nec acceptilationem elisa *d. l. sub prætextu.* Stipulatione verò interposita iã transactionis contractus non est, sed stipulationis transactionem pro causa habentis *l. cùm enim 7. iunct. §. vlt. leg. pr. infr. de nouat.* stipulationem verò cõtractum esse stricti iuris non bonæ fidei nemo ignorat. Fateor eas demum transactiones ratas esse quæ bona fide non dolo aut vi vel metu interpositæ *l. interpositas 13. C. de transact.* sed ea res non facit transactiones bonæ fidei, tum quoque cùm contractus, sed stricti iuris. Cùm in hoc etiam contractuum genere bona fides desideretur, quatenus non tam æquitatem significat, quàm opponitur dolo malo *l. bonam fidem 4. C. de obligat. & action.* Et cùm dicimus, Trãsactiones dolo malo, aut vi vel metu interpositas, ratas haberi non debere, non id significamus ipso iure nullas esse, siue dolus iis causam dederit siue in eas inciderit, sed infirmari eas opposita doli mali vel exceptione vel replicatione *dict. leg. sub prætextu*, dummodò vera aliqua lis præcesserit siue iusta siue iniusta aut iustus metus etiam improbæ litis, at non si quis per euidentem calumniam litem mouerit, aut minatus sit, vt ab initio iniustam extorqueret transactionem, vt in specie huius versic. in qua nec quæstioni locus supereſt, an transactio sit ipso iure nulla, quæ defectu materiæ nec facto ipso vlla est, vt explicauimus. Nec illa rursus Bartoli distinctio admitti potest, an transactio interposita sit dolo malo super contractu bonæ fidei, an super contractu stricti iuris, vt priore casu non etiam posteriore transactio sit nulla, vt quemadmodum, inquit, contractus bonæ fidei nullus, cùm dolus ei causam dedit, ita etiam distractus seu contractus resolutus adhibitus super eo contractu dolo causam ei dante sit nullus *arg. l. tutela Cod. de in integr. restitut. minor.* Cùm enim omnis transactio inducat nouationem & prioris obligationis, maximè si fiat per stipulationem Aquilianam *l. Aquiliana 4. & seq. supr. de transact.* habet illa propriam suam naturam à prioris contractus quisquis ille sit siue bonæ fidei siue stricti iuris, natura differentem. Denique quod ob transactionem etiam dolo malo factam solutum est, vel prima actione si perempta non sit, repetitur, vel actione De dolo *d. l. sub prætextu & l. actione 4. eod. tit.* sed condictione indebiti, nunquam extra casum huius §. Illud planè verum est, multum referre, an transactio facta sit super dolo malo, vt in *d. l. actione & l. 1. Cod. de plus petit.* an dolo malo. Nam & super dolo malo fieri transactionem bona fide nihil prohibet.

2 ¶ Id quoque quod ob causam datur, puta quòd negotia mea adiuta ab eo putaui, licèt non sit factum: quia donari volui (quamuis falsò mihi persuaserim) repeti non potest.

Ad §. 2. Id quoque.

Exemplum hîc proponitur solutionis factæ ob causam, sed præteritã & non obligatoriam, ex qua causa si quid solutum sit, quamuis falsa fuerit persuasio, condictio tamen nulla competit, quoniam is qui soluit, donandi animum habuisse intelligitur, licet donandi veram causam nullam habuerit. Non enim error in falsa causa transferendi dominij impedit translationem, vt neque error in falsa causa obligationis impedit obligationem *leg. damus 52. suprà*, vbi diximus, & easdem rationes dubitandi & decidendi, quæ huic §. conuenirent, attulimus: & illam quoque quæstionem tractauimus, quam Accursius & Bartolus hîc attingunt. Quid si is, qui dedit tibi centum putans adiuta à te negotia sua, quæ tamen neglexeri is, non aliter fuerat tibi donaturus? Vide itaque ea, quæ ad legem illam scripsimus.

3 ¶ Sed agere per condictionem propter condicionem legati, vel hereditatis, (siue non sit mihi legatum, siue ademptum sit legatum) possum, vt repetam, quod dedi: quoniam non contrahendi animo dederim. quia causa, propter quam dedi, non est secuta. Idem, & si hereditatem adire nolui, vel non potui [a]. non idem potest dici si seruus meus [b] sub condicione heres institutus sit, & ego dedero: deinde manumissus adierit. nam hoc casu secuta res est.

BIU Cujas

Ad §. 3. Sed agere.

Exemplum est soluti ob rem quidem futuram, sed condicionis tamen implendæ causa ad acquirendam hereditatem vel legatum, cuius tamen acquisitio nulla posteà secuta sit. In quo genere soluti dicimus condictioni locum esse, quia licèt datum sit condicionis implendæ causa, & condicio per eam dationem impleta sit, res tamen pro cuius acquisitione futura condicio implenda fuit, secuta non est: quæ ratio parit repetitionem, quia nec causa vlla dandæ eius pecuniæ fuit, vt scriptum est in *l. is cui hereditas* 34. *supr hoc tit.* Non enim contrahendi animo data videtur pecunia, sed tantum implendæ condicionis gratia, vt siue hereditatis, siue legati acquisitio, siue alia quælibet sequi posset. Scripsimus latissimè ad *d.l. is cui*, vbi vide.

a *Idem est etsi hereditatem adire nolui vel non potui.* RAT. DVB. Is qui heres institutus sub condicione si decem Titio daret, Titio implendæ condicionis causa decem dedit, si posteà hereditatem adire noluerit, cùm posset, sibi debet imputare cur noluerit, nec repetitionem habere potest eo prætextu, quod res propter quam impleuit condicionem secuta non sit, cùm per eum steterit quominus secuta sit, non per eum qui pecuniam accepit *l. pen. C. de cond. ob caus. dator.* in cuius scilicet arbitrio & potestate non est, vt aditio sequatur, vel non sequatur, quæ tota ex animo & voluntate adeuntis pendet *l. qui in aliena* 6. §. *vltim. l. pro herede* 20. *leg. gerit* 88. *De acquir. hered.* idque esse videtur quod habet iuris regula, in omnibus causis pro facto accipiendum esse id in quo per aliquem mora sit quominùs fiat *leg. in omnibus* 39. *de reg. iur.* Nec quod in potestate heredis instituti ab initio fuit, vt pecuniam implendæ condicionis causa daret, vel non daret, facere debet, vt in eiusdem arbitrio esse oporteat, vtrum datam pecuniam repetere possit, necne, quia priusquam daret, prudentiùs & maturiùs deliberare debuit, vtrũ sibi expediret dare, & condicionem implere. An non enim stultus est, qui pecuniam dat implendæ condicionis causa, vt hereditatem adeat, quã postmodum repudiatam velit? Et sicuti nemo ex solo facto suo potest ab inuito aduersario se liberare *l. si seruum* 91. §. *nunc videamus. De verb. oblig.* ita nec illud ferendum est, vt quis ex sola sua voluntate & pœnitentia dominium reuocare possit quod in alium transtulit *l. velles necne* 6. *C de reuoc. donat.* & accipientem condictione obstringere, nisi in casibus in quibus pœnitentiæ locus esse potest, vt de contractibus innominatis dici solet, & de condictione ob causam ei danda qui prior ex parte sua contractum innominatum impleuit cessante aduersario implere ex sua parte *l. si pecuniam* 5. *supr. de cond. caus. dat.* vbi latè scripsimus. Inter eos autem casus in quibus pœnitentiæ locus esse solet, hic non est, si quid implendæ condicionis gratia solutum sit. Etsi enim quod implendæ condicionis causa accipitur, non iure testamenti percipitur, mortis tamen causa capitur ex dantis eiusdémque domini voluntate, quod sufficit ad dominij translationem in perpetuum inducendam *l. qui precio* 8. *l. inter mortis* 18. *& pass. infr. de mort. caus. donat. & capion. l. id autem* 76. *infr. ad leg. Falcid. leg. Mœuius* 53. *in fin. de condic. & demonstr.* Planè cùm is qui pecuniam implendæ condicionis causa dedit, vt hereditatem adiret, eam adire non potuit, aliud iuris esse videtur, quia nihil est quod ei imputari possit. DEC. Quod implendæ condicionis causa datur, non ideo tantùm datur, vt condicio impleatur, sed etiam vt acquisitio sequatur propter quam impleri condicionem oportuit. Nec enim condicionis implementum sufficit ad acquisitionem, sed ad hoc tantùm, vt acquisitio sequi tandem possit *leg. ei qui* 13. *infr. de condic. instit.* Ergo si post datam condicionis implendæ causa pecuniam impediatur acquisitio ex aliqua causa, vndecunque tandem impedimentum proficiscatur, verum est dicere non esse rem secutam propter quam impleta est condicio, ideóque causam pecuniæ dandæ nullam subesse, quæ possit impedire repetitionem, si pecunia data sit ad hereditatem adeundam, quam postea heres institutus non adierit, siue quòd adire noluerit, siue non potuerit. Non enim cogendus est heres institutus propter commodum eius qui pecuniam condicionis implendæ causa accepit, implicare se oneribus hereditariis *l. non est cogendus* 53. *infr. ad SC. Trebell.* Nec ei præscribendum est, vt adeat hereditatem, vel vt causam adferat ob quam nolit adire, cùm variæ esse possint, eáque iusta *l. si in testamento* 22. §. *vltim. si quis omiss. caus. testament. leg. quia poterat* 4. *ad Senatusconsult. Trebellian.* Quid enim si ex postfacto æs alienum emerserit, quod tempore condicionis impletæ latebat? Cur institutum cogamus aut pecuniam, quam condicionis implendæ causa dedit, amittere, si hereditatem repudiatam velit? aut damnosam sibi hereditatem adire, vt pecuniæ quam sine causa dedisse probatur, repetendæ ius sibi præripiat & facultatem? Ex eo autem quod de adeunda hereditate loquimur, intelligimus ad extraneos heredes, non ad suos huius loci sententiam pertinere. Extraneorum enim est adire, aut repudiare, suorum verò se immiscere aut abstinere *leg. eum bonis* 87. *De acquir. hered.* §. *vltim. Instit. De hered. qualit. & differ.* Sunt enim sui ipso iure heredes citra vllam aditionem & ante apertas tabulas *leg. in suis* 11. *De liber. & posthum. l.* 1. § *qui sunt in potestate l. si quis omiss. caus. testam. leg. in suis ac suis & legit.* Et ideo deterior in hoc est condicio suorum heredum, quàm extraneorum, quòd si condicionem dandæ pecuniæ, quæ iis iniuncta est, impleant, hocipso fiunt heredes non tantùm nomine, sed etiam effectu, ita vt nec abstinere amplius possint *leg. iam dubitari* 86. *in princ. & §. infr. de hered. instit.* idque non tam vi condicionis expletæ, quàm potestate iuris & iure potestatis, quomodo eleganter & subtiliter loquitur Paulus *in leg. conditionibus* 5. *de condic. & demonstr.* Quod in extraneis heredibus secus est *dict. leg. ei qui* 13. *De condicion. institut.* Sic in *leg. prim. in fin. supr. de condict. caus. dat.* vbi diximus. Meritò igitur Paulus hîc scribit idem esse, si hereditatem, cuius adeundæ gratia, vt condicionem implerem, pecuniam tibi dederam, adire vel noluerim, vel non potuerim. Sequitur,

b *Non idem potest dici si seruus meus.* RAT. DVB. Parum interesse videtur, an tibi decem dederim condicionis implendæ causa ad hereditatem adeundam, deinde hereditatem adire vel noluerim, vel non potuerim, an verò seruus meus sub condicione dandę pecunię heres institutus sit, & ego pecuniam ei numerauero, vt tibi daret, deinde is manumissus adierit. Etsi enim hoc posteriore casu secuta est aditio quæ superiore secuta non fuit, attamen quod ad me attinet, non potest videri secuta cũ ex eiusmodi aditio-

aditione non acquiratur mihi hereditas, sed seruo instituto qui aditionis tempore manumissus inuenitur, §. *seruus autem vers. alienus Instit. de hered. instit. l. nihil interest 12. in princ. supr. de inoff. testam.* Ergo & hoc casu condictio pecuniæ mihi danda est quasi re nõ secuta. DEC. Cùm seruus meus heres instituitur sub condicione dandorum tibi decem, non id agit testator, vt mihi qui testamenti tempore dominus sum, acquiratur omnimodo hereditas, sed ei qui aditionis tempore dominus reperietur, siue ego ille sim, siue alius nouus dominus, adeóque ipsi seruo si cùm adibit hereditatem, sui iuris inueniatur *d. vers. alienus.* Vtrum ergo ex his tribus contingat fatendum est, secutam rem esse adita quandocunque per seruum hereditate & cuicunque tandem hereditas quæsita sit, data enim est pecunia seruo vt hereditatem adire posset, quæ nec nisi expleta condicione delata esse intelligitur *l. facta 63. §. si sub condicione ad SC. Treb. iunct. l. delata 151. De verb. signific.* atque ita vt hereditatem adeundo ei acquireret cui acquiri iure posset. Cùm autem disputatur cui per aditionem acquiratur hereditas, non testamenti aut mortis testatoris tempus inspicimus, sed aditionis. Quod in legato secus est, in quo inspiciendum est præcisè tempus, quo dies legati cedat, adeò vt si tempore quo dies legari cedere inciperet, alieni iuris fuerit legatarius, domino legatum debeatur, quamuis seruus post diem legati cedentem liber factus sit, vt benè Accursius noster explicat, ex *l. si post diem 5. §. vlt. & l. si vsusfructus 14. infr. Quand. dies legat. ced.*

4 ¶ Quod ob rem datur, ex bono, & æquo habet repetitionem, veluti si dem tibi, vt aliquid facias, nec feceris.

Ad §. 4. Quod ob rem datur.

Est hæc quarta species soluti, in qua de condictione & repetitione quæritur, si ob rem aliquam datum sit, scilicet futuram, & res secuta non sit, in qua dicimus locum esse repetitioni & condictioni, non quidem indebiti, sed ob rem dati re non secuta *tot. tit. De cond. caus. dat. caus. non secut. & l. damus 52. supr. hoc tit.* vbi diximus. Differt autem hæc species à superiore, quia licèt in vtraque condictioni locus sit, quasi re non secuta: in illa tamen datur, quia non ob rem futuram immediatè, sed condicionis implendæ gratia, per consequentias verò, vt post impletam condicionem res aliqua sequatur, quæ alioqui non sequeretur. In hac autem specie datur immediatè ob rem futuram, quæ si non sequatur, repetitioni locus est ex bono & æquo. Sed cur ex bono & æquo? An non enim ipsa iuris stricti ratio facit, vt quod ob rem datum est, re non secuta condicatur? Quæ dubitandi ad hunc §. ratio est: sed respondendum est, ideo dici hanc repetitionem dari ex bono & æquo, quia quisquis dat aliquid ob rem futuram hoc ipso contrahit συνάλλαγμα cum eo qui accipit *l. iuris gentium 7. §. 1. supr. de pact.* nec repetendi animo id facit, sed contrahendi, ob idque obligatum habet aduersarium, vt ex parte sua impleat quod promisit, aut præstet quanti actoris interest ciuili actione præscriptis verbis *d. §. 1. & l. naturalis 5. §. 1. & seq. infr. de præscript. verb.* In quo etiam differt hic ab eo qui dedit implendæ condicionis causa, vt res aliqua sequeretur. Is enim nec contrahendi animo dedit nec repetendi, sed implendę tantùm condicionis gratia, vt scriptum est *in §. præcedente.* Et tamen in illa quoque perinde atque in hac specie cõdictioni locus est re non secuta, & quidem similiter ex bono & æquo, quia extra hoc quod ab initio agebatur, hæc obligatio nascitur tacito quodam iure *l. is qui 13. in fi. infr. commod.* quod in condictionibus omnibus iuris est. Adfert autem Paulus exemplum, si dem tibi vt aliquid facias, nec feceris. Itaque comprehendit hæc species duo genera contractuum innominatorum, do vt des, & do vt facias. De quibus in *d. l. naturalis §. 1. & seq. de præscript. verb.* at non etiam duo alia illa facio vt des, & facio vt facias, quoniam facta cùm pro infectis haberi nunquam possint, nunquam condicuntur *d. l. naturalis §. quòd si faciam* vbi dicemus.

5 ¶ Ei, qui indebitum repetit, & fructus & partus restitui debent, deducta impensa.

Ad §. 5. Ei, qui indebitum.

RAT. DVB. & DEC. ID. ad hunc §. eadem est, quæ ad *l. indebiti 15. in princip. & ad l. si non sortem 26. §. libertus versic. & interdum supr. hoc titul.* quibus locis eadem sententia proponitur quę in hoc §. vt in condictionem indebiti veniant fructus & partus, & aliæ si quæ sunt accessiones naturales, non etiam ciuiles, quoniam indebiti condictio naturalis est. Veniunt autem non tam officio iudicis, quàm iure actioni, vt benè Accursius hîc post Ioannem ex *d. §. libertus.* Alioqui non venirent fructus, nisi qui post litem contestatam & acceptum iudicem percepti essent, quod non ita est *l. 2. l. videamus 38. in princ. & §. si actionem infr. de vsur.* Sed additur hîc, quod non fuit prætermittendum, fructus in condictionem indebiti venire deducta impensa. Nam nec fructus vnquam intelliguntur nisi deductis sumptibus qui ad eos colligendos necessarij sunt, idque naturali quadam ratione, quæ etiam in prædonibus locum habet, *l. si à domino 36. §. vlt. supr. de hered. petit.* Quanto magis in eo qui rem sibi à domino ipso traditam accepit? Hic enim plus quàm bonæ fidei possessor est, cùm sit etiam dominus *l. si quis cùm sciret 8. infr. pro emptor.* Nec sanè vllus casus interuenire potest, qui hoc genus deductionis impediat, inquit Iulianus *in l. fundus 51. supr. Famil. erciscund.* Iunge *l. vlt. infr. de impens. in reb. dotal. fact.*

6 ¶ In frumento indebito soluto & bonitas est repetenda: &, si consumptum frumentum, pretium repetet.

BIU Cujas

Ad §. 6. In frumento.

RAT. DVB. Quod indebitum soluitur, aut ipsum aut tantundem repetitur, *leg. quod indebitum 7. supr.* ipsum quidem si in specie consistat, tantundem verò si in genere, vt ibi explicauimus. Atqui frumentum est ex earum rerum numero quæ in genere cõsistunt, & in suo genere functionem recipiunt *l.2.§. mutui datio supr. de reb. credit.* Ergo si frumentum indebitè solutum sit, tantundem repetendum est, non frumenti soluti precium, quemadmodum si frumentum mutuo datum esset, nam & indebitum quasi mutuum & pro mutuo est §. *is quoque Instit. quib.mod.re contr.oblig.* Nec quod in frumento bonitas quoque spectanda sit, ad rem facit, nam & in mutuo id agitur, vt tantundem reddatur in eadem bonitate & qualitate *l.cùm quid 3. supr. de reb.credit.* & tamen non eo minus tantundem frumenti reddendum est, condictione certi ex mutuo, non autem frumenti precium. DEC. In condictione indebiti illud tantùm inspicimus in quantum factus sit locupletior is, qui cõdictione tenetur *l.si non sortem 26. §.libertus supr. hoc tit.* Ideò enim condictio hæc comparata est, non vt actoris indemnitati pleniſſimè consulatur, sed ne is qui indebitum accepit, ex aliena iactura locupletetur *l.nam hoc natura 14. sup.l.prox. infr. hoc tit.* Atqui si frumento consumpto quod indebitè solutum fuerat, tantundem frumenti condiceretur, licèt in eadem bonitate & qualitate, vt euenit in mutuo, facilè accideret, vt in plus vel minus teneretur is, qui accepisset, quàm in quo factus esset locupletior. Est enim frumentum ex earum rerum numero, quæ non tantùm in genere consistunt, sed etiam pro temporum & locorum varietate aliam atque aliam recipiunt æstimationem *leg.3. infr. de eo quod cert.loc. l.oleo 23. iunct. l.frumenti 17. C. de vsur.* Ne igitur actori aut reo fiat iniuria, necessario dicendum est, indebiti frumenti consumpti precium venire in condictionem indebiti, non frumentum ipsum, neque quod consumptum est, quia non extat amplius, neque tantundem quia in eo vel plus vel minus contineretur, quàm in condictionem venire debeat, nec facilè fieri potest, vt in huiusmodi rerum genere quod tantundem est, sit etiam tantidem. Et ita benè hîc docet Bartolus nisi quod eo tantùm consulere vult, ne in plus teneatur quàm quanto locupletior factus sit, cùm tamen actori æquè consulendum sit, vt non minus consequatur quàm sit id in quo reus locupletior factus est: tam facilè autem posset hoc quàm illud contingere, si tantundem frumenti etiam æquè boni reddendum esset, non precium consumpti. Quid ergo si frumentum solutum indebitè adhuc extet, necdum sit consumptum? Non precium frumenti hoc casu repetendum erit, quia periculum hîc nullum subest, ne in plus vel minus quàm oporteat condemnetur is qui indebitum accepit, sed vel illud ipsum frumentum quod solutum est, quamuis possit solo cursu temporis factum esse deterius, vel quia functionem recipiat in suo genere, tantundem in eadem bonitate & qualitate. Atque ita erit hoc casu locus ei quod scriptum est in *dict. l. quod indebitum.* Quod tamen nescio an Bartolus noster viderit ac perceperit. Sanè quod Accursio placet intelligendum esse hunc §. de frumento, quod solutum sit, tanquam debitum in specie, non in genere, sicuti suspectum est Bartolo, ita mihi non probatur: cùm sit commentitia interpretatio, quæ nullis §. verbis adiuuatur: nec possit frumenti solutio fieri in genere: sed tantùm in specie. Genus enim cùm in iure cõsistat, non in corpore, neque videtur neque tangitur, nec proinde soluitur. Cúmque in condictione indebiti nihil aliud quærendum sit, quàm in quo factus sit locupletior is qui debitum accepit, vt diximus, ex *d.l.nam hoc natura & dict. §.libertus*, apparet nihil omnino interesse ad reum in plus vel minus obligandum, vtrum ei solutum sit frumentum quasi debitum in genere, an quasi debitum in specie, cùm ea soluentis opinio non possit accipientem facere minus locupletem, aut locupletiorem: vtroque enim casu idem soluitur, nec plus aut minus vno quàm alio: quemadmodum autem bonitas frumẽti consumpti ea demum æstimanda est quæ fuit, non cùm frumentum solueretur, sed cùm consumeretur, ne alioqui in plus vel minus teneatur is qui cõsumpsit, quàm in quantum factus sit ex eo locupletior, ita & si adhuc extet tantundem quidem repetendum est, sed in ea bonitate quæ fuit non solutionis tempore, sed propositæ condictionis. Non enim locupletior factus videri potest is, qui accepit in ea bonitate, quæ fuit tempore solutionis, si quo tempore condictio instituitur, bonitas illa decreuerit sine mala fide vlla accipientis. Quid enim si frumẽtum ipse corrupisset immixta siligine, vel hordei quantitate? Æquum certè esset teneri eum, vt tantundem redderet in ea bonitate quæ fuisset cùm frumentum solueretur, alioqui dolus ei suus prodesset. Planè quod Bartolus hîc contra Paulum disputat, in obligationibus dandi post rem peremptam agendum esse, nihilominus ad rem non ad precium ex *l.pen. supr. de condict. caus. dat.* alienum est ab huius loci sententia. Tunc enim id procedit, cùm res quæ dari debuit, perempta est post moram, quia est vnus ille ex moræ effectibus, vt res post moram perempta extare adhuc videatur, ideoque & peti adhuc possit, licèt præstari amplius non possit *l.si seruum 91. §. sequitur & §. vlt. infrà de verb. oblig.* At nos tractamus eum casum, in quo frumentum etiam nulla mora interueniente consumptum adhuc præstandum sit, quatenus scilicet is qui indebitum frumentum accepit, & suo iure consumpsit, inuenitur factus ex eo locupletior, vt nimirum eatenus condictione teneatur. Atqui reperitur factus locupletior in frumenti consumpti precio, cùm frumentum in suos vsus consumpserit. Tantundem enim de suo comparare & erogare debuisset, si indebitum hoc frumentum non accepisset *l. sed etsi 25. §. quod autem in fin. supr. de hered. petit. l. filiusfamilias 18. infr. de in rem vers.* Ergo precium frumenti consumpti necessariò ei condicendum est, nec de frumento ipso citra moram & bona fide consumpto tractari quicquam amplius potest. Neque nouum est, vt in condictionem indebiti aliud veniat, quàm quod solutum fuit, præsertim verò solutæ rei precium, & æstimatio *d.§.libertus*, vbi diximus.

7 ¶ Sic, habitatione data, pecuniam condicam, non quidem quanti locare potui [2], sed quanti tu conducturus fuisses.

Ad §.

BIU Cujas

Ad §.7. Sic habitatione data.

RAT. DVB. Quod indebitum solutum est, aut ipsum in specie repetendum est, aut tantundem in genere, vt pro ratione dubitandi scripsimus ad §. præcedentem ex *l. quod indebitum 7. supr. hoc tit.* Atqui cùm habitatione data indebitè pecuniam condico, neque id ipsum quod dedi, repeto, neque tãtundem. Ergo permittendum mihi non est, vt pecuniam condicam. DEC. Non est nouum, vt aliud soluatur, aliud verò condicatur, vt proximè diximus ex *l. si non sortem 26. §. libertus supr. hoc titul.* vbi soluto indebitè fundo etiam fructus condicuntur, & solutis operis quæ non debebantur, earum æstimatio repetenda est. Idem igitur & in proposito euenit, vt habitatione data indebitè, possim & debeam condicere pecuniam, id est, precium habitationis, quẽadmodum in §. præcedente consumpto frumento, quod indebitè solutum fuit, non frumentum ipsum condicitur, quod consumptum est, neq; tãtundem, sed frumenti consumpti precium. Itaque benè hic §. præcedenti subiungitur his verbis *sic habitatione data*, tanquam similem habens iuris rationem, eandémque dubitandi & decidendi causam. Habitatio enim perinde ac frumentum consumitur, sed frumentum vsu, habitatio autem etiam non vsu: nã habitatio vnius diei non eadem quæ alterius diei habitatio est. Et quemadmodum Celsus eleganter dicebat, vsumfructum quotidie constitui & quotidie amitti *l. 1. §. interdum supr. de vsufr. adcresc.* ita & de habitatione similiter dici posse videtur, quotidie illam constitui & quotidie amitti, quoniam & prædij vrbani fructus in diurnæ habitationis commodo consistit *l. item quæritur 13. §. qui impleto in fin. infr. locat.* Denique habitatio magis in facto, quàm in iure consistit *l. pen. supr. de capit. minut.* Quæ autem facti sunt, nunquam condicuntur, vt diximus ad §. *quod ob rem supra.*

a *Non quidem quanti locare potui.* RAT. DVB. Tanti mea interest quanti habitationem locare alij potui, non quanti fueris tu conducturus *l. si nauis §. 26. generaliter supr. de rei vindic. l. si commissa 13. infr. rat. rem haber.* Ergo cùm permittendum mihi sit, qui habitationem tibi indebitè dedi, vt pecuniam condicam, condicere debeo quanti locare habitationem potui, non quanti conducturus fueris.

DEC. Condictio indebiti neque iure actionis, neque officio iudicis persequitur quanti actoris interest, sed tantùm quanto locupletior reus factus est, vt lucrum ei omne eripiatur, non etiam vt actori plenissima indemnitas præstetur *d. l. si non sortem 26. §. libertus supr.* Atqui ob id quod habitationem indebitam à me habueris, non potes videri factu locupletior, quãti locare alij eam potuissem, sed quãti tu à me conducturus illam fuisses, quod plerunque minus est, pro conductoris scilicet persona & qualitate: satis igitur mihi esse debet, quod condictione indebiti tantam pecuniam possim à te condicere quantam tu conductionis nomine præstaturus fuisses, si indebitam habitationem à me non habuisses. Quod si habitationem indebitam nec à me, nec ab alio habueris, sed simpliciter in domo mea habitaueris, placet quod vult Bartolus, dãdam mihi contra te condictionem non quidem indebiti, cùm factum meum nullum interuenerit, per quod aliquid quod meum erat tuum fecerim *leg. si in area 33. supr. hoc titul.* sed sine causa ad tantam pecuniam quanti tu fueras conducturus, quia in tantum duntaxat potes videri factus locupletior *arg. l. prox. infr. & l. 2. infr. tit. prox.* Non enim requirit condictio sine causa quod requirit condictio indebiti, vt aliquid ex meo tuum fecerim, sed tantùm vt aliquid ex meo sit penes te sine causa. Vnde est quod nec condictio sine causa comparatur mutuo, quomodo condictio indebiti *l. 5. §. is quoque infr. de oblig. & action. & §. is quoque Instit. quib. mod. recontr. oblig.*

8 ¶ Si seruum indebitum tibi dedi, eúmque manumisisti: si sciens hoc fecisti, teneberis ad precium eius: si nesciens, non teneberis: sed propter operas eius libertã, & vt hereditatem eius restituas.

Ad §.8. Si seruum.

RAT. DVB. Etiamsi seruum indebitum tibi dederim, feci tamen tuum, alioqui non possem eum condicere meum manentem, nisi à fure *l. vlt. supr. vsufruct. quem. caueat. §. sic itaque Instit. de act.* Et quamuis non desint, qui putent eum qui indebitum sciens accepit, furtum facere ex *l. quoniam 18. infr. de condict. furt.* verius tamen est nunquam posse furem dici eum qui ab ipso domino, & ex eius non modo voluntate, sed etiam manibus possessionem rei nactus est, cùm non tantum bonæ fidei possessor sit, sed etiam dominus *l. si quis cùm sciret 8. infr. pro emptor.* Et quod contra scriptum videtur in *d. l.* quoniam ad eum casum restringi debet, in quo quis sciens indebitum acceperit à non domino, puta à procuratore siue falso siue vero falsi debitoris, vt ibi dicemus. Atqui quisquis serui dominus est, eum manumittere pro suo iure potest, si aliud nihil impediat, vt eos casus excipiam de quibus in *tit. qui & à quib. manum. liber. non fiant.* Nec ob datam seruo suo libertatem precium eius dare cuiquam cogitur exceptio casu *l. quidam 25. §. si quis filium infr. ad Senatusconsultum Trebellianum*, de quo alibi scripsimus, & si qui alij sunt similes. Ergo si seruum indebitum tibi dederim, eúmque manumiseris sciens indebitum, siue sciueris iam inde ab initio & eo tempore quo tibi dedi, siue tunc tantùm cùm manumisisti dicendum est, te ad reddendum mihi precium non teneri.

DEC. Condictio indebiti comparata est, ne quis ex aliena iactura lucrum faciat *l. prox. infr. l. nam hoc natura 14. l. si non sortem 26. §. libertus supr.* Lucrum autem est, & quidem improbum quoties quis ex alieno largitur, vt sibi acquirat beneficij debitorem *l. si quis pignore 54. §. 1. infr. de furt.* Acquirit autẽ sibi debitorem beneficij, & quidem maximi, quisquis seruo dat libertatem, licèt dici soleat non fieri locupletiorem eum qui libertum adquisiit *l. nemo prædo est 126. §. 1. de regul. iur.* Porrò libertas semel data neque reuocari per eum qui dedit, neque condici per alium potest *§. si is qui Instit. de eo cui libert. caus. bon. addic.* Illud ergo vnum superest quod dici possit, vt eius serui precium mihi per condictionem reddere tenearis, vt saltem precium succedat loco rei. Etsi enim verum est non precium tibi à me datum esse, sed seruum, aliud verò esse seruum ipsum, aliud verò serui precium *l. si alij 42. §. 1. supr. de vsufru. l. vlt. Cod. de*

BIU Cujas

fideic.libert. Illud tamen negari non potest, quin ego dando tibi seruum hoc ipso factus sim pauperior in precio, quod ex venditione serui consequi potuissem, & tu eo ipso instanti factus sis locupletior quãti eo tempore seruus fuit, quia & tanti vendere potuisses, si voluisses. Nec quod manumittere illum malueris, quàm vendere, condictionem aut serui aut precij acquisitam tollere mihi potuit, quia licèt manumittendo seruum, atque ita pro seruo libertum acquirendo non sis factus locupletior, perinde tamen habẽdus es, ac si precium penes te haberes, cùm tanti habueris carere precio, vt libertum eum haberes. Habes ergo precium æquipollenter, &, vt ita dixerim, eminenter. Proinde æquum est te verũ iustúmque precium mihi reddere, cùm sciens indebitum seruum manumiseris, vel ob hoc ipsum ne condici amplius tibi posset, ne alioqui dicendum sit in potestate tua fuisse condictionem mihi competentem solo facto tuo adimere, téque à condictionis periculo liberare contra *l. vlt. supr. de pact. l. si seruum* 91. §. *nunc videamus infr. de verb. obligat. l. Granius* 71. §. *pen. infr. de fideiuss.* Nec nouum est, vt res aliqua indebitè soluta sit, nec ipsa tamen, sed precium eius condicatur, vt in specie *d.* §. *libertus*, vbi diximus. Quoties enim æquitatem desiderij naturalis ratio aut dubitatio iuris moratur, iustis decretis temperãda res est *l. in ambiguis* 85. §. *vlt. de reg. iur.* Et rursum quoties nihil sine captione inuestigari potest, id eligendum semper est quod minimum habeat iniquitatis *l. quoties* 200. *cod.* In proposito autem nihil minus iniquum dici potest, quàm vt tu qui sciens & prudens seruum indebitè tibi solutum manumisisti, vt & mihi condicendi eius & tibi restituendi facultatem præriperes, saltem ad precij restitutionem mihi tenearis, vt & in specie *l. si is cui* 39. *infr. de mort. caus. donat.*

a *Si nesciens, non teneberis, sed propter operas eius liberti.* RAT. DVB. Non alius condictione tenetur, quam qui vel locupletior factus est, & quàtenus locupletior effectus fuit vel prudens & sciens fecit, ne in plus locupletaretur, vt in superiore casu. Atqui cùm hominem indebitum tibi dedi, & tu nesciens indebitum accepisti, acceptúmque manumisisti, neque potes videri factus locupletior per acquisitionem liberti *d. l. nemo prædo est* 126. §. 1. *de regul. iur.* neque imputari tibi potest cur eum manumiseris, cùm bona fide id feceris nesciens te condictione teneri. Ergo nulla æquitas patitur, vt condictione aliqua tenearis nec magis propter operas liberti, quàm ad precium eius restituendum, cùm operæ hominis in fructu sint *l. 3. & 4. supr. de oper. seruor.* bonæ fidei autem possessor fructus omnes faciat suos *l. bonæ fidei* 48. *de acq. rer. domin.* multo magis autem ille qui dominus est, qui nec cõsumptos nec extantes, nec iure actionis nec officio iudicis restituere vnquam cogitur. Et verò cùm negari non possit, quin accipiendo à me seruum quamuis indebitum, factus sis eius dominus, cùm verò eum manumisisti, ex domino patronus, an non planè iniquum fuerit cogi te mihi per condictionem indebiti hereditatem eius mihi restituere, quam iure patroni tibi acquisieris, & quæ fortassis nunquam ad me peruenisset, si eum tibi non dedissem, quia nec fuissem vnquã fortasse manumissurus? DEC. Cõdictio species quędã euictionis est, quæ tollit intellectum factæ solutionis, vt in *l. si patroni* 55. §. *vlt. infr. ad SC. Trebel.* Atqui si non tibi dedissem Stichum, quasi debitum, cùm esset reuera indebitus, tu neque operas eius aut ex operis quicquam lucri percepisses, neque bona ipsius aut hereditatem tanquam liberti tui, quia nec libertus tuus esse potuisset, qui à te manumissus nunquam fuisset. Nec tamen negare potes, quin & in hereditate illa & in operis factus sis locupletior per solutionẽ indebiti. Nulla ergo tibi fit iniuria, si per condictionem indebiti auferam tibi omne id, in quo locupletior factus es, quódque hodie non haberes, si tibi indebitum non soluissem. Planè vt serui precium mihi reddas, non teneris, quia nec in eo factus es locupletior, nec dolo tuo factum est, quominus ea tenus locupletior factus sis. Sed etsi alio quàm patroni iure hereditatem liberti acquisieris, non debet ea res meum ius augere in causa condictionis, cùm non quasi patronus id acquisieris, sed quasi alius quilibet *leg. si verò* 64. §. *item quicquid infr. solut. matrim. l. si quis seruum* 23. *de action. empt. l. si paterfamilias* 15. §. 1. *supr. de adopt. l. debitor* 59. §. *vltim. infr. ad SC. Trebell.* Illud non est prætermittendum, quod Accursius notat, aliam rationem esse heredis qui seruum à se ex legati causa præstandum siue sciens, siue ignorans manumisit. Hic enim omnimodo tenetur legatario, vt saltem precium ei præstet §. *sirus legata* 16. *Inst. de legat. l. si quis inquilinos* 112. §. 1. *de legat. 1.* quia omnimodo eum oneratum testator voluit, quam defuncti voluntatem nullo ille facto suo potuit eludere. In proposita autem specie is, qui sciens indebitũ seruum accepit, & manumisit, non tenetur nisi ex æquitate, nec rursũ ex æquitate nisi quatenus locupletior factus est, aut per eum steterit, quominus factus sit: non est autẽ factus locupletior, nec pro locupletiore habendus, qui seruum ignorans indebitum accepit & manumisit, ne ea manumissione aliquid præter libertum acquisiuit, vt benè hîc Accursius ratiocinatur. Sanè quod addit simile huic esse legatariũ, qui cauit heredi vulgari cautione, si cui plus quã per leg. Falc. vt si res legata penes legatariũ interim sine dolo malo pereat, non teneatur heredi *l. 1. §. vlt. & l. 2. & 3. infr. ill. tit.* ego non ita facilè probare possum, qui video multum distare, an res debita facto suo pereat, an facto debitoris etiam iusto & cum bona fide coniuncto, itémque non generis, sed speciei debitorem esse legatarium, qui legatum accepit præstita cautione, quia nec solutio fieri vnquam potest in genere, sed semper in specie, vt diximus ad §. *in frumento supr.*

9 ¶ Indebitum est, non tantùm, quod omnino non debetur: sed & quod alij debetur, si alij soluatur: aut si id, quod alius debebat, alius, quasi ipse debeat, soluat.

Ad §. vlt. Indebitum.

De huius §. sententia iam scripsimus ad *l. si pœnæ 19. §. 1. l. si non sortem 26. §. indebitum & ad l. repetitio 44. supr. hoc tit.* in quibus locis omnibus eadem sententia proponitur, quæ in hoc §. nisi quod hîc apertius exprimitur, quantum ad indebiti condictionem pertinet,

BIU Cujas

pertinet, indebitum dici non si quis simpliciter soluat, quod ipse debeat, alius verò debeat, sed si cùm nihil ipse debeat, soluat tamen quasi debeat: quo casu verè indebitum est, quod soluitur, licèt ei qui solutionē accipit, hoc ipsum quod soluitur, ab alio debeatur: ideóq; condictio indebiti dāda est ei qui soluit, nec locus est regulæ quæ negat repetitionem vllā esse ab eo qui suum recepit, licèt alius soluerit, quàm qui debuit *d.l.repetitio*. Procedit enim illa regula, quoties is qui soluit alieno nomine, soluit & quasi alius, nō quasi ipse debeat *l. cū quis* 38. §. *de pecul. in fi. infr. de solu. l. si quid possessor* 31. *in pr. de her. pet. sup.*

66. PAPINIANVS libro 8. Quæstionum.

HÆc condictio ex bono & æquo introducta, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, reuocare consueuit.

Ad l. Hæc condictio 66.

Non aliam habet hæc lex dubitandi aut decidēdi rationem, quàm quæ ad totum hunc titulum pertinet, adeóque ad vniuersum tractatum de condictionibus. Non enim videbatur permittendum ei, qui facto suo dominium rei suæ in alium transtulisset, vt contra factum suum veniret, & ab aduersario suo dari sibi debere intenderet, quod prior ille aduersario dedisset, cùm nemini permittendum sit, vt contra factum suum veniat, si modò factum illud à iure non sit improbatum *l. post mortem 25. supr. de adopt. l. vlt. C. de pact. int. empt. & vendit.* Sed tamen æquitas, quæ omnes omnino condictiones induxit & repetitiones *l. pen. in fin. infr. ad SC. Trebell. l. cùm hi* 8. §. *si quis de alimentis vers. sanè supr. de transact.* non patitur, vt ex aliena iactura quis locupletetur *l. iure naturæ* 206. *de regul. iur. l. nam hoc naturæ* 14. *supr. hoc tit.* Ideóq; quod ex alieno apud alium sine causa nullóque iure esse reperitur, ex bono & æquo auocandum est, ex ea scilicet æquitate, quæ iuris naturalis est & gentium *l. rerum* 25. *infr. rer. amot. l. prox.* §. *quod ob rem supr.* Excipit tamen Accursius casum *l. 1.* §. *interest infr. si ventr. nomin. mulier in poss. miss.* quasi quod ibi penes mulierem etiam sine causa esse deprehenditur, ab ea tamen auocari non possit, sed malè. Ibi agitur de fructibus à muliere in possessionem missa ventris nomine bona fide consumptis, qui proinde nec amplius penes mulierem esse deprehenduntur, nec sine causa, cùm & prætore authore, & bona fide percepti, adeóque etiam consumpti sint. Nec valde refert, an quod alienum fuit tale manserit, an verò factum sit accipientis: nisi quòd posterior hic casus inducit condictionem indebiti, quæ omnimodo exigit, vt quod alienū fuit, translatum sit in alium facto & voluntate domini, factúmque sit accipientis *l. si in area* 33. *supr. hoc titul.* Prior verò casus potest inducere condictionem sine causa, quæ generaliorem causam habet quàm condictio indebiti: nec aliud requirit, nisi vt quod etiam hodie alterius adhuc est, apud alium tamen sine causa esse deprehendatur: quod cùm accidit, possessio quidem frequentius quàm dominium in condictionem venit (est enim condictio interdum solius etiam possessionis à dominio seiunctæ, adeóque condictio indebiti, vt vidimus in *l. indebiti* 15. §. *sed si nummi supr. hoc tit.*) sed tamen potest fieri, & verò fit plerunque, vt per condictionem sine causa etiam dominium auocetur, nempe quod non facto prioris domini, sed alia quauis ratione ad possessorem peruenerit, dummodo sine causa penes eum hodie sit *l. 2. 3. & 4. & pass. infrà tit. prox. l. 2. 3. & 4. C. de condict. ex leg. & fin. caus. l. seruus quem* 30. *vers. secundum quæ inf. de act. empt. & l. si & me & Titium* 32. *sup. de reb. credit.* quam de condictione sine causa accipiendam esse rectè scripsit Cuiacius ad hanc legem. Nā vt idem Cuiacius in Paratitlis docet, condictio sine causa concurrit quidem plerunque cum condictione indebiti, cæterisque condictionibus, sed interdum tamen etiam sola datur, vt in specie *d. l. si & me & in l. inf. tit. prox.* Intellige ergo hanc legem quomodo voles, aut de condictione indebiti, aut de condictione sine causa, dum ne condictiones iustas confundas. Iunge quæ scripsi ad *d. l. prox.* §. *quod ob rem supr.*

67. SCÆVOLA lib. 5. Digestorum.

STichus testamento eius, quem dominum suum arbitrabatur, libertate accepta, si decem annis ex die mortis, annuos decem heredibus præstitisset, per octo annos præfinitam quantitatem, vt iussus erat, dedit: postmodum quàm se ingenuum comperit: nec reliquorum annorum dedit, & pronunciatus est ingenuus, quæsitum est, an pecuniam, quam heredibus dedit, vt indebitam datam repetere, & qua actione possit? respondit, si eam pecuniam dedit[a], quæ neque ex operis suis, neque ex re eius, cui bona fide seruiebat, quæsita sit, posse repeti.

Ad l. vlt. Stichus testamento.

RAT. DVB. Condictio indebiti non habet locum, nisi cùm aliquid datum est ob causam præteritam, éamque sui natura obligatoriam *l. damus* 52. vbi diximus *supr. hoc tit.* Atqui cùm Stichus testamento eius quem dominum suum arbitrabatur, libertate accepta sub ea condicione, si per decem annos continuos decem heredi præstaret, decem per octo annos præstitit, non ob causam præteritam præstitit, sed ob futuram, vt scilicet post decen-

BIU Cujas

nium libertatem directam ex defuncti testamento consequeretur: quæ tamen causa non potest sequi in persona eius, qui iam tum & liber & ingenuus erat, quique talis per sententiam pronunciatus est. Nec enim qui iam liber & ingenuus est, magis liber & ingenuus fieri potest, neque dubitandi causa vlla relinquitur, quin talis sit post sententiam de ingenuitate redditam, quæ pro veritate habetur *l. ingenuum 25. suprà de stat. homin. l. res iudicata 208. de regul. iur.* Ergo quod per octo annos præstitum est, per condictionem indebiti repeti non potest. Atque ita Accursius noster & Azo sentiunt, existimantes legem hanc quæ dat Sticho repetitionem, intelligi debere de condictione ob causam dati causa non secuta ex *l. 3. §. si liber homo supr. de condict. caus. dat. caus. non secut. l. cùm ancillam 6. l. si liber 9. Cod. eodem.* Quod tamen Bartolus non probat, veriorem existimans Irnerij sententiam, qui de condictione indebiti responsum hoc intelligebat. Nec aliud mihi iudicium est, sed non ratione illa qua potissimum mouetur Bartolus, quòd vnaquæque lex debeat intelligi secundum naturam tituli, sub quo posita est ex *l. Imperator 16. infr. de in diem addict.* [non enim ita scripsit Scæuola sub *tit. de condict. indeb.* sed libro quinto Digestorum, & constat in libris nostris multas leges esse sub alienis titulis collocatas, quas ideo nec malè *fugitiuas* solet Cuiacius dicere.] At potius, quia mera iuris ratio facit, vt de indebiti condictione lex hæc intelligi debeat, nimirum quia in hac specie non immediatè ob causam futuram libertatis acquirendæ data fuerat pecunia, nec ab eo qui sciebat se non teneri, vt malè Azo credidit [alioqui non posset repetere, qui sciens dando indebitum donasse videretur *l. cuius per errorem 53. de regul. iur. l. si is qui 24. l. si non sortem 26. §. indebitum l. quod quis 50. supr. hoc tit.*] sed ob causam præteritam adscriptæ condicionis testamentariæ, eiusque implendæ gratia, sed per errorem. In quo differt hæc species ab illa, de qua in supradictis legibus quæ dant condictionem ob rem dati re non secuta. Cui tum demum locus est, cùm quis iam liber pecuniam dedit ad hoc immediatè, vt manumittatur: non etiam vt pareat condictioni. Causa enim dandæ pecuniæ nulla est in persona eius cui adscripta condicio est, ad promerendam libertatem cùm iam liber esset, vt & in specie *l. is cui hereditas 34.* vbi diximus *supr.* Aliaque ratio est eius de quo in *l. 1. §. 1. supr. de condict. caus. dat.* id est, qui pecuniam dedit implendæ condicionis causa, vt hereditatē sibi acquirere posset, quam postea vltro repudiauerit. Habuit enim is causam dandæ pecuniæ, vel ob hoc ipsum, vt hereditatem repudiare posset, quam porrò repudiare non poterat, antequàm esset delata *l. 1. §. decretalis infr. de succeff. edict. l. illud 77. de acquir. hered.* nec rursus delata poterat videri hereditas ante impletam condicionem, *l. facta 63. §. si sub condicione ad Senatusconsultum Trebellianum l. ei qui 13. de condict. instit.* Proinde secuta repudiatione condictioni locus est non indebiti, sed quasi re non secuta. At in specie quam tractat hîc Scæuola, non subest aliqua causa dandæ pecuniæ, ne quidem implendæ condicionis gratia, cùm iam liber & ingenuus esset Stichus cui adscripta fuerat condicio ad libertatem promerendam, cùm iam liber esset, & ingenuus.

a *Respondit, si eam pecuniam dedit.* Proposita erat Scæuolæ duplex quæstio, an in hac specie repeti posset pecunia per octo annos soluta ab eo, qui obligatum se putabat, vt per decem annos continuos decem annua heredi præstaret condicionis implendæ causa, item qua actione repeti deberet. Et quidem ad posteriorem quæstionem nihil respondet Scæuola *quasi surdus*, inquit Accursius. Ideò fortasse, quòd dubitari quidem poterat, vtrùmne condictio indebiti competeret, an potius ob rem dati re non secuta, quæ vix vnquam possunt concurrere *l. damus 52. supr.* Sed de condictione *sine causa*, quæ generalior est, dubitari non poterat, quin ea saltem competeret, quandoquidem & cum aliis plerunque competit, & sola plerunque datur, vt diximus ad legem præcedentem. Sed ad priorem quæstionem propositam, quæ plus habebat difficultatis, respondet Scæuola cum distinctione, si eam pecuniam Stichus dedit, quæ neque ex operis suis neque ex re eius cui bona fide seruiebat quæsita sit, repeti pecuniam posse. Quæ distinctio dubitandi rationem illam habet, quòd per liberam personam nihil alij quæri possit, *l. solutum 11. §. per liberam infr. de pignor. act. l. stipulatio ista 38. §. alteri de verborum obligationibus l. 1. Cod. per quas person. nob. acquir.* Sed fallit ea regula in libero homine bona fide alij seruiente. Acquirit enim tam ex operis suis, quàm ex re illius, cui bona fide seruit suo possessori, ex aliis verò causis omnibus sibi *l. acquiruntur 10. §. idem placet l. qui bona fide 23. in princip. de acquir. rer. domin.* Ergo quod ex operis suis, vel ex re bonæ fidei possessoris acquisitum Stichus soluerit, non est æquum vt possit repetere, cùm non ex sua, sed ex ipsius possessoris pecunia soluerit. Sunt enim omnes hæ quæstiones quæ de cōdictionibus occurrunt ex bono & æquo diiudicandæ, *leg. prox. & l. in summa 65. §. quod ob rem l. indebiti 15. supr. hoc tit. l. si & me 32. sup. de reb. cred. l. cùm hi 8. §. si quis de alimētis vers. sanè sup. de transact. l. pen. in fi. inf. ad SC. Trebell.*

1 ¶ Tutor creditori pupilli sui plus, quàm debebatur, exsoluit: & tutelæ iudicio pupillo non imputauit. quæro, an repetitionem aduersus creditorem haberet. respondi, habere.

Ad §. 1. Tutor.

RAT. DVB. Cùm indebitum tutor impuberis nomine numerauit, impuberis non tutoris condictio est *l. cùm indebitum 57. supr.* nunquam enim tutores, aut procuratores alieno nomine soluentes repetunt, siue suam, siue pupilli aut domini pecuniam soluerint *l. si procurator 6. in fin. supr.* quia scilicet non suo nomine soluerunt, sed alieno, vt ibi diximus. Ergo non est adhibenda distinctio, quæ hîc adhibetur à Scæuola: vtrum tutor in reddendis tutelæ rationibus eam pecuniam quam impuberis nomine soluit, ipsi reputauerit necne, sed indistinctè dicendum est, denegandam ei condictionem, quasi nullum damnum sentiat qui ex culpa sua sentit, cùm imputare sibi debeat, cur non reputauerit, cùm posset. DEC. Quod impuberis nomine solutum consequi tutor potest, siue directa tutelæ actione siue contrario & vtili tutelę iudicio, eius cōdictionem habere quidem tutor non debet, sed pupillus cuius nomine indebitum tutor soluit: sed quod

BIU Cujas

quod consequi & repetere à pupillo non potest, id eum repetere ab eo qui indebitum accepit æquissimum est, ne alioqui in damno ipse maneat, qui autem indebitum accepit, ex ipsius iactura locupletetur contra naturalem æquitatem *l. nam hoc natura 14. supr.* At qui tutor qui actione tutelæ à pupillo cõuentus rationes ei reddidit, nec quod indebitum eius nomine soluerat ipsi reputauit, nulla amplius ratione indemnitatem consequi à pupillo potest, quia non nisi semel tutelæ agi potest, nec rursus cõtrario tutelæ iudicio postquam semel directo actu est, cùm sufficiat directum non minus tutori quàm pupillo, si quid ille vicissim tutori reputare aut ab eo petere velit. Non. n. comparatum est contrarium iudicium tutelæ nisi ne cogatur tutor expectare, vt pupillus agat tutelæ, si fortè tardius agere velit, quia sciat se tutoris sui esse debitorem *l. 1. §. vlt. de contr. tutel. & vtil. act. iunct. l. nisi finita 4. in princ. & §. si adhuc & §. si cum adhuc 6. de tutel. & rat. distr.* Ergo alterutrũ euenire necesse est, vt vel in damno maneat tutor, qui per errorẽ soluit indebitũ, nec id pupillo actione tutelæ reputauit, & ex eius damno fiat locupletior falsus creditor, aut vt dãda ei sit cõtra falsũ creditorem, qui indebitum accepit, indebiti condictio.

2 ¶ Titius cùm multos creditores haberet, in quibus & Seium, bona sua priuatim facta venditione, Mæuio concessit, vt satis creditoribus faceret: sed Mæuius soluit pecuniam Seio tanquam debitam, quæ iam à Titio fuerat soluta. quæsitum est, cùm postea reperiantur apochæ apud Titium debitorem partim solutæ pecuniæ, cui magis repetitio pecuniæ indebitæ solutæ competit, Titio debitori, an Mæuio, qui in rem suam procurator factus est? respondi secundum ea, quæ proponerentur, ei, cui postea soluisset.

Ad §. 2. Titius.

RAT. DVB. Ita quidem est, vt cùm duo non simul & pariter, sed diuersis temporibus eiusdem obligationis quantitatem soluerunt, condictio indebiti danda sit ei, non qui prior, sed qui posterior soluit, cùm prior solutio ritè facta (de hac enim sola loquimur) indebitam fecerit pecuniam, quæ posteriore solutione continetur *leg. cùm duo 25. supr. hoc titul.* Sed tamen constat, ita hoc verum esse, si is qui posterior soluit, non alieno, sed suo nomine soluerit. Semper enim cùm de condictione quæritur, inspiciendum est, non tam quis soluerit, aut ex cuius pecunia, quàm cuius nomine solutum sit, vt proximè scripsimus ad §. præcedentem ex *l. indebitam 47. & l. in summa 65. §. vlt. supr. eodem.* Atqui ponimus Titium quidem qui in huius §. specie verus fuerat debitor, priorem soluisse, posteriorem verò Mæuium, sed hunc tamen tanquam procuratorem Titij & ex conuentione cum Titio facta, vt creditoribus eius omnibus satisfaceret. Ergo Titij nomine non suo, ita vt quod Mæuius soluit, Titius ipse soluisse videatur. Quid enim refert an per se quis soluat, aliúdve quid faciat, an per procuratorem? *l. si procurator 6. suprà hoc titul. leg. ita autem 5. §. quòd si quis infr. de admin. tutor.* Cùm igitur Titius ille sit, qui vtramque solutionem feciisse intelligitur, priorem quidem per se, posteriorem verò per Mæuium. Cui obsecro alij quàm Titio pecuniæ bis solutæ condictio potest competere?

DEC. Quod facit procurator in rem suam constitutus, facit quidem alieno nomine, sed ad suum tamen commodum, suóque periculo. Et ideò perinde habendus est, ac si suo nomine faceret, ita vt nec ab eo qui procuratorem ipsum constituit, reuocari possit, mortuóque procuratore re integra transeat mandatum etiam in eius heredes *l. illam 33. C. de donat. l. qui stipendia 9. C. de procur.* vbi dicitur militem quamuis inoffensa disciplina militari alterius procurator esse non possit, in rem tamen suam honestè fieri procuratorem posse, cùm eo casu rem suam non alienã gerat, tametsi contentio ex alterius persona bona fide sumatur. Atqui ponimus Titium cũ plurimos haberet creditores, priuatim facta venditione bonorum suorũ omnium, ea concessisse Mæuio, ita vt creditoribus omnibus satisfaceret; eáque lege bona Titij omnia sibi haberet: quomodo etiã donatio fieri interdum solet *l. hereditatem 28. infr. de donat. l. cùm res 22. C. eod. titul.* Atque ita Mæuium in rem suam factum esse procuratorem à Titio. Ergo si Mæuius soluat, quod iam Titius soluerat, danda condictio est non Titio, sed Mæuio, quia & posterior soluit & suo nomine soluisse intelligitur, iunge *l. si quis in rem suam 28. iunct. §. vltim. legis præced. supr. de procurat. l. 3. supr. famil. erciscund.* De apochis autem de quibus hîc agitur & de antapochis, vide *l. plures apochis 19. Cod. de fid. instrum.* Apocha fit in fauorem debitoris de recepto, antapocha verò in fauorem creditoris de soluto, ne possit debitor negare se in præteritum soluisse, quod in posterum quasi tutus præscriptione nollet soluere. Et ita benè hîc Accursius.

3 ¶ Idem quæsiit, an pactum, quod in pariationibus adscribi solet in hunc modum, *Ex hoc contractu nullam inter se controuersiam amplius esse*, impediat repetitionem? respondi, nihil proponi, cur impediret.

Ad §. 3. Idem quæsiit.

RAT. DVB. Non potest exerceri condictio indebiti, vt nec alia vlla actio sine lite, multo minus sine controuersia aliqua quæ litem semper præcedit *leg. sed etsi 25 §. si ante supr. de hered. petit.* Ergo pactum quod adscribi solet in pariationibus, id est, est, in computationibus hinc inde ita factis, vt nihil debeatur, vt in *l. Iulius Paulus 81. infr. de condict. & de-*

BIU Cujas

monstr. l. Sticho 40. in fi. de statu lib. subiecta etiam mutua stipulatione Aquiliana in hunc modum, *ex hoc contractu nullam inter se controuersiam amplius esse* fieri non potest, vt in sui generalitate condictionem quoque indebiti non contineat, quasi ei renunciasse intelligatur is qui nullam aduersario controuersiam se amplius facturum promisit. Cùm enim possit quilibet fauori suo renunciare, & iuri pro se introducto *l. si iudex 41. supr. de minor. l. penult. Cod. de pact.* quidni etiam condictioni indebiti renunciare pro arbitrio poterit, siue expressè, siue tacitè, is qui indebitum soluit?

Dec. Condictio indebiti non alij datur quàm ei qui per errorem & putans se debere soluit: alioqui donasse videtur non soluisse, si prudens & sciēs soluerit *l. cuius per errorem 53. de reg. iur. l. 1. l. fi de icommissum 2 & tot. hoc tit.* Atqui errantis nulla voluntas, nullus consensus est *l. si quis per errorem 15. supr. de iurisdict. l. 2 in princip. suprà de iudic. l. nihil consensui 116. §. vltim. de regulis iuris.* Implicat ergo contradictionem, vt qui soluendo indebitum acquirit sibi condictionem indebiti, cogitet de amittendo eius auxilio & beneficio, cùm acquiratur condictio soluenti extra id quod agitur, vt eleganter scriptū est in *l. is qui 13. in fin. inf. Commod.* Et qua erroris facilitate soluit indebitum, eâdem & condictioni indebiti renunciasse credendus esset. Quod tamen si apertis expressisque verbis fecisset, adiecta etiam clausula, quam Bartolus à notario additam supponit, *sciens se non debere*, vtique admitterem nullum condictioni locum superfore, at non propter renunciationis clausulam, vt vulgo nostri malè autumant, sed quia nec ab initio vlla vnquam competiisset ei, qui sciens indebitum soluisset, siue ea mente soluisset, vt postea repeteret, siue simpliciter *l. quod quis 50. supr. l. indebitum 9. C. eod.* Stulta igitur hoc casu renunciatio est, & inutilis, tanquam facta iuris non competentis. Quinimò dicerem pactum hoc, quoniam haberet vim expressæ donationis, nō aliter valere posse moribus nostris, quibus omnes omnino donationes cuiuscunque donationis, & quoquomodo factæ, dum ne fauore nuptiarū & in contractu matrimonij, egent insinuatione, quàm si fuerit insinuatum. Cùm tamen quod quis sciens indebitum simpliciter solui, non eo magis repeti possit, quòd donatio, quæ per eiusmodi solutionem facta esse intelligitur, non fuerit insinuata. Insinuationem enim requirūt donationes expressæ, non quæ tacitè duntaxat factæ intelliguntur. Denique generale est, vt executiuæ clausulæ, id est, quæ in vltima contractus parte circa ipsius executionem apponuntur, nihil vnquā addant dispositiuis, sed potius ex natura principalis contractus interpretationem accipiant: quod optimè probare nostri solent ex hoc potissimum §. & ex *l. vlt. C. de non num. r. pecun. l. si de certa 31. C. de transact. l. tres fratres 35. l. emptor 47. §. Lucius supr. de pact.* Tùc autem maximè hoc procedit, in quit Bartolus, quando ille qui huiusmodi generalibus clausulis niteretur, esset in dolo. Nunquam enim dolus incognitus remissus intelligitur, aut cùm error renūciantis profiteisceretur ex testamento incognito, vt in *l. vlt. C. de reb. credit. l. de his 6. supr. de transact. l. Lucius 78. §. vlt. inf. ad SC. Treb. l. vlt. §. vlt. de leg. 2.*

4 ¶ Lucius Titius Gaio Seio minori annis vigintiquinque pecuniam certam credidit, & ab eo aliquantum vsurarum nomine accepit, & Gaij Seij minoris heres aduersus Publium Mæuium à præside prouinciæ in integrum restitutus est, ne debitum hereditarium solueret, & nec quicquam de vsuris eiusdem sortis, quas Seius minor annis vigintiquinque exsoluerat, repetendis tractatum apud præsidem, aut ab eo pronunciatum est. quæro, an vsuras, quas Gaius Seius minor annis vigintiquinque, quoad viueret, creditori exsoluerat, heres eius repetere possit? respondi secundum ea, quæ proponerentur, condici id, quod vsurarum nomine defunctus soluisset, non posse. Item quæro, si existimes repeti non posse, an ex alio debito heres retinere eas possit? respondi, ne hoc quidem.

Ad §. vlt. Lucius Titius.

Rat. dvb. Fieri non potest, vt si sors principalis non debeatur, vsuræ sortis vllæ debeantur, quia sublato principali accessorium quoque tolli necesse est *l. eos 26. Cod. de vsur. l. cùm principalis 178. de regulis iuris.* Ergo posteaquam petita restitutione in integrum aduersus debitum sortis, pronunciatum est pro herede minoris sortem nullam deberi, consequens necessarium esse videtur, vt de vsuris quoque cognitum & pronunciatum intelligatur, debitas nullas fuisse, ac proinde repetitioni earum, quas minor quasi debitas soluerit, locum esse, præsertim cùm terminato per sententiam principalem negotio, nulla de vsuris aut fructibus lis superesse possit vel debeat, ne vnius litis finis alterius præbeat exordium *l. terminato 3. Cod. de fructibus & lit. expens. l. 4. C. depos. l. qui per collusionem 49. §. 1. inf. de act. empt.* Adde quòd in integrum restitutionis proprium est, vt omnia reponat in pristinum statum, necminus quantum ad vsuras & fructus, quam quod ad sortem ipsam aut fundum attinet *leg. quòd si minor 24. §. restitutio l. patri 27. §. si pecuniam suprà de minor. l. vnic. C. de reput. quæ fiunt in iudic. in integr. restit.* Alioqui non esset plena restitutio, quæ non in omnibus subueniret, ac omnia in integrum restitueret, *l. 1. C. de sentent. pass. & restit.*

Dec. Vsuræ solutæ eius sortis quam constet debitam esse, non possunt esse indebitæ, quamuis neque per stipulationem, adeóque nec nudo pacto promissæ sint *l. si non sortem 26. in princip.* vbi diximus *suprà hoc titul.* Naturaliter enim eas deberi satis agnoscit ille, qui soluit in vicem & remunerationem

BIU Cujas

rationem commodi, quod ex alienæ pecuniæ gratuito vsu percipit *arg. l. cùm debitor 8. infr. in quibus caus. pign. vel hypoth. tacit. contr.* Atqui ponimus vsuras à minore solutas fuisse eius sortis nomine, quæ verè debebatur. Omnis enim restitutio in integrum præsupponit obligationem ipso iure tenere, contra quam restitutio postulatur. Alioqui nec egeret, nec vti posset restitutione is qui ipso iure tutus esset, quia nunquam extraordinarium auxilium ei dandum est, cui ordinarium sufficit *l. in causa 16. §. 1. sup. de minor. l. si quidē 11. Cod. de præd. minor.* Cum ergo debita sors fuerit, vsuras quoq; eo nomine vltro solutas debitas quoq; fuisse dicendū est, non adhibita illa distinctione, quæ necessaria est, cùm de vsuris adhuc debitis necdum solutis, & separato iudicio post litē de sorte peractam petitis agitur. an in obligatione sint, an tantū in officio iudicis *d. l. qui per collusionem §. 1. de actio. empt. d. l. 4. C. de pos. & d. l. terminato*, quia postquam solutæ sunt, nullus de earum petitione, & an debeātur, tractandi locus supereſt, sed tā tùm de earum repetitione, an restitui debeāt, quasi nullo iure perceptæ. Atqui solutio spontanea facit esse debitas, quæ alioquin essent omnino indebitæ: nec restitutio in integrū, quæ ex postfacto facit sortem indebitam, cuius tanquam debitæ nomine vsuræ solutæ fuerant, ad vsuras porrigi potest, quarum solutio per se tenuit ab initio, & de quibus in iudicio restitutionis in integrum nihil tractatum fuisse proponitur, & sententiæ omnes etiam quæ de restitutione in integrum latæ sunt, adeò stricti iuris esse intelliguntur, vt nunquam per interpretationem extendi debeant vltra id quod sententiæ verbis disertè comprehensum est, nec ad alia referri quàm quæ in iudicio acta & tractata sunt *l. 1. & 2. C. de fideiuss. minor.* Planè dubitandum non est, quin potuerit minoris heres sicut & minor ipse restitui in integrum aduersus vsurarum solutionem, quia de omni eo quod à minore gestum est, si modò læsus sit, restitutionem in integrum petere & minor ipse & minoris heres quilibet potest *l. 1. l. ait prætor 7. in princip. supr. de minor. iunct. l. non solùm 6. de in integrum restit.* Nec facilè potest contingere, vt ratione sortis minor læsus fuerit, & restituendus, quin vsurarum quoque nomine idem beneficium & auxilium mereatur. Sed aliud est, restitutionem in integrum etiam pro vsuris solutis petere potuisse, aliud verò petiisse: quemadmodum suprà diximus ad *l. qui ob rem 35. hoc tit.* aliud esse quem habere exceptionem, aliud verò habere posse: sic & debitori qui non soluit, prodesse debere, quod creditori suo satisfecerit, sed non prodesse quod satisfacere velit *l. item liberatur 6. §. 1. infr. quib mod. pign. vel hypothec. soluit.* An ergo poterit heres minoris post finitum de sorte principali iudicium restitutionis in integrum, pro vsuris quoque tanquam indebitè solutis petere restitutionem? Ita putant Accursius & Bartolus, nec malè, cùm alia res futura sit, quæ in posterius iudicium deducetur, nec tantùm si minor aliquid promiserit, polliceatur ei prætor in integrum restitutionem, sed etiam si soluerit, aut quid aliud omnino gesserit *d. l. ait prætor in princip.* Et quāuis non posset tractari de in integrum restitutione ratione vsurarum, quin retractanda esset quæstio de in integrum restitutione petita, & iam iudicata sortis nomine, non posset tamen ea res posteriorem quæstionem impedire prætextu exceptionis rei iudicatæ, quia euidenter iniquum esset, ei nocere exceptionem rei iudicatæ pro quo iudicatum esset *leg. euidenter 16. infr. de except. rei iudic.* Cúmque in integrum restitutione minorum omnia expediantur cognitione prætoria non iure alicuius actionis *d. l. quod si minor. 24. §. vlt. sup. de minor.* absurdum est quærere, an supersit aliqua actio, cui officium iudicis mercenarium, vt nostri loquuntur, subseruire possit nécne *de quo in leg. qui per collusionem 9. §. 1. de action. empt.* Idque est fortasse quod Accursius & Bartolus de officio iudicis nobili hîc tractant, etsi tota illa distinctio de iudicis officio nobili & mercenario tanquam commentitia nobis nunquam placuit, & sæpius à nobis reprobata est. Cæterùm restitutionem in integrum ex hac causa peti omnino necesse est, vt hic Scęuola respondit. Neq; simile est, quod scribitur in *l. quod in diem 7. §. si rationem infr. de compens.* etiam petitionem illam, cuius ratio in priore iudicio habita non est, in posteriore moueri posse, quoties in priore nihil de ea diffinitiuè pronuntiatum est. Id enim tum obtinet, cùm res debita petitur. Vsuræ autem de quib. tractamus, omnino indebitæ sunt, nisi petita prius in integrū restitutione, per quā pronūtietur, restitui eas debere. Quid enim si contrà pronūtiaretur non debere restitui, siue per sordes, siue per imperitiam, aut quoquomodo per iniuriam iudicis id factum esset? iudicij enim euentus semper dubius & incertus est *l. posthumus 6. §. 1. supr. de inoff. testam l. quod debetur 31. infr. de pecul.* Ideóque debitum dici nullomodo potest, quod nonnisi petita priùs in integrum restitutione peti potest, cū nec sufficiat peti eam nisi cōcedatur. Quare ad rem nō pertinet, si quis obiciat debitum hoc vsurarum factum esse indebitum per restitutionem in integrum pro sorte petitam, & iam incipere esse sine causa penes creditorem, penes quem fuerant antea ex iusta causa, quod sufficit ad inducendam condictionem si non indebiti, saltem sine causa *l. 1. §. vlt. infr. tit. prox.* Est enim ei condictioni locus quoties causa redit ad non causam. Respōdemus enim non ita in hac specie contingere, quia etiam post obtentam de sorte restitutionem in integrum remanent nihilominus vsuræ bene solutæ, quandiu earū quoque nomine petita & concessa restitutio non est. Potest quidem causa propter quam vsuræ bene solutæ sunt, redire ad non causam, scilicet si etiam earū nomine restitutio in integrum petatur & concedatur. Sed aliud est redire posse ad non causam, aliud verò iam rediisse, vt diximus. Eadem ratio facit vt neq; compensari possint vsuræ istæ cum eo quod vicissim à minoris herede creditori debeatur. Etsi enim id quoq; quod naturaliter tantùm debetur, in compensationem venire potest, perinde atq; quod debetur ciuiliter *l. etiam 6. inf. de compens.* falsum tamen est naturaliter debitū iam esse, quod per in integrū restitutionem peti potest, quousq; petita & concessa sit restitutio, quia vtrum concedenda sit, nécne, in causæ cognitione positum est, cuius euentus siue ob probationum incertitudinem, siue ob iudiciorum aleam, nonnisi dubius & incertus esse potest. Idq; est, quod in vltima huius responsi parte Scæuola respondit, si ex alio debito eas vsuras retinere minoris heres velit, iure scilicet compensationis, ne hoc quidem ei permittendum esse. Prius enim est, vt eas sibi vel naturaliter, vel ciuiliter debitas esse doceat (quod tamen nisi petita prius obtentaque in integrum restitutione facere non potest) quàm vt eas vel petere possit, vel compensare: nam & qui compensat, hoc ipso quodammodo petit *l. amplius 15. infr. rat. rem haber.*

BIU Cujas



DE CONDICTIONE SINE CAVSA,

TIT. VII.

29. VLPIANVS libro 43. ad Sabinum.

EST & hæc ſpecies condictionis, ſi quis ſine cauſa promiſerit, vel ſoluerit quid indebitum. qui autem promiſit ſine cauſa, condicere quantitatem non poteſt, quam non dedit: ſed ipſam obligationem.

Ad leg. 1.

RAT. DVB. Videtur hæc condictio ſine cauſa eſſe genus quoddam generaliſſimum condictionum omnium, potiùs quàm certa quædam ſpecies à cæteris diſtincta, cùm ſub ſe comprehendat cæteras condictiones omnes tanquam genus ſuas ſpecies, quandoquidem cum omnibus concurrit, vt ex ſingularum enumeratione docet hîc Accurſius. Concurrit enim cum condictione indebiti, de qua diximus *tit. ſuperiore, leg. hæc condictio 66. ill. tit.* Item cum condictione tam certi ſi certum petatur, quod penes alium ſit ſine cauſa, quàm incerti ſi incertum, puta ſi quis promiſerit aliquid ſine cauſa, vt condicenda ſit liberatio, quemadmodum in hac lege ſcriptum eſt *iunct. leg. certi 9. ſupr. de reb. credit.* Item cum condictione ob cauſam §. *ſed ſi ob cauſam & ſequen. hac ipſa lege.* Item cum condictione ob turpem, vel iniuſtam cauſam §. *final. infr. leg. perpetuo 6. ſupr. de condict. ob turp. vel iniuſt. cauſ.* Denique cum condictione furtiua, ſi fortè fur, aut prædo fructus aliquos ex re furtiua, vel vi ablata perceperit, nam & condictione furtiua tenetur, cùm eorum fructum fecerit *leg. in re furtiua 8. §. vltim. infr. tit. prox. leg. ſi ſeruus 61. §. locaui infr. de furt.* & condictione ſine cauſa, cùm eos ſine cauſa retineat *leg. pen. Cod. hoc tit. de condict. ex leg. & fin. cauſ.* nempe ſi conſumpti ſint, vt iam eos vindicare dominus non poſſit: alioqui aut vindicandi ſunt, aut condicendi condictione furtiua, quæ ſola cum vindicatione poteſt concurrere §. *ſic itaque Inſtit. de act.* non autem condictione ſine cauſa, quæ cum vindicatione nunquam concurrit *leg. vltim. ſupr. vſufruct. quemad. caueat.* Ergo debuit Vlpianus hîc ſcribere, condictionem ſinè cauſa, eſſe genus potiùs, quàm ſpeciem condictionis. DEC. Condictio ſine cauſa non poteſt dici genus, nec generaliſſimum, nec medium, quia non prædicatur tanquam genus de cæteris condictionibus, tanquam de ſuis ſpeciebus, ne quidem de iis cum quibus concurrit, ſed de ea prædicatur condictio ſumpta in genere, illa autem adiectio *ſine cauſa*, dicit eſſentialem differentiam à qua ſumit propriam denominationem. Benè igitur Vlpianus ſcribit, eſſe hanc ſpeciem condictionis, non enim ob id minùs ſpecies eſt, quòd ſit generaliſſima, vt Accurſius noſter loquitur, & cum cæteris quoque ſpeciebus condictionis concurrat. Et præterea non ſemper concurrit cum aliqua ex cæteris, ſed aliquando ſola per ſe locum habet, vt diximus ad *d. l. hæc condictio 66. ſupr. tit. prox.* & habet quædam ſpecialia, quale illud eſt, vt detur etiam ex contractibus nominatis, quoties non concurrit cum condictione ob cauſam dati cauſa non ſecuta, vt in *leg. prox. infr.* Quod in condictione ob cauſam dati cauſa non ſecuta diuerſum eſt, quæ numquam datur ex contractu nominato, ne in eo fiat locus pœnitentiæ *leg. ſi pecuniam 5. & leg. vltim.* vbi diximus *ſupr. de condict. ob cauſ. dat.* Ergo ſiue quis ſine cauſa promiſerit, ſiue etiam ſine cauſa indebitum ſoluerit, & condictioni indebiti locus eſſe poterit, & condictioni ſine cauſa, ſed cum hac tamen differentia quantum ad hanc & illam condictionem, quod qui aliquid ſine cauſa ſoluit, condicit eam ipſam quantitatem aliámve rem quam ſoluit, qui verò promiſit duntaxat, non poteſt condicere quantitatem quam non dedit, (quamuis interdum poſſit fieri, vt condicatur etiam non data quantitas, ſi tale quid datum fuerit, quod in pecuniam vertineceſſe ſit, vt monet hîc Accurſius ex *leg. ſi non ſortem 26. §. libertus ſupr. tit. prox.*) ſed tantùm ipſam obligationem, quomodo Vlpianus hîc loquitur, vt liberatio ſequatur *leg. 3. infr.* Cuius tamen ſententia malè ab interpretibus noſtris poſt Accurſium ſic accepta eſt, quaſi Vlpianus differentiam his verbis voluerit ponere inter condictionem indebiti & condictionem ſine cauſa, vt pro data quantitate competat quidem condictio indebiti, ſed pro quantitate promiſſa, competat condictio tantùm ſine cauſa. Quod certè non ita eſt, ponit enim Vlpianus differentiam duntaxat inter quantitatem ſolutam & promiſſam, quòd licèt pro vtraque locum habeat duplex cõdictio indebiti & ſine cauſa, aliter tamen atq. aliter vtraq. exercetur, ſi quantitas data vel promiſſa ſit. Nã quantitate indebitè ſoluta datur & condictio indebiti & ſine cauſa ad quantitatem ipſam: quæ tamen ſi tantùm promiſſa ſit, datur vtraque non ad quantitatem, quæ data non eſt, ſed ad ipſam

BIU Cujas

ad ipsam obligationem. Error autem hic Accursij ex alio eóque perpetuo eiusdem errore fluxit, quo existimat separandam semper esse condictionem indebiti à condictione incerti, quasi condictio indebiti incerti nulla esse possit: cùm tamen verissimum sit, quod sæpius docuimus ad tit. præcedentem, esse duplicem condictionem indebiti, vnam certi, si certum quid indebitè solutum sit, aliam incerti, si quid incertum, cuiusmodi sunt obligationes omnes, & cætera, quæ in genere & iure, non in specie consistunt, itémque ea quæ in facto *l. sed etsi me putem* 22. §. 1. *l. qui exceptionem* 40. §. *si pars supr. tit. proxim. l. quod si nulla* 60. *de legat.* 1. Itaque quoties de obligatione, aut quod effectu idem est, de liberatione condicenda quæritur, quæ vtraque iuris est, incerti quidem condictione agere promissor debet ad liberationem *l. 3. infr. hoc tit.* sed tamen condictione incerti indebiti si id promissor malit, non minus quàm incerti sine causa. Et hic loci huius manifestus sensus est, in quo dat Vlpianus vtramque condictionem & indebiti & sine causa non minus pro quantitate promissa, quàm pro soluta. Nec leuior eiusdē Accursij error in eo est, quod putat nihilominus dari condictionem certi ad liberationem, & tum quoque cùm agitur ad interesse. Quod est ridiculum, sicut enim id quod interest semper incertum est *leg. vltim. infr. de prætor. stipulat.* ita nec fieri potest, vt incerti actione vnquam petatur, sed semper incerti, vt pluribus docui ad *d. l. certi condictio*, & alibi sæpe.

1 ¶ Sed etsi ob causam promisit, causa tamen secuta non est: dicendum est, condictionem locum habere.

Ad §. 1. Sed etsi ob causam.

RAT. DVB. Non sunt multiplicandæ actiones sine causa, vt neque entia, inquiunt Philosophi, *l. 1. supr. de public. in rem action l. in naue Saufeij* 1. *infr. locat.* Atqui cùm datum aliquid est ob causam, quæ secuta non fuit, competit haud dubiè condictio, quæ in eam rem speciatim comparata est diciturque condictio ob causam dati causa non secuta, de qua in *tit. 4. supr.* Ergo nil necesse est in hoc eodem casu inducere condictionem sine causa: præsertim cùm alio atque alio iure vtraque condictio censeatur: nam condicio quidem sine causa competit ex contractu etiam nominato *leg prox. infr.* at non item condictio ob causam dati causa non secuta *l. si pecuniam 5. supr. ill tit. de condict. caus. dat. caus. non secut.* & diximus proximè ad initium huius legis. DEC. Nihil vetat in vno eodémque casu plures actiones competere, vt eligendi arbitrium actor habeat, qua potius actione experiri malit *l. quod in herede* 9. §. 1. *infr. de tribut. act. l. cùm filius* 76. §. *variis de legat.* 2. Est enim aliquando commodius vna agere quàm alia, pro diuersitate personarum, aut extremorum, vt pragmatici vocant, in vnaquaque actione probandorum §. *cæterum Instit. quod cum eo.* Est autem aliquando commodius agere condictione ob causam dati quàm sine causa, vt puta, si is qui rem suam dedit, vt aliquid sequeretur, malit re adhuc integra id repetere quod dedit, quàm id fieri & sequi propter quod dedit, siue pœnitentia motus, siue qua alia ratione *d. l. si pecuniam.* Quisquis enim agit condictione sine causa, in potestate & arbitrio aduersarij relinquere videtur, an ex parte sua velit implere: implendo siquidem faceret, vt iam non posset dici penes eum esse sine causa id, quod accepisset: at non similiter is qui agit condictione ob causam dati causa non secuta. Sufficit enim ei ad victoriam, vt probet causam non dum esse secutam, licèt paratus sit aduersarius facere, vt sequatur: quia nomen ipsum actionis respicit tempus præteritum, cùm è contrario nomen condictionis sine causa ad nullum tempus certum restricta admittat quandocunque implementum, quandiu dati restitutio facta non est. Non ergo fuit impedienda condictio ob causam dati causa non secuta, propter condictionem sine causa, neque rursus hęc propter illam, sed vtraque si non semper & omni casu prorsus necessaria, vtilis tamen aliquo casu esse potest. Sic & in condictione cautionis ante biennium vtraque condictio locum habet, quia nulla numeratione secuta verum est, & non esse rem secutam ob quam emissa cautio fuerat, & ideo esse instrumentum cautionis sine causa penes eum, cui non fuerat traditum nisi spe futuræ numerationis *l. vlt. Cod. hoc tit. de condict. ex l. & sin. caus.*

2 Siue autem ab initio sine causa promissum est: siue fuit causa promittendi, quæ finita est, vel secuta non est: dicendum est, condictioni locum fore.

Ad §. 2. Siue autem ab initio.

RAT. DVB. In contractibus & obligationibus omnibus initium duntaxat spectandum est, non progressus aut exitus negotij *leg. si tantùm* 12. *infr. de SC. Macedonian. l. si procuratorem* 8. *in princip. infr. mandat. l. 1. §. si seruus deposuit* 30. *inf. depos. l. 3. §. scio in fin. supr. de minor.* Ergo & in condictione sine causa dicendū est, spectandum esse initium, vt si ab initio iusta fuerit aliqua causa promittendi, licet eo finita sit, aut non secuta, condictio tamen sine causa locum habere non possit, quia verum sit, causam non defuisse. DEC. Nihil refert, vtrum ab initio sine causa datum quid vel promissum sit, an verò causa propter quam datum est, vel non secuta sit, vel iam finita *l. 4. infr.* quia vtroque casu idem rei effectus est, qui semper attendi debet *leg. 1. §. 1. supr. quod quisque iur. l. pen. §. docere de eo per quem factum erit, l. debitor* 59. *pers. videamus inf. ad SC. Trebellian.* Et semper verum est nihil præstitum esse ex parte eius qui ab alio quid acceperat, vt vicissim daret aliquid, vel præstaret. Proinde nullam potest iustam habere causam id retinendi, quod ob eam causam datum ei fuerat: & consequenter condictione sine causa eum teneri dicendum est. Cui conuenit, quod plerique prudentum veterum pro regula iuris habuerunt, irrita fieri ea, quæ ad eum casum peruenerunt, à quo incipere non potuerunt *leg. quia in eum casum* 16. *supr. ad leg. Aquil. l. debitor* 82. *de leg.* 2. *leg. existimo* 98. *de verb. oblig.* Quasi nihil interfit, an aliquid ab initio sit tale, an verò ex postfacto deueniat ad tale, vt Bartolus loquitur ad *d. l. 4. infr. l. iuris gentium* 7. §. *sin autem sup. de pact.* Quanquam non placuit omnibus antiquis ea regula, præsertim Papiniano, vt constat ex *l. verbis 5. inf. ad leg. Falcid. §. ex contrario Instit. de legat. dict. l. existimo l. in ambiguis* 85. §. 1. *de regul. iur.* Nec tamen ad rem pertinebit, si quis ex eodem Papiniano obiiciat quod scriptum est in *leg. cùm filius* 76. §. *heres*

BIU Cujas

meus delegat. 2. non videri in totum esse falsum quod veritatis primordio adiuuatur. Ibi enim tractat Papinianus de actione ex testamento nouata per stipulationem interpositam legati nomine, & ait posse non prorsus falsò dici debitum adhuc ex testamento: quod post factam nouationem ex cautionali stipulatione debetur: nempe quia stipulationibus omnibus cautionalibus illud cõmune est, vt earum actionum quas nouant, naturam induant & vicem repræsentent *l.* 1. § 1. *de prætor. stipulat.* vt scripsi pluribus *lib.* 3. *Coniect. cap.* 1. Itaq; inspecto rei effectu semper verum est, legatum testamẽto relictum & in stipulationem deductum deberi. Parúmq; interest, an quod ad specificam denominationem, dicatur adhuc deberi ex testamento, an ex stipulatione, quamuis verum sit post factam nouationem deberi iam ex sola stipulatione, quod anteà ex testamento debebatur *l. si Stichum* 8. § 1. *de nouat. l.* 1. § *si sub condicione infr. Vt legat. seruand. causs. caueat.* In proposito autem quod fuerat debitum ob iustam causam, postea desinit omnino deberi, cùm causa vel finita est, vel non secuta. Idq; est quod ait Bartolus in specie *d.* § *heres meus*, finem negotij compatibilem esse cum suo principio, in specie autem huius §. non ita esse.

3 ¶ Constat id demum posse condici alicui, quod vel non ex iusta causa ad eum peruenit, vel redit ad non iustam causam.

Ad §. vlt. Constat.

Eadem ferè dubitandi & decidendi ratio est ad hunc §. quæ ad superiorem. Nam cùm dicimus, posse condictione sine causa condici alicui, quod ad eũ sine causa peruenit, initium rei inspicimus, cùm verò dicimus eâdem condictione posse condici etiam id quod rediit ad non iustam causam, effectum & exitum rei magis significamus, qui semper attendi potissimum debet, vt proximè diximus. Non autem quemadmodum id quod ab initio, ex iusta aliqua causa datum vel promissum fuit, potest facilè ex postfacto redire ad non causam, ita è cõtrario quod ab initio sine causa datum vel promissum fuit, redire potest ad iustam causam, quæ nulla vnquam fuit. Redire enim nihil potest ad id à quo nũquam abscesserit *l. filio* 23. *de liber. & posthum. l. si vnus* 27. § *pactus ne peteret in fin. supr. de pact.* At causa quælibet ideò facilè potest redire ad non causam, quia vnaquæque res incipit à suo primo *non esse*, & à suo esse ad primum illud non esse facilè reuertitur. Obserua tamen aliud esse, si quis dicat causam rediisse ad non causam, aliud verò si quis dicat posse redire. Vtenim condictio hæc sine causa locum habeat, non sufficit causam posse redire ad non causam, sed illud omnino requiritur, vt iam redierit, *l. vltim. § vlt. supr. tit. prox.* vbi diximus.

2. IDEM libro 32. ad Edictum.

SI fullo vestimenta lauanda conduxerit: deinde amissis eis, domino pretium ex locato conuentus præstiterit, posteáque dominus inuenerit vestimenta: qua actione debeat consequi pretium, quod dedit? & ait Cassius, eum non solùm ex conducto agere, verùm & condicere domino posse. ego puto, ex conducto omnimodo eum habere actionem. an autem & condicere possit, quæsitum est, quia non indebitum dedit? nisi fortè, quasi sine causa ei datum sit, putamus condici posse. etenim, vestimentis inuentis, quasi sine causa datum videtur.

Ad l. Si fullo 2.

RAT. DVB. Quod ex causa iudicati solutum est, nunquam per condictionem repetitur propter rei iudicatæ authoritatem, quæ semper & in omnibus salua esse debet, tum quoque cùm per fordes, aut imperitiam, aliámve iniuriam iudicis malè iudicatum est, vt dixi ad *l. seruo manumisso* 58. *supr. tit. prox. ex l.* 1. *C. cod. tit. de condict. indeb. l. si fideiussor* 29. §. *in omnibus infr. mandat. l. seruo* 65. §. *cùm prætor infr. ad SC. Trebell.* Nec est quod cum Accursio distinguas hac parte condictionem indebiti à condictione sine causa, quasi per hanc potiùs quàm per illam venire quis possit contra rem iudicatam. Nam vt benè cõtra Accursium disputat Bartolus, nulla vnquam actio dari potest, vt neque exceptio per quam liceat condemnato impugnare iudicatum, nec proinde hac in re maius priuilegium habere potest cõdictio sine causa, quàm condictio indebiti. Neque rursus dicere possis cum eodem Accursio, conuentum in hac lege fullonem extra iudicium, non autem in iudicio ad excludendam condemnationem. Cùm enim Vlpianus ponat conuentum eum actione ex locato, intelligit proculdubio conuentum esse in iudicio, nec enim quisquam actione aliqua extra iudicium conueniri potest: quamquam non statim consequens est, vt secuta sit condemnatio, cùm possit quis conuentus per iudicẽ soluere non exspectata condẽnatione quo casu dicimus omnia iudicia esse absolutoria §. *vlt. Instit. de perpet. & tempor. action.* Sed pauci sunt qui se in iudicio conuenin patiantur, qui non etiã patiãtur se condẽnari. Et ideò cùm legimus conuentum aliquem in iudicio posteà soluisse, & prẽstitisse quod petebatur, in dubio prẽsumendum est soluisse ex condẽnatione, vt in *l. rem mihi* 21. *infr. commod.* Ergo si fullo vestimenta lauãda conduxerit, deinde amissis his cõuentus actione ex locato, & condemnatus precium domino prẽstiterit, non est quærendũ qua actione repeti possit precium quod ex sententia & cõdemnatione solutum est. De condictione autem multo minùs dubitari potest, quin non competat, cùm fuerit omnimodo debitum precium quod à fullone solutum est post amissionem vestimentorum, quæ lauanda conduxerat. obligatus enim erat ex contractu, nulla etiam secuta condemnatione, vt vestimẽta redderet, quibus amissis non poterat recusare, vt saltem pro vestimentis precium eorum solueret. Proinde nec sine causa videri potest precium illud vestimentorum ad dominum peruenisse, vt condictione sine causa potiùs quàm indebiti possit illud repetere. DEC. Nihil

BIU Cujas

Nihil interest, an ab initio datum aliquid sit sine causa, an ex postfacto causa illa finita sit *§. vlt. l. prox. supr. & l. 4. infr. hoc tit.* In proposita verò specie licet iusta causa fuerit dandi à fullone precij vestimentorum, quæ ille & lauanda conduxerat, & culpa sua amiserat (alioqui non teneretur ex locato, si non leuem saltem culpam contraxisset *l. si vt certo 5. §. nunc videndum infr. Commod. l. contractis 23. de regul. iur.*) causa tamen illa dandi finita est, à quo tempore vestimenta illa reperta sunt, & apud dominum esse cœperunt, ne & rem & pretium habeat, vt ait Accursius ex *l. eleganter 23. §. si quis post transactionem supr. tit. prox.* cùm alia dandi pretij causa nulla fuerit, quàm amissio vestimentorum, & ne dominus re sua simúlque pretio carere cogeretur. Ergo æquum est dominum reddere fulloni pretium non tantùm actione ex conducto, quę cùm sit bonæ fidei, datur ad omnia quæ aut ex illo cõtractu, aut in cõsequentiam cõtractus ex bona fide præstari necesse est. *§. in bonæ fidei Instit. de action.* etiã de quib. nec dictũ quicquã, nec cogitatũ est *l. in bonæ fidei 8. inf. de eo quod cert. loc.* sed etiam condictione non quidẽ indebiti, quia negari non potest, quin solutionis tempore debitum fuerit, sed sine causa, quæ in eo maximè differt à condictione indebiti, quoties de iure debiti pronuntiatum est, quòd quisquis vult solutum condicere, hoc ipso impugnat iudicatum, quãdoquidem indebitum esse contendit quod iudex deberi pronũciauit. At is qui condictionem sine causa exercet, non dicit indebitum fuisse solutionis, tempore quod vnicum in condictione indebiti præcisè spectandum est, sed hoc tantùm contendit, esse rem hodie sine causa penes eum qui conuenitur, siue quòd causa dandi ab initio nulla fuerit, siue redierit ad non causam vt in *d. l. 1. §. vlt. supr. l. 4. infr. l. 2. §. pen. ad leg. Rhod. de iact. l. sed addes 19. §. si quis cùm infr. locat. l. 2. C. de re iudic.* quod vtique verum esse potest, etiamsi & iudicati & solutionis tempore fuerit verè debita, vt in huius legis exemplo manifestissimè apparet. Denique cõdictio indebiti respicit tempus præteritum factæ solutionis, condictio autem sine causa tempus præsens propositæ actionis. Nihil ergo prohibet etiam post rem de pretio soluendo iudicatam dari actionem fulloni ad condictionem pretij per huiusmodi condictionem sine causa, tanquam quæ nullomodo iudicatum impugnet non magis quàm actio ex conducto, per quam similiter pretium repeti posse diximus, aut contrarium iudicium commodati in specie *d. l. rem mihi 21. infr. ill. tit. commod.* aut exceptiones pleræque, quas dicimus opponi posse etiam post sententiam & in executione iudicati, quando scilicet tales sunt, vt non impugnent iudicatum: cuiusmodi sunt exceptiones solutionis, compensationis, ne quis supra id quod facere potest, conueniatur si sit ex iis personis quæ tale habent priuilegium, & aliæ si quæ sunt similes *l. si cùm militi 16. §. 1. infr. de compensat. l. Nesennius 41. § vlt. l. & exheredatum 49. infr. de re iudic.* Liberum tamen est cuilibet, vt pro arbitrio dicat in hac specie condemnationem interuenisse aut non interuenisse, cùm vtroque casu perinde futurum sit, vt condictio sine causa locum habeat, condictio autem indebiti denegetur. Vlpiani tamen verba magis suadere videntur, non fuisse aliquam condemnationem secutam: alioqui non prætermisisset ille rationem istam denegandæ condictionis indebiti, quòd res esset iudicata *dict. l. 1. Cod. de condict. indeb.* nisi fortè verendum putabat, ne quis ex eo inferret, condictionem igitur sine causa dari posse etiam contra rem iudicatam: quod certè falsum est, nec bona esset collectio, cùm sufficiat differre condictionem sine causa à condictione indebiti, quòd condictio indebiti numquam datur post rem iudicatam, quia non posset eo tempore dari, quin iudicatum impugnaret, vt ostendimus: at condictio sine causa dari potest etiam post rem iudicatam, dum ne contra. Maior tamen dubitandi ratio esse videbatur, propter quam dari non deberet condictio sine causa, nempe quòd sit illa subsidiaria, & ex bono & æquo duntaxat introducta, vt cæteræ condictiones omnes, quæ non ex contractu nascuntur *l. hæc condictio 66.* vbi diximus *supr. tit. prox.* ideóque nec danda sit, quoties competit alia actio ex contractu per quam actor ad suum commodum peruenire possit *l. qui inuicem 30. supr. eod. ill. tit. prox.* Atqui competit hîc fulloni actio ex conducto, vt precium quod dedit restituatur, sicut & in specie *d. l. rem mihi*, contrarium iudicium commodati & actio item ex conducto in specie *d. l. sed addes 19. §. si quis cùm in annum infr. locat.* Respondet Bart. aliud hac parte iuris esse in condictione indebiti, aliud verò in condictione sine causa, nec tamen vllam adfert rationem diuersitatis, ideóque statim subiicit verius esse, vt dicamus actiones istas competere ad diuersa: condictionem enim dari præcisè ad restitutionem soluti precij, actionem verò ex contractu alternatiuè ad hoc, vt vel reddatur res vel æstimatio *arg. l. in commodato 18. §. vlt. infr. commod.* quod ego satis verè dici arbitror, nec enim certè condictio danda esset ad id ipsum præcisè ad quod posset actio ex contractu competere *l. vlt.* vbi diximus *supr. de condict. ob turp. caus.*

a *Nisi fortè quasi sine causa.* RAT. DVB. Vi. debatur fullo vestimenta, quæ amiserat, emisse dando eorum æstimationem domino, cùm litis æstimatio facere soleat emptionem *l. 2. infr. pro emptor.* ideóque dandam ei esse actionem non modò personalem, siue ex contractu, siue condictio illa sit, sed vtilem in rem actionem, & Publicianam, dummodò culpa tantùm non etiam dolo & fraude vestimenta amiserit *leg. eius rei 46. l. si culpa 63. leg. is qui dolo 69. & sequent. supr. de rei vindic.* vbi diximus aut saltem quasi emptori nominis videbatur dandas esse contra dominum vtiles actiones *dict. leg. si culpa.* Plus enim cautionis est in re, quàm in persona *l. plus cautionis 25. de regul. iur.* Videntúrque vestimenta abesse domino post solutam æstimationem, non tam ex causa prioris contractus, quàm ex noua causa æstimatæ litis & præstitæ æstimationis *l. si seruus 21. §. 1. versic. & ideò in fin. inf. de euict.* DEC. Multum interest, an pretium præstetur tanquam precium ipsius rei petitæ, an verò tanquam precium culpæ quæ causam præbeat actioni, vt post Hugonem, & Iacobum Butrigarium, subtiliter distinguit Bartolus: soluta enim æstimatio rei acquirit dominium soluenti, sed non similiter æstimatio culpæ. Atqui cùm ex contractu & ob culpam suam conuenitur à me is qui causam à me habuit, vt fullo in specie huius legis, & commodatarius in *d. l. rem mihi 21. infr. commodat.* conueniuntur proculdubio ratione culpæ non ratione rei quam non possident, quia eam amiserunt. Non ergo possunt rei dominium sibi acquirere per solutionẽ æstimationis, sed tantùm personalem actionem per quã precium quod soluerũt repetant ab eo qui nũc rem ipsam habeat, pro qua

BIU Cujas

precium solutum fuerat. Quod longè diuersum est in eo, qui non ex contractu aliquo conuentus, sed tanquam rei possessor æstimationem præstat, vt eximat se à vindicatione, dominúmque à petitione sua summoueat. Summoto enim domino nulla fit ei iniuria, si dominium quod eius fuerat, in possessorem transferatur soluta æstimatione quasi contracta emptione: at fieret iniuria domino, & commodatori, si ob acceptam æstimationem culpæ ab eo, qui ex contractu tenebatur, amitteret rei suæ dominium, de quo in illa actione non tractabatur: neque enim agebat tanquam dominus, sed quia fulloni vestimenta lauanda locauerat, aut alij rem commodauerat, perinde acturus etiam si aliena vestimenta aut lauanda locasset, aut commodasset. Quo tamen casu nemo diceret, acquisitum ei fuisse ex solutione pretij dominium rei alienæ, aut dandam illi vtilem Publicianam ob pretium ei solutum, qui dominus non fuisset. Simile est quod in depositi, locati, & commodati iudicio, quamquam dolo aduersarij res absit, tamen condemnato succurri solet, vt ei actionibus suis dominus cedat *l. in depositi 12. inf. de re iud.* quod diuersum est in eo, qui dolo malo rem alienam possidet, aut dolo desiit possidere *dict. l. is qui dolo 69. & seq. supr. de rei vindicat.* Is enim ex rapina & improbitate sua actionem sibi acquireret, vt scriptum est in *l. nec quasi 70. eod.* quod esse non debet *l. itaque fullo 12. §. 1. infr. de furt.* At in specie *d. l. in depositi* acquirit sibi actionem beneficio cessionis depositarius, conductor & commodatarius, non ex sua improbitate, sed ex suo contractu, licèt per improbitatem ipsius fiat, vt ex suo contractu conueniatur. Et ita leges supradictæ, quæ alioqui maximè pugnare inuicem videntur, conciliandæ sunt, non quomodo ab interpretibus nostris, quorum plerique id quod scriptum est in *d. l. is qui dolo*, referunt ad ius strictum, quod verò in *dict. l. in depositi*, ad æquitatem. De lauandis à fullone instrumentis & quo ordine, quóque modo fieri id deberet, præscripsit lex Metella, adeò fuerunt curæ omnia vel minima veteribus Romanis, vt ex Plinio, Cuiacio & Scaligero notat hîc doctissimus & diligentissimus Gothofredus.

3. IVLIANVS libro 8. Digestorum.

QVi sine causa obligantur, incerti condictione consequi possunt[a], vt liberentur. nec refert, omnem quis obligationem sine causa suscipiat[b], an maiorem, quàm suscipere eum oportuerit, nisi quòd aliàs condictione id agitur, vt omni obligatione liberetur: aliàs, vt exoneretur, veluti qui decem promisit. nam siquidem nullam causam promittendi habuit: incerti condictione consequitur, vt tota stipulatio acceptò fiat. ac si cum quinque promittere deberet, decem promisit: incerti condictione consequetur, vt in quinque liberetur.

Ad l. Qui sine 3.

RAT. DVB. Obligatio facta sine causa videtur nullius esse momenti ipso iure, vt Bartolus hîc tractat, ex *l. cùm de indebito 25. §. vlt. infr. de probat.* Sunt enim omnes obligationes ad hoc comparatæ, vt sibi vnusquisque acquirat, quod sua interest *l. stipulatio ista 38. §. alteri de verb. oblig.* Nihil autem interest eius qui acquirendi causam nullam habet: aut si quis contra Bartolum velit defendere, quod verius est, tenere ipso iure obligationem etiam quæ facta sit sine causa, certum tamen est, posse eum qui ex eiusmodi obligatione & stipulatione agit, doli mali exceptione summoueri, quia licet ab initio nihil dolo malo fecerit, nunc tamen facit cùm perseuerat ex ea stipulatione petere *l. 2. §. circa infr. de doli mali except.* Quid ergo necesse est ei qui sine causa promisit, dari cõdictionem incerti sine causa, vt liberetur, cùm possis tutus esse exceptione doli quoties conuenietur, præsertim cùm melius sit rei partes sustinere, quàm actoris? *l. fauorabiliores 125. de reg. iur.* Nec simile est, si quis obiiciat, eum qui exceptionem habeat non numeratæ pecuniæ, non eo minùs actionem quoque habere, per quam conqueratur de pecunia non numerata si vltro agere malit, quàm expectare, vt conueniatur *l. si quasi 7. & seq. l. in contractib. 14. in princ. C. de non num. pecu. l. vlt. C. hoc tit. de cond. ex l. & sin caus.* Ita enim ius constitui in illa specie necesse fuit, quia exceptio nõ numeratę pecunię semper temporalis fuit, & olim quinquennio cõcludebatur, hodie biennio *d. l. in contract.* Non est autem in potestate illius cui competit exceptio nõ numeratæ pecuniæ vt intra quinquennium, vel biennium conueniatur *l. petendæ 6. C. de tempor. in integ. restit.* Ergo ne esset in potestate improbi creditoris adimere illi exceptionẽ, dilata in longius tempus actione æquissimũ fuit dari ei actionẽ æquè temporalẽ de nõ numerata pecunia, vt querelã suam quã iure exceptionis deferre nõ poterat, antè quàm cõuenietur, deferret iure actionis. At doli mali exceptio quã in hac specie cõpetere diximus, nõ similiter temporalis est, sed perpetua *l. purè 5. §. vlt. de doli mali excep.* Nullum ergo erat periculũ amittendæ exceptionis propter quod etiã actio dari ei deberet, nam & dici solet, nihil interesse, an quis actionẽ nõ habeat ipso iure, an verò eam habeat quæ per exceptionẽ infirmetur *l. nihil interest 112. de reg. iur.* DEC. Interest eius qui obligatus est siue cum causa, siue etiã sine causa, vt quàm citò fieri potest liberetur, aut soluendo si sit verus debitor, aut circa solutionem si sine causa se obligauerit, nec tantùm vt liberari possit opposita exceptione si conueniatur, sed etiam proposita vltro actione ne conueniri vnquam possit. Nam & cùm exceptio aliqua etiam perpetua competit, periculum adhuc subest ne per errorem & imprudentiam omittatur *leg. qui exceptionem 40. supr. tit. prox. l. si fideiussor 29. infr. mandat.* quo casu condemnatio sequitur ac si nulla exceptio competeret, quia nec diuinare eam iudex potest, nec si sciat non opsitam supplere, cùm sit facti. *Tit. C. vt quæ desunt aduoc. part. iud. suppl.* & fieri potest, vt exceptione etiam iusta & competente reus vsus sit, nec eo minùs tamẽ condemnetur siue per iniuriam iudicis, siue quod iniustæ damnationis causam ipse culpa sua præbuerit vt in *l. exceptione 67. infr. de fideiuss.* Tutius ergo est, vt qui debitor dicitur, non tantum exceptionis, sed etiam actionis iure liberationem vrgeat, si consequi eam possit: quod commodè fit per acceptilationem, vt hæc lex docet, & *leg. si quis reum 5. infr. de liber. legat. §. 1. Instit. quib. mod. tollit. oblig.* Secuta enim acceptilatione, atque ita sublata omni obliga-

obligatione securus est is, qui anteà debitor fuerat, cùm amplius conueniri non possit. Nemo enim sine actione agere potest *l. si pupilli 6. §. vlt. supr. de negot. gest. l. quoties 9. §. & generaliter infr. de admin. tutor.* Qui autem conueniri non potest, nec condemnari potest, quia omnis condemnatio actionem præsupponit *l. infr. de re iudic.* ne quidem per iniuriam iudicis, quia nec sine actione dari quisquam iudex potest, cùm dari actionem à Prætore post litem contestatam & dari formulam, aut iudicem, aut iudicium paria sint *l. 2. C. de pedan. iudic.* Denique tutius est liberari quem ipso iure quàm ope exceptionis, licet in dubio tutius sit, exceptionem sibi competentem obiicere, quàm quasi parta ipso iure liberatione exceptionem omittere *l. qui seruum 34. §. 1. infr. de oblig. & action.* Quod ergo is qui sine causa promisit potest habere doli exceptionem perpetuam si ex ea stipulatione conueniatur, non debet facere, quominus etiam actio ei vltro danda sit, id est condictio incerti sine causa, per quam ad hoc agat, vt liberetur. Sic in *l. 3. C. de condict. indeb. l si indebitam 15. C. de fid eiuss.* Nec distinguendum est cum Bartolo, an causa nulla omnino in promissione expressa sit, an verò aliqua quidem, sed quæ in rei veritate, vt ipse loquitur, erat nulla. Nam & cùm nulla prorsus expressa causa est in stipulatione, non eo minùs tamen stipulatio tenet ipso iure vt ex ea conueniri promissor possit, adeóque condemnari, si non sibi prospiciat opposita doli mali exceptione *d. §. circa*, solam enim verborum solemnitatem requirit stipulatio, ad inducendam ipso iure obligationem, non item aliquam obligationis causam. Potrò quo casu doli exceptio prodesse potest promissori si conueniatur, eodem casu etiam actio eidem accommodari potest & debet, vt liberationē vrgere vltrò, & consequi possit: condicere enim quantitatem non potest, quam non dedit, sed tantùm obligationem *l. 1. vers. qui autem supr. hoc tit.* Ex quo loco iuncta hac lege apparet, effectum obligationis condicendæ, non alium esse, quàm vt liberatio sequatur. Et longè aliud esse condici obligationem, si quis propriè ac partitè loqui velit, aliud verò condici liberationem. Tum enim liberatio condicenda est, cùm iam facta est, nec ad alium finem condicitur liberatio, quàm vt is qui verè liberatus est, restituat se in obligationem vt *in l. 4. supr. de condict. caus. dat.* Itaque sunt ista merè opposita, & contradictoria, condici obligationem & liberationem: in quo plerique errant.

a *Incerti condictione.* Quærit Accursius & post eum Bartolus, an hoc sit nomen actionis alicuius, quæ specialiter dicatur *condictio incerti*, an verò qualitas quædam actionis ex eo nomen habens, quod detur ad rem incertam. Sed iam monui sæpius præsertim ad *l. 1. supr. & ad l. sed si me putem 22. §. 1. supr. tit. prox.* esse hanc tantùm qualitatem & differentiam actionis: esse enim omnes condictiones, siue indebiti, siue ob causam dati causa non secuta, siue ob turpem vel iniustam causam, siue hanc de qua agimus, *sine causa* siue furtiuam, aliàs certi, aliàs incerti. Certi quoties certum petitur de quibus in *leg. certi condictio 9 supr. de reb. credit.* Incerti verò quoties incertum petitur, vt puta quanti actoris interfit, aut vt aliquid fiat, puta acceptilatio ad inducendam liberationem, vt in hac lege. Quicquid enim consistit in faciendo per se incertum est *l. vbi autem 75. §. qui id quod de verb. oblig.* & obligatio faciendi, si factum non sit, resoluitur in obligationem & præstationem eius quod interest *l. si quis ab alio 13. in fin. de re iudic.*

b *Nec refert omnem quis obligationē sine causa suscipiat.* RAT. DVB. Nō semper idem de parte ad partē iuris est, quod de toto ad totum, vt in specie *l. quandiu C. de distract. pignor.* vbi dicitur soluto quidem toto debito pignus totum liberari, sed si quid vel minimum solutioni desit aut sortis aut vsurarum, nullomodo liberationem pignoris contingere, ne quidem pro ea parte pro qua solutio debiti facta est, quamuis & pecunia quæ debetur, diuidua sit, & fundus qui pignori datus fuit. Quod & scriptum est in *l. 1. & 2. C. debit. vendit. pignor. imped. non poss. l. 1. & 2. C. si vnus ex plurib. hered. debit. vel credit.* Similiter igitur & in proposita specie dicendum est, si quis maiorem obligationem susceperit, quàm suscipere debuerit, puta si decem promiserit, cùm quinque duntaxat promittere deberet, aut in totum aut nulla penitus ex parte condicendam esse obligationem: ne alioqui eueniat, vt vnus idémque contractus diuerso iure censeatur, quod iuris ratio non facilè admittit *vulg. leg. eum qui ædes 23. infr. de vsucap.* DEC. In his quæ omnino diuidua sunt, vt Bartolus hîc loquitur, idem iuris est de parte quod ad partem, quod est de toto quod ad totum *leg. quæ de tota 76. supr. de rei vindic.* In hoc enim rerum genere vna quæque pars efficit suum totum non vniuersale sed particulare. Atqui obligationes omnes, quæ in quantitate consistunt, diuiduæ sunt *l. 2. de verb. oblig.* quia & quantitas ipsa diuidua est, sicut è contrario dicimus stipulationes non diuidi earum rerum quæ indiuiduæ sunt *l. 2. l. 4. leg. stipulationes non diuiduntur 72. leg. in executione 85. §. pro parte eod. tit.* Potest enim fieri, vt ex decem promissis quinque promissa sint ex iusta causa, quinque verò sine causa: nec eadem semper causa est debendi decem, quæ debendi tantùm quinque, cum in maiori quidem summa minor insit, sed non contrà *l. 1. §. si stipulanti eod. tit. l. in eo 110. in princip. de regul. iur. l. cùm furti 9. supr. de in lit. iurand.* Consequens igitur est, vt in proposita specie, si is qui quinque tantùm debebat, decem sine causa promiserit, incerti condictione consequi debeat, vt non in totis decem, sed in quinque tantùm liberetur: cùm tamen si nullam causam promittendi habuisset, incerti condictione consequeretur vt tota stipulatio acceptò fieret. Alia ratio est pignoris de quo in *d. l. quandiu C. de distract. pignor.* & aliis suprà in dubitandi ratione adductis. Est enim pignoris causa indiuisa, vt Papinianus ait in *l. rem hereditariam 65. infr. de euict.* nam nec verisimile est creditorē qui pignus accepit pro centum, vllam partem pecuniæ crediturum fuisse, si non ei pignus datum pro totis centum fuisset *l. heredes 25. §. idem obseruatur sup. Famil. ercisc. l si rem alienam 9. §. omnis pecunia inf. de pignor. act.* Eadémque causa est cæterorum contractuum quos credibile est non fuisse contrahētes pro parte inituros, vt euenit in emptionibus & dationibus in solutum *l. cùm ex causa 139. inf. de verb oblig.* nec enim credendus est vēditor partem fundi vēditurus fuisse ei cui totum vendidit, neque emptor partem fundi empturus quem totum emit, aut in solutum accepit *l. tutor 47. §. 1. supr. de minor. l si quis aliam 46. infr. de solut.* ob incommoda nimirum communionis *l. si non sortem 26. §. si centum supr. tit. prox. iunct. l. in re communi 26. vrban. prædior. l. cùm pater 77. §. dulcissimis delegat. 2.* At non similiter possis dicere, eum qui decem promisit, cùm quinque duntaxat deberet, non æquè promissurum fuisse quinque, si stipulator quinque tantùm non etiam decem stipulari voluisset.

BIU Cujas

4. AFRICANVS libro 8. Quæstionum.

NIhil refert, vtrúmne ab initio sine causa quid datum sit, an causa, propter quam quid datum est, secuta non sit.

Ad l. Nihil refert 4.

RAT. DVB. & DECID. ad hanc legem eadem est, quæ ad §. *pen. l. 1. supr.* vbi eadem omnino sententia proponitur, nisi quòd hîc Africanus tractat tantùm de causa non secuta, Vlpianus verò in *d.* §. *penul.* de causa etiam finita, ac proinde secuta. Nec enim finiri posset, quæ nunquam secuta esset, nec initium habuisset *leg. Titio vsusfructus 96. infr. de condict. & demonst.* Miror verò esse hunc casum ab Africano prætermissum, cùm magis conueniat condictioni sine causa, quàm casus ille quo causa secuta non sit: admittit enim ille & inducit maiore quodam iure condictionem sine causa, quam nõ æquè possis inducere, si causa secuta sit & finita. Nomen enim ipsum repugnat condictionis ob causam dati causa non secuta: contrà verò cùm causa quæ ab initio aliqua fuit, ex postfacto finita est, æquè locus esse debet condictioni sine causa, atque si nulla ab initio fuisset: quia verum est eo tempore quo agitur, quod in hac condictione maximè spectandum est, cùm neque ad tempus præteritum respiciat neque ad futurum, iam nullam esse causam licet alias quando fuerit, non enim amplius est, quod finem essendi, vt ita loquar cum Philosophis, iam accepit. Ideo autem datur condictio siue causa secuta non sit, siue finita fuerit, quoniam alioquin vtroque casu ex alieno damno locuples fieret is qui accepisset: quæ generalis ratio est inducendarum condictionum, & repetitionum omnium *leg. cùm hi 8. §. si quis de alimentis vers. sanè supr. de transact.*

5. PAPINIANVS libro 11. Quæstionum.

AVunculo nuptura, pecuniam in dotem dedit, neque nupsit. an eandem repetere possit, quæsitum est? dixi, cùm ob turpem causam dantis, & accipiẽtis pecunia numeretur, cessare condictionem: & in delicto pari potiorem esse causam possessoris, quam rationem fortassis aliquem secutum respondere, non habituram mulierem condictionem. sed rectè defendi, non tam turpem causam in proposito, quàm nullam fuisse: cùm pecunia, quę daretur, in dotem conuerti nequiret. non enim stupri, sed matrimonij gratia datam esse.

Ad l. Auunculo vlt.

RAT. DVB. Cùm ob turpem causam dantis & accipientis pecunia numeratur, cessat condictio, quia in pari delicto potior est causa possessoris *l. penul. supr. de condict. ob turp. caus. l. 2. C. eod.* Atqui turpes sunt & illicitæ nuptiæ inter auunculum & sororis filiam, adeóque neptem & proneptẽ, quia his personis auunculus loco parentis est §. *fratris autem Inst. de nupt. l. sororis 39. infr. de rit. nupt.* Ergo si sororis filia auunculo nuptura dotem ei dederit, quãuis posteà non nupserit, dicendum est condictionem cessare, quia in eo vtriusque turpitudo versatur. DEC. Matrimonij & dotis causa semper honesta est, & fauorabilis ob admixtam vtilitatem reipublicæ *l. 1. infr. solut. matr. l. 2. & 3. de iur. dot.* Atqui in proposita specie sororis filia auunculo nuptura dotem ei dedit, non stupri causa, sed matrimonij. Ergo non ob turpem causam, sed potiùs ob honestam. Nec quod nõ nisi turpiter matrimonium inter huiusmodi personas sequi potuit, ad rem facit. Nam præterid quod ponimus secutum non fuisse, nihil aliud ex eo inferre possis, nisi quod vult Papinianus, nullam hîc potiùs quàm turpem fuisse causam dotis dandæ, cùm ea pecunia in dotem cõuerti nequeat, quia nec matrimonium sequi vllum potest impossibilitate iuris, quæ impossibilitati facti passim æquiparatur *l. filius 15 cum l. præced. infr. de condic. instit.* Dicendum igitur est, locum esse hoc casu condictioni sine causa: & ita Papinianus noster subtilissimè concludit, nam in condictione ob turpem causam proxima causa inspicienda est, non remota, vt benè hîc Bartolus tradat ex *l. 3. §. sed quod meretrici sup. de condict. ob turp. caus.* In proposito autem causa proxima fuit dotis dandę ob matrimonium, quamuis tale matrimonium non nisi turpiter & illicitè contrahi potuerit. Quid ergo si matrimonium secutum esset? Et quidem si cõtrahentes matrimonium, neque ius neque factum ignorarunt, nullam penitus habere possunt excusationem, nec dubitandum est, quin hoc casu non tãtũ lucra nuptialia omnia eis auferenda sint *l. qui contra 4. C. de incest. nupt.* sed etiam dos ipsa fiat caduca *l. si quis 6. eod. tit. l. vxori maritus 27. infr. de vsufr. legat. l. incestæ 52. l. dote 61. infr. de rit. nupt.* Nam nec fœminis hoc casu parcitur etiam quod ad pœnam ex legibus publicorum iudiciorum irrogandam. Quamuis si sola iuris Romani obseruatio interueniret, nec iure gentium incestum committeretur, esset mulier per iuris ignorantiam à crimine excusanda *l. si adulterium 38. in princip. & §. 1. & seqq. infr. ad leg. Iul. de adult.* Solus Bartolus tentat an dici possit mulierem etiamsi ius & factum sciat, non eo magis tamen prohibendam condicere dotem quam dedit: & in eam sententiam procliuior est, vt non perdat dotem, quia eam habeat, nõ vt lucrum, sed vt quid sibi proprium, & ex causa onerosa, quasi neque ratione turpitudinis repelli debeat, vt Papinianus hîc respondit, neque ratione indignitatis, quippe quæ non ab alio ei possit obiici quàm à fisco, sed in hoc tamen fallitur. Nam vt meliùs docet Accursius, ne quidem ignorantia mulieris eam excusat ab amissione dotis, sed tãtùm à pœna criminis, nisi sit error facti, & quidem accerimus, vt loquitur *d. l. qui contrà iuncta d. l. incestæ & d. l. dote & d. l. si quis 6. C. de incest. & inutil. nupt.* & quod à Papi-

BIU Cujas

Papiniano in hac lege contrà responsum videtur, non ad mulieris ignorantiam & errorem siue facti siue iuris referendum est, (cùm tractet Papinianus eum casum quo par delictum fuerit vtriusque contrahentium, quod tamen nullum esset, interueniẽte facti errore, quia neque consentiunt, neque delinquunt qui errant, idque ex sequenti specie clariùs apparet,) sed ad id quod non magis de facto, quàm de iure fuerat secutum matrimonium, quo secuto aliud sanè Papinianus respondisset, non tantùm ratione turpitudinis (ea namque ratio mulieri tantùm adimeret condictionem, non etiam dotem marito) sed ob id maximè quòd propter contractũ illicitè & dolo malo matrimonium dos caduca facta esset, & fisco applicanda *d.l. incestæ d.l. dote l. 2. §. 1. d.l. Claudius 13. de his quæ vt indign.* nisi talem proponeres mulierem, quæ non posset videri deliquisse, quòd ab alio puta tutore suo decepta esset, vt in *l. vlt. de leg. 1.* loquimur enim de iis qui communem delinquendi causam habuerunt contrahendo prohibitas nuptias, vt in specie huius legis. Alioqui cõpeteret mulieri quæ aut ius aut factum ignorasset condictio ob causam dati causa non secuta, quoniã ad condictionem illam impediendam non sufficit causam secutam esse de facto, si iure non habuerit effectum *l. 3. §. si liber homo de condict. ob caus.* Sed tamẽ hoc etiam nisi fallor, æquè malè, quia id intelligi debet, quoties ea causa saltem aliquo casu sequi potest, vt in *d. §. si liber homo.* nec enim per se impossibilis est causa manumittendi, sed tãtùm in homine iam libero. Cæterùm si absolutè sit impossibile causam sequi, ob quam aliquid datum est, non eo minus cessat repetitio, vt diserte scriptum est in *l. dictam legem 8. C. de condict. ob caus. dator.* quia imputare sibi debet, qui vltro dedit ob causam aliquam, quam sciebat sequi nullo modo posse quasi & hic donasse videatur ex regula *l. cuius per errorem 53. de regul. iur.* eiusmodi autẽ est si sororis filia quasi auunculo nuptura, ei dotem dederit, cùm matrimonium illud sequi nunquam possit. Impossibiles enim cõdiciones censentur, non minus eæ quæ de iure, vt loquuntur, impossibiles sunt, quàm quæ de facto, vt iam diximus ex *d. l. filius 15. & præced. de condict. instit.* quia quod honestè facere non possumus, nec facere nos posse credendum est, vt eleganter Papinian. loquitur in *d.l filius.* Quòd si de facto impletæ sint, nec pro impletis habendæ sunt ad vtilitatẽ & commodum eius qui impleuit, sed tantũmodo in ipsius damnum & pœnam, vt quod turpiter, & contra leges factum est, earũdem legum seueritate vindicetur, & auferantur omnia quæ per occasionem illiciti matrimonij ad alterum ex coniugibus ab altero peruenerunt. Quod etiam iure vetere obtinebat *l. vxori maritus 27. infr. de vsufr. legat.* Nec ad rem pertinet, quod in specie huius legis sponsalia quoque prohibita sunt, non minùs quam nuptiæ *l. oratio 16. infr. de sponsal. l. si quis tutor 60. §. quamuis de rit. nupt.* siue per verba de præsenti facta sint, siue per verba de futuro: quam distinctionem iuri ciuili incognitam ius canonicum primùm induxit, nam neq; Papinianus ponit cõtracta fuisse vlla sponsalia: & quãuis contracta essent, omni tamen casu admitterent iure ciuili locum pœnitentiæ, quam ipsæ etiam incestæ nuptiæ interdum admittunt: scilicet si acerrimo facti errore factæ sint, & coniuges errore compertò statim & sine vlla procrastinatione coniunctionem diremerint *d.l. qui contra in fin.* Quod intelligo nõ modò quantum ad lucra nuptialia duntaxat, sed etiam quantum ad dotem, ne cum Bartolo meliorem facias cõdicionem dotis, quasi quæ causam habeat, vt ille ait, onerosam, quam lucrorum quæ lucratiuam habent, nam è contrario lex Iulia, quæ dotem ob illicitum matrimonium caducam fecit, indistinctè locuta est *d.l. incestæ & d.l. dote.* propter quod videri potius posset, nõ esse adhibendam in dote illam distinctionem, quam adhibuerunt Imperatores, qui pœnam legis Iuliæ ad lucra etiam nuptialia extenderunt in *d.l. qui contra.* nisi absurdũ esset, meliorem facere condicionem lucrorum nuptialium, quàm dotis, & iacturam dotis inducere tum quoque cùm nullum delictum intercessisset, quod per iustum errorem facti semper excluditur *d.l. 38. §. 1. de adult.* Ergo tunc applicari eam fisco & caducam fieri necesse est, cùm illicitum matrimonium contractum est dolo malo & à delinquentibus, *l. si quis 6. C. de incest. & inutil. nupt. d.l. vlt. de leg. 1. d.l. 2. d.l. Claudius 13. de his quæ vt indign.* non etiã si contracta sint tantùm sponsalia, quia lex Iulia de sponsalibus locuta non est, sed tantum de nuptiis, neq; quantum ad pœnam amittendæ dotis ad sponsalia extendi debuit, non modo tanquã odiosa (nec enim odiosæ leges adiuuandę sunt interpretatione *leg. cùm quidam 19. de liber. & posthum.*) sed etiã & illa potissimùm ratione, quòd sponsalia non possunt facere dotem, sed solum matrimonium. Vt taceã quod addit Bartolus, quamuis fortasse nimis generaliter, quoties delictum ideo non perficitur, quia is qui delinquere cœperat, non vult perficere, pœnam delicti cessare, quasi suffragio iustæ pœnitentiæ absolutus, vt loquitur Paulus in *leg. qui falsam 19. infr. de leg. Cornel. de falsi. l. Papinianus 8. §. meminisse sup. de inoff. testam. l. qui cum maior 14. §. accusasse l. in seruitutem 16. §. petisse inf. de bon. libert.* Planè vt Bartolus monet, potest iusta ignorantia etiam alterutrius coniugum illicitas & prohibitas nuptias contrahentium ei prodesse, non quidem quod ad hoc vt eo minus illicitę sint nuptiæ (legum enim authoritatem rusticitatis & imperitiæ velamentis circũueniri non oportet, vt ait *l. 1. C. de interd. matrim.*) sed quantùm ad hoc, vt ex parte ignorantis filij legitimi dici possint, & successionis capaces, vt in specie *l. qui in prouincia 57. §. 1. inf. de rit. nupt.* vbi de ea muliere tractatur quæ in matrimonio auunculi sui per multos annos fuerat, & in eo collocata ab auia, & plures in ea matrimonij figura liberos susceperat. Quamquam hac de re ius Pontificium consulendum potius, & sequendum est: item vt si in contrahendo illicito matrimonio nullum delictum admissum sit, puta si mulier libera seruo nupserit, cuius statim ignorabat, nihilominus repetere dotẽ possit, & quidem cum eodem priuilegio quod veris dotibus dari solet *l. si cũ dotem 22. §. vlt. infr. solut. matrim. l. 3. C. eod.* Idem enim priuilegium etiam condictioni datur, quod fauoris ratione tribui solet actioni de dote inter actiones personales *l. si sponsa 74. infr. de iur. dot. l. quæsitum 17. §. vlt. & legib. seqq. infr de reb. author. iudic. possid. aliàs l. 2. 3. & 4. de priuileg. credit.* Et ad hos nimirũ casus restringi debet, quod scriptum est in *l. 1. C. de condict. ob caus. dat.* non autem ita intelligi, vt quidam putant, quasi iure nouo nõ fiat dos caduca, propter incestuosum matrimonium, quomodo fiebat olim *d.l. dote & d.l. si quis 6. C. de incest. nupt.* non enim quodlibet illicitum matrimonium faciebat caducam dotem, sed illud demũ quod delicti causam admixtam habebat, vt diximus: nec enim pœna vlla sine delicto esse potuit aut debuit, præsertim per quam amissio dotis

BIU Cujas

infligeretur: quia multùm interest, an errore matrimonium illicitè contrahatur, an verò contumacia iuris & sanguinis contumelia concurrant *d.l. si adulterium* 38. §. 1. *de adult.*

1 ¶ Nouerca priuigno, nurusſocero pecuniam dotis nomine dedit, neque nupſit. ceſſare condictio prima facie videtur: quoniam iure gentium inceſtum committitur. atquin magis in ea ſpecie, nulla cauſa dotis dandæ fuit. condictio igitur competit.

Ad §. 1. Nouerca.

Eſt hæc ſpecies ſimillima ſuperiori, eaſdémque ferè rationes recipit dubitandi, & decidendi, niſi quod maior hîc ratio ſubeſſe videbatur, propter quam dicendum eſſet condictionem ceſſare, quoniam cùm nouerca priuigno, aut nurus ſocero nubit, inceſtum iure gentium committitur, quemadmodum & quoties ex gradu aſcendentium, vel deſcendentium quis vxorem ducit *l. vlt. infr. de rit. nupt.* vbi additur hoc crimen, quia ignorari non poteſt, cùm ſit contra ius gentium, quod gentibus & perſonis omnibus patet, excuſari non poſſe, neque adhibendam eſſe hoc caſu diſtinctionem illam, quæ adhiberi aliàs ſolet, cùm non niſi ex iuris Romani obſeruatione contrahitur, vt cùm quis ex latere eam ducit, quam vetatur, aut adfinem, quam impeditur, an palàm & publicè, an verò clam cõtractum ſit matrimonium, vt palam delinquentes tanquam errantes pœna maiore excuſentur, clam verò committentes, vt contumaces plectantur: etſi namque inter nouercam & priuignum, ſocerum & nurum non niſi adfinitatis præteritæ veneratione prohibitæ ſunt nuptiæ §. *adfinitatis Inſtit. de nupt.* (vnde Accurſius & Ioannes occaſionem ſumpſerunt exiſtimandi perperam, matrimonium hoc iure tantùm ciuili eſſe illicitum, & interdictum, illud verò, de quo in principio huius legis etiam iure naturali vtrumque aduerſus expreſſa illa Papiniani verba *quoniam iure gentium inceſtum committitur*) ſunt tamen hæ perſonæ ex gradu aſcendentium & deſcendentium, cùm ſocer patris loco ſit, & nurus loco filiæ *l. quia parentis* 14. *infr. ſolut. matr.* itémque nouerca loco matris, & priuignus loco filij *d. §. adfinitatis.* quod nemo dixerit de ſororis filia nupta auunculo. Sunt enim iſti ex latere, licet auunculus quoque parentis loco eſſe dicatur in *l. ſororis* 39. *infr. de rit. nupt.* ratione ſcilicet officij & proximæ coniũctionis, non gradus: ideóque excuſari aliquomodo poteſt mulier, quæ auunculo nupſit etiam quem eſſe auunculum ſciuit *d. l. vlt. & l. qui in prouincia* 57. §. 1. *eod. l. ſi adulterium cum inceſtu* 38. §. 1. *verſ. quare mulier infr. ad leg. Iul. de adult.* non etiam nouerca quę priuigno, aut nurus quę ſocero. Sic in *l. ne cum filiofamilias* 16. *infr. de furt.* Paulus ſcribit non tantùm iuris ciuilis conſtitutionem, ſed etiam naturam ipſam impedimento eſſe, ne cum filiofamilias agere pater poſſit, non magis quàm cum ſeipſo, tametſi tota eius iuris ratio pendeat à patria poteſtate, quæ facit, vt eadem patris & filij perſona eſſe exiſtimetur: & quæ ipſa tamen patria poteſtas tota iuris ciuilis eſt non naturalis *Inſtit. de patr. poteſt. in princip. iunct. l. Imperator* 50. *ad SC. Trebell.* Idque proculdubio eſt, quod Papinianus noſter ſignificare voluit ſupradictis illis verbis, *quoniam iure gentium inceſtum committitur*, quod ſequentia illa oſtendunt, *atquin vel magis in ea ſpecie.* Vt intelligamus, quanto magis prohibitum eſt matrimonium inter ſocerum & nurum, nouercam & priuignum, quàm inter ſororis filiam & auunculum, tanto minùs quidem excuſari poſſe eas perſonas, quæ inceſtum iure gentium commiſerunt, quàm ſi iure tantùm ciuili id cõmiſiſſent, quia ius gentium, hac parte ius naturale eſt, quod natura ipſa & naturalis ratio atque honeſtas omnes homines docuit, ſed tamen tanto magis verum eſſe nullam dandæ dotis cauſam fuiſſe, eo caſu quo matrimonium ſine inceſtu contrahi non potuit, ideóque non minùs in hac ſpecie, quàm in ſuperiore, imò longè magis dandam eſſe mulieri condictionem eius pecuniæ, quæ non propter inceſtum, ſed propter futurum matrimonium data eſſet, condictionem, inquam, ſine cauſa, dummodò non ſint ſecutæ nuptiæ. Hoc enim omnimodo addendum eſt, quod nec Papinianus prætermiſit: alioqui omnino dos caduca fieret, nec allegatio vllæ erroris admitti poſſet contra inceſtum, quod iure gentium admiſſum probaretur, ſiue error iuris eſſet *d. l. vlt. de rit. nupt. & dict. l. ſi adulterium* 38. *verſ. quare ſi mulier*, ſiue error facti in ea perſona, quę vel nouerca, vel nurus fuit, neque enim condicionem ſuam ignorare potuit, vt nec priuigni vel ſoceri, cuius aut nouerca aut nurus fuit, nec ad hunc caſum aptari poteſt exceptio poſita in fine *l. qui contra* 4. *C. de inceſt. nupt.* Dicendum igitur eſt contrà quàm Ioannes & Accurſius ſenſerint, in ſuperiore ſpecie admiſſum fuiſſe inceſtum iure duntaxat ciuili: in hac verò poſteriore etiam iure naturali & gentium, vtriuſque tamen caſus, quod ad hanc condictionem ſine cauſa pertinet, eandem prorſus eſſe rationem nullis ſecutis nuptiis, quæ tamen diuerſa eſſe poſſet, ſi nuptiæ ſecutæ eſſent, nec niſi de delicto excuſando, & grauioribus aut leuioribus pœnis coercendo quæreretur.

ANTO-

BIU Cujas

ANTONII FABRI

I.C. SEBVSIANI, SERENISS. SABAVDIÆ DVCIS CONSILIARII AB INTIMIS, ET IN SVPREMO SABAVDIÆ SENATV Præsidis Primarij

RATIONALIA

IN LIBRVM TERTIVM DECIMVM PANDECTARVM

Ad TIT. I.

De condictione furtiua.

VLPIANVS libro 18. ad Sabinum.

IN furtiua re soli domino condictio competit.

Ad l. 1. In furt.

RAT. DVB. Condicere nihil aliud est, quàm intendere dari sibi aduersario aliquid oportere §. *appellamus* 16. *Inst. de act.* dare autem nihil nisi dominium transferre *leg. vbi autem* 75. §. *vlt. inf. de verb. oblig. l. non videntur data* 167. *de reg. iur.* Atqui quod iam meum est, non magis fieri meum potest *leg. in bello* 12. §. *si quis seruum* 7. *infr. de capt. & postlim.* adeóq; nec meum esse ex plurib. causis, sed ex vna tantùm, quamuis ex plurib. causis deberi quid nobis possit *l. non vt ex plurib.* 159. *de reg. iur.* Ergo fieri nequit, vt cõdictio furtiua, de qua in hac lege agitur & in toto hoc tit. detur domino, ne quidem contra furem, præsertim cùm domino possit dari contra furem vindicatio, vt & aduersus alium possessorem quemlibet, sicuti actio quoq. ad exhibendum *l. ancillæ* 12. *C. de furt.* §. *sic itaque* 14. *Inst. de act.* Est enim condictio non modò contraria, sed etiam contradictoriè opposita vindicationi, quandoquidem vindicatio soli domino competit *l. id rem* 23. *& pass. de rei vind. l. quintus* 27. §. *argento inf. de aur. & argent. legat.* Condictio autẽ soli non domino, vt diximus. Sunt autem hæc cõtradictoria, esse quem eiusdem rei dominum, & non esse: allegans porrò contraria non est audiendus, maximè si actiones contrarias cumulare velit, multo minus, si contradictorias *leg.* 1. *C. de furt.* Nec ad rem facere videtur, si quis respondeat cum Iustiniano in *d.* §. *sic itaque*, odio furum ita cõparatum esse aduersus stricti iuris rationem, quò pluribus actionibus teneantur: non enim potest odium furis facere, vt res furtiua quæ iam est actoris magis fieri eius possit, aut vt fur cõdictione furtiua conuentus dominium rei furtiuæ, quod ipse non habet, transferat in actorem, contra regulam *l. nemo plus iuris* 54. *de regul. iur.* cùm furtum non sit legitimus modus acquirendi, aut amittendi dominij. Frustra igitur & nulla iuris aut necessitatis ratione condictionem furtiuam comparatam esse fatendum est, sed & certum est, condictionem hanc dari etiam tutori pro re furtiua pupilli *l. interdum* 56. §. *qui tutelam infr. de furt.* cùm tamen constet tutorem non esse dominum rei pupillaris, sed tuitorem duntaxat & defensorem. ergo nec illud verũ est, quod Vlpianus hîc scribit, in re furtiua soli domino condictionem competere. Sed neque illud etiam verum est, dari eam contra solum furem, cùm detur etiam contra prædonem fundi & rei immobilis *l. 2. infr. de condict. tritic.* cuius tamen certum est furtum fieri non posse §. *quod autem Instit. de vsucap. l. quam rem* 38. *infr. eod. ill. tit.*

DEC. Qui rem alienam furatur, id agit quantum potest, vt eius dominiũ sibi acquirat: & verò sibi acquireret proculdubio, si furtũ esset legitimus modus dominij acquirendi. quod enim dicitur furtum nihil aliud esse, quàm interuersionem possessionis *l.* 1. §. *vlt. infr. de furt.* eam rationem habet, quòd possessio quæ facti magis, quàm iuris est, interuerti facilè potest, inuito etiã & inscio possessore ac domino, dominiũ verò nõ item, quia iuris est *l. id quod nostrum* 11. *de reg. iur. l. si ego* 9. §. *si res inf. de iur. dot.* Ergo quãuis fur non ideò fiat dominus rei furtiuæ, nullã tamen querelę occasionem habet si ea actione conueniatur, qua conueniri iure posset, si voluntas eius effectum habuisset, id est, si per furtum factus dominus fuisset. Atqui eo casu nemo dubitat, quin condictione posset conueniri, quia ex turpi & iniusta causa nec sine scelere alienæ rei dominium habere cœpisset, ex generali regula *leg. perpetuò* 6. *supr. de condict. ob turp. vel iniust. caus. l. 1. §. vlt. supr. tit. prox. l. rerum*

BIU Cujas

25.*infr.rer.amot.* Meritò igitur condictione tenetur, nõ illa quidem quæ datur ob turpem, vel iniustam causam, quia ex turpi & iniusta illa causa dominus factus non est, sed speciali condictione in eam rem comparata, quæ furtiua dicitur, ob hoc solùm, quia fieri dominus voluit. Ideò autem vindicatione tenetur, quia possessor tantùm non etiam dominus est, quòd si non magis possessor sit, quàm dominus puta si res furtiua perempta sit, vindicatione conueniri vtique non potest, quæ non datur nisi contra possessorem *l. officium 9. l. is qui destinauit 24. & pass. supr.de rei vindic.* cùm nascatur ex præsenti possessione *l.non aliàs 24.§.sed si postulatur supr.de iudic.* neque rursus actione ad exhibendũ, quæ similiter non datur nisi contra possidentem, aut eum qui dolo malo desiit possidere *l.3.§ vlt.l.si ad exhibendum 8 l.de eo 12. §.vlt.& pass.sup.ad exhib.* Est igitur hoc saltẽ casu non solũ vtilis, sed etiam necessaria cõdictio furtiua ad rem ipsam persequendam, quę extare desiit, ne alioqui fur impunè rem furtiuã domino abstulerit, nec eius recuperandæ ratio vlla superfit, quamuis si pœnam persequi dominus velit, paratam habeat in eam rem furti actionem *leg.si pro fure 7.§.1 & vlt.infr.hoc tit.* Nec ad rem pertinet, si quis dicat, perempta re furtiua, nõ magis condictionẽ eius posse cõpetere, quàm vindicationem, cùm non magis fieri possit, vt rei peremptæ dominium detur, quàm vt possessio eius restituatur *leg. vtique 16. supr.de rei vindic.* differentia nãque condictionis & vindicationis hac parte in eo est, quòd per vindicationẽ non potest peti nisi res præsens, & quæ demõstrari digito possit per vulgarem hanc vindicationis formulam, *hanc rem ex iure Quiritium meam esse aio, l.1.eod.tit.* Per cõdictionẽ verò quæ actio personalis est, peti res debita potest etiam quæ perempta sit, si modo aliqua mora præcesserit, quæ facere possit, vt ea ipsa res quæ periit, adhuc extare, & debita esse videatur *l. si seruum 91.§.sequitur & §.vlt.inf.de verbor.oblig.* Atqui semper in fure id euenit, vt non modò sit debitor rei furtiuæ quousque illam restituerit, sed etiam perpetuã moram in ea restituenda facere intelligatur *leg.in re furtiua 8.§ 1.inf.hoc tit.* quia nec eam auferre ab initio debuit *l.vlt.eod.* Ergo quod furtiua res perempta sit etiam casu fortuito, & citra vllam ipsius culpam, non debet eum liberare, quominus perinde condictione teneatur, ac si res adhuc extaret. Nec furtiuam condictionẽ impedire illud debet, quòd furti actionem saluam habeat contra furem, aut in duplũ si furtum nec manifestum fuerit, aut in quadruplũ si manifestum: nam cùm furti actio pœnam petat legitimam, condictio autem furtiua rem ipsam, neque furti actio per condictionem, neque condictio per furti actionem consumi potest *d.l. si pro fure 7.§. 1.infr.l.si pignore 54.§. cùm furti infr. de furt.* non enim esset pœna quadrupli vel dupli mera pœna, si furem à rei furtiuæ etiam peremptæ restituendæ necessitate liberaret, ea verò restituendæ rei furtiuæ etiam peremptæ necessitas, non nisi per condictionem furtiuam induci potest. Condictio igitur furtiua merè rei persecutoria est, & quidem sui natura, & in prima sua intentione, non vt aliæ pleræque actiones arbitrio tantùm iudicis *l. 4.§.vlt. supr. de alienat.iudic.mut.caus.fact.l.si cùm dos 8.§.1. infr.rer. amot.* pœnalis nullomodo est, quia licet odio furis comparata sit, vt diximus *d.§.sic itaque Instit.de action.* non tamen vt pœnam aliquam persequatur, sed vt rem ipsam solam, tota pœna in furti actionem collata. Neque igitur famosa est, cùm sit condictio: cessat enim ignominia in condictionibus omnibus, licèt ex turpi & famosa causa pendeant *l.cessat 36.infr.de obligat.& action.* cuius nec accommodatius, nec certius exemplum adferri potest, quàm in hac condictione furtiua quæ haud dubiè pendet ex delicto, id est, ex furto *l.si duo 13.§.idem Iulianus supr.de iureiur.l.si ambo 10.§.quoties infr.de compensat. l.sed si damnum 9.* aliàs *l.peculium §.siue autem infr.de pecul. l. si mulier 21.§.hac actio.infr.rer.amot.* Furti enim causam famosam esse nemo ambigit *l.1.l.furti 6.& pass.supr.de his qui notant. infam.l.infamem 7.infr. de public.iudic.* negari tamen non potest, quin actio turpis sit, quia furti mentionem & exprobrationẽ quandam cõtinet *l.nec quicquam 56.iunct.l.præced.infr.pro socio.* ideóq; non datur coniugi in coniugem ob reuerentiam præteriti matrimonij, nisi à Triboniano perperam in *l.3.§.sed & cum vxore rer.amot.* fuítque ob eam causam inducẽdum singulare iudicium rerum amotarum *l.1.& 2. l.pen.& pass.eod.tit.* In quo grauiter meo iudicio errauit Iacobus Cuiacius, & qui eum secuti contra nos scripserunt, condictionẽ hanc & pœnalem esse, & famosam: vt inferant, quod absurdius est, non dari eam in solium aduersus heredem, contrà quàm ab Vlp. disertè scriptum est in *l.in cõdictione 9.* vbi dicemus *inf.* Etsi autem verissimum est quod in hac lege Vlp. ait, condictionem furtiuam soli domino dari, datur tamẽ etiam tutori pro pupillo, quia tutor dominus quidem non est, sed tamen domini loco est *d.l.interdum 56.§.qui tutelam de furt.l.is qui in puteum 11. §.an ignoscitur infr. quod vi aut clam.* scilicet quandiu ex bona fide administrat, nec pupillum spoliat *l.qui fundum 7.§.si tutor inf.pro emptor.* Datur autem nõ solùm contra furem, sed etiam contra furis heredem *l.prox.l.ex furtiua 5.inf.hoc tit.* itémque contra raptorẽ, qui etiam fur est, sed improbior *l.item si cùm 14.§.qui vim intulit supr.quod met.caus.l.1.l.2.§. cæterùm & §.vlt. infr.vi bonor.rapt.* item contra prædonem *d.l.2.infr.de condictio.tritic.* Cur enim melior causa sit prædonis quàm furis? Nam & prædo fur esset, si rei immobilis furtum fieri posse. Illud certè non probo, quod Iacobus Cuiacius in Paratitlis scripsit, posse hanc actionẽ dari etiã cõtra mulierẽ, quæ mariti res amouit. Tenetur enim actione rerum amotarum, non condictione furtiua, nisi si tanquam heres furis cõueniatur, aut ex furto quod ei fecerit, cui heredes fimus, aut etiam nobis priusquam nuberet *d.l.3.§.sed & cum vxore rer.amot.* Non enim actio rerum amotarum condictio est, vt docui pluribus in postrema parte *Chiliadis de error. pragmat.* Planè quin heredi mulieris condici possit etiam condictione furtiua, si malit maritus contra eum agere condictione, quã actione rerum amotarum, non ambigitur *l.contra 6, §.item heres & seq.eod.tit.* non tamen datur condictio hæc cuilibet domino, sed ei demum cui subrepta res est, vel heredi eius, ideóque non datur legatario rei subreptæ, siue ante siue post mortem defuncti subrepta sit, quamuis dominium rei legatæ trãseat recta via in legatariũ, satísq. ei esse debet, quod habeat vindicationem *l.sed nec legatarius 11. infr. hoc tit. iunct.l.legatum 80.de leg.2.l.à Titio 64.inf.de furt.* Cùm autem duæ sint species condictionis furtiuæ, vt & aliarum condictionum omniũ, vna certi per quã res ipsa furtiua petitur, quæ semper certa est, alia incerti per quã agitur ad id ꝙ interest, (tametsi Accurs. hanc posteriorẽ furtiuã esse malè neget) sola ea quæ certi est, datur domino soli contra furẽ heredémve eius. Et ita intelligi hæc lex debet, itémque *lex vltim.sup. vsufruct.quemadmod.cau.* Quæ verò incerti est, datur etiam

BIU Cujas

etiam non domino, si modò eius interfit ex honesta causa, puta creditori pignoratitio *l. & ideo* 12.§. *vlt. infr. l. si pignore* 22. *in princ. infr. De pignor. action.* Et hoc bene Cuiacius in Paratitlis ad hunc titulum.

2. POMPONIVS libro 16. ad Sabinum.

COndictione ex causa furtiua & furiosi, & infantes obligantur, cùm heredes necessarij extiterunt: quamuis cum eis agi non possit.

Ad l. Condictione 2.

RAT. DVB. Condictione ex causa furtiua non alius teneri potest, quàm qui ipse furtum fecit, aut heres eius *leg. ex causa* 5. *infr. hoc titul.* Atqui neque furiosi neque infantes possunt ipsi furtum facere, cùm furtum sine affectu furandi non fiat §. *placuit Institut. De oblig. quæ ex delict. nasc.* huiusmodi autem personæ omni affectu careant, quæ nec animum nec sensum ferè vllum habere intelliguntur *l. si tibi* 8. §. *vnius D. de opt. legat. l. Fulcinius* 7. §. *planè interdum* 11. *infr. quib. ex caus. in possess. eat.* neque rursus hereditatem furis sibi acquirere, ne quidem tutore vel curatore authore, cùm hereditas sine animo acquiri non possit, nec per tutoris aut curatoris personam *l. pupillus* 9. *l. gerit* 88. *& pass. infr. de acquir. hered. l. potuit* 5. *Cod. de iur. delib.* Ideóque necessaria olim erat decretalis bonorum possessio quæ tutori dabatur nomine infantis, & curatori nomine furiosi, cùm neque hereditas, neque bonorum possessio edictalis acquiri aliter eis posset, *l. 1. infr. de bonor. possess. infant.* Ergo nullo modo fieri potest, vt furiosi & infantes condictione ex causa furtiua teneantur.

DECID. Etiam furiosi & infantes sui & necessarij heredes sunt patri, cùm æquè ac cæteri sint in potestate patris mortis tempore, primúmque in ea gradum teneant in causa succedendi, quæ suorum & necessariorum heredum descriptio est *l. scripto* 7. *infr. vnd. liber.* nec minùs quàm alij liberi sunt domini rerum paternarum, etiam viuo adhuc patre *l. in suis* 11. *infr. de liber. & post.* Ideóque nulla indigent aut aditione aut immixtione *l. in suis* 14. *infr. de suis & legit.* cùm ipso iure existant & appareant heredes *leg. vltim.* §. *sin verò perpetuò C. de cur. furios. leg.* 1. §. *qui sunt in potest. infr. si quis omiss. caus. test.* Nec quod se possint abstinere quidquam facit, vt inquit Vlpian. ibid. & rectè. Abstentio enim tum quoque cùm iam est secuta, nihil aliud efficere potest, nisi vt suus heres in iis omnibus, quæ ad commodum vel incommodum pertinent, heredis loco non habeatur apud Prætorem *l. necessariis* 57. *infr. de acquir. hered. l. si filius* 12. vbi diximus *supr. De interrog. in iur. faciend.* Cæterùm etiam post abstentionem remanet hæres, qui semel heres fuit, & verè dicitur non esse sine herede eum qui suum heredem habet, quamuis se abstinentem *leg. cùm quasi* 30. §. *sed & si suus infr. De fideicomm. libert.* Tantum abest vt verum sit, quod Bart. docere solet, post introductum à Prætore beneficium abstinendi, non aliter habendum suum heredem pro herede siue iure ciuili siue prætorio, quàm si probetur se immiscuisse, & hîc locutum esse Pomponium secundùm rigorem iuris ciuilis non considerato beneficio abstinendi: quæ omnia certè falsa sunt. Nam si quo casu necessaria posset esse immixtio ad hoc, vt suus heres posset tanquam heres conueniri, vtique maximè in casu huius legis probanda esset, ne tam facilè furiosi & infantes turpi actione ex persona furis conuenirentur, cùm tamen è contrario tanto magis conueniri possint, quod abstinendi licèt ius habeant, facultatem non habent. Est enim abstentio etiam animi & consilij, non minùs quàm immixtio *dict. leg necessariis leg. impuberibus* 11. *& seq. leg. eum bonis* 87. *& pass. eod. titul. De acquir. hered.* quamuis possit tutor vel curator eos abstinere perinde ac immiscere, *leg. penultim. infr. De author. tutor. leg. tutores* 61. *supr. De condict. indeb. leg. ex contractu* 44. *infr. De re iud.* Nam licet cùm furiosis ipsis & infantibus agi non possit, vt sequitur in hac lege, quia legitimam personam standi in iudicio non habent ne quidem authore tutore vel curatore, cùm ipsorum tamen tutoribus vel curatoribus agi potest *leg.* 1. §. *sufficit de admin. tutor. leg. Licinnius* 48. §. 1. *de leg.* 2. Nec à Bartoli errore longè distat noster Accursius, cùm ad hanc legem aduersatiuè notat *sed hodie posse suos heredes abstinere.* Quasi verò iam temporibus Pomponij cuius est hæc lex, non potuerint, aut quasi sufficiat, quòd possint abstinere, ne conueniantur condictione furtiua, quod vtrumque falsum est. Planè vbi tutor infantem abstinuit, aut curator furiosum, constat non posse illis teneri condictione furtiua, vt nec alia actione hereditaria, quantum ad hoc vt conueniantur ipsi vel eorum tutores, vel curatores, tametsi adhuc ipso iure teneantur *dict. leg. necessariis.* Ergo si furiosi & infantes non sui heredes sint, sed extranei, id est, ab alio quàm à patre instituti non possunt teneri condictione furtiua, quia nec heredes esse possunt nisi nouo iure ex *leg. si infanti* 18. *Cod. de iur. delib. & dict. leg. vltim.* §. *sin autem ex alia &* §. *penult. Cod. de curat. furios.*

3. PAVLVS libro 9. ad Sabinum.

SI condicatur seruus ex causa furtiua, id venire in condictionem certum est, quod interfit agentis, veluti si heres sit institutus, & periculum subeat dominus hereditatis perdendæ, quod & Iulianus scribit. Item si mortuum hominem condicat, consecuturum ait pretium hereditatis.

BIU Cujas

Ad l. Si condicatur 3.

RAT. DVBIT. Non potest eadem condictio siue furtiua siue alia esse certi simul & incerti, sunt enim hæ qualitates & denominationes non modò contrariæ, sed etiam contradictoriæ. Atqui cùm seruus condicitur ex causa furtiua, condictio furtiua certi est, quia seruus certus est *leg. certum 7. supr. De rebus credit.* Cùm verò petitur id quod interest agentis, puta si seruus ille sit heres institutus, & dominus periculum subeat perdendæ hereditatis, quia iam non possit imperare seruo subrepto, vt hereditatem adeat, condictio incerti est, quandoquidem id quod interest, semper incertum est *leg. vltim. suprà de præt. stipulation.* Ergo si condicatur seruus ex causa furtiua, dicendum est in condictionem non posse venire id quod interest agentis, præsertim cùm furtiua condictio sit stricti iuris, vt & cæteræ condictiones omnes, quarum nulla est quæ numeretur in §. *actionum Institut. de action.* In quo actionum genere certum est, non venire id quod interest, sed tantùm in bonæ fidei iudiciis, in quibus condemnatio fit ex bono & æquo §. *In bonæ fidei eodem titul. leg. ex empto* 11. §. *vltim. infr. De action. empt. leg. si in venditione* 60. *& pass. infr. De euiction.*

DECID. Id quod interest, æstimatur ex eo quod actori abest, aut quod is lucrari potuit *leg. si commissa* 13. *infr. rat. rem haber.* ideoque in ipsa rei persecutione continetur §. *rei persequendæ Institut. de action. leg. in honorariis trigesima quinta infrà. De obligation. & action.* Atqui condictio furtiua rem persequitur, & est sui natura rei persecutoria *leg. si pro fure septim. §. prim. infrà hoc titulo.* Nec minùs plenam quàm meram rei persecutionem continet, non tantùm quod ad fructuum restitutionem, sed etiam quod ad æstimationem quanti plurimi res fuit, *leg. in re furtiua octaua. §. prim. & vltim. infrà.* Non autem contineret plenam rei persecutionem, nisi in eam veniret etiam id omne, quod agentis interesset, tanquam hæc etiam causa ipsi corpori cohæreat, vt Paulus loquitur in *leg. proinde §. prim. iunct. leg. sequentib. in princip. & leg. sequen. §. Iulianus suprà ad leg. Aquil.* Tanti enim seruus subreptus fuisse intelligitur, quantum lucri afferre domino suo potuisset, si subreptus non fuisset, quia hereditatem adeundo iussu domini heredem eum fecisset. Idque adeò verum est, vt quamuis in actione furti, non id quod interest, dupletur, vel quadrupletur, sed tantummodo verum rei pretium *leg. in furti actione quinquagesim. infrà. De furt.* nec detur actio furti ad rem, sed ad pœnam, vt diximus ex *leg. si pignore quinquagesim. quart. §. cùm furti eodem titul.* tamen etiam furti iudicio actor hereditatem consequatur, si modò mortuus sit seruus antequam iussu domini adierit *leg. si quis vxori quinquagesim. secund. §. penultim. eodem titul.* Itaque præstatur hoc casu id quod interest, iure & vi ipsius actionis, nec tanquam quid diuersum à seruo, sed tanquam causa cohærens corpori & æstimationi serui. Nec proinde mutatur qualitas & denominatio actionis. Semper enim est condictio certi, quia seruus ipse condicitur, nec fit incerti ob id quod etiam id quod interest, præstetur. Denique serui furtiui æstimatio potest ex postfacto crescere, sed decrescere nunquam potest *dict. leg. in furti actione in princip. eodem.* Quare nec est, quod quis obiiciat, condictionem hanc furtiuam esse stricti iuris, cùm id quod interest, petatur hoc casu, non tanquam accessio, vt in iudiciis bonæ fidei, nec tanquam quod per se solum & separatim debeatur, vt in actione ex stipulatu interdum euenit *leg. quoties* 81. *leg. cùm stipulatus centesim. decima tertia, §. vltim. & leg. sequent. infr. De verbor. obligationib.* sed tanquam pars quædam ipsius rei furtiuæ ac debitæ, eique cohærens, vt ex eo apparet, quòd actiones furti & legis Aquiliæ perinde sunt stricti iuris, in quibus tamen idem obseruari ostendimus. Notandum autem est, quod in hac lege Paulus scribit, multum referre, an seruus ex causa furtiua condicatur viuus, an mortuus. Nam si viuus, non venit omnimodo in actionem pretium hereditatis, in qua fuerat ille institutus, sed quanti æstimabitur periculum quod subibit dominus hereditatis perdendæ, si fortè contingat mori seruum ante aditam iussu domini hereditatem. Nam nec pluris interest agentis, cùm quandiu seruus viuit, fieri possit vt restituatur, & adeat hereditatem: quo casu nihil poterit videri interesse actoris ratione hereditatis, quæ amissa non erit, nam nec locupletior factus intelligitur dominus ob hoc solùm quòd seruus eius institutus sit, cùm multis de causis accidere possit, ne iussu domini adeat *leg. pretia rerum sexagesim. tert. §. eadem causa est infrà ad leg. Falcid.* Itaque periculum duntaxat hoc casu æstimandum est, quod dominus subit hereditatis perdendæ, vt Paulus loquitur, non autem hereditatis perditæ, vt, malè Accursius interpretatur, quasi Paulus hîc tempus sumpserit pro tempore. At cùm mortuus homo condicitur, qui neque restitui amplius domino, neque hereditatem adire potest, pretium hereditatis omnimodo venire debet in æstimationem, quia certum est tanti agentis interesse *leg. inde Neratius §. idem Iulianus, ad leg. Aquil. §. illud Institut. eod. dict. leg. si quis vxori* 52. §. *penultim. De furt.* Venit autem eo casu pretium hereditatis simul cum pretio serui mortui, quod necessariò præstandum est, cùm corpus ipsum præstari non possit *dict. leg. si pro fure 7. §. condictio & dict. leg. in re furtiua 8. infr. hoc titul.* Quamquam ipsum etiam corpus mortuum condici potest, quasi adhuc viuum propter moram quam fur in re furtiua restituenda semper facere intelligitur *dict. leg. in re furtiua & leg. vltim. hoc titul.* vt dixi ad *leg. prim. supr. ex leg. si seruum* 91. §. *vltim. De verbor. obligation. leg. penultim. supr. de condict. ob caus.* In eóque errat Bartol. ad hanc legem & ad *dict. leg. in re furtiua*, distinguens obligationem rei dandæ ab obligatione rei restituendæ, quasi in hac tantùm non illa peti possit æstimatio, quasi verò condictio furtiua competat ad rem restituendam, non etiam ad dandam. Quod vtique falsum est, quia in condictione furtiua, vt & in alia qualibet actor, quamuis dominus intendit aduersarium dare sibi oportere §. *sic itaq; Instit. de actionib.* verũ tamẽ est, eũ qui condictione furtiua cõuenitur, non dare rem sed restituere, quia dominiũ quod non habet, transf-

BIU Cujas

transferre in alium non potest, præsertim verò cùm iam sit dominus, & dare nihil aliud sit quàm dominium transferre *l. vbi autem 75. §. vltim. infrà de verborum obligationibus.*

4. VLPIANVS libro 41. ad Sabinum.

SI seruus, vel filiusfamilias furtum commiserit: condicendum est domino id, quod ad eum peruenerit. In residuum autem, noxæ seruum dominus dedere potest.

Ad l. Si seruus 4.

RAT. DVB. Nunquam alius condictione furtiua tenetur, quàm fur ipse, aut heres eius, vt scriptum est in *leg. proxim. sequent.* Atqui dominus furis neque fur ipse est, neque furis heres, nisi eo sensu quo veteres heredem dicebant pro domino §. *vltim. Institut. de hered. qualitat. & differ.* Ergo quod seruus subripuit, condici domino non potest.

DECID. Cum seruo nulla actio esse potest *leg. cum seruo 107. de regulis iuris*, quia cùm iure ciuili pro nullo habeatur *leg. quod attinet 32. de regulis iuris*, legitimam personam standi in iudicio habere non potest, *leg. serui decimaquarta de obligationibus & actionibus.* Necessitas ergo iuris facit, vt is cui furtum factum est, non alij possit condicere quàm domino, cui nec vlla in eo fit iniuria, cùm ex delicto serui quolibet teneatur hactenus, vt vel damnum decidat vel seruum noxæ dedat *leg. prima & pass. suprà de noxal. action.* Ergo ita res temperanda est, vt quod ad dominum peruenit, condici ei possit, pro residuo verò quod non peruenit, noxæ seruum dedere dominus possit, si non indemnitatem plenissimam actori præstare dominus malit, vt in *leg. quoties 29. infrà de contrah. emptio. leg. seruus quem 30. de action. empti leg. si heredis seruus 48. de legat. 1.* ne grauiore damno seruus delinquendo afficiat dominum, quàm quanti seruus ipse est. Quæ ratio sola fuit inducendarum actionum noxalium §. *summa autem ratione Institut. eodem.* Alia igitur causa est filiifamilias, qui furtum fecit, quoniam ei ipsi condici potest, non etiam patri, vt scriptum est in *leg. proxim. sequent.* In quo Accursius, Bartolus & alij interpretes passim decipiuntur, existimantes eandem hac parte rationem esse filiifamilias & serui, itémque patris & domini scilicet, quia vident primis verbis huius legis proponi quæstionem de seruo vel filiofamilias promiscuè, nec animaduertunt ex coniunctione huius legis cum seq. aliter tamen responderi in seruo hac in lege, aliter verò in filiofamilias in *leg. sequent.* vbi dicemus. Quamquam illud etiam probabile est, verba illa huius legis *vel filiusfamilias* irrepsisse ex glossa imperiti alicuius interpretis, vt docuimus in *Error. 2. Decad. 78. de error. pragmat. & in Error. 9. decad. 79.*

5. PAVLVS libro 9. ad Sabinum.

EX furtiua causa filiofamilias condici potest. nunquam enim ea condictione alius, quàm qui fecit, tenetur, aut heres eius.

Ad l. Ex causa 5.

RAT. DVBIT. Solet eadem esse causa patris & domini, sicut filiifamilias & serui, præsertim verò in iis quæ ex facto filiifamilias, vel serui, ad patrem aut dominum peruenerunt, & peculium auxerunt, vt saltem quatenus peculium locupletius factum est, teneantur: nec enim magis æquum est locupletari patrem ex delicto filij, quàm dominum ex facto & delicto serui *leg. 3. §. ex furtiua infrà de pecul.* Atqui cùm seruus furtum fecit, condicendum est à domino id quod ex furto illo peruenit, vt scriptum est in *leg. proxim. præced.* Ergo & cùm filiusfamilias furtum fecit, etiam patri condici potest, quod ad eum peruenit ex furto filij: atque ita Accursius & Bartolus ad *dict. leg. proxim. præced.* sentiunt quasi hac parte nulla sit differentia inter patrem & dominum, filiumfamilias & seruum.

DECID. Fliusfamilias cùm sit ciuis Romanus, & caput habeat in ciuitate, non minùs quàm paterfamilias *leg. nam ciuium 4. suprà de stat. hom.* ex omnibus causis siue ex contractibus siue ex delictis conuenire & condemnari potest *leg. filiusfamilias 39. de obligationibus & actionibus l. tam ex contractibus 57. suprà de iudic.* In quo differt à seruo, qui neque caput neque statum habet quandiu seruus manet *leg. 3. §. vltim. & leg. 4. suprà de cap. min.* Ideoque nec agere nec conueniri potest *leg. vix certis ex causis 53. suprà de iudic. leg. cum seruo 107. de regulis iuris.* Ergo quamuis cùm seruus furtum fecit, condicendum sit domino id quod ad eum peruenit ex mera iuris necessitate, quia ipsi seruo condici non potest, si tamen filiusfamilias idem admiserit, condicendum ipsi est, non etiam patri, quia ille ipse est, qui furtum fecit, non pater. Nunquam enim hac condictione furtiua tenetur alius, quàm qui ipse qui furtum fecit, aut heres eius: pater autem furis adhuc viuentis neque ipse fur est neque heres furis. Et ita hæc lex intelligi debet & coniungi aduersatiuè legi præcedenti, ad indicandam differentiam, quam tollunt interpretes, inter patrem & dominum, filiumfamilias & seruum, ac si scriptum hîc esset, *Ex causa verò furti-*

BIU Cujas

ua, &c. Nam cùm in superiore lege proposita esset quæstio filiofamilias & seruo promiscuè [si tamen adiectio illa *vel filiusfamilias* non est interpretis, vt ad superiorem legem monuimus] nihil tamen ibi respondetur de filiofamilias & patre, sed tantùm de seruo & domino: hîc verò è contrario de solo filiofamilias & patre, nihil verò de seruo & domino. Illa namque ratio Pauli *nunquam enim ea condictione alius quàm qui furtum fecit tenetur, aut heres eius*, non tantùm probat filiofamilias condici posse, sed etiam & hoc maximè, patri verò ipsi condici non posse, quia cùm negatiua sit ratio, conclusio quoque, quæ ex ea infertur, negatiua esse debet, iunge *l. quòd si minor 24. §. si seruus suprà de minor.* Nec obstat quod contra scriptum putant in *l. Iulianus penultim. infrà hoc tit.* Non enim ibi agitur de condictione furtiua, sed de actione rerum amotarum, quæ nec condictio, nec furtiua est, vt dicemus ad illum locum. At neque de directa actione rerum amotarum lex illa loquitur, sed de vtili tantùm, vt constat ex *l. viua quoque filia 5. infrà rerum amotarum.* Denique de actione de peculio, quæ contra patrem & dominum perinde datur, non de condictione furtiua, quæ nullo casu contra patrem dari potest. In summa quantum hac parte interfit inter filiumfamilias & seruum, iterùmque inter patrem & dominum vel ex eo maximè apparet, quòd ex delicto serui dominus tenetur saltem noxali actione, pater verò ex delicto filiifamilias nullo modo, sed tantùm ex contractu de peculio *l. 1. §. si filiusfamilias suprà de his qui effud. vel deiecer.* nisi hactenus ne ex delicto filiifamilias vel serui peculium locupletetur *d. §. ex causa.* Iunge quæ scripsimus *lib. 4. coniect. cap. 1.*

6. VLPIANVS libro 38. ad Edictum.

PRoinde, & si ope, & consilio alicuius furtum factum sit, condictione non tenebitur: & si furti teneatur.

Ad l. Proinde 6.

RAT. DVB. Is cuius ope & consilio furtum factum est, licèt ab initio fur non sit, facilè tamen postea fur esse incipit, scilicet si rem subreptam vel minimum contrectet, cùm id faciat inuito domino, & eo affectu, vt furtum committatur: opem enim ferre is demum dicitur, qui ministerium atque adiutorium ad subripiendas res præbet. Hoc verò sine earum contrectatione fieri vix potest: quod in eo qui duntaxat consilium dat, id est, qui persuadet & impellit atque instruit consilio aliquem ad furtum faciendum, diuersum est *leg. in furti actione 50. §. 1. & seqq. iunct. leg. qui seruo 36. §. vltim. infr. de furt.* Ob eámque nimirum causam furti semper tenetur is cuius ope & consilio furtum factum est, vt in hac lege scriptum est & suprà dictis locis, furti inquam nec manifesti: nam manifesti teneri nunquam potest *l. is qui opem 34. infrà de furt.* Ergo & condictione furtiua teneri potest, vt scriptum videtur in *leg. sæpe 53. §. vltim. infrà de verborum significationibus.* Et verò cùm grauior sit actio furti, quæ pœnam legitimam petit, quàm condictio furtiua, quæ rem ipsam tantùm persequitur *leg. proxim. §. 1. infrà leg. si pignore 54. §. 3. infrà de furt.* Absurdum sanè videtur condictione furtiua non posse eum conueniri, qui etiam furti actione teneatur, nimirum si rem ipsam furtiuam possideat, qua de causa etiam vindicatione conueniri posset.

DECID. Nunquam alius furtiua condictione tenetur, quàm qui ipse furtum fecit, aut heres eius, vt in superiore lege scriptum est. Nam cùm furtiua condictio non nisi odio furis aduersus communes iuris regulas comparata sit, vt diximus ad *leg. primam suprà ex §. sic itaque Instit. de actionibus.* consequens est, vt non aduersus alium dari debeat, quàm contra furem ipsum, adeò vt neque contra heredem furis dari deberet, nisi meram rei persecutionem sui natura contineret *leg. proxim. §. condictio infrà.* Atquin is cuius ope & consilio furtum factum est, licèt furti actione teneatur, perinde acsi furtum fecisset, nisi consilium duntaxat non etiam opem præbuerit, ita constituto iure per leg. duodecim tabularum fur tamen non est *§. interdum Instit. de obligationibus quæ ex delicto nascuntur*, nisi præterea rem furtiuam contrectauerit *dict. leg. qui seruo 36. §. vltim. de furt.* Ergo nec condictione furtiua teneri potest, nisi in eo ipso casu, in quo fur esse probaretur: ad quem casum puto restringi debere quod scriptum est in *dict. leg. sæpe in fine*, si duo sint, quorum vnus opem, alius consilium præbuerit ad faciendum furtum, posse interdum alij condici, alij non posse: posse scilicet condici ei qui etiam fur fuerit. Idque est quod ait *lex in duobus 28. §. penultim. suprà de iureiur.* eum qui iurauit furtum sibi factum esse, non statim etiam condictionis causam nanciscì, quamuis furti actionem ex eo ipso iureiurando sine dubio nanciscatur. Scio ab interpretibus nostris alias afferri responsiones ad *dict. leg. sæpe* vt videre est apud Accursium & Bartolum: sed nobis nostra magis placet. Quod verò idem Accursius obiicit ex *leg. peculium 4. §. si peculium 4. §. si opem infrà de pecul.* ad rem non facit. Ibi enim tractatur duntaxat de deductione ex peculio facienda contra dominum, cuius seruus furi opem tulit, non autem de condictione furtiua aduersus dominum serui, qui opem tulit, concedenda.

7. IDEM libro 42. ad Sabinum.

SI pro fure damnum decisum sit, condictionē non impediri certissimum est.

Decisione

BIU Cujas

Decisione enim furti quidem actio, non autem condictio tollitur.

Ad l. Si pro fure 7.

RAT. DVB. In condictione furtiua venit omne id quod interest agentis, ita vt non tantùm emergens damni ratio habeatur, sed etiam lucri cessantis *leg.3.* vbi diximus *supr. hoc tit.* Ergo si damnum pro fure decisum sit, id est, si indemnitas actori sit præstita, non minus condictio furtiua tollitur, quàm actio furti, imò tanto magis, quòd furti actio pœnam petit legitimam, condictio verò furtiuarem ipsam persequitur §. *prox. infr.* vt proinde improbus videatur actor, qui bis eiusdem damni æstimationem consequi velit *l. si quis dolo 51. in fine infrà de re iudic. l. bona fides 57. de regulis iuris.* Quod non magis odio furis permittendum est, quàm in alia qualibet causa: alioquin dicendum esset ne quidem per condictionem furtiuam tolli vindicationem, vel contrà, quod tamen falsum est *l. si pignore 54. §. cùm furti infrà de furt.*

DEC. furti decisio, id est, conuentio per quam æstimatur damnum quod à fure datum est, proficiscitur ex lege duodecim tabularum verbis illis *Duplione damnum decidito.* Ideóque dicitur legitima conuentio *l. legitima 6. & l. si tibi 17. §. 1.* vbi diximus *l. si vnus 17. §. pacta quæ turpem suprà de pact.* Cuius conuentionis ea potestas est vt tollat ipso iure actionem ex eadem lege competentem, & quidem ipso iure *l. post decisionem 13. & Cod. de furt. dict. l. si tibi §. 1.* vbi duo exempla proponuntur de pacto furti & iniuriarum. Nec enim alia de causa huiusmodi pacta comparata sunt, quàm ne alioqui nulla superesset ratio euitandæ actionis furti aut iniuriarum, atque ita sedandarum litium & discordiarum, quarum materiam hæ actiones præbent. Atqui lex duodecim tabularum furti tantùm actionem pœnalem in duplum induxit pro furto nec manifesto, ad cuius exemplum postea prætor actionem furti manifesti in quadruplum comparauit §. 1. *Institut. de perpet. & temp. action.* At de condictione furtiua nihil in lege duodecim tabularum expressum est, quam postea induxit media Iurisprudentia per interpretationem ad legem duodecim tabularum odio scilicet furum, vt eorum audaciam magis ac magis coerceret, §. *sic itaque Institut. de action.* Ergo verum est quod in hac lege Vlpianus scribit, si pro fure damnum decisum, lege 12. tabul. ita permittente, furti quidem actionem, quæ ex eadem lege est, tolli ipso iure, condictionem verò furtiuam non impediri, quippe quam certum est dari ad rem ipsam furtiuam, quæ in furti actionem pœnalem nunquam venit *l. qui vas 48. in princip. infrà de furt.* quamuis etiam in furti actione damni & eius quod interest, ratio habeatur *l. in furti 50. in princip. l. si quis vxori 52. §. penult. eodem titul.* Nec est contrarium quod idem Vlpianus dixit in *leg. si duo 13. §. Idem Iulianus supr. de iureiur.* eum qui iurauit se furtum non fecisse, de toto iurasse videri, & ideò non magis condictitia, quàm furti actione teneri. Nam cùm furtiua condictio, perinde ac ipsa furti actio, ex furto nascatur, & iusiurandum pro veritate habeatur, fieri certè nequit, vt qui iurauit se furtum non fecisse, non liberetur à condictione furtiua, perinde atque à furti actione, vt diximus. At ex furti decisione confessio non negatio furti inducitur. Condictionem igitur furtiuam nihilominus manere fatendum est.

1 ¶ Furti actio pœnam petit legitimam, condictio rem ipsam. ea res facit, vt neque furti actio per condictionem, neque condictio per furti actionem consumatur. is itaque, cui furtum factum est [a], habet actionem furti, & condictionem, & vindicationem: habet & ad exhibendum actionem.

Ad §. 1. Furti.

RAT. DVBIT. In furti actione etiam ratio damni habetur, adeóque lucri cessantis, vt proximè diximus ex *leg. si quis vxori 52. §. penult. infrà de furt.* Quamuis id quod interest, neque dupletur neque quadrupletur, sed verum duntaxat rei pretium *leg. in furti 50. in princip. eodem.* Ergo furti actio non tantùm pœnam petit legitimam, sed etiam rei persecutionem continet, sicut & condictio furtiua, & consequenter dicendum est, vna actione proposita tolli alteram: ne alioqui actor bis idem consequatur, quod ne quidem contra furem quantocunque flagret odio recipiendum esse docuimus proximè ad initium huius legis.

DEC. Furti actio siue manifesti siue nec manifesti merè pœnalis est: quia nihil nisi pœnam persequitur: actio quidem furti nec manifesti pœnam legitimam quam lex duodecim tabularum in duplum inflixit, furti verò nec manifesti pœnam honorariam, quam prætores in quadruplum introduxerunt §. *ex maleficiis. Institut. de action. & §. 1. de perpet. & temp. action.* Rem verò ipsam quæ subrepta est, furti actio nunquam persequitur *l. qui vas 48. in princip. infrà de furt.* E contrario autem condictio furtiua sui natura est merè rei persecutoria, nec nisi rem ipsam ex se persequitur, & id quod interest tanquam quid rei furtiuæ cohærens, vt diximus ad *l. 3. suprà ex leg. proinde 22. suprà ad leg. Aquil.* pœnam verò nullo modo, tanquam quæ nec pœnalis, nec famosa actio sit, vt manifestè probatur ex hoc §. *& seq. iunct. l. cessat 36. infrà de obligationibus & actionibus.* Consequens igitur est, vt neque furti actio per condictionem consumatur, nec condictio per furti actionem, cùm nihil commune habeat pœna cum rei persecutione *leg. si pignore 54. §. cùm furti infrà de furt.* pœna, inquam, legalis, vt Accursius loquitur, aut honoraria. Nam si sit conuentionalis, siue iussu prætoris, aut iudicis interposita conuentio sit, siue nuda voluntate contrahentium, non tam pro pœna habetur, quàm pro rei persecutione, tanquam

BIU Cujas

interpoſita in vicem & taxationem eius quod interest vt in *dict. l. vltim. de prætor. ſtip.* Ideóque ſi is qui iam rem habet, eiuſmodi pœnam adhuc petat, doli mali actione repellendus est *l. apud Celſum 4. §. Labeo ait 7. infr. de doli mali except.* Ex hac autem differentia quæ in hac lege ponitur inter actionem furti & condictionem furtiuam, illa etiam naſcitur, quod quamuis heredes furis actione furti conueniri non poſſint, rectè tamē conueniuntur condictione furtiua *§. prox. infr. & l. 1. infr. de priuat. delict.* quia rei perſecutio extra pœnam est, inquit *l. ancillæ 12. C. de furt.*

a *Is itaque cui furtum factum eſt.* RAT. DVB. Vindicatio & condictio non poſſunt in eandem perſonam pro eadem re, & regulis iuris concurrere. Vindicans enim dicit ſe dominum, qui autem condicit, fatetur dominum eſſe aduerſarium. Ergo is cui furtum factum est, licèt habeat actionem furti contra furem, condictionem tamen & vindicationem habere non potest: nunquam enim audiendus est qui allegat cōtraria, multo minus contradictoria etiā contra furē *l. 1. C. de furt.* DEC. Speciale est in fure, & ſingulari eius odio inductū, vt non tantū vindicatione, ſed etiā cōdictione furtiua cōueniri poſſit *§. ſic itaq; Inſtit. de act. & l. vlt. ſup. vſufr. quem. cau.* ſed aliter vindicatione, aliter cōdictione: nam vindicatione non aliter tenetur quàm ſi rem furtiuam poſſideat, adeò vt ſi dolo fecerit, quo minus poſſideat, prius agendum ſit contra eum ad exhibendum, vt res ab eo exhibita vindicari demum poſſit *leg. 1. infr. de priuat. delict.* at condictione furtiua tenetur omnimodo, etiamſi rem furtiuam neque poſſideat neque exhibeat *dict. l. 1. & §. prox. infr.* Verum tamen eſt, ſi actor alterutra actione ſiue condictione, ſiue vindicatione rem ſuam recuperauerit, alteram actionem tolli, quia cùm vtraque detur ad rei recuperationem, vt ſcriptum eſt in *d. l. ſi pignore §. cùm furti*, non poteſt eadem res bis recuperari. Eligere igitur actor debet, an vindicatione agere malit, an condictione *d. l. ancillæ & l. vltim. Cod. de noxal. act. §. vltim. Inſtit. de act. quæ ex deli. naſcunt.* ex quibus probatur actiones iſtas electiuè & alternatiuè non cumulatiuè competere, quomodo & actio furti competit cum actione mandati in ſpecie *l. 1. Cod. de furt.* variis enim actionibus contra furem agere permiſſum eſt, vt in omnibus condemnetur, ſed vt arbitrium eligendi relinquatur, vt in *l. cùm filius 76. §. variis de leg. 2. l. quod in herede 9. §. eligere de tribut. act.* Quod autem pertinet ad actionem ad exhibendum, certum eſt eam quoq; competere contra furem, ſiue poſſideat ſiue dolo malo deſierit poſſidere: itémque contra heredem furis, ſed tanquam præparatoriam vindicationis non cōdictionis. Scripſi latiùs ad *l. 1. ſup.*

2 ¶ Condictio rei furtiuæ, quia rei habet perſecutionem, heredem quoque furis obligat: nec tantùm, ſi viuat ſeruus furtiuus: ſed etiam, ſi deceſſerit [a], ſed & ſi apud furis heredem diem ſuum obiit ſeruus furtiuus, vel non apud ipſum, poſt mortem tamen furis: dicendum eſt, condictionem aduerſus heredem durare. Quæ in herede [b] diximus, eadem erunt & in cæteris ſucceſſoribus.

Ad §. 2. Condictio.

RAT. DVB. Solus fur condictione furtiua tenetur *l. ſi duo 13. §. Idem Iulianus ſupr. de iureiur.* Atqui heres furis fur tamen non eſt, niſi rem furtiuam denuo contrectet inuito domino, & animo furandi: quo caſu perſona poſſeſſoris mutata, naſcitur noua furti actio, itémque condictio, priore tamen manente *l. interdum fur 56. in princip. infr. de furt.* Imò verò fieri non poteſt, vt heres furis rem furtiuam contrectet, ſéque eo nomine & propria perſona obliget, aut actione furti aut condictione furtiua, cùm res periit viuo adhuc fure. Et tamen hoc etiam caſu apertè ſcribit hîc Iulianus condictione furtiua teneri heredem: non ergo tanquam furem, ſed tanquam heredem furis, neque ex proprio, ſed ex alieno delicto. Ergo pugnat hæc Vlpiani ſententia cum iuris ratione, ſed multo magis cum ea propoſitione quam habent plerique pro certiſſima iuris regula, actiones, quæ ex delicto proficiſcuntur, etiamſi ſint merè rei perſecutoriæ, nunquam tamen dari contra heredem, niſi de eo quod peruenit, in eóque conuenire cum pœnalibus mixtis, differre autem à merè pœnalibus, quas iidem negant dari vllo modo debere contra heredem, nec ſi locupletior ex defuncti ſcelere factus ſit. In quo probando mirum eſt quantopere ſe torſerit non ita pridem vir quidam magni inter ſuos nominis pereruditus ſanè nec inſubtilis, qui ex profeſſo contra nos ſcripſit Benedictorum per antiphraſim libros quatuor, vt probaret non quod prius pro Cuiacio contra Vlpianum verius quàm contra nos, tam pertinaciter defenderat condictionem furtiuam, quia ſit ex delicto, non poſſe dari in ſolidum contra heredem, ſed inuerſa iam ſententia, planéque peruerſa Iuriſprudentia, condictionem furtiuam quam fateri vel inuitus cogitur, dari in ſolidum contra heredem, non naſci ex delicto, ſed ex ſua, inquit, ſuæ cauſæ figura, quaſi fieri nequeat vt naſcatur ex delicto & detur nihilominus in ſolidum contra heredem. In quo non tantùm nos habet aduerſarios, & omnes quotquot vnquam prudentes aut prudentum interpretes de condictione furtiua ſcripſerunt, ſi vnum Accurſium excipias ad hunc §. ſed ipſum etiam Doctorem ſuum Cuiacium, qui maluit aduerſus expreſſam Vlpiani ſententiam in hoc *§. & in l. 9. infr.* negare condictionem furtiuam dari in ſolidum contra heredem, quàm in tam abſurdum errorem incidere, vt diceret condictionem furtiuam non naſci ex delicto, contrà quàm apertiſſimè ſcriptum eſt in *l. ſi ambo 10. §. quoties infr. de compenſat. l. ſi mulier 71. §. hac actio infr. rer. amot. d. l. ſi duo 13. §. idem Iulianus ſupr. de iureiur. l. ſed ſi damnum alias l. peculium §. ſiue autem de pecul. infr. & l. ſi ſeruus 4. ſupr. tit.* vbi dicitur ex hac cauſa condictionis furtiuæ dari noxalem actionem in dominum, quæ tamen non datur niſi cùm actio ex maleficio naſcitur *l. 1. §. cùm ſeruus ſupr. de his qui deiecer. vel eff. & tot. ti. de noxal. act.* Sed decidendi ratio quam adfert Vlpian. in hoc §. errores iſtos omnes aut potius ineptias euidenter profligat. Ait enim Vlpianus dari condictionem furtiuam etiam aduerſus heredem filiis, quia, inquit, rei habet perſecutio-

BIU Cujas

secutionem, vt intelligamus nihil hac in re fieri iure singulari, quod tamen etiam Bartolus & alij malè crediderunt, sed ex iuris communis regula, quę si aliunde non probaretur, vel ex hoc vno tamen loco confirmaretur, actiones omnes ciuiles quę sui natura sunt merè rei persecutoriæ, licèt nascantur ex delicto, dari tamen in solidum contra heredem. Non enim dantur quatenus ex delicto sunt nec sub illa præcisè formalitate, sed quatenus rei persecutionem sui natura continent. In quo actionum genere nihil habet heres quod causari possit, cur ex iis conueniri non debeat, cùm defuncti personam repræsentet. Probatúrque hæc nostra sententia aut potius ratio ab Vlpiano hîc allata ex pluribus aliis locis, ad quos dum respondere vult aduersarius, nihil nisi aerem verberat, aliísque mille se inuoluit erroribus. Ac primùm probatur ex §. *his verbis. Instit. de lege Aquil.* vbi scriptum est actionem legis Aquiliæ non dari contra heredem, ideò quòd sit pœnalis, quòd in ea fiat æstimatio supra quam damnum datum sit: cum subiicitur *Quæ actio transitura fuisset*, scilicet in heredem, & in solidum, si vltra damnum nunquam lis æstimaretur: nec enim aliter is locus intelligi potest, quàm vt eo casu transitura fuerit actio in solidum contra heredem, quandoquidem tum quoque cùm pœnalis est, transit nihilominus in heredem de eo quod ad ipsum peruenit quamuis pœnalis sit *l. inde Neratius 23. §. hanc actionem supr. ad legem Aquil.* Cur verò transiret in solidum contra heredem, si lis in ea nunquam supra damnum æstimaretur, nisi quia esset merè rei persecutoria, ex parte tam actoris quàm rei? Et tamen an eò minùs obsecro esset ex delicto? An verò etiam dicerent aduersarij fore illam eo casu ex quasi contractu aut ex sua suæ causæ figura, vt illi de condictione furtiua somniant? Daretur ergo in solidum contra heredem ex mera ratione iuris: nec tamen ex alia regula, quàm ex ea quę ponitur hîc ab Vlpiano, quòd actiones ciuiles quæ sunt sui natura merè rei persecutoriæ ex parte tam actoris quàm rei, dandæ sint in solidum contra heredem, id est, etiamsi aut nihil aut minus ad eum peruenerit. In quarum numero esset vtique actio legis Aquiliæ, si in ea lis nũquam vltra damnum æstimaretur. Nec sanè ad textum illum responderi potest quicquid aduersarij cauillentur. Nam quod aiunt ex vno & altero loco tam obscuro & controuerso non debere sumi generalem iuris regulam, ridiculum certè est: quid enim est *in dict. §. his autem verbis*, quod tam obscurum vel per insciti am & imprudentiam interpretis videri aut fieri possit? Tolerabilius est quod vulgares interpretes iactare solent, quoties textu aliquo vrgentur ad quem non habent quid respondeant, non esse faciendum fundamentum super textu qui recipiat varios intellectus. Quamquam ne id quidem aduersariis nostris effugium præbere aliquod possit: quem enim alium intellectum supradicta Iustiniani verba possent admittere? nisi fortè illum quem iidem aduersarij subtiliter si diis placet inuexerunt, existimantes actionem quidem legis Aquiliæ transituram fuisse in heredem in solidum, si vltra damnum nunquam lis æstimaretur: at nõ quòd actiones ex delicto merè rei persecutoriæ in solidum competant aduersus heredem, vt nos cum Vlpiano defendimus, multò minùs quòd actio merè rei persecutoria tunc esset, sed quòd eo casu quo nunquam vltra damnum lis æstimaretur, ea æstimatio, inquiunt, similis foret venditioni, in quam quasi venditionem succedere heres toleraretur iustiùs, quàm in delictum vtvt procreans actionem merè rei persecutoriam *arg. l. sed & si 7. §. 1. supr. de Public. in rem act. l. si propter 22. infr. à rerum amotarum. l. 3. infr. pro emptor.* Quasi verò iam occisus homo & mortuus possit vendi, quod certè ridiculum est dicere, cùm in hominum commercio non sit, qui nec in rerum natura est, ne spe quidem *l. nec emptio 8. l. & si consensum 15. infr. de contrah. empt. l. si homo mortuus 69. infr. de verborum obligationibus. l. 4. supr. qui satisdar. cog.* Quamuis interdum æstimari hominem mortuum necesse sit, vt actori satisfiat, vt in hac ipsa actione legis Aquiliæ, de qua tractamus & in condictione furtiua si furtiuus homo perierit *l. proxim. infr. hoc tit.* & in specie *l. in actionibus 5. vers. planè supr. demonst. lit. iur. l. si seruum 91. §. vltim. de verborum obligationib. infr.* Non enim omnis æstimatio facit venditionem, sed eius tantùm rei quæ extat & vendi adhuc potest, vt in *dict. l. si propter*, & aliis contra nos adductis, quibus possis iungere *l. eius rei 46. cum seq. supr. de rei vindic.* Nimirum id agunt aduersarij subdolè, quantum possunt, vt actionem quoque legis Aquiliæ comminiscantur ex contractu vel quasi contracta descendere potius quàm ex delicto, perinde atque condictionem furtiuam: ita variantes pro arbitrio contractum, vel quasi contractum in delictum, & delictum in contractũ vel quasi contractum, quod nec quidem eos pudet tandem adfirmare: quam tamen mirabilem metamorphosim iidem ipsi nec immeritò alibi vocant. Alia enim contrahendi causa est, alia delinquendi, inquit Vlpianus in *l. 1. §. sed si cum quolibet. infr. de exercit. action.* Rideamus ergo ista & contemnamus, non refutemus, quamquam non possumus prætermittere nimis absurdum esse, si quis dicat transituram fuisse actionem legis Aquiliæ contra heredem, si nunquam vltra damnum lis æstimaretur tanquam succedente hoc casu herede in quasi venditionem potius quàm in delictum: nec enim illa quasi venditio vlla esse posset ante præstitam æstimationem, quam tamen præstari omnimodo necesse esset propter delictum. Obligaretur ergo heres in solidum quatenus heres delinquentis, non quatenus heres emptoris, nam qui seruum occidisset, nec eius æstimationem adhuc præstitisset, delinquens tantùm nunquam verò emptor fuisset, inciperet siquidem emptio ab herede qui primus & solus litis æstimationem præstitisset, non à defuncto, quamuis præstandæ æstimationis necessitatem ex delicti sui causa heredi reliquisset. Neque rursum posset ea quasi venditio impediri eo quoque casu, quo supra damnum lis æstimaretur. Nam & cùm in rei vindicatione actor in infinitum, & sine vlla taxatione iurauit, vt in *l. qui restituere 68. supr. de rei vindic.* præstita litis æstimatio à possessore nolente per contumaciam rem restituere, non eò minùs facit emptionem & venditionem, adeóque transfert dominium rei æstimatæ in possessorem si res sit præsens *dict. l. eius rei & sequ. eodem tit.* Nihil ergo facit ad inducendum in actione legis Aquiliæ commentum hoc quasi venditionis, an vltra damnum lis æstimetur, an non. Itaque prudenter faciunt aduersarij qui hanc suam interpretationem ita concludunt *saltem ita nobis videtur donec explicatio suggeratur non melior*, nisi quod fecissent prudentius si meliorem à Deo mentem precati fuissent, meliorem enim explicationem frustra

BIU Cujas

expectant, quamuis peiorem certè afferre non potuerint.

TERTIA probatio noſtra eſt ex *l.Gaius Seius infr. de Senatuſconſulto Syllaniano*, vbi tractans Paulus de ſorore herede inſtituta à fratre, qui cùm langueſceret queſtus fuerat occidi ſe veneno à ſeruo ſuo, & quæ neglecta vltione deceſſerit. Quærit, an, ſi extiterit aliquis qui bona defuncti nunciaret fiſco, morte ſororis extinctum ſit crimen? Et reſpondet cauſam de qua quæritur, cùm ſit pecuniaria, morte ingratæ heredis extinctam nõ videri. Senſus enim eſt, actionem quam Senatuſconſultum Syllanianum induxit contra heredem, qui defuncti necem vltus non eſt, quamuis deſcendat ex crimine heredis, qui necem defuncti omnimodo vleiſci debuit, ne ingratus videretur *l.cùm fiſco 9.eod.tit.* quia tamen merè pecuniaria & rei perſecutoria eſt, quę ſcilicet non ad irrogandam heredi pœnam aliquam datur, ſed ad hoc tantùm vt ei tanquam indigno bona auferantur *l.1.inf.de iur.fiſc l.1.& 3.Cod.de his quib.vt indign.* morte heredis non extingui, licèt crimen ipſum extinctum ſit: ſed perinde contra heredis heredem, quamuis innocentem competere. Atque contra primum heredem competeret qui ingratus fuiſſet. Eſt igitur hoc tertium exemplum actionis ciuilis (introducta enim eſt SC. Syllaniano) ex delicto, id eſt, heredis ingratitudine proficiſcentis, & quæ tamen, quia ex ſui natura merè rei perſecutoria eſt ex parte tam actoris quàm rei, datur contra heredem heredis in ſolidum, etiamſi minus ex occiſi bonis ad eum peruenerit quàm ad primum heredem peruenisſet, ne quis fortè cum aduerſariis reſpondeat, teneri hoc caſu heredis heredem quaſi poſſeſſorem quemlibet non tanquam heredem. Nam cùm bona defuncti auferenda ſint heredi, tanquam indigno, & poſtaditam ab ipſo hereditatem *l.neceſſarios 5.§.non alias, & l.Senatuſconſulto 8.§.1.de SC. Syllan.l. cùm fratrem 9.C.eod.* nec is cui tanquam indigno bona auferuntur ideò deſinat heres eſſe *l.ex facto 43.§. vlt.infr.de vulg.& pupill.ſubſt.* omnino conſequens eſt, vt cauſa perſecutionis bonorum ob inultam mortem defuncti non alio iure contra heredis heredem tractari poſſit, quàm quaſi contra heredem, & eo prorſus modo, quo contra heredem ipſum primum tractaretur, quaſi bonis illis per primum heredem ſcelere acquiſitis, ac proinde heredi ſecundo extorquendis, vt ſolent cætera lucra turpia *l.in heredem 5.ſup.de calumniat.* quę licèt non extorqueantur heredibus, quatenus ad eos peruenerunt, extorquentur tamen tanquam heredibus non tanquam poſſeſſoribus quibuſlibet, quoniam & ad eos pertinet defunctorum famam & innocentiam, ſi qua ſit, defendere, ne quid ſcelere quæſiiſſe videantur. Eáque ſententia eſt *l.Lucius 9.infr.de iur.fiſc.* vbi dicitur extincto crimine non ideo perſecutionem eorum quæ ſcelere quæſita ſunt, eſſe denegãdam. Et quod aduerſarij obiiciunt, fiſco vindicationem bonorum competere, verum quidem eſt poſt cauſam bonorum publicationis peractam, ſi in ea fiſcus obtinuerit, quem tamen plerunque contingit ſuccumbere, ſed cauſam publicationis præcedere & ante peragi neceſſe eſt, quod neque cum poſſeſſore quolibet, neque cum alio quàm cum heredis herede fieri certè poteſt. Et verò teneri heredis heredem hoc caſu non quaſi poſſeſſorem, ſed quaſi heredem, & ſupra etiam quàm ad eum ex ſcelere defuncti peruenerit, ex eo apparet, quod cùm heres ipſe qui defuncti necem vltus non eſt, ex eo manifeſtè apparet, quòd quemadmodũ heres indignus omnes fructus quos percepit & conſumpſit, adeóque fructuum in hereditate inuentorum, & exinde perceptorum vſuras cogitur reddere *d.l.1.C.de his quib.vt indign.* Ita & heres heredis, ne meliore condicione ſit, quàm defunctus: cùm tamen neque ex fructibus à primo herede conſumptis, neq; ex vſuris fructuum aut exactarum pecuniarum, quarũ vſuras nullas fortaſſe primus heres perceperat, ad ſecundum heredem peruenisſe videri poſſit. Item ex eo quod fideicommiſſum, quod ex bonis fiſco reſtituendis heres indignus deducere alioqui potuiſſet, ſicut heres ipſe indignus non poteſt deducere *l.propter 21.§.1.infr.de SC. Syllan.* quia dolus eius punitus eſt, vt inquit ibi Papinianus: ita neque heredis heres deducit. Atque ea ratione plus certè reſtituit fiſco quàm ex ſcelere hęredis ad eum peruenerit ex bonis occiſi. Nec enim antiquius illud fideicommiſſum, quod deduci poterat, de bonis occiſi fuerat, ſed de bonis alterius qui occiſum grauauerat *l.coheredi.§.cùm filia.de vulg.& pupill.ſubſtit.l.ſequens quæſtio 68.l.cùm pater 77.§.Titio fratri antepen.de leg.2.l.in imponenda 6.& l.imitum 8.C.ad leg.Falcid.* Nec proinde ex ſcelere primi heredis fideicommiſſum illud ei quæſitum fuerat, ſed ex liberalitate primi teſtatoris. Abſurdum namque eſſet deductionem, quam primus heres ex bonis fiſco reſtituendis facere non potuit, permitti ſecundo heredi facere, qui tanquam heres conuentus non plus iuris habere poteſt quàm is à quo cauſam habeat.

QVARTA probatio eſt ex *l.fraudati 8.in princ.inf. de public.& vectigal.* vbi ſcriptum eſt fraudati vectigalis crimen ad heredem eius qui fraudem contraxit tranſmitti, id eſt, perſecutionem rei quæ ob fraudatum vectigal in commiſſum incidit licet deſcendat ex crimine fraudati ſcilicet vectigalis, dari tamen in heredem, & quidem in ſolidum, quia quod ad commiſſum attinet, merè rei perſecutoria eſt actio. Nec diſſimiliter in *l.cotem 11.§.illicitarum eod.ti.* Paulus ſcribit, illicitarum mercium perſecutionem heredem quoque affligere. Vbi notandum eſt quòd perſecutionem dicit non vindicationem. De hoc ipſo enim ſemper & ante omnia cognoſcendum & agendum eſt, an illicitæ merces fuerint, priuſquàm ſciri poſſit, an commiſſo locus ſit. In eámque rem neceſſaria eſt actio & facti cognitio & pronunciatio, cùm ex pleriſq; cauſis fieri poſſit, vt vel in commiſſum merces nõ ceciderint, vel excuſandus ſit ille qui vectigal fraudaſſe dicitur, vt in *l.vlt.§.ſi propter neceſſitatem 8.& ſeqq.vſque ad fin.eod.tit.* Dicitur autem hæc actio perſecutio, quia in perſonam eſt, nec tamen iuris ordinarij habet executionem, vt in *l.pecuniæ 178.§.actionis de verbor.ſignif.* ſolus enim Procurator Cæſaris de commiſſis cognoſcit, vt de aliis cauſis ad fiſcum pertinentibus quamuis non de crimine *l.1.& 2.l.cùm aliquid. Cod.vbi cauſ.fiſcal l.3.C.de his quib.vt indig.* ſicut nec alius, quàm Cæſar ipſe legem facere poteſt, quæ cõmiſſi pœnam irroget, aut quæ vectigalia imponat *l.vectigalia 10.l.Cæſar 15.eodem tit.* Vlpianus denique in *l.commiſſa 14.eod.tit.de public.& vectig.* diſertè ſcribit commiſſa vectigalium nomine etiam ad heredem, id eſt, contra heredem tranſmitti, & cõmiſſi perſecutionem ſicut aduerſus quemlibet poſſeſſorem, ita & aduerſus heredem competere, quod proculdubio non aliter accipi poteſt quã vt competat contra heredem etiamſi non ſit poſſeſſor. Alioqui nihil adderet Vlpianus, cùm addit dari etiam contra heredem, ſi, vt putant aduerſarij, non alia

alia de causſa, quàm quia poſſeſſor eſſet, teneretur. Nam & illa inter poſſeſſorem commiſſi & heredem fraudatoris differentia admittenda eſt, quòd poſſeſſor ſicuti non aliam ob cauſam tenetur, quàm quia poſſeſſor eſt, ita nec in plus quàm quod poſſidet, quandoquidem nec niſi vindicatione conueniri poteſt, quæ datur contra poſſidentem, & quatenus poſſidet. At heres fraudatoris, quia perſonali quoque actione & perſecutione tenetur *dict. §. illicitarum*, vt ſcilicet defuncti qui fraudaſſe dicitur, innocentiam poſſit defendere, probãdo nihil in fraudem legis commiſſum eſſe, tenetur proculdubio in ſolidum probata fraude defuncti, etiamſi nihil ad eum ex commiſſis rebus peruenerit, quia ſcilicet mera rei perſecutione tenetur ex ſententia nimirum & ratione huius noſtri §. alioqui nihil differret ab herede publicani, qui contra edictum prætoris illicitè aliquid exegiſſet, nam & in eum heredem quatenus factus eſſet locupletior, actio danda eſſet *l. 4. in princ. eodem tit. de public.* Denique ſi non teneretur heres fraudatoris, niſi quatenus poſſeſſor eſſet, vt volunt aduerſarij, vtique ſuo nomine non quaſi heres teneretur, & inepta eſſet quæſtio, an in heredem dari deberet, quæ non daretur niſi contra poſſidentem *l. de eo* 12. §. *vlt.* vbi eſt tex. elegans *ſupr. ad exhibend.* Et mala eſt aduerſariorum ratiocinatio, cùm inferunt heredem fraudatoris perſonali actione teneri non poſſe ex eo, quod in *dict. l. commiſſa* 14. dictum eſt commiſſum ſtatim deſinere eius eſſe qui crimen contraxit, dominiumque rei vectigali acquirit: id enim tacitam condicionem neceſſariò recipit, ſi modò crimen admiſſum eſſe probetur, de quo ante omnia cognoſci & pronunciari oportet. deinde & fraudatorem & rem commiſſam tradi ad pœnam, vt Marcianus loquitur in *l. vlt. §. 1. in fin. eod. tit.* ne aliter poſito iure accideret, vt fiſco crimen obiicienti omnimodo credi oporteret, & ad criminis probationem ſufficeret accuſatio, quod tamen nec in crimine læſæ Maieſtatis receptum eſt, quod etiam ab heredibus purgari poteſt antequam hereditas fiſco vindicetur *l. vlt. infr. ad legem Iul. Maieſt. l. ex iudiciorum* 20. *infr. de accuſ.* vbi à generali regula quæ habet, ex delictis etiam publicis pœnam incipere ab herede non aliter poſſe, quàm ſi viuo reo accuſatio mota ſit. Excipit Modeſtinus crimina repetundarum, & maieſtatis, quæ etiam mortuis reis, cum quibus nihil actum eſt, placuit tamen exerceri poſſe contra heredes vt niſi defunctorum innocentiam probauerint, & crimen purgauerint, bona fiſco vindicentur. Nec quod interim reus nihil ex bonis ſuis alienare poſſit, nec ſeruum vllum manumittere, vt in *ead. l. ſequitur* facere poteſt, vt iam pro condemnato haberi debeat, ſed vt fiſci commodis conſulatur, ſi condemnationem tandem ſequi contingat, quam præcedere ſemper oportet, vt fiſcus vindicationẽ habere poſſit, quomodo eadem lex probat: itémque *lex poſt contractum* 15. *infr. de donat. l. quæſitum* 15. *infr. qui & à quib. manumiſſ. liber. non fiant l. eius qui* 29. *infr. de iur. fiſc.* Quiſquis enim accuſat, crimen deferat, delatum adprobet, cùm probauerit, & victoriam reportaturus & gloriam, vt Impp. loquuntur in *l. iubemus* 4. *C. ad legem Iul. repetund.* Iunge duas poſtremas leges, quæ ex Paulo & Marciano additæ ſunt in *tit. C. ad legem Iul. Maieſt.* Hinc verò quintam ſumimus concluſionis noſtræ probationem, nam ſi qua actio eſt, quæ ex delicto ſit, & quidem atrociſſimo, & quæ idcirco ſecundùm aduerſariorum ſententiam dari non deberet in heredem, niſi quatenus ad eum peruenisſet, hę maximè actiones eſſent, quæ ex criminibus læſę Maieſtatis, peculatus, & repetundarum proficiſcuntur, & tamen quia ſunt rei perſecutoriæ, & quatenus meram rei perſecutionem continent, dantur in heredem, & quidem in ſolidum, etiamſi aut nihil aut minus ex defuncti ſcelere ad eum peruenerit: alioquin nihil haberent ſingulare huiuſmodi actiones, cùm ex cæteris quoque publicis iudiciis omnibus ſicut & ex priuatis, quæ à delicto trahunt originem ſemper, & omni caſu turpia lucra heredibus extorquentur *dict. l. in heredem ſupr. de calumniat. l. ſicuti* 38. *de regul. iur. l. vnic. Cod. ex delict. defunct.* Sed & cùm ex quo quis aliquod ex ſupradictis cauſis crimen contraxit neque ex bonis ſuis alienare quidquam neque manumittere poſſit *dict. l. ex iudiciorum, & dict. l. quæſitum* 15. *qui & à quibus man.* apparet ſi quid reus malè alienauerit quod poſtea perierit, ita vt neque res, neque pretium in hereditate inueniatur, condemnandum nihilominus heredem, vt conuicto reo æſtimationem fiſco præſtet, ergo etiam id quod ad eum non peruenit. Ac proinde fatendum eſt, teneri hoc caſu heredem non quatenus poſſeſſor eſt, vt volunt aduerſarij, ſed quatenus heres eſt, nec ſola rei vindicatione, vt iidem exiſtimant, ſed actione ipſa ex crimine, quatenus tamen meram rei perſecutionem non pœnam corporalem continent. Id enim eſt quod Papinianus ſcribit in *l. donationes* 31. §. *vlt. infr. de donat.* ratas eſſe donationes non poſſe quæ poſt crimen perduellionis contractum factæ ſunt, *cùm*, inquit, *crimen illud heredem quoque teneat etſi nondum poſtulatus vita deceſſerat.* Quamquam, meo iudicio, ſeparandum eſt crimen læſæ Maieſtatis à cæteris repetundarum, peculatus & de reſiduis, quia in crimine læſæ Maieſtatis bonorum ademptio ſiue ipſi reo ſiue heredi eius infligatur, mera pœna eſt non rei perſecutio: nec enim bona eius qui Maieſtatem læſiſſe dicitur, fuerũt vnquam fiſci aut reipublicæ aut Cæſaris, niſi fortè eo ſenſu quo Seneca ſcripſit omnia eſſe Cæſaris, ſed imperio ſcilicet, non dominio. At in criminibus repetũdarum, peculatus & de reſiduis nulla quæſtio eſt, niſi de ablata & ſubrepta pecunia publica, vt ea nimirum reſtituatur *l. vlt. infr. ad leg. Iul. pecul.* Vbi ratio hæc redditur cur tria illa iudicia ſimiliter in heredem, vt in defunctum exerceantur, quia, inquit Papinianus, in his tribus iudiciis quæſtio principalis pecuniæ ablatæ moueatur. Etſi enim cùm repetundarum vel peculatus pecuniariè agitur, pœna eſt quadrupli *l. 1. C. ad legem Iul. repet. l. ſacrilegij 6. in fin. l. pen. inf. ad leg. Iul. pecul.* & lege de reſiduis damnatus amplius tertia parte, quàm debeat, punitur *l. 4. §. qua lege eod. tit.* quæ pœna quadrupli etiam in heredem datur (alioquin non ſimiliter exerceretur in heredem, vt in defunctum *dict. l. vlt.* niſi quod contra heredem duntaxat datur in heredes intra annum ex verbis ipſis legis Iuliæ repetundarũ *l. 2. infr. ad leg. Iul. repet.*) ea tamen pœna non venit niſi in conſequentiam principalis quæſtionis cuius reſpectu actio eſt merè rei perſecutoria, ideóque ex ipſa iuris ciuilis regula tranſiret in ſolidum aduerſus heredem, & quidem etiam poſt annum & in perpetuum, ni verbis legis Iuliæ contrà cautum fuiſſet. Ex quo magis intelligimus dari actionem repetundarum contra heredem quatenus heredem & in ſolidum, non vt aduerſarij volunt, quatenus contra poſſeſſorem quemlibet, & de eo tantùm quod ad eum peruenerit: nam ſi daretur tanquam contra poſſeſſorem, & de eo tantùm quod ad eum

BIU Cujas

peruenisset; vtique daretur post annum, & perpetuò ex regula *legis 4. infr. de interdict. l. 1. in princ. l. 3. §. 1. infr. de vi & vi arm.* Cessante enim post annum lege Iulia repetundarum attamen quod scelere defuncti quæsitum esset, heredi semper auferre oportet *l. cùm falsi 12. infr. ad leg. Cornel. de fals.* Nunquam enim permittendum est vt heres ex defuncti scelere ditetur *dict. l. 5. supr. de calumn. dict. l. sicut 38. de reg. iur. d. l. vnic. C. ex delict. defunct.* & aliis sexcentis. Nam quod aduersarij suo ingenio contrariam regulam astruũt, ex maleficiis merè pœnales actiones in heredem rei prorsus non competere etiamsi aliquid ad eum peruenerit, apertissimè falsum est, & repugnans legibus omnibus, quæ dicunt turpia lucra heredibus esse extorquenda sine vlla actionum distinctione. Imò verò, quo magis actio pœnalis est, eò minùs æquum est turpe lucrum defuncti apud heredem remanere, licèt pœna in heredem non transeat *d. l. cùm falsi. dict. l. in heredem 5. de calumn.* Actionem enim de calumniatoribus quæ in quadruplum datur, merè pœnalem esse non mixtam apparet euidenter ex *l. si quis 7. in princip. &* §. 1. *eodem titul.* vbi is qui pecuniam dedit ne calumnia mihi fieret, pecuniã quam dedit, repetit, & ego nihilominus ago in quadruplum, quod proinde hoc casu totum pœna est. Et falsi accusationem criminalem ex lege Cornelia de falsis descendentem totam merè pœnalem esse nemo dubitat, & tamen finita accusatione & extincto crimine morte rei, constat heredem teneri, vt turpe lucrum omne restituat *dict. l. cùm falsi.* Neque verò in tot legibus quas aduersarij aduersus nos congerunt, & quibus integras onerant paginas, ex quibus probari non negamus actiones merè pœnales in heredem non transire, vlla tamen lex est quæ adiiciat quod illi comminiscuntur, *etsi aliquid ad heredem peruenerit.* Qua de re si vel vnam legem proferant, libenter cedimus, & victos nos agnoscimus. Nec mouemur ex *dict. l. 2. ad legem Iul. repet.* quæ actionem repetundarum quamuis rei persecutoriam, vt suprà diximus, anno tamen finiri vult aduersus heredem. Id enim speciali quodam iure verbis ipsis legis Iuliæ ita constitutum est, miseratione heredis contra quem iudicium similiter, vt contra defunctum exerceri solet, *dict. l. vltim.* id est, vt interpretati sumus, etiam cum pœna quadrupli (vt tantùm possit in his iudiciis priuilegium criminis & accusationis, quantum in aliis potest litis contestatio *dict. l. ex iudiciorum*) qua tamen in perpetuum teneri heredem eo prætextu, quòd principalis quæstio sit de rei persecutione, duriusculum sanè esset: sed illud tamen multò durius, vt heres de eo quod ad ipsum ex scelere defuncti peruenisset, post annum non teneretur, cùm in eo nullus heredis fauor esse possit & debeat, cur in minus teneatur, quàm defunctus. Quod tamen Accursius cæterique interpretes ad *dict. l. 2.* non videntur percepisse, existimantes non teneri heredem actione illa repetundarum; ne quidem de eo quod peruenit nisi intra annum. Sed longè imperitius faciunt aduersarij, qui quod scriptum est in *dict. l. vltim. ad legem Iul. pecul.* heredem similiter teneri in tribus illis iudiciis peculatus, repetundarum, & de residuis, sic intelligunt, vt non teneatur nisi tanquam possessor, quasi verò nec defunctus teneretur, nisi quatenus possessor, non autem quia deliquisset. Vnde & tandem eò amentiæ deueniunt, vt bonorum defuncti vindicationem, quæ fisco datur post condemnatam defuncti memoriam, dicant procedere ex lege ipsa Iulia magis quàm ex delicto, quasi accusationes & actiones quæ ex legibus publicorum iudiciorum descendunt, non sint ex delicto, nisi fortè putant crimina ipsa publica non esse crimina nec delicta. Confirmatur ergo nostra regula optimè ex *dict. l. vltim. pecul.* quæ vult tria supradicta iudicia similiter dari in solidum contra heredem, propterea quòd in principali quæstione quę est de ablata pecunia, meram rei persecutionem contineant, licet persecutionem illam pœna quadrupli concomitetur intra annum: quasi in omni actione non tam accessorium spectandum sit, quàm principale prædominans, cuius naturam sequitur semper accessorium. Quod si tota quæstio esset de ablata pecunia non etiam de pœna, darentur proculdubio tria illa iudicia contra heredem, etiam post annum tanquam merè rei persecutoria, quamuis non eò minùs futura essent ex delicto.

VI. conclusionis nostræ PROBATIO est ex *l. pupillum* III. §. 1. *de regulis iuris.* Vbi Caius scribit in heredem non solere transire actiones pœnales ex maleficio, veluti furti, damni iniuriæ, vi bonorum raptorum, & iniuriarum. Ex quibus exemplis apparet sic intelligi Caium, vt actiones illæ pœnales non transeant in solidum aduersus heredem: nam de eo quod ad heredem peruenit, transire in eum actionem damni iniuriæ, id est, legis Aquiliæ iam suprà diximus ad *l. inde Neratius.* §. *hanc actionem supr. ad legem Aquil.* Ita ergo scripsit Caius de actionibus ex maleficio pœnalibus, vt comprehenderet omnes quidem actiones pœnales siue merè pœnales, qualis est actio furti, siue mixtas, quales sunt damni iniuriæ & vi bonorum raptorum §. *vi autem* 19. *& præcedenti. Instit. de act.* Nam & mixtæ ex pœnalibus dicuntur absolutè pœnales & pœnalium naturã habent, vt non magis dentur contra heredem quàm merè pœnales *d.* §. *hanc actionem.* sed ad exclusionem actionum ex maleficio, quæ non sunt pœnales, ac proinde quæ sunt merè rei persecutoriæ, vt scilicet dentur contra heredem, ergo in solidum licet sint ex maleficio. Alioqui si non darentur nisi de eo quod ad heredem peruenit, nulla esset prorsus hac parte differentia inter actiones ex maleficio pœnales saltem mixtas (ne de merè pœnalibus iterum cum aduersariis disputemus) & merè rei persecutorias. Atque ita debuisset Caius regulam concipere de actionibus omnibus ex maleficio explicitè & indistinctè, non de actionibus ex maleficio pœnalibus. Item ad exclusionem & differentiam actionum ex contractu pœnalium, quæ non dantur nisi dolo interueniente, & ad puniendum dolum quæ licet sint pœnales, dantur tamen aduersus heredem in solidum, quia ex contractu reique persecutione descendunt *l. si hominem 7.* §. *datur*, vbi dicemus latius *infrà depos. l. ex depositi 12. l. ex contractibus 49. de obligationibus & actionibus, l. ad ea 157.* §. *in contractibus, de regulis iur.* licet aliter Tribonianus scripserit in §. *aliquando. Instit. de perpet. & temp. act.* Quod si actiones ex contractu pœnales transeunt in solidum aduersus heredem, multò facilius admittendum est, actiones ex maleficio quæ non sunt pœnales, sed meram rei persecutionem continent, in solidum quoque aduersus heredem competere, in quo numero certè est condictio furtiua si qua vsquam alia *dict. l. in condictione 9. infr. hoc tit.* Septima eiusdem nostræ conclusionis probatio sumi potest ex *l. libertum 9. de relig. & sumptib. funer.* vbi tractans Caius de actione in factum quæ datur contra eum, qui prohibuit

hibuit mortuum eò inferre quò inferendi ius fuit, aut mirari se cur constare videatur eam neque heredi, neque in heredem dari, nec dubitat quin & heredi & in heredem danda sit: quod & scriptum est ab Vlpiano in *l. si filius familias* 31. §. 1. *eod. tit.* scilicet in solidum non de eo tantùm quod peruenit, vt malè aduersarij nostri interpretantur. Rationem enim Caius adfert, quia sola pecuniariæ quantitatis ratio in eam deducitur, nulla prorsus pœna, adeò vt nec pœnæ nomine concepta sit ad puniendum dolum aut factum eius qui prohibuit, nõ magis quàm interdictum quo prohibetur vis fieri, & quod ex eadem causa competere lex ait. In quo valde singulare ius est huius actionis, vt quamuis sit & ex delicto & prætoria & valde similis actioni iniuriarum (quę ad eum locum erat ratio dubitandi) nullomodo tamen sit pœnalis ne quidem ex parte rei, sed meram rei persecutionem ex vtraque parte contineat. Vnde fit, vt vel ex ipsa iuris prætorij non minùs quàm iuris ciuilis ratione etiam post annum dari debeat, & in solidum contra heredem, ex regula *l. in honorariis* 35. *de oblig. & action.*

a *Nec tantùm si viuat seruus furtiuus, sed etiam si decesserit.* Rectè Vlpianus hunc versiculum adiecit, vt ostenderet præcipuam differentiam, quæ est inter vindicationem & condictionem furtiuam, quia vindicatio non datur nisi quandiu viuit seruus, cuius scilicet morte dominium amissum & extinctum est, quia vindicatio nascitur ex præsenti possessione *l. non alias* 24. §. *sed si postulatur supr. de iudic.* possessio autem nulla esse potest hominis mortui qui iam nullus est. At condictio furtiua serui furtiui durat etiam seruo mortuo §. *vlt. Instit. de oblig. quæ ex delict. nasc.* quia licèt rem persequatur, in personam tamen non in rem actio est: actiones autem in personam non extinguuntur peremptione rei debitę quoties periit res post moram, quia præcipuus moræ effectus ille est, vt perpetuet obligationem & actionem *l. si seruum* 91. §. *sequitur & §. vlt. de verb. oblig.* fur autem moram semper facere intelligitur, vt iam sępius monuimus ex *l. prox.* §. 1. *& l. vlt. infr. hoc tit.* Apparet autem ex versiculo sequenti horum verborum sententiam illam esse, vt cõdictio furtiua duret etiamsi viuo adhuc fure seruus furtiuus decesserit, ac proinde etiamsi ex furto illo nihil ad furis heredem peruenerit, neque enim peruenisse quicquam potest, cùm seruus furtiuus viuo fure decessit: subiungit enim Vlpianus, *sed etsi apud furis heredem diem suum obierit seruus furtiuus*, vt intelligamus esse casum illum diuersum à superiore, & cùm quęritur, an condictione furtiua heres furis teneatur nihil penitus interesse, an viuat seruus furtiuus an decesserit, nec rursus cùm decessit, an viuo fure, an post mortem furis decesserit, nec denique cùm post mortem furis decessit, quicquam referre, an apud heredem, an apud alium decesserit, vt sequitur in hoc textu. Id enim agit Vlpianus, vt omnes casus exprimat qui possunt incidere, quemadmodum bene Bartolus vidit. Itaque parum subtiles sunt aduersarij qui hæc verba, *sed etiam si decesserit*, restringunt ad eum casum quo seruus furtiuus decesserit post furis mortem non eo viuo ob id solùm quòd præcedentia illa, *nec tantum si viuat seruus furtiuus*, intelligi debeant de seruo furtiuo qui viuat post mortem furis, quasi verò sint duo illi casus oppositi & sibi aduersantes, *Si post mortem furis seruus viuat aut decesserit*, cùm tamen non possit seruus decedere post mortem furis quin post eiusdem mortem vixerit, ita vt secundùm hanc interpretationem casus mortis includat casum vitæ. At erunt omnino casus oppositi & pugnantes illi, *si seruus adhuc post mortem furis viuat, aut viuo adhuc fure decesserit.* quod perinde est ac si Vlpianus scripsisset, *siue post mortem furis viuus adhuc seruus furtiuus siue iam viuo fure mortuus proponatur.* Proinde qui contra Vlpianum potius quàm contra nos disputant, condictionem furtiuam non dari nisi de eo quod ad ipsum peruenit, textum hunc effugere non possunt, in quo tam apertè Vlpianus scribit furis heredem teneri condictione furtiua etiam eo casu quo constet nihil ad eum peruenire ex furto potuisse.

RAT. igitur DVB. ad hunc versiculum ex ipsorum aduersariorum argumento petenda est, si generaliter verum esset quod illi volunt, actiones omnes ex delicto esse pœnales, actiones autem pœnales contra heredem in solidum non dari, ac ne quidem de eo quod peruenit si actiones merè pœnales sint, sed tantùm si mixtæ ex *d. l. pupillum* 111. §. 1. *de reg. iur.* Atqui condictio furtiua datur ex delicto, vt toties probauimus, & inculcauimus. Ergo non debuit dari in heredem eo casu quo res furtiua viuo adhuc fure perierit, atque ita nec peruenerit nec peruenire potuerit. Sed DEC. RAT. est, quòdimò verò actiones omnes quæ sunt sui natura merè rei persecutoriæ, licèt sint ex delicto, dantur nihilominus in solidum aduersus heredem, qualis est condictio furtiua, & aliæ, de quibus suprà diximus. Falsum enim est quod aduersarij pro vero supponunt, nec vllo iuris loco probare vnquam possint actiones omnes ex delicto esse pœnales, sicuti nec actiones omnes pœnales sunt ex delicto, cùm ex iis plurimæ sint ex cõtractu, aliquo tamen dolo, & consequenter delicto rei interueniente *d. l. si hominem.* §. 1. *infr. depos.* & aliis suprà citatis, nam & actio rerum amotarum ex delicto est *l. si mulier* 21. §. *hæc actio. infr. rer. amot.* Quod nec aduersarij negant, & tamen non est pœnalis, quia non pœnam, sed meram rei persecutionem continet, vt ibidem scriptum est, licèt non nisi arbitrio iudicis tanquam quæ sit arbitraria, vt & illa, de qua in *l. 4. alias l. non solum.* §. 1. *sup. de alienat. iudic. mut. caus. fact.* Idque nos probauimus pluribus in *vlt. parte Chiliadis de error. prag.* vbi totam hanc quæstionem fusius tractauimus & melius quàm antè à nobis factum esset *lib. 4. Coniect. cap. 1.* Sed neque possint aduersarij vllam actionem proferre quæ sui naturâ sit rei persecutoria, cuiusmodi est condictio furtiua, & quæ tamen non detur in solidũ aduersus heredem: vt neque vllam merè pœnalem quę non detur contra heredem de eo quod peruenit, excepta actione furti, quæ ita datur ad meram pœnam, vt contra heredem danda non sit, nec de eo quod ad eum peruenit: nimirum iure singulari, quia contra furem nõ tantùm actio furti comparata est, sed condictio furtiua, quæ longè durior est in heredem, quàm de eo quod peruenit, cùm detur in solidum. An non enim stultus esset legislator siue ciuilis, siue honorarius, si actionem furti daret in heredem de eo quod peruenit, cùm possit & debeat ille teneri in solidum ex condictione furtiua? Nam & eadem ratio facit, vt actio vi bonorum raptorum, quamuis nõ sit merè pœnalis, sed mixta, & cæteræ mixtæ omnes, vel fatentibus aduersariis dentur in heredẽ de eo quod peruenit, hæc tamen nullo modo detur in heredem nec in id quidem quo locupletior factus est *l. 2. §. vlt. infr. vi bonor. raptor.* vbi rationem Vlpian. addit, quia putauit prætor sufficere condictionem furtiuam, quæ scilicet datur contra eum quoque qui vi bo-

BIU Cujas

norum raptorum tenetur *l.siue manifestus* 10. §.1.*infr. hoc tit.* Ergo debuerunt aduersarij vel negare eâdem audacia actiones mixtas dari in heredē de eo quod peruenit, propter actionem hāc solam vi bonorum raptorum, vel desinere argumentari ex sola actione furti, vt probent actiones merè pœnales omnino non dari in heredem, id est, ne de eo quidem quod ad ipsum peruenit.

b *Quæ in heredē.* RAT. DVB. & DEC. eadem est in honorariis successorib. quam attulimus in herede: est enim hic versiculus intelligendus nō de successorib. quibuslibet, puta qui titulo aliquo singulari, vt emptionis succedant in rem furtiuam (neq; enim isti condictione furtiua tenentur *l.ex causa* 5.*supr.* vt nec alia vlla personali actione *l.æris alieni* 15.C.*de donat.leg.vltim.*§.1.*de contr.empt. l.*1.§.*si heres ad* SC. *Trebellianum.l.vlt. C. de heredit. action.*) sed de successoribus iuris siue ciuiles sint, siue honorarij, vt bene Ioannes & Azo iam olim interpretati sunt ex *l.nec legatarius* 11.*hoc tit.l.quædam sunt* 8.§.*nihil interest supr. de edend.* At honorarij successores iuris, & cæteri, qui heredum loco sunt, licèt non sint verè heredes, eodem tamen iure censentur in qualibet ferè iuris parte *l.*1.2.*&* 3.*infr.de bonor.possess.* cum similibus.

8. IDEM libro 27. ad Edictum.

IN re furtiua condictio ipsorum corporum competit. sed vtrum tamdiu, quamdiu exstent: an verò & si desierint in rebus humanis? & si quidem obtulit fur sine dubio nulla erit condictio. si non obtulit: durat condictio æstimationis eius[a]. corpus enim ipsum præstari non potest.

Ad l.In re furtiua 8.

RAT. DVB. Condictio furtiua datur ad ipsius rei furtiuæ persecutionem *l.proxim.* §.1.*supr.* Ergo si res furtiua perempta sit, non potest durare condictio neque corporis furtiui, quod iam nullum est, neq; æstimationis, quia non fuit æstimatio subrepta: aliud enim est res ipsa, aliud æstimatio *l.si alij* 42. §.1. *supr.de ventr.*

DEC. Res debita si post moram debitoris perierit, vtique perit debitor, in cuius pœnam & odium habetur pro adhuc extante *l.si seruum* 91. §.*sequitur, & §.vltim.de verborum obligationib.l.in actionibus* 5.*versic.planè.supr.de in lit.iur.l.pen.supr.de cond.caus.dat.* Atqui fur quatenus debitor rei furtiuæ, semper moram facere intelligitur in ea restituenda, quam nec ab initio auferre debuit §.*prox.infr.& l.vltim.hoc tit.* Ergo vel purgare moram illam debet per oblationem realem, nullāque condicione vel dilatione suspensam *l.qui decem in princ.& §.*1.*infr. de solut. l.parui refert* 17.*infr.hoc tit.l.vltim.C.hoc tit.l.interdum* 73.§.*vltim.de verborum obligationib.* vel si fur non obtulerit, necesse est durare condictionem furtiuam hactenus scilicet, vt ipsa quoque corpora furtiua peti adhuc possint *dict.l.si seruum.* §.*sequitur, &* §.*vltim.de verbor.obligationib.* sed tamen vt præstari debeat æstimatio, quia corpus ipsum quod periit, præstari amplius non potest, vt hîc Vlp. scribit. Corpus enim ipsum proculdubio in petitione est, æstimatio autem in solutione tantùm, vt bene hic Accursius notat ex *l. eum qui* 56.§.*vlt.& dict.l.si seruum* 91.§.*vlt.de verborum obligationib.iunct.l si seruus* 14. §.*boue infr.hoc t.* Quamuis Bartolus etiam æstimationem condici posse putet re furtiua perempta, quasi obligatus sit fur rem restituere, non rem dare, quod tamen iam refutauimus ad *l.*3.*supr.* Ex eo autem quod hîc scriptum est durare condictionem, etiamsi res furtiua in rebus humanis esse desierit, non adhibita distinctione an contra furem detur, aut contra furis heredem, nec rursus an viuo fure, an post ipsius mortem res furtiua perierit, apparet verum esse quod supra docuimus, generaliter & indistinctè condictionem durare, aut contra furem, aut contra furis heredem, quamuis seruus furtiuus viuo fure perierit, atque ita nihil ad eum ex furto peruenerit. Et sanè cùm heres teneatur cōdictione furtiua, etiamsi rem non possideat, vt Iustinianus scribit in §.*vlt.Instit.de oblig. quæ ex delict.nasc.* quid potest interesse, an ideo heres non possideat rem furtiuam, quòd ea iam viuo adhuc fure perierit, an quia post mortem furis? Quod autem in hac lege scriptum est, si quidem fur rem furtiuam obtulerit, nullam esse condictionem, constat ita debere accipi, vt idem tamen iuris sit, *si in* aliud nomen aliúmque statum obligationis nouandi animo res furtiua transferatur *dict.l.parui refert* 17.*infr.* itémque, si citra nouationem & delegationem res furtiua per stipulationem simplicem promittatur domino, vt in *dict.l.qui decem* 72.§.*item responsum est infr.de solut.* sed hoc posteriore casu præsentem rem esse oportet, non etiam superiore *dict. l.parui, & dict.* §. *item responsum est.* Obserua tamen, quod Accursius bene notat, oblatione rei furtiuæ tolli quidem condictionem furtiuam, sed non pœnalem actionem furti *l.qui ea mente* 65.*infr.de furt.l. si pignore* 14.§.*cùm furti eod.*

a *Durat condictio æstimationis eius.* RAT. DVB. Res quæ extare desiit, etiam post moram non potest à Iudice æstimari sine delatione iurisiurandi *l.in actionibus* 5. *vers.planè supr. de iureiur.* Atqui nusquam scriptum est in condictione furtiua iurari posse in litem, quamuis idipsum scriptum sit in actione furti in *l.cùm furti* 9.*eod.ill.tit.* Ergo post peremptam rem furtiuam non potest durare condictio æstimationis eius.

DEC. Tunc necessarium est iusiurandum in litem ad æstimandam rem peremptam in actionibus stricti iuris, cuiusmodi sunt condictiones omnes, cùm eius temporis æstimatio præcisè ineunda est, quo agitur pro re iam perempta, vt in *d.vers.planè & liseq.* vbi diximus. At in cōdictione furtiua, cùm res perempta æstimatur, nullius certi temporis ratio habetur, sed eius quanti plurimi vnquam res fuerit §.*proxim.infr.* ita tamen vt æstimatio nunquam egrediatur retrorsum iudicij accipiendi & litis contestatæ tempus *l.*2.§.*quæsitum infr.de priuat.delict.* Quæ æstimatio quanti plurimi facilè sciri potest, etiam nullo delato iureiurando, non minùs quàm in actione legis Aquiliæ, in qua certum est nunquam iurari *l. aut lex* 21.*& pass.sup.ad leg.Aquil.* Ergo nihil vetat etiam in condictione furtiua durare condictionem æstimationis etiam post rem furtiuam peremptam: alioquin rei furtiuæ interitu etiam contingente post moram, quam fur semper facere intelligitur, libera-

BIU Cujas

liberatio furis contingeret contra omnes iuris regulas *d.l.si seruum 91.§.vlt.de verb.oblig.l.pen.supr.de cõdict.caus.dat.caus. non secut.* atque ita melior esset cõdicio furis, quàm alterius debitoris cuiuslibet in mora constituti, quæ tamen debet esse deterior, vt reuera est in eo, quod fur præstat æstimationem quanti plurimi quam cæteri debitores nunquam præstant, vt dicemus in *d.§.prox.seq.*

1 ¶ Si ex causa furtiua res condicatur: cuius temporis æstimatio fiat, quæritur. placet tamen id tempus spectandum, quo res vnquam plurimi fuit: maximè cum deteriorem rem factam fur dando non liberatur [a]: semper enim moram fur facere videtur.

Ad §.1. Si ex causa.

RAT. DVB. In æstimatione ineunda rei debitæ ex iudicio stricti iuris inspiciendum est præcisè tẽpus litis contestatæ *l. vinum 22.supr.de reb. cred.leg.vlt. infr.de condict. tritic. leg. hominem 37. inf. mandat.* In quo differunt iudicia stricti iuris à iudiciis bonæ fidei, in quib. spectatur, vtro tempore res pluris fuit, an moræ, an rei iudicatæ *l. 3. §.in hac infr.commod. l.3. §.si per venditorem infr. de act. empt.* At æstimari rem, quanti plurimi vnquam fuerit, siue in bonæ fidei iudiciis siue in strictis nusquam scriptum est. Atqui condictio furtiua est stricti iuris, vt cæteræ omnes condictiones *§.actionum 25. Instit. de act.* Ergo nec in condictione furtiua spectandum est id tempus, quo res vnquam plurimi fuerit. DEC. Odium furis, vt alia pleraque induxit, ita & hoc inter cætera, vt res furtiua æstimari debeat quanti plurimi vnquã fuerit, non quidem à die furti admissi, sed à tempore litis contestatæ in tempus vsque sententiæ, ne alioqui eueniret, vt per continuationem furti melior fieret condicio furis *l.inficiando 67.§.infans inf. de fur.* Quo exemplo etiam mulier, quæ mariti res amouit, tenetur actione rerum amotarum, quanti plurimi res amotæ fuerint: crescit enim æstimatio in illa etiam actione, vt in condictione furtiuæ rei, quia veritate furtũ facit mulier, licèt lenius coerceatur *l. pe. infr.rer.amot.* melior tamen est conditio furis, itemq; mulieris, quæ res amouit, quàm eius qui contra legem Aquiliam vulnerauit hominem vel occîdit. Hic enim tenetur quanti plurimi vnquam fuit homo ex die admissi delicti: in actione autem rerum amotarum & condictione furtiua æstimatio quanti plurimi non egreditur retrorsum iudicij accipiendi tempus *dict.leg.2. §. quæsitum est inf. depriuat. delict.* Nascitur autem differẽtia tum ex verbis legis Aquiliæ, quæ sic habent, *Quanti id in eo anno plurimi fuit leg.2. l.g. ait lex 21.supr. ad leg. Aquil.* tum ex natura condictionis furtiuæ, itémque actionum stricti iuris omnium, in quibus nulla haberi potest ratio æstimationis, quæ præcessit litis contestationem: siue quia quale quid est cum petitur, tale dari debet, vt ait Papinianus in *leg.2.infr.de vsur.* siue quod imputare sibi actor debeat, cur non citius egerit: iura enim diligentibus subueniunt non negligentibus *leg.non enim supr.ex quibus caus. maior. leg. quod autem 6.§ sciendum leg.pupillus 24.infr.quæ in fraud. credit.* Nec ad rem facit, quod fur ex die furti admissi semper moram facere intelligatur, vt scriptum est in *hoc §.& in leg.vltim infr.* Ea namque ratio est condictionum & iudiciorum omnium stricti iuris, vt in illis nulla penitus moræ ratio habeatur, quantum ad augendam obligationem, sed duntaxat quantum ad eam perpetuandam *leg. si seruum 91. §.sequitur & §.vltim.infr.de verb.oblig.* Ex quo apparet, quàm ridiculum sit monstrum illud æstimationis quanti plurimi, quod interpretes nostri inuexerunt, in omnibus bonę fidei iudiciis à die moræ vsq; ad condemnationem, quod illi docent ad *dict.leg. vinum 22. supr.de rebus credit. & ad dict. leg. 3. §. in hac infr. commod.* Nam si quo casu odium moræ posset inducere æstimationem quanti plurimi ex die moræ, procul dubio mora & odium furis hoc maximè induceret contra furem in condictione furtiua: nec maior esset ratio spectandi præcisè temporis litis contestatæ ad excludendam maiorem temporis præcedentis æstimationem, quàm ad excludendam sequentis: cùm in vtroque violetur natura cæterarum condictionum & actionum stricti iuris, vt fur grauius coerceatur.

a *Maximè cùm deteriorem rem factam fur dando non liberatur.* RAT. DVB. Potest res furtiua fieri deterior solo cursu temporis, aut aliquo casu fortuito, citra culpam vllam debitoris, quo casu videtur spectare periculum ad creditorem, cùm nihil possit imputari debitori, nec quisquam casus fortuitos præstare debeat *leg. contractus 23. in fin. infr.de reg. iur.* maximè verò si is qui creditor est idem dominus proponatur: tritum enim est casus omnes fortuitos ad dominum pertinere *l.quæ fortuitis 6. l.pignus in bonis 9. Cod de pignor. act.* Atqui in condictione furtiua hoc euenit, vt quisquis creditor & actor est, eundem esse dominum necesse sit *leg 1. supr. hoc tit. leg. vltim.supr. vsufr. quem. caueat. §. sic itaque Instit.de act.* Ergo fur dando rem furtiuam licet deteriorem factam, dummodo sine culpa sua, liberari debet, præsertim cùm nec alia res sit, quàm quæ subrepta fuerat, quæ hodie deterior redditur, adeò vt nec audiendus fur esset, si pro re furtiua deteriore facta meliorem aliam neque furtiuam vellet inuito domino reddere. Neque enim aliam rem persequitur condictio furtiua, quàm illam ipsam, quæ furto subrepta est, vt ex initio huius legis apparet, & ex *§.1.leg prox.præced.*

DEC. Non videtur reddi ea res, quæ deterior redditur *dict leg.3.§.1. infr.commod.* nam qua parte facta est deterior, non tantùm vilior quoque facta fuit, sed etiam periisse quodammodo intelligitur, *leg.3.infr.de cond. tritic.* Quid enim aliud est rem fieri deteriorem, quàm ex parte perire? Ergo non est permittendum furi, vt rem furtiuam deteriorem factam reddendo liberetur, maximè cùm non possit res facta esse deterior apud furem, quin post moram furis id contigerit, quandoquidem ex eo instãti, quo furtum admisit, moram contraxisse intelligitur, eámque continuasse, quo vsque rem restituat vt sequitur in hoc §. *& in l. qui furtum 16. & leg. vlt. inf.hoc tit.leg. vltim. Cod. de cond. ob turp.caus.* vbi dicitur hoc casu moram in in re ipsa fieri, id est, citra vllam interpellationem, vt in *l.3. Cod. in quibus caus. in integr. rest.* Certum autem est, quicquid contingit rei debitæ post moram debitoris, id periculo debitoris cedere *l. si ex legati 23. & seq. infr. de verb. oblig.* Neque verò facilè potest fieri, vt mora contrahatur sine culpa *l. sciendum 21. & seq.leg mora 32. infr. de vsur.* vbi latiùs Deo fauente dicemus.

BIU Cujas

2 ¶ Nouissimè dicendum est, etiam fructus in hanc actionem venire.

Ad §. vltim.

RAT. DVB. In cæteris condictionibus fructus non veniunt nisi qui post acceptum iudicium percepti sunt, ídque ex æquitate, vt ex Cassio Paulus scribit in *leg. videamus* 38. § *si actionem infr. de vsur.* Ergo in condictione furtiua non possunt venire fructus quos à die furti admissi fur perceperit, de quibus tamen sine dubio loquitur hîc Vlpianus, cùm ait, fructus quoque in hanc actionem venire. DEC. Cæteræ condictiones dantur non domino, qui tamen dominus fuit, & aduersus dominum: hæc autem domino aduersus non dominum, & quod magis est, aduersus furem, & consequenter malæ fidei possessorem, qui proinde lucrum facere fructuum ex re aliena non debet, cùm fructus acquirantur iure soli & dominij *l. & ex diuerso* 35. §. 1. *supr. de rei vind. leg. qui scit* 25. §. 1. *infr. de vsur.* præterquam si à bonæ fidei possessore percepti sint *dict. leg. qui scit* §. *vltim. & leg. bonæ fidei* 41. *infr. de acq. rer. dom.* Mirum igitur non est, fructus omnes à fure perceptos siue extent, siue consumpti sint, venire in condictionem furtiuam, extantes quidem tanquam proprios actoris, & eodem iure quo res ipsa, quæ actoris est, quasi qui ex nouo furto nouáque contrectatione ad futem peruenerint *leg. si seruus* 14. §. *boue subrepto infr. hot tit. leg. si seruus* 61. §. *locaui infr. de furt.* consumptos verò, quia actoris esse desierunt iure proprio condictionis. Nam etsi vindicatione ageret dominus aduersus furem aliúmve quemlibet possessorem, extantes quidem vindicare posset, consumptos verò cõdicere *leg. certum est* 22. C. *de rei vind.* & apud Iustin. *Instit. de off. iudic.* Porrò quicquid à fure poterat dominus vindicare, potest etiam iure singulari, id est, per condictionem furtiuam condicere, quod verò vindicare non posset, id quia nec condicere iure singulari potest, cùm non sit dominus, necesse est vt condicat iure communi: & ita hîc locus intelligi meo iudicio debet. Ex quo præterea notari volo, longè differre fructus ab æstimatione quanti plurimi contra plerosque ex pragmaticis nostris existimantes eum, cui præstatur æstimatio quanti plurimi, nihil præterea siue fructuum, siue aliarum accessionum nomine consequi debere, quasi & ipsa æstimatio quanti plurimi accessio quædam sit cuius aliam accessionem dari non oporteat, nam & imò verò æstimatio quanti plurimi res ipsa est quæ debetur, fructus autem siue principaliter, siue accessoriè debeantur, aliud quiddam sunt à re ipsa separatum, vt pluribus à nobis tractatum est. *Def. 9. Cod. Fabr. de vsur. & mor.* Iunge tamen quæ dicemus ad *leg. si sterilis* 21. §. *cùm per venditorem infr. de act. empt.*

9. IDEM libro 30. ad Edictum.

IN condictione ex causa furtiua non pro parte, quæ peruenit, sed in solidum tenemur, dum soli heredes sumus. pro parte autem heres [a], pro ea parte, pro qua heres est, tenetur.

Ad l. In condictione 9.

Hæc lex est, quæ amplissimum à nobis tractatum exigeret si ad ea omnia respondere vellemus, quæ nobis obiecta sunt ab iis qui pro tuenda Iacobi Cuiacij sententia contra nos ex professo scripserunt ad impugnandam Vlpiani, quam nos hîc defendimus, sententiam: existimantes condictionem furtiuam, quia sit ex delicto, non posse dari in solidum contra heredem, sed de eo quod ad ipsum peruenit nisi lis contestata sit cum defuncto, aut nisi heres furis rem furtiuam contrectauerit: aut, quod illi addunt de suo, si datur in solidum contra heredem non esse illam ex delicto, sed vel ex quasi contractu, vel ex variis causarum figuris, & vt ipsi loquuntur, ex sua suæ causæ figura. Etsi autem errorem hunc satis supérque refutauimus in postrema parte Chiliadis nostræ de *errorib. pragmat. & ad l. si pro fure* 7. §. *vltim. supr.* quia tamen video tantopere sibi eos placere, & blandiri in hac sua opinione comprobanda, quasi nihil verius & ad iuris nostri principia accommodatius excogitari à quo quam potuerit, conquisitis vndequaque rationibus ad quatuor vsque & viginti, erit fortasse consultius respondere hoc loco ex ordine ad singulas, ne aut ipsi, aut studiosi iuris plerique quos audio exspectare auidè, vt ad quatuor illos Benedictorum libros respondeamus, silentium nostrum sic accipiant, quasi non tam victos nos, quod parum esset, quàm Vlpianum & prudentes cæteros, quorum nemini in mentem vnquam venit vt contra Vlpianum sentiret, desipuisse hac in re fateamur. Cúmque nobis ad quatuor illos libros respondendi nec animus nec otium nobis sit, quibus nec ferè fuit nisi cursim legendi, ne Rationalium nostrorum institutum aut deseramus, aut interpolemus: hoc tamen assequemur, vt ex his quæ nunc dicemus, facile sit cuique intelligere, quàm subtilia & elegantia sint cætera, quæ illi in carpendis & lambendis passim scriptis nostris quasi inepta & reprehensibiliora cumularunt, de quibus tamen etiam singulis dicemus aliquid, sed suis locis, & cùm in eos textus inciderimus, quibus illi contra nos abutuntur, vt cuilibet appareat nec istis remoris posse nos detineri, quin nauigationem institutam peragamus, nec tamen pati velle, vt quę ipsi tam audacter pro veris & Benedictis venditant, pro talibus habere quisquam possit, nisi qui malit cum iis omnino desipere quàm cum prudentibus benè sentire.

I. Obiiciunt in sola furis persona cerni odium illud legislatoris, quo effectum est, vt extra pœnam dupli, vel quadrupli, quæ per actionem furti manifesti vel nec manifesti petitur, etiam condictione furtiua teneatur §. *sic itaque* 14. *Instit. de action.* Id autem quod taliter odiosum & personale est, non debere personam furis egredi, nec ad innocentem heredem transire *arg. l. vsus aquæ* 21. *supr. de vsu & habit. l. in omnibus* 68. *de reg. iur. l. vitia* 11. *Cod. de acquir. poss.* Præsertim, inquiunt, cùm quod isto modo odiosum est, suo modo aliquam pœnæ speciem præ se ferat, *arg. l. qui exceptionem* 40. *sup. de condict. indeb. l. sed si pater familias* 9. §. *pen. infr. de SC. Maced.* Respondemus, odio quidem furis inductam esse condictionem furtiuam, quæ ex iuris ratione neque domino dari vnquam posset, neque cum vindicatione concur-

rere

rere, sed non illud etiam, vt fur actione rei persecutoria in solidum teneatur, etiamsi res furtiua extare desierit. Est enim hoc ex ratione iuris communis, cùm ex die admissi furti moram semper facere videatur in restituenda re furtiua, quam nec auferre ab initio debuit *leg. vlt. infr. hoc tit.* Eadem ergo iuris ratio facit, non furis odium, vt eius heres in solidum quoque eâdem actione merè rei persecutoria teneatur, non quia fur sit aut aliquo dignus odio, sed quia furis heres *d. leg. si pro fure* 7. §. *vlt. sup.* nec in speciem pœnæ alicuius, vt isti cauillantur, cùm furtiua condictio nulla ex parte sit pœnalis, sed in consequentiam aditæ hereditatis, quam adire non debuerat, si eodem iure quo defunctus censeri hac parte nolebat: furis enim hereditatem adeundo quasi contraxit cum domino cui furtum factum est, vt iisdem actionibus merè rei persecutoriis teneatur, quibus defunctus tenebatur, id est, & condictione, & vindicatione, & actione ad exhibendum *d. leg.* 7. §. 1. *supr. l.* 3. §. *vlt. & l. seq. infr. quib. ex caus. in poss. eat.* non tamen actione furti, quæ quoniam merè pœnalis est, nihil nisi criminis pœnam persequitur. Crimen verò simúlque pœna criminis morte furis extinguitur, in quo sicut heredi prodest innocentem esse, ita eidem nocet furis nocentis heredem eum esse.

II. OBIECTIO huic non valde dissimilis est. Aiunt enim in sola furis non etiam in heredis eius persona cerni odium facti, id est, delicti, ex quo cõdictio furtiua nascitur & competit *leg. si ambo* 10. §. *quoties de compensat.* delictum autem omne morte eius qui fecit extingui *leg. 5. de calumniat. leg. quod diximus* 16. §. *vltim. quod met. caus. l. Lucius* 9. *de iur. fisc. leg. cùm falsi* 12. *ad leg. Cornel. de falsi.* Ergo ad heredem non transeunte causa, hoc est, delicto, neque effectum transire posse, id est, actionem ex delicto procreatam ad eius coercitionem *argum. leg.* 2. *de legib.* Respondemus furtum quidem morte furis extingui, & consequenter actionem furti, quæ merè pœnalis est, sed non æquè condictionem furtiuam, quia licèt descendat ex delicto, meram tamen persecutionem rei continet *dict. leg. si pro fure* 7. §. *vltim. supr.* nec vllo modo pœnalis est, & stultam esse consecutionem, vt quia delictum omne delinquentis morte extinguitur, ipsa etiam rei persecutio extinguatur: quæ nec in pœnalibus actionibus extinguitur, quominus heres in id saltem quod ad eum ex defuncti scelere peruenit, teneatur, vt ex iis ipsis supradictis legibus apparet, quibus illi contra nos nituntur. Denique falsum est, quod isti pro vero supponunt comparatam esse condictionem furtiuam ad furti coercitionem. Coercitio enim furti sine pœna esse non potest, condictio autem solam rem petit non pœnam *d. l.* 7. §. 1. *supr. l. qui vas* 48. *in princip. l. si pignore* 53. §. *cùm furti infr. de furt.*

III. ARGVMENTVM est, ante litis contestationem eo, qui aliquid deliquit, defuncto, successores eius, in quantum ad eos peruenerit, conueniri debere, non in solidum *leg. vnic. Cod. ex delict. defunct.* furem autem qui rem alienam inuito domino contrectauit, non aliquid deliquisse, sed multum. Eo igitur ante contestatam litem defuncto heredem ipsius non in solidum, sed in quantum ad ipsum peruenerit, conueniendum esse. Dicimus propositionem generaliter veram esse in actionibus omnibus pœnalibus, nec tantùm mixtis, vt aduersarij putant, sed etiam meris, vt suprà probauimus ex *l. in heredem* 5. *supr. de calumniat. leg. cùm falsi* 12. *infr. ad leg. Cornel. de falsi. l. sicuti* 38. *de regul. iur.* Nulla enim lex est, quæ actiones merè pœnales à mixtis hac parte separet. Excipienda tantùm est actio furti ex actionibus merè pœnalibus, & actio Vi bonorum raptorum ex mixtis, quia putauit prætor sufficere condictionem furtiuam *leg.* 2. §. *vltim. vi bonor. raptor.* tanquam quæ detur in heredem, non de eo tantùm quod peruenit, sed in solidum *dict. leg.* 7. §. *vltim. supr. & hac lege.* Sicut & ex publicis iudiciis excipienda sunt crimina læsæ maiestatis, repetundarum, peculatus, & de residuis, quæ defuncto etiam reo ante litem contestatam perinde contra eius heredem exerceri possunt, ac si lis cum defuncto contestata fuisset *leg. ex iudiciorum* 20. *infr. de accusat. leg. vltim. ad leg. Iul. pec.* Sed negamus supradictam propositionem pertinere ad actiones ciuiles merè rei persecutorias sui natura, licet ex delicto descendentes, cuiusmodi est condictio furtiua *dict. leg.* 7. §. *vltim. supr.* Esset & actio legis Aquiliæ, si in ea nunquam lis vltra damnum æstimaretur §. *his autem verbis* 9. *Instit. de leg. Aquil. leg. inde Neratius* 23. §. *hanc actionem sup. eod. ill. tit.* Sunt & aliæ pleræque actiones, de quibus suprà diximus ex *leg. Caius Seius* 22. *infr. de SC. Silan. leg. fraudati* 8. *l. cotem* 11. §. *illicitarum leg. commissa* 14. *infr. de public. & vectigal. leg. donationes* 31. §. *vltim. de donat. dict. leg. vltim. ad leg. Iul. peculat.* Ex quibus locis omnibus petendæ sunt exceptiones ad supradictam regulam, ne quis eam à nobis ingenio nostro euerti calumnietur, aut fingi à nobis regulam ex vnico exemplo condictionis furtiuæ, & ex hoc vnico iuris loco desumptam. Quamquam nemo nescit regulã æstimandam esse ex iure, id est, ex vera rectáque iuris ratione, non ex exemplorum multitudine, præsertim si vt in proposito exempla in contrarium nulla proferantur. Quodnam enim exemplum proferunt aduersarij, aut quem etiam iuris locum, vt probent falsissimam illam suam conclusionem, quam vocant regulam, in actionibus ex delicto ciuilibus, & merè rei persecutoriis defuncto ante contestationem reo successores eius in solidum non teneri, sed de eo tantùm quod ad ipsos peruenerit? Ego certè ex tot legibus quibus illi paginas integras in hanc rem onerant, nullam video, quæ de huiusmodi actionibus loquatur, aut ad vllam earum aptari possit. Ideoque cautè illi & astutè, sed non satis ex bona fide, vt gloriantur, regulam suam confusè, mixtim & in folle conceperunt de actionibus ex delicto tam mixtis quàm merè rei persecutoriis, vt rudioribus imponerent facilius, allatis promiscuè, & confusè quoque tot legibus: quæ omnes loquantur de actionibus criminalibus publicorum iudiciorum, quæ sunt merè pœnales aut de prætoriis, quæ licèt ex parte actoris sint, vt plurimum rei persecutoriæ, attamen ex parte rei sunt pœnales, tanquam à prætore conceptæ ad puniendum factum & dolum eius qui conuenitur, vnde & pœnales passim appellantur, quoties scilicet ex delicto & dolo proficiscuntur *leg. huius actionis* 9. §. 1. *inf. quod falsi. tutor. author. leg. prætor ait* 9. §. *vlt. & leg. seq. infr. de reb. author. iudic. possid.* nulla penitus de actione ciuili descendente ex delicto, quæ sui natura & ex vtraque parte tam actoris quàm rei sit merè rei persecutoria: actiones enim ciuiles tum quoque cùm ex delicto & dolo eius, qui conuenitur, descendunt, non tam comparatæ sunt, vt puniant factum, & dolum eius, qui deliquit, quàm vt actoris indemnitati consulant, in quo maximè differunt

à prætoriis: & idcirco nusquam pœnales, aut quod idem est, pœnæ nomine conceptæ appellantur. Quòd si vel vnum exemplum proferrent aduersarij alicuius actionis ciuilis ex delicto descendentis & merè rei persecutoriæ, quam lex aliqua diceret non dari in solidum contra heredem, addita ratione illa *quia esset ex delicto* cederemus libentissimè, & regulam iuris contra nos esse fateremur propter illa verba *quia esset ex delicto*: significarent enim regulam ex qua esset sumpta ratio, eáque concepta per modum regulæ, quamuis exemplum aliud proferri nullum posset, nec alius iuris textus. Non enim sol eo minùs speciem constituit apud Philosophos, quòd sit vnicus: quia sufficit si plures soles essent, eandem fore omnium naturam & condicionem quæ huius solis est. Nam & D. Thomas sensit, singulos Angelos singulas species Angelorum constituere, licèt sint ipsi singulares. Nec rursus ignoro multa esse iuris nostri principia, multásque propositiones, quæ ex vno tantùm iuris loco probari possint, nec idcirco tamen suspectæ veritatis esse debeant. Quale illud est fortasse quod Africanus respondit in *l. penult. supr. de reb. credit. in versic. Neque enim*, non sicut illud receptum est, vt debitores soluentes Sticho manumisso quem ignorauerint manumissum, liberentur, ita hoc quoque receptum, vt Stichus hic credendo nummos defuncti creditoribus ignorantibus, alienare eos possit. Item quod de vulgari tacita scriptum à Modestino creditur in *leg. 4. de vulg. & pupill. substit.* Quonam enim alio loco vulgaris tacitæ mentionem à prudentibus factam esse reperias? Etsi ille quoque locus aliter longè intelligendus nobis videtur, vt docuimus in Chiliadis nostræ secunda parte. Eodem ergo iure vtantur iam aduersarij, & vinctos se agnoscant in ea regula stabilienda quam nos constituimus, de actionibus ciuilibus ex delicto quidem descendentibus, sed merè rei persecutoriis contra heredem in solidum dandis, cùm eam non vno tantùm exemplo condictionis furtiuæ, vt illi criminantur, sed aliis pluribus illustremus: neque ex hac sola lege, vt Cuiacius credidit, qui ausus est scribere, si hæc lex non esset, neminem fore qui non admitteret condictionem furtiuam in solidum aduersus heredem dari non debere, sed de eo tantùm quod ad heredem peruenisset, sed etiam ex *dict. leg. si pro fure* §. *vlt. supr.* qui locus omnium optimè & apertissimè probat, non modò verissimam esse propositionem quæ in hac lege ponitur, sed etiam propositionis rationem à regula quam nos constituimus dependentem, cùm Vlpianus scribit condictione furtiua obligari furis heredem scilicet in solidum, ideò inquit, *quia rei habet persecutionem.* Quænam enim obsecro esset ratio illa, si non esset vera & generalis iuris ratio & regula, actiones quamuis ex delicto descendentes, si merè sint rei persecutoriæ, dari in solidum contra heredem? Ratio igitur ab Vlpiano allata, quamuis non faciat, probat tamen regulam, aut ridiculus certè fuit Vlpianus, cùm hanc rationem sibi finxit, vt nobis falsam regulam insinuaret.

IV. Argvmentvm est, toties in heredem dari actionem de eo, quod ad ipsum peruenit, quoties ex defuncti dolo conuenitur, ex iuris regula quę ponitur in *l. toties 44. de regul. iur.* Heredem porrò qui ob furtum defuncti condictione furtiua conuenitur, ex defuncti furto conueniri *l. si duo* 13. §. *idem Iulianus supr. de iureiur.* & per consequens etiam ex eius dolo, cùm citra dolum fieri furtum non possit, *l. meritò* 51. *infr. Pro socio l. si quis inficiatus* 13. §. 1. *infr. depos.* Ergo non nisi de eo quod peruenit conueniri eum debere. Respondemus esse quidem illam iuris regulam, sed ex eo desumptam, quod regulariter actiones ex delicto descendentes sunt pœnales, prætoriæ quidem omnes sine vlla, vt puto, exceptione, ciuiles verò quàm plurimæ, ac proinde restringendam esse ad actiones merè pœnales & mixtas, ex quibus generaliter & indistinctè verum est, teneri heredem de eo tantùm quod peruenit, exceptis, vt suprà dixi, actionibus furti, & vi bonorum raptorum, itémque repetundarum, peculatus, & de residuis, sed non esse extendendam ad actiones ciuiles merè rei persecutorias, quæ licèt sint ex delicto, nullo tamen modo sunt pœnales, neque ex parte actoris, neque ex parte rei, cuiusmodi est condictio furtiua, itémque aliæ actiones de quibus diximus. Nec tam inspiciendum est in his actionibus quòd heres ex defuncti delicto conueniatur, quàm quòd actione merè rei persecutoria. Hæc enim sola ratio est, quæ heredem semper obligat in solidum, nec minus si actio ex delicto descendat *dict. leg. 7. §. vlt. supr.* quàm si ex contractu *l. si hominem 7. §. 1. infr. depos. l. ex depositi 12. l. ex contractibus 49. infr. de oblig. & act. l. ad ea 157. §. vlt. de regul. iur.*

V. Obiectio superiori similis & contigua est, toties in heredem dari actionem in solidum, quoties ex suo delicto conuenitur *d. l. toties 44. de reg. iur. l. quod in herede 9. §. vltim. infr. de tribut. act.* Furis verò heredem non conueniri ex dolo suo, qui ob eius furtum, cuius heres est, conuenitur. Dicimus veram esse regulam adfirmatiuè, sed non si conuertatur, negatiuè, quasi non possit in solidum teneri herès, nisi ex suo & proprio dolo conueniatur. Nam in solidum tenetur tum quoque cùm ex dolo defuncti conuenitur, si actio sui natura meram rei persecutionem contineat, siue ex delicto, siue ex contractu descendat, vt modò diximus & probauimus.

VI. Obiectio est, ex facinore defuncti heredem non debere damnum sentire ex *l. 3. infr. de vi & vi armat.* Subiret verò damnum heres furis ex delicto defuncti, si in solidum teneretur eo casu quo res furtiua ad eum in solidum non peruenisset. Respondemus, heredem quidem furis subire hoc casu damnum, at non ex facinore defuncti, sed ex facto proprio, quòd furis hereditatem adeundo, quam repudiare aut aliter omittere potuerat, vltro se obligauerit omnibus oneribus hereditariis, & cum domino cui furtum factum est, ita quasi contraxerit *leg. 3. §. vltim. & leg. sequent. infr. quib. ex caus. in poss. eat.* Nam qui sciuit aut scire debuit, actiones ciuiles sui natura merè rei persecutorias transire in solidum aduersus heredem, quamuis descendentes ex delicto, ea lege & condicione furis hereditatem adiisse videtur *leg. si duo 38. infr. de acquir. hered.* Sibi ergo imputet si damnosam hereditatem adiit *leg. si hereditatem 32. infr. mandat. leg. 4. ad SC. Trebell.* aut si lucrosa sit, damnum illud cum lucro maiore compenset: semper enim soluendo intelligitur esse hereditas, quæ inuenit heredem *leg. libertus 36. de bon. libert. leg. quæ dotis 33. solut. matrim. iunct. reg. l. quod quis 203. de reg. iur.*

VII. Obiectio est, sufficere heredem quoties ex defuncti scelere conuenitur non in lucro versari, ideóque nec vltra id quod ad eum peruenit,

BIU Cujas

peruenit, condemnari ipsum debere *d.l 3. de vi & vi armat.* non autem in lucro versari hæredem, etiamsi in solidum non teneatur, si modò condemnetur in id quod ad ipsum peruenit. Respondemus, in actionibus quidem merè pœnalibus, aut mixtis ita esse, sed non in ciuilibus merè rei persecutoriis, licèt ex delicto descendentibus, à quibus non de eo quærendum est, an in lucro versetur heres, an in damno, sed an in demnitati actoris plenissimè satisfactum sit, siue actio descendat ex contractu siue ex delicto.

Addunt VIII. OBIECTIONIS loco illud, quod ad furis heredem peruenit, propterea ei condici posse videri, vt turpe lucrum ei extorqueatur *leg. in honorariis 35. de oblig. & action. d.l. sicuti 38. de regul. iur.* Hanc verò rationem cessare in eo herede ad quem omninò nihil ex defuncti furto peruenerit. Respondemus similiter (omnes enim hę obiectiones, vt nemo non videt, in idem ferè recidunt) rationem illâ obligandi heredis de restituendo eo quod ad ipsum peruenit, vt turpe lucrum ei extorqueatur, ad actiones aut merè pœnales aut mixtas pertinere, ne prætextu criminis morte extincti heres ex scelere defuncti locupletetur *l. 5. de calumn. l. vnic. C. ex delict. defunct. l. cùm falsi 12. infr. ad leg. Cornel. de falsi.* sed in actionibus ciuilibus merè rei persecutoriis, quamuis ex delicto descendentibus aliam esse rationem, quæ faciat, vti in solidum transeant in heredem, illam nimirum quam adfert Vlpianus *in d.l. si pro fure 7. §. vlt. supr.* quia rei persecutionem continent, in quo proinde actionum genere neque de lucro neque de damno heredis quærendum est, sed de eo duntaxat quid & quantum actori absit, vt ei plenissimè satisfiat.

IX. OBIECTIO est, In contractibus successores ex dolo eorum quibus successerunt, in solidum teneri, hoc est, vnumquemque pro ea parte pro qua heres est *l. ad ea 157. §. vlt. iunct. l. hoc iure 152. §. vlt. de regul. iur. l. ex depositi 12. l. ex contractibus 49. infr. de oblig. & action.* Ergo, inquiunt, aliud est in delictis *l. vnic. C. ex delict. defunct.* Atqui condictio furtiua videtur esse ex delicto (sic enim loquuntur, ne absurdè facere videantur, si cum prudentibus nostris absolutè & simpliciter dicant esse ex delicto) non solùm respectu contrectatæ rei furtiuæ, sed etiam fallaciæ & doli mali, sine quo furtum nullum committitur *d.l. meritò 51. pro socio.* Respondemus aliud quidem iuris esse in delictis, aliud verò in contractibus, sicut & alia causa est contrahendi, alia delinquendi *l. 1. §. 2. infr. de exercit. act.* quia actiones quæ nascuntur ex delicto regulariter sunt pœnales, aut meræ, aut mixtæ, prætoriæ quidem omnes ex parte rei, ciuiles autem quàm plurimæ. Actiones verò quæ ex contractib. nascuntur, omnes sunt rei persecutoriæ etiam ex parte rei, nullæ prorsus pœnales nisi pro pœnalibus habere quis velit eas per quas pœna conuentionalis petitur, de quibus in *l. stipulatio ista 38. §. alteri de verb. oblig. l. vlt. de stipulat. prætor. l. si pacto quo pœnam 14. C. de pact.* Sed non sunt hæ actiones pœnales eo sensu quo illæ de quibus nunc agimus. In his namque actionibus pœna iure conuentionis non vi & potestate actionis infligitur. Cæterùm si quæ sint actiones ex delicto descendentes, quæ non minùs quàm actiones ex contractu merâ rei persecutionem contineant, eadem omnium ratio hac parte est, vt in solidum dari debeant contra heredem, quasi non tam causa & origo actionis spectanda sit, vt aliàs fieri solet *l. qui id quod 33. in princip. infr. de donat. l. tutor. 69. de fideiuss.* quàm vis & potestas iudicij. Et verò parum refert, an actio nascatur ex delicto, an verò ex contractu quidem, sed ita tamen vt non aliter locum habere possit, quàm si dolus & delictum interueniat, vt in *leg. si hominem 7. §. 1. infr. depos.* Vtroque enim casu delictum in actione versatur, & dolus solus condemnationi causam præbet. Non igitur distinguendum est, an actio ex contractu nascatur, an ex delicto, sed an detur ad pœnam criminis, an ad meram rei persecutionem. Et perpetuus aduersariorum nostrorum error in eo est, quod in actionibus ex delicto descendentibus meram rei persecutionem habent pro pœna delicti, aut saltem cum delicti pœna confundunt, cùm tamen nihil commune habeat persecutio rei cum persecutione criminis aut pœnæ *d.l. qui vas 48. in princip. l. si pignore 54. §. cùm furti infr. de furt. d. l. si pro fure 7. §. 1. supr. hoc tit.*

X. ARGVMENTVM est, Actionem, quæ in solidum ex dolo defuncti contra heredem datur, necesse esse ex contractu reique persecutione descendere *d.l. si hominem 7. §. 1. depos.* Hoc verò, inquiunt, ecquid aliud est, quàm vt intelligamus aliud iuris esse, si actio descendat ex delicto, reique persecutione? Negamus propositionem quatenus ita concepta est, vt necesse sit actionem, quæ in solidum ex dolo defuncti contra heredem datur, descendere ex contractu, reique persecutione. Nec enim sic lex loquitur vt dicat esse hoc necesse, sed rationem adfert, cur in actione depositi ex dolo defuncti heres in solidum teneatur, *quia* inquit Vlpianus, *hic dolus ex contractu, reique persecutione descendit.* In quibus verbis non tam inspiciendum est quod lex ait *ex contractu* quàm quod subiicit *reique persecutione.* videntur enim addita præcedentia illa *ex contractu* non tam ad excludendam causam delicti, quàm quia causa contractus adiunctam semper & comitem habet rei persecutionem; causa verò delicti pœnam, eámque non transitoriam in heredes, sed si quando contingat (contingit autem non semel, nec in condictione furtiua tantùm, quemadmodum in superioribus ostendimus) vt actio nata ex delicto nihil nisi meram rei persecutionem contineat; non est separanda causa delicti à causa contractus, sed actionis effectus magis inspiciendus est qui in vtroque actionis genere totus in rei persecutione consistit. *dict. leg. 7. §. vlt. supr. & hac lege.*

XI. ARGVMENTVM est, Actionem de alienatione iudicij mutandi causa facta non esse pœnalem, sed pertinere ad rei persecutionē *l. 4. §. vlt. supr. De alienat. iudic. mut. caus. fact.* & tamen quia videtur ex delicto dari, non esse dandam in heredē vel in similem successorem, vt neque post annum *d. § vlt. iunct. l. 5. 6. & 7. eod. tit.* Ergo multo minùs condictionem furtiuā aduersus heredem dari in solidum debere, tanquā quæ si ex delicto est, magis ex delicto agnoscatur dari quàm illa. Respondemus, Actionē illam de alienatione iudicij mutandi causa facta, quæ in factū actio dicitur in *l. 1. & pass. ill. tit.* nō esse ciuilē, qualis est furtiua condictio, actio legis Aquiliæ, persecutio commissi & accusationes ex legibus publicorum iudiciorum peculatus repetundarum & de residuis, sed prætoriā, edicto scilicet illo prætoris de quo in *d.l. 1.* comparatam, ideóque non esse merè rei persecutoriā ex vtraq; parte, qualis etiam est furtiua condictio, sed ex parte actoris tantùm persequentis quanti sua interest, ex parte autem

BIU Cujas

rei esse pœnalem, exemplo cæterarum omnium prætoriarum quæ ex delicto nascuntur (si excipias actionem illam in factum de qua in *l. liberum 9. supr. de relig. & sumptib. funer.*) quia concepta est pœnæ nomine ad puniendum factum & dolum eius, qui alienauit iudicij mutandi causa, & vt duriorem aduersarium aduersario suo subiiceret, vt in *leg. huius actionis 9. §. 1. infr. quod fal. tutor. author. l. prætor ait 9. §. vlt. & l. seq. infr. de reb. author. iudic. possid.* Quod de condictione furtiua non similiter dici potest, vt neque de aliis actionibus ciuilibus, quamuis ex delicto descendentibus, quia continent ex vtraque parte persecutionem rei, nec tam ad puniendum factum & dolum delinquentis cõparatæ sunt, quàm ad præstandam actori plenissimam indemnitatem, vt suprà docuimus. Ideóque nihil causæ est, cur nõ in solidum aduersus heredem quoque dari debeat, & perpetuo, id est, etiam post annum *l. si mulier 21. §. hac actio infr. rer. amot.* De quo nec aduersarij nostri dubitant, quorum tamen obiectio, si vllius esset momenti, non minùs probaret condictionem furtiuam finiti anno exemplo actionis in factum *de alien. iudic. mut. caus. fact.* quàm illud probari putant, condictionem furtiuam non in solidum aduersus heredem dari debere, sed de eo tantùm quod peruenit. Ex eodem enim fonte vtrumque nascitur, vt actio illa de alienatione iudicij mutandi causa facta, nec in heredem in solidum nec post annum detur: & vtriusque propositionis vna eademque ratio redditur in *l. quia 7. ill. tit.* quia licèt rei persecutionem contineat, videtur tamen ex delicto dari: quæ tamen ratio manca certè, ac minùs bona est, nisi eam ita suppleamus, vt actio hæc, quia ex delicto datur, & prætoria est, pœnæ nomine concepta sit, & ad puniendum dolum alienantis, ideóq; ex parte rei sit pœnalis, quomodo coniunctim scriptum est in *d. l. prætor ait 9. §. vlt. & legib. seqq. de rebus author. iudic. possid.* Sed & alia inter actionem illam in factum, & condictionem furtiuam differentia, nec minoris momenti est, quod actio illa non sui natura meram rei persecutionem continet, vt condictio furtiua, sed tantùm arbitrio iudicis, vt disertè air Vlpianus in *d. l. 4. §. vlt.* vt intelligamus actionem illam esse arbitrariam, ex qua proinde non aliter sequi condemnatio potest, quanti actoris interest, quàm si conuentus reus iussus sit à iudice, vel soluere quod debet, vel iudicium ipse suscipere, nec arbitrio tamen parere voluerit *leg. 3. §. vltim. leg. nam etsi 10. eod. tit. iunct. §. præterea Instit. de action.* Hinc namque fit vt in heredem dari non possit hæc actio nisi de eo quod ad ipsum peruenit: quia cùm arbitrium iudicis tale semper esse debeat, quale viri boni, id est, summa semper æquitate subnixum, non potest æquum videri, vt heres dolosi plus reddat, aut præstet quàm ad eum peruenerit *argum. leg. mulier 22. §. sed enim infr. ad SC. Trebellian.* Quod secus est in condictione furtiua quæ non arbitraria, sed stricti iuris actio est, nec arbitrio iudicis, sed sui natura meram rei persecutionẽ continet, vt toties inculcauimus.

XII. Aduersariorum OBIECTIO est, eáque omnium vt creditur fortissima, & quæ virum doctissimum Iacobum Cuiacium sola præcipitem egisse mihi videtur, quòd heres mulieris actione rerum amotarum teneatur, sicuti heres furis tenetur condictionis nomine ex causa furtiua. hęc enim verba sunt *leg. contra 6. §. item heres 4. infr. rer. amot.* Atqui heres mulieris tenetur actione rerum amotarum non in solidum, sed de eo tantùm quod peruenit, vt scriptum est in *leg. vltim. Cod.* idque tam apertis & disertis verbis, vt nulla alia interpretatione lex illa donari probabiliter possit. Ergo & in condictione furtiua idem iuris est, maximè cùm dici cæteroquin vix possit, inquiunt, cur actionem rerum amotarum condictioni furtiuæ Paulus compararet in *dict. §. item heres.* Respondemus dictionem *sicut* qua Paulus vtitur in *dict. §. item heres:* & qua nituntur, qui loco illo contra nos abuntur, non semper denotare omnimodam, vt aiunt, similitudinem, sed plerumque vnam tantùm aut alteram: in proposito autem Paulum ita locutum esse ad differentiam actionis furti, in cuius locum præcipuè substituta est actio rerum amotarum, ne quis fortè ideò putaret, nõ debere illam dari contra heredem, sicuti nec datur actio furti, ne quidem de eo quod peruenit: tritum siquidem est actionem quamlibet in alterius locum subrogatam, eius naturam sapere in cuius locum subrogata est *leg. si quis eum 10. §. qui iniuriarum supr. leg. si quis caution. leg. 1. §. 1. de stipulat. prætor. leg. 1. rem pupill. salu. for. leg. 1. §. si quis sub condictione infr. vt legat. seu fideic. seruand. caus. caueat.* Sed contrà voluit Paulus monere actionem rerum amotarum, quia non tantùm in locum actionis furti substituta est, sed etiam in locum furtiuæ condictionis (est enim hæc turpis *leg. nec quicquam 56. infr. pro socio sicut illa famosa leg. ul. furti 6. & pass. de his qui not. infam.* in honorem verò trãsacti matrimonij, & propter eius pudorem, vt loquitur Iustin. in *leg. vltim. in fin. Cod. de furt.* non minùs turpis quàm famosa actio coniugi aduersus coniugem denegatur *leg. 2. infr. rer. amot. leg. 2. Cod. eod.*) similiorem esse hac parte condictioni furtiuæ quàm actioni furti, similiorem inquam hactenus, vt transeat contra heredem furis, contra quem transit etiam condictio furtiua, nullomodo autem furti actio, sed non tamen vt transeat eodem modo. Condictio enim furtiua transit in solidum, vt scriptum est in hac lege, & in *dict. leg. si pro fure 7. §. vltim. supr.* Actio autem rerum amotarum non nisi quatenus ad heredem peruenit *d. l. vlt. Cod. rer. amot.* quam licèt alio sensu donare voluerimus *libr. 4. Coniect. cap. 1.* iam tamen in Chiliade nostra monuimus erratum à nobis tum fuisse, quia Iacobo Cuiacio nimirum credebamus adfirmanti, nullam posse diuersitatis rationem adferri inter condictionem furtiuam & actionem rerum amotarum, quòd vtraque ex delicto sit & rei persecutionem contineat, & vna sicut alia contra heredem detur: nam neque diuersitatis rationem aut rationes, quas posteà plures obseruauimus, adhuc bene percepe ramus. Nunc verò idipsum ferè respõdemus quod ad proximam obiectionem superiorem respondimus, actionem rerum amotarum in plerisque differre à furtiua condictione, sed in tribus præcipuè. Primùm in eo, quòd non ciuilis actio est, vt condictio furtiua sed prætoria, vt disertè scriptum est in *leg. 2. Cod. rer. amot.* quamuis aduersarij nostri garriant, qui vt grauioribus se implicent erroribus ciuilem esse volunt, contra tam manifesta legis illius verba, præsertim si cum Cuiacio ibi malis legere, quomodo legendũ puto *promittitur* non vt vulgo *permittitur.* Secundò in eo quòd non stricti iuris actio est, vt condictio furtiua & cõdictiones cæteræ omnes, sed arbitraria, nec sui natura merã rei persecutionem continet, sed arbitrio tantùm iudicis, vt illa superior de qua in *l. 4. §. vlt. sup. de alien. iudic. mut. caus. fact.*

BIU Cujas

cauſſ. fact. Præcedere namque neceſſe eſt iuſſum & arbitrium de rebus amotis reſtituendis, vt ſi arbitrio non pareatur, & res amotæ non reddantur, ſequi poſſit condemnatio mulieris, quanti vir in litem iurauerit, vt diſertè ſcriptum eſt in *l. ſi cùm dos* 8. §. 1. *infr. rer. amot.* cùm tamen in condictione furtiua, vt & in aliis ſtrictis omnibus neque arbitrium vllum interueniat, neque in pœnam contempti arbitrij iuretur vnquam in litem. Tertiò in eo quòd condictio furtiua licet ſit ex delicto, non tamen concepta eſt pœnæ nomine ad puniendum furtum & factum furis, ſed ad obtinendam rem furtiuam quam ſolam perſequitur, actio autem rerũ amotarum, quia & prætoria eſt, & ex delicto, exemplo cæteratum actionum quæ ſimiliter & ex delicto ſunt & prætoriæ, (excepta actione illa in factum, de qua in *l. liberum 9 ſup. de relig. & ſumptib. funer.*) punit factum mulieris quæ res amouit, & introducta eſt, vt coerceatur mulier furti nomine, quod fecit, licet leniùs, quàm ſi furti actione conueniretur *l. pen. rer. amot.* ac proinde pœnalis quodammodo eſt, ex parte eius perſonæ quæ conuenitur. Vnde eſt forraſſe, quod conſtante matrimonio non datur, ex regula *d. l.* 2. C. *eodem tit.* & conſequenter non poteſt dari aduerſus heredes mulieris quæ res amouit, niſi in quantum ad eos peruenit. Nec ob id ſolùm quod actiones etiam quæ ex parte actoris meram rei perſecutionem continent ſui natura, ſi tamen ex parte rei ſint pœnales, numquam dantur in ſolidum contra heredem *d. l. huius* 9. §. 1. *infr. quod fal. tutor. auth. d. l. Prætor ait* 9 §. *vlt. & legib. ſeqq. de rebus author. iudic. poſſid.* ſed etiam, quia cùm ſit arbitraria, vt diximus, (nec enim bonæ fidei dici poteſt, cùm non ſit enumerata inter cæteras in §. *actionum. Inſtit. de action.* multò minùs verò ſtricti iuris, cùm in ea iuretur in litem *dict. l.* 8. §. 1. *rer. amot. iunct. l. aliàs* 6. *ſupr. de in lit. iur.*) nec niſi arbitrio iudicis meram rei perſecutionem contineat, vt illa de qua in *d. l.* 4. §. *vltim. de alienat. iudic. mut. cauſſ. fact.* non poſſet arbitrium iudicis, niſi periniquum tale eſſe, vt heres mulieris iuberetur reddere plus quàm ad eum peruenifſet *d. l. mulier* 22. §. *ſed enim ad* SC. *Trebell.* Qua etiam ratione dicendum eſſet actionem rerum amotarum non eſſe perpetuam, nec dari poſſe poſt annum, non magis quàm illam, de qua in *d. l.* 4. §. *vlt. & legib. ſeqq. de alien. iudic. mut. cauſſ. fact.* niſi eſſet illa ſubſtituta in locum condictionis furtiuæ, quæ perpetua eſt? *l. ſi mulier* 21. §. *hæc actio rer. amot.* propter quod habet hoc quoque ſingulare, vt & alia tam multa *l.* 1. *eod. tit.* Quis ergo iam miretur, quod neque Cuiacius, neque ex Cuiacianis illi qui contra nos ſentiunt, percipere vnquam potuerunt, alio iure cenſeri condictionem furtiuam, quæ & ciuilis eſt, & ſtricta, & ſui natura meram rei perſecutionem continens, etiam ex parte furis, nec vllomodo pœnæ nomine ad furtum puniendum concepta, vt ſcilicet contra heredem furis, quamuis innocentem nec vllatenus factum locupletiorem detur in ſolidum, non minùs quàm aduerſus furem ipſum? Quid verò ad hæc omnia reſpondent aduerſarij? Nimirum actionem rerum amotarum non eſſe prætoriam, ſed ciuilem, exemplo, inquiunt, actionum commodati & depoſiti, quæ licet edicto Prætoris perinde promittantur *l.* 1 *inf. comm od. l.* 1. *infr. depoſit.* non eò minùs tamen ſunt ciuiles cùm naſcantur ex contractu. Item non eſſe arbitrariam, ſed ſtrictam & condictionem quandam quaſi furtiuam ex *l. rerum amotarum* 26. *infr. rer. amot.* Poſtremò dari in heredem de eo tãtùm quod ad ipſum peruenit, non quia ſit arbitraria, aut pœnę nomine concepta, ſed quia ſit ex delicto. In quibus omnibus falluntur miſerè: actionem enim rerum amotarum prætoriam eſſe non ciuilem iam probauimus ex *d. l.* 2. *Cod. ill. tit.* Et verò ſi eſſet ciuilis aut ex lege aliqua deſcenderet, vt actio legis Aquiliæ, & actiones publicorum iudiciorum, aut ex prudentum interpretatione, quæ tamen non potuiſſet facilè inducere vnanimi prudentum omnium conſenſu tam multa ſingularia, quæ concurrunt in iudicio rerum amotarum, quod ideo ſingulare dicitur in *l.* 1. *ill. tit.* vbi additur etiam hoc iudicium fuiſſe introductum, quod non poteſt intelligi ab alio quàm à Prætore: quæ enim à prudentibus recepta ſunt, ea non dicuntur introducta, ſed recepta, & commentitia quaſi quæ neſciri poſſit quo primum tempore fuerint inducta *leg. ſi pœna* 20. *infr. de pœn.* Præſertim verò cùm in eadem *l.* 1. *ad finem.* ſcriptum ſit ex Sabino & Proculo furtum quidem facere coniugem coniugi, quod & ſcriptum eſt in *l. pen. eod. tit.* ſed furti actionem non eſſe conſtituto iure. Cùm enim ius conſtitutum dicatur ad differentiam iuris recepti & commentitij, vt & in *l. ſi peculium* 20. §. *ſi ſeruus. infr. de ſtatuliber.* vt docuimus ad *l. non omnium* 20 *ſupr. de legib.* fatendum eſt, quemadmodum prudentum authoritate factum fuit, vt coniugi in coniugem furti actio dari non debeat, ita neque ab iis introductum fuiſſe ſingulare illud iudicium rerum amotarum, ſed à prætoribus, ad quorum maximè curam & iuriſdictionem pertinebat, vt prouiderent ne quo caſu actio deficeret, quam dari æquum eſſet. Qua ratione nec mirum videri debet actiones commodati & depoſiti eſſe prætorias licèt ex contractu naſcantur. Neque enim exiſtimandum eſt, ciuilium actionum tam plenum fuiſſe numerum, vt de ſingulis negotiis ſingulæ actiones eſſent proditæ, quæ proprium nomen haberent. Ideóque actiones præſcriptis verbis tanquam ſubſidiariæ erant introductæ, itémque actiones in factum tam ciuiles, quàm prætoriæ *l.* 1. §. *vlt.* cum tribus legibus ſequentibus *l. quia actionum* 11. *l. ſi gratuitam* 17. *in princip. infr. de præſcr. verb.* Quibus tamen actionibus cùm ſint ſubſidiariæ, locus nullus relinquitur in iis caſibus, in quibus ſpecialiores actiones ex prætoris edicto comparatæ ſunt. Sic factum videmus, vt quamuis vindicatio ſit merè ciuilis actio, attamen ad exhibendum actionem quæ præparatoria eſt vindicationis, neceſſe fuerit induci à prætore *l.* 1. *ſupr. ad exhibend.* vt quoties de rebus mobilibus occultatis agendum eſſet, vindicationis vſus aliquis eſſe poſſet, itémque publicianam pro rebus alienis nondum vſucaptis *l.* 1. *& paſſ. ſupr. de public.* & §. *namque. Inſtit. de act.* Rurſum quod aduerſarij negant actionem rerum amotarum eſſe arbitrariam, faciunt apertè contra Pomponium in *l. ſi cùm dos* 8. §. 1. *rer. amot.* vbi ſcribit ex Sabino ſi mulier res quas ſubmouerit non reddat, æſtimari debere, quanti in litem vir iuraſſet, quia æquum non ſit inuitum dominum ſuo precio reſ ſuas vendere, vt ex Paulo ſubiicitur in *l. ſequent.* ideóque nec debere virum pro emptione promittere, quod ex contumacia mulieris id ita acciderit, vt idem Pomponius ratiocinatur in *l. ideoque* 10. *eod. tit.* vt intelligamus quoties vir in litem iurat contra mulierem, condemnari mulierem quanti in litem iurauerit, non quòd ipſa res amouerit, (nam actio rerum amotarum ſui natura nihil niſi rei amotæ perſecutionem arbitrio iudicis continet *l.* 4. §. *vltim. ſupr. de alien. iud. mut. cauſſ. fact.*)

BIU Cujas

ſed quia res amotas iuſſa reddere arbitrio iudicis noluerit illa per contumaciam parere, ita vt non tam amotionem & furtum mulieris quàm contumaciam puniri grauiùs æquum ſit, quæ arbitrariarum omnium actionum natura & condicio eſt §. *præterea. Inſtit. de act. l. qui reſtituere* 68. *ſupr. de rei vind. l. 1. & l. tutor* 8. *ſupr. de in lit. iur. l. vltim. infr. de fideiuſſor.* Porrò ſi actio rerum amotarum & prætoria & arbitraria eſt, vt eſt, negari iam non poteſt, quod nos in poſtrema Chiliadis noſtræ parte defendimus, non eſſe igitur condictionem: & ita negatione addita legendum eſſe in *dict. l. rerum* 26. *infr. rer. amot.* Certiſſimum enim eſt, quod nec aduerſarij poſſunt negare, condictiones omnes eſſe ciuiles, & ſtricti iuris, nullam penitus aut prætoriam aut arbitrariam. Et certè ſi qua poſſet eſſe arbitraria, ea maximè eſſet, de qua nunc tractamus, condictio furtiua, vel ob hoc ſaltem, vt æſtimatio rei furtiuæ poſſet ex contumacia in infinitum creſcere per iuſiurandum in litem, ſupra etiam quam ferret æſtimatio quanti plurimi, ex *l. 1. ſupr. de in lit. iurand.* Æquum enim eſt duriùs agi cum fure, quàm cum cæteris, qui alio cuiuſlibet condictionis genere tenentur. Neque verò tantopere inſultare aduerſarij, & cum illo ſuo, ô me, exclamare debuerunt aduerſus id quod in Chiliade ſcripſimus, actionem rerum amotarum nihil habere commune cum cauſa dominij, vel proprietatis, quia nec per eam tantùm intenditur dari quid, ſed tantùm reddi vel reſtitui oportere ex *d. l.* 8. §. 1. ideóque res nec viri proprias nec dotales, id eſt, verè & merè alienas, etiam actione rerum amotarum peti poſſe: cùm idipſum diſertè ſcriptum ſit in *l. ſi concubina* 17. §. *vltim. eod. tit.* teneri ſcilicet eo iudicio illam quoque mulierem, quæ res viro ſuo pignori datas amouerit, item in *l. ſi rem* 20. *eod. tit.* vbi Marcellus ſcribit, ſi rem alienam quam maritus bona fide emerat, vxor amouerit, vel opem furi tulerit, idque diuortij cauſa fecerit, rerum amotarum iudicio damnari eam debere, & meritò: nam etiamſi alienum quid maritus tenebat, quod in bonis eius non eſſet, titulo fortaſſis locati, vel depoſiti, vel commodati, aut in quo aliquod aliud ius ipſe haberet, ex bonis tamen eius erat, ipſiúſque intererat non amoueri, quod ſufficit vt actionem rerum amotarum habere poſſit, quomodo & de actione vi bonorum raptorum ſcriptum eſt in *l. 2. §. in hac actione. infr. vi bonor. raptor.* ex quo loco apparet quod ſcriptum eſt in *l. 1. in fin. C. rerum amot. doce tui iuris res ablatas eſſe*, non ad ius dominij reſtringendum eſſe, vt putant aduerſarij, ſed de iure quolibet quod maritus in rebus amotis habeat, intelligi debere: mei enim iuris eſſe dicitur, quicquid tale eſt, vt in eo ius aliquod habeam, licet dominium meum non ſit *d. §. in hac actione.* Et quod iidem addunt in actione rerum amotarum iurari in litem *dict. l. ſi cùm dos.* §. 1. alium autem quàm dominum vulgò ad iuſiurandum non admitti *l. non enim* 9. *eodem tit. & l. tutor* 8. *ſupr. de in lit. iur.* adhuc imperitius eſt. Non enim negamus poſſe maritum agere rerum amotarum de rebus propriis vel dotalibus, ſed dicimus poſſe etiam agere de alienis: neque tamen dicimus poſſe in litem iurare, ſi pro alienis agat, ſed tantùm ſi pro ſuis propriis vel dotalibus, ſicuti ſolet dici, in actione quidem furti iurari in litem *l. cùm furti* 9. *de in lit. iurand.* ſed non aliter tamẽ quã ſi iure dominij ea furti actio deferatur, vt ibi diximus ex *l. ſi vendidero* 80. §. 1. *infr. de furt.* Latiùs enim patet, quod ad res amotas pertinet, actio rerum amotarum, quàm earum vindicatio aut condictio. Nam ob res amotas vel proprias viri, vel etiam dotales vindicatio competit ſi extent *l. ob res proprias* 24. *infr. rerum amot. l. vltim. C. eod.* itémque condictio certi, ſi in rerum natura eſſe deſierint *dict. l. ſi concubina* 17. §. *non ſolum. eod. tit.* & in poteſtate viri eſt, qua actione velit vti *dict. leg. ob res proprias*, id eſt, an actione rerum amotarum, ſiue res extent, ſiue non extent, an potius vindicatione ſi extent, aut condictione certi ſi non extent, quomodo intelligenda eſt *d. l. ob res amotas.* non autem vt ſit in poteſtate viri an vindicatione vti malit, an condictione. Nam quemadmodum vindicatione vti non poteſt pro rebus non extantibus, ita neq; condictione pro extantibus, ſed rerum tamen amotarum agere poteſt pro vtriſque, adeóque quod magis eſt, etiamſi ad mulierem ipſam non peruenerint *l. ſed & ſi diuortij* 19. *in fin. eod. tit.* Ob res verò amotas quæ nec proprię viri nec dotales fuerunt, ſola competit actio rerum amotarum *d. l. ſi concubina.* §. *vlt. & d. l. ſi rem* 20. *infr. eod. ill. tit.* non etiam vindicatio neque condictio niſi domino, cùm alienæ res fuerũt, quæ amotæ ſunt *l. ſed & domino* 18. *eod. t.* præterquam ſi de condicenda ſola earum poſſeſſione tractetur: nam iure gentium condici poſſunt res, id eſt, rerum poſſeſſio ab his omnibus, qui eas non ex iuſta cauſa poſſident *l. contra* 6. §. *ſed ſi morte, & l. rerum quidem* 25. *eod. tit. rer. amot.* vbi Martianus cùm ſcribit maritum ipſas res poſſe condicere, ea locutione poſſeſſionem ſignificare voluit non proprietatem: latet enim rerum proprietas, & ipſam rem cùm dicimus, id magis ſignificamus, quod ex re apparet, & in promptu eſt, ac proinde poſſeſſionem quæ corporalis eſt, & corporeis ſenſibus acquiritur, nam & condici poteſt ſola poſſeſſio *l. indebiti* 15. §. *ſed ſi nummi ſupr. de condict. indeb.* Cúmque lex dicat iure gentium condici poſſe, quod alius non ex iuſta cauſa poſſidet *d. l. rerum quidem*, aut quod apud alium ex iniuſta cauſa eſſet, vt in *d.* §. *item ſi heres, & l. perpetuo 6. ſupr. de condict. ob turp. vel iniuſt. cauſ.* omnino conſequens eſt, vt ſola poſſeſſio hoc caſu condici poſſit, quæ ſola eſt penes mulierem amouentem, non etiam dominium, quod neque apud eam eſt, neque apud maritum vnquam fuit. Ex quo magis intelligimus rerum amotarum actionem nullo penitus caſu poſſe dici condictionem, ſiue de proprietatis, ſiue de poſſeſſionis condictione intelligamus. Idq; probatur apertiſſimè ex *dict. l. rerum quidem* 25. vbi Martianus poſtquàm ſcripſit rerum amotarum iudicium ſic habere locum, ſi diuortij conſilio res amotæ fuerint, & ſecutum fuerit diuortium (dummodò diuortij cauſa eas quoque res amotas intelligamus, quas mulier non ſolùm poſt ſuſceptum diuortij conſilium, ſed etiam ante amouerit, ſi cùm poſtea diſcederet eas celauerit *d. l. ſi concubina.* §. *diuortij cauſa res amotas*, ſic enim legendum eſt *eod. tit.*) ſubiungit, ſed ſi in matrimonio res marito vxor ſubtraxerit, ceſſare rerum amotarum actionem, ſed poſſe maritum ipſas res condicere. Quid enim potuit ſcribi apertius, vt intelligeremus, rerum ergo amotarum iudicium condictionem non eſſe? Alioquin perinde eſſet ac ſi diceret ceſſare hoc caſu actionem rerum amotarum & non ceſſare, quod eſſet ridiculum, & contradictorium. Cui conſequenter ſubiiciendum fuit in *l. ſeq.* veluti rationis loco rerum amotarum actionem condictionem non eſſe. Nec ſanè putamus quicquã verius dici poſſe, quàm quod primi obſeruauimus addendam eſſe in ea lege negationem. Alioqui aut iuris ſententia, aut iuris ra-

ris ratio constare nullomodo poterit. Sed hæc de rerum amotarum actione sufficiant aduersus reprehensorum maledicta. Cætera enim quæ ad hunc tractatū & ad arbitrarias actiones generaliter pertinent, latiùs prosecuti sumus in Chiliade, ex qua petipossunt, quæ ad aduersariorum obiectiones, præsertim circa actiones arbitrarias respōderi possunt.

XIII. Obiectio est. Ex delicto oriri actionem rerum amotarum *l. si mulier* 21. §. *pen. eod. tit rer. amot.* Quod nihil aliud est, inquiunt, quàm vt furtiua aliqua condictio sit ex *l rerum* 26. *eod. tit.* quia licet lenius sit verbum *amouendi leg. pen. eod.* ac propter honorem matrimonij placitum magis quàm *furandi l.* 1. & 2 *eod. vlt. in fine C. de furt.* ex vno tamen delicto & furto vtraque actio oritur *dict. leg. si mulier* 5. *vlt.* hac tantùm differentia, quòd in actione rerum amotarum tegitur furtum, in condictione autem furtiua magis exprimitur. Ergo, inquiunt, si actio rerum amotarum non datur vltra id quod peruenerit ad heredes *l. vlt. C. eod.* quantò magis cōdictionem furtiuam non vltra dari æquum erit? vtpote quæ oriatur ex maiori adhuc furto quatenus matrimonij fauor in eo cessat: hæc enim ipsissima aduersariorum verba sunt. Ad quæ licet iam satis supérque responderimus in superioris obiectionis cōfutatione, addendum tamen est grauiore eos labi errore, cùm nunc aiunt actionem rerum amotarum non modò condictionem esse, quod iam dixerant, sed etiam esse furtiuam aliquam condictionem, aut, vt alibi loquuntur, speciem aliquam condictionis furtiuæ, quod longè stultius est. Quid enim erat necesse induci à prætore singulare iudicium rerum amotarum, si actio rerum amotarum esset condictio, & quidem quasi furtiua? An non sufficere condictio ipsa furtiua potuisset? Verùm quàm absurdè hoc dicatur, vel ex eo maximè apparet, quòd condictio furtiua soli domino competit *leg. 1. supr. hoc tit.* actio autem rerum amotarum competit etiam non domino, vt proximè probauimus ex *leg. si concubina* 17. §. *vlt. & l. si rem* 20. *eod. tit. rer. amot.* & ideo in condictione furtiua intendit actor sibi dari oportere §. *sic itaque Instit. de act.* in actione autem rerum amotarum res amotas reddi & restitui *leg. si cùm dos* 8. §. 1. *eod.* Sed nec alia condictionis species competere potest coniugi, cuius res amotæ sunt: non enim cōpetunt cæteræ condictiones nisi ei qui dominus nō sit *leg. vlt. supr. vsufr. quem. cau.* maritus autem cuius res amotæ sunt, non desinit esse dominus, vt nec alius quisquam per furtum. Consequens ergo est, vt actio rerum amotarum neque furtum neque alia condictio dici possit, ac proinde vt addenda sit omnino negatio quam nos addimus in *dict. leg. rerum* 16. *eod.* Fatemur tamen & condictionem furtiuam & actionem rerum amotarū nasci ex vno eodémque furto: indéque fieri vt mulier quæ res marito datas pignori amouit duplici actione, sed diuersis personis teneatur actione quidem rerum amotarū marito, cui reddi eas oportet, condictione autem furtiua domino qui eas pignori dederat, itémque furti actionem, quamuis non vtrique, sed alterutri tantùm agere permittendum sit *d. l. si concubina* 17. §. *vlt. cum leg. seq. & leg. si vxor* 28. *eodem tit. rer. amot.* Nec bona consecutio est, vt quoniam vtraque actio ex vno eodémque delicto oritur, vna proinde eadémque actio sit, eiusdémque naturæ & condicionis. Etsi namque in eo conueniunt, in aliis tamen plerisque differunt, quæ nos ad superiorem obiectionem attulimus, & quæ faciunt, vt quamuis actio rerum amotarum danda non sit ad heredes vltra id quod ad eos peruenerit, quia nec rei persecutionem continet nisi arbitrio iudicis, & pœnæ nomine concepta est ad coercendam mulierem in locum actionis furti, non minus quàm condictionis furtiuæ *d. l. pen. rer. amot.* in condictione tamen furtiua aliud dici oporteat, quæ & ciuilis est & stricta & sui natura merè rei persecutoria, etiam ex parte illius qui conuenitur.

XIV. Aduersariorum Obiectio est, prætorem denegasse vi bonorum raptorū actionē in id quod ad heredem peruenit, vt scriptum est in *l. 2. §. vltim. infr. vi bonor. rapt.* Ergo condictione furtiua id duntaxat quod ad heredem peruenit, condicendum esse non solidum. Alioqui, inquiunt, quo colore dixisset Vlpianus sufficere condictionem? Nos verò dicimus cum bona eorum venia, stultam esse consecutionem. Nam sicut in eo quod plus est, continetur quod est minus *l. in eo* 110. *de reg. iur.* ita & in eo quod amplius est quàm quod sufficit, continetur proculdubio id quod sufficit. Ergo cùm in solido contineatur id quod peruenit, quis non videt ei, qui actione vi bonorum raptorum vellet experiri aduersus heredes raptoris de eo tantùm quod ad ipsos peruenisset, sufficere debere condictionem furtiuam quam contra eos in solidum exercere potest? Eo igitur sensu dicit Vlpianus sufficere condictionem ei cui bona vi rapta sunt, quoniam is qui solidum consequitur, multò magis consequitur id quod peruenit. Nec idcirco verendum est, vt actione destituatur is qui humanitate ductus id tantùm recipere vellet quod ad heredes raptoris peruenisset. Qui enim potest si velit solidum exigere ab herede, an non potest si malit contentus esse eo quod ad heredem peruenit? Et verò nisi ita ius esset, malè prætor putasset sufficere condictionem. Esset enim multo incommodior condictio furtiua cæteris paribus, quàm actio vi bonorum raptorum propter difficultatem probandi dominij §. *commodum Instit. de interd.* quæ probatio in furtiua condictione necessaria est *leg. 1. supr.* in actione autem vi bonorum raptorum necessaria non est: sufficit enim probare actorem sua interesse *dict. leg. 2. §. in hac actione de vi bonorum raptorum*, hæc autem probatio non est difficilis, licèt probare quanti interfit difficile sit *leg. vltim. infr. de stipul. prætor.* Errant etiam aduersarij in eo quod sic loquuntur, vt dicant prætorem non ampliasse actionem vi bonorum raptorum in hunc casum quo heres raptoris conueniendus sit. Nec enim ita Vlpianus loquitur, nec loqui potuit, quia prætor hac parte naturam actionis vi bonorum raptorum restrinxit verius quàm non ampliauit, cùm cæteræ actiones pœnales & mixtæ & puræ dentur in heredem de eo quod ad eum peruenit, hac vna excepta ex prætoriis, & actione furti ex ciuilibus, vt sæpius suprà diximus: vtraque propter condictionem hanc furtiuam, quæ hunc vtriusque illius actionis defectum commodissimè supplet, ac cumulatissimè.

XV. Obiectio est, Morte furis interire posse condictionem furtiuam ex *l. si tutor* 9. §. *vlt. & l. sequ. inf. de tutel. & ration. distr.* Quæ tamen non posset interire furis herede existente soluēdo, si ita ius esset, vt daretur in solidum contra heredem, siue tota res subrepta, siue pars, siue nihil ex defuncti furto ad eum peruenerit. Ego verò facere non possum quin mirer ingenia istorum qui vt sibi blandiuntur, non erubescunt verba legum corrumpere, cùm tamen

BIU Cujas

adeò scrupulosi sint, vt nunquam velint emendari; lex enim decima non ita loquitur, vt dicat condictionem furtiuam, quæ contra tutorem furem competit, morte tutoris interire posse: sed ait Paulus præcisè *quamuis enim morte tutoris intereant*, cùm Vlpianus in §. *vlt. legis præcedentis* de actionibus furti, & damni iniuriæ contra eundem tutorem competentibus locutus esset. Proinde si verbum illud pluralis numeri *intereant*, non minùs ad condictionem furtiuam, quàm ad furti & damni iniuriæ actiones referre quis cum aduersariis velit, fatendum est absolutè Pauli eam esse sententiam, vt condictio furtiua morte furis intereat, non minùs quàm actiones furti & damni iniuriæ, quas constat morte furis non solùm interire posse, vt isti loquuntur, sed etiam vsque adeo interire, vt nec post furem possint viuere. Idque in actione quidem furti expeditissimum est quæ morte furis ita extinguitur, vt in eius heredem nullomodo detur, ne quidem de eo quod peruenit, de quo nec ipsi dubitant. In actione verò damni iniuriæ, id est, legis Aquiliæ, etsi aliud quiddam esse videtur, quia datur in heredē de eo quod ad ipsum peruenit *l. inde Neratius* 23. §. *hanc actionem supr. ad leg. Aquil.* idem tamen iuris est quod in actione furti, vt ea quoque morte furis intereat *d. l.* 10. quia non eo minùs interire dicitur actio morte furis aut alterius, qui damnum dedit, quòd salua sit contra heredem de eo quod ad ipsum peruenit. Id enim fit non tam vi & potestate actionis quasi adhuc viuentis, quàm quòd turpia lucra heredibus extorqueri oporteat *l. in heredem* 5 *supr. de calumniat. l.* 4. *l. cùm falsi* 12. *infr. ad leg. Cornel. de falsi. l. sicuti* 38. *de regul. iur. l. vnic. Cod. ex delict. defunct. l. in honorariis* 35. *de oblig. & act.* vbi pro eo quod aduersarij solent dicere actiones pœnales & ex delicto descendentes non transire in heredem nisi de eo quod peruēnit, Paulus ait actiones honorarias, quæ post annum non dantur nec in heredem dari absolutè, sed addit statim *vt tamen lucrum ei extorqueatur*. Vnde fit vt quoties prudentes nostri sic loquuntur, dicant actionem aliquam, quæcunque tandem illa sit, dandam esse in heredem, sic intelligi debeant, vt danda sit in solidum, non autem de eo solo quod peruenit: & contrà vbi negant transire actionem contra heredem, sic exaudiri debeant, vt non transeat actio in solidum, quamuis transeat de eo quod peruenit, vt omnium manifestissimè probatur ex *dict. leg.* 10. *de tutel. & rat. dist. iunct. dict. leg.* 23. §. *hanc actionem supr. ad leg. Aquil.* Quò etiam pertinet quod nos monuimus in præcedentibus, tam multas leges quæ dicunt, actiones rei persecutorias, quamuis ex delicto descendentes dari contra heredem *dict. leg. si profure* 7. §. *vlt. supr. & hac lege* §. *his autem verbis* 9. *Instit. de leg. Aquil. l. liberum* 9. *in fin. l. si filiusfamilias* 18. §. 1. *supr. de relig. & sumptib. funer. l. fraudati* 8. *l. cotem* 11. §. *illicitarum l. commissa* 14. *infr. de public. & vectig.* non alio sensu donari posse, quàm vt eiusmodi actiones dentur, & transeant in solidum aduersus heredem, cùm de eo quod peruēnit transeant actiones etiam illæ, quæ dicuntur non transire, & morte delinquentis interire. Atqui constat furtiuam condictionem dari in heredem, ideóque nimirum non ausi sunt aduersarij scribere, quod minùs euidenter falsum esset, condictionem furtiuam morte furis interire, quomodo de actionibus furti & damni iniuriæ scriptum est à Paulo in *d. leg.* 10. sed tantùm posse interire, quod ex prudentibus nemo vnquam dixit, ne quidem de actione furti, vel damni iniuriæ. Etsi enim aliquo casu fieri potest vt non intereant, puta si lis cum defuncto contestata sit, *l. constitutionibus* 33. *l. sciendum est* 58. *de oblig. & action.* id tamen fit per accidens propter litis contestationem, nec eo minùs dicuntur actiones illæ sui natura morte furis interire. Scio Mæcianum in *l. pœnales* 32. *ad leg. Falcid.* ita scribere, vt dicat actiones pœnales posse morte reorum intercidere: sed ita id accipi debet, vt quandiu rei viuunt, possint actiones illæ intercidere eorum morte, quia possunt ipsi mori: sed iis morientibus intercidunt omnimodo, nec dicendum est, eo instanti inspecto posse illas intercidere, quomodo aduersarij intelligunt. Sed & obseruandum est de actionibus tantùm pœnalibus loqui Mæcianum. Ergo non item de condictione furtiua, quæ nullomodo pœnalis est. Et tamen faciunt tandem isti eandem penitus rationem actionis furti & condictionis furtiuæ, quasi non magis hæc quàm illa transire possit in heredem, nisi lite contestata: quod ridiculum est, nec vsquam proditum. Denique cùm actiones furti & damni iniuriæ sui natura morte furis intereant, condictio furtiua è contrario prorsus nullo casu interit, nec potest interire siue furis heres soluendo sit, siue non sit: inopia namque debitoris quisquis ille sit, nunquam extinguit actionem ipso iure, sed tantùm inanem & inefficacem eam constituit *leg. nam is* 6 *supr. de dolo.* idque interim tantùm & tanti sper, cùm fieri possit, vt qui hodie soluendo non est, posteà fiat soluendo, vt conueniri & exigi efficaciter possit §. *vlt. Instit. de action. l. si dubitet* 10. §. *filiusfamilias infr. de fideiuss.* qui tamen conueniri nunquam posset, si actio semel interiisset, quia semel extincta nunquam reuiuiscit *l. qui res* 98. § *aream de solut. iunct. l. continuus* 137. §. *illud de verb. oblig.* Absurdum igitur est verba illa Paulina *d. l.* 10. *quamuis morte tutoris intereant*, ad cōdictionem furtiuam perinde atque ad actiones furti & damni iniuriæ referre, eo prætextu, quòd de tribus illis actionibus coniunctim locutus esset Vlpianus in §. *vlt. legis præcedentis*. Debent enim recipere interpretationem secundùm terminos habiles, & factæ relationi ad rationem iuris, præsertim cùm ex diuersorum prudentum libris duo illi textus depromptī sint, qui proinde non eandem possunt habere sententiam, quam haberent, si vnius tantùm Iureconsulti lex esset ex eodem loco sumpta, vnáque periodo concluſa: quamquam ne tum quidem aliunde quàm ex vera meráque iuris ratione petenda esset interpretatio. Iuris autem ratio facit, vt quemadmodum condictio furtiua ab actionibus furti, & damni iniuriæ separari non debet in eo quod Vlp. scribit in *d. l.* 9. §. *vlt.* cæteras actiones, præterquam tutelæ, aduersus tutorem competere, etsi adhuc tutelā administrat, veluti furti, damni iniuriæ condictionem, ita omnino separandā sit, in eo quod subiicitur ex Paulo in *l. seq.* eas actiones morte furis interire, vt scilicet de actionibus furti & damni iniuriæ duntaxat id intelligatur, non etiam de condictione furtiua. Et diuersitatis ratio pereuidens illa est, quòd actiones furti & damni iniuriæ sint pœnales, condictio autem merè rei persecutoria. Quidni ergo pro separatis haberi debeant ea, quæ adeò separatam habent iuris actionem? Ignosco tamen aduersariis qui in hac obiectione tuenda, quam à viro doctissimo Iacobo Cuiacio sumpserunt, tantopere laborant. Sed non ignosco pertinaciæ, cùm supradictas responsiones illas ferè omnes, quas proximè attulimus, ex coniecturis nostris, & ex Chiliade addiscere potuerint, sibíque tandem in eo satisfacere debuerint,

rint. Fecissent verò ni fallor, si non studio contradicendi nimio premerentur.

XVI. Aduersariorum OBIECTIO est, Condictionem rei furtiuæ, quia habet rei persecutionem, heredem quoque furis obligare, nec tantum si viuat furtiuus seruus post mortem furis, sed etiam si decesserit. Quod illi sic intelligunt, si decesserit æquè post mortem furis, vt verba illa *post mortem furis*, quæ Vlpian. expressim adiicit ad vtrumque casum mortis & vitæ referantur, nempe vt appareat seruo, qui subreptus fuerat defuncto, non aliter obligari heredem condictione furtiua quàm si seruus ille ad eum peruenerit. Possent verò ad hanc obiectionem sufficere, quæ nos in illius §. explicatione scripsimus, nisi diluenda esset calumnia, quam iidem aduersarij nobis obiiciunt, dum aiunt, supplere nos receptum textum & deprauare, mutaréque eius sententiam, additis ad verbum *decesserit* duobus illis verbis *viuo fure*, in quo manifestè nobis imponunt. Interpretatio enim hæc nostra est, non suppletio: si quidem duos casus Vlpianus exprimit, nō modò contrarios inuicem, sed etiam contradictorios, cùm ait, *nec tantùm si viuat seruus furtiuus, sed etiamsi decesserit* Fatemur verba illa, *nec tantùm si viuat seruus furtiuus*, sic intelligi debere, si viuat eo tempore quo heres furis condictione furtiua conuenitur, ac proinde post mortem furis: nec enim viuo fure quisquam eius heres aut esse, aut conueniri potest, cùm viuentis non sit hereditas *l. 1. infr. de heredit. vel act. vend. l. 1. infr. pro herede.* sed negamus sequentia illa, *sed etiam si decesserit*, ad eundem casum referri debere, quo decesserit seruus furtiuus æquè post mortem furis, alioqui non erit nouus casus & contradictorius, sed idem ille qui fuerat antea expressus, nō enim potest seruus furtiuus post mortem furis decedere, quin post mortem eius etiam vix erit, quia mors vitam præsupponit, quandoquidem nemo mortuus moritur, sed viuus *leg. qui duos* 18. §. 1. *de manum. testam. l. vltim. infr. de cond. instit.* Itaque aduersariorum interpretatio perinde facit ridiculum Vlpianum, ac si scripsisset quomodo ipsi intelligunt, *nec tantùm si viuat seruus furtiuus post mortem furis, sed etiamsi viuat post mortem furis.* Nos autem è contrario sic eum sensisse volumus quasi scripserit, *nec tantùm si viuat seruus furtiuus post mortem furis, sed etiamsi non viuat.* Quid enim aliud est *decessisse*, quàm *non viuere*? In quo obseruandum est non ita scribere Vlpianū, *sed etiamsi decedat* quomodo scribendum erat, vt referretur mors serui ad id tempus quo heres furis conueniretur, sed *etiamsi decesserit*, vt id quoque tempus complecteretur, quo seruus furtiuus viuo adhuc fure decessisset. Itaque sicuti casus ille *si seruus furtiuus viuat post mortem furis*, excludit expresè casum illum quo seruus viuo fure decesserit, ita sequentem casum, quem Vlpianus exprimit iis verbis *sed etiamsi decesserit*, siue contrarium esse velis, siue cōtradictorium, necesse est intelligi de furtiuo seruo qui non post mortem furis, sed viuo eo decesserit, vt concludamus non esse necessarium ad dandam furtiuam condictionem aduersus heredem, vt ad eum quicquā peruenerit. Ex quo apparet quàm inepta sit aduersariorum replicatio, cùm dicunt secundum nostram interpretationem fieri, vt verba illa *post mortem tamen furis*, quæ subinde Vlpianus subiicit, sint superuacua, cùm sint è contrario ampliatiua, potius ad illum quoque casum comprehendendum, qui nondum in præcedentibus fuerat comprehensus, quo seruus furtiuus siue apud heredem siue apud alium post mortem tamen furis decessisset. Nam ex duobus præcedentibus primus ille erat, quo seruus furtiuus viueret tempore institutæ contra heredem condictionis furtiuæ: secundus autem ille, quo decessisset viuo iam adhuc fure. Supererant ergo duo alij casus adiiciendi, vnus ille quo apud heredem ipsum, alius quo apud alium quemlibet seruus furtiuus post mortem furis decessisse proponeretur. Et ita Bartolus quoque locum illum benè interpretatus est, non duobus tantùm casibus obseruatis, vt ab aduersariis factum est, sed quatuor quibus tota facti huius contingentia concluditur, vt nullus prætermissus dici posset. Suaues verò sunt aduersarij, qui cùm fateri tandem cogantur vel inuiti satis concinnam fore nostram interpretationem, si condictio furtiua ex delicto non nasceretur, hoc tamen admisso quodiam negare nō audent, vt sit ex delicto, impediri se dicunt ea dictione *tamen* he possint illam pro vera agnoscere: quasi alius sit contextus verborum, & alio sensu donādus, si condictio furtiua ex delicto proficiscatur, alius verò & contextus & sensus si non ex delicto. Sed suauiores, meo palato, cùm dicunt & cōcludunt in dubio suam opinionem præualere debere tanquam rei gerendæ aptiorem, abutentes in hanc rem regula *leg. quoties 67. de regulis iur.* & quasi magis congruam iuri communi, quod illi tale esse sibi fingunt, vt actiones quæ ex delicto descendūt, ac rei persecutionē continent in heredes non transeant vltrà quàm peruenit, nulla tamen ne vna quidem lege allata, quæ commentitiam & fictitiam regulam hanc probare possit, cùm illa sua adiectione *ac rei persecutionem habent.* Non illa certè quam vnicam adferunt tanquam apertiorem *leg. vnic. Cod. ex delict. defunct.* vbi de rei persecutione verbum nullum, vt nec alio iuris loco qui neget actiones ex delicto descendentes transire contra heredem vltra id quod ad ipsum peruenerit. Ideóque nec mirum est, tantopere illos laborare, vt probent particulam *sed* quæ sui natura aduersatiua est, tam esse aptam ad coniungenda sequentia cum prioribus, quam ad ea disiungenda ac si pro *sed* scriptum esset *nam*. Sed ista iam omittamus, quæ minus clara sunt, & ad obiectionem decimam septimam veniamus, quæ sicuti ex Cuiacio deprompta, ita subtilior videtur & difficiliorem habere responsionem.

XVII. Igitur OBIECTIO est, Viuo filiofamilias in patrem quatenus ex filijfamilias furto locupletior factus est, condictionem furtiuam non negari in *leg. 3. §. pen. infr. de pecul.* ex persona tamen sua non teneri patrem nisi de eo quod ad ipsum peruenit ex *leg. si seruus 4. supr. hoc tit.* aliàs verò ex persona filiifamilias in peculium ex *leg. Iulianus pen. infr. eod.* id est, quatenus peculium filij inde locupletius ad patrem peruenerit *d. leg 3. § pen. de pecul.* Ergo quemadmodum pater nec ex sua, nec ex filij sui persona tenetur in solidum peculium, sed tantùm in id quo locupletius peculium factum est, cùm tamen pater filij sui heres quodāmodo sit in peculio *l. 3. §. Pomponius adiicit supr. de minor. l. si statulibera 6. §. si filiu familias infr. de statulib.* ita neque heredem furis in solidum teneri debere, ne pro viribus quidem hereditatis: quasi nulla diuersitatis ratio satis commoda inter patrem & heredem excogitari possit, quia, inquiunt, licèt successor commodorum & incommodorum vniuersalis non sit pater (alioqui foret idem qui heres, nec quasi heres diceretur) successor tamen etiam vitiorum est, sed in quātum locupletius

BIU Cujas

ad eum peruenit peculium, successor verò quem quasi heredem appellamus. Addunt, condictione furtiua teneri solum eum qui furtum fecit, aut heredem eius *l. ex furtiua 5. supr.* heredis autem verbo in condictione furtiua omnem successorem venit *l. si pro fure 7. in fin. supr.* quasi heredem verò in suo genere heredem esse, aut saltem successorem aliquem, eodem planè effectu, inquiunt, quo dicimus vsumfructum, & quasi vsumfructum, Seruianam & quasi Seruianam, dotem & quasi dotem, tributoriam & quasi tributoriam, publicianam & quasi publicianam *leg. 2. supr. de vsufr. ear. rer. §. item si quis Instit. de action. l. 3. de fund. dotal. l. pen. infr. de exercit. act. l. nec quasi 70. supr. de rei vindic.* Vt intelligamus, inquiunt, substantiâ quidem verum vsumfructum distingui à quasi vsufructu, Seruianam à quasi Seruiana, dotem à quasi dote, tributoriam à quasi tributoria, publicianam à quasi publiciana, sed re tamen & effectu conuenire. Quod si ita est, vt hinc responsionem ordiamur: concludere igitur aduersarij debuerunt, patrem condictione furtiua teneri debere in solidum, sicut & is qui verus heres esset, teneretur: quod tamen iidem negant, cùm fatentur patrē non teneri condictione furtiua ex persona propria, sed tantùm ex persona filij, quia nec ipse fur est, nec heres fuis ex *d. l. 5. supr.* Admittunt enim mortuo filiofamilias extingui peculium, & patrem non iure hereditario, sed iure peculij bona filij occupare, ac quidem non tam quasi de nouo acquisita, quàm quasi nunquam adempta *leg. 1. §. si is qui bona 22. infr. de collat. l proponebatur 9. de castrens. pecul.* vsque adeò vt audeant dicere futurum, vt pater teneri non posset, ne quidem de eo quod ad ipsum ex furto filijfamilias peruenisset, nisi eatenus velut vna persona cum filio furtum, quod filius fecit, vnà quodammodo feciſſe intelligeretur ex *§. si quis alij versicul. ei verò Instit. de inutil. stipulat.* ne ex furto filij locupletetur impunè *d. l. 3. §. penult. infr. de pecul.* In quo rursus video labi eos valde imperitè. Sic enim faciunt filij furis patrem quoque furem, quod ante eos nemo vnquam dixerat. Et verò ita dici non posse, apparet satis ex eo quod Paulus in *d. l. ex furtiua*, scribit, soli filiofamilias qui furtum fecit condici posse, non etiā patri, quod ea condictione nunquam alius teneatur, quàm fur ipse, aut heres eius. Nec ad rem pertinet, quod isti pro ratione adferunt, patris & filij personam vnam eandémque esse videri: fictio enim illa iuris ciuilis est, quæ sicuti ex patriæ potestatis iure proficiscitur *leg. ne cum filiofamilias 16. infrà de furt. leg. Imperator 50. ad SC. Trebellian.* quæ tota iuris ciuilis est *tit. Inst. de patr. potest.* ita & ad ea tantùm pertinet, quæ iuris sunt, non etiam ad illa quæ sunt facti *l. quod dicitur 130. infr. de verbor. obligat.* quæ enim facti sunt, non transeunt à filio ad patrem, neque à seruo ad dominum *l. qui heredi 44. de condict. & demonstr.* Delicta autem omnia facti sunt non iuris, cū iniuriam semper adnexam habeant, quia non iure fiunt *l. 1. de iniur.* vnde & passim admissa dicuntur à Papiniano in *l. Stichum aut Pamphilum 95. de solut.* & alibi sæpe. Ergo falsum est, quod isti volunt, & pro certo supponunt, patrem furis condictione furtiua teneri in quantum ex furto filij peculium locupletius factum est. Neque verò ita loquitur Vlpianus in *dict. l. 3. §. penult. de pecul.* sed ait, è contrario potius, ex furtiua causa, filiofamilias condici posse, in patrem verò vel in dominum dandam esse actionem de peculio, in quantum locupletior ille ex furto factus esset, quia iniquissimum sit ex furto filijfamilias vel serui patrem vel dominum locupletari impunè. Idémque esse subiicit circa rerum amotarum actionem, vt filiæfamilias nomine in id quod ad patrem peruenit, competat de peculio actio. Eiusq; sententiæ rationem Paulus ex Mela & Fulcinio reddit in *l. 3. §. si filiafamilias infr. rer. amot.* quia displicuit eam furti obligari, id est, quia causa actionis rerum amotarum non est pœnalis, quomodo esset si mulier ob res amotas furti obligaretur; regula enim iuris est ex pœnalibus causis non solere in patrem de peculio actionem dari *l. ex pœnalibus 58. de reg. iur.* Nemo autem dubitat, quin causa furti sit pœnalis, ex qua ratione intelligimus, si filiusfamilias furtum alij quàm patri fecerit, quoniam & furtum facit, & furti obligatur, non debere actionem ex ea causa de peculio in patrem dari. Neque verò aliter scriptum est in *d. l. 3. §. pen. infr. de pecul.* vbi quamuis proponatur quæstio an in patrem vel dominum actio de peculio danda sit ex furto filiifamilias vel serui, de patre tamen nihil respondetur, sed tantùm de domino dandam scilicet actionem de peculio in ipsum quatenus locupletior factus est, quia iniquissimum est ex furto serui locupletari: quæ tamen sententia etiam in domino falsa est, non illa solùm ratione, quòd ex pœnalibus causis non magis in patrem quàm in dominum actio de peculio danda sit, sed illa etiam, quòd ex delicto serui dominus conueniri possit noxali actione, & per eam actionem cogi vt vel damnum præstet, vel seruum noxæ dedat *leg. 4. supr.* Ex delicto autem tantùm non etiam ex contractu actio noxalis dari potest, de peculio verò ex contractu non ex delicto *l. 1. § si filiusfamilias supr. de his qui effud. vel deiec.* Quare nec puto Vlpiani esse, sed Triboniani potiùs, quod de actione de peculio in dominum danda ex delicto serui scriptum est *ind. l. 3. §. pen. infr. de pecul.* de quo tamen ne hîc longiores simus, videnda sunt quæ scripsimus *decad. 78.* Illud autem multo magis falsum est, quod aduersarij non modò quasi verum supponunt, sed etiam quasi scriptum in *d. §. penult.* non denegari condictionem furtiuam in patrem quatenus ex furto filiifamilias locupletior factus est. Id enim Vlpianus neque sensit, neque scripsit eo loco, nec de condictione furtiua loquitur, vel in dominum ex furto serui danda, sed tantùm de actione de peculio, quæ nihil commune omnino habet aut simile cum condictione furtiua. Dominus condictione furtiua & noxali præterea actione tenetur ex furto serui, at actione de peculio non tenetur pater ex furto filijfamilias, neq; actione de peculio, neque condictione, ne quidem de eo quod ad ipsum peruenit, sed ipse tantùm filiusfamilias, qui ex ea causa non tantùm furti actione, sed etiam condictione obligari & conueniri potest *dict. leg. pen.* nec ideò tamen verendum est, vt ex furto filij pater impunè locupletetur, cùm filiusfamilias sicuti ex ea causa conueniri potest, ita & condemnari possit, ex condemnatione verò filij postea pater de peculio conueniri *d. l. 3. §. idem scribit l. etsi condemnatus 35. supr. de noxal. act.* Neque de condictione furtiua accipiendum est, quod ex Iuliano scriptum legimus in *l. pen. infr. hoc tit.* de condictione in peculium danda contra patrem, si filiafamilias res amouerit, sed de condictione *sine causa* vel *non ex iusta causa*, vt ibi dicemus. Aliáque longè hac parte ratio est condictionis furtiuæ, alia actionis rerum amotarum, quia cùm actio rerum amotarum nec famosa sit, nec turpis, licèt pœnæ nomine concepta sit ex parte illius qui conuenitur, facilius longè est, vt de eo

eo quod ad partem peruenit, detur saltem vtilis vt *in leg. viua 5. infr. rerum amot.* quam condictio furtiua quæ turpis est, & furti exprobrationem continet *leg. nec quicquam 56. infr. pro socio.* Quam etiam ob causam nihil absurdi est, ex causa rerum amotarum dari actionem de peculio in partem ex persona filiæfamilias *dict. leg. 3. §. vltim. rerum amot.* quia licet etiam actio rerum amotarum ex furto filiæ pendeat *dict. leg. si mulier* 21. §. *hæc actio & §. vltim. eod.* pœnalis tamen causa non est, quia non obligatur illa furti, vt suprà diximus & explicauimus ex *dict. leg. 3. §. vltim.* Itaque non potuit Tribonianus nisi valde insulsè argumentari *in dict. leg. 3. §. pen. de pecul.* ab actione de peculio contra patrem danda ex causa rerum à filiafamilias amotarum ad actionē de peculio, æquè dandam contra patrem ex furto filijfamilias, quandoquidem in hoc casu offenderetur regula *dict. leg. ex pœnalibus 58. de regul. iur.* quæ in alio non offenditur. Sed fecisset multo insulsiùs, si cum aduersariis argumentatus fuisset ab actione rerum amotarum ad condictionem furtiuam, de qua sola nunc disputamus. Insulsissimè verò omnium faciunt in eo, quod cùm fateantur patrem non posse teneri condictione furtiua, quia neque fur sit, neque furis heres, attamen eò tandem delabuntur, vt dicant teneri eum debere tanquam quodammodo heredem filij, & quasi quod scriptum est in *d. l. si pro fure in fin.* de condictione furtiua etiam contra quemlibet successorem danda, etiam ad patrem porrigi possit, quod est ridiculum, cùm de solo iuris successore locus ille intelligi debeat, vt ibi explicauimus. Quamuis pater filij instituti dicatur post ipsius mortem quasi heres heredis *in dict. leg. si statulibera 6. §. si filius familias de statulib.* scilicet quod ad hoc vt in eius persona conditio impleri possit ad obtinēdam libertatem, idque fauore libertatis quæ alioqui facilè intercideret, si non in persona saltem patris mortuo filio impleri conditio posset. Non tam ergo quòd pater sit heres filij, quàm ne desit persona cui possit dari pecunia implendæ conditionis causa. Quod verò addunt ex *d. l. 3. §. Pomponius adiicit supr. de minor.* ad rem minùs pertinet: ibi enim heredem dixit Vlpianus ex Pomponio pro domino, vt & in *l. de hereditate 19. §. 1. de castrens. pecul.* vt docuimus in in Rationalibus & libris Coniect.

XVIII. Obiectio est, Condictione furtiua non teneri alium, quàm qui furtum fecit aut heredem eius *dict. l. 5. supr. hoc tit.* ideò autem à fure insolidum rem furtiuam condici posse, quia rem alienam furandi animo contrectauit. Qua ratione etiam furis heres, si eandem rem iure hereditario ad se deuolutam animo furandi clam suppressisset non tantùm condictione furtiua, sed ex actione furti tanquam nouus fur teneretur *arg. l. vlt. supr. de edend. l. in depositi 9. l. de eo 18. infr. depos.* at nos de eo herede loquimur, qui furtum ipse non fecerit, nec alia de causa teneatur, quàm quia furi successerit, ac proinde qui ipse nil deliquerit. Ergo, inquiunt, nulla ratio est, vt ex defuncti delicto in solidum condemnetur, si ad eum res ablata in solidum non peruenerit, *arg. l. 1. vlt. eod. tit.* Nam furem, quoniam ab initio res tota ad eum peruenit, in solidum teneri æquum est, propter moram quam perpetuò in re furtiua facere intelligitur *leg. vlt. Cod. hoc tit. & l. prox. infr.* heres autem quia furtum ipse fecit, nec talem moram committere intelligitur, nec furti tenetur. Ergo nec ad aliud teneri potest, quàm vt id quod ad se peruēnit restituere iubeatur, ne ex furto defuncti lucrum faciat. Respondemus ineptam primùm esse maiorem syllogismi huius propositionem. Perinde enim est, ac si diceres furem non teneri condictione furtiua, nisi quia fur est, cùm nemo sine contrectatione fur fiat. Et sanè ita est: fur non tenetur condictione furtiua, nisi quia & quatenus fur est. Sed negamus in herede furis eādem rationē locum habere. Non enim tenetur heres condictione furtiua, quia fur sit, sed quia furis heres *d. l. 5. d. l. 7. §. vlt. supr.* At qui non eo minùs furis heres est, quòd rem furtiuam nunquam contrectauerit, siquidem heredem facit aditio hereditatis aut gestio pro herede, non etiam furtiuæ rei cōtrectatio. Stultum ergo est inferre quod isti inferunt, heredem furis ideo non teneri condictione furtiua, quòd rem furtiuam non contrectauerit, eo casu quo nihil ad eum peruenerit, quia fur non nisi propter contrectationem tenebatur. Nec rursus verum est quod iidem supponunt, furē ideò teneri in solidum, quòd ad eum tota res ab initio peruenerit. Nam & eo casu quo nihil ad eum peruenerit, nullumque lucrum ex furto senserit, perinde tamen in solidum tenetur, puta si in furto manifesto deprehensus aut occiderit, aut effregerit, aut effuderit id quod interceperat *l. prox. infr.* Furtum enim licet sine affectu lucrandi non fiat, non magis quàm sine contrectatione, sine lucro tamen interdum fit, quamuis sine contrectatione nunquam. Vnde etiam est, quod mulier quæ res amouit, teneatur actione rerum amotarū, tametsi ad eam res non peruenerint *l. sed etsi 19. infr. rer. amot.* Itaque cùm quæritur quare fur condictione furtiua teneatur, non est bona illa ratio, si quis cum aduersariis respondeat, vt turpe lucrum ei extorqueatur, sed quia fur est, & rem furtiuam contrectauit, quamuis ad eum nihil lucri ex furto peruenerit. Ergo neque in persona heredis illud inspiciendum est, an lucrum aliquod ad eum peruenerit ex re furtiua, sed illud tantùm an furis heres sit, quoniam actio merè rei persecutoria est *dict. l. si pro fure 7. §. vlt. supr.* Illud denique multò magis falsum est, furem idcirco teneri cōdictione furtiua in solidum, quod in re furtiua moram facere perpetuam intelligatur, quam tamen heres furis non facit. Prius enim est, vt quis fur sit, quàm vt in restituenda re furtiua moram facere censeatur, necesse siquidem est, vt furtum iam fecerit, qui nunc moram facit: & quod fur perpetuò moram in re furtiua facere intelligatur, materiam præbet ineundæ æstimationis quanti plurimi res furtiua fuit à tempore litis contestatæ, in tempus vsque rei iudicandæ, sed condictionem furtiuam quæ ex ipso furto nascitur, non inducit, alioqui nasceretur ex mora, non ex furto, quod esset ridiculum dicere.

XIX. Obiectio est, furem, ad quem nihil ex furto peruenit, furti quidem teneri, sed condictione furtiua non teneri, vt videre est, inquiunt, in eo qui opem consiliumve dedit *l. proinde 6. supr. hoc tit.* quia cùm condici ea res tantùm possit, quæ ablata est *l. vulgaris 21. §. vlt. infr. de furt.* non alij furi ea condici debeat, quàm qui ipsa potius est, quia nihil ad eum peruenerit. Quanto æquius igitur in herede idem obtinere debet, ad quem nihil omnino peruenit? Respondemus nō plura hic verba esse quam errata. Falsum enim est, furem, ad quem nihil ex furto peruenit, non teneri condictione furtiua. Finge furem manifestum, qui in furto deprehensus occiderit, vel effregerit, vel effuderit id quod interceperat. Quid obsecro ad eum peruenisse

BIU Cujas

dici potest? Nihil penitus. Et tamen constat furem hoc casu condictione furtiua teneri, & hoc solo casu posse condictionem furtiuam cum actione furti manifesti concurrere *leg. proxim. infr.* Non ergo tenetur ideò fur condictione furtiua, quòd res furtiua ad eum peruenerit, sed quòd furtum fecerit, nec posteà res furtiua in domini potestatem redierit. Nam si peruenisset, quomodo contingit in quolibet furto manifesto extra illos tres casus occisionis, effractionis, aut effusionis, vtique condictio extingueretur, quia purgatum esset vitium furti eâ re quæ subtracta fuerat, in domini potestatem reuersa, *dict. leg. proxim. infr.* vnde & ab eo tempore vsucapi potest, cùm anteà non posset *leg. 4. §. quod autem & seqq. infr. de vsucap.* Itaque vt condictio furtiua locum habeat, non illud inspiciendum est, an res furtiua ad furem peruenerit; sed illud duntaxat requirendum, vt ad dominum ipsum non peruenerit. Sed & falsum est eum qui opem vel consilium furi dedit, furem esse eo quoque casu, quo nihil ad eum ex furto peruenerit. Requiritur enim vt rem furtiuam contrectauerit: alioqui nec fur est, nec furtiua condictione tenetur, licet furti actione teneatur, scilicet nec manifesti, nam furti manifesti conueniri nullo casu potest *leg. is qui opem 34. infr. de furt. leg. sæpe 53. §. 1. de verbor. significat.* Quòd si fur esset, vtique omnimodo furtiua condictione teneretur *l. ex causa 5. & seq. supr. eod.* Sic & in actione rerum amotarum quæ ad condictionem furtiuam propiùs accedit, quàm ad furti actionem, dicimus, si vxor diuortij tempore fures in domum mariti induxerit, & per eos res amouerit, quamuis ipsa nihil contrectauerit, attamen rerum amotarum iudicio eam teneri *leg. sed etsi diuortij 19. infr. rerum amot.* vbi Vlpianus addit, verum itaque esse quod Labeo scripsit, vxorem rerum amotarum teneri, etiamsi res amotæ ad eam non peruenerint. Illud vtique non nego eam tantùm rem quæ per furtum ablata est, condici posse *& ct. leg. vulgaris 21. §. vltim. de furt.* Sed aliud est dicere ablatam rem esse domino vel possessori, aliud verò ad furem peruenisse, cùm fieri possit, vt & ablata sit per furem, & tamen ad furem non peruenerit, vt in exemplis quæ attulimus circa personam furis manifesti, qui furtiuam rem vel occiderit, vel fregerit, vel effuderit *dict. leg. proxim. infr.* Falsissima ergo illa quoque illatio est, multo æquius esse in herede idem obtinere, quod in fure, vt condictio ne furtiua teneri non debeat, si nihil ad eum peruenerit.

XX. Obiectio eadem ferè est, aut certè eiusdem ponderis. Aiunt enim heredem eiusdem parísque potestatis esse, cuius fuit defunctus *l. heredem 59. de regul. iur.* Ponunt autem pro certo furem condictione furtiua non teneri, qui rem furtiuam nunquam habuit, indéque fieri aiunt, vt quod ab alio quàm à domino suo seruus subripuit, eius nomine furti quidem teneatur factus liber, sed condici ei non possit nisi liber contrectarit *leg. quod ab alio 15. infr. hoc tit.* Quasi huius iuris ratio illa sit, quòd condictio hæc ad rei persecutionem pertineat *leg. si pignore 54. §. cùm furti infr. de furt.* res autem quam seruus in seruitute subripuit, quandoquidem eo in statu suum nihil habeat, aut peruenerit ad dominum quo casu ei condicenda est *leg. 4. supr. hoc tit.* aut ad ipsum seruum iam factum liberum quo casu ipsi condicitur, quia tunc liber contrectauit, aut ad alium peruenit vel interiit durante seruitute. Et eo casu, inquiunt, in aperto est, non posse rem ablatam recuperari à iam libero, quoniam ad eum nihil peruenerit ex *dict. leg. quod ab alio leg. verum 11. in princip. supr. de minor. §. si seruus 6. Instit. de noxal. action. leg. serui & filij 17. §. primo infr. de furt.* Nos verò dicimus istos in iuris ratione reddenda quamuis manifestissima cæcutire. Cùm enim seruus alij quàm domino suo furtum fecit, ideò post manumissionem furti tenetur, quia noxa caput sequitur *leg. quod dicitur 18. eod. leg. licet 4. Cod. an seruus pro suo fact. post manum. teneat.* condictione autem furtiua ideò non tenetur si non factus liber iterum contrectauerit, non quia furesse per manumissionem desierit (alioqui nec furti teneretur) nec rursum, quia nihil ad eum peruenerit, vt aduersarij autumant, sed quia ex iis quæ in seruitute seruus gessit, & vt nostri loquuntur, ex antegesto conueniri seruus post manumissionem non potest *leg. 1. 2. 3. & vltim. eod. tit.* actione scilicet ciuili, qualis est condictio furtiua, criminalis enim actio furti contra eum salua est, ne delictum impunitum remaneat, quamuis furtiua quoque condictio ex delicto pendeat: neque enim ideo criminalis actio est, sed merè ciuilis, cùm ad rei persecutionem, non ad criminis vindictam pertineat *leg. si pro fure 7. §. 1. supr.* Concludamus igitur contrà quàm aduersarij faciant, quemadmodum extra causam & personam illius, qui in seruitute furtum commisit, fur quilibet tenetur condictione furtiua hoc ipso, quia fur est, licet nihil ad eum ex re furtiua peruenerit, ne vno quidem temporis momento: ita & furis heredem quemlibet eâdem condictione teneri debere ob hoc solum quòd furis heres est, quamuis ne momento quidem temporis ex re furtiua quicquam ad eum peruenerit. Sic fit vt eiusdem iuris sit heres furis, cuius & defunctus fuit. Alioqui dicendum erit furem quoque illum esse debere, vt furis exemplo furtiua condictione teneatur.

XXI. Obiectio longè leuior est. Aiunt fures condictione furtiua teneri *si appareat eos dare oportere §. sic itaque Instit. de action.* id est, si appareat eius rei quæ nobis abest eos esse fures. Ergo nec eorum heredes aliter condictione furtiua teneri dicendum est, quàm si eos quoque dare oportere appareat. Atqui, inquiunt, non potest dici heredem furis dare oportere, nisi aliquo saltem momento res furtiua ad eum vel tota vel aliqua ex parte peruenerit, vt sicuti is cui furtum factum est, non aliter habet vindicationem contra furem, eiúsque heredem quàm si is rem furtiuam possideat, nec ad exhibendum, quàm si res ablata à fure teneatur, ita nec furtiua condictio aduersus heredem aliter possit competere, quàm si vel momento vno contrectationem defuncti quamuis bona fide continuarit, ne alioqui emergat iniquitas, si ex delicto defuncti demus contra heredem condictionem eius rei quam nunquam habuerit. Negamus assumptionem, quia heredem furis dare oportet, etiamsi nihil vnquam penitus ad eum ex re furtiua peruenerit, sicut & furem ipsum dare oportere certum est, quamuis rem furtiuam intercipiendo vel occiderit, vel fregerit, vel effuderit *leg. proxim. infr. iunct. dicta leg. sed etsi diuortij 19. infr. rer. amot.* quia nihil aliud inquirimus, nisi an fur ille sit, qui furtiua cõdictione tanquam fur conuenitur, aut an heres furis. Nam in actionibus quæ ex vtraque parte meram rei persecutionem continent, cuiusmodi

est

est condictio furtiua, semper iustè repetitur id quod actori abest, licet reus id nec habeat nec vnquam habuerit, alioqui nec fur ipse qui in furto deprehensus rem furtiuam vel occidisset, vel fregisset, vel effudisset, condictione ista teneretur, contra *dict. leg. prox. infr.* vt in præcedentibus disputauimus. Denique nullus omnino casus est, in quo heres furis non teneatur condictione furtiua *leg. ex furtiua 5. supr.* id est, siue solidum siue aliquid siue nihil prorsus ad eum peruenerit, quia rei habet persecutionem *dict. leg. si pro fure 7. §. vltim. supr.* Ex quo inferri necesse est, dari ergo eam in solidum aduersus heredem. Ad quid enim aliud daretur, cùm nihil omninò peruenit? Et petunt isti principium, cùm supponunt vulgarem actionum ex delicto naturam eam esse, vt non dentur in heredem nisi de eo quod ad ipsum peruênit. Nam sicuti vera est propositio in actionibus ex delicto, quæ vel merè vel mixtim pœnales sunt, aut saltem pœnæ nomine conceptæ, quas etiam pœnales dici suprà probauimus, quamuis ex parte actoris nihil nisi meram rei persecutionem contineant, ita falsissima est in iis quæ sui natura meram rei persecutionem ex vtraque parte continent, quamuis ex delicto proficiscantur.

XXII. Obiectio est, Condictionem furtiuam esse quodammodo pœnalem in persona furis, cuius scilicet odio inductum est, vt & perpetuam moram facere intelligatur, & ad æstimationem teneatur quanti plurimi vnquam fuerit res furtiua ex die litis contestatæ ad tempus vsque condemnationis *leg. proxim. §. 1. supr. leg. vltim. infr. hoc titulo leg. 2. §. quæsitum de priuat. delict.* Sed in persona heredis furis non esse vllomodo pœnalem, cùm nullo prorsus odio dignus videri possit furis heres qui omnino innocens est. Atqui, inquiunt, pœnalis esset, si contra heredem furis lis vltra damnum æstimaretur, & quanti plurimi res à tempore litis contestatæ vnquam fuisset, aut si heres quoque furis perpetuam moram in re furtiua facere intelligeretur, quod tamen in necessarium antecedens dicendum esset ad obligandum heredem furis in solidum, etiamsi nihil aut minùs ex re furtiua ad eum peruenisset. Negamus condictionem furtiuam esse vllomodo pœnalem ne quidem in persona furis, cùm sit merè rei persecutoria, nec fieri pœnalem ex eo quòd in ea præstetur æstimatio quanti plurimi, aut quòd fur perpetuò moram facere videatur. Sunt enim ista odio quidem furis inducta, sed non in pœnam, quia furis pœna tota actioni furti relinquitur, quæ sola pœnam persequitur, condictio autem nihil nisi rem ipsam: nam neque æstimatio quanti plurimi aliud est, quàm res ipsa, vt aduersarij fateri coguntur: nec quod fur perpetuò moram in re furtiua restituenda facere censeatur, aliunde proficiscitur, quàm quia nec ab initio auferre ac subripere eam debuit, vt Tryphoninus ratiocinatur in *leg. vltim. infrà.* Itaque cùm heres furis etiam in vicia possessionis succedat *leg. cùm heres 11. infr. de diuers. tempor. præscript. leg. vicia 11. Cod. de acquir. poss.* licèt non sit successor delictorum, consequens est, vt heres furis hactenus in eadem causa sit, in qua & fur fuit, vt non minùs quàm fur ipse, & ad æstimationem quanti plurimi teneatur, & perpetuò moram facere existimetur, non proprio aliquo heredis odio, sed quia cùm furis heres sit, in odium quoque furis succedit. Alioqui nullo casu posset condictione teneri, nec si tota res furtiua ad eum peruenisset, cùm eo casu possit etiam per vindicationem conueniri, solo autem furis odio sit receptum, vt qui vindicatione tenetur, etiam furtiua condictione teneatur *dict. §. sic itaque Instit. de action.* Quòd si vno casu succedit heres in odium furis, cur non & in cæteris omnibus? Imputet enim sibi quòd furis hereditatem siue sciens siue ignorans adierit, atque ita omnibus oneribus hereditariis, quibus defunctus ex propria persona tenebatur, extra pœnas delictorum vltro se obstrinxerit *leg. quæ dotis 33. solut. matrimon. leg. 3. §. vltim. & leg. 4. infr. quibus ex caus. in poss. eat. leg. si duo 38. de acquirend. hered.* Quamquam si verum amamus, odio quidem furis inducta est condictio, sed non aliquo furis odio transit in solidum aduersus heredem, at ex mera iuris regula, quia merè rei persecutoria est. Sed & in eo errant turpiter aduersarij, quod tractant de præstãda per heredem æstimatione quanti plurimi in condictione furtiua etiam eo casu quo ante obitum furis citra litis contestationem extincta esset res furtiua, quasi verò rei peremptæ æstimatio possit adhuc, postquàm perempta est, crescere, quod non modò falsum, sed etiam ridiculum est *l. 3. infr. de condict. tritic.*

XXIII. Obiectio eôdem ferè recidit quò superior. Aiunt enim actionem furti bimembrem esse, vnam quæ meræ pœnæ persequendæ gratia competit, atque in specie actio furti vulgò dicitur *leg. sed actione 50. infr. pro socio.* alteram, quæ quasi species quædam actionis furti datur ad rem recipiendam, & condictio furtiua appellatur, de qua illi intelligunt quod scriptum est in *leg. interdum 56. §. 1. de furt.* nimirum vt inferant non minùs condictionem furtiuam quàm actionem furti odio furum inductam esse. Iam verò inquiunt, si heres furis dignus esset odio furis, hoc ipso fur esset, quoniam heres esset. Atqui dignius est hoc odium vt cum morte furis (debuerant potiùs scribere *cum vita*) moriatur, quàm vt in persona heredis amplietur, ne obstet iuris canonici regula in cap. odia, de *regul. iur. in 6.* Addunt, quo pluribus actionibus fures tenentur, eo grauius delicta ipsorum coerceri *dict. §. sic itaque 14. Instit. de action.* pœnam verò nihil aliud esse quàm delictorũ coercitionem *leg. aliud fraus est 131. de verbor. signific.* ex delicto autem & propter delictum coerceri, esse aliqua pœna affici: porrò nulla pœna ex delicto defuncti heredem teneri. Ergo, inquiunt, ne ista quidem pœnæ specie teneri heredem oportet, alioqui ex dolo defuncti teneretur. Respondemus, verum quidem esse condictionem furtiuam odio furis cõparatam esse, quo non pluribus modò, sed etiam contrariis & contradictoriis actionibus teneatur *d. §. sic itaq.*, sed illud falsum, esse illã speciem actionis furti. Differt enim toto genere ab actione furti, cùm sit illa merè pœnalis, hæc verò merè persecutoria, vt toties diximus, nec simile quicquam habent, nisi quòd ambæ ex delicto & furto nascuntur, quò pertinet quod scriptum est in *leg. si duo 13. §. idem Iultanus supr. de iureiur.* eum qui iurauit se furtum non fecisse, non magis condictitia quàm furti actione conueniri posse, quia de toto iurasse videatur, sed ita vt actio furti quia merè pœnalis est, contra solum furem detur. Condictio autem furtiua quia merè rei persecutoria nec vllomodo pœnalis est, etiam contra heredẽ & quidem in soli-

BIU Cujas

dum, non quia fur sit aut furis odio dignus, vt aduersarij supponunt, sed quia cùm sit heres, transeunt in eum actiones omnes rei persecutoriæ, quæ contra defunctum competebant, etiamsi ex delicto proficiscantur, nec enim absurdum est teneri quem ex delicto defuncti, dum ne ad pœnam conueniatur, sed ad rem ipsam restituendam. Vnde fit, vt quamuis odium furis simul cum ipsius vita finiatur, quatenus personale est, non ideo tamen finiri etiam debeat actio rei persecutoria ex causa illius odij comparata, quominùs transeat etiam in heredem. Alioqui concludendum erit cum aduersariis, condictionem furtiuam non magis dandam esse in heredem, quamuis rei persecutoria sit, quàm si pœnalis esset, cùm etiam pœnales transeant contra heredes de eo quod ad ipsos peruênit, & paria sunt dicere actionem aliquam non dari contra heredem, & dari de eo quod peruênit, sicut è contrario, paria sunt, dicere actionem aliquam transire contra heredem, quia rei persecutoria sit, & transire in solidum, quomodo de condictione furtiua scriptum est in *dict. leg. si pro fure 7. §. vltim. supr. & in hac lege.* Falsum item est, quod iidem aduersarij probare nituntur, condictionem furtiuam hoc ipso esse pœnalem, quòd odio furis inducta sit, quo pluribus actionibus coerceatur. Nam coercitionis verbum etiamsi ad pœnam maximè pertineat, tamen ad rei quoque persecutionem pertinet, vt cernere est in actione rerum amotarum, quæ licet inducta sit ad mulierem coercendam, tametsi leniùs, vt ait *lex penult. infr. ill. titulo rerum amotar.* pœnalis tamen nullomodo est eo sensu quasi pœnam aliquam persequatur (nihil enim nisi rei persecutionem continet *leg. si mulier 21. §. hæc actio eod. titulo.*) nisi quòd pœnæ nomine concepta est ad puniendum improbum factum amotionis, vt sunt aliæ ferè omnes actiones prætoriæ, quæ non nisi interueniente dolo dantur, licèt meram rei persecutionem, aut per se, aut arbitrio iudicis contineant *leg. 4. §. vltim. & seqq. supr. de alien. iudic. mut. caus. facta leg. huius 9. §. primo infrà quod fals. tutor. leg. Prætor ait 9. §. vltim. de rebus authoritate iudicis possidendis.*

XXIV. Et vltima OBIECTIO aduersariorum est omnium leuissima, quæ tamen fortissima esse potiùs debuisset. Petunt enim principium, cùm aiunt actiones omnes ex delicto descendentes, etiam eas, quæ merè rei persecutoriæ sunt, aduersus heredes competere de eo tantùm quod ad ipsos peruenit, non etiam in solidum. Hoc verò est quod nos toties negauimus, & quod ab istis probandum maximè fuit, nec tamen vnquam probatum ne vno quidem iuris loco, ac nec exemplo etiam vno, nimirum in actionibus ciuilibus, quæ tum etiam cùm ex delicto proficiscuntur, nunquam tamen pœnæ nomine concipiuntur, quod in prætoriis diuersum est, vt suprà ostendimus. Sed illud mirabilius est, ne dicam ingeniosius, si Diis placet, quod aduersarij subiiciunt, si condictio furtiua similiter in solidum contra heredem daretur, atque contra furem ipsum, fore, vt ex merè rei persecutoria, qualem esse eam non negant, fieret merè pœnalis, si fortè nihil aut minùs ex delicto defuncti ad heredem peruenisset, quia, inquiunt, pœna esset ex causa & ei delicti quod tu non feceris, præstare id quod nunquam habueris: cùm potiùs dicere debuerint futurum, vt desineret condictio furtiua esse merè rei persecutoria in personam heredis, si non daretur contra eum in solidum, ex natura cæterarum omnium merè rei persecutoriarum, & fieret merè pœnalis aut saltem mixtim, si ex natura pœnalium actionum non daretur contra heredem in solidum, sed de eo tantùm quod ad eum peruenisset, tritum autem est & tralatitium, ex persona heredis conditionem & naturam obligationis, & actionis hereditariæ non immutari *leg. 2. §. ex his infrà de verborum obligation.* Non erat necesse fateor, ad minutiores istas prorsusque futiles obiectiones tam fusè támque serio respondere, tempúsque in his terere, quod ad maiora, & meliora parauimus. Sed tamen nobis quibus ad egregios illos quatuor Maledictorum libros ex professo respondendi neque ocium, neque studium est, faciendum certè fuit, vt circa quæstionem hanc, quæ sola tot maledictis causam dedit, aliquid responderemus, ne cum opinionibus, quas damnamus, etiam reprehensoris ingenium contempsisse videremur, non insubtile sanè, nec ineruditum, si quam in tot erroribus propugnandis operam posuit, in veritate nobiscum tuenda collocasset: nomini tamen hucusque pepercimus, ne maior illi ex scriptis nostris inuidiæ, ne dicam infamiæ apud posteros, quàm laudis & gloriæ materia paratetur. Cætera, quæ ille tanquam alter Cuiacius, sub Mercatoris nomine aduersus Gasparem Schifordegherum amicum nostrum non minùs quàm contra nos scripsit, nos Schifordeghero discutienda & refellenda relinquimus, ne responsionis gloriam, si qua erit, & amicissimo & subtilissimo Iureconsulto, cui plurimùm debere nos agnoscimus, inuidere ac præcipere voluisse videamur. Nec tamen prætermittemus, si quando se præbebit occasio, vt in eas leges incidamus, in quibus explicandis tam infeliciter se aduersarius exercuit, vt errores ipsius refellamus, nostráque quas ille vellicauit, confirmemus sententias, ne posthac verendum habeat, ne quid per nos detrimenti Iurisprudentia patiatur. Sufficiat hæc attigisse, vt ex iis quæ diximus, possit quiuis intelligere, quali quantóque siue ingenio, siue iudicio cætera commentus ille sit, qui contra nos scripsit.

a *Pro parte autem heres.* RAT. DVB. Cùm res furtiua ad vnum ex pluribus heredibus tota peruenit, constat eum solum teneri condictione furtiua, tanquam qui solus habeat totius rei restituendæ facultatem, quomodo de re commodata scriptum est in *l. 3. §. heres infr. Commod.* & de rationum editione ab vno ex heredibus facienda in *l. si quis ex argentariis 6. §. 1. supr. de edend.* Non ergo inspiciendum est, pro qua parte hereditaria quis heres extiterit, sed pro qua parte furtiuam rem possideat. Et ita concludit Accursius post Azonẽ, sed ego non probo, vt ex iis quæ mox pro decidendi ratione adferemus, intelligetur. DEC. Condictio furtiua quamuis rei persecutionem contineat *l. si pro fure 7. §. vltim. supr.* tamen continet, vt contra eum quoque heredem detur, qui nihil ex re furtiua possidet, perinde ac si possideret *d. §. vlt. & §. fin. Instit. de oblig. quæ ex delict. nascunt.* Ergo si plures sint heredes furis, quorum vnus totam rem furtiuam possideat, non eo minùs tamen

tamen pro hereditariis portionibus singuli teneri debent. Idque facit ratio stricta iuris quæ obligationes & actiones omnes, quibus defunctus obstringebatur, diuidit ipso iure inter heredes omnes pro hereditariis portionibus potestate legis duodecim tabularum *leg. 1. C. si cert. petat. l. vltim. Cod. de heredit. action. l. 1. & 2. Cod. si vnus ex plurib. hered. debit.* exceptis actionibus iis quæ non dantur in heredes, nisi de eo quod ad eos peruenit. In illis enim si tota res ad vnum solum ex pluribus heredibus peruenerit, consequens est, vt is quoque solus teneri debeat *leg. si plures 9. infr. de vi & vi armat.* Nec aliud esset in actione commodati, quàm in condictione furtiua nisi arbitrio boni iudicis conueniret ita statuere, vt is solus ad rei commodatæ restitutionem condemnetur, qui commodatam rem solus totam possidet, vt scriptum est in *d. §. heres.* Est enim bonæ fidei iudicium commodati, ideóque etiam in actione pro socio idem ius est *leg. actione 65. §. antep. infr. pro socio.* at non etiam in condictione furtiua, quam toties diximus stricti iuris esse, vt & cæteras condictiones omnes *§. actionum Institut. de action.* Nec rursus perpetuum est, vt qui ex heredibus rem hereditariam solus possidet, solus quoque personali actione conueniendus sit, & condemnandus. Quid enim si cum defuncto lis contestata fuerat? Etunt singuli heredes conueniendi pro sua quisque parte hereditaria *leg. 2. §. vltim. de prætor. stipulat.* quod & Accursius hîc fatetur. Quidni ergo & in condictione furtiua idem obseruabimus fure mortuo ante litem contestatam, cùm sit actio stricta, quod obseruaretur post litem contestatam in cæteris, quæ bonæ fidei sunt, aut quæ tanquam prætoriæ ex mêre Prætoris interpretationem recipiunt, ac proinde ex bono & æquo, cuiusmodi sunt stipulationes omnes prætoriæ? *leg. in conuentionalibus 52. infr. de verb. obligat. l. in prætoriis 9. de stipul. prætor.* Ex quo apparet quàm parùm subtiliter vir doctissimus Iacobus Cuiacius, vt errorem suum mordicus tueretur, quo primus defendit, furtiuam condictionem, quia ex delicto est, non dari in solidum contra heredem, & aliquam responsionem quæreret ad hanc legem, cuius solius authoritate vinci posse se putabat, ausus est dicere, restringendum Vlpianum ad eum casum quo lis contestata fuerit cum defuncto, cùm tamen nullo casu aut prodesse aut nocere heredibus furis debeat, quòd lis cum defuncto contestata sit, sicuti neque quòd ad eos vel tota res furtiua, vel pars eius aliqua vel ex ea nihil peruenerit. Quod autem de rationum redditione scripsimus, si plures sint eius qui rationes reddere debuit heredes, eum solum actione in factum edere cogendum qui eas possidet, quamuis actio illa in factum non minùs stricti iuris sit quàm furtiua condictio ex *dict. leg. si quis 6. §. 1. supr. de edend.* manifestam habet rationem, quia cùm edere nihil aliud sit quàm exhibere, & copiam describendi facere *leg. 1. §. edere eod.* constat non alium posse rationes edere, quàm qui eas penes se habeat, licet non nisi pro parte heres sit. Vnde est quod & in actione ad exhibendum heres non quasi heres, sed suo nomine tenetur *leg. de eo 11. §. vltim. supr. ad exhib.* Porrò quemadmodum errauit Cuiacius, & quotquot cum eo aduersus Vlpianum nostrum, veterúmque omnium interpretum sententias scripserunt, condictionem furtiuam non dari in solidum contra heredem, nisi vel contestata lis fuerit cum defuncto, vel ad heredem res furtiua in solidum peruenerit, ita & Bartolus & cum eo veteres ferè omnes, quibus visum est ad *dict. leg. si pro fure §. vltim. supr.* speciale esse in hac condictione furtiua, vt quamuis ex delicto sit, detur tamen in heredem vltra id quod ad eum peruenerit. Non enim speciale & singulare ius videri debet, quod huic actioni, cum tot aliis æquè rei merè persecutoriis & ex delicto descendentibus commune est, vt contra Cuiacium & Cuiacianos in superioribus probauimus.

Siue manifestus fur, siue nec manifestus sit, poterit ei condici. Ita demum autem manifestus fur condictione tenebitur, si adprehensa non fuerit à domino possessio eius. cæterum nemo furum condictione tenetur, posteaquam dominus possessionem adprehenderit. & ideo Iulianus, vt procedat in fure manifesto tractare de condictione, ita proponit, furem deprehensum, aut occidisse, aut fregisse, aut effudisse id, quod interceperat.

Ad l. Siue manifestus 10.

RAT. DVBIT. Non potest fur condictione teneri, postquàm dominus rei furtiuæ eius possessionem adprehenderit, vt scriptum est in hac lege, quia cùm non detur nisi ad rei persecutionem & recuperationem *leg. si pro fure 7. §. 1. & vltim. supr. hoc titul. leg. si pignore 54. §. cùm furti infr. de furt.* stultum esset ac illusorium condictionem furtiuam ei dare, qui rem iam haberet. Atqui fur manifestus ille dicitur, qui in furto ipso deprehensus & ἐπ' αὐτοφώρῳ cum re ipsa furtiua adprehensus est, vt loquitur *leg. 3. eod. titulo.* quod cùm accidit, fieri vix potest, vt res furtiua simul cum fure ipso non adprehendatur à domino. Ergo non videtur locus esse hoc casu condictioni furtiuæ. DECID. Sufficit euenire posse quibusdam casibus, vt fur manifestus deprehendatur, nec tamen res ipsa furtiua adprehendatur, vt puta si fur manifestus & ἐπ' αὐτοφώρῳ deprehensus rem quam subripiebat aut occiderit aut fregerit, aut effuderit. Quos casus specialiter Iulianus notauit, vt Vlpianus hîc refert, non quasi alij nulli sint, quod malè Placentinus glossator existimabat (quid enim si cùm vidisses furem subripientem, & ad eum comprehendendum accurrisses, ille abiecto furto effugisset? sic enim legendum est non *adiecto in leg. si quis in seruitute 7. §. pen. eod.* vtique fur manifestus est, nec tantùm si à domino rei furtiuæ, sed etiamsi ab alio visus sit *l. 3. §. 1. eod. tit.* & tamen neque occîdit, neque effregit, neque effudit) sed quia, vt Azo dicebat,

BIU Cujas

sunt hæc exempla indubitabiliora, quod & Bartolus post Accursium probat. His ergo casibus nihil vetat & furem esse manifestum, & rem furtiuam nihilominùs ab eo non adprehendi cui furtum factum est, & consequenter condictionem furtiuam durare, & domino aduersus furem competere, quæ alioqui re furtiua cum fure deprehensa, nec videri nata posset. Sunt & alia quædam in actione furti manifesti singularia, quale inter cætera illud est, vt is qui opem furi tulit, quamuis fur esse possit, si fortè rem furtiuam contrectauerit, ita vt & condictione ista interdum teneatur, vt diximus ad *l. proinde 6. supr. ex l. sæpe 53. §. 1. de verb. signific.* fur tamen manifestus esse nunquam possit, nec furtiua condictione teneri *l. is qui opem 34. infr. de furt.* Quisquis enim fur manifestus est, ab initio fur est: qui verò furi opẽ tulit, is nunquam fur est ab initio, sed fit ex postfacto, & ex posteriore contrectatione. In fure nec manifesto diuersa sunt omnia: nam fur nec manifestus semper tenetur cõdictione furtiua, quia fieri nequit, vt rem furtiuam aliquando non habuerit penes se, quod sufficit licet eam habere posteà desierit, quia nec ab initio auferre eam debuit *l. vlt. inf.* Et is quoque qui opem vel consilium furi dedit, licet ab initio fur non sit, ex postfacto tamen, vt diximus, fieri potest fur nec manifestus, scilicet si rem furtiuam contrectare cœperit *dict. leg. sæpe 53. §. 1. de verb. signific.*

1 ¶ Ei quoque qui vi bonorum raptorum tenetur, condici posse, Iulianus libro 22. digestorum significat.

Ad §. 1. Ei quoque.

RAT. DVB. Condictione furtiua non alius tenetur, quàm qui fur ipse est, aut heres eius *l. ex causa 5 supr.* Atqui separata sunt crimina furti & rapinæ, sicut & separati tituli de furtis & vi bonorum raptorum, prorsúsque separatæ actiones, nam actio furti nec manifesti ciuilis est ex lege duodecim tabularum, nec datur nisi ad duplum, actio autem furti manifesti prætoria est, & datur ad quadruplum §. 1. *Instit. de perpet. & tempor. action.* at vi bonorum raptorum licet æquè sit prætoria, non tamen datur nisi ad triplum pœnæ nomine, licet simplum quoque contineat, quia datur ad quadruplum ideóque mixta actio dicitur, non merè pœnalis, quales sunt actiones furti §. *ex maleficiis & seq. Instit. de action.* Ergo non est bona consecutio, vt quia furi condici potest, etiam raptori condici possit.

DECID. Etiam raptor fur est, & quidem improbior, vt Iustinian. scribit initio *tit. vi bonor. rapt. Instit. post Vlpianum in leg. 2. §. cæterum infr. eod. ill. tit. & in leg. item si cùm 14. §. qui vim intulit supr. quod met. caus.* Ergo si condictio furtiua locum habet contra furem, multo magis habere debet contra raptorem. Quod cùm ita sit, illud magis mirum videri potest, cur ergo actio vi bonorum raptorum non detur nisi ad triplum, cùm actio furti manifesti detur ad quadruplum, vt diximus & plerumque is qui raptor est, fur manifestus sit, adeóque fure manifesto improbior, nisi dicamus Prætorem in actione hac proponenda ad id potiùs respexisse quòd actiones furti siue manifesti siue nec manifesti, per hanc non tolluntur, vt neque actio legis Aquiliæ *d. §. cæterùm* non vt ex omnibus actionibus fur condemnari possit, sed vt electionem habeat is cui bona vi rapta sunt quanam actione malit experiri vt in *leg. cùm filius 76. §. variis de legat. 2.* etsi in pœnalibus actionibus hoc amplius est, quod nunquam alia aliã consumit *leg. nunquam 60. de obl. & act. l. 2. inf. de priuat. delict.* item quia in raptore non facile cadit illa distinctio manifesti, & non manifesti, ideóque media pœna eligenda fuit, id est, tripli, quæ est inter pœnam dupli & quadrupli, vel ideò ne is cui bona vi rapta sunt, probandum habeat, an rapina manifesta fuerit, an non manifesta. Illud certè in actione ista vi bonorum raptorum valde singulare est, quod quamuis sit pœnalis mixta ex rei persecutione, non magis tamen datur in heredem de eo quod ad ipsum peruenit quàm actio furti *dict. leg. 2. §. vltim. infr. vi bonor. rapt.* quamuis regulare sit, vt actiones omnes ex delicto descendentes quamuis merè pœnales dentur in heredes quatenus ad eos peruenit, ne alieno scelere ditentur, & vt turpia lucra eis extorqueantur *leg. 5. supr. de calumn. leg. sicuti 38. de regul. iur. leg. vnic. Cod. ex delict. defunct.* Sed hoc ius propriam habet rationem, quam Vlpianus exprimit in *dict. §. vltim.* quia putauit Prætor sufficere condictionem furtiuam, quæ contra heredem raptoris datur non minùs quàm contra raptorem ipsum, & quidem in solidum, vt explicauimus & docuimus ad legem præcedentem.

2 ¶ Tamdiu autem condictioni locus erit, donec domini facto dominium eius rei ab eo recedat, & ideo si eam rem alienauerit [a], condicere non poterit.

Ad §. 2. Tandiu autem.

RAT. DVBIT. Etiamsi dominium rei furtiuæ ex postfacto recedat ab eo qui furtum passus est, & qui furti tempore dominus fuit, non eo minùs tamen verum est, & furtum factum esse, & furem ab eo tempore moram semper feciſſe in restituenda re quam nec ab initio auferre debuit *leg. in re furtiua 8. §. primo supr. leg. vltim. infr. hoc titulo.* Ergo non eo minùs teneri debet condictione furtiua quousque rem furtiuam ipse restituerit, aut aliter ea res in domini potestatem redierit, quomodo non quidem de furti actione, sed de rei furtiuæ inhibita vsucapione scriptum est in *leg. 4. §. quod autem & seqq. infr. de vsucap.*

DEC. Condictio furtiua soli domino datur *leg. 1. supr.* id est ei qui & furti tempore dominus fuerit, & eo tempore quo condicit adhuc dominus sit. Nec sufficit eius interesse, cui furtum factum est, quomodo sufficit in actione furti §. *furti autem actio Instit. de oblig. quæ ex delict.* Ergo si dominiũ rei furtiuę à domino discesserit quoquomodo, dũ facto ipsius aliquo interueniente, pura si rẽ furtiuam alienauerit, aut legauerit siue furi siue extraneo, dicendum est eum amittere condictionem, sibiq; debet impu-

BIU Cujas

imputare qui vltro id amisit sine quo condictionem habere non potuit: qui enim vult necessarium antecedens, is vt etiam necessarium consequens velit, necesse est. Proinde si dominus absque vllo facto suo dominium amiserit, salua ei condictio esse debebit, vt scriptum est in *l. & ideo 12. infr.* Alia causa est actionis legis Aquiliæ quę vbi semel competiit, non extinguitur per alienationem serui, quia non ad rem ipsam datur, vt condictio furtiua, sed ad damni æstimationem, quæ nec morte nec alienatione serui vulnerati perimitur *l. huic scripturæ 15. § 1. supr. ad legem Aquil.* quod & Bartolus hîc bene docuit. Iunge *l. quæcunque actiones 56. infr. de oblig. & action.*

a *Et ideò si eam rem alienauerit.* RAT. DVB. Alienatio dicitur omnis actus per quem dominium transfertur *l. 1. C. de fund. dotal. l. alienationis 28. de verb. signif.* Atqui dominium sine possessione transferri non potest, cùm traditionibus tantùm transferatur non contractibus *l. traditionibus 20. Cod. de pact.* Et quemadmodum nuda traditio nunquam transfert dominium, nisi fiat ex iusta causa & habili ad transferendum dominium *l. nunquam nuda 31. de acquiren. rer. domin. l. 3. supr. si vsusfr. petet.* ita neque iustam causam & habilem ad transferendum dominium præcessisse sufficit, nisi traditio sequatur §. *cùm autem. Instit. de empt. & vendit. §. venditæ. Instit. de rerum diuis. l. 1. C. quand. lic. ab empt. disced.* Atqui ponimus rei furtiuæ possessionem esse adhuc penes furem. Fieri ergo nequit, vt dominus cui res furto subtracta est, eam rem alienet, atque ita condictionem amittat.

DEC. Pleræque sunt species, in quibus dominium sine possessione & transfertur & acquiritur *l. 1. 2. & 3.* vbi diximus *supr. de public. in rem act.* vbi exempla adferuntur de legatis & mortis causa donationibus, quibus bene addit Accursius, adiudicationes quæ fiunt officio arbitri in iudiciis familiæ erciscundæ, communi diuidundo & finium regundorum §. *vltim. Instit. de officio iudic. l. & ideo 12. §. 1. infr. hoc titul.* Fuerunt enim sex modi olim acquirendi iure Quiritium dominij, inter quos sicuti fuit traditio facta ex iusta causa, ita & adiudicatio & lex quæ nulla indiget traditione, vt sæpius docuimus ex Vlpiani fragmentis *tit. 19. de acquisit. rer.* Ideoque cautè Vlpianus hîc locutus est de domino, qui alienauit rem furtiuam, non de eo, qui vendidit, neque enim venditio sine traditione alienatio est, sed iusta alienationis causa & habilis ad transferendum dominium per subsecutam traditionem *d. l. nunquam nuda.* Exempla verò huiusmodi alienationis subiiciuntur in domino qui rem furtiuam legauit, aut qui ad iudicium diuisionis socium prouocauit. Quamquam nec aliud est, si dominus possessionem rei furtiuæ nactus sit, aliter quàm per restitutionem ab ipso iure factam, deinde eam rem alienauerit *d. l. quæcunque 56. de oblig. & act.* Condictio enim furtiua, quæ per acquisitionem possessionis rei furtiuæ amissa non fuerat, vt neque furti actio, per alienationem tamen subsecutam extinguitur, quamuis ipsa furti actio non extinguatur, vt Bartol. hîc post glossam concludit ex *l. qui ea mente 65. infr. de furt. l. vlt. arbor. furt. cæsar.*

3 ¶ Vnde Celsus libro 12. Digestorum scribit, si rem furtiuam dominus purè legauerit furi, heredem eius condicere non posse. Sed & si non ipsi furi, sed alij: item dicendum est, cessare condictionem: quia dominium facto testatoris, id est, domini, discesisit.

Ad §. 3. Vnde Celsus.

RAT. DVBIT. Condictio furtiua non solùm ei competit, cui res subrepta est, sed etiam heredi eius, in quem scilicet transeunt ex lege duodecim tabularum actiones omnes quæ defuncto competebant *l. prox. infr.* Atqui cùm dominus cui res furtiua subrepta fuerat, eam alij legauit, non eò minùs verum est, heredem esse ac manere illum qui fuit institutus, & vniuersi iuris quod defunctus habuit, successorem: legata enim licèt diminuant & delibent hereditatem *l. legatum est 116. de legat. 1.* ius tamen & qualitatem heredis non diminuunt, quominùs perinde maneat vniuersi iuris successor acsi legatum nihil esset: non enim sunt legatarij iuris successores *l. quædam 9. §. 1. supr. de edend. §. legatariis. Inst. de testam. ordin.* Ergo quamuis dominus rem furtiuam legauerit, siue furi, siue extraneo, dicendum est, non eò minùs condictionem heredi saluam esse debere. DEC. Furtiua condictio non alij quàm domino potest competere, vt diximus ad §. *prox. ex l. 1. supr.* Atqui cùm legata est res furtiua, siue furi ipsi siue extraneo, verum est eius dominium iam non ad heredem, sed ad legatarium pertinere, & quidem facto testatoris, qui non minùs ab herede suo quàm à seipso dominium illud abscedere voluit. Legatum enim, & rei legatæ dominium transit recta via à testatore in legatarium *l. à Titio 64. ad fin. infr. de furt.* nunquam factum heredis, vt Papinianus loquitur in *l. legatum 80. de legat. 2.* nempe si per vindicationem aut perceptionem legatum sit, non etiam per damnationem aut per sinendi modum. His enim posterioribus casibus dominium rei legatæ remanet penes heredem, quousque per traditionem legatario factam ab herede discesserit, quia facto & voluntate heredis opus esse testator voluit. Nec sanè hic locus de alio genere legatorum quàm de duobus prioribus intelligi potest. Ergo quamuis rei legatæ dominium non discedat à testatore, nisi eo demùm mortuo, ita vt viuus ille condictionem furtiuam quam priùs habuit, non amittat ne ipso quidem instanti mortis, quippe quòd vitæ tribuatur non morti *l. vlt. infr. de condic. instit. l. qui duos 18. §. 1. de manum. testam.* non potest tamen condictio furtiua tanquam hereditaria transire in heredem, quia nec res ipsa furtiua vnquam fuit hereditaria. De illo namque testatore loquimur, qui rem furtiuam purè legauerit, vt Vlpianus hîc adiicit, non de illo qui sub condicione, in quo certè aliud iuris est, quia res sub condicione legata interim & pendente condicione pleno iure est heredis *l. & post litem 12. §. 1. supr. famil. ercisc. iunct. l. is cui via 11. §. 1. sup. quem. seruit. amitt. l. generaliter 29. §. 1. inf. qui & à quib. manum. l. si seruus 14.* vbi dicemus *infr. hoc tit.* Nihil autem interest, an ipsi furi, an alij extraneo res furtiua legata sit, nisi quòd cùm ipsi furi legata est, facilius est vt ei condictionem remisisse testator videatur. Cæterùm perinde vtroque casu verum est dicere, neque rem ipsam furtiuam neque ipsius condictionem in hereditate vnquam fuisse, & ipsius domini iacto dominium ab hereditate discessisse: quod sufficit, vt heres furi condicere non possit. Remanet tamen actio furti in hereditate, vt ad §. præcedentem

BIU Cujas

scripsimus, quia non eò minùs verum est, & furtum factum fuisse & impunitum esse non debere, nisi actio furti per pactum legitimum sublata & extincta sit *l. legitima 6 l. si tibi 17. §. 1. l. si vnus 27. §. pacta quæ turpem sup. de pact.* Non enim nisi certis & legitimis modis tolli actio furti potest, quæ & ipsa est legitima, inter quos modos non est legatum rei furtiuę, nec si furi ipsi factum proponatur: aliáque longè ratio est condictionis furtiuæ, quæ cùm non nisi ad rē ipsam persequendam detur *l. si pro fure 7. §. 1. supr. l. si pignore 54. §. cùm furti infr. de furt.* frustra certè nullóque iure daretur heredi, ad quem noluit testator rem furtiuam peruenire, sed ad legatarium quisquis ille sit, siue fur ipse siue extraneus. Qua ratione tametsi condictio furtiua ipso iure competere posset heredi, attamen doli mali exceptione repellendus esset, tanquam qui aduersus testatoris sui voluntatem experiretur *l. 1. §. vlt. de doli mal. except.* Sed tamen non est necessaria furi exceptio doli mali, quia nec summo iure agere heres potest, cùm dominus non sit, vt diximus, quamuis nec legatarius ipse qui dominus est, condicere eò magis possit, vt subiicitur in *leg. seq.*

II. PAVLVS libro 39. ad Edictum.

SEd nec legatarius condicere potest. ei enim competit condictio, cui res subrepta est, vel heredi eius. sed vindicare rem legatam ab eo potest.

Ad l. Sed nec legatarius 11.

RAT. DVB. Condictio furtiua competit domino rei furtiuæ, vt proximè diximus ex *l. 1. supr.* Vnde est quod non datur heredi eius cui res subrepta est, si ea res alij legata fuerit per vindicationem, quia heres hoc casu nec dominus est, nec vnquam fuit rei subreptæ *l. prox. §. vltim. supr.* Atqui legatarius per vindicationem dominus est rei furtiuæ, quia legatum perinde facit rem legatam legatarij, atque hereditas heredis res singulas, nunquam factum heredis *l. legatum 80. de legat. 2. l. à Titio 64. infr. de furt.* Ex quo fit, vt legatarius hic habeat vindicationem tanquam dominus, vt in hac ipsa lege scriptum est. Quidni ergo etiam condictionem furtiuam, & quia dominus est, & præterea odio furis, quò pluribus actionibus teneatur? *§. sic itaque. Inslit. de action.* Alioquin eueniet quod absurdum videtur, vt fur neutri condictione teneatur nec heredi, quia dominus nō sit, nec legatario qui dominus est, quòd res ei subrepta non fuerit. DEC. Non alij potest furtiua condictio competere, quàm ei cui res subrepta est, aut heredi eius, sicuti nec contra alium datur, quàm contra furem, aut heredem eius *l. ex causa 5. supr.* Vt intelligamus quàm verum sit, quod diximus in superioribus, condictionem furtiuam, vt maximè furum odio comparata sit *dict. §. sic itaque*, esse tamen comparatam in fauorem etiam eius cui res subrepta est. Alioqui danda vtique esset legatario contra furem tanquam domino, si ex parte actoris non nisi ius dominij, ex parte verò furis solum ipsius odium versaretur. Atqui verum est, non esse rem furtiuam subtractam legatario, cùm furti tempore neque dominus neque possessor fuerit, licèt hodie dominus sit. Ei ergo furtiua condictio dari nullomodo potest, satísque esse ipsi debet, quod habeat quasi dominus directam rei vindicationem. Id enim potest quilibet vindicare quod possit suum dicere & contra *l. in rem 23. & pass. supr. de rei vindic. l. Quintus 27. §. argento infr. de aur. & argent. legat.* Ex hoc verò apparet, vt condictio furtiua alicui competat duo hæc necessariò concurrere debere, vt & ei res subrepta sit eo tempore quo erat dominus, & vt dominus manserit in id vsque tempus quo condicere cœperit, aut vt saltem sit heres eius cui cùm adhuc esset dominus, res subrepta fuit. Hoc enim sufficit: at non item vt heres sit eius qui fuit dominus, si non & ipse dominus sit. Non est contrarium quod in *l. si dominium 47. infr. de furt.* Paulus scribit, si dominium rei subreptæ quacunque ratione mutatum sit, nouo domino furti actionem competere, nec minùs legatario quàm heredi, vel bonorum possessori: id enim ad furti actionem, non ad furtiuam condictionem pertinet. Sicque debet intelligi, vt ex noua furis contrectatione nascatur legatario hæc furti actio non ex vetere: noua enim contrectatio nouum quodammodo furtum efficit *l. si is qui rem pignori 66. §. 1. eod. tit.* quemadmodum si res subrepta in domini potestatem rediisset, ac rursus ei subrepta esset, haberet idem dominus nouam furti actionem ex noua contrectatione, nec minùs veterem ex vetere *l. interdum fur 56. eod.* In proposito autem cùm res furtiua legata est, non potest legatarius habere actionem furti ex vetere contrectatione, quia iuris successor non est, sed haberet eam heres si legata res non esset, atque ita ob mutatum in eius persona dominium duas haberet actiones furti, eiusdem rei nomine contra eandem personam, ex vetere scilicet & ex noua simul contrectatione, quomodo & de adrogatore scriptum est in *l. si cùm quia in hostium 41. §. 1. eod.* est enim adrogator quasi heres & vniuersi iuris successor *Instit. de acquisit. per adrogat. l. qui ex liberis 11. §. testamento infr. de secund. tabul.* In eóque obseruandum est, plus iuris habere heredem, aliúmve quemlibet vniuersalem successorem quàm defunctus ipse habuerit: nec enim assidua contrectatio furis nouam aduersus eum parit furti actionem, nisi cùm in eius potestatem res furtiua rediit *d. l. interdum fur, & l. ei qui 9. de furt.* Denique vel personam domini mutatam esse oportet, vel interpolatam, & renouatam in eiusdem domini persona possessionem, vt noua furti actio nasci possit ex assidua contrectatione, vt paria sint, rem ad dominum priorem reuerti, aut dominium mutari, vt Accursius & Bartolus hîc notant. Quo exemplo addit Bartolus idem dicendum esse, si iurisdictio mutata sit & locus territorij, vt qui furtum Florentiæ fecit, si Perusij rem furtiuam contrectare perseueret, possit etiam Perusij conueniri, perinde acsi Perusij furtum fecisset: quod non est improbabile. Nam & hæc dominij mutatio quædam est *arg. l. qui furere 20. supr. de stat. homin.* nec quod legatarius rem legatam defuncto subreptam nunquam possederit, impedire potest ne furti actionem habeat, quamuis furtum nihil aliud sit, quàm interuersio possessionis *l. 1. §. vltim. de fur. l. rem quæ nobis 15. in fin. de acquir. poss.* (vnde est quod rei hereditariæ furtum fieri nequit *l. hereditariæ 68. & seqq. de furt. l. 1. §. Scæuola si is qui testam. lib. esse iuss.*) Sufficit enim per heredem stare, quominus legatarius possit incipere possidere rem legatam, quam possidere proculdubio, si subrepta non fuisset. Nam nec alia ratio est, propter quam heredi eius qui furtum passus est, actio furti ex noua contrectatione dari debeat, *l. si abducta 10. Cod. de furt.* aut fructuario in specie *l. si homo 35. infr.*

BIU Cujas

infr. de vsucap. Et ita bene noster Accursius, quamuis Bartolus more suo longiore distinctione rem hanc totam inuoluat magis quàm explicet, illud solùm bene notans, sufficere rem, quæ subrepta est, possessam ab alio fuisse tuo nomine, vt tibi actio furti adquiratur. Sic enim acquiritur proprietario & heredi, si res, cuius vsusfructus alicui legatus est, subrepta sit legatario iam vtenti & fruenti *dict. l. si homo. in fin.* itémque creditori si res subrepta sit debitori ante traditam creditori possessionem, aut si debitor ipse eam rem pignoratam vendiderit *l. in actione 19. §. vlt. dict. l. si is qui rem pignori 66. in princip. infr. de furt.* Illud vnum explicandum superest, cur non sicut actio furti, ita & condictio furtiua sit ambulatoria, quomodo Accursius loquitur, vt in legatarium transire possit, saltem ex noua furis contrectatione? Idem Accursius duplicem rationem adfert, vnam, quòd furtiua condictio sit odiosa, tanquam contra naturam condictionum omnium, & contra ius inducta *l. vlt. supr. vsusfr. quemadm. caueat.* & consequenter restringenda ad præsentia, non autem amplianda, neque extendenda ad futura *arg. l. cùm quidam 19. de liberis & posthum. l. hoc modo 64. in fin. de condic. & demonstr.* alteram, quòd alia actione possit legatarius sibi consulere, id est, vindicatione, vt in hac ipsa lege scriptum est. Mihi neutra satis videtur accommodata, sed illa longè probabilior, quòd condictio furtiua nascatur ex delicto, ac furto, & quidem quod factum sit domino: ac proinde dominum esse necesse est eum, qui agit condictione furtiua eo ipso tempore quo furtum factum est, vt qualitas iuncta verbo intelligatur secundùm tempus verbi *l. 4. §. si extraneus. supr. de noxal. action.* Actio autem furti licèt æquè ex furto nascatur, non tamen ex eo furto quod domino factum fuisse necesse sit, sed ei cuius tantummodò interfit ex honesta causa *l. cuius interfuit 10. infr. de furt.* Negari porrò non potest, quin etiam interfit legatarij, quãuis ex postfacto, quia cùm interfuerit defuncti, nec iam interfit heredis propter legatum extraneo relictum necesse est, tametsi id quod defuncti ex ea causa interfuit, transire non possit in legatarium tanquam singularem non successorem, non alterius tamen hodie interesse, quàm legatarij, & idcirco nouam actionem furti ex noua contrectatione ei acquiri, licèt veterem quam defunctus ex vetere contrectatione habuit, habere non possit, & ita omnino sentiendum est. Malè itaque Accursius hanc furti actionem, quæ legatario competit, ambulatoriam vocat, cùm non vetus illa sit, quæ defuncto competierat, sed noua quæ nunc primùm legatario datur ex noua, vt diximus, contrectatione.

12. VLPIANVS libro 18. ad Edictum.

ET ideò eleganter Marcellus definit libro 7. ait enim, Si res mihi subrepta, tua remaneat: condices. Sed & si dominium [a] non facto tuo amiseris, æquè condices. In communi igitur re [b], eleganter ait interesse, vtrum tu prouocasti communi diuidundo iudicio, an prouocatus es? vt si tu prouocasti communi diuidundo iudicio [c], amiseris condictionem: si prouocatus es, retineas.

Ad l. Et ideò 12.

RAT. DVB. Ad inducendam condictionem furtiuam duo coniunctim requiruntur, vt proximè diximus, nimirum vt & ei qui condicit res subrepta sit, & vt idem ille sit dominus rei subreptæ furti tempore. Ergo si res tua quam mihi commodaueras, mihi subrepta sit, quamuis ea tua remaneat, dicendum tamen est non posse te condicere, quia non tibi sed mihi subrepta est. DEC. Furtum quod fit commodatario, fit etiam commodanti, qui per commodatarium retinet & dominium & possessionem rei commodatæ *l. rei commodatæ 8. & sequ. infr. commod.* nec enim commodatarius possidet, cùm non habeat rem animo domini, nec eam teneat nisi nomine commodantis *l. si quis rem 20. inf. de acquir. poss. l. si is qui rem 59. infr. de furt. l. rem mihi commodasti 21. infr. cõmod.* Ergo si mihi subrepta sit res tua, quam ego commodati nomine tenebam, non mihi condictio furtiua competet, sed tibi: sed hoc ita si modò res tua remaneat: nam si eam vendideris, vt in *d. l. si quis rem*, aut aliter facto tuo eius dominium amiseris, non magis tibi quàm mihi competere poterit condictio, quæ nunquam datur nisi domino, vt suprà diximus.

a *Sed etsi dominium.* RAT. DVB. Condictio furtiua non datur nisi domino, vt modò scripsimus ex *l. 1. supr. hoc tit.* Ergo si quis dominium rei suæ, & sibi subreptæ quoquomodo amiserit, saluam condictionem habere non potest, neque distinctioni locus relinquitur, an facto suo an alieno dominium amiserit. DEC. Nihil imputari potest ei qui ex necessitate rei suæ dominium amisit, quia nec alienatio necessaria ferè alienationis nomine continetur *l. alienationes 13. sup. famil. erciſc. l. Diuus Pius 5. supr. de hered. petit. l. peto 69. §. prædium de legat. 2. l. filiusfamilias 114. §. Diui 2. in fin. de legat. 1. l. cùm postulassem 44. §. 1. infr. de damn. infect.* Ergo nec aliter dominus condictionem furtiuam sibi competentem amittere potest, quàm si dominium rei suæ facto suo amiserit, non si facto alieno. Exemplum statim subiicitur.

b *In communi igitur re.* RAT. DVB. Dominium sine possessione non transfertur *l. traditionibus 20. C. de pact.* Atquin rei communis subtractæ possessionem neuter ex sociis habet. Ergo nec per diuisionem transferre dominium alter ex sociis in alterum potest. Quòd si ponas rei subtractæ possessionem ad socios vel ad vnum ex ipsis rediisse, alia ratio erit, per quam condictio impedietur, quia scilicet possessio rei furtiuæ ad dominum rediit *l. siue manifestus 10. in princ. supr.* Nullo igitur casu potest verum esse, quod hîc dicitur facta rei communis diuisione saluam esse ei, qui prouocatus fuit condictionem.

DEC. In iudiciis familiæ erciscundæ communi diuidundo, & finium regundorum speciale ac singulare ius est, ex lege 12. tabul. vt per solam adiudicationem sine vlla traditione dominium transferatur in eum cui res adiudicata est, aut in totum, aut pro parte §. *vltim. Instit. de offic. iudic. l. item Labeo 22. §. 1. & seq. & pass. supr. famil. erciſc.* Est enim adiudicatio vnus ex antiquis sex modis transferendi iure Quiritium dominij, vt Vlpianus diserte scribit in Fragment. *Tit. 19. de acquisit. rer.* Non ergo necesse est, vt rei furtiuæ possessio ad condiuisores redeat, aut ad vnum ex ipsis, vt per diuisionem inter eos factam dominium transferri possit. Loquimur autem de iudicio communi diuidundo, non de actione pro

BIU Cujas

socio, ac proinde de ea re quæ sit communis citra societatem. Nam cùm societas interuenit, si modò bonorum omnium ficta traditio interueniente intelligitur, ad inducendam inter socios communicationem omnium bonorum *l.1.& 2.infr.pro socio.* & similiter in resoluenda societate nulla retrotraditione opus est, cùm ficta quoque interuenisse censeatur, vt eiusdem naturæ sit resolutio contractus, cuius & contractus ipse quomodo ratiocinatur Bart. ex *l.de tutela 7.C.de in integr.restit.minor.* Quamquam in eo errat Bartolus, quòd neque specialem societatem certarum rerum distinguit ab vniuersali societate, in qua sola creditur traditio tacita interuenisse, neque videt in hac lege tractari de iudicio communi diuidundo, non de actione pro socio, quæ rationem iuris habet omnino separatam. Nam sicut in iudicio communi diuidundo nulla traditio tacita aut ficta requiritur, sufficiente adiudicatione, ita in iudicio pro socio necessaria est fictio traditionis, cùm in eo nulla fiat adiudicatio. Item in eo quod putat in societate etiam vniuersorum bonorum dissoluenda posse rei subreptæ dominium transferri sine traditione, quod neque in ea contrahenda transferri posset. Requiritur enim saltem tacita & ficta traditio *dict.l.2.pro socio.* quæ tamen nulla interuenisse fingi potest, earum rerum nomine, quæ à neutro ex sociis possidentur, in quo numero sunt res subreptę. Nam & iuris fictiones veritati respondere debent *l.confessionibus 13.& l.seq.§.1.sup.de interrog.in iur.faciend.* ne alioqui plus possit fictio in casu ficto quàm veritas in casu vero: nemo enim tradere potest rem quam non possideat, cùm traditio nihil aliud sit, quàm datio possessionis *l.3. in princ. infr. de action.empt.*

c *Eleganter ait interesse in communi diuidundo iudicio.* RAT. DVBIT. Nemo inuitus cogitur manere in communione *l.vltim.C.commun.diuidun.* sicut nec quisquam in communionem incidere compellendus est *l.si non sortem 26.§.si centum.supr.de condict.indeb.* nimirum propter discordias, quas materia communionis excitare solet, inquit Papinianus in *l.cùm pater 77.§.dulcissimis de legat.2. l.in re communi 26.supr. vrban præd.* Ergo parum interest, quis ex sociis ad diuisionem prouocatus sit, aut prouocauerit, cùm omni casu & in vtriusque persona videatur alienatio esse necessaria. Vnde est, quod Bartol. defendit, nec malè ex diuisione facta inter coheredes nulla domino directo laudimia deberi, nec magis à prouocante quàm à prouocato, cùm non aliter possit coheres, aut alius condiuisor sibi prouidere aduersus incommoda communionis inuito socio quàm prouocando eum ad diuisionem. DEC. Cùm de furtiua condictione quæritur, potest imputari ei, qui ad diuisionem prouocarit, cur non egerit condictione furtiua ante prouocationem: poterat enim, si voluisset. Ergo si priùs ad diuisionem prouocet, quàm condicat, videtur facto suo rei communis dominium, quod in vnaquaque parte rei habebat, vltro amisisse, ideoque & condictionem, quam eius dominij ratione exercere potuisset: quod non similiter imputare possis ei qui ad diuisionem prouocatus fuit. Elegans igitur est in hac quæstione distinctio Marcelli, vt si prouocasti in communi diuidundo iudicio ad diuisionem, condictionem amiseris, si verò prouocatus es eam retineas. Quam distinctionem bene Accursius sic explicat, vt si mihi adiudicata sit res communis te prouocante condictionem amiseris, quam pro tua parte habebas, & ego condicam non tantùm pro parte quæ mea remansit, sed etiam pro ea quæ ex adiudicatione ad me peruênit, si verò tibi prouocanti adiudicata sit, condictio mihi remaneat meæ partis, tibi etiam tuæ partis similiter. Ex quo notat Accursius sufficere hoc vltimo casu aliquando interfuisse mea in condictione, licèt hodie non intersit, quod in actione furti expeditum est *l.inter omnes 46.in princ.infr. de furt.* Sed extra hunc casum vix est, vt condictio cuiquam competat, cuius non intersit tempore ipso propositæ actionis: cùm & dominum esse illum necesse sit, fieri autem nequeat, vt eius qui dominus est, non intersit *l.si vendidero 80.§.1.& l. si dominium 47.infr. de furt.*

1 ¶ Neratius libris Membranarum Aristonem existimasse refert, eum, cui pignori res data est, incerti condictione acturum, si ea subrepta sit.

Ad §.1.Neratius.

RAT. DVB. Non potest furtum fieri rei incertæ, sed certæ duntaxat, quia nec incerta res, sed certa tantùm possideri potest *l.3.§.incertam.l.locus 26.infr. de acquir.possess.* Ergo nulla condictio furtiua incerti esse potest, sed certi solummodo, cùm & ex causa furtiua condictio certi detur *l.certi 9.§.1.supr.de rebus credit.* nam cùm dicatur condictio certi vel incerti ex eo quod ad rem certam detur, aut ad incertam, condictio autem furtiua meram rei persecutionem contineat *l.si pro fure 7.§.vltim.supr.* id est, corporis ipsius subtracti *l.in re furtiua 8.eod.* quod tamen incertum esse numquam potest, vt diximus, quî tandem fieri queat, vt condictio furtiua sit aliqua incerti? DEC. Condictio furtiua duplex est, vna quæ datur in rem ipsam furto subtractam, & hæc semper condictio certi est, nec datur nisi domino, de qua intelligi debet quod scriptum est in *l.1.supr. & in l.vltim.vsusfr.quem.cau.* alia verò quæ datur non ad rem ipsam subtractam, sed ad id quod interest eius cui subtracta fuit, qualis ea est, quæ datur creditori pignoratitio, & aliis huiusmodi, quorum ex iusta & honesta causa interest: & hæc cùm non detur ad rem ipsam, sed ad id tantùm quod agentis interest, non inquirit, an is qui agit, sit dominus, quod esset superfluum, sed an eius intersit. Prior semper est condictio certi, quoniam, vt diximus, res quæ condicitur, semper certa est: posterior verò semper condictio incerti, quia id quod interest, semper incertam quantitatem continet *l.vltim.infr. de stipulat. prætor. l.si pignore 22.infr. de pignorat.act.* Et in hoc grauissimus error est veterum omnium interpretum, qui post Accursium & Bartolum negant condictionem hanc incerti speciem esse condictionis furtiuæ, nouámque actionis speciem constituere quæ dicatur condictio incerti, quomodo & in tractatu de condictione indebiti, solent negare condictionem vllam indebiti esse incerti: quod nos in præcedentibus non vno loco refutauimus, præsertim ad *leg.1. in fin. supr.* ex Iacobo Cuiacio in Paratitlis ad hunc titulum. Similis ferè distinctio est in actione furti, vt alia deferatur iure dominij, alia verò iure eius quod interest *leg. si vendidero 80.§.1.infr. de furt.* nisi quod furti actio nunquam condictio

est d.

BIU Cujas

est *d.l.si pro fure* 7. §. 1. *supr. l. si quis pignore* 54. §. *cùm furti inf. de furt.* Quid ergo si quis non dominium rei subtractæ habeat, sed tantùm possessionem? Condictionem furtiuam habere non poterit, cùm non sit dominus, sed habebit triticariam *l.* 2. *inf. de cond. tritic.* Cur non verò vtilem furtiuam? Nempe quia talis condictio nulla prodita est, neque constituenda, vt de actione ad exhibendum Paulus loquitur in *l. cùm seruus* 16. *sup. ad exhib.* item quia condictio possessionis non datur ad id quod interest, sed ad possessionē ipsā. Quid denique si nec dominiū habeat is cui res subrepta est, nec possessionē, nec ius vllū in re? puta depositarius, commodatarius & alię huiusmodi personæ, quæ non tam possident, quàm sunt in possessione, *l. si quis ante* 10. *de acquir. poss. leg.* 3. §. *sed si is qui* 20. *eod. tit. leg. certè* 6. §. *is qui rogauit infr. de precar.* Putant nostri hos omnes omni actione destitui iure communi, sed eis succurrendum esse per actionem in factum vel officio iudicis ad possessionem, vel condictione ex *l. si coloni* 14. *C. de agricol. & censit. lib.* 11. *tit.* 47. Mihi contra videtur: cùm enim etiam depositario & commodatario & colono furtū fiat, detúrque iis actio furti ad id quod interest §. *furti autem actio & seqq. tit. de oblig. quæ ex delict. nascunt. l. vlt. C. de furt.* adeóque contra ipsum etiam dominum si eorum interfit vt in *l. si is qui rem commodasset* 59. *inf. de furt.* quídni etiam condictio furtiua incerti iis accommodabitur, perinde ac pignoratitio creditori? Etsi enim pignoratitius creditor plus iuris habere in eo videtur, quòd obligatam rem habet, eámque possidere intelligitur ex omnibus causis, nisi quod ad vsucapionem pertinet *leg. serui nomine* 16. *inf. de vsucap.* non tamen possessionis, aut iuris vllius realis tā habenda ratio est hoc casu, quàm eius quod interest actoris, si modò ita eius interfit, vt furti quoque actionem contra furem habere possit: in hoc autem nil distat pignoratitius creditor à commodatario, depositario, & cæteris. Illud certè non probo quod Bartolus notat, in furtiua condictione certi actorem concludere ad rem sibi dandam, licèt ipse sit dominus *ex* §. *sic itaque Instit. de action.* in condictione autem incerti ad rem restituendam, vt pro rei restitutione quæ facti est, id quod interest præstetur, vt in omnibus faciendi & restituendi obligationibus *leg. si quis ab alio* 13. *in fin. infr. de re iudic. leg. quoties quis alium* 81. *leg. stipulationes non diuiduntur* 72. *leg. cùm stipulatus* 113. §. *vltim. de verb. oblig.* Nam & in condictione furtiua incerti, cùm non minùs condictio sit, quàm condictio certi, fatendum est intendere debere actorem sibi dari non restitui oportere, scilicet id quod interest, pecuniámque eo nomine debitam non rem ipsam. Nec minùs malè idem Bartolus putat etiam incerti condictione furtiua agi posse ad rem restituendam, quod nos improbauimus ad *leg.* 3. *& ad l. in re furtiua* 8. *sup.* Quisquis enim condicit, necesse est, vt intendat aduersarium dare sibi oportere *d.* §. *sic itaque.* Iunge quæ diximus ad *l. sed et si me putem* 22. §. 1. *sup. de cond. indeb.*

13. PAVLVS libro 39. ad Edictum.

EX argento subrepto pocula facta condici posse, Fulcinius ait. ergo in condictione poculorum, etiam celaturæ æstimatio fiet [a], quæ impensa furis facta est, quemadmodum si infans subreptus adoleuerit, æstimatio fit adulescentis, quamuis cura & sumptibus furis creuerit.

Ad l. Ex argento 13.

RAT. DVB. In re furtiua condictio fit ipsius corporis quod subtractum est *l. in re furtiua* 8. *sup.* Atqui subtracto argento non ideo magis verum est pocula ex eo argēto facta subtracta esse: aliud enim est argentum, aliud verò poculum ex argento factū, sicut & argentum infectum differt toto genere ab argento facto, cúmque forma illa sit, quæ dat esse rei, & ex qua res denominatur *l. Iulianus* 9. §. *si quis rem sup. ad exhib. l. proponebatur* 76. *de iudic.* consequens est, vt alia res sit poculum ex argento subrepto factum, quàm argentum ipsum quod subreptum est. Ergo is cui argentum subreptum est, non idcirco pocula ex argento facta potest condicere. DEC. Eadem omnino materia est argenti subtracti, & poculorum ex eo argento factorum, nec differunt ista inter se nisi forma. Ergo quemadmodum argenti subtracti cōdictio ei competit, cui argentum furto subtractum est, ita & poculorum ex eo argento factorum, nec tantùm hoc secundum sententiam Sabinianorum, qui in quæstione illa de dominio speciei ex aliena materia cōfectæ dominium materiæ præferebant ei qui nouam speciem fecisset, sed etiamsi Proculianorum qui contrà præferebant formā materiæ, siue denique Erciscundorum, qui distinguebant, an talis esset materia quæ redigi in sua initia posset, an quæ non posset *l. adeò* 7. §. *cùm quis infr. de acquir. rer. domin.* §. *cùm ex aliena Instit. de rer. diuis. l. quæsitū* 78. §. *illud delegat* 3. Pertinet enim tota illa distinctio ad eum qui ex aliena materia speciem nouam facit & suo nomine & bona fide, in quo numero fur non est, cui non debet permitti, vt rem quam alienam esse sciuit & subripuit, suam faciat, nouam ei formam adiiciendo, ne alioqui esset in eius potestate ius domini lædere, & alienæ rei dominium sibi per furtum acquirere, séque hoc veluti remedio, si non ab ipsa furti actione, saltē à condictione furtiua liberare, quod certè & ridiculum esset & iniquum *l. si quis vxori* 52. §. *si quis massam infr. de furt.*

a *Etiam celaturæ æstimatio fiet.* RAT. DVB. Id tātùm condici potest furi, quod ab eo subreptum est *l. sed nec legatarius* 11. vbi diximus *sup.* Atqui celatura poculorū subrepta non est, cùm furti tēpore argentū infectū esset, eámque celaturā sumptib. furis factā esse ponamus. Ergo in condictione furtiua poculorum quāuis ex argento subrepto factorū æstimatio celaturæ fieri non debet, adeóque nec celatura ipsa venire in condictionē furtiuā. DEC. In cōdictione furtiua fit condictio ipsorum corporum quandiu extāt *l. in re furtiua* 8. *sup.* Atqui celatura poculorum quāuis sumptibus furis facta non facit, quo minùs idē sit corpus argenti, quod subtractum fuit, idémque dominiū subtractæ materiæ secundùm ea, quę proximè diximus. Ergo etiam celatura & celaturæ æstimatio venire debet in condictionem: nec in eo vlla fit furi iniuria, qui imputare sibi debet, cur in rem furtiuam, quam alienam esse sciebat, sumptum

BIU Cujas

fecerit: quem proinde videtur donasse, quomodo hîc notat Accursius, & probatur ex *l. si seruus seruum* 27. §. *si oliuam* 24. *supr. ad leg. Aquil. iunct. leg. qui alienum* 14. *infr. de donat.* Cúmque fur in re furtiua moram semper facere intelligatur, quandiu eam non restituit *leg. in re furtiua* 8. §. *vlt. sup. leg. vlt. inf.* credendus est fur eo quoque tempore furtum fecisse, quo celaturam poculorum suis sumptibus fecit. Quemadmodum si infans subreptus sit, qui deinde apud furem cura & sumptibus ipsius furis adoleuerit, non tam infantis, quàm adolescentis furtum factum esse intelligitur *l. inficiando* 67. §. *infans infr. de furt.* vbi eleganter Celsus addit, nihil esse tam ridiculum, quàm existimare meliorem furis conditionem propter continuationem furti esse debere: esset autem melior, si impensa quam in rem furtiuam fecisset, ei restituenda esset, aut si rei furtiuæ æstimationem quæ ex postfacto creuisset, æquè domino restituere non teneretur *l. pen. inf. rer. amot.* vbi dicitur idem iuris esse hac parte in actione quoque rerum amotarum quod in condictione furtiua. Denique generale est, vt fur impensas quas in rem furtiuam fecit, quamuis vtiles adeóque necessarias nunquam repetat *l. 1. C. de infant. expos.* quod an æquè generaliter in quolibet malæ fidei possessore obtineat, alia quæstio est, quam nos tractauimus *lib. 2. coniect. cap. 1.* sed meliùs & latiùs in *secunda parte Chiliadis nostræ de errorib. pragmat.*

14. IVLIANVS libro 22. Digestorum.

SI seruus furtiuus sub conditione legatus fuerit: pendente ea, heres conditionem habebit. & si, lite contestata, conditio exstiterit [a], absolutio sequi debebit, perinde ac si idem seruus sub conditione liber esse iussus fuisset, & lite contestata, conditio extitisset. nam nec petitoris iam interest hominem recipere & hæc, si res sine dolo malo furis eius esse desiit. Quòd si pendente conditione iudicaretur [b], iudex æstimare debebit, quanti emptorem inuenerit.

Ad l. Si seruus 14.

RAT. DVB. Pendente conditione rei per vindicationem legatæ, pendet quoque illius rei dominium, nam si legati conditio extiterit, vtique dominium ab initio & ex die mortis testatoris legatarij fuisse videbitur, si verò defecerit, nunquam legatario erit acquisitum. Atque ita hic casus vnus est ex iis, in quibus ab initio res dubia est, & ex postfacto retroducitur, vt Marcianus loquitur in *leg. quædam sunt* 15. *infr. de reb. dub.* Vnde est, quod legatum sub conditione relictum repudiari interim non potest, non solùm quia necdum delatum esse intelligitur *leg. si ita sit scriptum* 45. §. *si sub conditione de legat.* 2. delatio autem semper debet præcedere sicut acquisitionem, ita & repudiationem *leg. delata* 151. *de verbor. signific.* sed etiam quia quisquis repudiat siue hereditatem siue legatum, certus esse debet de iure suo *leg. in repudianda* 23. *infr. de acquiren. vel omitt. hered.* certus autem esse non potest legatarius pendente conditione, cùm ignoret, vtrum ea extitura sit *l. is qui heres* 13. *leg. qui hereditatem* 17. *eod. titul.* Ergo & pendente conditione legati si res legata interim furto subtracta sit, condictionem quoque rei furtiuæ pendêre dicendum est, cum causam dominij adnexam habeat, nec aliis detur quàm domino *leg.* 1. *supr.* DEC. Dominium rei per vindicationem legatæ sub conditione interim pleno iure est heredis *leg. & post litem* 12. §. *res quæ supr. famil. erciscund. leg. generaliter* 29. §. 1. *infr. qui & à quib. manum. liber. non fiant. leg. is cui* 11. §. *supr. quemadmodum seruit. amitt.* neque ideo dici potest, aut non esse heredis, aut esse in pendenti, quòd aliquo casu dominium ab eo possit discedere, scilicet euenientе quandocunque legati conditione *leg. non ideo* 66. *supr. de rei vindic.* Præsens enim rei status inspiciendus est, cùm sit certus, licèt ex postfacto variari possit, cùm ipsa quoque variatio sit incerta, támque facilè accidere possit, vt conditio legati non existat, quàm vt existat, alioqui non esset verè conditio, si non haberet se indifferenter ad esse, & non esse, quod contingeret, si omnimodo extitura esset *leg. quòd si sub conditione* 17. *supr. de condic. indeb. leg. si pupillus* 9. §. *qui sub conditione infr. de nouat. leg. cùm ad præsens* 7. *& seqq. supr. de reb. credit.* Ideóque nec ponitur exemplum hoc inter cætera de quibus in *dict. leg. quædam sunt.* nec enim hoc casu res ab initio dubia est, sed certa, nimirum si res per vindicationem aut præceptionem legata est, non etiam si per damnationem, aut per sinendi modum, vt diximus ad *leg. sed nec legatarius* 11. *supr.* Atqui condictio furtiua datur domino *leg.* 1. *supr. de leg. vltim. vsufr. quem. caueat.* Ergo in proposita specie danda est heredi, tanto magis quod nec legatario dari vllo casu potest, id est, quamuis legati conditio extiterit, quia res ei subrepta non est, sed heredi *dict. l. sed nec legatarius.* Planè in actione furti aliud est, nec enim extinguitur amissione aut mutatione dominij *l. inter omnes* 46. *infr. de furt.* vbi ratio redditur, quia competit furti actio, non ideò quia nunc abest, sed quia vnquam beneficio furis ab fuerit: at condictio furtiua non alia de causa competit, quàm quia res furtiua nunc abest domino.

a *Et si lite contestata conditio extiterit.* RAT. DVB. Cùm exstitit conditio legati, quod per vindicationem sub conditione relictum fuerat, dominium quidem rei legatæ transit in legatarium, ac proinde in necessarium antecedens discedit ab herede, sed tamen inuito, adeóque quasi nunquam fuerit heredis, perinde ac si legatum ab initio purum fuisset *l. legatum* 80. *de legat.* 2. Tam enim in legatis quàm in stipulationibus ita ius est, vt dispositio conditionalis quælibet perinde habeatur post conditionis euentum, ac si ab initio pura fuisset *l. qui potior* 11. §. 1. *iunct. l. qui balneum* 9. §. *sed et si heres inf. qui potior in pignor. hab.* Atqui dominus cui res subrepta est, & cui proinde condictio furtiua semel cœpit competere, non aliter amittit condictionem, quàm si dominium facto suo amittat *l. siue manifestus* 10. §. *tandiu & §. vltim. iunct. l. seq. supr.* Ergo etiamsi lite contestata conditio legati exiterit, non ideò tamen sequi debet absolutio, vt à condictione

BIU Cujas

dictione furtiua, quam contra furem heres quasi dominus exercebat, fur liberetur, præsertim cùm in iudiciis & per litis contestationem quasi contrahatur *l. 3. §. idem scribit infr. de pecul. l. delegare* 11. *§. 1. l. aliam* 29. *infr. de nouat.* ideóque in cæteris ferè omnibus maximè spectari soleat tempus litis contestatæ *leg. vinum* 22. *supr. de reb. creditis leg. vltim. infrà de condiction. tritic. leg. 2. de vsur. leg. si post acceptum* 18. *supr. de rei vindic.*

Dec. Factum testatoris legantis rem aliquam siue suam siue heredis sui factum est heredis, non ob id solùm, quòd heredis & defuncti vna eadémque persona esse existimetur *Nouell.* 48. *de iureiur. à morient. præstit. in princip.* sed etiam, quia heres adeundo hereditatem defuncti intelligitur quasi contrahere cum legatariis, non minus quàm cum hereditariis creditoribus *l. 3. §. vltim. & leg. seq. infr. quib. ex caus. in possess. eat. l. 5. §. heres quoque infr. de oblig. & act.* nec aliam ob causam tenetur heres, etiam inuitus legata soluere, quàm quia hereditatem adeundo semel voluit, quod sufficit *l. in diem* 9. *§. 1. de aqua & aquæ pluu. arcend.* cùm sciuerit, aut scire debuerit non alia lege adiri hereditatem à se potuisse *leg. si duo* 38. *de acquir. hered.* Aditio namque hereditatis licèt non faciat legatum, quod ex defuncti voluntate ac liberalitate proficiscitur *l. legatum est* 36. *de legat.* est tamen condicio, sine qua valere legatum non posset, cùm non adita hereditate sicuti testamentum ipsum destituitur, ita & legata cætéraque omnia corruant, quæ testamento data erant *leg. si nemo* 9. *infrà de testament. tutel. l. si nemo* 181. *de regulis iuris l. ea quam* 14. *Cod. de fideicom.* Perinde igitur condictionem amittere debet heres, cùm legati condictio post litem contestatam exstitit, atque si rem legatam sponte alienasset: nam & alienationis verbo etiam illa continetur alienatio, quæ per legem fit non minus quàm quæ per hominem *leg. alienationis* 28. *de verborum significat. leg. si fundum* 16. *de fund. dotal.* quia semper aliquod hominis factum intercedit, cui legis potestas & authoritas innititur. Nihil autem interest, an legati condicio existat ante an post litis contestationem: nam quæ iuris ratio impedire potest contestationem litis, eadem si post litem contestatam superueniat, impedit, ne ad condemnationem peruenìri possit, cùm litis contestatio magis facti sit, quàm iuris, condemnatio autem iuris quàm facti. Vnde est, quod in condemnando semper eum statum inspicimus, qui est tempore rei iudicandæ, non qui fuit tempore litis contestatæ *leg. item videndum* 28. *§. penultim. suprà de hered. petit. leg. quæsitum* 30. *in princip. infr. de pecul. leg. eleganter* 23. *§. si quis post transactionem*, vbi diximus *supr. de condict. indebiti*, nisi cùm agitur de ineunda rei debitæ æstimatione extra condictionem triticariam *leg. penult. & vltim. inf. de condict. tritic. leg. vinum* 22. *supr. de reb. credit.* ob rationem positam in *l. g. 2. infr. de vsur. leg. si Calendis* 11. *infr. de re iudic.* Consequens igitur est, quod Bartolus hîc benè notat, si lite pendente, id est, post litem contestatam actoris ius pereat, sequi omninò debere absolutionem, vt in huius legis specie Iulianus disertè scribit, seruo furtiuo legato sub ea condicione, quæ post litem contestatam exstiterit, perinde, inquit, ac si idem seruus sub condicione liber esse iussus fuisset, & post litem contestatam condicio exstitisset. Vtriusque verò sententiæ rationem subiicit *nam nec petitoris interest hominem recipere*, quia sicuti nemo auditur agere aut excipere volens, nisi cuius interfit *leg. 3. §. 1. infr. de verborum obligationibus, leg. ille à quo* 13. *§. si de testamento ad Senatusconsultum Trebellianum leg. 2. §. circa infr. de dolo mali except.* cùm & obligationes & actiones omnes ad hoc comparatæ sint, vt vnusquisque sibi acquirat quod sua interest *leg. stipulatio ista* 38. *§. alteri de verborum obligationibus leg. nihil aliud* 51. *de obligation. & action.* ita nec audiendus quisquam est ad inchoatam litem prosequendam si eius interesse desierit, dummodò id acciderit sine dolo vllo possessoris: hoc enim est quod addit Iulianus *& res sine dolo malo furis eius esse desierit*, nam non debet dolus possessoris ei patrocinari, vt facto suo actoris ius lædere, ac liberationem sibi acquirere possit *leg. Granius* 71. *§. pen. infr. de fideiuss. leg. vltim. supr. de pact. leg. si seruum* 91. *§. nunc videamus de verborum obligationib. leg. non debet alteri* 71. *de regulis iuris.* Puto autem in proposita huius legis specie sequi absolutionem debere, non tantùm ab instantia & obseruatione iudicij, vt malè putat Bartolus, sed etiam à petitione & actione ipsa: nulla enim actio superesse potest ei, cuius nihil amplius interest, vt diximus. Et sanè ratio hæc non tam ad instantiam, quàm ad actionem ipsam tollendam pertinet.

b *Quòd si pendente condicione iudicaretur.* Rat. dvbit. Id quod pendet, non pro eo habetur, ac si iam sit *leg. is damnum dat* 109. *§. 1. de regulis iuris.* Atqui condicio, quæ nondum exstitit, adhuc pendet, & quidem ita vt se indifferenter habeat ad esse & non esse, quia necesse est, vt possit existere & non existere, quemadmodum suprà dictum est. Ergo non perinde haberi debet, ac si iam exstitisset aut defecisset. Nec igitur danda heredi condictio est, nec pro eo iudicandum, si pendente condicione iudicetur, sed potius contra eum, cùm condicio, quæ nondum exstitit, similior esse videatur defectæ condicioni quàm impletæ, nisi quòd differentia inter vtramque illa est, quod defecta condicio dicitur absolutè non exstitisse, quæ verò impleta non est, nondum exstitisse *leg. hæc condicio* 10. *in fine principij infr. de condict. & demonstr.*

Dec. Etiam condicio, quæ pendet, alicuius vtilitatis est, quia licèt nondum exstiterit, potest tamen existere, & dubius ille euentus quantumlibet incertus, certo tamen prêcio æstimari potest, velut iactus retis aut aleæ *leg. propter spem* 23. *suprà famil. erciscund. leg. si iactum* 11. *infrà de action. empt. leg. cùm hereditatem* 7. *de heredit. vel action. vendit. leg. mortis causa* 18. *§. vltim. de mort. caus. donat.* Ergo non idcirco absoluendus fur est, quod pendente legati condicione heres contra eum agat condictione furtiua, cùm adhuc in eo sit condicio, vt possit existere: sed non ad aliud fur condemnabitur, quàm ad eam quantitatem, quæ ex illius spei venditione redigi potest: tanti enim res vnaquæque esse intelligitur, quanti vendi potest, vt ex hoc maximè textu probari vulgò solet, & ex *leg. 1. §. si heres infrà ad Senatusconsultum Trebellianum l. si quis vxori* 52. *§. penult. leg. si vendidero* 80. *§. 1. infra de furt.* nempe homini scienti condicionem rei, vt Bartolus hîc notat ex *dict. leg. mortis causa §. vltim.* & ex communi hominum existimatione, non ex priuati hominis adfectione *l. precia rerum* 63. *infrà ad leg. Falcid. l. si seruum* 33. *sup. ad l. Aquil.* nec vno aut altero momento, sed pluribus diuersisq; temporibus. Idq; non tantùm si de rei mobilis, sed etiamsi de immobilis venditione tractetur,

BIU Cujas

quamuis in eo differant res mobiles ab immobilibus, quòd immobilium, quæ locum mutare non possunt, precia sunt longè minùs incerta, quàm mobilium, quæ non modò pro temporum, sed etiam pro locorum varietate mutantur *l. 3. infr. de eo quod cert. loc.* item quòd immobilium rerum æstimatio plerunque ex earum reditu ineunda est *l. si fundum per fideicommissum 92. de legat. 1.* interdum etiam ex affectione emptoris propter loci opportunitatem, aliásve causas quas Iureconsultus enumerat in *l. 1. §. & aliàs videamus infr. Si quid in fraud. patron.* sufficit enim vt tanti habuerit emptor rem emere, cùm nemo ex necessitate emat, sed ex voluntate & electione, quod in venditore plerunque secus est, vt alibi tractauimus *Decad. de error. pragmat.* circa interpretationem *l. 2. C. de rescind. vendit.* Non est superioribus contrarium quod scriptum est *in l. 4. §. condemnatio versic. & si sub condicione infr. de tabul. exhib.* si sub condicione legatum sit, nec exhibeantur tabulæ testamenti, sic æstimandum esse legatum in interdicto de tabulis exhibendis, quasi existente condicione, adeò vt nec compelli debeat ad cauendum de restitutione, si postea condicio legati defecerit. Habet enim illud interdictum specialem rationem, quia pœnale est, & pœna hæc contumaciæ meritò præstatur ab eo qui tabulas testamenti non exhibet, vt ibidem Vlpianus disertè scribit. Etsi aliam quoque diuersitatis rationem adfert Bartolus, quòd ibi inquit, non erat ius de præsenti, sed sperabatur adesse, & recedere in condicionis euentum, hîc verò erat ius iam competens heredi de præsenti, sed quod in condicionis euentum abesse vel recedere sperabatur: quod equidem verè dicitur, sed ratio Vlpiani magis mihi probatur. Illud sanè verum est, multum referre, an is agit, cui ius agendi de præsenti non cõpetit, vt in hac lege, an verò is cui ius agendi iã competit, licèt in futurum recedere debeat in euentum condicionis, vt *in d. versicul. etsi sub condicione, & in l. in lege Aquilia 40. supr. ad leg. Aquil.* Priore casu non prodest agenti ad obtinẽdam condemnationem, quòd condicio possit existere, posteriore verò prodest, quòd possit deficere. Magis obstare videtur quod contra Proculum Paulus scribit in *l. in lege Falcidia 45. §. 1. infr. ad leg. Falcid.* in his legatis quæ sub condicione relicta sunt, si quæratur de lege Falcidia, non debere videri tantum esse in legato, quanti nomen venire potest, sed cautionibus meliùs rem temperari. Sed benè respondet Bartolus multum quoq; interesse, an quis recipiat debitum, quod nullo casu restituere debeat soluenti, vt in specie huius legis, quo casu nulla præstandæ cautionis necessitas vel vtilitas subest, vt scriptum est *in versic. seq.* an verò de eo debito agatur quod ei ipsi qui soluit, restituendum sit aliquo casu, puta emergente lege Falcidia, vt in *d. §. 1.* quo casu propter incertum restitutionis cautio certè necessaria est: etsi Proculi sententiam quam Paulus ibi improbat, Iulianus probasse videtur, itémque Vlpianus qui Iulianum refert in *d. l. 1. § si heres infr. ad SC. Trebellian.* ratione illa quam ibidem Vlpianus adfert, quòd ea sententia plures quæstiones dirimat, quæ ex cautionum interpositione passim emergunt. Quid enim cautionis præstatio aliud quàm nouæ in futurum litis materia est? Placet etiam illa distinctio Bartoli, quoties ex delicto agitur, an delictum culpa tantùm admissum sit, vt in lege Aquilia, in qua etiam leuissima culpa sufficit, *l. in lege 44. sup. ad leg. Aquil.* an verò etiam dolo malo, vt in condictione furtiua? Nec enim furtum fit vnquam sine dolo malo, & semper æquum est durius agi cum eo qui dolum quàm qui culpam admisit. Quanquam in eo minùs cautè loqui videtur Bartolus, quod non animaduertit in lege Aquilia, cùm culpa puniatur, multo magis dolum puniri *l. qui occidit 30. §. in hac quoque actione eod. § ac ne illud quidem Instit. eod.* nec eo minùs tamen verum esse illo quoque casu differentiam esse inter actionem legis Aquiliæ, & condictionem furtiuam, ob diuersitatis rationem illam, quam suprà attulimus.

1 ¶ Cauere autem ex hac actione petitor ei, cum quo agitur, non debebit.

Ad §. 1. Cauere.

Hunc §. iam explicauimus proximè. RAT. DVB. Propter incertum futuri euentus & pendentis condicionis videtur necessaria cautio, cùm existente legati condicione futurum sit, vt legatum debeatur legatario, nec vnquam heredis fuisse videatur, *l. legatum 80. de legat. 2. l. & post litem 12. §. res quæ supr. Famil. erciſc.* DEC. Non solet cautioni locus esse, cùm non pluris res æstimatur, quàm quanti nomen vendi potest *l. in lege 45. §. 1. ad l. Falcid. l. 1. §. si heres ad SC. Trebell.* itémque cùm restitutionis periculum nullum subest, vt in proposito, in quo illud amplius est, quod indignus est fur cui caueatur, nõ solum quòd imputati ei possit, cur non rem restituat, vt Accursius noster dicebat ex *l. & ex diuerso 35. §. petitur supr. de rei vind.* [quid enim si qua iusta de causa restituere ampliùs non possit?] sed etiam quia cautiones omnes non nisi ex æquitate præstantur, quæ furi & doloso suffragari nunquam potest *l. pen. in fin. infr. ad SC. Trebell. l. quòd si dolo 69. & seq. supr. de rei vind.* nam & tum quoque cùm rem furtiuam restituere fur non potest, adhuc tamen in ea restituenda moram facere intelligitur *l. si pro fure 7. §. vlt. l. in re furtiua 8. §. vlt. supr.* quia nec eam auferre ab initio debuit *leg. vlt. infr. hoc tit.* Quod autem Azo rationis loco adferebat, non agi hoc casu ad rei precium, sed ad quanti res est, non possum probare: nam & cùm res tanti æstimatur, quanti nomen eius vendi potest, precium illud rei est, & quidem iustum ac verum, cùm in eo statu nec aliter, nec meliùs æstimari res possit. Sed & illa etiam huius §. ratio est, quòd illo etiam casu quo existeret condicio legati, non eo magis tamen furtiua condictio legatario competeret, quoniam ei subrepta res non fuit *leg. sed nec legatarius 11. supr.* Itaque securus est fur, seque à condictione furtiua in plenum liberat, cùm heredi condicenti rem furtiuam restituit pendente condicione, quam nullo penitus casu alij dare vel restituere iuberi possit, non magis quàm si post existentem quoque legati condicionem dominium rei legatæ ad legatarium minimè pertineret.

2 ¶ Bou-

BIU Cujas

2 ¶ Boue ſubrepto & occiſo, condictio & bouis, & corij, & carnis domino competit, ſcilicet ſi & corium, & caro contrectata fuerint: cornua quoque condicentur. Sed ſi dominus condictione bouis pretium conſecutus fuerit[a], & poſtea aliquid eorum, de quibus ſuprà dictum eſt, condicet: omnimodo exceptione ſummouebitur. Contrà ſi corium condixerit[b], & pretium eius conſecutus, bouem condicet: offerente fure pretium bouis, detracto pretio corij, doli mali exceptione ſummouebitur.

Ad §. 2. Boue ſubrepto.

RAT. DVB. Non poteſt vna eademque res diuerſo iure cenſeri *vulg. leg. eum qui ædes 23. infr. de vſucap.* Atqui bos conſtat ex carne, corio & cornibus, tanquam ex partibus ſuis integralibus, ſine quibus ne quidem intellectu percipi poteſt. Ergo boue ſubrepto & occiſo, etiam caro & corium & cornua condici poterunt ex vetere & prima bouis contrectatione, nec alia nouáque contrectatione opus eſt, vt pro carne, corio & cornibus furtiuæ condictioni locus fiat: præſertim cum furtiua condictio ſit vindicationi, ſi non ſimillima, ſaltem proxima, quandoquidem non datur niſi domino *leg. 1. ſupr. l. vltim. vſufru. quem. caueat.* mortuo autem boue, qui meus fuit, nemo dubitet, quin & caro & corium & cætera, quæ ex boue ſuperſunt, vindicare poſſim tanquam mea, quandoquidem meum eſt, quicquid ex re mea ſupereſt, eiuſque vindicandius habeo *leg. ſolum 49. §. 1. ſupr. de rei vindic. iunct. l. Quintus 27. §. argento infr. de aur. & argent. leg.*

DEC. Multum intereſt, an bouem mihi ſubreptum potuerim petere tanquam meum actione in rem, & directa vindicatione, an verò actione in perſonam quaſi mihi debitum. Priore caſu mortuo boue non eo minus & carnem & corium & cornua, quæ ſuperſunt, vindicare poſſum, quia mea ſunt, cùm ex re mea ſuperſint. Et verò cuius eſſent alterius? Etſi enim mors, modus eſt amittendi dominij eius rei, quæ moritur, quia extare deſiit, ſiquidem res, quæ non eſt, dominum habere non poteſt, non tamen extinguit dominium earum rerum, quæ etiam poſt mortem ita ſuperſunt, vt alicuius vtilitatis eſſe adhuc poſſint, cuiuſmodi ſunt caro & corium bouis, & quæcunque ex eo mortuo ſuperſunt, quomodo extinguit vſumfructum *leg penult. ſupr. quib. mod. vſusfruct. amitt.* At poſteriore caſu ſi debitus tantùm mihi bos fuit vituus non poſſum eum mortuum petere, nec partes eius integrales, quæ mortuo eo ſuperſunt, quia quod extincta ſpecie ſupereſt, aliud quiddam eſt, & in nouam ſpeciem tranſit, quæ non ſimiliter debita dici poteſt: illud enim duntaxat debitum dici poteſt, quod in obligatione eſt, in obligatione autem bos duntaxat formaliter fuit, non caro aut corium bouis *leg. mortuo boue 49. de legat. 2.* vbi ſcriptum eſt, mortuo boue, qui legatus fuerat, neque carnem, neque corium deberi legatario: quo verbo *deberi* Paulus ſignificat tractare ſe de eo boue, qui petatur tanquam debitus, & per actionem perſonalem ex teſtamento, quamuis per vindicationem legatus proponatur. Etſi enim rei legatæ per vindicationem dominium tranſit recta via in legatarium *leg. à Titio ſexageſima quarta infr. de furt.* quaſi nunquam factum heredis *leg. legatum 80. de legat. 2.* multum tamen intereſt, an per actionem in rem & per vindicationem petatur, an verò per actionem perſonalem ex teſtamento, quæ non minus pro legatis per vindicationem competit, quàm pro legatis per damnationem *leg. cùm filius ſeptuageſim. ſext. §. variis de legat. 2. leg. prim. Cod. commun. de legat.* Similiter igitur, & in propoſita ſpecie, quamuis bos furtiuus, quem ponimus, quamdiu vixit, condici furi potuiſſe, ſed antequam condiceretur, mortuum eſſe vindicari potuerit iure dominij eum, cui ſubreptus fuerat, & eo mortuo quicquid ex eo ſupereſt, etiamnum vindicari poſſit, condici tamen poſt mortem amplius non poteſt, neque quod ex eo ſupereſt, quia dominus, qui condictionem furtiuam exercet, licèt ſit dominus, non tamen condicit tanquam dominus, ſed tanquam is, cui ex cauſa furti debetur, *leg ſed ſi damnum aliàs leg. peculium §. ſiue autem infrà De pecul.* nec rem ſuam perſequitur quaſi ſuam, quod vindicationis proprium eſt, ſed quaſi ſibi debitam, ideoque intendit aduerſarium non tam reſtituere, quàm dare ſibi oportere, vt toties in hoc tractatu ſcripſimus ex §. *ſic itaque Inſtitut. de action.* Atqui nihil fur debet, niſi ex cauſa furti, nec rurſus alterius rei furtum feciſſe videri poteſt, quàm eius, quæ ab eo contrectata eſt: furtum enim non fit ſine contrectatione. Ergo cùm bouem viuum contrectauerit, quatenus bos fuit, non carnem aut corium, conſequens eſt, vt boue mortuo non poſſit condictione furtiua teneri carnis & corij nomine, niſi & corium & carnem mortui iam bouis cõtrectauerit, vt Iulianus ſubtiliter hîc ſcribit. Nam & cùm duo ſunt eiuſdem rei domini in ſolidum, non tamen quiſquam eorum partis corporis dominus eſt, ſed totius corporis pro indiuiſo dominium pro parte habet *l. 5. §. vlt. infr. Commod.* nempe cùm de partibus integralibus agitur, non de quota iuris *leg. ſi ſtipulatus 9. §. 1. de ſolut.* iunge *leg. in commodato 17. §. duab. infr. commod.* vbi dicitur, eum, qui totum aliquod commodauit, non rectè acturum commodati de ſingulis partibus totum illud integrantibus. Nec pugnat quod dici ſolet, ex aſſiduitate contrectationis nouum furtum fieri non poſſe *l. ei qui 9. de furt.* Id enim pertinet ad eum caſum, quo eadem ſpecies aſſiduè contrectata ſit, non quo alia res & noua facta, licèt ex prima: quod hîc contingit: noua ſiquidem res facit nouam contrectationem & aſſiduam interrumpit, ſicut & diuerſitas perſonarum id faceret: ac præterea diſſolutio totius in partes ſuas integrales, non poteſt non tollere ſpeciem ipſam integralem, totque nouas ſpecies conſtituere,

quot anteà fuerant partes integrales iunctæ, nunc disiunctæ & separatæ. De illo non dubitatur, quin bos etiam mortuus condici possit, perinde ac si adhuc viueret *dict. leg. si pro fure §. vltim. & d.l. in re furtiua in princip. supr.* idque est quod subiicitur in sequẽti versiculo,

a *Sed si dominus condictione bouis precium consecutus fuerit.* RAT. DVB. Aliud est bos, aliud verò caro aut corium bouis, vt proximè diximus, ac proinde aliud precium bouis, aliud verò precium carnis, aut corij. Vnde est quod caro aut corium mortui pecoris negatur esse in fructu, quia mortuo pecore vsufructus extinguitur *l. pen. supr. quib. mod. vsufr. amitt.* Ergo etiãsi dominus agens condictione furtiua precium bouis consecutus sit, & posteà vel carnem vel corium condicat, non eo magis exceptione summouendus est: nam neque exceptio rei iudicatę locum habet, quoties alia res in iudicium deducitur, quàm quæ priùs deducta fuit *l. cùm quæritur 12. & seqq. infr. de exception. rei iudic.* sicut neque cùm alia persona est, quæ nunc agit *tot. titul. Cod. Int. alios acta vel iudic. aliis non nocer.*

DEC. Improbus est, & dolo malo facit, qui bis idem consequi velit *l. si quis dolo 51. in fin. infr. de re iudic.* Atquin is qui per bouis condictionem precium eius iam consecutus est, si carnem & corium adhuc petat, idipsum petit quod iam petiit. Neque enim duplex caro est, aut duplex corium, bouis viui & mortui, sed vna & eadem caro, vnum & idem corium licèt alio atque alio respectu, nec fieri potest, vt bouis mortui precium dominus consecutus sit, quin & carnis & corij precium ea æstimatione contineatur: quid enim æstimare possis in boue siue viuo, siue mortuo, si carnem & corium excludas? Etsi verò aliud est corium ipsum, & caro ipsa, aliud verò carnis & corij æstimatio *l. si alij 42. §. 1. supr. de vsufr. l. vltim. Cod. de fideicom. libert.* nihil tamen abesse dici potest domino, cui bos subreptus fuit, si precium bouis iam sit consecutus: succedit enim æstimatio in locum rei in hac quoque actione, quamuis speciali *dict. leg. in re furtiua in princip.* quia nec ad aliud comparata hæc condictio est, quàm vt dominus indemnitatem à fure aut furis herede consequatur. Perinde autem indemnis est, cui rei furtiuę æstimatio fuit præstita, atque is cui res ipsa furtiua, maximè verò si ponas peremptam esse, vt in hoc §. *rem furtiuam*, cuius corpus ipsum præstari ampliùs non possit *dict. leg. in re furtiua*, vbi scripsimus. Cùm ergo nihil ei abesse intelligatur, si rursum carnem ipsam & corium bouis mortui petat, repellendus est exceptione, non quidem rei iudicatę, vt perperam nostri putant, sed doli mali quæ cęteris exceptionibus deficientibus subsidiaria esse solet. Neque verò ponit Iulianus condemnationem vllam secutam, sed actum duntaxat esse condictione furtiua, ea autem actione consecutum fuisse actorem precium bouis. Proinde nascitur exceptio non ex eo quod actor egerit contra furem, sed quòd ab eo exegerit. Alioqui si egisset tantùm neque doli mali, neque rei iudicatæ exceptione repelli meo iudicio posset. Quare nec illud ad rem pertinet quod nostri obiiciunt, euidenter iniquum esse exceptionem rei iudicatæ ei proficere contra quem iudicatum est *l. euidenter 16. infr. de exception. rei iudic.* non enim hoc casu exceptio rei iudicatæ furi proficit, sed domino dolus proprius nocet, dolique exceptio, quæ ex dolo illo proficiscitur.

b *Contrà si corium condixerit.* RAT. DVB. Qui plus petit, repelli debet à petitione totius *l. 1. §. item quæritur infr. de aqua quotid. & æst.* vbi à tota aqua ducenda prohiberi potest is, qui maiorem aquę quantitatem ducit, quàm cuius ducendæ ius habeat. Atquin is qui postquàm corium condixit, & precium corij consecutus est, adhuc bouem vult condicere, vtique plus petit. Ergo repelli debet à petitione totius, nec proinde cogendus est offerre precium bouis detracto precio corij. DEC. In indiuiduis id obtinet: æstimatio autem de qua hîc agitur, cùm in pecunia numerata consistat, semper diuidua est: neque tam plus petit hic, quàm dolo facit qui bis idem vult consequi, vt suprà diximus. Ideóque non causa cadit, quomodo cadebat olim is qui plus petebat, *§. si quis agens Instit. de action. leg. 1. Cod. de plus petit.* sed doli mali exceptione summouetur, quod Bartolus non intellexit, existimans in proposita specie dominum causa non cadere, nec in totum repelli, quia plus petierit absque dolo malo, quod falsum est, sicut & quod idem Bartolus addit, non cecidisse olim à causa eum qui etiam dolo malo plus peteret, si non etiam illud concurrebat, vt dolo malo cautionem ab aduersario in plus exegisset: atque ita debere accipi quod scriptum est in *d. §. si quis agens*, apertè contrà quàm scriptum sit in eo §.

3 ¶ Idem iuris est, vuis subreptis. nam & mustum, & vinacia iure condici possunt.

Ad §. 3. Idem iuris est.

RAT. DVB. Non potest cõdici nisi illud ipsum corpus quod subreptum est *l. in re furtiua 8. supr.* Atqui subreptis vuis non ideo mustum subreptum videri potest, nec vinacia: sunt enim aliud vuæ, aliud verò & mustum & vinacia. Ergo subreptis vuis nec mustum, nec vinacia condici possunt. DEC. Compressis vuis atque ita in forma sua specifica extinctis, supereſt tamen mustum ex iis vuis factum, supersunt etiam vinacia. Ergo & condici possunt, non minùs quàm caro & corium mortui bouis, sed cum eadem distinctione, vt quemadmodum qui precium bouis per condictionem iam consecutus est, si corium posteà condicat, doli mali exceptione repellendus est, ita & qui vuas subreptas condixit, & earum precium percepit, si mustum iterum aut vinacia velit condicere æquè doli exceptione repelatur: itémque è contrario si mustum prius aut vinacia condixerit, deinde vuas ipsas quæ subreptæ fuerunt, velit condicere. Atque ita debet accipi quod scriptum est in *l. si quis vxori 52. §. si quis massam infr. de furt.* vt quod ei loco deest, ex hoc suppleatur. Iunge quæ dixi ad *l. ex argento 13. supr.*

15. CEL.

BIU Cujas

15. CELSVS libro 12. Digestorum.

QVod ab alio seruus subripuit, eius nomine liber factus furti tenetur. condici autem ei non potest, nisi liber contrectauerit.

Ad l. Quod ab alio 15.

RAT. DVB. Noxa caput sequitur *l. si cùm quis 41. §. quamdiu infrà de furt. l. 1. Cod. de noxal. act. l. licèt 4. C. an seruus pro suo fact.* Atqui condictio furtiua nascitur ex noxa & delicto, vt diximus ad *l. si pro fure 7. §. vltim. & l. 9. supr. hoc tit. ex l. si ambo 10. §. quoties inf. de compensat. l. sed si damnum 9. aliàs l. peculium §. siue autem infrà de pecul. l. si mulier 21. §. hæc actio rer. amot.* Ergo quàdiu seruus viuit, qui furtum fecit, quamuis postea liber factus sit, perinde tamen teneri debet condictione furtiua, atque actione furti ex veteri contrectatione, ex qua etiam furti adhuc tenetur, neque necesse est, vt noua sequatur contrectatio, vt quasi ex nouo furto condictione obligetur.

DEC. Separandæ sunt hac parte actiones ex delicto quæ dantur ad vindictam criminis, ab iis, quæ dantur ad rei persecutionem. In iis quæ sunt prioris generis procedit quod dicimus, noxam caput sequi, ne alioqui delicta impunita remaneant, non etiam in posterioribus, quia sunt ciuiles actiones, ex quibus nunquam seruus teneri potest, ex eo quod gessit in seruitute, neque durante seruitute, neque post manumissionem *d. l. licet & tot. tit. C. an seruus pro suo fact. post manumiss. ten. l. eum actum 17. suprà de negot. gest.* Prioris generis est actio furti, posterioris verò condictio furtiua. Meritò igitur Celsus hîc distinguit, an pro furto quod seruus in seruitute fecit alij quàm domino conueniatur actione furti post manumissionem an cõdictione furtiua, vt furti quidem conueniri possit, quæ pœnalis est, ne furtum sine pœna remaneat *leg. ita vulneratus 51. ad fin. supr. ad leg. Aquil. l. Stichum aut Pamphilum 95. in princ. de solut.* at non etiam condictione furtiua, quæ omnino ciuilis nec vllo modo pœnalis est, sed rem ipsam furtiuam tantùm persequitur *d. l. si pro fure 7. §. 1. supr. l. si pignore 54. §. cùm furti infr. de furt.* Rei autem persecutio nulla potuit ab initio nasci contra seruum, cum quo nulla ciuilis actio esse potuit *l. cum seruo 107. de regu. iur.* sed tantùm criminalis & pœnalis ex delicto *l. serui 14. de oblig. & action.* Noxa verò ea demum caput sequitur, quæ ab ipso noxæ instanti delinquentem obligat; aut enim pœnæ quis subiicitur statim atque delinquit, & eo ipso instanti, aut nunquam. Atqui seruus cùm facit furtum, subiicit se pœnis furti, siue pecuniariis, siue corporalibus: hac sola differentia, quòd pro pœna pecuniaria interim agi cum seruo non potest, qui neque stare in iudicio potest, neque pecuniam habere ex qua soluat, quomodo habet in pelle vnde corporalem furti pœnam luat; condictione autem furtiua, quæ non pœnalis vlla ex parte, sed omnino rei persecutoria est, nullomodo tenetur. Nec quòd verè fur est, facere tamen potest, vt condictione furtiua conueniri possit, sed condicendum est domino id quod ad eum peruenit, in residuum verò noxali actione agendum *l. si seruus 4. supr. hoc tit.* vbi totam rem hanc explicauimus. Noua igitur contrectatione serui opus est post manumissionem, vt pro furto quod in seruitute fecerat cõueniatur furtiua condictione, at non etiam vt furti actione. Cur verò loquitur Celsus de eo quod seruus subripuit ab alio quàm à domino? Nempe quia furti nomine, quod seruus domino suo fecerit, nulla obligatio inter dominum & seruum cõtrahi potest, nec magis criminalis quàm ciuilis, vt ex ea post manumissionem conueniri seruus possit à domino, qui eum conuenire domi potest & debet, vt loquuntur Imperatores in *l. vlt. C. an seruus pro suo fact.* datio enim libertatis omnem præcedentis delicti memoriam quod ad dominum delet, nec minus si ad criminis vindictam, quàm si ad rei persecutionem agere dominus velit. Ex his intelligimus quàm male Accursius, & Accursium secuti nonnulli hac lege abutantur, vt probent, condictionem furtiuam non nasci ex delicto, quasi actiones omnes ex delicto ad criminis vindictam dari necesse sit, nullam verò ad meram rei persecutionem, quod certè falsum est. Inferre potius ex hac lege debuerunt, condictionem furtiuam nullomodo pœnalem esse, multóque minus criminalem, nam si pœnalis & criminalis esset, non minus in ea quàm in furti actione noxa caput sequeretur.

16. POMPONIVS libro 38. ad Quintum Mucium.

QVi furtum committit, vel re commodata, vel deposita vtendo: condictione quoque ex furtiua causa obstringitur. quæ differt ab actione commodati[a], in hoc, quod etiam si sine dolo malo, & culpa eius interierit res, condictione tamen tenetur: cùm in commodati actione non facilè vltra culpam, & in depositi vltra dolum malum teneatur is, cum quo depositi agetur.

Ad l. Qui furtum 16.

RAT. DVB. Is demum condictione furtiua tenetur, qui rem alienam furto subripuit, sicuti nec alius ea condictione agere potest, quàm cui res subrepta est *l. prox. l. sed nec legatarius 11. supr. hoc tit.* Atqui commodatarius, vel depositarius, qui re deposita vel commodata vtitur aliter, quàm vti debuit, non ideò tamen rem depositam, vel commodatam dominо subripit: retinet enim dominus non modò proprietatem, sed etiam possessionem rei depositæ vel commodatæ per depositarium & commodatarium *l. rei commodati 8. & seq. inf. Commod. l. licet 17. §. 1. inf. deposit.* Non ergo potest hoc casu condictio furtiua locum habere, sed eo tantùm casu quo depositarius vel commodatarius in re restituenda dolum admittat, nec velit eam reddere *l. si quis inficiatus 13. in pr. & §. 1. eod. tit.* DEC. Etiam depositarius & commodatarius furtum faciunt, cùm re deposita vel cõmodata vtuntur aliter, quam dominus deponendo vel commodando voluerit: furtum enim fit, non solùm cùm quis intercipiẽdi causa rem alienam amo-

BIU Cujas

uet, sed etiam generaliter, cùm quis alienam rem inuito domino contrectat §. *furtum autem fit Instit. de oblig. quæ ex delict. nasc. l. qui iumenta* 40. *l. si is cui* 71. *l. si pignore* 54. *in princip. infr. de furt.* Ideóque furtum diffinitur interuersio non tantùm possessionis, sed etiam vsus rei alienæ *l.* 1. §. *vlt. eod.* §. 1. *Instit. de oblig. quæ ex delict. nasc.* Atqui quisquis fur est, hocipso furtiua condictione adstringitur domino, si modò agi cum eo possit *l.* 4. *&* 5. *supr.* Ergo is etiam qui furtum admisit re cõmodata vel deposita vtendo aliter quàm debuit, condictione furtiua perinde obstringi potest, ac si rem ipsam depositam vel commodatam subripuisset. Nec eo minùs tamen tenetur actione depositi vel commodati: nemo enim adiiciendo delictum liberat se à contractu *l. si seruum* 91. §. *nunc videamus infr. de verbor. oblig. l.* 2. *de priuat. delict.* Sed tamen altera actio alteram perimit aut ipso iure, aut quod est tutius, exceptione, scilicet cùm actor ex altera indemnitatem consecutus est *l. qui seruum* 34. §. *si is cui de obligat. & action.*

a *Quæ differt ab actione commodati.* RAT. DVB. Etiamsi casu fortuito res deposita vel commodata perierit, ac citra omnem omnino culpam vel depositarij vel commodatarij, potest tamen interdum teneri depositarius vel commodatarius etiam depositi actione, vel commodati, nimirum cùm dolus vel culpa præcessit casum *l. si vt certo* 5. §. *sed interdum infr. commod. l.* 1. §. *si rem depositam* 25 *infr. depos.* Atqui fur & culpam, &, quod magis est, moram in re furtiua contrahere intelligitur, quandiu eam non restituit, quam nec ab initio auferre debuit, *l. in re furtiua* 8. §. *vlt. supr. l. vlt. infr. hoc tit.* Ergo fieri nequit, vt non de casu quoque fortuito teneatur depositarius, vel etiam commodatarius, qui præterea fur est, quamuis ille qui nihil nisi commodatarius est, de culpa tantùm, sed qualibet teneatur, depositarius verò duntaxat de dolo *d. l. si vt certo* §. *nunc videndum commod.* §. *item is cui Instit. quib. mod. re contr. oblig.* DEC. Non omnis culpa vel mora commodatarij aut depositarij, quæ casum præcedit, obligat commodatarium vel depositarium de casu fortuito, sed ea demum quæ ad casum illum ordinata est, vt Bartolus non malè loquitur ex *l. vlt.* §. 1. *infr. de leg. Rhod. de iact.* Atqui culpa & mora quam depositarius vel commodatarius contrahit in re furtiua non restituenda, non est ordinata ad casum quo ea res posteà pereat, cùm æquè salua manere possit penes furem, atque penes dominum. Ergo non potest ea res augere obligationem commodati vel depositi, vt ob id magis & durius obstringatur depositarius vel commodatarius actione depositi aut commodati. Proindeillа inter actiones istas quæ ex contractu proficiscuntur, & condictionem furtiuã quæ ex delicto nascitur, manebit differẽtia, quòd re perempta citra culpam vllam cõmodatarij, aut citra dolũ depositarij, nulla depositi vel commodati actio supererit, sed condictio tamen furtiua supererit, per quam dominus à depositario vel commodatario plenissimam indemnitatem consequatur, at non tanquam à depositario vel à commodatario, sed tanquam à fure.

17. PAPINIANVS libro 10. Quæstionum.

PArui refert ad tollendam condictionem, offeratur seruus furtiuus, an in aliud nomen, aliúmque statum obligationis transferatur. nec me mouet, præsens homo fuerit, nécne a: cùm mora, quæ eueniebat ex furto, veluti quadam delegatione finiatur.

Ad l. Parui refert 17.

RAT. DVB. Fur quamdiu rem furtiuam non restituit, moram in ea restituenda facere intelligitur *l. in re furtiua* 8. §. 1. *supr. l. vlt. infr. hoc tit.* Atqui nouatio quamuis priorem obligationem tollat, rei tamen restitutionem non continet, ideóque nec debitorem in plenum liberat, sed ita vt transfundat præcedentem obligationem in sequentem *l.* 1. *infr. de nouat.* Quod in solutione diuersum est, quæ omnem omnino perimit obligationem, nec minùs naturalem quàm ciuilem §. 1. *Institut. Quib. mod. tollit. obligat.* Etsi autem oblatio sola quantumlibet realis (de hac enim sola intelligendi sunt Iureconsulti quoties de oblatione loquuntur) non eandem vim habet, quia nec solutionis loco est, nisi secuta demũ obsignatione *l. acceptam* 19. *C. de vsur. l. obsignatione* 9. *C. de solut.* ad hoc tamen prodest, quòd & priorẽ moram purgat, & creditorem sine causa recusantem in mora constituit *l. si seruum* 91. §. *sequitur de verb. oblig. l. qui decem* 72. *in princ. &* §. 1. *de solut.* Ideóque mirum non est condictionem furtiuam tolli per oblationem, nec ideò consequens est, vt perinde tolli debeat per nouationem, quæ nec rei restitutionẽ continet, vt diximus, nec dominum in recipiendæ rei mora constituit. Ergo multùm refert ad tollendam condictionem furtiuam an offeratur res furtiua, an in aliud nomẽ aliúmque statum obligationis, quod per nouationem fit, maximè verò per delegationẽ, transferatur. DEC. Nouatio quælibet ac præsertim delegatio priorem obligationem perinde tollit, atque solutio *l. solutione* 23. *de solut.* in eóque maiorem vim ac potestatem habet quàm oblatio, quæ non nisi ad purgandam moram prodest, & ad constituendum creditorem in mora: nec enim fieri potest, vt prior tollatur obligatio siue ex contractu, siue ex delicto nascatur, quin mora quoque deleatur, quæ ex ea obligatione contracta fuerat. Sufficit autem ad tollendam condictionem furtiuam, vt mora illa tollatur, quam in restituenda re furtiua contrahere fur intelligitur, non quasi exinde furtiua res haberi debeat pro restituta, si non etiam illud concurrat, vt post oblationem res perierit (est enim ille vnus ex moræ effectibus, vt rei periculum transferat in moratorem *l. si ex legati* 23. *& seq. de verb. oblig.*) sed quia per oblationem solam dummodò veram, non fictam perinde purgatur odium furis, atque ipsam rei restitutionem, quo solo furis odio inducta condictio est §. *sic itaque Instit. de action.* Ex hoc apparet, facilius tolli personalem obligationem, quæ parit condictionem, quàm cæteræ obligationes tollantur, quæ vtique etiam post oblationem superfunt: est enim oblatio modus constituendi aduersarium in mora, aut purgandi moram, si qua ex parte offerentis præcesserat, non etiam tollendæ obligationis, aut actionis. Itaque est etiam hoc singulare, vt & alia pleraque, in condictione furtiua, & ratio diuersitatis non illa tantùm est, quam modò

BIU Cujas

modò attulimus, quòd post oblationem nullum furis odium supersit, quo solo innitebatur condictio, sed etiam quia non vsque adeò fur per eiusmodi oblationem liberatur, vt non adhuc per vindicationem tanquam possessor conueniri possit, cùm & ipse possessor remaneat, & aduersarius dominus: quæ duo media sunt, &, vt pragmatici loquuntur, extrema vindicationis. Non enim oblatio sola mutare dominium potest, nec modus est amittendi aut acquirendi dominij. Ergo neque tollendæ vindicationis. Necest contrarium quod per eiusmodi oblationem furti actio non tollitur, sicut neque per pœnitentiam *l. qui ea mente 65. infr. de furt.* id enim fit, quia furti actio pœnam delicti persequitur, delicti autem veritas ne quidem per rei furtiuæ restitutionem ipsam deletur. At condictio furtiua, licèt æquè ex furto nascatur, attamen non nisi furis odio comparata est, quod post oblatam, licèt sine causa recusatam rei furtiuæ restitutionem nullum, vt diximus, supereſt.

a *Nec me mouet præsens homo fuerit, nécne.* RAT. DVB. Oblatio fieri non potest nisi rei præsentis, sicuti neque traditio, cùm nihil aliud sit traditio quàm datio possessionis *leg. 3. in princip. infr. de action. empt.* possessio autem sine aliquo actu corporeo adprehendi non potest *l. 1 in princ. & §. penult. infr. de acquir. poss.* nec agens vllum potest agere in distans, vt aiunt Philosophi. Vnde est quod quoties traditio ficta interuenisse intelligitur ad transferendum dominium, rem præsentem esse oportet, ne alioqui potentior sit traditio ficta quàm vera *l. eius rei 46. & seq. supr. de rei vind.* Atqui nouatio hæc per quam dicimus tolli condictionem furtiuam, æquiparatur oblationi, eundémque effectum habere dicitur. Ergo præsentem rem esse oportet, vt per nouationem quoque condictio tollatur. Atque ita Marcellus sensisse videtur in *d. l. qui decem §. idem responsum est de solut.* vbi ait, si quis cùm subreptus sibi seruus esset sub condicione stipulatus fuerit *quicquid furem dare facere oportet*, furem quidem condictione liberari si oblatum seruum accipere dominus noluit, sed si tamen cùm in prouincia fortè seruus esset, stipulatio interceſserit, & priusquam facultatem eius restituèdi nanciſceretur fur vel promissor deceſserit seruus, aliud dicendum esse, cùm non possit videri fur eum propter absentiam obtulisse.

DEC. Alia ratio est purgandæ moræ per oblationem, alia verò per nouationem. Purgatur mora per oblationem ita demum si præsentia rei interueniat, quia nec offerri verè potest, nisi id quod præsens est, quia præsentia intercedente, negari non potest, quin pro tradita haberi debeat ea res, quæ ne tradita sit per solum creditorem steterit, ex regula *l. in omnibus causis 39. & l. in iure ciuili 161. de regul. iur.* At per nouationem ideò purgatur mora, quia prior obligatio tollitur, ex qua fuerat contracta mora: sublata namque obligatione, nulla præcedentis moræ ratio haberi potest: perinde autem tollitur obligatio per nouationem absente ea re, quæ in stipulationẽ deducitur, atque si præsens illa fuisset: stipulationẽ enim inter præsentes quidem, at non etiam de re præsenti fieri necesse est *l. 1. de verb. oblig.* Benè igitur Papinianus ait, nihil referre, an præsens fuerit seruus furtiuus, an absens, cùm in stipulationem nouandi animo interpositam transferebatur: cùm vtroque casu perinde mora furis purgetur, & quidẽ, si nouatio expressim facta sit, siue per delegationẽ, siue alio quouis modo, expeditum est. Atque ita Papinianum Accursius noster cum Marcello conciliat, vt Marcellus eum casum tractet quo stipulatio simpliciter interposita sit, Papinianus verò illũ quo nouandi animo. Quam conciliationis ineundæ rationem & nos secuti sumus ad *leg. in re furtiua.* Neque verò melior alia etiamnũ occurrit. Sed nunc me mouet, quod postrema illa huius legis verba *cùm mora quæ eueniebat ex furto veluti quædam delegatione finiatur*, innuunt non obscurè, nullam hîc delegationem veram præcessisse, nisi quæ ex promissoris mutatione induci tacitè solet, cùm aliud actum nõ est *l. vlt. C. de nouat.* qui casus ille ipse est quem Marcellus supradicto loco tractat. Et verò non esse necessariam nouationem ad purgandam moram furis, in eámque rem sufficere simplicem stipulationem, apparet euidenter ex eo quod Vlpianus hanc ipsam quæstionem ex eodem Marcello tractans in *l. scire debemus 29. §. vlt. de verb. oblig.* ait, si à fure hominem sim stipulatus, non valere stipulationem, sed ita demum si stipulatus sim, *quod furem dare facere oportet.* Nemo enim rem suã stipulari potest, ne quidẽ à fure, nisi sub condicione *l. nemo rem suam 82. eodem tit.* quò pertinent verba illa *sub condicione* apud Marcellum in *d. §. idem responsum est.* Hoc enim casu idem accidit quod in aliis plerisque, vt expressa noceant, quæ non expressa non nocerent, quomodo habet iuris regula. *Quòd si postea*, inquit Vlpianus *sine mora deceßisse proponatur seruus, non teneri furem condictione Marcellus ait*, quasi purgata scilicet mora per stipulationem, non autem quasi facta nouatione: sequitur enim apud Vlpianum ex eodem Marcello *quãdiu enim viuit, condici poterit*, quod vtique falsum esset, si condictio per nouationem facta fuisset sublata, vt in *l. vlt. in fin. infr. rat. rem haber.* At si deceſsisse proponatur seruus furtiuus, in ea condicione est, vt euanescat condictio propter stipulationem, vt ibidem Vlpianus subiicit, nec tamen addit, an præsentem fuisse seruum necesse sit tempore interpositæ stipulationis: sed cùm Marcelli sententia & authoritate nitatur, vix est, vt aliam interpretationem recipere possit, quam ex Marcello ipso, qui præsentiã necessariam esse putat, vt stipulatio simpliciter, nec nouandi animo interposita vim oblationis habere possit, cũ nec offerri verè seruus possit, nisi qui præsens est. At Papinian. vult stipulationem hanc similiorem esse delegationi, quàm oblationi, nempe cũ dominus non à fure ipso, sed ab alio stipulatus est, dari *quod furem dare facere oportet.* Alioqui, quid obsecro, haberet simile aut commune promissio ab ipso fure facta cum delegatione, quæ non nisi per mutationem personæ potest contingere? Ergo quẽadmodum delegatio præsentiam rei quæ promittitur, non requirit, sed tantùm personarum contrahẽtium, ita nec in hac stipulatione seruui subrepti præsentiam requiri Papinianus credidit ad purgationẽ moræ, ideò fortasse, quòd satis offert is, qui stipulanti daturum se promittit, etiam citra nouationẽ, & delegationem, licèt res præsens non sit, quia nec statim soluere aut tradere eam vult, sed cùm ex stipulatione agetur: sibique debet imputare dominus, qui pro oblatione & restitutione rei promissorem nouum habere maluit, furtiúmque cõdictionem sibi ex causa furti partam ad initium alterius & nouæ petitionis redigere, vt in *l. minor 41. supra de minor.* Quod si à fure ipso dominus rem furtiuam simpliciter stipulatus sit, nec animo nouandi, faci-

BIU Cujas

lius admitti sententia Marcelli potest, vt ad purgãdam moram necesse sit, præsentem esse seruũ tempore stipulationis, aut saltem in eo loco vbi restituendi eius facultatem nancisci fur potuerit, antequam seruus moreretur *dict. §. idem responsum est*, quoniam hoc casu neque oblatio vlla facta videri potest, quam tamen Marcellus exigit, neque delegatio, aut quasi delegatio, quæ ex sententia Papiniani necessaria est, quoties oblatio vera vel ficta deficit, nec tamen interuenisse videri potest, cùm eadem persona est promissoris quæ fuit primi debitoris. Concludamus igitur procedere Marcelli sententiam, cùm fur ille est qui promisit, Papiniani verò, cùm alius: in hac tamen posteriore specie Marcellum à Papiniano dissentire, quatenus in ea quoque præsentiam serui furtiui exigit, non etiam in priore, in qua nec Papinianus aliud existimauit. Itaque quod hîc dicitur *in aliud nomẽ*, sic intelligo ac si scriptum esset, *in alium debitorem & in alterius debitoris personam*. Et quod sequitur *aliúmque statum obligationis* ostendit Papinianum nihil aliud exegisse ad purgandam furis moram tollendámque cõdictionem, nisi vt mutaretur status obligationis, non item vt nouaretur & in totum perimeretur.

18. SCÆVOLA lib. 4. Quæstionum.

QVoniam furtum fit, cùm quis indebitos nummos sciens acceperit, videndum est, si procurator suos nummos soluat, an ipsi furtum fiat & Pomponius epistularum libro octauo ipsum condicere ait ex causa furtiua. sed & me condicere, si ratum habeam, quod indebitum datum sit. sed altera condictione altera tollitur.

Ad l. Quoniam 18.

RAT. DVB. Etiam cùm quis per errorem indebitos nummos soluit scienti falso creditori, transfert nihilominus nummorum dominium, ideóque habet condictionem indebiti, quam alioqui non haberet, si dominium translatum non esset. Nec enim datur illa domino, vt nec alia vlla condictio, sola furtiua excepta *l. vlt. sup. vsufruct. quem. caueat.* nisi fortè quis putet condictionem indebiti non dari nisi aduersus eum qui indebitos nummos ignoranter accepit, quod nihil aliud est quàm destruere totum illum *tit. de cond. indeb.* vt Bart. loquitur. Atqui nemo rei suæ furtum facit, vt constat ex furti diffinitione posita in *l. 1. infr. de furt. & initio tit. Instit. de oblig. quæ ex delict. nasc.* extra aliquos casus de quibus in *§. aliquando eod. tit. & in l. si is qui rem pignori 66 infr. de furt.* Ergo qui nummos indebitos sciens accepit, aut furtum non facit, aut condictione indebiti non tenetur.

DEC. Cõtrectatio rei alienæ inuito domino furtum est *d. l. 1. de furt.* Inuitum autem accipere eum debemus non tantùm qui contradicit, verùm eum quoque qui consensisse non probatur, vt in Edicto de procuratoribus *l. filiusfamilias 8. §. inuitus suprà de procurat.* & in tractatu de seruitutibus *l. inuitum 5. sup. vrban. præd.* nisi putet se ex voluntate domini cõtrectare, nec enim furtum sine animo furandi & lucrandi cõmittitur *§. placuit de oblig. quæ ex delict. nasc. l. inter omnes 46. §. rectè dictum est l. qui re 76. de furt.* Atqui errantis nullus consensus est *l. nihil consensui 116. §. vlt. de regul. iur. l. si quis per errorem 15 supr. de iurisd. leg. sed hoc ita 20. infr. de aqua & aquæ pluu. arcen.* Errat autẽ qui labitur in persona creditoris, siue putet verũ creditorem eum, qui re vera falsus est, & tamen simulat se verum creditorem, vt in *l. falsus 43 in prin. de furt.* siue falsus procurator sit, siue veri siue falsi creditoris, vt in *l. si procuratori falso 14.* vbi diximus *sup. de cond. cauſ. dat. l. si vendidero 80. §. vlt. infr. de furt.* siue denique pro creditore Titio alius Titius dolo malo subiectus sit, qui se creditorẽ esse dicat, vt in *l. si quis vxori 52. § cùm Titio & in l. si is qui rem pignori 66. §. si tu Titium eod. tit.* Quibus casibus error soluentis non aliunde nascitur, quàm ex dolo eius qui accipit solutionem, is verò dolus nihil nisi furtum est, vt & in *d. l. si vendidero § falsus autem.* Quod non similiter dici potest de eo qui proprio suo errore, nimiáq; sua facilitate deceptus soluit falso creditori, etiam scienti. Ergo superioribus casibus fatendum est eum, qui sciens indebitos nummos dolo malo non tam accipit quàm extorquet à non debitore furtum eorum nummorũ facere: etsi enim soluti sunt à domino, & quidem animo transferendi dominij, soluti tamen sunt sub ea veluti conditione tacita, si creditor ille sit, qui accipit solutionem, vt Accursius hîc notat *arg. l. si me in vacuam 34. inf. de acquir. possess. l. voluntate 10. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit. l. si iure 18. de legat. 3.* soluuntur. n. à dubitante & titubante debitore. Quod longè diuersum est in eo, qui vltro solutionem offert ei quem certo putat, licèt per errorẽ verum esse creditorem: nulla enim solutioni huic cõdictio talis ineſt *si sit creditor*, nec magis tacita quàm expressa, vt non malè Bartolus hîc distinguit. Porrò quo casu nummorum furtum facit is qui nummos accipit, certum est dominium eorum non transferri in accipientem *d. l. falsus 43. in princip. de furt.* Alioquin eodem instanti condictio furtiua & nasceretur & extingueretur, postquam sua voluntate dominus rei furtiuæ dominium amisisset *l. siue manifestus 10. suprà* quod esset ridiculum, vt idem quoque Bart. subtiliter argumentatur ex *l. Titio cùm moritur 51. sup. de vsufruct. l. promissor 21. §. 1. inf. de pecun. constit.* Consequẽs igitur est, vt eorum nummorum nomine condictio furtiua competat soluenti tanquam qui dominus manserit, cùm soli domino hæc condictio competat *l. 1. supr.* non etiam condictio indebiti, quæ dominij amissionem & translationem præsupponit. Ac proinde si procurator meus tibi falso creditori scienti nũmos suos soluerit, cùm ipsi furtum factum sit, non mihi, furtiua cõdictio non mihi competet, qui non sum dominus, sed ipsi quasi domino, nec si ratum habeam, quia ratihabitio non facit me dominum, sed acquiritur mihi hoc casu condictio indebiti, quia ratam habendo solutionem à procuratore meo factam, hoc ipso me obligo ad præstandam ei indemnitatem: quæ res facit, vt mihi non furtiua quidem, sed tamen indebiti saltem condictio acquiri debeat *dict. l. si vendidero 80. §. vlt. iunct. §.*

cùm

BIU Cujas

cùm si Titius infr. de furt. vbi Papinianus eleganter & subtiliter more suo totam quæstionem hanc latius tractat. Quòd si nummorum qui soluti sunt domino in accipientem translatum esset, neutra procuratori meo condictio competeret, id est, neque furtiua neque indebiti, sed mihi soli condictio indebiti, secuta demũ ratihabitione, vt benè Accurs. noster notat ex *l. si procurator 8 supr. de cond. indeb.* Sed & superiore casu, id est, cùm furtiua condictio non mihi, sed procuratori meo acquisita fuit, si postea procuratore meo contra me agente ratam habeam solutionem, eique indemnitatem præstare paratus sim, æquitas facit, vt per doli mali exceptionem cogendus sit furtiua condictione mihi cedere, ne bis idem consequatur *d. §. si Titius & d. §. vlt.* Non tantùm autem cõdictionem furtiuam habet procurator, qui soluit falso & doloso creditori, sed etiam actionem furti *d. §. vlt* Ergo quod in hac lege subiicitur *sed & me condicere ait, si ratum habeam quod indebitum datum sit*, non de condictione furtiua intelligi debet, quæ non magis duob. competere in solidũ potest, quàm illud fieri, vt duo sint eiusdem rei in solidum domini *l. 5. §. vlt. infr. commod.* nec magis de vtili quæ nulla est quàm de directa, vt malè nõnulli apud Accursium existimant, sed de sola condictione indebiti, vt idem Accursius benè explicat.

19. PAVLVS lib. 3. ad Neratium.

IVlianus ex persona filiæ, quæ res amouit, dandam in patrem condictionem in peculium, respondit.

Ad l. Iulianus 19.

RAT. DVB. Actio de peculio non solet dari in patrem vel in dominũ, nisi cùm ex contractu actio venit *l. 1. § si filius familias supr. de his qui effud. vel deiec.* Atqui actio rerum amotarum non ex contractu nascitur, sed ex delicto, sicut & condictio furtiua *l. si mulier 21. § hæc actio infr. rer. amot.* Ergo ex persona filiæfamilias quæ mariti res amouit, actio de peculio in patrem dari non potest. Quòd si legem hanc non de actione de peculio intelligas, quomodo nos ipsi explicauimus *decad. 78. error. 7. ad finem*, sed de furtiua condictione, quomodo alij plerique explicant, alia erit fortiórque dubitandi ratio quòd cõdictione furtiua nunquam alius tenetur, quàm qui ipse furtum fecit aut heres eius, non etiam pater furis qui neque fur ipse neque furis heres est *l. ex furtiua 5 supr.* Item quòd ex pœnalibus causis actio de peculio in patrem non datur *l. ex pœnalibus 58. de reg. iur.* causa autem condictionis furtiuæ pœnalis est, cùm nascatur illa ex furto, quod actionem furti pœnalẽ parit, quamuis condictio ipsa furtiua pœnalis non sit, vt docuimus ad *l. in condictione 9. sup.* Ergo neque condictio furtiua ex persona filiæfamilias, quæ mariti res amouit, contra patrem danda est, ne quidem in peculium.

DEC. Non est patri permittendum, vt ex delicto filiæ impunè locupletetur. Atqui locupletaretur si neque actione de peculio, neque condictione furtiua conueniri posset, eatenus saltem quatenus ex delicto filiæ, quod nec aliud re vera quàm furtum est, peculium locupletius factum esset *l 3. §. ex furtiua infr. de pecul. l. 3. §. vlt. infr rer. amot. iunct. l. vlt. eod.* Ergo ex persona filiæfamilias quæ mariti res amouit, patrem quoq; teneri æquum & iustũ est. In eóque prudentes omnes veteres consenserunt: sed qua actione conueniri debeat, non æquè constanter decreuerunt. Mela enim & Fulcinius, quos Paulus refert probátque in *d. l. 3. §. vlt rer. amot.* actionẽ de peculio in eam rem dandã esse putauerunt, quòd causa actionis rerum amotarũ non sit pœnalis, quomodo causa cõdictionis furtiuæ, quia displicuit eã furti obligari ob honorẽ scilicet ac pudorem matrimonij *l. 1. & 2. eod. tit. l. vlt. §. vlt. C. de furt.* Atq; ita putarunt non offendi supradictam iuris regulam, quæ non patitur, vt ex pœnalibus causis in patrem vel in dominum actio de peculio detur *d. l. ex pœnalibus 58. de reg. iur.* Alij verò conuenientius putarunt, vt quod ex reb. per filiam amotis ad patrem peruenit, vtili iudicio actionis rerum amotarum petendum sit, quæ Papiniani fuit sententia in *l. viua quoque filia 5 rer. amot.* quæ & mihi probabilior videtur, & iuris regulæ magis cõsentanea. Nam quod Mela & Fulcinius dandam putabant actionem de peculio, licèt non pugnet cum *d. l. ex pœnalibus* pugnat tamen cum alia iuris regula, quæ negat actioni de peculio locum esse, nisi cùm actio quæ contra filium vel seruum competit ex contractu venit *d. §. si filius familias.* Qua ratione fortassis motus Iulianꝰ, vt fuit iuris prudentissimus & religiosissimus, non credidit actionem de peculio locum habere hoc casu posse, sed potius condictionem furtiuam, at non simpliciter & insolidum, vt aliàs solet competere, sed in peculium duntaxat, id est, quatenus in peculio est, & insolidum peculium, non quatenus ex ea rerum amotione locupletius peculium factum est, vt Accursius interpretatur, & quomodo ex furto serui datur in dominum, nam in residuum contra dominum noxalis est *l. 4. supr.* quæ contra patrem ex delicto filij noxalis esse nũquam potest, cùm filius qui deliquit, cõueniri ipse ex persona sua possit *l. ex furtiua 5.* vbi diximus *eod.* Neque verò qui putarunt actionem de peculio ex persona filiæfamilias, quæ mariti res amouit, contra patrem dandam esse, restrinxerunt eam actionem ad id quo locupletius peculium factum sit, sed in peculium simpliciter & de peculio dari dixerunt, quod non nisi de solido peculio intelligi certè potest *d. l. 3. §. vlt rer. amot.* in cuius fine quod scribitur non teneri patrem iudicio rerum amotarum post mortem filiæ nisi quatenus pater ex ea re locupletior factus est, ostendit satis non idem dicere Melam & Fulcinium voluisse, cùm actionem de peculio contra patrem dandam esse scripserunt, quamuis Tribonianus sub Vlpiani nomine cõtra scripserit in *d. l. 3. §. pen. in fi. de pecul.* Videtur autem Iulianum illud mouisse, quòd condictio furtiua, licèt ex delicto nõ ex contractu nascatur, perinde tamen ciuilis & merè rei persecutoria est, ac si ex cõtractu nasceretur, nec pœnalis aut famosa vllomodo est: adeóq. nec turpis tanquam quę furti exprobrationem contineat, si detur cum adiectione illa *in peculium* quomodo dabat eum Iulianus. Ostendit enim adiectio illa patrem non

BIU Cujas

ex persona sua conueniri per condictionem, sed ex persona filij, qui solus peculium habere potest non etiam paterfamilias *l. vlt. C. de inoff. testam. l. si quis cum filiofamilias 44. infr. de pecul.* Hæc quidem paulò aliter in Chiliade explicauimus, sed vt nobis interpretatio, quam nunc attulimus, magis arrideat, illud facit quod durius sanè est, vt condictionem Iulianus dixerit, aut pro actione de peculio, aut pro actione rerum amotarum: neutra enim condictio dici vllomodo potest. Neque rursus mirum videri debet in quæstione quæ prudentes cæteros dissentientes habuerit, Iulianum nouam & temperatiorem, vt ita dixerim, opinionem induxisse. Dices, secundùm hanc interpretationem fore, vt durior sit condicio patris cuius filia res amouit, quàm sit domini cuius seruus furtum fecit, cùm hoc casu dominus non teneatur condictione nisi quatenus ad eum peruenit, pater verò ex amotione filiæfamilias in solidum peculium. Sed respondeo quod iam attigi, imò meliorem esse condicionem patris, quia supra eam quantitatem quæ in peculio est, nullomodo tenetur, dominus autem de residuo quod ad eum non peruenit, etiam noxali actione conuenitur *d. l. 4. sup.* Conuenit autem Iulianus cum Papiniano in eo quòd denegat contra patrem actionem de peculio, quam Mela & Fulcinius dabant, sed dissentit in eo quòd dat Papinianus, vtile iudicium rerum amotarum, Iulianus verò condictionem furtiuam, eámque non vtilem quæ nulla est, vt toties diximus, sed directam, item in eo quod Papinianus dat vtile iudicium rerum amotarum contra patrem, de eo tantùm quod ad ipsum peruenit, Iulianus verò condictionem in solidum peculium, quemadmodum si actione de peculio pater conueniretur: in quo rursum Iulianus cum Mela & Fulcinio consentit.

20. TRYPHONINVS libro 15. Disputationum.

LIcèt fur paratus fuerit excipere condictionem, & per me steterit, dum in rebus humanis res fuit, condicere eam, postea autem perempta est: tamen durare condictionem, veteres voluerunt: quia videretur, qui primo inuito domino rem contrectauerit, semper in restituenda ea, quam nec debuit auferre, moram facere.

Ad l. vlt. Licèt fur.

RAT. DVB. Etiam is qui solutioni moram fecit, si tamen iudicium accipere paratus fuit, non videtur moram fecisse *l. si quis solutioni 24. l. paratum 47. infr. de vsur. l. qui sine dolo 63. de regul. iur. l. si residuum 5. C. de distract. pign.* Ergo si fur paratus sit iudicium accipere & excipere condictionem furtiuam aduersus dominum, & per dominum steterit dum in rebus humanis res fuerat, eam condicere, posteáque res perempta sit, dicendum est finitam esse condictionem, tanquam finita mora, quæ faciebat, vt condictio duraret.

DEC. Fur qui primum inuito domino rem contrectauit, semper in restituenda ea re moram facere intelligitur, quia nec eam auferre ab initio debuit *l. in re furtiua 8. §. 1. supr.* Ergo non debet ei prodesse ad purgandam moram, quod iudicium accipere & condictionem excipere paratus sit. Nec enim qui paratus est iudicium accipere, videtur ideò rem restituere, at potius rei restitutionem denegare, quam ne restituat litigare malit. Ac præterea facilius est, moram contrahendam impedire, quod fit cùm debitor iudicium accipere paratus est, quàm contractam purgare: quamquam nec ad impediendam moram sufficit paratum esse debitorem accipere iudicium, nisi iustè ad iudicium prouocet, *d. l. si quis solutioni* & *sine dolo malo d. l. qui sine*, quorum neutrum cadere in furem potest, qui semper in dolo est, nec iustè vnquam ad iudicium prouocare potest, non magis quàm iustè furtum facere.

DE CON-

BIU Cujas

DE CONDICTIONE EX LEGE.

TIT. II.

PAVLVS lib. 2. ad Plautium.

SI obligatio lege noua introducta sit, nec cautum sit eadem lege, quo genere actionis experiamur, ex lege agendum est.

Ad l. vnic. Si obligatio.

RAT. DVB. Sicut actiones omnes personales nascuntur ex personalibus obligationibus *l. licet* 42. §. *ea obligatio supr. de procurat.* ita & personales obligationes ex contractu, vel quasi contractu, aut ex delicto vel quasi delicto, aut ex variis causarum figuris *l. 1. in princ. infr. de oblig. & act.* In quibus omnibus obligationib. inducendis & confirmandis authoritatem legis interuenire necesse est, vnde & ciuiles actiones dicuntur, & legitimæ, ad differentiam prætoriarum, quæ à lege nec inducuntur, nec confirmantur, sed à prætore, qui legem facere non potuit *l. 1. supr. de Publician. iunct. §. quos autem Instit. de bon. possess. l. 2. C. de quadr. præscrip.* Rursus actiones omnes aliter diuiduntur, vt ex contractu sint, vel ex facto vel in factum, inquit Vlpianus in *l. actionum* 25. §. 1. *de oblig. & act.* Ergo vel nulla est obligatio & actio ex lege, vel omnes hoc nomine donandæ sunt.

DEC. Obligationes quidem & actiones ferè omnes ciuiles & legitimæ descēdunt ex lege duodecim tabularum, & ex prudentum veterum ad eam legem interpretatione *leg. 2. §. postea & §. deinde ex his legibus*, vbi diximus, *supr. de orig. iur.* sed tamen quemadmodum emergentibus nouis casibus quibus lex duodecim tabularum non prospexerat (nec enim lex vlla ita scribi potest, vt omnes casus comprehēdat *l. neque leges* 10. *& seqq. supr. de legib.* nouas obligationes & actiones pro communi ciuium vtilitate induci necesse fuit, vt exigere quisque posset id quod sibi deberetur, ita nouas leges ferri necesse fuit, quæ nouas obligationes & actiones illas inducerent, & ex quibus proinde agendum esset quoties iis legibus cautum non reperiretur quonam alio actionis genere experiendum esset. Vnde enim nisi ex lege ipsa ius & nomen actionis sumeretur? Nouas autem leges hîc intelligimus omnes quotquot secutæ sunt legem duodecim tabularum, quæ sola vetus lex dicitur & ius antiquum adeóque antiquissimum *l. tutelas* 7. *supr. de capit. minut. l. vlt. infr. de regul. Caton. l. 1. 2. & 3. supr. de hered. petit. l. quoties duplici* 91. *de regul. iur.* Benè autem Paulus in hac lege addit, *nec cautum sit quo genere actionis experiamur*, quia cùm ex ipsa constat, quo genere actionis experiendum sit, ea legis authoritas facit, vt illa ipsa actione agi oporteat, nec quicquam causæ est cur generale nomen condictionis ex lege retineamus, cùm specialius aliud nomen habemus. Est enim omnis actio tanto certior & accommodatior, quanto specialior est. Finge noua aliqua lege aut constitutione inductam esse nouam speciem contractus: cur dicamus agendum esse condictione ex lege, cùm agi possit ex ipso contractu? Exemplum elegans & accommodatum adfert Bartolus ex constitutione Zenoniana, quæ ius & contractum emphyteuticum antea incognitum prima introduxit *§. adeò Instit. de location. leg. 1. & tot. titul. Cod. de iur. emphyt.* Itaque non condictione ex lege illa Zenonis agendum erit eo casu, sed ex contractu ipso emphyteutico, vt benè Bartolus contra Accursium, cæterósque interpretes disputat. Sed quod addit de obligatione literarum non æquè probare possum, nec enim vlla lex est, quæ contractum illum induxerit, sed sola prudentum authoritas, & vsus ac necessitas commerciorum, éstque genus illud contractus omnium ferè antiquissimum, quamuis exceptio non numeratæ pecuniæ posterioribus tantùm temporibus, & à posterioribus Imperatoribus introducta sit, vt Iustinianus refert in *titul. de liber. oblig.* Tunc igitur condictio ex lege locum habet, cùm per legem ciuilem obligatio aliqua immediatè inducitur, nec lege exprimitur aliud nomen actionis, vt Bartolus hîc notat. Exempla adfert Iacobus Cuiacius ex lege Iulia & Cincia, & ex legibus Talariis, Accursius verò ex plerisque Imperatorum constitutionibus, quæ extant in Codice, & quæ nouum ius nouúmque genus actionis induxerunt, vt ex *leg. si quis argentum* 35. *§. fin. Cod. de donat. leg. 1. Cod. de suffrag. l. vltim. §. fin autem C. de petit. hered. leg. vltim. §. licentia Cod. de iur. delib. l. si quis in tantam C. vnde vi.* Quibus addit Bartolus *l. iubemus* 14. *Cod. de sacrosanct eccles. l. Christianis 6. Cod. de pagan. & sacrif. & templ. l. si per impressionem* 11. *Cod. de his quæ vi met. caus. fiunt. l. ne in arbitris 4. Cod. de recept. arbitris. l. 1. C. de fideicom. l. 1. Cod. si per vim vel alio mod. l. meminerint l. mometaneæ l. non abs re C. vnde vi l. si quis conductionis* 25. *Cod. de locat. l. pen. & vlt. Cod. de litigios. Item Auth. iubemus C. de episcop. & cleri. Auth. habita Cod. ne filius pro patr. Auth. & omninò Cod. ne vxor pro marit. Auth. qui semel C. quomod. & quand. Iud. Auth. item possessor Cod. qui potior in*

BIU Cujas

pignor.hab. Ego addo præcipuas condictiones ex lege quibus hodie vtimur, maximè condictionem ex *l.omnimodo 30.C.de inoff.testam.* qua agitur ad legitimæ supplementum in vice querelæ inofficioli testamenti, condictionem ex *l.hac edictali.8.C.de secun. nupt.* ad rescindendas liberalitates immodicas, quas coniunx in posteriorē coniugem contulerit in præiudicium liberorum prioris matrimonij. Item ex *l. 2.C.de rescind.vindit.* ad rescindendam venditionem ex causa læsionis immodicæ ni iustum precium suppleatur. Item ex *l.vlt.C.de acq. possess.* ad auocandam, aut, vt alij volunt, retinendam possessionem interuersam ab eo cuius corpore possidebamus. Addo etiam libenter cum Bartolo posse adferri alias pleraſque, ac propemodum innumeras, quas omnes conquirere, laboriosum esset, vt ille ait, magis quàm subtile. Sed omnium maximè placet exemplum quod primus Accursius primo loco attulit ex Pandectis in *l.si postulauerit 27.§.vlt.& l.seq.infr.ad leg.Iul. de adult.iunct.l.vlt.suprà de calumniat.* Cùm autem cōdictiones omnes ex lege sint condictiones, fatendum est, non alias hoc nomine dignas esse, quàm quibus intendimus dare aduersarium nobis oportere, quæ propria natura est condictionum omniū *§.sic itaque Inst.de act.* vt excludam eas cōstitutiones, quę non tam dationem imperant, quàm restitutionem: aliud enim est dare, aliud restituere, vt diximus ad *l.3.& ad l.in re furtiua 8.sup.tit.prox.* Sicut & excludendæ sunt actiones criminales, si quando per legem inducantur, quia accusationes ex lege sunt verius quàm actiones, vt Bartolus docet ex initio *tit. Instit.de public.iudic.* Sed & obseruandum est, iura illa omnia, quæ per condictionem ex lege petuntur, esse perpetua, id est, ad triginta vsque annos durare, quia sunt actiones ciuiles quæ nō nisi trigesimo demum anno perimuntur *leg.sicut 3.C.de præscript.30.vel 40.annor.* Vnde fit, vt quamuis querela inofficiosi testamenti quinquennio præscribatur, & dici soleat actionem in alterius locum subrogatam sapere naturam eius in cuius locum subrogata est *l.si quis eum 10.§.qui iniuriarum suprà si quis caution.* condictio tamen ex *dict. l.omnimodo* ad supplementum legitimæ non nisi triginta annis finiatur, vt contra Bartolum cæteri Interpretes vulgò sentiunt: eóque iure vtimur. Item quamuis restitutionum omnium in integrum petendarum ius quadriennio concludatur, eóque vtili quidem ab initio, sed continuo ex quo cœpit currere *l.vlt.C.de tempor.petend.in integr.restitut.* condictio tamen ex *d.l.2.C.de rescind.vend.* ad rescindendam venditionem, licèt proponatur per viam restitutionis in integrum, ad trigesimum vsque annum durat, vt ex iis apparet quæ in Codice Fabriano scripsimus sub illis titulis *De inoff.testam.& de rescind.vend.* Illud postremo loco non est prætermittendum quod Bartolus quoque notat, condictionē hanc ex lege cum aliis quoque actionib. & condictionibus posse concurrere: nam quoties lex aliqua nouam obligationem introducit, nisi si nominatim cauerit, vt ea sola actione vtamur, constat veteres etiam actiones eo nomine competere, inquit Paulus in *l.quoties 41.inf. de oblig.& act.* Cætera quæ Bartolus ad hāc legē disputat, tot distinctionib. & subdistinctionib. adhibitis, an & quando ex dispositione legis oriatur ius agendi, siue lex permittat aliquid, siue imperet, siue etiam vetet, siue denique puniat, & an cùm ius agendi ex lege oritur actio, illa dicenda sit, an officium iudicis, nos quasi παρέργα consulto prætermittimus, & tanquam si non à iuris ratione omnia, saltem ab instituto nostro aliena.

DE



DE CONDICTIONE TRITICARIA.

TIT. III.

VLPIANVS *libro 27. ad Edictum.*

QVI certam pecuniam numeratam petit, ille actione vtitur, *Si certum petatur* [a]. qui autem alias res, per triticariam condictionem petet. & generaliter dicendum est, omnes res per hanc condictionem peti, si quæ sint, præter pecuniam numeratam: siue in pondere, siue in mensura constent: siue mobiles sint, siue soli. quare fundum quoque per hanc actionem petimus [b], & si vectigalis sit [c]: siue ius stipulatus quis sit, veluti vsumfructum [d], vel seruitutem vtrorumque prædiorum.

Ad l. 1. Qui certam.

SVauis certè est Accursius, qui ad huius tituli rubricam notat, triticariam actionem dictam esse à Triticio quodam, sicut Publiciana dicta est à Publicio §. *namque Instit. de action.* Quo exemplo debuisset ergo dici Triticiana, non autem Triticaria. Sed longè suauior Bartolus, qui authorem huius actionis ait fuisse Franciscanum quendam, aut saltem Philosophum, qui tanto odio pecuniam numeratam prosequebatur, vt actionem hanc ad res omnes præterquam ad pecuniam numeratam voluerit pertinere. Nec multo feliciùs vir doctissimus Iacobus Cuiacius Stephanum Græcum interpretem secutus hanc actionẽ sic dictam vult, quòd qui primus eam dari sibi postulauit, fortè ei res erat de æstimando tritico. Quasi verò nomen hoc casu impositum sit, ac non potiùs ad veram propriámq; actionis substantiam & vim denotandam. Nos paulo melius, vt nobis videmur, totam rem hanc explicauimus in *error. 1. & 2. Decadis 83. de error. pragmat.* vbi ostendimus, condictionem certi sic idcò dictam, quòd per eam nihil vnquã nisi numerata pecunia petatur, quę semper certa est, & omnium rerum certissima, quippe quæ in Republica bene constituta, qualis fuit Romanorum, semper eiusdem sit æstimationis *l. 3. supr. de in lit. iur. l. 3. infr. tit. prox.* Quamuis enim fundus & triticum cæteræque res omnes certæ per hanc actionem non minus, quàm per triticariam petantur, sic tamen petuntur per litis contestationem & apud prætorem, vt ab eo tempore deberi desinant, nihilque debeatur nisi pecunia, id est, æstimatio illa, quæ fuit præcisè tempore litis contestatæ, quæ æstimatio, vt nemo non videt, semper in pecunia numerata consistit *l. vinum 22. supr. de reb. credit. l. vltim. infr. hoc tit.* quæ intelligenda omnino est condictione certi, non de triticaria *l. hominem 37. infr. mandat.* At per condictionem triticariam, etiam post litem contestatam, & apud iudicem datum, petitur ea ipsa res, quæ fuit deducta in contestationem, & quamuis litem pecunia æstimari per sententiam tandem oporteat, nunquam tamen pecunia petitur, sed tantùm in condemnationem necessariò deducitur, quomodo in aliis omnibus actionibus euenit, vt iudicati executio fieri aliqua possit, quæ aliter quàm in pecunia citra vim & impressionem manúmque militarem fieri non posset *l. 4. §. ait prætor l. à Diuo Pio 15. §. 1. sed si emptor & pass. infr. de re iudic. l. qui restituere 68.* vbi diximus *suprà de rei vindic.* Vnde est, quod in triticaria necessariò lis æstimanda est inspecto tempore condemnationis *l. 3.* vbi dicemus *infr.* Dicta autem est triticaria à tritico, non quia in aliis rebus tam quæ in pondere, numero & mensura consistunt, quàm in cæteris omnibus locum habere non possit: sed quia cùm actiones omnes comparatæ sint ad hominum vtilitatem & necessitatem: duo autem ad vitam hominis præcipuè necessaria sint, panis, & pecunia, duas quoque actiones præcipuas & generales comparari oportuit, condictionem certi pro pecunia, & condictionem triticariam pro pane, qui ex tritico sit omnium exquisitissimus, nec minus tamen pro cæteris rebus omnibus extra pecuniam numeratam, quia non ab omnibus rebus potuit fieri denominatio actionis, sed ab insigniore denominanda fuit. Etsi autem pecuniæ nomen generale est in lege 12. tabularum, vt cæteras quoque res comprehendat *l. verbis legis 120. l. pecuniæ 178. de verb. signif.* pecuniam tamen numeratam cùm dicimus, strictissimè intelligimus ad exclusionem rerum omnium præterquam nummorum, vt bene hîc notat Accursius, licèt malè subiiciat, triticariam dari pro frumẽto & aliis rebus, quę consistunt in pondere, numero & mensura, quasi res illæ facilius quàm immobiles tritici appellatione contineantur, aut quasi non detur æquè pro cæteris reb. soli & immobilibus, contrà quàm hîc scriptum sit & in *l. prox. inf.*

a *Illa actione vtitur si certum petatur.* Hinc apparet quàm improbabiliter Accursius, Bartolus & alij interpretes vulgò negent esse hoc nomen actionis, cùm Vlpianus hoc ipsum apertè exprimat. Et certè his verbis actio exprimitur, quam nos certi condictionem appellamus, de qua in *l. certi condictio 9. & tot. tit. de reb. credit. si cert. petat. supr.* Alius nec leuior

BIU Cujas

c iusdem Accursij error est, quod ait primis verbis huius legis non remoueri, quin condictio certi in aliis rebus quàm in pecunia numerata locum habeat, sed triticariam remoueri, vt locum non habeat in pecunia numerata: quasi Vlpianus non denotet hîc naturam condictionis certi, sed triticariæ. Nam imò verò tam id agit Vlpianus, vt exprimat naturam condictionis certi, quàm vt naturam triticariæ condictionis: & falsum est, per condictionem certi aliud peti, quàm pecuniam numeratam, eo nimirum sensu quo suprà explicauimus. Actio enim tum esse incipit, cùm datur à prætore per formulam, per quam & iudex datur post litem contestatam: à quo tempore constat nihil nisi pecuniam numeratam peti, quamuis fundus tempore contestationis fuerit petitus *l. fundum 28. infr. de nouat.* Fit enim nouatio per contestationem *leg. delegare* 11. §. 1. *l. aliam* 29. *eod. tit.* & ea demùm petitio verè dicitur, quæ per contestationem fit *l. ampliùs non peti* 15 *infr. rat. rem haber.* Et quidem in eam petitionem quæ fit per litis contestationem, illud ipsum omninò deducendum est, quod fuit in obligatione, ac proinde fundus non pecunia, si fundus non pecunia debebatur *l. certum 6. l. cùm fundus* 31. *supr. de reb. credit. & d. l. fundum 28. de nouat.* Sed in petitionem, quæ fit in iudicio post litem contestatam datámque à prætore actionem, dico nunquam deduci, nisi pecuniam numeratam, cùm certi condictione agitur, secus verò esse in condictione triticaria, per quam scilicet res ipsa, quæ debita fuit ante contestationem, perinde petitur post litem contestatam, vsque ad sententiam. Itaque cùm dicimus certi condictionem generalem esse ita accipi debet, vt ex quacunque quidem causa detur, & ex quocunque contractu, siue certo, siue incerto, dummodò certum sit quod debetur, & quod petitur, siue in specie, siue in quantitate consistat: *dict. leg. certum & dict. leg. certi condictio*, sed non vt per eam actor quicquam aliud consequi aut petere ex die litis contestatę possit, quàm pecuniam numeratam, cùm per triticariam res ipsa etiam in iudicio petatur, quamuis per eam actor æquè nihil nisi pecuniam consequatur, quia etiam in triticaria lis omnimodò æstimanda est *d. l. 3. infr.* Nec verendum est, vt malè iudicet iudex qui pro fundo aut tritico petito condemnat reum ad æstimationem *arg. l. vltim. Cod. de fideic. libert.* cùm id faciat non tantùm ex mera iuris necessitate, vt post sententiam iudicati executio aliqua inuito etiam condemnato fieri possit sine vi & impressione per capionem pignorum *d. l. à Diuo Pio* 15. §. *si pignora & pass. de re iudic.* sed etiam ex præscripto formulæ, à qua nec si velit, possit vnquam recedere. Proinde generalior est triticaria, quàm condictio certi, si tempus illud inspicias, quod inter contestationem & sententiam medium intercedit, non etiam si tempus ipsum litis contestatæ, aut ferendæ sententiæ. Nam & in certi condictione litis contestatio fieri potest pro rebus omnibus, certis tamen, etiamsi in specie non in quantitate consistant: condemnatio autem etiam in triticaria fieri debet in pecuniam numeratam, perinde ac in condictione certi. Est etiam generalior triticaria in eo quod per eam petuntur etiam res incertæ & iura, vt sequitur in hac lege, quæ tamen per certi condictionem peti non possunt, quia nec digito demonstrari, nec per relationem ad aliud quid certum certa fieri iura possunt, cùm sint incorporalia *tit. de reb. corpor. & incorp.* apud Iustin. *d. l. certum 6. supr. de reb. credit.* Nemo autem peius, meo iudicio, quam Iacobus Cuiacius vim & naturam condictionis huius triticariæ explicauit, cùm scripsit in condictione certi iudicem datum inseruire contractui, arbitrij inopem: in hac verò triticaria æstimare rem petitam habita ratione loci & temporis, quasi verò sit hæc quoque actio arbitraria, vt illa de eo quod certo loco, de qua dicemus *tit. prox.* Quod certè non ita est. Sunt enim condictiones omnes stricti iuris, nec minùs triticaria, quàm cæteræ, nulla penitus arbitraria, nisi cùm promissioni locus adiectus est. Neque sanè in toto hoc tit. videas factam mentionem vllam adiecti loci vel temporis, vt alterutrius rationem habere iudex possit aut debeat, nisi in *l. vlt. hoc tit.* quæ non de triticaria est, sed de condictione certi, & ostendit potiùs non posse locum esse condictioni triticariæ quoties loci vel temporis ratio habenda est, quia eo casu præcisè æstimari lis debet inspecto eo tempore vel loco quo dari res debuit, nec potest ex postfacto æstimatio crescere vel decrescere, vt in triticaria. Reliqua quæ ad huius condictionis tractatum pertinent, petenda sunt non ex *lib. 16. Coniecturarum nostrarum*, vbi pleraque malè scripsimus, cùm huius condictionis vim & potestatem adhuc ignoraremus, sed ex postrema parte Chiliadis nostræ *de error. pragmat. Chiliade* 83. vbi omnia meliùs, subtiliùs, & veriùs.

b *Quare fundum quoque per hanc actionem petimus.* RAT. DVB. Fundus, si denominationem adiicias Corneliani, aut Semproniani, tam certus est, quàm pecunia numerata, & quantitas centum aureorum *l. certum 6. supr. de reb credit. l. stipulationum* 74. *& seq. infr. de verb. oblig.* Ergo per certi condictionem peti potest perinde ac pecunia numerata. Dic. Peti quidem potest & debet fundus ipse vsque ad litem contestatam, & in ipsa litis contestatione fierat in obligatione, sed post litem contestatam datámque formulam, à quo tempore actio & iudicium incipit, non debetur nisi pecunia, quia nec aliud in iudicium condictionis certi deductum intelligitur, nisi quanti fundus fuit tempore litis contestatæ *d. l. cùm fundus* 31. *de reb. credit. iunct. leg. sequent. eod. tit. & leg. vltim. infr. hoc tit. dict. leg. fundum* 28. *infr. de nouat. leg. hominem* 37. *infr. mandat.* cùm tamen in iudicium condictionis triticariæ, si per eam fundus petatur, ipse quoque fundus deducatur, non eius æstimatio, quæ præcisè fuerit tempore litis contestatæ, ita vt nec alia quantitas deducenda sit in condemnationem, quàm quæ fuerit tempore latæ sententiæ *leg. 3. infr.* Multùm ergo interest, an fundus debitus petatur per condictionem certi, an per triticariam, nullo etiam adiecto loco vel tempore. Adiectio enim loci facit actionem arbitrariam non triticariam: adiectio verò temporis nō magis arbitrariam quàm triticariam, vt contra Cuiacium dicemus ad *leg. 3. infr. tit. prox.*

c *Et si vectigâlis sit.* RAT. DVB. Fundus vectigâlis ille est, cuius retinendi potestatem possessor habet, etiam inuito domino quandiu vectigal soluit: quem & vindicare potest vtili in rem actione, si fortè nulla sua culpa possessionem amiserit, *leg. 1. & tot. tit.* vbi diximus *supr. si ager vectigâl. & emphyt. petat.* Non ergo potest venire in condictionem siue triticariam siue aliam, quia per condictionem sicuti nunquam petimus id quod nostrum est nisi à fure, vt sequitur in textu, ita petimus

petimus semper id quod nostrum fuit *leg. videamus 38. in princip. & §. si actionem infr. de vsur.* Fundus autem vectigalis neque in possessoris dominio vnquã fuit, neque ita est domini, vt absolutè possit eum suum dicere *l. lex vectigali fundo 31. infr. de pignor. l. si finita 15. §. si de vectigalibus inf. de dam. infect.* Per condictionem verò quamlibet etiam furtiuam intendimus aduersarium dare nobis oportere, §. *sic itaque & seq. Instit. de action.* DEC. Tam qui vectigalem fundum possidet, quàm qui eius fundi dominus est, ius aliquod in eo fundo habet, eiusque iuris dominus est. Ergo condicere ius illud potest, non quidem per condictionem certi, quoniam iura omnia cùm incorporalia sint, incerta esse creduntur *leg vbi autem 75. §. fundi autem & seq. versic. qui verò inf. de verb. oblig.* sed per triticariam, per quam incerta & consequenter etiam iura petuntur: fundus enim vectigalis partim in re, partim in iure consistit. Quidni ergo per triticariam condici poterit, sicut & cætera, quæ in iure tantùm consistunt? Illud obseruatione dignũ est quod ad factum non magis datur triticaria, quàm condictio certi, sed diuersa ratione, condictio quidem certi, quia facta omnia sunt incerta *l. vbi autem 75. §. qui id quod de verb. oblig.* triticaria verò quia licèt ad res quoque incertas detur, non tamen datur ad pecuniam numeratam: in omnibus autem faciendi obligationibus succedit in locum obligationis facti obligatio præstandæ pecuniæ *leg. si quis ab alio 13. in fi. de re iudic.*

d *Siue ius stipulatus quis sit veluti vsumfructum.* RAT. DVB. Vsusfructus portionis instar obtinet, in coque differt à seruitutibus prædiorum vtrorumque, tam vrbanorum quàm rusticorum *l. cùm filius 76. §. dominus de legat. 2* quia emolumentum rei continet *l. Mæuius 66. §. fundo eod.* ideóque in multis casibus dominij instar obtinere dicitur *l. 4. l si Titio 33. § supr. de vsufr. l. qui vsumfructum 58. inf. de verb. oblig.* consistit enim vsusfructus ex vtendo fruendo *l. 1. supr. quando dies vsusfr. legat. ced.* quod vtique facti non iuris est *leg. si vsusfructus 66. inf. de iur. dot.* Non ergo ius stipulatus videri potest is, qui stipulatus est vsumfructum.

DEC. Vsusfructus licèt effectu ipso emolumentum rei contineat, formaliter tamen in iure, non in parte consistit *d. §. fundo leg. si à reo 70. § si reo inf. de fidiuss.* cùmque sit seruitus personalis, proculdubio ius est, vt & cæteræ seruitutes omnes tam personarum quàm prædiorum *tit. de reb. corpor. & incorpor. in fin.* apud Iustin. Vnde est, quod qui fundi quamuis certi vsumfructum stipulatus est, incertum stipulatus intelligitur *l. vbi autem 75. §. fundi certi inf. de verb. oblig.* quoniam scilicet iura omnia sunt incerta, quippe quibus non possit conuenire diffinitio certi posita in *l. certum 6. sup. de reb. credit.* quamuis ius ipsum per se minus certum sit, quàm finitum *l. 2. inf. de iur. & facti ignor.* Planè de seruitutibus vtrorumq; prædiorum tam vrbanorum quàm rusticorum, de quibus hîc Vlpianus subiicit, nemo dubitat, quin sint iura, cùm non modò in iure consistant, sed nec emolumentum rei contineant: in quo differunt ab vsufructu *d. §. dominus*, quamuis generaliter dici possit iura prædiorum nihil aliud esse, quàm ipsa prædia qualiter se habentia *l. quid aliud 86. de verb. signific.* Vnde & ratio dubitandi ad hunc locum sumi potest. Ergo tam vsusfructus quàm cæteræ seruitutes promissæ per hanc actionem rectè petentur & condicentur, antequam constitutæ sint. nam postquam constitutæ & traditæ fuerint, eò scilicet modo quo iura tradi possunt, non condicuntur, sed vindicantur propria actione, de qua in *tit si vsufruct. pet. & tit. si seruit. vindic.* condicere enim suam seruitutem siue personalem siue realem non magis quàm aliam rem suam quisquam potest, §. *prox. inf.* vbi bene Accursius contra Azonem, & post Accursium Bartolus.

1 ¶ Rem autem suam per hanc actionem nemo petet, nisi ex causis, ex quibus potest: veluti ex causa furtiua, vel in re mobili vi abrepta [a].

Ad §. 1. Rem autem suam.

RAT. DVB. Condictio triticaria concurrit cum cæteris condictionibus omnibus, præterquam cum certi condictione generali, vt supra diximus. Atqui condictio furtiua datur etiã domino *l. 1. §. fin. de condict. furt.* Ergo etiam condictio triticaria potest dari domino, vt rem quoque suam condicat. DEC. Nulla condictio est, per quã non intendat actor dari sibi oportere §. *sic itaque Instit. de action.* cúmque dare nihil aliud sit, quàm dominium transferre *l. vbi autem 75. §. vlt. inf. de verb. oblig.* apparet id quod meum iam est, dari mihi amplius non posse, quia nec magis meum fieri potest *d. §. sic itaque l. non vt ex plurib. 91. de regul. iur. l. in bello 12. §. si quis seruum infr. de capt. & postlim.* nisi cum agitur contra furem, cuius odio hoc receptum est, vt non minus condictione quàm vindicatione teneatur *l. vltim. sup. vsuf. quem. caueat.* Atqui condictio triticaria tam verè condictio est, quã cæteræ condictiones, eiusdémque naturæ & potestatis est. Ergo per eam æquè intendit actor sibi oportere. Et consequenter rem suam petere per hãc condectionem nemo potest, nisi ex quibus ausis posset specialiore alia condictione, id est, contra furem. Habet enim hoc casu condictio triticaria naturam condictionis furtiuæ, sicut & aliis casibus naturam retinet earum condictionum, cum quibus concurrit. Plane, quin etiam suæ rei possessionem possit quis per hanc actionem condicere nemo dubitat, sicut & per condictionem indebiti *l. indebiti 15. §. sed si nummi* vbi dixi *supr. de condict. indeb.* Possessio enim cùm facti sit magis quam iuris, ad alium pertinere potest, licèt proprietas rei sit mea, quandoquidem nihil commune habet proprietas cum possessione *leg. naturaliter 12. §. nihil commune l. penult. inf. de acquir. poss.* Itaque qui possessionem rei suæ ab alio detentam condicit, rem alienam condicit, non suam: nam & possessio rei appellatione generali continetur *l. prox. in fin. inf.*

a *Vel in re mobili vi abrepta.* Putauimus aliquando posse meliore sensu legi *re immobili abrepta*, non quòd ignoraremus raptorem esse furem improbiorem *leg. item si cùm 14. §. qui vim intulit supr. Quod met. cauf. leg. 2. §. cæteri inf. vi bonor. rapt.* ideóque rei immobilis nõ magis rapinam, quàm furtum fieri posse §. *quod autem Instit. de vsucap. leg. quam rem 38. inf. eod. tit.* sed vt Vlpiani sententia latius acciperetur, & ad rem quoque immobilem extenderetur. Sed nihil certè mutandum est. Nam, vt bene Accursius monet, tam abripi quam rapi res mobilis tantùm dicitur, immobilis verò inuadi §. *pen. Instit. vi bonor. rapt.* Et quemadmodum dicimus, etiam illi, qui vã

BIU Cujas

rapuit, condici posse furtiua condictione *leg. siue manifestus* 10. §. *ei quoque supr. de condict. furt.* ita & monendum fuit posse dari triticariam condictionem rei propriæ aduersus raptorem, non minùs quàm contra furem, exemplo condictionis furtiuæ: nam contra eum quoque dari debere, qui alium de fundo vi deiecit, subiicitur in *leg. prox. seq.*

2. IDEM libro 18. ad Sabinum.

SEd & ei, qui vi aliquem de fundo deiecit, posse fundum condici Sabinus scribit. & ita etiam Celsus. sed ita, si dominus sit, qui deiectus condicat. cæterum, si non sit, possessionem eum condicere Celsus ait.

Ad l. Sed & ei 2.

RAT. DVB. Condictione triticaria nemo rem suam persequi potest, nisi iis ipsis casibus quibus posset eam persequi per condictionem furtiuam §. *vlt. l. prox. supr.* Atqui per furtiuam condictionem nemo potest fundum condicere, quia rei immobilis furtum fieri nunquam potest, vt proximè diximus. Ergo nec per triticariam condicere fundum vi possessum quisquam potest. DEC. Condictio triticaria sicuti latiùs patet, quàm condictio certi, vt diximus ad initium legis præcedentis, ita & latiùs quàm condictio furtiua. Hæc enim ad res mobiles tantùm pertinet, non ad immobiles neque ad iura, quorum scilicet furtum fieri non potest, quia nec possideri possunt, *tit. Instit. de reb. corpor. & incorpor.* triticaria verò & ad res immobiles, & ad iura quoque competit *d. l. prox. sup.* Et diuersitatis ratio euidens illa est, quia condictio furtiua nascitur ex furto *l. si ambo* 10. §. *quoties infr. de compensat. l. sed si damnū* 9. *aliàs l. peculium* §. *siue autem inf. de pecul.* ita vt vbi furtum non est, neque condictio furtiua locum habere possit *l. si duo* 13. §. *idem Iulianus supr. de iureiur.* at triticaria non item. Et sicuti lex Attinia de rebus furtiuis lata est, ne possint vsucapi, ita & lex Iulia Plautia de fundis & immobilibus vi possessis §. *furtiuæ quoque res Instit. de vsucap.* Cæterùm quamuis latiùs pateat condictio triticaria, quàm furtiua, in eo tamē retinet similitudinem cum furtiua, quòd sicuti non datur furtiua pro re actoris propria nisi contra furē & raptorem, itémque triticaria, ita nec datur triticaria domino nisi contra violentum inuasorem, nec contra violentum inuasorem nisi domino, vt nec melior nec deterior conditio sit inuasoris, quàm raptoris & furis. Quòd si is cuius possessionē alius inuasit, non sit dominus, habebit quidem nihilominùs condictionem triticariam, sed pro possessione tantùm non etiam pro dominio. Quamquā & cùm dominus est, si malit possessionem condicere quàm dominium, adhuc audiendus est, nam & possessionis dominium quoddam est, vt & proprietatis, tametsi faciliùs amittatur illud quàm proprietatis *leg. si quis vi* 17. §. *differentia infr. de acquir. poss iunct. l. 1. de bon. poss.* Et ita benè hìc Accursius, notans etiam per actionem personalem perinde atque per interdicta possessionem peti posse ex *l. indebiti* 15. §. *sed sinumnii supr. de condict. indeb. l. 1. §. retinendam infr. vti possid.*

3. IDEM libro 27. ad Edictum.

IN hac actione si quæratur, res, quæ petita est, cuius temporis æstimationem recipiat? verius est, quod Seruius ait, condemnationis tempus spectandum. si verò desierit esse in rebus humanis [a]: mortis tepus, sed ὁν πλάτ᾽ q. d. *latiùs*, secundùm Celsum erit spectandum: non enim debet nouissimum vitæ tempus æstimari: ne ad exiguum pretium æstimatio redigatur in seruo fortè mortiferè vulnerato. In vtroque autem [b], si post moram deterior res facta sit, Marcellus scribit libro 20. habendam æstimationem, quantò deterior res facta sit. & ideo, si quis post moram seruum eluscatu mdederit, nec liberari eum. quare ad tempus moræ in his erit reducenda æstimatio.

Ad l. In hac actione 3.

VIx alia est in toto iure nostro lex quæ obscurior & difficilior esse credatur, nec immeritò apud eos, qui condictionis triticariæ naturam & potestatem ignorant. Mihi nulla videtur facilior, & ex iis quæ ad legem primam scripsimus, remanet iam ni fallimur, propemodum explicata. Ait Vlpianus in hac actione, id est, in condictione triticaria, si quæratur res, quæ petita est, cuius temporis æstimationem recipiat, verius esse quod Seruius ait, condemnationis tempus spectandum esse. In quo illud primùm occurrit, quod interpretes omnes mirantur, cur petito per triticariam homine debito æstimatio ipsius deducatur in condemnationem.

RAT. DVB. Quia in condemnationem deducendum est illud ipsum quod petitum fuit, & deductum in libellum, vt sententia sit conformis libello *l. vt fundus* 19. *supr. commun. diuid.* & fatuus iudex esse dicitur qui iudicat vltra petita *l. vlt. C. de fideic. libert.* vbi de hoc ipso iudice tractat Iustinianus qui pro petito homine condemnauit reum ad æstimationem. Sed decidendi ratio est, quia prætor in edicto de re iudicata & de sententiarum effectu & executione voluit in actionibus omnibus litem à iudice æstimari per sententiam, vt iudicati executio aliqua fieri posset, quæ alioqui non posset citra vim & impressionem, siue ad dandum siue ad faciendum quis condemnaretur *l. 4. §. ait prætor infr. de re iudic.* Pecunia enim sola est, quæ per pignorum capionem & distractionem explicari commodè potest, inuito etiam condemnato, & ipso tamen non hoc vel illud facere, sed pati tantùm coacto *l. à Diuo Pio* 15. §. *si pignora & pass. eod tit.* Idque pluribus à nobis ostensum est in *error.* 1. & 2. & 7. *Decad.* 85. neque hìc repetemus. Sed addemus hanc ipsam iudicandi rationem, aut potiùs necessitatem, licèt à Triboniano stulta & absurda dicatur in *dict. leg. vltim. Cod. de fideic. libert.* & ab Accursio nostro fatua ad hanc legem, apud veteres tamen prudentes non solùm receptam, sed etiam indubi-

BIU Cujas

indubitatam fuisse, nec eius rei luculentiorem probationem vllam quærendam esse, quàm quæ extat in *dict. leg. vltim. Cod. de fideic. libert.* vbi refert Iustinianus, in specie illa de herede iusso dare seruum legatario ad eum manumittendum, si heres seruum dare noluerit, sed litigare maluerit, & condemnatus ad litis æstimationem eam præstiterit, dubitatum fuisse apud veteres iuris interpretes, an aliquod obstaculum libertati ex hac causa procederet. Non ait dubitatum fuisse, an sententia eo modo concipi posset aut deberet. Quid enim fuisset stultius, quàm iuris quæstionem mouere circa eius sententiæ effectum & executionem, quæ perperam ac nullo iure lata esset? sed ait dubitatum fuisse duntaxat, an ex eiusmodi sententia mandata executioni libertas impediretur. Videbatur enim impediri, cùm non posset libertas præstari neque ab herede qui serui æstimationem legatario ex condemnatione præstitisset, neque à legatario qui seruum non haberet, sed pro seruo æstimationem ipsius accipere iussus esset. Nec sanè ratio vlla esset conseruandæ huius libertatis, nisi aliqua ex parte ad SC. Rubrianum pertinere videretur, de quo in *leg. cùm verò 26. §. subuentum & seqq. infr. de fideic. libert.* Videtur enim hic casus proximè accedere ad illum de quo in *§. vltim. dict. leg. cùm verò*, vbi tractat Vlpianus, si heres latitet à quo seruus legatus fuerat, legatarius verò qui libertatem præstare rogatus fuerat, præsens sit, an Senatusconsultum Rubrianum deficiat. Et ait deficere, & libertatem impediri, si ponas legatarium eius serui dominium nunquam nactum fuisse. Senatus enim eum duntaxat casum complexus est, quo ij à quibus libertatem præstari oportet, euocati à prætore adesse noluerint *dict. §. subuentum.* In proposito autem latitat heres, qui libertatem præstare iussus non est, legatarius verò præsens est, qui libertatem dare iussus fuit. Ob eam nimirum causam subiungitur ex Paulo in *leg. sequ.* principem hoc casu adeundum esse, vt & in hac specie libertati prospiciatur. Quo exemplo non malè Iustinianus supradictam constitutionem edidit ad conseruandam libertatem. Quid enim refert, an heres latitet ne à legatario conueniatur, an verò sui copiam faciat, sed vt litiget cum legatario, præstétque ei æstimationem serui, seruum verò ipsum sibi retineat? Sed malè Iustinianus occasionem ferendæ nouæ constitutionis, & materiam sumpsit ex stultitia iudicis, cùm ex mera ratione ac necessitate iuris eam sumere potiùs debuisset, mirarique prudentum veterum stultitiam, non noui iudicis qui secundum veterem Iurisprudentiam iudicasset. Videtur autem Tribonianus in illa constitutione ad ius illud nouum respexisse, quod ipse totam veterem Iurisprudentiam peruertendo induxerat in *leg. qui restituere 68. supr. de rei vindic.* vt ibi docuimus. Etsi lex illa ad actiones tantùm arbitrarias pertinere videtur, non etiam ad actiones strictas, cuiusmodi sunt actiones omnes tam ex stipulatione quàm ex stipulatu, itémque condictiones, & consequenter triticaria, vt diximus. Quare non est quod cum Accursio, Bartolo aliisque interpretibus dicamus, hominem debitum, qui in specie huius legis petitus fuerat per triticariam, fuisse quidem adhuc in rerum natura tempore sententiæ, sed non in dominio debitoris, qui proinde cùm petitoris eum perfectè facere non posset, condemnari debuerit ad æstimationem: totum enim hoc commentitium & diuinatorium est.

Nec minùs illud quod Bartolus tanquam subtilior de ingenio suo subiungit, fuisse in rerum natura hominem tempore sententiæ, sed periisse ante iudicati executionem, quasi verò lis æstimetur in iudicati executione duntaxat si iudicato non satisfiat, non autem per sententiam ipsam & condemnationem *l. prox. infr.* Atque hic primus nostrorum in huius legis interpretatione error est. Sequitur alia longè grauior huius legis difficultas, quæ alium quoque, & grauiorem interpretum errorem inuexit in eo quod Vlpianus ex Seruij sententia scribit verius esse, in hac actione spectandam eam æstimationem quæ est tempore condemnationis.

RAT. DVB. In actionibus omnibus stricti iuris, quoties de ineunda rei debitæ æstimatione quæritur, inspiciendum est præcisè tempus litis contestatæ *l. vinum 22. supr. de reb. credit. l. prox. infr. l. 3. §. in hac infr. commod. l. hominem 37. mandat. leg. fundum 28. de nouat. & deleg.* Est enim hoc proprium iudiciorum bonæ fidei, vt in iis rei iudicandæ tempus spectetur *dict. §. in hac*, aut moræ vtrò tempore res pluris fuit *leg. 3. §. si per venditorem de action. empt.* Atqui condictio triticaria est stricti iuris, vt & cæteræ condictiones omnes; si sufficiens est, vt est, actionum omnium bonæ fidei enumeratio apud Iustin. *in §. actionum Instit. de action.* Ergo in triticaria perinde atque in condictionibus cæteris omnibus tanti lis æstimanda est per sententiam, quanti præcisè fuit tempore litis contestatæ. DEC. Ex eo tempore quidque æstimandum est, quo solui nouissimè potuit *leg. si Calendis 11. infr. de re iudic.* Atqui res per triticariam condictionem petita potuit solui vltimo instantiti ante condemnationem; eiusque solutio haud dubiè peperisset debitori liberationem *§. vlt. Instit. de perpet. & tempor. action.* vbi dicitur iudicia omnia hoc sensu esse absolutoria. Ergo si ea res soluta non sit ante sententiam, tempus condemnationis in ea præcisè spectandum est: instans enim illud primum est, quo res petita præstari & solui posse desinit, quia semper lis æstimanda est per sententiam. Litis autem æstimatio, nisi in pecunia numerata, fieri nullo modo potest. In cæteris condictionibus omnibus aliud iuris est, in quibus scilicet pecunia deberi incipit, & res petita solui posse desinit ex tempore litis contestatæ propter nouationem, quæ fit per contestationem, & quæ tamen nulla fit in triticaria, quoniam in ea hoc ipsum expressim agitur, vt nulla fiat, sed vt illud ipsum quod in obligatione & petitione fuit tempore litis contestatæ, in eadem causa maneat vsque ad tempus rei iudicatæ. Valeat ergo Placentinus, qui dixit legem hanc intelligendam esse de condictione triticaria, quæ proficiscatur ex contractu bonæ fidei, quasi verò possit aliqua condictio triticaria esse bonæ fidei, aut ex contractu bonæ fidei nasci actio stricti iuris: contrà quàm scriptum sit in *leg. in bonæ fidei 7. vers. si tamen infr. tit. prox.* Aut quasi condictio triticaria generalis dicatur, ideò quod ex quolibet contractu etiam bonæ fidei possit competere, actio potiùs quòd ad res omnes competat præterquàm ad pecuniam numeratam & ad factum. Valeant item, qui distinguunt speciem debitam à rebus cæteris, vt in specie debita, & per triticariam petita tempus condemnationis spectetur, in cæteris verò rebus quæ in pondere, numero, & mensura consistunt, tempus litis contestatæ. Obstat enim lex quæ sequitur in hoc tit. vbi postquam dixit Caius, si merx aliqua petatur per

BIU Cujas

condictionem certi, quæ nec loco, nec tempore certo dari debuerit, spectandum esse tempus quo petita est, id est litis contestatæ, subiungit de cæteris rebus idem iuris esse. Sed neque quod scriptum est in *dict. leg. 3. §. in hac commod.* ad alium casum pertinere potest, quàm quo species debeatur, vt antithesis aliqua sit inter contractum commodati, & contractus stricti iuris, quandoquidem extra commodati causam sunt res omnes, quæ pondere, numero, & mensura constant *dict. leg. 3. §. vltim. & leg. 4. eod. tit.* Valeat etiam quod Bulgarus, & post eum Bartolus dixit restringendam esse hanc legem ad eum casum, quo res per triticariam petita pluris fuerit tempore condemnationis, non enim distinguit Vlpianus, an pluris eo tempore fuerit, an minoris, sed condemnationis tempus præcisè spectandum esse ait: non etiam quomodo interpretes ferè omnes vulgo intelligunt, vt in triticaria quoque spectandum sit, quanti plurimi res vnquam fuerit à tempore moræ ad tempus vsque condemnationis: quod est ridiculum. Nam neque in bonæ fidei iudiciis id obtinet, in quibus spectamus tantùm vtro tempore res pluris fuit, aut moræ, aut condemnationis *leg. 3. §. vlt. infr. de action. empt.* quomodo accipi debet quod scriptum est, quantum ad bonæ fidei contractus pertinet in *dict. leg. 3. §. in hac commod.* Quanto minùs ergo in strictis iudiciis id obtinebit? Denique inauditum est in libris nostris nomen æstimationis quanti plurimi extra casum legis Aquiliæ *l. 1. l ait lex 21. supr. ad leg. Aquil.* & condictionis furtiuæ *l. in re furtiua 8. §. 1.* vbi diximus *supr. de condict. furt l. 2. §. quæsitum infr. de priuat. delict.* vbi tamen additur quod ad sententiam nostram confirmandam valde facit, etiam in condictione furtiua æstimationem quanti plurimi non egredi retrorsum iudicij accipiendi tempus, id est litis contestatæ. Cur non enim egrederetur ad tempus vsque furti commissi, si à tempore moræ etiam in strictis iudiciis æstimatio quanti plurimi deberetur, cùm ab eo tempore fur moram semper facere intelligatur, nec odiosior mora vlla sit quàm quæ furis est *dict. leg. in re furtiua §. 1. & leg. vltim. cod. tit.*? Concludamus ergo adeò non attendi tempus moræ in contractibus stricti iuris, quod ad ineundæ rei æstimationem attinet, vt nec in condictione furtiua contra furem ipsum attendatur. Neq; obstat quod in fine huius legis scriptum est, quod interpretes omnes decepit, si homo debitus & per triticariam petitus deterior post debitoris moram factus sit, ad tempus moræ æstimationem reducendam esse. Aliud enim est deteriorem factum esse hominem post moram, aliud verò factum esse viliorem. Etsi enim quisquis deterior fit, hoc ipso fit vilior, potest tamen fieri vilior etiam is qui tamen nullomodo factus sit deterior: nec videtur præstari homo debitus, si post moram præstetur deterior *dict. leg. 3. §. si reddita infr. commodat.* cùm tamen non eo minùs præstari possit, quòd factus sit vilior dum ne deterior. Sed & longè aliud est dicere, reducendam esse æstimationem ad tempus moræ, vt Vlpianus ex Marcello in fine huius legis loquitur, aliud verò æstimãdum esse hominem quanti plurimi vnquam fuerit à tempore moræ, quomodo interpretes nostri intelligunt. Prioris enim locutionis sensus est, inspiciendum esse præcisè tempus moræ, id est, quanti res fuerit vltimo illo instanti quod præcessit deteriorationem. Posterior autem locutio è contrario totum illud tempus complectitur, quod deteriorationem subsecutum est. Denique sic Marcellus loquitur, habendam esse æstimationem *quanti deterior res facta sit post moram*, vt intelligamus solius deteriorationis, non etiam totius rei debitæ faciendam esse æstimationem, cùm mora deteriorationem præcessit: itémque nullam penitus moræ rationem habendam si res debita vilior tantùm facta sit, non etiam deterior, quamuis mora præcesserit. Quæ sententia interpretum errorem manifestissimè conuincit, qui monstrum hoc, vt appellare soleo, æstimationis quanti plurimi etiam in condictione triticaria, cæterísque stricti iuris contractibus inducunt, quoties mora aliqua præcessit, licèt nulla deterioratio interuenerit. Suaues verò sunt interpretes, qui in ineunda æstimatione rei debitæ etiam ex contractu stricto, ideo tempus moræ spectari volunt, quòd tanti lis æstimanda sit quanti res fuit eo tempore quo dari debuit, vt scriptum est in *leg. sequent.* Dari autem debuit etiam ante litem contestatam, sic enim ad hanc legem argumentatur Accursius, nec videt Caium in *leg. proxim. sequent.* cùm ita loquitur, eum casum tractare, quo res certo die dari debuerit, extra quem casum apertè profitetur Caius, tanti litem æstimandam, quanti tunc res fuerit, cùm iudicium acciperetur: alioqui nec tempus moræ spectandum esset, nec quanti plurimi ab eo tempore res fuisset, vt volunt interpretes, sed tempus ipsum contractus, quo res ipsa purè promissa fuerit, aut quanti plurimi ab eo tempore res fuit, cùm ab eo tempore dari debuerit. Igitur quemadmodum non attendimus tempus illud, quo dari res debuit, quousque interpellatio & mora secuta sit, iuxta ipsorum interpretum sententiam, ita neque tempus moræ, si qua per interpellationem extraiudicialem secuta sit: non quasi in stricti iuris contractibus nulla contrahi mora possit per interpellationem extraiudicialem, sed tantùm per litis contestationem, vt quidam malè crediderunt, sed quia in iis nullus moræ effectus esse potest ad augendam principalem obligationem, sed tantùm ad eam perpetuandam, hactenus vt siue res debita perierit, siue deterior facta sit post moram, nihil tamen de obligatione principali detrahatur, sed talis res præstanda sit qualis ante moram fuit, *leg. si ex legati 23. & sequentibus leg. si seruum 91. §. sequitur & sequent. & vltim. infr. de verbor. oblig.* Idque adeò verum est, vt tum quoque cùm species debita post moram periit, non tamen æstimanda sit quanti fuit tempore moræ, multóque minùs quanti plurimi fuerit à tempore mortis ad tempus vsque moræ, sed quanti est, cùm peritur, quod quoniam æstimari non potest citra iusiurandum in litem, quia rei quæ non extat, nulla præsens est æstimatio, ideò nimirum in strictis quoque actionibus hoc casu ex necessitate iuratur in litem *leg. in actionibus 5. §. planè supr. de in lit. iur.* Cuius iurisiurandi præstandi nulla subesset necessitas, si æstimanda res esset quanti plurimi à tempore moræ fuisset, vt cernere est in actione legis Aquiliæ, in qua occisus homo æstimatur commodissimè quanti plurimi eo anno fuit, sine vlla iurisiurandi delatione, itémque in condictione furtiua, in qua furtiuus homo, si post litem contestatam mortuus sit, æstimatur quanti plurimi fuit non à tempore moræ, id est, admissi furti, sed à die

die tantùm litis contestatæ ad tempus vsque mortis, nec vllo in eam rem iureiurando est opus, sed eo tantùm casu quo seruus furtiuus ante litem contestatam decessisse proponatur, ne alioqui deterioris condicionis sit furtiua condictio, quàm cæteræ condictiones omnes & actiones stricti iuris. Illud ferri nullomodo potest, quod vult Accursius, nullam esse hac parte differentiam inter actiones bonæ fidei & strictas, cùm de ineunda rei debitæ æstimatione quæritur, sed tantùm cùm de accessionibus agitur, id est, de fructibus, de vsuris, & de eo quod interest accessoriè debito. Differentia enim apertissimè ponitur in *d. l. 3. §. in hac infr. commod.* vbi de æstimanda tantùm re agitur, non de fructibus aut de vsuris, probatúrque eadem differentia ex aliis legibus supra in hanc rem citatis. Nec verius est, licèt subtilius videatur, quod Bartolus tradit ad *d. §. in hac*, eo tantummodo casu admittendam esse differentiam inter contractus bonæ fidei & stricti iuris quo debita res æstimanda sit per iusiurandum in litem, sicque intelligi debere quod scriptum est in *d. §. in hac*, non etiam cùm aliis modis & probationibus res æstimatur. Pugnat enim hæc quoque sententia cum verbis *d. §. in hac*, vt ibi dicemus. Sequitur in hac lege,

a *Si verò desierit esse in rebus humanis.* RAT. DVB. Iudex non potest sine delatione iurisiurandi æstimare rem, quæ non extat *l. in actionibus 5. §. planè supr. de in lit. iur.* Ergo iusiurandum actoris in litem hoc casu necessariũ est, nec permitti debet iudici, vt litè æstimet inspecto tempore mortis, ne quidem sumpto eo tempore ἐν πλάτει, vt lex ait. DEC. Multum interest, an homo debitus perierit post moram & ante litem contestatam, vt in *d. §. planè*, an verò post litem contestatam, siue mora aliqua præcedente, siue nulla. Priore casu necessarium est iusiurandum in litem, quia sicuti homo debitus, & post promissoris moram mortuus, peti adhuc potest *dict. l. si seruum 91. § vlt. de verb oblig.* ita æstimandus est, ac si viueret inspecto præcisè tempore quo petitus est, id est, litis contestatæ: dici autem non potest citra iusiurandum in litem, quanti eo tempore æstimandus sit homo iam mortuus, & qui amplius nullus est. At posteriore casu subdistinguendum est, an debitus homo, & post litem contestatam mortuus, petitus esset per cõdictionem certi, an per triticariam. Si per condictionem certi æstimandus est, quanti fuit præcisè tempore litis contestatæ, quod facile sciri potest eo quoque mortuo, & quidem citra iusiurandum in litem, cùm illo tempore vixerit, quemadmodum contingit in actione legis Aquiliæ, vt diximus. At si per triticariam neque æstimatio illa spectari potest, quæ fuit præcisè tempore litis contestatæ, quia in huiusmodi actione litis contestatio non facit, vt res ipsa deberi desinat, eiúsque precium deberi incipiat, quomodo in condictione certi, aliísque actionibus omnibus siue bonæ fidei siue stricti iuris contingeret, neque rursus illa æstimatio quæ est tempore condemnationis, cùm eo tempore iam desierit viuere, & consequenter desierit præstari posse? Necessariò igitur ea æstimatio facienda est, quæ fuit tempore mortis, latius tamen & ἐν πλάτει, ne alioqui ad exiguum penèque nullum precium redigatur æstimatio, si præcisè inspiciatur vltimum instans vitæ seruo mortiferè vulnerato: quodnam enim precium esse potest serui iamiam morituri? Dices ita futurum vt moroso debitori magis noceat mora extraiudicialis per simplicem interpellationem contracta, quàm iudicialis commissa per contestationem. Sed respondendum est id fieri non propter moræ extraiudicialis potestatem, sed potius ex necessitate iuris, & quia mora extraiudicialis, licèt eam vim habeat, vt obligationem perpetuet, non tamen habet eam vim, vt eius ratio aliqua possit haberi in ineunda æstimatione rei debitæ post moram peremptæ, quia si haberi aliqua posset, inspiceremus quanti res fuisset præcisè attento tempore moræ, neque actoris iusiurandum in eam rem exigeremus, quod proinde necessarium est, ne alioqui actor non tam minus quàm nihil consequi possit, atque ita fiat inanis & illusoria obligatio, quę tamen ne intercidat per moram perpetuatur. At cùm mora iudicialis contracta est per litis contestationem, nihil causæ est, cur alterius temporis æstimationem exigamus, quàm quæ fuit tempore litis contestatæ, si condictione certi, non triticaria actum sit, quia & illud ipsum tempus inspiceremus si seruus viueret *l. hominem 37. infr. mandat.* aut si triticaria non certi condictione actum fuerit, eam æstimationem inspiciemus quæ fuit tempore mortis, id est, primo illo instanti quo ex vulnere mortifero infirmari cœpit, ex regula *d. l. si Calendis 11. infr. derè iudic.* non item illam, quę fuit tempore litis contestatæ, quia in actione triticaria non facit contestatio, quin etiam post litem contestatam species quæ adhuc petitur, adhuc præstari possit. Hinc porrò euidentius appareat, quàm falsum sit, quod interpretes somniant de æstimatione quanti plurimi etiam in specie huius legis ineunda. Nam si æstimatio quanti plurimi hoc casu deberetur, quid necesse esset ad eam æstimationem recurrere, quę mortis tempore ἐν πλάτει sumpto reperiretur? An nõ latius & verius ἐν πλάτει fieret æstimatio condemnato promissore quanti homo à tempore litis contestatæ ad tempus vsque mortis valuisset? An non pluris fuit homo post litem contestatam priusquam vulneraretur mortiferè quam quo tempore cœpit ex vulnere infirmari? Tractat si quidem Vlpianus eum casum, quo petitus homo post litem contestatam decesserit, non quo post moram extraiudicialem, & ante contestationem, ac proinde in quo secundum interpretes deberetur æstimatio quanti plurimi homo fuisset à tempore extraiudicialis moræ, si qua ante litem contestatam contracta probaretur? periisse enim hominem post litem contestatam ex eo constat, quod ponit Vlpianus fuisse petitum per triticariam, petitio autem nulla fieri intelligitur nisi per contestationem: qui enim nondum litem contestatus est, nõ tam petit quàm petere vult *d. l. amplius 15. infr. rat. rem haber.* Et verò cur ita scriberet hîc Vlpianus *non enim debet nouissimum vitæ tempus spectari*, si non ita ius esset, vt in æstimanda re debita certi alicuius temporis rationem haberi præcisè oporteret, non autem in toto illo temporis spacio negari quod à die moræ in diem vsque mortis serui aut condemnationis intercessisset? Nam neque in bonæ fidei iudiciis in quibus pleniores & vberiores præstationes fiunt, æstimatio vnquam præstatur, quanti plurimi res fuerit à tempore moræ ad tempus vsque rei iudicatæ, sed vtro tempore res pluris fuit aut moræ aut condemnationis, vt Vlpianus loquitur in *l. 3. §. vlt. de action. empt.* Quod & in aliis ferè omnibus iuris partibus æquè obseruatur etiam in æstimando eo quod interfuit, vt ad certum præcisè tempus restringatur æstimatio, neque ex eo, quod

pluris vel minoris postea interesse cœperit, recipiat actio augmentum vel diminutionem *l. vbi exigitur 8. §. 1. supr. de edend. l. 4. §. hæc autem actio infr. vi bonor. rapt. l. is qui in puteũ 11. §. quod ait prætor quod vi aut clam. d. l. fundum 28. de nouat. l. 3. §. diui fratres de iur. fisc. l. 5. §. vlt. sup. de ser. corrupt. l. cùm certum 9. de aur. & argent. legat. d. l. vinum & l. prox. infr.* Sequitur

b *In vtroque autem.* Id est, siue res extet tempore condemnationis, siue ante cõdemnationem perierit post litem contestatam, non item si perierit ante cõtestationem post moram extra iudicialem. Nec enim hunc casum tractat Vlpianus, sed quo res debita petita sit per triticariam, nam prius quàm petatur, licèt iam debita sit, nesciri tamen adhuc potest, an & quando futurum sit, vt petatur, & cùm petetur, an per cõdictionem certi, an per triticariam, inter quas actiones nulla est differentia, quod ad ius debiti & obligationis pertinet, sed tantùm in hac vel in illa actione eligenda & exercenda post litem contestatam. Ait lex,

c *Si post moram res deterior facta sit.* Non ait Vlpianus *si vilior* quomodo ad interpretum errorem confirmandum loqui debuisset, sed *si deterior.* Aliud enim est, fieri rem deteriorem, aliud verò fieri viliorem. Non potest equidem res fieri deterior, quin hoc ipso fiat vilior, sed potest fieri vilior etiam non facta deterior: adeóque quod magis mirum est, fieri potest per accidens, vt facta deterior fiat tamen precio sior auctо precio rerum quæ sunt eiusdem speciei vel generis. Finge commune precium seruorũ tempore moræ fuisse viginti aureorum, tempore verò subsequenti auctum esse vsque ad quadraginta aureos. Seruus post moram eluscatus adhuc poterit æstimari triginta aureis, qui antequam eluscatus esset, non fuerat dignus nisi viginti, sed qui tamen hodie dignus esset quadraginta, si non esset eluscatus. Idém que multo facilius eueniret in frumento, vino, & aliis mercibus, quarum precia in singulos ferè dies mutantur. Quàm enim sæpe accidit, vt frumentum vel vinum deterioratum carius tamen vendatur, quàm quanti fuit ante deteriorationem, sed semper vilius, tamen quàm si deterioratum hodie non esset? Rem aliquam viliorem factam cùm dicimus, nihil nisi valoris diminutionem significamus, cùm verò factam deteriorem, significamus diminutionem substantiæ. Res debita etiamsi facta sit vilior, nihilominus solui potest, ex eáque solutione contingit liberatio, sed facta deterior, quamuis precio sior in quantitate precij, quod ex ea redigi potest, mutato auctóque, vt diximus, rerum eiusdem generis precio, non potest solui, vt ex ea solutione inuito creditore debitor liberetur, quomodo scriptũ est in hac lege, & in *d. l. 3. §. si reddita infr. commod.* scilicet si facta sit deterior post moram aut per culpam debitoris, alterutrum si quidẽ sufficit *leg. qui sibi 33. §. 1. infr. de solut.* nam ex die moræ omne periculum pertinet ad morosum debitorem, quod alioqui ad creditorem pertinuisset *d. l. si ex legati 23. & seq. l. si seruum 91. §. sequitur & sequ. & §. vlt. inf. de verb. oblig.* Et ideò benè Vlpianus ex Marcello subiungit, re facta deteriore habendam esse æstimationem *quanto deterior res facta sit*, non autem *quanto vilior.* Potest enim fieri, vt etiam subducto precio deteriorationis res præterea vilior facta sit, quo tamen casu Marcellus non diceret reducendam esse ad tẽpus morę æstimationem, nihil enim debitoris interest, an crescat, vel decrescat æstimatio rei debitæ, nec si post moram ea diminutio contigerit, si modò debitor ex contractu stricto tenebatur, dum ne ea valoris diminutio ex superueniente deterioratione contingat. Semper enim periculo debitoris qui in mora fuit, cedit deterioratio, quia & eius periculo cederet, si tota res periret: quæ enim fit deterior, ex aliqua parte perit, quatenus scilicet deterior facta est. Cũ autem post Marcellum & Vlpianum dicimus, re facta deteriore post moram, habendam esse rationem, quanto deterior res facta sit, & ad moræ tempus reducendam esse æstimationem, vt in fine huius legis scriptum est, non illud significamus quod putant interpretes, æstimãdam esse rem quanti plurimi fuit à tempore moræ, adeóque nec quanti res illa fuit inspecto præcisè tempore moræ, aut potius instanti illo vltimo quod deteriorationem immediatè præcessit, nondum secuta contestatione, quo instanti potest res debita pluris esse aut minoris quàm fuerit tempore moræ, sed hoc potius, tanti litem æstimandam quanti esset tempore condemnationis res extans, aut tempore mortis ἐν μάτει sumpto, peremptа post litem contestatam, si post tempus moræ deterior facta non fuisset. Finge hominem debitum post promissoris moram eluscatum adhuc viuere tempore condemnationis, sed propter eluscationem non esse dignum nisi triginta aureis, qui si eluscatus nõ fuisset, dignus esset quadraginta, vt in exemplo superius allato: hunc ipsum verò seruum antequam eluscatus esset, ac eo tempore quo mora per interpellationem cõgruo loco & tempore factam commissa est, non fuisse dignum nisi viginti, quòd eo tempore commune seruorum precium vilius esset: An in condictione triticaria æstimabimus eum viginti duntaxat aureis, hoc est, quanti fuit seruus integer tempore moræ, an triginta quanti est tempore condẽnationis propter eluscationem? an deniq. quadraginta, quanti esset si non fuisset eluscatus? Et non dubito, quin quadraginta æstimari debeat, alioqui prodesset morosо debitori, quod post moram seruus deterior factus fuisset, si ob deteriorationem illam non nisi ad viginti teneretur, qui si mora facta non esset, teneretur ad triginta, etiam deteriorato & eluscato seruo, adeóque ad quadraginta si eluscatus homo non fuisset. Sẽsus ergo Marcelli & Vlpiani est, inspiciẽdum esse tempus moræ, vt sciatur qualis seruus æstimari debeat, vt nimirum æstimetur integer, non autem eluscatus, sed non vt sciatur qualiter & quanti æstimari debeat, semper enim lis æstimanda est inspecto tempore condemnationis, aut mortis, sed integri hominis, non eluscati, quæ porrò integri hominis æstimatio nõ posset fieri, nisi reduceretur ad tempus moræ quo erat seruus integer. Itaque coniungendum est tempus moræ cum tempore condemnationis vel mortis, non vt lis æstimetur vtro tempore res pluris fuerit, quomodo in bonæ fidei contractu contingeret *d. l. 3. §. vlt. de act. empt.* sed vt æstimetur homo quanti est tempore cõdemnationis, nulla habita ratione vilitatis quæ per deteriorationem post moram superuenit, sed perinde ac si post moram deterioratus nõ esset. Planè non auctо seruorum precio, atque ita quod necessario consequens est, imminuta serui debiti propter deteriorationem post moram æstimatione, tempus morę præcisè spectandum erit. Et ita commodè intelligi hic versic poterit, si ad hunc casum restringatur quo nulla mutatio superuenerit in precio communi seruorum, sed tantùm in æstimatione serui debiti. Est enim ille casus paullo alienior

BIU Cujas

& rarior quo seruorum omnium precium auctum sit vel imminutum, nec facilè mutandi sunt termini. Quòd si post moram & ante litem contestatam debitus homo esset mortuus, tum verò æstimandus esset, non quanti fuisset tempore moræ aut mortis, sed quanti tunc cùm peteretur, & consequêter per actoris iusiurandum in litem, cùm aliter non possit iudex rem quæ non extat, sed tamen pro extante adhuc habetur ex præsenti tempore æstimare, vt suprà diximus ex *d.l.in actionibus 5.vers.planè supr.de in lit.iur.* Atque hæc quidem germana mihi videtur huius legis interpretatio. Ratio igitur dubitãdi specialior illa est ad hunc versiculum, quòd in actionibus strictis qualis est condictio triticaria, vt & alia quælibet, non solet haberi ratio moræ, sed tantùm in contractibus & iudiciis bonæ fidei *l.mora 32.§.in bonæ fidei l.videamus 38.§ pen.l.& in contraria 36.infr.de vsur.l.3.C.de in integr.rest minor.* Sed decidẽdi illa fortior quod in iudicus strictis, licet non habeatur ratio moræ ad augendam obligationem, habetur tamen ad eam perpetuandã siue debita res post morã in totũ perierit, siue deterior facta sit, vt docuimus.

4. CAIVS libro 9. ad Edictum Prouinciale.

SI merx aliqua, quæ certo die dari debebat, petita sit: veluti vinum, oleum, frumentum: tanti litem æstimandam Cassius ait, quãti fuisset eo die, quo dari debuit. si de die nihil conuenit: quanti tunc, cùm iudicium acciperetur. idémque iuris in loco esse: vt primùm æstimatio sumatur eius loci quo dari debuit: si de loco nihil conuenit, is locus spectaretur, quo peteretur. Quod & de cæteris rebus iuris est.

Ad l.vlt. Si merx aliqua.

Huius legis interpretatio non alia à nobis expectãda est, quàm quæ ex iis colligi potest, quæ ad legem proximam scripsimus, & ad *l.vinum 22. supr.de reb. credit.* vbi ex Sabino eadem omnino sententia proponitur, quæ hîc ex Cassio. Fuerunt enim Sabinus & Cassius eiusdẽ scholæ authores, earundémq; opinionum sectatores, vnde alij prudentes Sabiniani & Cassiani dicti, ad differentiam Proculianorũ, qui licet non semper, plerunque tamen contra Sabinum & Cassium sentiebãt. Itaque mirum est Accursiũ opponere hanc legem quasi contrariam *dictæ legi vinum*, cuius tamen non modò idem sensus est, sed eadem quoque propemodum verba, nisi quod in *d.l.vinum* scribitur, si de die quo vinum præstari debuerit, nihil conuenerit, tanti æstimandum esse quanti tunc fuit cùm petitum est. Quod Accursius eo loco intelligit, etiam extra iudicium, dummodo congruo loco & tempore. Hîc verò Caius scribit tanti æstimandam eo casu litem quanti tunc merx fuit, cùm iudicium acciperetur. Sed non sunt hæc cõtraria. Petitum enim id demum dicitur quod per litis contestationem petitum est, vt sæpius diximus, quia is qui controuersiam aut minatur aut mouet, necdum tamen litem contestatur, non tam petit quàm petere vult, inquit *l.amplius non peti 15.rat.rem haber.iunct.l.sed si 25.§.si ante supr.de petit.hered.* Quod Accursius in sua illa interpretatione non bene obseruauit. Præcipua huius legis difficultas in eo est, quod pugnare videtur cum *l.prox.sup.* Illa enim vult in condictione triticaria spectari eam æstimationẽ, quæ sit tempore condemnationis, hæc verò eam, quæ tempore accepti iudicij, & litis contestatæ. Et pugnaret sanè si hæc quoque lex vt superior de cõdictione triticaria intelligeretur, neque conciliationis ratio vlla satis commoda iniri meo iudicio posset. Nam quod vulgò putant, legem superiorem loqui de specie debita, hanc verò de merce, verũ quidem est, sed tamen etiam de specie hæc lex loquitur in postremis illis verbis, *Quod & de cæteris reb. iuris est*, quæ scilicet in specie non in genere, vt merces consistunt. Neq; rursus differentiæ rationẽ vllam probabilẽ adferre possunt, qui hac parte speciẽ à merce distinguunt. Etsi enim species perire potest, & perit facile, non etiam merx, vt nec aliud quicquam eorũ quæ recipiunt functionem in suo genere, quoties per modum generis debentur *vulg.l.incendium 11.C.si cert.pet.l.in ratione 30.§.incertæ inf.ad l.Falcid.* cũ tamen species extat, nec aut perempta aut deterior post morã facta est, quid impedit quominus æstimetur inspecto tẽpore litis cõtestatę, sicuti merx, aut merx quoq; inspecto tempore rei iudicandæ vt species? *l.3.§.in hac infr.Commod.l.hominem 37.infr.mandat.* quæ & de homine loquitur, & de condictione certi ex stipulatione, vt & *lex fundum Cornelianum 28.infr.de nouat.* de fundo debito ex stipulatione. Negandum igitur est loqui hanc legẽ de condictione triticaria, quamuis sub hoc tit. posita sit, sed potius de condictione certi, de qua & in *d.l. vinum d.l.hominem & d. l.fundum.* Nã nec triticaria locũ habere vnquam potest, si res debita fuit, soluenda certo die, quia eius temporis æstimatio hoc casu præstanda est præcisè, nec quicquã prodesset agere triticaria, vt condemnationis tempus spectaretur *d.l. vinum & hac lege & d.l.hominem iunct.l.quoties 59 & seq.infr.de verbor.oblig.* nec de qualibet condictione certi, sed de ea quæ ex mutuo, non de ea quæ ex stipulatione. Quæ tamen omnia quam rationem habeant, quia pluribus explicauimus in *error.4. & 7. decad.84.de error.pragmat.* nec malè, vt nobis videtur, & longiore tractatu indigent, consulto hîc prætermittimus, vt te, mi Lector, ad perlegendã, probandámq; Chiliadem nostrã, præsertim verò vltimam illam partem, inuitemus. Quod si rationes dubitãdi & decidẽdi speciales ad hãc quoq; legem queris, eas vide quas attulimus ad *d.l.vinum*, cuius cùm eadem sententia sit, quæ huius legis, vt diximus, non alias proculdubio admittere potest siue dubitandi, siue decidendi rationes.

BIU Cujas



DE EO QVOD CERTO LOCO DARI OPORTET.

TIT. IIII.

CAIVS libro 9. ad Edictum Prouinciale.

ALio loco, quàm in quem sibi dari quisque stipulatus esset, non videbatur agendi facultatem competere. sed quia iniquum erat, si promissor ad eum locum, in quem daturum se promisisset, nunquam accederet, quod vel data opera faceret, vel quia aliis locis necessariò distringeretur, non posse stipulatorem ad suum peruenire: ideo visum est, vtilem actionem in eam rem comparare.

Ad l. Alio loco 1.

EXplicito condictionum omnium tractatu difficillimo certè ac obscurissimo, succedit *tit. de eo quod cert. loc. dar. oportet.* non minùs difficilis, & perplexus quàm superiores, in quo agitur de actione vtili & arbitraria, quę nec aliud quàm huius tituli nomen habet *de eo quod cert. loc.* Videtur autē huic titulo hîc subiungendo causam dedisse quod scriptum est in *l. vlt. tit. præced.* de ineunda per condictionem certi æstimatione rei, quæ certa die aut certo loco solui debuit, si aut nō sua die soluta sit, aut non suo loco, de eo quod certa die dari debuit, nec datum est, titulum nullum Prætor proposuit, nec actionem vllam vtilem & arbitrariam, quia quod Calendis Ianuariis præteritis dari debuit, si datum non sit, multo magis dari debet Ianuariis sequentibus, quia saltem hodie dandum est, quod iam olim dari oportuit *l. si sterilis 21. §. cùm per venditorem in fin. infr. de action. empt.* Itaque sufficit in eam rem directa actio ex stipulatione, vt quocunque tempore peti possit, adeò vt nec priùs nascatur actio & condictio certi ex stipulatione, quàm totum tempus præterierit, quod stipulatione comprehensum erat *l. qui hoc anno 42. l. liber homo 118. §. decem l. continuus 137. §. cùm ita de verb. oblig.* Plus enim tempore actor peteret, si ante totum illud tempus præteritum peteret, quod liberum est debitori ad soluendum *l. quod certa 70. de solut. l. stipulatio ista 38. §. inter incertam de verb. oblig.* At loci alia ratio est, nec enim locus vnus in alio cōtinetur, ac proinde quod certo loco solui promissum est, in alio peti non potest directa actione. Ob eámque causam fuit necesse proponi à Prætore actionem hanc vtilem & arbitrariam, *de eo quod cert. loc.* per quam permittitur stipulatori etiam alio loco petere, sed æstimata tamen vtilitate loci, in quo fieri solutio debuit ex parte tam actoris quàm rei *leg. 2. §. nunc de officio infr. hoc tit.* RAT. DVB. Contractus omnes ex conuentione legem accipiunt *l. 1. §. si conuenerit infr. deposit.* præsertim verò stipulationes conuentionales, quæ inde nomen acceperunt *leg. 5. l. in conuentionalibus 52. infr. de verb. oblig.* & quæ adeò pēdent ex verbis, vt quicquid stipulatione comprehēsum est, id fieri oporteat, quicquid autem omissum est, pro omisso haberi *l. quicquid adstringendæ 99. tod. tit.* Atqui ponimus stipulationem ita conceptam esse *Capuæ centum dari.* Ergo fieri nequit, vt alibi quàm Capuæ ea centum petantur, alioqui ageretur ex stipulatione non tantùm præter, sed etiam contra verba stipulationis. Nec enim locus minùs quàm dies in stipulatione adiectus facit partem stipulationis *l. 1. §. editiones supr. de edend.* quasi stipulator eligendo vnum locum videatur aliis renunciare *arg. l. vlt. C. de pact. conuent.* Indéque est quod qui certo loco dare promisit, eam æstimationem debet, quæ in eo loco fuit, vbi solutio fieri debuit *l. vlt. supr. tit. prox. l. vinum 22. supr. de reb. credit.* Nam & contraxisse quisque intelligitur in eo loco, in quo vt solueret se obligauit *l. 3. infr. de reb. author. iudic. possid. l. contraxisse 21. de oblig. & act. l. omnem 21. supr. de iudic.* DEC. Nunquam debet esse in potestate debitoris an debeat, aut an soluat *l. 2. §. Scæuola infr. l. sub hac condicione 8. inf. de oblig. & action.* Est enim obligatio iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius rei soluendæ, secundùm ciuitatis nostræ iura, vt Iustinianus diffinit in Instit. *tit. de oblig. & act.* vt proinde vbi necessitas illa non est, nec obligatio esse aliqua videri possit *l. stipulatio 17. infr. de verb. oblig.* Atqui esset in potestate & arbitrio promissoris, qui certo loco dare promisisset, vt nunquam solueret, nec vllibi gentium conueniri posset. Quid enim si ad eum locum in quem daturum se promisisset, nunquam accederet, siue data opera & dolo malo id faceret, siue quia aliis locis necessariò distringeretur? An non esset iniquum etiam cessante dolo promissoris, adeóque nulla ipsius culpa interueniente, puta si vrgente quo alio creditore in carceres detrusus sit, nullam misero creditori superesse rationem debiti sui consequēdi? Nec enim vnquam talis interpretatio fieri debet stipulationis, vt inutilis fiat stipulatio *l. Titia 134. §. 1. de verb. oblig. l. si ita stipulatus 126. §. Chrysogonus vers. planè eod.* Bene igitur Prætori visum est si actione directa prorsus deficiēte vtilem in eam rem compararet, vt quocunque loco conueniri per arbitrariam posset is qui certo loco dare promisisset, nec vtrobique tantùm, id est, in loco vel domicilij, vel solutionis, vt malè Accursius hîc notat, sed vbique *leg. si duo 16. §. 1.*

BIU Cujas

16.§.1.*infr.tit. prox.* perinde atque is qui nullo certo loco debet, de quo in *l.eum qui* 43.*supr.de iudic. leg.qui loco certo* 27 *supr.de cond.indeb.* quamuis ille qui certo loco dare promisit, alibi soluere inuito stipulatore non possit *l.pen.* vbi dicemus *infr.* Hæc autem actio cur dicatur vtilis, non est difficile intelligere, cũ detur ex sola æquitate, vt & cæteræ omnes vtiles & præter, contraq; verba stipulationis, ex quibus tãtùm potest directa competere. Sed cur arbitraria dicatur per emphasim & antonomasticè, ita vt arbitrariam simpliciter cũ dicunt Iureconsulti, hanc intelligant, difficilius est dicere, cùm nec ei conueniat diffinitio arbitrariarum actionum, quam tradit Iustin.*in* §.*præterea Instit.de act.* in quibus, inquit, nisi pareatur arbitrio iudicis, condẽnatio fieri ex bono & æquo debeat. Certũ enim est in actione ista nullum præcedere arbitrium de re restituenda, quod in cæteris arbitrariis omnino præcedere necesse est, vt sequi possit condemnatio, sed recta peruenire ad condemnationẽ nec duas hîc ferri sententias, vnam quæ arbitrio causam præbeat, aliam verò quę condemnationem vel absolutionẽ contineat, quomodo in cæteris actionibus arbitrariis contingit *leg.qui restituere* 68.*supr.de rei vind.* Vnde fit, vt in hac actione de eo quod certo loco semper reus condemnãdus sit, ad solutionem in eo loco, in quo cõuenitur, faciendã, non tantùm si per eum steterit, quominus destinato loco facta solutio sit, sed etiamsi per actorem (quamuis in minorem quantitatem condemnãdus sit hoc casu detracto scilicet eo quod ipsius interest, soluere potius suo loco) absoluendus verò nunquam, nisi in casu *l.4.§.1.hoc tit.* vt pluribus docuimus *decad.90.& 91.de error.pragmat.* maximè verò *in Error.3.& 4.*& dicemus ad *d.l.4.§.1.* Sed dicendũ est quod nos etiam explicauimus in *Error.1.& 4.dictadecadis* 91. dici hanc actionem arbitrariam, quòd in ea fiat semper condemnatio arbitrio iudicis *l.2.* §.*vlt.l.3.l.centum* 8.*infr.* non item in cæteris arbitrariis: in quib. scilicet arbitriũ iudicis nullum est circa faciẽdam condemnationẽ, sed tantũ circa rei restitutionem imperandam. Fit enim in iis & fertur arbitrium ex bono quidem & æquo *d.§.præterea*, sed tamen cõdemnatio secundũ eam formam, quæ vel edicto prætoris cõstituta est, vt in actionibus, quod metus causa, de dolo & aliis pleriſque similibus, vel ex ipsis legibus, vel deniq; authoritate prudentum: vt ex singularũ exẽplis in Chiliade à nobis demonstratum est, ita vt si æquitatis alicuius prætextu aliã condemnationem facere iudex vellet quàm quæ singulis actionib. præscripta est, non esset ei permittendum. Habet autem locũ hæc actio ex stipulatione, & ex ea nascitur, vt constat ex hac lege, & apertius scriptum est in *l.prox.§.1.infr.* vt intelligamus nõ æquè nasci eam ex aliis contractibus, nõ solum qui sint bonæ fidei in quibus sola potestas formulæ in hanc rem potest sufficere, ob verba illa *ex bona fide*, quæ in dictandis à prætore bonæ fidei actionibus nũquam prætermittebatur *l.in bonæ fidei 7.infr.iunct.* §.*in bonæ fidei Instit.de act.* sed etiamsi stricti iuris sint, puta ex mutuo, quia condictio ex mutuo cùm nascatur ex numeratione, potest exerceri quolibet loco etiam directa, quamuis conuenerit vt certo loco soluatur, cũ non obligationis, sed solutionis tãtùm causa possit locus adiici in cõtractu mutui, vt dicemus ad *l.aut mutua 6.infr.hoc tit.* Quod & in cæteris omnib. contractibus excepta stipulatione iuris est. Porrò ne quidẽ ex stipulatione nascitur arbitraria, nisi cùm locus stipulationi insertus est obligationis tantũ causa, vt si promissum sit *Capuæ centum dari, hac leg.& d.l.prox.§.1.inf.* Nam si solutioni tantùm adiectus sit, potest actio directa sufficere. Verùm de his omnib. vide quæ scripsi latius *dict.decad.90.& 91.* vbi & refutata videbis ferè omnia, quę Accursius, Bartolus, & alij circa hunc tractatum peccauerunt.

2. VLPIANVS libro 27. ad Edictum.

ARbitraria actio vtriusque vtilitatem continet, tam actoris, quàm rei. quòd si rei interest, minoris fit pecuniæ condemnatio, quàm intentatum est. at si actoris, maioris pecuniæ fiat.

Ad l.2.Arbitraria.

RAT. DVB. Hæc actio cùm sit arbitraria & vtilis, nullã potest parere cõdemnationẽ nisi ex æquitate *l.4.§.1.infr.* Atqui æquitas non patitur, vt in eodem casu vtilitatis vtriusque litigatoris ratio habeatur, id est, & actoris & rei. Nam vel alteruter tãtùm in mora est, vel vterque, vel neuter: si alteruter tantùm, æquitas dictat vt habẽda sit ratio vtilitatis aduersarij, cui nihil imputari potest, quisquis ille sit, siue actor siue reus, non etiam illius, cui aliquid imputari potest, ex regula *l.quod quis* 203.*de reg.iur.* si verò vterque in culpa sit vel in mora, neutrius vtilitas æstimanda est, sed vtriusque culpa compensanda vt in *l.si ambo* 10.*infr.de compensat.l.viro* 39.*solut.matr.* aut potiùs vtilitas eius negligenda est, qui posteriorem morã contraxit, semper enim posterior mora nocet, & purgat priorem *l.qui decem* 72.*in princ.& §.1.infr.de solut.l.si seruum* 91.§.*sequitur de verb.oblig.l.illud pen.infr. de peric.& commod.rei vendit.* Quòd si neuter in mora nec in culpa fuit, æquum est solius rei vtilitatem spectari non etiam actoris. Etsi enim actio hæc actoris potissimum gratia comparata est, ne alioqui iacturam debiti sui facilè incurreret, si alibi quàm in loco solutioni destinato conuenire debitorem suum non posset, cùm tamen ex æquitate non minus quàm ex necessitate comparata sit, eam secum legem & condicionem trahit, vt indemnitati rei consuli oporteat, cui certè alioqui fiat iniuria, si in alio loco, quàm qui solutioni destinatus est, conueniatur: nam nec congrua esset interpellatio ad constituendum debitorem in mora, tanquam quæ non congruo loco facta esset *leg.mora* 32.*infr.de vsur.l.qui Romæ* 122.*in princip.de verb.oblig.* Qua fortassis ratione motus Accursius scripsit ad hũc locum, semper habendam esse rationem vtilitatis rei, actoris verò nõ aliter quàm si imputari aliquid reo possit. Sed malè: nam sicuti verum est, non aliter æstimandam esse vtilitatem actoris, quàm si reo aliquid imputari possit, scilicet quòd in loco solutioni destinato non soluerit, cùm posset, nec ad eum accesserit locum, in quo & conueniri potuisset, & soluere debuisset: ita falsum est habendam esse rationem vtilitatis rei, quoties ei imputari aliquid potest: quemadmodum vix etiam est, vt reo prospiciatur, quin actori imputari aliquid possit, vel ob hoc ipsum quòd alio loco debitorem cõueniat, quàm in quem dari stipulatus fuerat, nisi cùm id facit ex necessitate, quòd aliter ad suum peruenire non possit, vt loquitur Caius in *l.prox.præced.* Ergo fieri nequit, vt in

BIU Cujas

hac arbitraria actione vtriusque litigatoris vtilitas æstimetur, vt Ioannes putabat, quem Accursius refert & probat. Dec. Vtriusque vtilitatem dixit hîc Vlpianus, pro *alterutrius*. Et ita hîc locus intelligi omnino debet, vt constat ex *l. centum Capuæ 8. infr. & ex l. vnic. C. hoc tit. vbi conuen. qui cert. loc. dar. promiss.* vt nimirum aliquando actoris solius vtilitatem inspici oporteat, aliquãdo solius rei, nunquã verò vtriusque. Illud enim potissimum spectare, & ante oculos habere debet iudex, qui huic actioni addictus est, per quem factum sit, vt alio loco agatur, quàm vbi solutio fieri debuit, an per actorem, an per reum: vt actoris vtilitas æstimetur si per reum steterit, aut rei si per actorem, nunquam vtriusque simul. In eóque Ioannes sanè errauit, tametsi Accursius & Bar. eum sequantur. Effectus autem huius iuris ille est, quòd si rei interest, minoris pecuniæ fit condẽnatio quã intentatũ est, si verò actoris, in maiorẽ quantitatem fieri debet condemnatio, & æstimata vtroque casu omni vtilitate loci quam actor vel reus amittit, ob id quòd alio loco agatur, nõ adhibita distinctione, quam Accursius hîc adhibet, an interfit ratione rei, au ratione personæ, vt in exemplo quod adfert de restitutione in integrũ: sufficit. n. quoquomodo interesse ratione loci, & ita benè hîc Bart. contra Accursium. Ita fit vt per arbitrariã istã actionẽ petatur quidem ea præcisè quantitas quæ debetur, sed nunquã cõdemnetur reus ad eã præcisè quantitatẽ quę petitur. Quod & in cęteris arbitrariis iuris est, sed diuersum in eo, quod in cæteris sẽper in plus cõdemnatur reus, quia sẽper in culpa & mora est ꝙ iudicis arbitrio parêre noluerit *leg. qui restituere 68. supr. de rei vindic. l. vl. infr. de fideiuss.* nũquã in minus, quia nũquã actor in culpa est. Iũge §. *vlt. infr.* & quę ibi dicemus.

1 ¶ Hæc autem actio ex illa stipulatione venit, vbi stipulatus sum à te, *Ephesi decem dari.*

Ad §. 1. Hæc autem actio.

Rat. dvb. Actio arbitraria nascitur etiam ex mutuo *l. aut si mutua 6. infr. hoc tit.* & ex testamento *l. si heres 5. eod.* & ex constituto *leg. si duo 16. §. 1. infr. tit. prox.* Ergo non tantùm ex stipulatione, sed etiam ex cæteris actionibus stricti iuris. Nam de actione ex testamento, nemo dubitat, quin sit stricta *l. aliàs 6. supr. de in lit. iur.* quamuis quod ad fructus & vsuras pertinet, imitetur naturam actionum bonæ fidei *l. in minorum 3. C. de in integr. restit. minor.* Atque ita vulgò interpretes omnes sentiunt, actiones arbitrarias fieri ex strictis, nullámque esse actionem strictam, quę non adiectione loci possit fieri arbitraria. Dec. stipulatio sola admittit, vt locus inferatur stipulationi, non tantùm solutionis, sed etiã obligationis causa, si excipias actionem ex testamento, cùm heres legatum vel fideicõmissum certo loco dare iussus est *d. l. si heres*, vbi dicemus *infr.* Nam condictio certi, cæteræque condictiones omnes, quæ sunt stricti iuris omnes, non ita loci adiectionem admittunt nisi solutionis causa, ideóque nec per adiectionem loci fiunt arbitrariæ, sed facit tantùm adiectio loci, vt æstimationem rei debitæ & petitæ fieri oporteat, inspecto quanti res fuit tempore litis contestatæ in eo loco in quo fieri solutio debuit *l. vinum 22. supr. de reb. credit. l. vlt. supr. tit. ptox.* Obligationes enim omnes ex quibus proficiscuntur condictiones omnes, nascuntur ex re aliqua, & ex negotio, non ex verbis, excepta condictione certi ex stipulatione, & condictione incerti ex stipulatu, quæ nascuntur ex verbis & obligatione verborum *tit. de verbor. oblig. Instit. in princip.* Quare neque ex omni stipulatione venit actio arbitraria, sed ex illa tantùm in qua locus adiectus fuit obligationis gratia, quam Vlpian. exprimit illis verbis *Capuæ centum dari.* Quibus verbis nemo non videt locum Capuæ ita esse insertum obligationi, vt nec intellectu concipi possit huius stipulationis substantia sine loco, aliter quàm si concepta sic esset stipulatio *Centum dari soluenda Capuæ.* Eo namque casu fatendum esset non fuisse adiectum locum ad substãtiam obligationis, sed tantùm ad effectum solutionis, vt in *l. heres absens 19. §. vlt. supr. de iudic. l. quæro 100. infr. de solut. l. qui Romæ 122. in pr. de verb. oblig.* quod longè diuersum est, *l. eum qui ita 56. §. qui sibi vers. quòd si soli infr. de verbor. oblig. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. quæsitum de solut.* ac proinde nulla hoc casu subest necessitas aut vtilitas inducendæ actionis arbitrariæ, cũ possit stipulator agere directa actione ex stipulatione contra promissorem, aut in loco domicilij, etiamsi debitor non ibi inueniatur, aut in loco solutioni destinato si ibi inueniatur, ita vt alterutrubi defendere se omnino debeat, aut ni id faciat, cogatur pati vẽditionem bonorum *d. l. heres absens §. vltim. l. 1. 2. & 3. infr. de reb. author. iudic. possid.* At per arbitrariam conueniri nullo loco potest debitor, nisi in quo inueniatur, ne quidem in loco domicilij, quoniam directa actio, quæ ex stipulatione competit, vt agatur Capuæ, omnem alium locum excludit præter eum in quem collata stipulatio est, nec minus locum domicilij, quam loca cætera. Nam & quamuis stipulator qui centum Capuæ sibi dari stipulatus est, directam actionem habeat, non arbitrariam ad conueniendũ promissorem Capuæ *l. 1. supr.* perinde tamen requiritur vt inueniat eum Capuæ atq; si ageret arbitraria: alioqui nulla esset necessitas inducendę arbitrariæ, tametsi nunquã debitor accederet ad eum locũ in quem collata stipulatio fuisset, quod tamen euidenter falsum est *d. l. 1. supr.* Cæterùm non est existimandum actiones arbitrarias esse sui natura strictas, vt vulgò interpretes existimant: tertiã enim speciem actionum constituunt, tam à strictis quam à bonæ fidei actionibus differentem *§. præterea Inst. de action. l. 3. §. in his infr. de vsur.* sed maximè à strictis, in quibus nulla vnquam bonæ fidei aut æquitatis ratio habetur, cuius tamen ratio semper habenda est in arbitrariis *d. §. præterea*, maximè verò in hac de eo quod certo loco, in qua potissimum æquitatem ob oculos habere semper iudex debet *l. 4. in fin. infr.* Fateor nasci hanc ex stipulatione, quæ sui natura stricta est *l. quicquid adstringendæ 99. de verb. oblig.* & adiectione loci ad substantiam obligationis fieri hanc actionem ex stricta arbitrariam, vt scriptum est in hoc §. *& l. prox. supr.* Sed nego perinde strictas cæteras per adiectionem loci posse semper fieri arbitrarias *d. l. vlt. supr. tit. prox. l. vinum 22. supr. de reb. credit.* Nego itẽ cæteras arbitrarias puta vindicationem directam, aut Publicianam, aut hypothecariam, aliásque similes nasci ex actionib. strictis, aut habere quicquam simile aut commune cum strictis, sunt enim omnes sui natura & ab initio arbitrariæ, nunquam strictæ, vt pluribus docuimus in postrema parte *Chiliadis nostræ de error. pragmat.*

2 ¶ Si

2 ¶ Si quis Ephesi decem, aut Capuæ hominem dari stipulatus, experiatur: non debet detracto altero loco experiri: ne auferat loci vtilitatem reo. Scæuola libro quintodecimo quæstionum ait, Non vtique ea, quæ tacitè insunt stipulationibus, semper in rei esse potestate. sed quid debeat esse in eius arbitrio: an debeat, non esse. Et ideo cum quis Stichum aut Pamphilum promittit, eligere posse quem soluat, quamdiu ambo viuunt: cæterùm vbi alter decessit, extingui eius electionem, ne sit arbitrio eius, an debeat, dum non vult viuum præstare, quem solum debet. Quare & in proposito eum, qui promisit Ephesi aut Capuæ: si fuerit in ipsius arbitrio, vbi ab eo petatur: conueniri non potuisse: semper enim alium locum electurum. sic euenire, vt sit in ipsius arbitrio, an debeat. quare putat posse ab eo peti altero loco & sine loci adiectione. damus igitur actori electionem petitionis. Et generaliter definit Scæuola petitorem electionem habere, vbi petat: reum, vbi soluat: scilicet ante petitionem. Proinde mixta (inquit) rerum alternatio, locorum alternationi, ex necessitate facit actoris electionem & in re propter locum: alioquin tollis ei actionem, dum vis reseruare reo optionem.

Ad §. 2. Si quis Ephesi.

Præfandum necessariò est, interpretes nostros malè hunc §. sic intelligere, quasi separandus sit à *versic. Scæuola*, & quasi alia lex illa sit, quam inchoant ab illis verbis *non vtique*, & illa Scæuolæ, cùm hæc sit Vlpiani. Sunt enim etiam sequentia Vlpiani nunc Scæuolam, nunc Iulianum, nunc etiam Marcellum referentis. Loquitur nimirum de Scæuola, sicut de Iuliano & Marcello in tertia persona. Et verba illa *non vtique ea quæ tacitè stipulationibus insunt* regi à præcedentibus illis *Scæuola libro quintodecimo quæstionum ait* ostendunt sequentia *semper in Rei esse potestate*. Scribendum enim erat *sunt* non *esse* si Scæuolæ scribentis non Vlpiani referentis verba essent: & verò hanc ipsam speciem quæ proponitur in hoc §. de eo qui Ephesi decem, aut Capuæ hominem dari promisit, eandémque quæstionem, an in vno ex his locis detracto altero experiri possit, Vlpianum prosequi in sequentibus constat euidentissimè ex *versicul. Quare & in proposito* vbi post intermixtum aliud exemplum de eo qui duas res in vno eodemque loco alternatiuè debuit, redit Vlpianus ad quæstionem propositam imino huius §. & contrà quàm hic scriptum sit, concludit ex Scæuola posse stipulatorem in alterutro loco sine alterius loci adiectione petere, quod in illo loco solui promissum fuerat. Interpretes fefellit non solùm quòd Scæuolæ dictum pro noua lege, quæ Scæuolæ non Vlpiani esset, vt diximus, acceperunt, sed etiam quòd Scæuolæ sententiam corruptè legerunt. Nam cùm in Pandectis Florentinis scriptum sit, & benè, *an debeat, non esse. Et ideò cùm quis Stichum.* Sic enim legendum est repetita littera *s* in dictione *qui* ex sequenti littera S maiuscula quæ est in verb. *Stichum* more perpetuo & familiari librario Florentino. Quem morem Antonio Augustino notissimum, hîc tamen non fuisse ab eo obseruatum miror. Is enim *libr. 1. Emendat. cap. 9.* textum hunc quasi mendosum sic emendat, vt pro *cum* legat *eum*. Habet siquidem hæc lectio *eum qui* bonum sensum quem non habet illa *cùm qui Stichum* nisi nobiscum legas *cùm quis Stichum* quo nihil verius, neque expeditius. Vulgaris verò interpres quidam dictionem illam *eum* nullius sensus esse videns putauit mancam & imperfectam esse vocem, maluítque reponere *locum*. Sic enim habet vulgata lectio quam Accursius secutus est & post eum cæteri *sed quid debeat esse in eius arbitrio, an debeat non esse, & ideo locum*. Et quod sequitur *Qui Stichum & Pamphilum promittit*, habent pro §. separato, diuersoque à sententia præcedente. Quæ omnia perridicula certè sunt & absurda. Quem enim sensum habere obsecro potest illa locutio, *& ideo locum*. An non prorsus mancum & imperfectum? Nisi cum Accursio suppleas lineam integram hoc modo *scilicet dicimus in eius arbitrio non esse semper*. Quo sensu debuerat siue Scæuola siue Vlpianus scribere *& ideo nec locum*, non affirmatiuè, quomodo scriptum volunt, *& ideò locum*. Quàm meliùs secundum lectionem nostram, nulla etiam facta emendatione, cum librario Florentino sic legimus, *Et ideo cùm quis Stichum aut Pamphilum promittit, eligere posse quem soluat quandiu ambo viuunt, cæterùm vbi alter decessit extingui electionem, ne sit in eius arbitrio an debeat, dum non vult viuum præstare quem solum debet*. An non enim est optima illatio ex eo, quod immediatè Vlpianus ex Scæuola scripserat, posse in arbitrio debitoris esse quid debeat, sed an debeat non esse? Potuitne aliud accommodatius exemplum adferri vllum? Sed omnium optimè quadrat quod sequitur, *quare & in proposito*, quæ verba rursum malè interpretari Accursius cogitur, vt error ex errore solet fluere, quasi Vlpianus scripserit aut Scæuola *in proposito casu obscurè*, inquit, *proposito à Scæuola iis verbis, & ideò locum non esse*, qua interpretatione imponit primùm Scæuolæ, qui non ita scripsit si vulgatam lectionem sequare, sed simpliciter *& ideo locum*. Neque rursus verum est etiam admissa interpretatione Accursij casum vllum proponi iis verbis *& ideo locum dicimus in eius arbitrio non esse*. Thesis enim illa generalis est, non specialis hypothesis. Et casum adhuc quærimus in quo possit & debeat dici locum non esse in arbitrio promissoris, cùm sub alternatione locorum aliquis

BIU Cujas

promisit. Eum verò ipsum casum quem nos frustrà quærimus, idem Vlpianus an non apertè exprimit, cùm addit *eum qui promisit Ephesi aut Capuæ*? Vbinam verò casum illum proposuerat nisi in principio huius §? Ergo ab his verbis *si quis Ephesi* vsque ad §. *si quis ita*, vnus idémque §. est, & continuata tractatio de eo qui Ephesi decem aut Capuæ hominem promisit, an possit Ephesi decem petere detracto altero loco Capuæ, nullâque mentione facta hominis qui alternatiuè Capuæ dari debuit. Nam hunc ipsum casum tractari & repeti in *d. versic. Quare & in proposito*, licèt nulla hîc neque pecuniæ neque hominis mentio fiat, probatur etiam ex *versic. proinde*, vbi ponit Vlpianus eum se casum tractare, in quo mixta sit alternatio rerum alternationi locorum. Non enim mixta esset in hoc exemplo *Ephesi aut Capuæ decem* sed in illo die quo in hoc §. *Ephesi decem aut Capuæ hominem*. Et verò mixta hæc alternatio est rerum & locorum quæ ex necessitate facit actoris electionem & in rem, hoc est, etiam ratione rei propter locum, ne alioqui tollas actionem stipulatori, dum vis reo reseruare optionem. Iam ergo dubitandum non est, quin ita legendus sit hic §. vt diximus. Restat tantùm vt explicemus quomodo sit intelligendus. Ideò enim difficilis & obscurus visus est omnibus interpretibus, quòd finis §. hoc modo pugnaturus sit cum principio, & sententia Scæuolæ cum sententia Vlpiani. Hoc verò sibi persuadere interpretes non potuerunt, vt tam citò tamque facilè Vlpianus sententiam suam correxerit *arg. l. non ad ea* 89. *De cond. & demonstr.* Et Rogerium vnum ex veteribus glossatoribus qui iam olim ita senserat, Accursius nominatim reprehendit, quòd licèt actor in locis habeat electionem, habet tamen, inquit, ob hoc solùm ne sit in rei arbitrio, an debeat, non autem ob hoc, vt reus in altero loco conuentus alterius loci non prætendat vtilitatem: in quo ipso tamen fallitur. Implicat enim contradictionem, vt electio locorum ex iuris necessitate danda sit actori, & tamen actor electionis suæ pœnam illam patiatur, vt ex ea causa præstare debeat reo quanti eius interest non esse relictam reo electionem: quod enim fit iure non modò permittente, sed etiam cogente, pœnam certè nullam meretur *vulg. l. Gracchus* 4. *Cod. ad leg. Iul. de adulter.* In proposito autem fauemus actori ex mera iuris necessitate, vt Scæuola dicebat, vt & in specie *l. si mulier* 59. §. *ex asse in fin. infr. De iur. dot.* Et sanè ita est omnino vt Rogerius dicebat. Corrigit Scæuola sententiam Vlpiani, aut potius id quod Vlpianus scripserat, non tam ex sua quàm ex aliorum opinione, qui ante Scæuolam ita responderant, quasi ex iuris ratione, vt si quis decem Ephesi aut Capuæ hominem dari stipulatus experiri velit, non debeat detracto altero loco experiri, id est, Ephesi præcisè decem petere, ne, inquit, auferat loci vtilitatem reo: nec tàm loci, sed etiam rei, cùm aliud promissum sit Ephesi, aliud Capuæ, & fieri queat, vt promissori facilius sit hominem Capuæ dare, quàm decem Ephesi. Et verò fatendum est plausibilem esse hanc rationem, quæ veteres prudentes illos mouebat, vt pro reo responderent, cùm in alternatiuis obligationibus omnibus tacitè id actum videatur, vt electio sit promissoris, nisi cùm in contrarium expressè actum & dictum est, vt electio sit stipulatoris *l. plerunque* 10. §. *vltim. infr. de iur. dot. l. Stichum aut Pamphilum* 95. *in princ. infr. De solut. cap. alternatiuis De reg. iur. in 6.* Sed Scæuola longè meliùs ac subtiliùs vidit quod priores non viderant, non vtique ea quæ tacitè insunt stipulationibus semper in rei esse potestate, sed ita rem temperandam & distinguendam, vt in potestate & arbitrio rei esse possit quid debeat, sed an debeat, non possit. Sub hac enim conditione *si volam* nulla prorsus fit obligatio, & pro non dicto habendum est quod præstare si nolis, cogi non possis *l. sub hac* 8. *De oblig. & act. l. stipulatio non valet* 17. *de verb. obligat.* cùm obligatio nihil aliud sit, quàm iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius rei soluendæ, vt diximus ad *l.* 1. *supr.* ex obligationis definitione quam à Iustiniano habemus initio *Tit. Instit. de oblig.* Vnde fit, inquit Scæuola, vt cùm quis Stichum aut Pamphilum promisit, quæ rerum duntaxat non etiam locorum alternatio est, eligere promissor possit quod soluat, id est, Stichũne an Pamphilum quamdiu ambo viuunt: at vbi alteruter decessit, extinguatur electio, & qui solus supereſt, omnimodo præstãdus sit, ne sit in arbitrio promissoris an debeat, dum non vult viuum præstare eum quem solum debet *d. l. Stichum aut Pamphilum in princ.* Nec est quod addas cum Accursio *fortassis vel mortui pretium ex l. cùm res* 47. §. *sed si Stichus De leg.* 1. Sunt enim verba illa proculdubio imperiti & errantis, titubanter tamen, interpretis, cùm idem Vlpianus noster in præcedentibus apertè scribat, si ex duobus seruis alternatiuè legatis alteruter decesserit, alterum omnimodo præstandum. Quid enim illud est *omnimodo* nisi idem quod si Vlpianus scripsisset, *nulla heredi reliqua electione?* Nam neque mortui hominis præsens pretium vllum esse potest, nisi quod iudex per iurisiurandi delationẽ æstimauerit mortuo post moram homine debito *l. in actionibus* 5. §. *planè supr. De in lit. iur.* neque solet Vlpianus noster, aut alius quisquam ex prudentibus, adeò titubanter loqui, vt neque solent illi qui veram iuris rationem callent. Interpretem verò fefellit, vt arbitror, quod paullo ante scripserat Vlpianus, superstitem præstandum esse, aut absentis æstimationem. Quasi verò sicut absens æstimari potest, ita & mortuus possit, aut quasi homo mortuus suo fato ante moram debitoris possit remanere in obligatione siue pura siue alternatiua: quod etiam falsum est: sola enim mors id facere potest *l. si fideiussor* 19. *supr. De dolo l. si seruum* 91. §. *sequitur* §. *nunc videamus & §. vlt. De verb. oblig. & d. l. Stichum aut Pamphilum* 95. *De solut.* Verum igitur est quod Scæuola dicebat, nec Vlpianus negat, eum qui Stichum aut Pamphilum promiserat, mortuo alterutro solum debere illum, qui viuus supereſt, atque ita in ipsius arbitrio futurum non quid deberet, sed an deberet, si adhuc electo ipsi aliqua supereſſet. Semper enim eligeret præstare mortuum qui nullus esset, neque præstari amplius posset, ne viuum præstare cogeretur. Ex quo magis intelligimus, quàm verum sit, quod proximè diximus, mortui precium nullomodo deberi, non enim esset in potestate debitoris an deberet alterutro ex seruis mortuo, etiam conseruata ipsi electione, si adhuc aut Stichum viuum, aut Pamphili mortui pretium deberet, idque adeò verum est, vt etiamsi facto & culpa debitoris Pamphilus sit mortuus, si tamen posteà Stichus quoque sine culpa debitoris moriatur, nullomodo ex stipulatione agi possit, ne quidem ad occisi Pamphili æstimationem, cùm in illo tempore quo Stichus moriebatur, non commiserit stipulationem, vt eleganter ac subtiliter ratiocinatur Papinianus in *d. l. Stichum aut Pamphilum* §. 1. Porrò quemadmodum in exemplo illo quod

propo-

BIU Cujas

propositionis suæ confirmandæ causa attulit Scæuola de eo, qui Stichum aut Pamphilum debebat, & eligere poterat, vtrum præstare mallet, & cui tamen alterutro mortuo adimimus electionem, ne in eius arbitrio sit an debeat, apertissimum est adimi electionem promissori quã ab initio habuit, ne alioqui adimatur stipulatori actio, ita & in proposito casu de quo concepta primùm fuit quæstio, si quis Ephesi decem aut Capuæ hominem dari promiserit, fatendum necessariò est eadem penitus vrgente ratione electionem debere stipulatoris esse vbi petat, non autem rei vbi ab eo petatur: alioqui nullomodo conueniri poterit neque Ephesi neque Capuæ, quia semper alium locum eliget, quàm eum in quo conuenietur, vt neutribi conueniatur. Ita sequetur & eueniet idem absurdum, vt in eius arbitrio sit an debeat. Similis penè ratio est in *l. si idem 11. sup. de iurisd. l. inter stipulantem 83. §. 1. inf. de verb. obl.* Consequens igitur omnino est, vt possit stipulator altero loco ab eo petere etiam sine alterius loci adiectione, contrà quàm Vlpianus primùm scripserat, qui & ipse quasi victus tam vera & subtili ratione Scæuolæ transit libenter in eius sententiam, cùm ita concludit *damus igitur actori electionẽ petitionis*. Rectè verò *petitionis* at non etiam *solutionis*. Nam ne quis fortè putet durius agere Scæuolam cum promissore, si omnem omnino electionem ipsi auferat, & vt quiuis intelligat non nisi coacta ratione fieri, vt electionem petitionis actori concedamus, subiungit Vlpianus ex eodem Scæuola, *Et generaliter definit Scæuola petitorem electionem habere vbi petat, reum vbi soluat.* Itaque nulla promissori fit iniuria, cùm possit ille eligendo prius vbi soluat, id est, soluendo vbi volet, impedire ne actor possit vnquam eligere vbi petat, atque ita eligendi facultatem actori præripere. Quòd cùm ita sit, tanto certè absurdior & iniquior est Accursij nostri sententia, iam à nobis superius confutata, existimantis actore electionem occupante petendi vbi volet, non eo minùs æstimandam esse vtilitatem alterius loci in fauorem rei, cùm imputari reo possit, cur non aduersus incommodum illud sibi prospexerit soluendo vtrubi maluisset, antequàm actor petendi locum elegisset. Nec simile est, quod cùm debitor actione arbitraria conuenitur alio loco, quàm in quo ex verbis stipulationis dare debuit, vtilitatis tamen loci ratio habetur fauore debitoris, qui tamen potuerat ab initio vbique soluere *l. continuus 137. §. cùm ita de verb. oblig.* Potuit enim quidem vbique soluere antequam certo loco deberet, id est, priusquàm ad locum in stipulatione comprehensum peruenire posset, quomodo textus ille intelligendus est, at non posteaquàm certo loco debere cœpit, is enim qui certo loco dare promittit, nullo alio loco quàm in quo promisit soluere inuito stipulatore potest *l. pen. infr.* Non enim fuit necessaria actio arbitraria pro reo, cui facultas soluendi non eripitur, etiamsi alio loco quàm in quem collata solutio est, soluere prohibeatur, sed pro stipulatore cui adimeretur actio, si non ei quocunque loco agendi facultas concederetur. In quæstione autem proposita, cùm quis Ephesi decem aut Capuæ hominem dari promisit, si conueniatur Ephesi actore locum illum eligente, non arbitraria actio illa est, sed directa quæ in eo ipso loco qui stipulationis verbis comprehensus est, exercetur *l. 11. supr. l. 4. in princ. infr.* Proinde quamuis detracto altero loco experiatur, & ita alterius illius loci vtilitatem reo auferat, non ideò tamen vtilitas loci æstimanda est, quæ nunquam æstimatur nisi ex æquitate, cùm arbitraria agitur, non autem cùm in eo ipso loco in quo dari res debuit, itémque cùm actor aufert reo electionem, quam tamen hîc non aufert, sed iure suo vtitur agendo Ephesi, quandoquidem ex stipulatione sic concepta *Ephesi decem aut Capuæ hominem dari* ius ab initio quæsitum est stipulatori, vt electionem loci ad petendum habere omnimodo deberet, non etiam promissor vbi ab eo peteretur. Nec quod electio fuit promissoris, vbi mallet soluere, ad rem facit: electionem enim loci ad soluendum habuit quidem reus, sed ante petitionem, vt Vlpianus hîc ex Scæuola subiungit, non autem postquàm Ephesi ab eo petitum est per contestationem, cùm in litis contestatione apud prætorem facta, & in accipiendo iudicio quasi contrahatur *l. 3. §. idem scribit infr. de pecul. l. delegare 11. §. 1. l. aliam 29. infrà de nouat. & delegat.* Nam & inde est, quòd in ineunda rei debitæ æstimatione ex contractu stricto inspicimus tempus litis contestatę, tanquam nouissimum instans, quo solui res potuit ex *l. si Calendis 11. infr. de re iudic.* vt diximus ad *l. penult. & vltim. supr. tit. prox.* Item quod sic concepta stipulatione *fundum illum si illi non dederis, mihi dare spondes*, dicimus finem dandi alteri fore quando iudicium acciperetur, & ideo occupantis fore actionem *l. si Titius 9. infr. de verborum obligationibus.* Denique ne cætera omnia conquiramus, in omnibus faciendi obligationibus purgari posse moram vsque ad litem contestatam, non postea *l. si insulam 84. eod.* Petitionem itaque hîc intelligere debemus non extraiudicialem illam interpellationem, quę ad moram contrahendam sufficeret *l. mora 32. infr. de vsur.* sed litis contestationem quæ petitionis nomine propriè significatur *l. amplius non peti 15. infr. rat. rem haber. l. sed etsi 25. §. si ante supr. de hered. petit.* ad quam vsque permittitur promissori variare quoties velit *l. eum qui certarum 138. §. 1. de verb. oblig. l. si quis stipulatus 57. §. 1. de solut.* Non tantùm autem locorum electionem damus stipulatori in stipulatione illa, de qua in hoc §. agitur, sed etiam rerum, non vt cùm agit Ephesi, possit ibi petere aut decem aut hominem, sed vt decem præcisè, acsi stipulatio simplex hoc modo concepta fuisset *Ephesi decem dari.* idque in necessariam consequentiam, quia cùm debitor non promiserit *Ephesi decem vel hominem* sed *Ephesi decem vel Capuæ hominem* fieri certè nequit, vt stipulator ex ea stipulatione decem vel hominem Ephesi petere possit. Quamuis enim nullam videatur stipulator iniuriam facere promissori, cùm petendo Ephesi decem vel hominem dat ei electionem, an pecuniam soluere malit an Stichum, malè tamen agit, qui hominem nullomodo deductum in stipulationem deducit in petitionem, quia nihil potest peti ne quidem alternatiuè quod prius non sit in obligatione *l. illud aut illud 25. infr. tit. prox. l. si duo 128. in fin. de verb. obl.* Proinde si melius loqui volumus, non tam acquirit sibi hoc casu stipulator electionem rei, quo petitur, quàm adimit reo electionem rei soluendæ: aut acquirit sibi quidem electionem etiam rei soluendæ, sed eius tantùm quæ debetur in eo loco quem eligit. Non enim potest eligere locum Ephesi ad petendum, quin hoc ipso cogatur eligere decem quæ Ephesi dare debitor promisit, aut locũ Capuæ quin hominem petere debeat non decem, fitque hoc ex mera necessitate ob mixtam alternationem rerum & locorum, vt Vlpianus ex Scæuola hîc concludit. Est enim locus vnus separatus ab altero, itémque

BIU Cujas

res vna ab altera, sed non similiter res vlla ab eo loco in quo solui debuit. Planè si alio & tertio loco velit stipulator petere (quod facere per arbitrariam potest, ne alioqui nō possit vnquam agere, si neque Ephesum neque Capuam venire vnquam reus velit *d.l.1. sup.*) poterit vtique aut decem aut hominem petere, sed relicta reo electione, nec sine vtriusque loci adiectione, vt si reus decem soluat, æstimetur vtilitas loci Ephesi, si verò hominem, æstimetur vtilitas loci Capuæ, quia non nisi per arbitrariam actio huiusmodi institui potest. Igitur ratio dubitandi ad Scæuolam non aliunde sumenda est quàm ex eo quod Vlpianus initio huius §. scribit nō esse auferendā reo vtilitatem alterius loci, in quo ex verbis ipsis stipulationis possit soluere: quod tamen fieret si in alterutro loco permitteretur stipulatori agere sine alterius loci adiectione. Sed decidendi ratio fortior pro Scæuola & quæ Vlpianum vicit, illa est, quòd hoc casu electio loci in quo petendum est, ad actorem pertinere debeat, licèt electio loci in quo soluere reus velit, ad ipsum spectet ante petitionem, ne alioqui tollamus actionē stipulatori, dū reo volumus reseruare optionem. Nūquam. n. reo permittēdum est, vt in eius arbitrio ac potestate sit actori adimere actionem *d.l. si seruum* 91. §. *nunc videamus De verb.obl. Granius* 71. §. *pen. De fideiuss.* sicut nec in actoris potestate esse debet, vt reo competentem exceptionem possit adimere *l. vlt. sup. de pact.* vt proinde cùm stipulator petit decem præcisè Ephesi, non arbitraria agat, sed directa, in qua nunquam alterius loci & vtilitatis ex eo emergentis ratio illa habetur. Fuit Scæuola ex præcipuis & subtilioribus Iureconsultis, cui sæpe accidit, vt & Iulianum & Marcellū, qui ad Iulianū notas scripsit, reprehenderet vt in *l. si aliena* 10. §. *Scæuola & l. nō solùm* 33. *in princ. inf. De ver. oblig.* Faciléque suspicor sententiā quæ initio huius §. proponitur, & quā Scęuola reprehendit fuisse Iuliani, quē tota ferè hac reliqua lege author laudat Vlpianū, licèt nulla hîc dū Iuliani mētio fiat. Quòd si Vlpianus de Scæuola loquens adiecisset dictionē aliquam aduersatiuam hoc modo, *at Scæuola* vel *Scæuola autem* vt Scæuolæ notam hanc & reprehensionē esse appareret, vix vlla difficultatis & dubitationis materia nec ipsis quidē interpretibus superfuisset. Et hæc apertissima certè, &, ni fallor, verissima huius loci sententia est ab Accursio Bartolo, & aliis tam malè intellecta, in eo maximè quòd putāt nihil interesse an stipulator agat in eo loco, qui non sit destinatus solutioni, an verò in vno ex pluribus locis in obligatione alternatiua positis, quasi vtroque casu vtilitatis loci ratio habenda sit. Perinde enim est, acsi dicerent, nihil hac parte referre, an stipulator directa actione stipulatur, an arbitraria, quòd ex prudentibus nemo vnquam dixit. Sed & in eo errat Accursius quod ait, si quis promiserit Ephesi dare, aut Capuæ & Ephesi inueniatur, antequam peruenire Capuam potuerit, nō posse illum Ephesi interim conueniri *arg. l. si testamento* 49. §. *vlt. infr. De fideiuss.* Nam cum electio sit stipulatoris, vbi velit petere, quid refert, obsecro, an reus Capuam peruenire iam potuerit necne, cùm etiamsi potuisset, Ephesi tamen eum conuenire actori permitteretur? Longeque alia species est, quæ proponitur in *d. §. vlt.* vbi Capuæ tantùm locus erat in stipulatione comprehensus, nō vt in proposita specie ille aut ille, nisi quis dicat electionem quidem esse actoris vbi petat, sed rei vbi soluat, non posse autem illum soluere Capuæ priusquàm peruenire Capuam possit, atque ita futurum vt auferretur ei soluendi electio, si Ephesi præcisè conueniri interim posset, quod ferendum non est. Sed hæc ratio non tam concludit, malè stipulatorem agere, si petat Ephesi, quàm fieri hoc casu actionem arbitrariam, ideóque facien. dam mentionem loci Capuæ, ne vtilitas eius loci reo auferatur, qui etiam Capuæ soluere inuito stipulatore posset, si non præmatura petitione soluendi Capuæ facultas & electio ei præriperetur.

3 ¶ Si quis ita stipuletur, *Ephesi & Capuæ*? hoc agit, vt Ephesi partem, & Capuæ partem petat.

Ad §. 3. Si quis ita.

RAT. DVB. Solutio per partes habet magna incommoda ex parte creditoris *l. 3. supr. Fam. ercisc.* nec verisimile est eum qui stipulatur *Ephesi & Capuæ decem dari* id agere, vt quinque Ephesi & alia quinque Capuæ accipere cogatur, sed potiùs vt vtrobique decem petere possit, acsi stipulatus esset Ephesi aut Capuæ decem dari. Nam nec nouum est, vt coniuncta pro disiunctis & vicissim disiuncta pro coniunctis accipiantur *leg. coniunctionem* 29. *l. sæpe* 53. *De verb. signif.* Alioqui finge stipulatum esse me *Ephesi & Capuæ hominem*, an non absurdum fuerit cogi te partem Stichi aut alterius hominis mihi soluere Ephesi, nec tamen vlla ex parte liberari, quin hominem integrum à te petere adhuc possim, acsi nihil soluisses, quousque eiusdem Stichi partem alteram Capuæ mihi solueris? Nec enim is qui hominem promisit, partem soluendo Stichi liberatur ne quidem pro parte, in quo differt debitū hominis à debito pecuniæ, nec si alterius hominis partem quoque soluerit *l. stipulatus sum* 9. §. 1. *infr. de solut. l. qui hominem* 34. *in princ. eo.* DEC. Pluralitas & diuisio locorum facta per copulam & diuidit quoq; summam quæ in iis locis ex verbis stipulationis solui debuit, vt pars eius summæ solui debeat in vno loco, alia pars in alio, sicuti pluralitas & enumeratio personarum diuisionem quantitatis inducit *l. reos* 11. §. *cùm tabulis infr. De duob. reis l. si mihi & Titio* 110. *De verb. oblig.* adeóque conditionis, quamuis ea sui natura sit indiuidua *l. cui fundus* 56. *De cond. & demonstr.* Ergo non aliam interpretationem recipere potest hæc stipulatio, quam si à te stipulatus essem dari mihi Ephesi quinque & quinque Capuæ, mihique imputare debeo si id agebam, vt possem Ephesi aut Capuæ decem integra petere, cur non aliter conceperim stipulationem, legémque dixerim apertiùs *l. quicquid adstringendæ* 99. *in princ. De verb. obl. l. veterib.* 39. *supr. de pact.* stipulatoris enim est legem dicere, nan promissoris, cùm responsio interrogationi congrua esse debeat, vt valere possit stipulatio *l. 1. de verb. oblig.* nisi cùm extrinsecus aliquid adiicitur quod ad stipulationis substantiam non pertinet *l. quæ extrinsecus* 65. *eod.* Neque verò absurdi quicquam est in eo, quod dicimus stipulatorem cogendum quinque accipere Ephesi & quinque Capuæ, vt absurditatis huius euitandæ gratia mutari coniunctiua debeat in disiunctiuam ex *d. l. sæpe & dict. l. coniunctionem*, cùm ita stipulator voluerit, possitque eius interesse sic summam diuidi, nec in alterutro locorum totam solui, sed partem Ephesi dimidiam & Capuæ

Capuæ dimidiam alteram: partem enim simpliciter quoties dicimus, dimidiam intelligimus *l. nomen filiarum* 164. §. 1. *eod. tit. l. etiam partis* 43. *supr. de vsufr.* Ex eo autem quod Vlpianus hîc scribit, diuisionem locorum factam per copulam & inducere diuisionem quantitatis promissæ, intelligimus, aliud ergo dicendum esse, si in stipulationem deductum sit aliquid indiuiduum, puta si quis Ephesi aut Capuæ hominem in genere stipulatus sit. Hominis enim in genere stipulatio indiuidua est *l.* 1. §. 1. *de verbor. oblig.* licèt orationis compendio singulos homines contineat, vt Papinianus loquitur in *l. Mœuius* 66. §. *duorum de legat.* 2. alioqui redderetur stipulatio inutilis: quæ maligna certè esset interpretatio *l. si ita stipulatus* 126. §. *Chrysogonus vers. sequens stipulatio l. Titia* 134. §. 1. *de verb. oblig.* Potiúsque accipienda esset hoc casu coniunctio pro disiunctione, vt totus homo peti alterutro loco posset, sicut & in exemplo quod adfert Bart. si conuenerit vt Ephesi & Capuæ & vbicunque fuerit inuentus reus dare debeat decem. Integra enim decem peti vbicunque potest, ne alioqui summa ad exiguum deducatur, & stipulatio ita fiat inutilis. Idque præterea conuenit præcedentibus. Nam in superioribus tractauit Vlpianus in §. 1. de stipulatione illa *Ephesi decem dari* & in §. *seq.* de illa *Ephesi decem aut Capuæ hominem dari.* Itémque in *l.* 4. *in princ. infr.* de certa summa Ephesi danda, numquam verò de homine Ephesi soluendo. Neque verò pars hominis in genere vlla est, sed tantùm Stichi aut Pamphili *d. leg.* 2. §. 1. *de verb. oblig.* Quid ergo si stipulator decem tota velit petere Ephesi? Potest vtique, sed per arbitrariam hanc actionem de eo quod certo loco, non per directam, cùm petat aduersus verba stipulationis. Itaque ratio vtilitatis loci Capuæ habenda erit pro quinque illis quæ Capuæ peti & solui debuerunt: nam etsi mallet stipulator tota decem Romæ petere per arbitrariam posset vtique, dummodo detracta vtilitate locorum in quibus ex stipulatione solui debuit. Et ita benè hîc Bartolus, licèt malè putet hunc §. aliquid habere commune cum superiore, itémque sequentes §§. quod omnino falsum est.

4 ¶ Si quis insulam fieri stipuletur, & locum non adiiciat: nõ valet stipulatio.

Ad §. 4. Si quis insulam.

RAT. DVB. Quod certo loco fieri promissum nõ est, vbique fieri potest: vt diximus ad *l. 1. supr. ex l. eum qui* 43. *supr. de iudic. l. qui loco certo* 27. *supr. de cond. indeb. l. continuus* 137. §. *cùm ita infr. de verb. obl.* Ergo si quis insulam fieri simpliciter stipuletur, quamuis locum non adiiciat, non eo minùs tamen valere debet stipulatio, cùm possit stipulator vbique agere & promissor vbique insulam facere: præsertim cùm in obligationibus faciendi generale sit vt in iis succedat obligatio eius quod interest *l. si quis ab alio* 13 *in fin. de re iudic. l. quoties quis alium* 81. *l. cùm stipulatus* 113. §. *vlt. de verb. ob.* Id verò quod interest sicuti in pecunia numerata semper consistit *l. vlt. de stipulat. prætor. l. si commissa* 13. *rat. rem haber.* ita solui & præstari facilè quocunque loco potest. DEC. Cùm quis insulam fieri stipulatus est, nec locum adiecit, prorsus vaga & incerta est stipulatio, ita vt nesciri possit, an & quando satisfeciisse videri reus debeat. Nam si dicat stipulator velle se insulã fieri Romæ, dicet promissor eam se velle ædificare Ephesi, atque ita nunquam in locum consentient. Opus autem omne quod solo cohæret, necessario requirit locum, vt Bart. hic notat distinguens opus ab operis, quarum promissio valet etiam sine loci electione *tot. tit. de oper. libert. & l. interdum* 73. §. 1. *de verb. oblig.* Nec rursus hæc stipulatio aut alia vlla valere aliter potest quàm si interfit stipulatoris *l.* 3. §. 1. *l. stipulatio ista* 38. §. *alteri de verborum obligat.* Posset autem fieri, vt promissor in eo loco insulam ædificaret, in quo ædificari eam nihil stipulatoris interesset, quæ Accursij ratio est nec mala. Sed mihi omnium optima & accommodatissima illa videtur, quòd ex obligationibus faciendi nunquam agitur ad faciendum quod sine vi & impressione fieri posset, sed post elapsum tempus intra quod fieri potuit, & debuit, si factum non sit, datur actio ad id quod interest, secundum Proculianos *l. si ita stipulatus* 124. *& seq. eo. tit.* adeóque ex quo cœpit mora fieri ædificandæ insulæ, secundum Sabinianos *l. stipulationes non diuiduntur* 72. §. *vlt eod.* Atqui non potest sciri, quanti interfit stipulatoris ædificatam esse insulam, si nullus locus in stipulatione adiectus sit, cùm ex diuersitate locorum possit longè pluris vel minoris interesse ædificatum habere in vno loco potiùs quàm in alio: & præterea id quod interest, facilè in infinitum excurreret cùm in pecunia numerata, vt diximus, semper consistat, nisi certo loco vel tempore coarctaretur. Vnde est, quòd nulla iuris nostri parte videas ratione pecuniæ præstari id quod interest, nisi cùm ex loci vel temporis adiectione taxari potest, ne in immensum procedat *l. prox. infr. l.* 3. *supr. de in lit. iur.* Meritò igitur placuit stipulationẽ faciẽdæ insulæ, si locus nullus adiectus sit, non valere *l. qui insulam* 95. vt nec legatum domus si nullam domum testator habeat *l. si domus* 71. *de leg.* 1. *l. ita stipulatus* 115. *in princ. infr. de verb. oblig.* vbi & alij casus huic persimiles proponuntur, in quibus ob incertitudinem vitiatur stipulatio. In stipulationibus dandi diuersa sunt omnia, quia si quod dandum est, sit quid immobile, suo loco præstari omnino debet, nec alio præstari potest, si verò sit pecunia aut quid aliud mobile nullo adiecto loco & præstari & peti vbique potest, vt diximus. Sed & optimũ consilium pro stipulatore est, vt non modò locum stipulationi adiiciat, sed etiam tempus vt in *d. l. eum qui* 43. *de iud.* ne cum Proculianis & Sabinianis disputandum habeat, quando futurum sit vt committatur stipulatio, itemque ne purgare moram posteà reus possit. Nam nullo adiecto die, tametsi tantum temporis præterierit quanto insula ædificari potuit, indubitatè quidem commissa est stipulatio, vt ad id quod interest agi possit, adhuc tamen purgari mora potest ad tempus vsque litis contestatæ *l. si insulam* 84. *de verb. oblig.* quod præterito die certo non idem est *d. l. eum qui.* Maior enim vis est hac parte taciti temporis quàm expressi *l. eum qui certarum* 138. §. 1. *de verb. oblig. l. si ita legatum* 65. §. 1. *de legat.* 1.

5 ¶ Qui ita stipulatur, *Ephesi decem dari*: si ante diem, quàm Ephesum peruenire possit, agat: perperam ante diem agit. quia & Iulianus putat, diem tacitè huic stipulationi inesse. Quare verum puto, quod Iulianus ait [a], eum, qui Romæ stipulatur, *Hodie Carthagine dari*, inutiliter stipulari.

BIU Cujas

Ad §. 5. Qui ita stipulatur.

RAT. DVB. Quicquid adstringendæ obligationis est, id nisi palam verbis stipulationis exprimatur, pro omisso habendum est *l. quicquid adstringendæ 99. infr. de verb. obligat.* Hoc enim est quod dici solet stipulationem esse stricti iuris adeóque strictissimi, cùm nihil aliud sit quàm verborum solemnis conceptio & obligatio. Atqui tempus quod in stipulatione adiicitur, non tantùm obligationis, sed etiam solutionis gratia pars est stipulationis, non minùs quàm summa ipsa in stipulationem deducta *l. 1. §. editiones, supr. de edend.* Ergo si quis ita stipulatus sit *Ephesi decem dari* nec tempus adiecerit, non potest dici tẽpus vllum necesse huic stipulationi, cùm nullum expressum sit, & consequenter non est prohibendus stipulator ex ea stipulatione agere per arbitrariam alibi quàm Ephesi priùs etiam quàm Ephesum peruenirí possit. DEC. Semper in stipulationibus perinde ac in cæteris contractibus sequimur id quod actum est, de quo si non appareat, tum demum sequimur id quod expressim dictum est *l. semper in stipulationibus 34. de reg. iur.* Multa enim tacitè aguntur in contractibus & negotiis quibuscunque, tametsi non exprimamur, & quæ nec exprimi est necesse *l. pen. infr. de euict. l. inter socerum 26. §. cùm inter infr. de pact. dotal. leg. 3. sup. de reb. credit.* Imò quòd magis est, interdum etiam extra id quod actũ fuit obligatio quædam tacita nascitur quæ actionem quoque parit, vt euenit in condictionibus omnibus *l. is qui 13. §. vlt. infr. commod.* Quid autem magis actum videri debet, quàm vti ne rei alicuius impossibilis contracta videatur obligatio, quæ nec expressa cõtrahentiũ voluntate contrahi posset, *l. impossibilium 185. de reg. iur. leg. non solùm 31. de oblig. & act. l. impossibilis 7. l. si homo mortuus 69. de verb. oblig.* Atqui certum est impossibile esse, vt qui Romæ alióve quolibet loco extra Ephesum promittit decem Ephesi dari, ea decem det Ephesi, priusquàm Ephesum peruenirí possit. Ergo vt valeat stipulatio, quæ alioqui valere non posset, fatendum necessariò est tempus tacitè inesse huic stipulationi, intra quod scilicet Ephesum peruenirí possit *l. eum qui Calendis 41. §. 1. l. continuus 137. §. cùm ita eod. tit.* vbi latiùs & eleganter explicat Venuleius, quodnam & quantum tempus illud esse debeat. Maligna enim est interpretatio, per quam fit, vt stipulatio corruat, quæ benigna interpretatio. ne potiùs adiuuanda est, vt valeat *l. si ita stipulatus 126. §. Chrysogonus versi. sequens stipulatio l. Titia 134. §. 1. iunct. l. quoties 80. eod. tit. l. quoties 12. de reb. dub.* Consequens igitur est, vt si stipulator priùs agat ex ea stipulatione quàm Ephesum peruenirí potuerit, non tam malè agat, vt aliàs solet, qui ante diem agit, quia tempore plus petit *§. si quis agens Instit. de action.* quàm perperam, vt ex Iuliano Vlpianus hic loquitur, id est, nihil agat, ita vt nec actionem eo nomine com petituram cõsumat, quia necdum nata est, adeóque nec obligatio vlla vt in *l. vnic. in fi. supr. Quand. dies vsufr. legat. ced. l. eum qui 41. §. penult. de verbor. oblig.* Neque aliud est in legatis *l. 1. §. vlt. de condict. & demonst.* & in stipulatione operarum liberti *l. quoties 24. infr. de oper. libert.* Vide quid simile in *l. promissor 21. §. 1. infr. tit. proxim.* Sic & conditio interdum tacitè inest stipulationi, vt stipulatio quæ ex conceptione verborum videtur pura, dilationem tamen ex tacita conditione recipiat vt in *l. interdum 73. de verb. obligat.* Quamuis rarò id accidat, vt vel dies vel conditio, quæ expressa non est, tacitè subintelligi debeat, id est, nisi cùm id actum fuisse appareat, vt benè Paulus explicat in *dict. §. Chrysogonus in fin.* Vbi addit, quod maximè notandum est, personam tamen nisi expressa sit in stipulatione, nunquam extrinsecus subintelligi debere, in eóque differre à tempore & conditione. Nec certè dari casus vllus potest in quo id actum videri possit, vt persona aliqua suppleatur.

a *Quare verum puto quod Iulianus ait.* RAT. DVB. Semper id actum intelligi debet inter contrahentes, vt actus valeat potiùs quàm vt sit inutilis *dict. l. quoties 80. de verb. oblig. l. quoties 12. de reb. dub.* & aliis suprà citatis. An non enim ridiculus sit, qui dicat se actum derisorium facere voluisse: nam nec stipulatio aliter fieri intelligitur quàm si quis seriò interroganti, seriò respondeat, in quo maximè differt stipulatio à pacto nudo *l. iuris gentium 7. §. quod forè supr. de pact.* Idque est quod Varro dicebat *libr. 5. de ling. Latin.* non omnem qui dicit *Spondeo* obligari ex sponso, sed duntaxat eum qui seriò sic respondeat, & animo se obligandi. Ob eámque causam non omnis verborum conceptio facit stipulationem, sed ea demùm quæ habeat verba solemnia & congrua, ex quibus appareat inter contrahentes seriò rem agi *l. 1. de verb. oblig.* Ergo si quis Romæ cùm esset, decem hodie Carthagine dari stipulatus sit, potiùs dicendum est tollendam esse dictionem *hodie* quæ impossibilem facit promissionem, quàm vt stipulatio ex hoc fiat inutilis, ne alioquin vtile perinutile vitietur, contra *l. placuit 29. infr. de vsur.* Nam & cùm quis stipulanti respondet *arma virúmque cano, spondeo* constat non eo minùs validam esse stipulationem reiectis prioribus illis verbis, quæ ineptam eam facere videbantur *l. quæ extrinsecus 65. de verbor. obligat.* DEC. Contractibus omnibus commune illud est, vt impossibilis rei adiectione vitientur: vix enim est vt non velint contrahẽtes nihil agi adiecta ea conditione, quam impossibilem esse sciunt, inquit eleganter Mæcianus in *l. non solùm 31. in fin. de obligat. & act.* cúmque ex duorum consensu ac voluntate perficiantur, parum esset si alteruter contrahentium aliud à se actum diceret, si non alius quoque consentiret, quo tamen casu adhuc noua stipulatio necessaria esset. In eóque differunt contractus ab vltimis voluntatibus, quæ quoniam ex solius testatoris voluntate pendent, & legis vim obtinent *l. verbũ 120. de verb. signific.* impossibilis conditionis adiectione non vitiantur, sed conditio ipsa impossibilis reiicitur, quia nec legis est actum aliquem derisorium facere, nec impossibilem vllam conditionem admittere *l. 1. de cond. instit. l. 3. de cond. & demonstr.* dummodò sublata conditione impossibili id quod superest, tale sit, vt legis vim & executionem aliquam habere possit. Non enim sicuti lex tollit impossibilitatem, quę ex impossibilis conditionis adiectione nascitur, ita & eam tollere potest quæ ex manca testatoris voluntate inducitur, vt puta si testator, qui nullam domum habebat, domũ suam tibi legauerit *l. si domus 17. in princ. de lega. 1. iunct. l. si mihi & tibi 12. §. 1. eod. l. non tantùm 19. C. eod.* Et quod dicimus, etiam in contractibus vtile nõ vitiari per inutile in iis quidem quæ diuidua sunt, verum est *d. l. placuit*, sed non in indiuiduis cuiusmodi sunt essentiæ omnes contractuum quoties de ipsorum validitate quæritur *l. cùm ex causa 139. de verb. oblig.* vt & essentię cęterarum rerum omnium apud philosophos. Proinde si stipulationi adiectum sit tempus quod impossibile eam faciat, non potest detrahi, cùm partem stipulationis perinde ac summa ipsa constituat, *dict. §. editiones*

BIU Cujas

l.1. de edend. quam tamen ex stipulatione detrahi vel immutari posse nemo vnquam dixerit. Atqui impossibile est, vt quod hodie Romæ promittitur, hodie Carthagine detur. Ergo fatendum est inutilem esse stipulationem propter impossibilitatem, id est, cùm impossibilis sit rei promissio: sic enim lego apud Iustinianum pro eo quod vulgò *repromissio* in §. *loca etiam in fin. Instit. de verbor. obligat.* Nec aliud est in stipulatione quamuis omnium fauorabilissima operarum liberti *l. quoties 24. infr. de operib. libert.* Generaliter enim verum est impossibilium obligationem nec esse vllam nec esse posse *dict. l. impossibilium 185. de reg. iur.* Vnde fit, vt si qua ratione desinat hæc stipulatio esse impossibilis, valeat, vt in elegantì specie *l. vltim. §. si inter eos. infr. de verb. oblig.* id est, si contigerit, quod certè potest contingere, vt tam stipulator quàm promissor ante aliquod tempus suo quisque dispensatori notum fecerit in eum diem futuram stipulationem, ac demandasset promissor quidem suo dispensatori, vt daret, stipulator autem suo, vt acciperet: hoc enim casu non continet impossibilem causam stipulatio, vt in *d. §. Caius scribit.* Dicat aliquis dictionem hanc *hodie* in stipulationibus non tam pro certo die ac tempore adiecto haberi debere, quàm vt præsens ostendatur esse responsum, ac si pura omnino esset stipulatio, vt subtiliter Papinianus tractat in *l. liber homo 118. §. 1. de verb. oblig.* vbi ait ex hac stipulatione *decem hodie dari* posse stipulatorem vel eo ipso die pecuniam petere, neque videri præmaturiùs agere, non finito stipulationis die, quod in aliis temporibus iuris est: nam peti interim non debet, quia intra comprehensum tempus solui potest. Cùm ergo dictio *hodie* non faciat, vt stipulatio in diem facta videatur, sed è cõtrario potius, vt præsens & pura sit, ac si ea dictio adiecta non esset, cur non valet illa quoque stipulatio Romæ facta *hodie decem Carthagine dare spõdes*, vt perinde tempus tacitè stipulationi credatur inesse, intra quod Carthaginem perueniri possit, quomodo si sublata dictione *hodie* ita concepta esset stipulatio *Carthagine dare spondes?* Subtilis certè obiectio est, sed quæ tamen dilui facilè potest, si dicamus dictionem *hodie* licèt nõ faciat stipulationem in diem, quomodo si sic concepta proponeretur, *cras dare decem Carthagine spondes*, attamen facere eam tantò magis impossibilem, cùm nec vnius quidem diei spatium promissori liberum relinquatur ad soluendum, verbis ipsis stipulationis id euincentibus, & omnem illam taciti temporis supplendi interpretationem impedientibus. Expressum enim, vt est in vulgari nostrorum brocardico, facit cessare tacitum *l. vlt. C. de pact. conuent. tam sup. dot.* aut potius, vt est in iuris regula, *expressa nocent, quæ non expressa non nocerent l. expressa 195. de reg. iur.*

6 ¶ Idem Iulianus tractat: an is, qui Ephesi sibi aut Titio dari stipulatus est, si alibi Titio soluatur, nihilominus possit intendere, sibi dari oportere. & Iulianus scribit, liberationem non contigisse: atque ideo posse peti, quod interest. Marcellus autem & aliàs tractat, & apud Iulianum notat posse dici, & si mihi alibi soluatur, liberationem contigisse: quamuis inuitus accipere non cogar. planè si non contingat liberatio, dicendum ait, superesse petitionem integræ summæ, quemadmodum si quis insulam alibi fecisset, quàm vbi promiserat, in nihilum liberaretur. Sed mihi videtur summæ solutio distare à fabrica insulæ: & ideò, quod interest, solum petendum.

Ad §. 6. Idem Iulianus.

RAT. DVB. Adiectus solutionis causa ius habet accipiendæ solutionis perinde ac ille ipse qui stipulatus est, adeóque inuito stipulatore in cuius potestate esse non debet, vt stipulationem immutet, quę ab initio certam legem habuit *l. obligationum ferè 44. §. accessio. infr. de oblig. & action. l. cùm quis 55. & seq. §. qui sibi. infr. de verborum obligat. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. quæsitum. l. aliud est 106. l. vltim. de solut. iunct. l. vero procuratori 12. §. penult. l. qui hominem 34. in princip. & §. stipulatus sum. l. qui res 98. §. mihi dare, & §. mihi Romæ eod. l. vltim. §. cùm mihi de verborum oblig.* quamuis adiectus neque agere possit, neque nouare, quia non obligationis, sed solutionis gratia adiectus est *l. cui recte 10. de nouat.* Idéque adeò verum est, vt si is qui stipulatus est *sibi aut Titio dari* ageret præcisè ad hoc, vt sibi solueretur, nulla Titij facta mentione, malè ageret, & causa plus peteret, quoniam adimeret reo electionem soluendi Titio *arg. §. huic autem. Instit. de action.* Ergo si cùm quis Ephesi dari sibi aut Titio stipulatus fuit, alibi Titio soluat debitor, dicendum est liberationem ei contingere non minùs, quàm si stipulatori ipsi alibi solueret, ideoque nullam stipulatori actionem supereſſe per quam possit intendere dari sibi oportere, nec magis id quod stipulatoris interesset, quàm summam ipsam solutam. Nam si stipulatori mihi etiam alibi solueretur, ne Iulianus quidem negaret liberationem ex ea solutione contingere, quamuis cogi non possem, vt alibi acciperem solutionem, *l. qui Romæ 122. in princip. de verbor. obligat.* Et hæc præcipua ratio Marcelli fuit propter quam notauit & reprehendit contrariam Iuliani sententiam. Nec valde dissimilis Pauli ratiocinatio est in *d. l. qui res 98. §. mihi dare de solut.* vbi ait, si mihi Calendis Februariis aut Titio Calendis Ianuariis dari stipulatus sim, posse quidem dubitari, an vtiliter stipulatus sim, quod ad Titij adiectionem pertinet, sed tamen magis esse, vt sit vtilis stipulatio & Titij adiectio. Nam cùm in diem sit, inquit, mea quoque obligatio (sic enim legendum est non *ea*) etiam mihi solui potest ante Februarias. Igitur & illi solui poterit. Aut si quis cum Iuliano adhuc dicere velit, liberationem ex eiusmodi solutione non contigisse, dicendum erit, inquit Marcellus, non eius tantùm quod interfit stipulatoris, vt Iulianus dicebat, sed integræ summæ petitionem supereſſe, quemadmodum, inquiebat idem Marcellus, si quis insulam alibi fecisset, quàm vbi promisisset, in nihilum liberaretur.

DEC. Quisquis solutionis tantùm causa adiectus est, solutionem quidem à reo accipere etiam

BIU Cujas

inuito & prohibente ſtipulatore poteſt, & debitori plenam liberationem præſtare, & quidem non tantùm ope exceptionis, ſed etiam ipſo iure, niſi cùm alia res in perſona Titij, alia verò in perſona adiecti deſignata eſt, vt in *d.l.vlt.§.cùm mihi de verb.obl.* (etſi videtur hoc fuiſſe inter prudentes veteres controuerſum *d.l.obligationum ferè* 44.§.*acceſſio.de oblig.& action.d.l. qui res* 98.§.*mihi Romæ, de ſolut.*) ſed ſtipulatori auferre vtilitatem loci non poteſt, in quo fieri ſolutionem ſtipulator voluit: eſt enim id extra cauſam accipiendæ ſolutionis. Quòd ſi nec ſtipulatori permittitur, vt ſtipulationis legem, quæ ab initio conſtituta fuit, immutet *dict. l. vero procuratori* 12.§. *pen. de ſolut.* cùm tamen ſoli ſtipulatori obligatio tota & actio acquiratur, quanto minus permittendum eſt adiecto, vt inuito vel ignoranti ſtipulatori auferat vtilitatem loci, in quem non tantùm ſolutio, ſed etiam obligatio ipſa & ſtipulatio collata fuerit, & qui non minus quàm dies partem faciat ſtipulationis? *l.1.§.editiones ſup. de edend.* Nec enim ius ipſum obligationis vllomodo commune eſt ei, qui ſolutionis tantùm cauſa adiectus fuit, ſed totum reſidet in perſona ſtipulatoris, qui nec ſi voluiſſet extraneo, tamen ſtipulari potuiſſet *l.ſtipulatio iſta* 38. §.*alteri dict. l.eum qui ita* 56. §.*qui ſibi l.ſi mihi & Titio* 110. *de verb. oblig.* communis autem eſt duntaxat facultas accipiendæ ſolutionis, dum ne à lege per ſtipulationem dicta recedatur. Ergo ſi quod ex verbis ſtipulationis Epheſi ſolui debuit ſtipulatori aut Titio, alibi ſolutum ſit Titio, non poteſt ea res facere quin ſtipulatori ſuperſit integra petitio non quidem ſummæ integræ (quod enim ſolutum eſt Titio, benè ſolutum eſt, quatenus ſolutum eſt, cùm ſolutionem vbique accipere potuerit ad præſtandam reo ſoluti liberationem) ſed eius quod intereſt ſtipulatoris Epheſi potius quàm alio loco ſolutum fuiſſe: nec enim habet actor qua de alia re conqueratur, quàm quòd adiectus ſolutionem accipiens alio loco vtilitatem loci, qui ſtipulatione comprehenſus erat, ipſi ademerit. Nulla igitur ei actio ſupereſſe poteſt, niſi ad conſequendam indemnitatem: quia ſicuti nec actionem nec exceptionem damus, niſi ei cuius intereſt, ita neque niſi quatenus intereſt. Verum igitur eſt, vt Vlpianus contra Marcellum concludit, vtrumque illud quod Iulianus dixerat, neque in plenam liberationem contigiſſe promiſſori qui adiecto ſoluit alibi, quàm vbi ex lege ſtipulationis ſolui debuerat, neque tamen ſummæ ſolutæ petitionem vlla ex parte ſtipulatori ſupereſſe, ſed hactenus tantùm ſaluam ei eſſe actionem, vt quod ratione loci eius intereſt, conſequi poſſit. Nam quod Accurſius putat, id quod ſolutum eſt, tam in ſortem quàm in ſolutionem eius quod intereſt, cedere debere *arg.l.vlt.infr.hoc tit.* rectè reprehendit Bartol. ex eo quod in fine huius §. Vlpianus ſcribit, ſolum id quod intereſt petendum eſſe, nec in vlla parte ſortis plenam liberationem contigiſſe. Quamuis hoc ipſum difficile videatur, vt cum Vlpiano dicamus, liberationem quantitatis debitæ non contigiſſe, & tamen id quod intereſt, ſolum petendum eſſe. Bartolus ſic intelligit, vt tota quantitas etiam quæ ſoluta eſt, petenda ſit, ſed non abſolutè, vt eam ſtipulator iterum conſequatur, ſed cum illa adiectione, vt id quod ſua intereſt ratione loci conſequi ſolùm poſſit. In quam rem adfert quod ſcriptum eſt in *l.Iulianus* 131. §.1. *de verb.oblgi.& in l.etiam* 27. *de ſolut.l.3.* §.*ſi reddita infr.Commod.* Ego verò facilè Bartolo hac in re adſentior. Certum enim eſt, vtilitatem loci per ſe ſolam peti non poſſe, cùm non debeatur niſi officio mercenario, vt noſtri loquuntur, & arbitrio iudicis, qui arbitrariæ actioni adiectus eſt §.*prox. infr.* h.4. §.1. *l.centum Capuæ* 8. *l.vlt.hoc tit.* Actionem igitur arbitrariam ſupereſſe ac retineri neceſſe eſt, vt loci vtilitas peti & exigi poſſit *d.l.centum in fin. l.qui per colluſionem* 49. §.1. *infr. de action. empt.l.4. C. depoſit.* non etiam vt quod iam ſolutum eſt, rurſum ſoluatur: plenam enim liberationem contigiſſe reo neceſſe eſt, ne in poſterum conueniri vllomodo poſſit, & vt actio arbitraria omnino extinguatur. Plena autem liberatio non poteſt contingere niſi ex plena ſatisfactione *l.Neratius* 63. *ſupr. de condict. indeb. l. item liberatur* 6. §.1. *infr. quibus mod. pign. vel hypoth. ſoluit. l. ſatisfactio* 53. *de ſolut.* Porrò non poteſt videri plenè ſatisfactum ſtipulatori quandiu aliquid ſoluendum ſupereſt quod ei ſolui oporteat, ſicut & cùm rei ſolutæ aliquid deeſt, vt in *dict. l. Iulianus, & d.l. etiam.* Nec benè hic caſus comparabitur ei, quod ſtipulator ipſe totius ſortis ſolutionem acceperit alio loco, quàm in quo fieri ſolutio debuerat. Quo caſu certum eſt nullã ei arbitrariam ſupereſſe pro vtilitate loci conſequenda quam cum ſorte ipſa exigere & conſequi debuerat: nam ſibi imputet qui hanc ipſe ſibi actionem facto ſuo ademit, at cùm adiecto ſolutum eſt, alibi quàm in loco deſtinato, nihil eſt quod ſtipulatori imputare poſſis, ne illud quidem quòd talem perſonam ſtipulationi cauſa ſolutionis adiecerit, cùm adiiciendo, certam ſolutioni faciendæ & accipiendæ legem dixerit, quam excedere & prætergredi adiectus non potuit, vt nec alius quilibet mandatarius: diligenter enim mandati fines cuſtodiendi ſunt *l. diligenter* 5. *infr. mandat.* §.*is qui exequitur Inſtit. eod. tit.* Eſſe autem adiectum hunc mandatarium ex eo apparet, quod actione mandati tenetur, vt quod à debitore accepit, ſtipulatori reſtituat *l. qui res* 98. §.*qui ſtipulatus in fin. infr. de ſolut.* §.*ſi quis alij Inſtit. de inutil. ſtipulat.* Cur ergo ei permittamus, vt accipiendo ſolutionem contra mandati formam liberet in plenum debitorem, locíque vtilitatem auferat ſtipulatori? Niſi fortè proponas plenum ei datum arbitrium ad ſolutionem accipiendam, vt in *l.qui Romæ* 122. §.*Callimachus in fin. de verb. oblig.* Planè quin ad ratam vſque acceptæ ſortis debitorem liberauerit, dubitari non oportet, cùm in eo nihil contra mandatum fecerit, ſed in eo tantùm quòd alio loco ſolutionem accepit: quæ res non ipſius ſummæ ſolutionem afficit, ſed loci duntaxat vtilitatem ſtipulatori detrahit. Nec bona comparatio eſt, qua Marcellus contra Iulianum vtebatur, vt probaret, ſi ex eiuſmodi ſolutione liberatio plena promiſſori non contigerit, in nihilum igitur liberatum eum eſſe, id eſt, ne quidem pro ſorte quam adiecto ſoluit, exemplo eius qui inſulam feciſſet alibi, quàm vbi promiſiſſet. Nam vt benè Vlpianus pro Iuliano reſpondet, multum diſtat ſolutio certæ ſummæ à fabrica inſulæ. Factum enim certo loco promiſſum, vt addit Bartolus, ſubſtãtialiter variatur ex locorum diuerſitate, facti autem vnius pro alio facto ſolutio non parit liberationem, vt ex eodem Iuliano noſtro Paulus docet in *d.l.qui res* §.*mihi Romæ*, at præſtatio ſummæ non æquè quoniam eadem ſumma eſt, quæ alibi quoque ſolui potuit, & quocunque loco præſtetur, adfert ſuam recipienti vtilitatem, perindéque dominium pecuniæ transfertur: qui vnicus effectus eſt obligationis dandi *l.vbi autem* 75. §. *vlt. de verb.oblig.* nec aliud dominium eſt quod transfertur Capuæ quàm quod

quod Ephesi transferretur si solutio ibi facta fuisset. Ac quemadmodum is cui mandatum fuerat vt quinquaginta solueret, si centum soluerit, non eo minùs habet actionem mandati ad quinquaginta repetenda secundum eam prudentum veterum sententiam, quam Iustinianus probat in *d. §. is qui exsequitur*, ita & is cui mandatum erat, vt centum sibi soluenda acciperet si quinquaginta tantùm acceperit, non eo minus liberat debitorem in quinquaginta, quia nec nihil, nec aliud accipit quàm quod mandatum fuerat, sed minus. Huic porrò similis ille est qui solutionem Ephesi accipere iussus, accepit eam Capuæ: accepit enim id ipsum quidē quod debebatur, sed alio loco quàm in quo debebatur, nec æstimata vtilitate loci, ac proinde nec nihil, nec aliud quàm quod mādatum ei fuerat, vt acciperet, sed minus quàm deberetur & quàm accipere iussus esset. Liberat ergo debitorem in ea quātitate quam ab eo accepit, non liberat in ea quam non accepit, & quam tamen accipere ex mandato debuerat.

8 ¶ Nunc de officio iudicis huius actionis loquendum est: vtrum quantitati contractus debeat seruire, an vel excedere, vel minuere quantitatem debeat: vt si interfuisset rei, Ephesi potius, soluere [a], quàm eo loco, quo conueniebatur, ratio eius haberetur. Iulianus Labeonis opinionem secutus [b], etiam actoris habuit rationem: cuius interdum potuit interesse, Ephesi recipere. itaque vtilitas quoque actoris veniet. quid enim si traiecticiam pecuniam dederat, Ephesi recepturus, vbi sub pœna debebat pecuniam, vel sub pignoribus: & distracta pignora sunt, vel pœna commissa mora tua? vel fisco aliquid debebatur: & res stipulatoris vilissimo distracta est? in hanc arbitrariam, quod interfuit, veniet: & quidem vltra legitimum modum vsurarum [c]. quid si merces solebat comparare? an & lucri ratio habeatur, non solius damni? puto & lucri habendam rationem [d].

Ad §. vlt. Nunc de officio.

RAT. DVB. Actio arbitraria nascitur ex contractu, & quidem stipulationis, qui omnium strictissimus est, vt diximus ad §. 1. *huius legis & ad l. 1. sup.* Ergo non potest latius patere & extendi, quàm contractus ipse stipulationis: qualis enim contractus est qui parit obligationem, talis & obligatio est quæ ex eo proficiscitur, & rursum qualis obligatio est, talem & necesse est actionem esse quam parit obligatio l. licèt 42. §. *ea obligatio supr. de procurat.* Denique qualis actio est, talem prætor dat formulam ex cuius præscripto iudex pedaneus iudicandum necessariò habeat, ita vt ne latum quidem vnguem possit ab ea recedere. Vnde est quod iudex datus etiam in hac actione dicitur addictus actioni & formulæ in *l. 4. §. 1. infr.* tanquam seruus addictus glebæ. Cur ergo dubitamus an quantitati contractus inseruire debeat, an verò possit excedere vel diminuere quantitatem?

DEC. Actio quidem ex stipulatu stricta est & strictissima, sed arbitraria, quæ nascitur ex stipulatione propter adiectionem loci, quamuis non sit bonæ fidei, attamen nec stricta est, sed arbitraria, quæ proinde iudicem obligat, vt pronuntiet ex bono & æquo §. *præterea Instit. de action.* vt scilicet quoties alio loco petitio aut solutio fit, quàm in quo ex contractus verbis fieri debuit, habenda sit ratio vtilitatis loci, id est, quam vel reus, vel etiam actor sperare potuisset, si in loco qui stipulatione comprehensus est, solutio facta fuisset, vt sequitur in hoc §. Nam etsi actio maneret stricta, qualis est condictio certi ex stipulatione, adhuc tamen loci ratio habenda esset in æstimandare debita, vt suprà diximus, obseruari in condictione certi ex mutuo *l. vinum 22. supra de rebus credit. l. vlt. supr. tit. prox. l. quoties 59. & seq. inf. de verb. ob.* sicut & habetur ratio temporis, quamuis adiectum in stipulatione tempus non faciat actionem arbitrariam *l. quòd si Ephesi 4. in princip.* vbi dicemus *infr. l. si fundum certo die 114. de verb. oblig.* vbi scribit Vlpianus, si fundum certo die dari stipuler, & per promissorem steterit, quominus ea die præstetur, consecuturum me quanti mea interfit, moram factam non esse, quamuis in stipulatione nihil de eo quod interest, dictum sit. Cur enim stipulator diem adiicerit in stipulatione, nisi vt promissor intelligeret futurum, si ea die non satisfaceret, vt quanti ex ea causa stipulatoris interesset, præstare teneretur? Alioqui fatendum esset inutiliter adiectum esse in stipulatione locum, aut tempus, si eiusmodi adiectio hoc non operaretur. Differentia tantùm illa est inter locum & tempus, quod alio loco peti non potest, quàm qui obligationis causa insertus stipulationi fuit, ideóque necessaria est actio arbitraria, vt alio loco peti possit: at alio tempore potest petere stipulator, quàm quod dari debuit, dummodò vlteriore, non citeriore, vt diximus ad *l. 1. supr. & l. si sterilis 21. §. cùm per venditorem in fin. infr. de action. empt.* nec arbitrariæ actionis auxilium in eam rem necessarium est *d. l. quòd si Ephesi.* Itaque differentia inter locum & tempus hac parte non in eo est, vt temporis vtilitas potius quàm loci ex vi & natura stipulationis habenda sit, sed vt loci vtilitas in stipulatione æstimari non possit, nisi per arbitrariam, quia nec aliter fieri posset, vt alio loco ageretur: vtilitas autem temporis adiecti in stipulatione perinde æstimari possit per condictionem certi ex stipulatione, & per actionem ex stipulatu, quamuis vtraque illa actio sui natura sit stricti iuris, & strictissimi: nec qui stipulatori præstatur, fauor in eo est, quod propter locum potest consequi quanti sua interest, quando etiam propter adiectionem temporis tantundem consequitur, sed in eo solo quòd cùm ipsi actio directa deficiat, accommodamus vtilem & honorariam, non etiam illi qui certo die

BIU Cujas

dari quid sibi stipulatus est, quia nec subsidiario hoc auxilio indiget. Est etiam inter diem & locum illa differentia, quod quemadmodum vix vnquam dies in stipulatione adiicitur, nisi fauore promissoris, vt totum medium tempus liberum habeat ad soluendum, nec quicquam interim peti ab eo possit *l. qui hoc anno* 42. *l. stipulatio ista* 38. §. *inter incertam l. liber homo* 118. §. *decem hodie de verb. oblig. l. quod certa die* 70. *de solut.* ita vix etiam fieri queat, vt ob id quod sua die solutum non sit, quicquam interfit promissoris, sed solius stipulatoris, cuius maximè interfuit, vt ad dictam diem solueretur *dict. l. quòd si Ephesi & dict. l. si fundum.* Proinde non potest ex ea causa vnquam contingere, vt quantitas deducta in stipulationem minuatur, sed tantùm, vt augeatur: diminutio enim ad vtilitatem promissoris respiceret, excessus verò ad vtilitatem stipulatoris. At cùm locus in stipulatione obligationis causa adiectus est, æquè potest imò frequentiùs interesse rei, quàm actoris, vt alio loco non soluatur. Facit igitur adiectio loci, vt iudex huic actioni addictus non tantùm augere quantitatem contractus possit & excedere, sed etiam diminuere, adeóque interdum reum prorsus absoluere *dict. l. quòd si Ephesi* §. 1. Cumque vix dari casus possit, in quo non interfit alterutrius, id est, vel actoris vel rei, omnino consequens est, vt nec alio casu possit iudex in arbitraria ista actione inseruire contractui, eámq; nec diminuere nec augere, quàm si neutrius interfit. Et hoc quamuis fiat per arbitrariam propter adiectionem loci, æquè tamen fieret per directam si ad agendum alio loco posset actio directa competere. Nam perinde æstimaretur per directam vtilitas loci in gratiam alterutrius, atque æstimatur vtilitas temporis in gratiam solius stipulatoris, *d. l. quòd si Ephesi.*

a *Vt si interfuisset rei Ephesi potius soluere.* RAT. DVB. Non potest reus conueniri per actionem arbitrariam alio loco, quàm qui stipulatione comprehensus est, nisi postquam ad locum illum peruenire potuit §. *quinta stipulatur sup. l. continuus* 137. §. *cum ita infr. de verb. obl.* Atqui pręterito illo tempore intra quod peruenire ad eum locum potuit, si reus non soluat, hoc ipso in mora constitutus intelligitur, si Accursio credimus, qui sic ad hunc locum ratiocinatur. Ergo non est habenda ratio vtilitatis rei, ne alioqui sua ei prosit mora & frustratio, quam è contrario ipsi nocere æquum esset *l. hominem* 37. *inf. mandat. l. in condẽnatione* 173. §. *pen. de reg. iur.* DEC. Qui per arbitrariam actionẽ alio loco agit quàm in quem collata stipulatio & obligatio est, admit promissori vtilitatẽ illius loci, & ideò plus loco petere dicitur, si petat alio loco nisi petat sub commemoratione eius loci in quo peti & solui debuit. Quę cõmemoratio eò pertinet, vt perinde sit ac si paratum se diceret pręstare quanti ob eam causam interfit promissoris §. *loco plus petitur Instit. de action.* Ergo si rei interfit eo potius loco soluere qui verbis stipulationis comprehensus est, quàm vbi conuenitur, ratio vtique habenda est vtilitatis quam ex loco illo sperare potuit, & quam actor rei aufert, cùm exercet arbitrariam, vt qui in vno grauatur, in alio releuetur, quomodo nostri solent dicere ex *l. eum qui* 30. *in princ. supr. de iureiur.* Quamquam enim necessitas inducendæ arbitrariæ fauorem merum actoris respicit non rei, ne scilicet aliter posito iure nulla misero creditori superstit ratio suum consequendi, cùm tamen & actio sit vtilis & inducta ex æquitate, non aliter fuit actori concedenda, quàm vt indemnitati rei plenissimè consuleretur, quod ipsum non melius fieri potuit, quàm æstimatâ in ipsius fauorem loci vtilitate *l. 1.* vbi diximus *supr.* nec enim prætor vult beneficium suum cuiquam esse captiosum *l. Paulus notat. 8. de stipulat. prætor.* sicut nec princeps *l. 2.* §. *si quis à Principe &* §. *merito infr. Ne quid in loc. public. l. ex facto* 43. *de vulg. & pupill. substit. leg. nec anus* 4. *C. de emancip. liber.* Esset autem captiosum si prætextu actionis arbitrariæ actori permitteretur vtilitatem loci reo adimere quam sibi ex verbis ipsis stipulationis quæsiuisset. Neque verum est, quod Accursius supponit pro vero, in mora esse reum qui vltro non soluit statim atque prætériit tempus, intra quod ad locum stipulationis peruenire potuit. Non enim ad constituendum aliquem in mora sufficit ab eo peti posse, nisi etiam illud concurrat, vt petitum sit vel per iudicem vel per extraiudicialem interpellationem *l. mora* 32. *infr. de vsur. l. si pupillus* 127. *de verb. oblig. l nulla* 88. *de reg. iur.* nisi cùm mora contrahitur re ipsa & ipso iure, id est, citra interpellationem, vt euenit in personis minorum *l. in minorum* 3. *Cod. in quibus caus. non est necess. in integr. restit. leg. cum quidam* 17. §. *si pupillo infr. de vsur. l. Titia Seio* 87. §. *vsuras de legat. 2.* aut cùm vsuræ debentur in vicem fructuum perceptorum, vt in *l. curabit* 5. *Cod. de action. empt.* Alioquin eodem instanti quo inciperet quid deberi ex illa stipulatione, *Ephesi decem dari* mora etiam contraheretur, quod esset ridiculum *l. promissor* 21. §. 1. *infr. de constit. pecun.* Prius enim est, vt quid debitum sit, quàm vt peti possit, & vt peti possit, adeóque vt petitum sit, quàm vt mora contracta videri possit. In proposito autem nemo dixerit contrahi moram re ipsa, ex eo solo, quòd lapsum sit tempus intra quod Ephesum peruenire potuerit, cùm ab eo tempore possit reus Ephesi soluere & conueniri nulla eius quod interest oblatione facta *d. l. 4. in princip. infr.* quamuis imputare sibi debeat si non soluerit prius quàm arbitraria conueniretur, vt sequitur in hoc §. Denique dies tacita nunquam interpellat pro homine, sed tãtùm expressa, idque potissimum in pœnalibus *l. magnam* 12. *Cod. de contr. & committ. stipul.* At nec illud rursus verum est, quod idem Accursius ex Ioanne subiungit, in actione arbitraria habendam rationem vtilitatis loci etiam in eius gratiam qui in mora fuit quasi per adiectionem loci hoc tacitè inter contrahentes actum videatur *arg. l. cùm quid 3. supr. de reb. credit.* Ita namque fieret, vt moratori frustratio sua prodesset, quemadmodum suprà diximus ex *l. hominem* 37. *infr. mandat. l. in condẽnatione* 173. §. *penult. de reg. iur.* Nec sanè vlla æquitas hoc patitur, quæ tamen in hac maximè actione dominatur *d. l. 4. in fin. infr.* sed dictat potius, vt ei qui aduersarij culpa moram passus est, succurratur, non etiam illi qui ipse in mora fuit, vt sequitur in hoc §. Multo autem absurdius etiam illud est, quod idem Accursius adiicit, non esse habendam rationem vtilitatis actoris, si ipse sit in mora non conueniendi, quasi verò ex parte actoris mora cõtrahi dicatur ob id solùm quòd agat tardius, si non etiam illud concurrat, vt sine causa recusset accipere solutionem *l. qui decem* 72. *in princ. &* §. 1. *infr. de solut.* Quare nec defendi etiam illud potest quod Ioannes dicebat & Accursius probat, in actione ista posse fieri, vt vtriusque partis, id est, tam actoris quàm rei in eodem iudicio ratio habeatur. Alterutrius enim ratio ferè semper habenda est, at vtriusq; nunquam, vt diximus ad *l. 2. in prin. supr.* Neutrius etiam aliquãdo, sed perrarò, scilicet si neutrius interfit. Nam eo quoque casu quo vtrinque mora & negligentia intercenerit,

BIU Cujas

teruenerit, adhuc dici potest, compensationem quoque moræ faciendam esse *l. si ambo* 10. *infr. de compensat.* sed ea compensatione facta habendam tamen rationem vtilitatis loci, non pro actore, sed pro reo, cui vtilitas loci omnimodo præstanda est, non propter moram quam patitur, sed ob damnum quod ei per arbitrariam infligitur, cùm alio loco conuenitur. At actoris ratio in hac actione nunquam habeatur nisi per accidens, cùm moram à reo passus fuit, aut in alio loco ei soluitur, nulla præcedente ipsius actoris mora, vt in hoc §.

b *Iulianus Labeonis opinionem secutus.* RAT. DVB. In actione arbitraria videtur longè alia constituenda esse ratio actoris, alia re. Idcirco enim vtilitatis rei ratio habetur, ne alioqui faciat ei iniuriam prætor si eum alio loco quàm qui in stipulatione comprehensus est, conueniri patiatur, atque ita ei adimi vtilitatẽ loci sine qua fortassis non fuerat cõtracturus? At cùm stipulator agit arbitraria, ipse sibi adimit vtilitatem loci, nec imputare culpã aut moram reo potest, cur non ad locum solutioni destinatum citius venerit, cùm nulla temporis adiectione ex verbis stipulationis vrgeretur, vt citius veniret. Nulla igitur causa subest vel æquitas propter quam actoris rationem haberi oporteat. Cúmque ei iam faueatur in eo quod alio loco permittitur ei agere contrà quàm ferant verba stipulationis, an non esset iniquum ei præterea faueri etiam in hoc, vt vtilitatis ipsius ratio aliqua haberetur? An non id pugnaret cum vulgari illo nostrorum brocardico, qui negant duo singularia circa eandem rem eandémque personam posse cõcurrere? ex *vulg. l. 1. C. de dot. promiss.* DEC. Ex natura quidem actionis arbitrariæ est, vt rei rationem haberi potissimũ oporteat vt quemadmodum in hoc grauatur, quod alibi cõuenitur, quàm vbi ex stipulationis lege conueniri debuerat: ita releuetur in eo quod loci conuenti vtilitatem consequitur. Idque Iustinianus satis docet, cùm de solius rei vtilitate inspicienda loquitur in §. *loco plus petitur Instit. de action.* Sed tamen ea res non facit, quin aliquo casu & ex iusta causa etiam actoris ratio habenda sit, puta si appareat locum illum fuisse adiectum pro stipulatore. Finge traiectitiam pecuniam eum dedisse Romæ, vt eam reciperet Ephesi, vbi sub pœna debebat, quæ commissa sit ob non factam sua die solutionem, vel sub pignoribus, quæ distracta sint ob non solutam sua die pecuniam. Finge fisco aliquid debitum fuisse & rem stipulatoris vilissimo distractam pretio: nec enim ideo fides hastæ fiscalis conuelli facilè debet *l. si hypothecas* 8. *C. de remiss. pignor. l. si qui proscribente* 6. *C. de fid. & iur. hast. fiscal. lib.* 10. *tit.* 3. nisi dolo & mala fide publica venditio facta sit *l. 1. & 2. eod. tit. l. si quos* 29. *Cod. de rescind. vendit.* His certè casibus & aliis similibus in hanc arbitrariam veniet etiam id, quod stipulatoris interfuit, cùm interfuerit propter moram debitoris, qui in eo loco non soluit in quo soluere ex conuentione debuerat. Nec deterior actoris causa fieri debet ob id quod ipse debitorem alio loco conuenerit, atque ita loci vtilitatem sibi præripuisse videatur: cùm ex necessitate id fecerit, ne alioqui iacturam totius debiti pateretur, si fortè debitor ad locum stipulatione comprehensum accedere nunquam vellet siue data opera, siue quod aliis distineretur negotiis *l. 1. supr.* Magísque imputari reo potest cur non vltro soluerit, vel vbique cùm posset priusquàm Ephesum peruenire potuisset *l. continuus* 137. *§. cùm ita de verb. obl.* vel in loco solutioni destinato, ante quàm arbitraria cõueniretur. Desiit enim posse soluere tum demũ, cùm ab eo in alio loco peti cœptum est §. 2. *sup.* Et sanè aliter posito iure fieret iniuria stipulatori, cuius fauore locum in stipulatione adiectum fuisse ponimus, & ex facti circumstantiis apparet. Nec habet reus quod cõqueratur, cùm diligentior debuerit esse ad soluendum, & seipsum, vt ita dixerim, interpellare, vt se ab actionis arbitrariæ periculo liberaret *arg. l. quoties* 9. §. *& generaliter & seqq. inf. de admin. tutor.* Quamquam potest etiam ita hic textus intelligi, vt extra iudicium interpellatus fuerit debitor ad soluendũ Ephesi, atque ita in mora cõstitutus. Ponit enim disertè Vlpianus post Iulianum, moram à debitore contractã fuisse, illis verbis *mora tua*, vt Florẽtiæ scriptum est, pro quib. verbis cũ veteres mendosè legerent *mortua* coacti sunt addere *animalia*, quæ nullius sensus lectio est, quãuis ab Accursio, sed malè, explicata. Fecit sanè hoc mẽdum, vt non viderint interpretes moram hîc ab Vlpiano requiri, quæ tamen regulariter citra interpellationem non contrahitur *d. l. mora* 32. *infr. de vsur. l. Titia Seio* 87. §. *vsuras de legat.* Nisi quis dicat de ea mora hîc loqui Vlpianum, quę facti sit magis quàm iuris, & quæ ex eo solo æstimãda sit, quod de facto, vt aiunt, reus nõ soluerit, atque ita stipulatorẽ coegerit, vt eũ arbitraria conuenire, à quo tẽpore nec purgandæ huius morę ratio vlla supereſt. Hánc que interpretationẽ magis probo, quia nec aliam morã ex parte rei præcedere necesse est, vt arbitraria conueniri possit, nisi vt nec soluerit, nec actorem ipsum in mora constituerit, accipiẽdæ suo loco solutionis, priusquàm arbitraria actio proponeretur. Cęterùm siue nihil sit, quod imputare possis reo, siue aliquid sit, quod imputare actori possis, non est existimandum huic Labeonis & Iuliani sentẽtiæ locum esse, vt actoris vtilitatẽ æstimari oporteat: etsi non facilè potest meo iudicio contingere, vt nihil imputari possit reo, quin aliquid imputari possit actori. Si enim nihil ab vtroque factum sit, hoc ipso per reum stetisse & factum esse videtur ne soluerit, & vt arbitraria conueniri eum necesse fuerit. Sequitur,

c *Et quidem vltra legitimum modum vsurarum.* RAT. DVB. Legitimus modus vsurarum est, vt duplum excedere non possint *l. si non sortem* 26. §. 1. *supr. de cond. indeb. l. pecuniæ* 9. *l. placuit* 29. *infr. de vsur.* Atqui nec id quod interest excedere duplum potest *l. vnic. C. de sent. quæ pro eo quod inter.* Ergo neque pro actore habenda est ratio, quanti eius interfit ob vtilitatem loci vltra modum legitimum vsurarum. DEC. Id quod cuiusque interest nihil aliud est, quàm quod ei abest quódque lucrari potuit *l. si commissa* 13. *infrà rat. rem haber.* Hoc verò non tam in iure quàm in facto consistit *l. quatenus* 24. *de regul. iur.* pendétque, vt cætera omnia quæ sunt facti ex probationibus, quarum siue inopia siue copia fit, vt id quod interest, nunc ad exiguam, nunc ad maiorem summam deducatur *l. vlt. inf. de stipulat. prætor.* Primúsque Iustinianus fuit, qui supradicta constitutione prohibuit ne in casib. certis, id est, vt ille ipse interpretatur, in venditionibus, locationibus, cæterísque contractibus ac proinde etiã stipulationibus, possit id quod interest, duplum excedere, quasi id quod supra duplum est, immoderatam creditoris auaritiam & auiditatem denotet, quam facilè subsequi iudex non debet *d. l. vnic. l. ex damni* 40. *in prin. inf. de damn. infect.* Ergo ante Iustinianum, & Labeonis, Iuliani ac Vlpiani tẽporibus, quorũ hæc lex est, poterat id quod interest, duplum excedere, si modò tãti stipulatoris

BIU Cujas

intereſſe probaretur, quod hodie per dictam Iuſtiniani conſtitutionem correctum eſt. Ita enim ſentire malo quàm cum Accurſio & Bartolo dicere, intereſſe quidem ſingulare non poſſe excedere duplũ intereſſe communis, ſed in hoc §. ſolùm commune intereſſe peti nõ ſingulare. Nam nec intereſſe commune poteſt duplum excedere, ſi Iuſtiniani mentem & ſenſum in *d.l.vnic.* benè percipio. Alioqui ferè inanis & illuſoria eſſet Iuſtiniani cõſtitutio ſi cõmune, vt vocant, intereſſe etiam in caſib. certis duplum excedere poſſet, vt latius aliquando fauente Deo circa illius legis interpretationem ſcribemus.

d *Puto & lucri habendam rationem.* RAT. DVB. Facilè abibit res in infinitum, aut ſaltem in immẽſum, ſi in æſtimando eo quod intereſt, non tantùm damni emergentis, ſed etiam lucri ceſſantis ratio habeatur. Quid non enim lucraturus ſit diligens mercator ex negotiatione, commutatis mercibus in pecuniam, deinde pecunia in merces, aut contrà? aut quis finis eſſe poteſt ceſſantis lucri? Quare nec eius ratio ſemper haberi ſolet, ſed tantùm damni & detrimenti quod actor paſſus fuerit, vt in ſpecie *l.2.§. portio autem infr. de leg. Rhod. de iact. l. ſi is cui* 71. §.1. *in fin. infr. de furt. l. vlt. de peric. & commod. rei vendit. l. ſi ſterilis* 21.§. *cùm per venditorem de action. empt.* Quam ob cauſam Accurſius noſter ait ſpeciale hoc eſſe in arbitrariis, & in quibuſdam aliis actionibus, nulla tamen ſpecialitatis allata ratione. DEC. Eius quod intereſt duo ſunt capita, vnum quod circa damnum emergens verſatur, alterum quod circa lucrum ceſſans *l. ſi commiſſa* 13. *inf. rat. rem haber.* Quamuis enim qui occaſionem lucri amittit, hoc ipſo non tam fiat pauperior, quàm non locupletior *l. quod autem 6. inf. Quæ in fraud. credit. l. ſi ſponſus 5. §. conceſſa & §. ſi maritus & paſſ. de donat. int. vir. & vxor.* quotuſquiſque tamen eſt, cuius non interſit fieri locupletiorẽ? Proinde quoties quis habet actionem ad conſequendum id omne quod ſua intereſt, proculdubio etiam ratione lucri ceſſantis agere poterit, vt in ſpecie *l. ſi in lege* 24. §. *colonus l. ſi fundus* 33. *ad fin. infr. locat. l. ſi mulier* 21.§. *rerum verſ. commodi infr. rer. amot. l. quicquid* 7. *Cod. arbitr. tutel. d.l.vnic. in fin. C. de ſentent. quæ pro eo quod inter.* Ex quibus locis intelligimus, quàm falſum ſit, quod poſt Accurſium quidam putant, eſſe hoc reſtringendum ad actiones arbitrarias. Nam neque actiones locati & conducti arbitrariæ ſunt, de quibus in *d.§. colonus & d.l. ſi fundus*, neque actio tutelæ de qua in *d.l. quicquid*, ſed bonæ fidei: & generaliter in *d.l.vnic. C. de ſentent. quæ pro eo quod inter.* Iuſtinianus definit conſtitutionem illam non minus in lucro quàm in damno habere locum debere, quia, inquit, etiam ex lucro veteres id quod intereſt ſtatuerunt. Neque tamen id circo verendum eſt, vt id quod intereſt, abeat in infinitum, quandoquidem in æſtimando eo quod intereſt, neque lucri neque damni ratio vnquã habetur, niſi quod ſit circa rem, non etiam eius quod extra rem, quòd noſtri vulgò extrinſecum intereſſe appellant, cuius elegãs exemplum eſt in *d.§. cùm per venditorem.* Sed & in hac actione arbitraria, de eo quod certo loco, illud præterea requiritur, vt interſit ratione illius loci, in quo ſolui debuit. Quæ circunſtantia adeò limitata eſt, vt non niſi valde limitatum effectum poſſit producere in ipſa etiam pecunia, propter quam alioqui nũquam præſtatur id quod intereſt, ne ſcilicet facilè excurrat in infinitum. Indéque eſt, quod quamuis venditor ob non traditam emptori rem venditam teneatur ad id omne quod emptoris intereſt *l.1. infr. de action. empt.* emptor tamen non ſimiliter teneatur ad id quod venditoris intereſt, ſed tantùm ad vſuras pretij *l. ex empto* 11. §.1. *eod.* nempe quia debitor eſt pecuniæ in genere, cùm ſit debitor pretij, quod in pecunia numerata conſiſtere ſemper debet *d.l.vlt. de peric. & commod. rei vindic. iunct. §. precium Inſtit. de empt. & vendit.* Illud certè fatendum eſt fauorabiliorem cauſam eſſe eius quod intereſt ratione damni emergentis, quàm eius quod intereſt ratione lucri ceſſantis *l. in eo* 33. *l. non debet* 41.§.1. *de regul. iur.* quia grauius eſt & reipublicæ incommodius fieri quem pauperiorem quàm non fieri locupletiorem, vnde melior ſemper eorum cauſa eſt, qui certant de damno vitando, quàm illorum qui de lucro captando *l. vltim. §. ſi verò creditores Cod. de iur. delib. d.l. quod autem 6. §. ſimili modo infr. Quæ in fraud. credit.* Ob idque aliquando euenit, vt leges damni duntaxat & detrimenti rationem haberi velint, vt in *lege Rhodia de iactu d.l.2. §. portio autem infr. ill. tit. de leg. Rhod. de iact.* itémque in actione furti *d.l. ſi is cui* 71. §.1. *de furt.* Satis enim ſupérque domino conſultum eſſe viſum eſt, ſi ſupradictis caſibus indemnitas ei præſtaretur, nec contributio fit in lege Rhodia de iactu, vt is cuius merces in mare proiectæ ſunt, fiat locupletior, ſed vt minus damni & detrimenti ſentiat ex iactu qui factus eſt ex neceſſitate, nec rurſum comparata eſt actio furti ad locupletandum eum, cui furtum factũ eſt, ſed vt puniatur & pauperior fiat is, qui furtũ fecit, conſtituta in eum pœna dupli vel quadrupli vltra rei perſecutionem, quæ per vindicationem fiat, aut per condictionem. Et quamuis detur actio furti ei cuius intereſt rem non ſubripi *l. cuius interfuit* 10. & *ſeq. inf. de furt.* non tamen datur ad id quod intereſt, ſed ad pœnam dupli vel quadrupli adeóque nec id quod intereſt, in ea duplatur vel quadruplatur, ſed verum rei pretium *l. in furti actione* 50. *eo. tit. l. cùm furti 9. ſup. de in lit. iur.* Vt proinde mirum videri non debeat in ea actione lucri rationem non haberi, quãuis habeatur in actione rerum amotarũ *d. l. ſi mulier* 21. §. *rerũ verſic. commodi quoque inf. rer. amot.* quia licet ea actio in locum actionis furti & condictionis furtiuæ ſubrogata eſſe videatur *l* 1. & 2. *l. pen. eod.* diuerſam tamen ab vtraque naturã in eo habet quod arbitraria eſt *l. ſi cùm dos* 8. §.1. & *l. ſeq. eod. tit.* arbitrium autem quod in ea præcedit condemnationem, ſemper æquitatem adnexam habere debet §. *præterea Inſtit. de action.* Arbitratur enim iudex tanquam vir bonus, & quod viro bono cuilibet æquum videri debeat, nemo autem negauerit æquum eſſe, vt etiam commodi quod rebus amotis vir amiſerit, ratio habeatur contra mulierem quæ res amouit, quam & condẽnari poſteà oportet quanti vir in litẽ iurauerit ſua intereſſe ſi arbitrio non pareat *d.l. ſi cùm dos* §. 1. Omnis enim condẽnatio quæ fit per iuſiurandum in litẽ ſiue in arbitrariis, ſiue in bonæ fidei actionibus, ſemper fit ad id quod intereſt *l. qui reſtituere* 68. *de rei vind.* non item in actionibus ſtricti iuris *l. in actio. verſ. planè ſup. de in lit. iur.* Itaque melior hac parte cõditio eſt cæterorũ furum, cõtra quos nulla cõmodi & lucri amiſſi ratio habetur, ſiue actione furti, ſiue condictione furtiua conueniatur, non quaſi fauorabiliores eſſe debeant, ſed quia non niſi ſtrictis actionibus tenentur, quarum natura nõ patitur, vt ad id quod actoris intereſt condẽnentur, ſi non idipſum quod intereſt, ſit in obligatione, vt in *l. naturalis* 5. §.1. & *ſeq. infr. de præſcrip. verb.* Contractuum & actionum quæ ex contractibus naſcuntur alia ratio eſt. Qui enim contrahunt, ſui lucri cauſa contrahũt, vt ex

vt ex ea negotiatione fiant locupletiores *l. actionum 25. §. 1. infr. de oblig. & action.* ita vt qui rem suam vendit, non tam ex re ipsa quàm ex negotiatione precium percipere dicatur *l. venditor 21. de hered. vel act. vendit.* Vnde est quod plerisque locis scriptum legimus, naturaliter licere contrahentibus in emendo & vendendo, itémq; in locando & conducendo se decipere *leg. in causæ 16. §. idem Pomponius supr. de minor. l. item si precio 22. §. vlt. & l. seq. infr. locat. l. si voluntate 8. C. de rescind. vendit.* Non ergo restringendum est ad actiones arbitrarias quod hîc scribitur, in æstimando eo quod interest, etiam lucri rationem habendam esse, sed generaliter ad omnes actiones extendendum in quibus ad id quod interest condemnatio fit, siue principalis obligationis siue accessionis iure. Nec illud rursus admittendum meo iudicio est, quod video etiam interpretibus placere ad eas personas restringi debere, id quod dicimus, æstimandum esse lucrum, quæ mercari & lucrari consueuerunt. Nam quod hîc Vlpianus scribit *quid si merces solebat cõparare?* exempli tantùm gratia positum est, quia in negotiatore apertiùs est, lucrari eum potuisse *d. l. vlt. de peric. & commod. rei vendit. d. l. si sterilis 21. §. cùm per venditorem de action. empt.* Cæterùm si quid commodi actor amiserit, etiamsi negotiator non fuerit, hoc quoque præstandum ei erit *d. l. si mulier 21. §. rerum vers. commodi rer. amot. d. l. si in lege 14. §. colonus d. l. si fundus 33. in fin. infr. locat. d. l. vnic. C. de sentent. quæ pro eo quod interest.* sed ita tamen vt non tam illud inspici debeat, quanti alius diligens negotiator lucrari potuerit, quàm quanti actor ipse fuerit lucraturus, si moram passus non fuisset. Id enim est quod Paulus scribit in *d. l. si commissa 13. rat. rem haber. in quantum mea interfuit, id est quantum mihi abest quantúmque lucrari potui.* Itaque probare semper actor debet, tantum se lucrari potuisse. Quæ probatio in mercatore, ac negotiatore facilior certè est, & ad augendam lucri quantitatem vtilior, sed quæ tamen etiam in eo qui negotiari solitus non sit, aliqua esse potest, vt ex suprà dictis locis apparet. Simile quiddam est in *leg. si nauis 62. in fin. supr. de rei vindicat.*

3. CAIVS libro 9. ad Edictum Prouinciale.

IDeò in arbitrium iudicis refertur hæc actio: quia scimus, quàm varia sint pretia rerum per singulas ciuitates, regionésq;: maximè vini, olei, frumẽti, pecuniarum quoque[a], licet videatur vna & eadem potestas vbique esse: tamen aliis locis faciliùs, & leuibus vsuris inueniũtur, aliis difficiliùs, & grauib. vsuris.

Ad l. Ideò in arbitrium 3.

RAT. DVB. Etiam per alias actiones quàm per hanc arbitrariam, de eo quod certo loco peti merces possunt, maximè verò vinum, oleum, frumentum, vt puta per condictionem certi ex mutuo etiam adiecto loco, in quo solui eas oporteat *l. vinum 22. sup. de reb. credit. l. vlt. supr. tit. prox. l. quoties 59. & l. seq. infr. de verb. oblig.* Et tamen non confertur certi condictio in arbitrium iudicis, quamuis non eo minùs varia sint precia mercium per singulas ciuitates, cùm ex causa mutui merces debentur, quàm cùm ex causa stipulationis, cui certus locus adiectus sit: alioqui etiam condictio certi perinde fieret arbitraria per adiectionem loci, atque actio ex stipulatione per quam debitor promiserit merces istas dare certo loco: quod tamen euidenter falsum est, semper enim certi condictio stricti iuris est, itémque triticaria, vt & cæteræ omnes condictiones, nunquam arbitraria, vt docuimus ad *l. 1. & ad d. l. vlt. supr. tit. prox.* Ergo non est bona ratio, quæ hîc à Caio adfertur, propter quam in arbitrium iudicis referatur hęc actio arbitraria, *de eo quod cert. loc.* quòd pro diuersitate locorum ac regionum diuersa sint precia mercium *l. precia rerum 63. infr. ad l. Falcid. l. si seruum 33. supr. ad leg. Aquil.* DEC. Non est referenda in arbitrium iudicis condemnatio, quæ ex natura actionis certa esse potest *l. vlt. C. de fideic. libert.* Cùm enim ius ipsum per se certum sic ac finitum *l. 2. infrà de iur. & fact. ignor.* id agit semper ciuilis legislator quantum potest vt certa fiat condemnatio, neq; ex arbitrio iudicis pendeat, neq; hoc tantùm in stricti iuris actionibus, sed etiam in arbitrariis, vt ex aliarũ omnium exemplo, si hanc vnam excipias, cernere est. Nam in actione, quod metus causa condemnatio fit in quadruplum *l. item si cùm 14. §. 1. & seq. supr. quod met. caus. in actione de dolo ad id quod* actoris interest, quamuis vt in cæteris arbitrariis arbitrio iudicis restitutio fiat *leg. arbitrio 18. in princip. de dolo.* in rei vindicatione directa, in Publiciana & actione ad exhibendum, itémque rerum amotarũ, & aliis plerisq; similibus, quanti actor in litem sua interesse iurauerit *d. l. qui restituere.* Deniq; arbitrarię dicuntur cæteræ actiones omnes, quòd in iis restitutio fiat arbitrio iudicis, non etiã condẽnatio. Sicut enim non quicquid iudicis potestati permittitur, id subiicitur iuris necessitati *l. non quicquid 40. supr. de iudic.* ita è cõtrario nec iudicis potestati & arbitrio permittendum est, quod subiicitur iuris necessitati, & in iis permittitur iudici, secundùm cuiusq; rei naturam ex bono & æquo æstimare, quẽadmodum actori satisfieri oporteat *§. præterea Instit. de act.* per arbitrium scilicet circa rei restitutionem interponendũ, nõ per condẽnationẽ. At in actione arbitraria de eo quod certo loco speciali iure obtinet, vt nõ restitutionẽ, de qua hîc non agitur, sed cõdemnationẽ in arbitrium iudicis cõfetri necesse sit, quia cùm contra iuris regulas, non minùs, quàm contra stipulationis verba detur hæc actio à Prætore, non aliã naturam habere potest, ex qua sequatur condẽnatio, quàm quæ æquitatis magis, quàm iuris rationib. fulciatur, æquitas autẽ tota pẽdet ex totius facti circũstantiis *l. bona fides 31. infr. depos.* circũstantiæ verò pro personarũ & factorũ varietate aliæ atq; alię sunt, & cũ alio loco agatur quã in quo ex ratione iuris & ex stipulationis verbis agi debuit, aliquando accidit, vt culpa stipulatoris id fiat citra morã promissoris, aliquãdo autẽ per morã & culpã promissoris citra morã & culpã stipulatoris, ac proinde vt vno casu haberi rationẽ oporteat vtilitatis loci pro reo, alio autẽ casu etiã pro actore, ita vt vix vnquã permittatur iudici inseruire contractui, & eã quantitatẽ ipsam, quæ in stipulationẽ deducta est, deducere in condemnationẽ, vt diximus ad *§. vltimum legis præcedẽtis.* Hoc ipsum autẽ ideò, quia mercium, & cæterarũ rerum mobilium, quæ per hanc

actionem petuntur, præterquàm pecuniæ numeratæ, de qua posteà dicemus, alia atque alia non modò pro temporum, sed etiam pro locorum varietate æstimatio est. Alioqui vix vlla esse vtilitas loci posset, cuius rationem haberi à iudice oporteret, nisi si quando aliunde interesset, nec proinde hoc casu locum habet quod scribit Iustinianus in *l. vlt. C. de tempor. in integr. restit.* absurdum esse ex locorum differentia induci aliquod iuris discrimen. Id enim sic accipi debet, si cætera sint paria, nec facti discrimen ex locorum diuersitate vllum sit. Diuersitas igitur æstimationis illa est, non quæ facit actionem arbitrariam, aut eius inducendæ necessitatem inducit (hoc enim ex eo fit, quod alio loco quàm in quem collata stipulatio est, agere stipulator directa actione non possit *leg. 1. supr. hoc tit.*) sed quæ prætorem cogit, vt in arbitriũ iudicis referat condemnationem, vnde & arbitraria appellatur. Neque hoc tantùm facit varietas illa precij, cùm alio loco merciũ istarum æstimatio soluitur, quàm in quo solui debuit, sed etiamsi in eodem loco alio tamen tempore, quia & pro temporum diuersitate etiam in eodem loco harum rerum precia mutantur, non quidem vt ex eo fiat actio arbitraria, quemadmodum iam sæpius monuimus in superioribus, & dicemus ad legem sequẽtem, sed vt huiusmodi mercium accessiones, si quæ promissæ sint, etiam ex nudo pacto præstandæ sint, puta si quis acceptis mutuo decem modiis frumenti, vndecim aut duodecim se restituturum nudo pacto promiserit *l. frumenti 17. & l. oleo 23. C. de vsur.* cùm tamen in accessionibus pecuniæ, id est, in vsuris stipulationem interuenire sit necesse *l. rogasti 11. §. si tibi supr. de reb. credit. l. Titius 24. infr. de præscript. verb. l. 3. C. de vsur.* Fieri enim facilè potest & euenit quotidie, vt duodecim modij frumenti hodie minoris sint, cùm creditori restituuntur, quàm fuerint decem contractus tempore cùm mutui dabantur. Incertitudo autem dubij euentus cuius par ratio est, in vtrumque casum suspicionem omnem fraudis amouet *l. 1. C. de pact. l. de fideicommisso 11. C. de transact. l. si pater puellæ 12. C. de inoffic. testam.* Nec quisquam audiendus est id petens, cuius contrarium in alium euentum non fuerat postulaturus *vulg. l pen. C. de solut.*

a *Pecuniariam quoque.* RAT. DVB. Non sicuti mercium ita & pecuniarum pro locorum aut temporum varietate alia atque alia æstimatio est, sed semper vna, eáque certa & constans in republica benè constituta *l. 3. supr. de in lit. iur.* ideóque nec mercis appellatione venit pecunia *l. 1. infr. de rer. permut.* cuius scilicet vsus præcipuus in eam rem comparatus est, vt merces cæteráque res omnes æstimet, non vt ea per merces æstimetur *l. si ita fideiussorem 42 infr. de fideiuss.* Ergo non sicuti arbitraria actio de eo quod certo loco refert condemnationem in arbitrium iudicis, quoties certo loco dari merx aliqua debuit, idem probandum est, si fortè certo loco debebatur pecunia, quæ alibi petatur, sed sufficere debuit prætori hoc casu inducere actionem quidem vtilem deficiente perinde directa cùm non magis pecuniam vno loco debitam petere stipulator alio loco possit quàm mercem *d. l. 1. l. 2. §. 1. supr.* sed non arbitrariam, cùm nihil sit hoc casu quod in arbitrium iudicis condemnationem dictantis conferri oporteat, & propter quod æstimanda sit hoc casu aliqua vtilitas loci, siue pro eo siue pro actore, & augenda vel minuenda in condemnatione quantitas quæ per stipulationem promissa est. DEC. Etiam in pecuniis potest interesse ratione loci, vt in vno loco soluantur potiùs quàm in alio, non quidem propter earum æstimationem, quæ vna certè & eadẽ vbiq; esse debet, sed quia in quibusdam locis faciliùs inueniuntur, & leuioribus vsuris, in aliis verò difficiliùs & vsuris grauioribus. Ita enim fit vt oneretur proculdubio miser debitor, si in eo loco per arbitrariam conueniatur in quo aut non tam facilè inuenturus sit creditorem, qui mutuas dare velit aut possit pecunias, aut non nisi grauioribus vsuris quisquam sit fœneraturus. Sed ratio hæc ad solius debitoris commodum spectat, si vtilitas loci per arbitrariam à stipulatore propositam ei adimatur: sed ex parte actoris quoq; potest fieri, vt loci vtilitas æstimanda sit, etiam quod ad pecunias pertinet, quas alio loco petere cogatur, quàm qui ab eo stipulatione fuerat comprehensus: vt in exemplis illis quæ ex Iuliano & Vlpiano proposuimus in §. *vlt. legis superioris.* Excipiuntur ergo ab hoc tractatu duntaxat res immobiles, quia licet earum quoque pro locorum & temporum diuersitate alia atq; alia sit æstimatio, alibi tamen præstari non possunt, quàm vbi sunt, quia nec locum mutare possunt, cùm sint immobiles. Quid ergo fiet, si, quod infelici hoc nostro seculo tam sæpe accidit, non minùs incerta & varia sit nummorum quàm merciũ æstimatio, siue ex abusu & licentia commerciorum ea varietas cõtingat, siue ex edicto & authoritate legislatoris? Tãto magis vtique necessaria erit pro pecuniis etiam actio hæc arbitraria exemplo mercium. Vix enim est, vt hodie in tanta rerum omnium perturbatione pecunia non etiam mercib. adscribi debeat, eodémque ferè in omnibus iure censeri quousq; reformatis in meliùs cõmerciis pecuniarum, vna eadémque æstimatio vbiq; constituatur. Quamquam vix sperari hoc posse videtur in tam varia & Principum & dominationum multitudine, dum suos quisq; subditos vult suis legibus, vt æquum est, viuere, suáque vti nummorũ specie, ne monetæ cudẽdæ ius, quod ad supremæ potestatis dignitatem maximè pertinet, negligere, séq; in eo cęteris Principib. inferiorẽ agnoscere videatur. Optandum esset duntaxat, vt illi saltem qui ab vno eodémq; reguntur Principe, vnam illam constantémq; nummorum æstimationem experirẽtur: nec enim id esset difficilius, quam Romanis fuit efficere, vt Romæ eadem quæ Ephesi & Capuæ & Carthagine pecuniarũ esset æstimatio. Dici autem vix potest, quàm multis litib. tribunalia ferè omnia redundent ex hac tam varia nummorum æstimatione, quoties quæritur de pecuniarum siue creditarum siue ex alia causa debitarum solutione. Qua de re luculentum nec indiligentem tractatum composuimus iampridem, quem inscripsimus De variis nummariorum debitorum solutionibus, aduersus Carolum Molineum pragmaticorum ætatis nostræ facilè principem, qui mihi semper visus est omnium peßimè in suo illo contractu de contractibus vsurariis, quæstiones illas omnes, quæ ad hanc rem pertinent, tractauisse.

4. VLPIANVS libro 27. ad Edictum.

QVòd si Ephesi petetur: ipsa sola summa petetur: nec ampliùs quid: nisi si quid est stipulatus, vel si temporis vtilitas interuenit [a].

Ad l. Quòd

Ad l. Quòd si Ephesi 4.

RAT. DVBIT. Absordum est actionem directam minoris esse potestatis, quàm vtilem, cùm vtiles actiones non nisi ad exemplum & in subsidium directarum introductæ sint. Ideóque solent ambæ eundem effectum præstare *leg. actio 47. suprà de negot. gest. leg. quamquam 8. §. si mulieri versic. planè infr. ad SC. Velleian.* Atqui cùm is, qui stipulatus fuerat Ephesi decem dari, petit Ephesi, agit directa actione, cùm verò petit Capuæ, agit vtili *leg. 1. supr.* Ergo quemadmodum agendo Capuæ agit arbitraria, per quam consequitur quanti sua interest non tantùm ratione damni emergentis, sed etiam ex causa lucri cessantis *leg. 2. §. vltim.* vbi diximus *supr.* ita & agendo Ephesi tantundem consequi debebit, vt non sit deterioris conditionis agens directa, quàm agens vtili *leg. 1. supr. de Public. in rem act.*

DECID. Sunt quidem actiones directæ & vtiles eiusdem effectus & potestatis, quoties eandem aut iuris aut æquitatis habent rationem: at non æquè vbi diuersa ratio est, diuersitas enim siue rationis, siue æquitatis, diuersitatem quoque iuris necessariò inducit vulg. *leg. illud 32. ad leg. Aquil. leg. 3. §. vnde etiam infr. de iniust. rupt.* Atqui in proposita specie prorsus dispar ratio est actionis directæ, quæ ex illa stipulatione competit, *Ephesi decem dari*, & vtilis quam ex eadem stipulatione dat prætor, vt alibi quàm Ephesi reus conueniri possit. Directa enim actio, quæ ex verbis ipsis stipulationis competit, vt Ephesi petatur, stricta est, vt sunt regulariter actiones omnes, quæ siue ex stipulatione competunt, siue ex stipulatu *leg. aliàs 6.* vbi diximus *supr. de in lit. iurand. leg. si quis certum 24. supr. de reb credit.* Actiones autem strictæ nullam æquitatis rationem admittunt, siue nobili siue mercenario iudicis officio, nisi ratione fructuum ex re quæ fuerit actoris post litem contestatam perceptorum ex *leg. 2. leg. videamus 38. §. si actionem infr. de vsur.* In eoque maximè differunt actiones stricti iuris ab actionibus bonæ fidei, & arbitrariis, in quibus æquitatis potissimùm rationem habere ob oculos iudex debet *§. prox. infr. leg. bona fides 31. infr. depositi. §. in bonæ fidei & §. præterea Instit. de action.* nec alia de causa stricti iuris eas appellari existimandum est. Vtilis autem actio quæ nascitur ex eâdem stipulatione, *Ephesi centum dari*, sicuti datur non ex verbis, sed contra verba ipsa stipulationis, ita fieri nequit, vt sit stricta, sed necesse est vt sit arbitraria *dict. leg. 1. & leg. 2. §. 1. supr.* atque ita vt cùm ex verbis stipulationis æstimari non possit, ex sola æquitate æstimanda sit, quæ non patitur, vt impunè loci vtilitas alterutri contrahentium facto alterius adimatur. Vnde pendet secunda, & quæ præcipua est inter actiones istas, differentia. Nam stipulator qui actione directa petit decem Ephesi, cùm petat in eo ipso loco in quo peti & solui summa debuit, nullam loci vtilitatem aufert reo neque sibi ipsi. Nec igitur ratio vlla est propter quam hoc casu permittendum sit vel stipulatori maiorem quantitatem petere, quàm quæ in stipulationem deducta est, vel iudici excedere eam quantitatem aut minuere. Tota namque æquitas actionis arbitrariæ ex eo proficiscitur, quod per arbitrariam vtilitas loci, in quo & petitio & solutio fieri debuit, alterutri contrahentium facto culpáve alterius necessariò adimatur. Et ita Iustinianus ipse explicat in *§. loco plus petitur versic. si quis tamen Ephesi de action.* Benè igitur Vlpianus hîc scribit, si Ephesi petatur, ipsam solam summam peti debere, & in condemnationem deduci, nec amplius quid: sed exceptio subiungitur statim,

a *Nisi si quid esset stipulatus vel si temporis vtilitas interuenit.* Hîc verò quærunt interpretes post Bartolum & Accursium, an vna tantùm exceptio sit, an duplex? Prior Accursij interpretatio vnam facit, acsi scripsisset Vlpianus, nisi si quid præter summam principalem stipulatus esset actor, *etiamsi temporis vtilitas interuenerit*, hoc sensu, vt si quidem stipulator præter summam principalem aliquid stipulatus proponatur, puta pœnam vel vsuras vel quanti sua interest, id quidem omne possit petere quod stipulatus fuerit, sed præterea nihil, nec si temporis vtilitas interuenerit, id est, nec si interfit stipulatoris solutam fuisse citiùs pecuniam, fortè propter accessionem fructuum, vel vsurarum, vel eius quod interfit. Cui interpretationi tam longè petitæ & ab Vlpiani verbis, quod nec Bartolus diffitetur, omninò alienæ causam illud dedit, quod vident, in actionibus strictis, qualem proximè diximus, esse actionem illam directam, per quam Ephesi petitur, quod Ephesi dari debuit, nulla potest haberi ratio vtilitatis temporis siue propter vsuras siue propter fructus aliásque accessiones, quas constat non nisi ex die litis contestatæ deberi posse *dict. leg. 2. & dict. leg. videamus 38. §. si actionem de vsur. leg. cùm fundus 31. in princip. supr. de rebus creditis.* vsuras verò ne quidem ex die litis contestatæ, vt benè doctissimus Cuiacius contra vulgares interpretes docuit sæpius, quem nos secuti sumus in *Error 2. Decad. 1. de error. pragmat.* vbi ostendimus longè alium sensum esse *leg. lite contestata 35. de vsur.* Et probatur etiam hæc sententia ex *leg. 1. Cod. de condict. indeb.* quæ cùm negat vsuras per conditionem indebiti posse peti, non minùs litis contestatæ quàm moræ tempus excludit. Nec videre interpretes potuerunt, qua ratione aut arbitraria possit esse actio, per quam Ephesi petatur, quod Ephesi dari debuit, aut si arbitraria non est, possit vtilitatem temporis admittere, cùm sit stricta. Tantíque momenti obiectio hæc visa est, ipsi etiam Cuiacio, vt ex hac potissimùm lege ausus sit dicere, adiectione temporis non minùs quàm loci actionem fieri arbitrariam, quod nos iam refutauimus ad *leg. 1. supr.* & posteà iterum refellemus. Posterior verò Accursij interpretatio duplicem facit exceptionem, vnam, quæ prioribus illis verbis contineatur, *nisi quid esset stipulatus.* alteram, quæ illis *vel temporis vtilitas interuenit*, quasi repetita dictione *nisi* acsi scriptum esset in hunc modum, *vel nisi temporis vtilitas interuenit.* Atque ita certè sentiendum omnino est. Sed quemadmodum prior exceptio nullam habet difficultatem, & benè sic explicatur ab Accursio, vt si is qui stipulatus est, *Ephesi decem dari*, præterea stipulatus sit pœnam vel fructus, vel lucrum, vel vsuras, vel interesse, vel quid aliud tale, hoc quoq; præter summam principalem peti possit: ita posterior eam dubitationem iniicit, quam nos iam diximus, quasi Vlpianus velit perinde temporis atque loci vtilitatem spectandam esse, & consequenter videri hanc quoque actionem ex adiectione temporis fieri arbitrariam, quod

BIU Cujas

tamen nemo ex interpretibus, vno excepto, vt diximus, Cuiacio, potest concoquere. Sic itaque textum hunc explicare coguntur, vt temporis quidem vtilitas æstimanda sit, sed ea tantùm quæ rationem habeat solius damni emergentis, non etiam lucri cessantis, vt ex hac distinctione & differentia constet non ideò esse hanc actionem arbitrariam, in qua scilicet si arbitraria esset, etiam lucri rationem haberi oportet *leg. 2. §. vltim. supr.* Aut si hæc non placeat interpretatio, dicendum est, inquiunt Accursius & Bartolus, restringendam esse hanc exceptionem ad actionem ex testamento, quæ licet stricta sit, admittit tamen præstationem fructuum & vsurarum aliarúmque huiusmodi accessionum ad instar actionum bonæ fidei ex die moræ *leg. in minorum 3. Cod. in quib. caus. non est necess. in integr. restit.* Cuiacius verò vt hinc se expediat, cùm neutram harum interpretationum videat esse probabilem (est enim vtraque commentitia & diuinatoria, posterior verò etiam contraria præcedentibus, ex quibus apparet Vlpianum de illa tantùm stipulatione tractasse *Ephesi decem dari*, non autem de actione ex testamento maluit) nouam opinionem inducere, vt per temporis æquè ac per loci adiectionem fiat actio arbitraria, in eáque non minùs lucri quàm damni rationem haberi oporteat. Mihi videntur omnes interpretes in eo errare, quòd putant tractare hîc Vlpianum de ea temporis vtilitate, quæ actori præstanda sit ex mora debitoris & officio iudicis, ac cuius haberi ratio nulla possit, nisi per arbitrariam, cùm tamen loquatur, & intelligi debeat de vtilitate, quæ propter adiectionem temporis præstanda sit iure obligationis quamtumlibet strictæ ex stipulatione sic concepta *Ephesi Calendis Ianuariis proximis decem dari.* Certum enim est ex huiusmodi stipulatione quandocunque post Calendas accepto iudicio tanti litem æstimandam esse, quanti stipulatoris interfuit ea die solutum esse, vt eleganter Celsus scribit in *leg. si Calendis 11. infr. de re iudic.* vbi sententiæ huius rationem illam perelegantem & generalem adfert, quòd ex eo tempore quidque æstimandum sit quo nouissimè solui res potuit. Dies autem Calendarum ille fuit quo ex verbis stipulationis nouissimè solui decem Ephesi potuerunt, non quasi post eam diem præteritam, decem illa deberi & solui posse desinant (multo magis enim dandum hodie est, quod iam olim dari oportuit *leg. si sterilis 21. §. cùm per venditorem infr. de act. empt.* nec debet morosо debitori frustratio sua prodesse ad acquirendam ei liberationem *leg. hominem 37. infr. mandat.*) sed quia verum est, quod post eam diem soluitur sua die, nec solutum esse, nec solui amplius posse. Nec dissimiliter Vlpianus in *leg. si fundum certo die 114. de verb. oblig.* scribit: Si fundum certo die præstari stipuler, & per promissorem steterit, quominùs ea die præstetur, consecuturum me quanti mea interfit moram factam non esse. Quòd si quanti mea interfit, ergo non tantùm ratione damni, sed etiam lucri, quippe cuius ratio semper haberi debet in eo quod interest æstimando, vt ostendimus ad *dict. §. vltim. leg. 2. supr.* Et sanè fatendum est multum interesse, an debitor in mora constituatur per interpellationem extraiudicialem congruo loco, & tempore factam, vt in *leg. mora 32. infr. de vsur.* an verò per lapsum temporis adiecti in stipulatione. Priore casu nulla moræ ratio habetur in iudiciis strictis, quod pertinet ad accessiones, siue de fructibus loquamur, siue de vsuris, siue denique de eo quod interest, sed tantùm in iudiciis bonæ fidei *d. l. mora §. in bonæ fidei l. videamus 38. §. antep. eod. tit.* Posteriore verò habetur necessariò, nec iudicij stricti natura reluctatur, cùm id fiat ex verbis ipsis stipulationis cui ponimus insertum dié: qui enim stipulatur *Ephesi decem dari Cal. proximis*, perinde habẽdus est ac si adiecisset, *aut si nõ dederis quanti mea intererit eo die dari d. l. si Calendis, & d. l. si fundum*, alioqui frustra & inutiliter adiectus esset dies stipulationi, quod dicendũ non est, cùm adiectus dies partẽ faciat stipulationis *l. 1. §. editiones supr. de edend.* Idque eleganter docet etiam Africanus in *d. l. hominem 37. mandat.* vbi postquàm dixit in æstimanda re quæ per stipulationem debita sit, spectandum esse tempus quo agitur, subiungit statim exceptionem, *nisi fortè aut per promissorem steterit quominùs sua die solueret, aut per creditorem quominùs acciperet: neutri enim eorum frustratio sua prodesse debet.* Non dixit simpliciter, *si per promissorem steterit quominùs solueret*, sed adiecit *sua die* vt intelligamus quantum interfit an dies adiectus sit stipulationi, an non. Eodémque pertinet quod scriptum est in *leg. vinum 22. supr. de reb. credit. & in leg. vltim. supr. tit. prox.* Si vinum aut qua alia merx certo die dari debuit, tanti faciendam esse æstimationem quanti merx fuit eo præcisè tempore quo dari debuit. Etsi enim alius tractatus est de ineunda æstimatione rei debitæ, alius verò de præstando eo quod interest ob non factam sua die solutionem, ex eodem tamen fonte vtrumque nascitur, & ex eadem illa ratione quam ponit Celsus in *dict. leg. si Calendis*, quia vnum quodque æstimandum sit ex eo tempore quo nouissimè solui potuit. Cui etiam illa respondet quam Papinianus adfert in *leg. 2. de vsur.* quòd quale quid est cùm petitur, tale dari debeat, tempus enim quo res petitur, nouissimum tempus est quo solui potest, finis siquidem dandi & faciendi est quando iudicium accipitur *leg. si Titius 9. leg. si insulam 84. de verb. oblig.* Adeò autem verum est ex solo lapsu diei appositæ in stipulatione moram contrahi, vt ex mora etiam pœna committatur eo quoque casu quo nemo sit qui possit soluere, puta defuncto promissore nec eius hereditate adhuc adita *leg. ad diem 77. eod. tit.* cùm tamen pœna omnis ex se sit odiosa *leg. si venditor 6. §. 1. infr. de seru. export. leg. vltim. infr. de leg. commiss.* An igitur hæc actio ex stricta fiet arbitraria, vt putant interpretes, si in ea lucri quoque ratio habeatur, quam diximus habendam esse? Minimè verò. petitur enim hoc casu id quod interest, ac proinde lucrum quoque ac damnum pura actione & directa, & ex verbis ipsis stipulationis, non officio vllo iudicis siue nobili siue mercenario, vt loquamur cum interpretibus, quod certè in arbitraria non contingeret *dict. leg. 2. §. vltim. sup. leg. centum Capuæ 8. infr.* Nec rursus admitur promissori vtilitas temporis, si ex ea stipulatione post Calendas præteritas quandocunque agatur, imò conseruatur potiùs, cùm non citeriore, sed vlteriore die agatur, in longiore autem tempore etiam breuius contineatur, quamuis non impunè ferat debitor, quòd ad dictam diem non soluerit, quomodo nec impunè ferre deberet, si qua in re alia stipulationi non satisfeciisset. Quis ergo possit admittere cum Cuiacio fieri actionem hanc arbitrariam adiectione tẽporis, perinde atq; loci, cùm post elapsum tempus quod stipulatione fuerat comprehensum, non solùm directa actio duret, sed

BIU Cujas

sed neque prius competat aut exerceri possit quàm tempus illud præterierit? Nam vt verè Papinianus dicebat *in leg. liber homo* 110. §. 1. *de verb. oblig.* peti nō debet, addo, nec potest cum effectu, quod intra comprehensum tempus solui potest. Quando igitur incipiet directa actio cum effectu competere, si ea quæ post tempus præteritum incipit exerceri, est arbitraria? Quisnam, obsecro, dabitur casus in quo possit actor pura intentione, vt Iustinianus loquitur in *dict.* §. *loco plus petitur vers. si quis tamen Ephesi de action.* id est, sine adiectione loci (opponuntur enim ista quasi contraria *purè promittere & promittere cum adiectione loci leg. fideiussor* 16. §. 1. *infr. de fideiuss.*) intendere post tempus præteritum dari sibi oportere quod sua die dari debuit, nec datum fuit? Et tamen si bona est comparatio temporis & loci ad constituendam actionem arbitrariam, vt vult Cuiacius, omnino fatendum est, quemadmodum agenti actione arbitraria de eo quod certo loco, alibi quàm vbi ex stipulatione agi debuit, opponitur ille qui agit directa & pura intentione eo ipso in loco, qui stipulatione comprehensus fuit, ita & agenti arbitraria ista quam comminiscitur Cuiacius, de eo quod certo tempore opponi directam & puram aliquam actionem & intentionem quæ arbitrariam excludat. Atqui talis actio ratione temporis in stipulatione adiecti nec vlla est, nec esse potest, si vera est Cuiacij sententia. Nam prius quam tempus statutum præterierit, si agat stipulator, malè agit, quia petit ante diem, & tempore plus petit *dict. leg. liber homo* §. 1. *l. stipulatio ista* 38. §. *inter incertam, & l. qui hoc anno* 42. *de verb. oblig. l. quod certa* 70. *de solut.* Post quàm verò tempus præteriit, actio quidem competit, sed quæ, si Cuiacio credimus, iam facta sit arbitraria. Nullo igitur casu directæ locus esse poterit, atque ita magis erit arbitraria actio, quæ competet ratione temporis, quàm quæ ratione loci. Illa enim sic arbitraria est, cùm alio loco agitur, vt tamen possit etiam directa esse, si in destinato loco agatur. At ea, quæ ratione temporis in stipulatione adiecti arbitraria constitueretur, semper & omni casu esset arbitraria, nunquam directa. Imò verò è contrario non posse actionem hanc vllo casu aut vllo tempore arbitrariam esse conuincitur ex eo, quòd si esset arbitraria, non posset exerceri sine commemoratione temporis, quod stipulatione comprehensum esset, sicut nec actio arbitraria de eo quod certo loco sine commemoratione loci in quo peti & solui res debuit. Alioqui actor sicut vno casu plus loco peteret, ita & alio plus tempore *dict.* §. *loco plus petitur de action.* Atqui in exemplo proposito, cùm is, qui stipulatus est dari sibi decem Ephesi Calendis Ianuariis proximis, ea decem petit Februariis sequentibus, quæro an malè agenti petat sine Calendarum Ianuariarum commemoratione, & nulla earum facta mentione? Cur verò malè ageret? An quia plus tempore peteret alio tempore petens, quàm quo solui debuerat? Imò petit suo tempore quandocunque petens præterito tempore, quod si præteritum non esset, nondum petere nisi præmaturè posset *dict. leg. liber homo* §. 1. *leg. vnic. supr. quand. dies vsusfr. legat. ced.* Tantúmque abest vt tempore plus petat petendo Februariis sequentibus, vt contra minus tempore soluat promissor qui post tempus soluit §. *fideiussores Instit. de fideiuss.* nisi præterea præstet creditori quanti eius interfuit sua die solutum fuisse *dict. leg. si Calendis & dict. leg. si fundum.* Nam & plus tempore solueret, si ante diem solueret *leg. Iauolenus* 15. *aliàs leg. eum qui de ann. legat.* Denique arbitrariam actionem non illud inducit, quod alio loco promissor soluat, quàm in quo debuit (nec enim is qui certo loco dare promisit, vllo alio loco quam in quo promisit, soluere inuito stipulatore potest *leg. pen. infr. leg. fideiussor* 16. §. 1. *infr. de fideiuss.*) sed quòd alio loco petere actor cogatur, quàm in quo ex verbis stipulationis petere debuit *leg.* 1. *supr.* Ergo nec arbitrariam ratione temporis illud faciet, quod alio tempore promissor soluat, quàm quo debuit soluere, dum ne actor alio tempore petat, quàm quo petere possit & debeat. Quod obiici certè non potest creditori, qui Calendis Februariis petit quod in præcedentibus Ianuariis iam soluere promissor debuerat *dict. leg. si sterilis* 21. §. *cùm per venditorem in fin. de action. empt. leg. qui res* 98. §. *mihi dare de solut.* Cúmque arbitraria ratione loci contineat vtriusque vtilitatem tam actoris quàm rei, vt scriptum est in *leg.* 2. *in princip. supr.* id est, alterutrius *leg. vnic. Cod. vbi conuen. qui cert. loc. dar. promis.* scilicet aut actoris aut rei in separatis casibus *leg. centum Capuæ* 8. *infr. hoc titul.* non posset tamen dari casus, in quo noua ista arbitraria, quam Cuiacius ratione temporis inducit, rei vtilitatem vnquam continet. Semper enim rei interest tardiùs soluere, maiorémque vtilitatem percipit ex tardiore solutione, numquam verò damnum: actor verò semper damnum, vtilitatem verò nunquam. Itaque nulla vtilitas temporis adimitur reo qui post tempus conuenitur, quomodo vtilitas loci ei adimitur qui alio loco *dict.* §. *loco plus petitur.* Sed hæc contra Cuiacium sufficiant, qui tamen in eo meliùs sentit quàm vulgares interpretes, quod illi vtilitatem temporis hîc intelligere eam videntur quæ proueniat ex mora per interpellationem extraiudicialem contracta, Cuiacius verò eam cui causam det, mora quæ non per interpellationem, sed per lapsum temporis in stipulatione adiecti contracta sit, de qua & in *dict. leg. si Calendis* 11. *de re iudic. dict. leg si fundum* 114. *de verb. oblig. dict. leg. hominem* 37. *in fin. mandat.* In quo nobiscum conuenit. Nos verò cum omnibus in eo, quod semper habenda est ratio vtilitatis temporis adiecti in contractu siue stricto siue bonæ fidei, non minùs quàm loci *leg. si vt certo* 5. *in princip. infr. commod.* Superest alia quæstio quam ad hanc legem subnectit Bartolus, si quis simpliciter stipulatus sit *decem dari* nullo adiecto loco, & alibi promissorem conueniat quàm in loco promissionis, an actio erit arbitraria, an directa? Dubitandi causam illud præbet, quod nullo adiecto certo loco videatur locus promissionis solutioni destinatus ex *leg. quid tamen* 21. *aliàs leg. si cùm dies* § *si arbiter supr. de recept. qui arbitr. recep.* Sed iam docuimus in præcedentibus vbique locorum & deberi & peti posse, quod nullo certo loco debetur: ideóque & impunè posse quocunque loco solui *l. eum qui insulam* 43. *supr. de iudic. leg. qui loco certo* 27. *supr. de condict. indeb. leg. pen. infr. hoc tit. leg continuus* 137. §. *cùm ita de verb. oblig.* Cùm ergo directa actio competat vt quocunque loco agi possit, nullus arbitratiæ locus esse potest, tantum distat, vt quoties alibi quā in loco promissionis agetur, arbitraria necessaria sit, vt non insubtiliter Bartolus contra Guilielmum de Cuneo disputat. Neque rursus verum

est quod idem Gulielmus putabat nullo certo loco adiecto locum promissionis solutioni destinatum videri. Nam quod quocunque loco peti potest, id etiam necesse est ex mente contrahentium, vt quocunque solui possit, ac proinde vt locus solutioni destinatus non ille sit, in quo promissum est, sed vbi petitum, vt idem Bartolus benè probat ex *l. vinum 22. supr. de reb. credit. iunct. d. l. vltim. supr. tit. prox.* Quamquam in hoc quoque errat Bartolus, quòd putat adiectionem loci, in quo solutio fieri debet, facere actionem arbitrariam: quod certè non ita est, vt constat ex *l. heres absens 19. §. vltim. sup. de iudic.* Sed adiectum esse locum oportet obligationi non solutioni, vt nec alio loco peti actione directa possit *dict. leg. 1.* vbi diximus *supr.* Petitioni ergo destinatum locum esse oportet non solutioni, vt si alio loco agere volet stipulator, necessaria ei sit arbitraria.

1 ¶ Interdum Iudex, qui ex hac actione cognoscet, cùm sit arbitraria, absoluere reum debet, cautione ab eo exacta de pecunia ibi soluenda, vbi promissa est. quid enim, si ibi vel oblata pecunia actori dicatur, vel deposita, vel ex facili soluenda? nónne debebit interdum absoluere? in summa æquitatem quoque ante oculos habere debet iudex, qui huic actioni addictus est.

Ad §. 1. Interdum.

RAT. DVB. In cæteris actionibus arbitrariis ita ius est, vt si reus arbitrio non pareat, semper sit condemnandus, & quidem in maiorem quantitatem quàm quæ petebatur, vt hanc contumaciæ suæ pœnam sentiat qui arbitrio iudicis benè iubentis parêre noluit *l. item si cùm 14. §. 1. supr. quod met. caus. l. qui restituere 68. supr. de rei vindic. l. 1. de in lit. iur. l. vlt. infr. de fideiuss.* Absoluendus verò nunquam nisi cùm paruit arbitrio & satisfecit, quo casu cætera quoque iudicia omnia sunt absolutoria §. *vltim. Instit. de perpet. & tempora action.* Semper enim debitori prodest satisfeciſse, cùm satisfactio pro solutione sit *l. satisfactio 52. infr. de solut.* sed velle satisfacere nihil prodest *l. item liberatur 6. §. 1. infr. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.* Ergo nec in actione ista de eo quod certo loco, quæ non modò arbitraria est, sed præcipuo quodam ac singulari iure arbitraria per emphasim dicitur, idem ius seruandum est, vt nihil prosit reo ad euitandam condemnationem quòd velit & paratus sit satisfacere, nisi ostendat se satisfeciſse. Atqui reus qui paratum se dicit cauere de pecunia ibi soluenda, vbi dari promissa est, fatetur hoc ipso se nondum satisfeciſse, imò nec dicit se paratum satisfacere: nec enim cauere de soluendo soluere est, nec quemadmodum satisfactio iam præstita pro solutione est, ita & cautio de soluendo oblata pro satisfactione haberi potest, nedum pro solutione. Proinde condemnandus omnimodo hîc reus est, non absoluendus. Nec ad rem pertinet, quod dicat probétque vel ibi oblatam à se actori fuisse pecuniam, vbi solui debuit, vel depositam & obsignatam, vel de facili soluendam. Nam præter id quod his casibus satis consultum est reo per actionem ipsam arbitrariam, per quam consecuturus est pleniſſimam loci vtilitatem, id est, quanti sua interest alio potius loco, qui fuerat insertus obligationi, soluere, si alibi conueniatur præsertim post moram ab actore ipso commissam, vt diximus ad *leg. 2. in princip. & §. si quis Ephesi supr.* illud etiam certum est oblationem solam non sufficere vt vim solutionis habeat, nisi oblationem sine causa recusatam secuta sit obsignatio *leg. acceptam 19. Cod. de vsur. leg. obsignatione 9. Cod. de solut.* depositionem autem & obsignationem pecuniæ si ritè & congruo loco ac tempore facta sit, non modò prodeſse ad moram purgandam, sed etiam solutionis vim habere *dict. leg. obsignatione*, vt proinde nullus quæstioni locus supereſse videatur, an per arbitrariam actionem peti possit pecunia, quæ iam soluta sit, aut saltem habenda pro soluta. Quod autem additur de pecunia quæ faciliùs solui possit in loco destinato, quàm vbi petitur, condemnationem inducere potiùs debet quàm absolutionem, dummodò vtilitatis loci ratio habeatur pro reo, qui leuioribus vsuris pecuniam inuenire potuit, si in loco stipulationi inserto conuentus fuisset *leg. prox. in fin. supr.* Nulla igitur his etiam casibus absoluendi rei ratio supereſt licèt in mora ipse non fuerit, sed actor à quo conuenitur, satisque reo esse debet quòd loci vtilitatem habiturus sit, tantóque minus stipulatori soluturus. *dict. leg. 2. §. vltim. supr.*

DECID. Hæc actio ideo arbitraria dicitur per emphasim, vt in superioribus docuimus, quòd tota in arbitrium iudicis referatur, etiam quantum ad condemnationem, vt non cogatur iudex inseruire contractui, sed quantitatem in stipulatum deductam vel excedere possit vel minuere, quoties id æquum ex facti & personarum circumstantiis esse videt *leg. 2. §. vltim. & leg. prox. supr.* Quod enim habet arbitrium iudex, qui huic actioni addictus est, habet tanquam vir bonus, & ideò arbitrari ipsum debet, quod alius quilibet vir bonus esset constituturus. Quid autem melius, quàm quod bono cuilibet viro & prudenti æquum videri possit? *leg. placuit 8. Cod. de iudic. leg. in omnibus 90. de reg. iur.* Proinde æquitatem maximè ante oculos iudex habere debet, non tamen cerebrinam illam totius iuris nostri nouercam infestiſſimam, sed, vt Panormitanus loquitur, iure informatam & quæ ex iure colligi possit, quæ si suadeat vt absoluendus sit reus, vtique absoluere eum debet tam facilè ac multo faciliùs quàm condemnandum condemnare, vt proniores esse debemus ad liberationem & absolutionem quàm ad condemnationem *vulg. leg. Arianus 41. infr. de oblig. & action.* Nec verò difficilius est iudici reum absoluere in totum, quàm diminuere quantitatem, quod nihil aliud est, quàm ex parte absoluere. Qui enim pro parte absoluere potest ex æquitate, cur non eâdem aut maiore æquitate vrgente in totum quoque absoluere poterit? nam & ita ex Pomponio argumentatur Vlpianus in *leg. iuris gentium 7. §. adeò supr. depact. leg. penult. infr. de confess.* Denique quisquis condemnare potest, etiam potest absoluere *l. 2. infr. de re iudic.* quâuis formulæ, per quas dabantur olim iudices, condēnationis tantùm mentionē facerent, non etiam

etiam absolutionis. Atqui cùm debitor obtulit pecuniam eo ipso in loco in quo promisit, licèt non deposuerit (secuta enim depositio post oblationem ritè factam pareret liberationem, nec quæstioni locum vllum relinqueret) aut si non obtulerit quidem, quia non habebat cui offerret, sed tamen deposuerit pecuniam debitam, vt appareret per eum non stare quominùs solueret (quo casu licet non acquiratur liberatio, impeditur tamen mora ne contracta videri possit, néve pœna vlla committatur, vt in *l. vltim. infr. de leg. commiss.*) an non æquum est excusari promissorem, si alio loco conuentus vrgeatur ad solutionem, nec pecuniam in promptu habeat, nec modum vllum explicandæ alibi pecuniæ? Nec enim tam facile est pecuniam semper habere & vbique in numerato, aut numerationem in expedito, vt Vlpianus loquitur in *l. si dubitet* 10. *in princip. infr. de fideiuss.* Et quamuis difficultas præstationis non soleat excusare debitorem, quia nec habet quicquam commune cum causa & iure obligationis, & recedit ab impedimento naturali, respícitque tantùm facultatem personæ *d. l. continuus* 137. *§. illud, de verb. oblig.* iniquum tamen videtur, eum qui semel tantùm debeat, non modò bis cogi soluere, sed etiam bis cogi eam pecuniam perquirere ad soluendum quam promiserit, licet stipulator non nisi semel eam consequi velit. Cur enim hoc incommodo afficiamus miserum debitorem facto & culpa stipulatoris, cui potest semper imputari, cur non ad locum destinatum venerit, aut procuratorem miserit ad accipiendam ibi solutionem? Ergo his omnibus concurrentibus, sed eo præsertim, vt pecuniam in alio quàm destinato loco soluere, non tantùm difficile & incommodum, sed etiam penè impossibile sit promissori, vt in *l. 4. §. 1. infr. de statu lib.* æquissimum sanè fuerit ei succurri, vt non alio loco soluere cogatur cum tanto suo incommodo, sed ab arbitraria actione absoluatur per iudicem qui de arbitraria cognoscit: sed exacta tamen ab eo cautione de pecunia ibi soluenda vbi promissa est: in quo adhuc satis grauatur debitor, cui nec facile semper & obuium est, in alio præsertim loco, quàm in quem destinata solutio fuerat, inuenire fideiussorem *l. 2. §. penult. supr. de iudic.* Qua de causa si fideiussoris quoque datio, quod plerumque euenit, tam incommoda & difficilis esset debitori, quàm pecuniæ numeratio, vt vtraque penè impossibilis videri posset, non putarem in eas angustias coniiciendum promissorem, vt vel ad rem tam difficilem, vel ad perpetuos carceres, vt ita dicam, ferendos vrgeretur, sed potius nuda repromissione contentum esse stipulatorem debere, quæ & hodie sola cautionis nomine simpliciter sumpto significatur post *l. sancimus* 4. *C. de verb. signif.* aut saltem iuratoria, vt vocant, cautione quæ in locum & subsidium satisdationis præstari solet ab inope debitore cum bonorum omnium hypotheca *l. omnes* 33. *§. præterea & seq. l. cùm clericis* 25. *C. de Episc. & cleric. l. filio* 7. *infr. vt legat. seu fideic. seruand. caus. caueat. l. in sacris scriniis* 12. *C. de prox. sacror. scrinior. lib.* 12. *tit.* 19. iniquum enim esset facto & culpa stipulatoris ad rem penè impossibilem vrgeri & condemnari promissorem. Ergo absolui eum potius æquissimum est, & per remedium exactæ cautionis actori satisfieri, vt aliàs plerumque solet *l. si post acceptum* 18. *& seq. l. si à bonæ fidei* 21. *l. is à quo* 57. *supr. de rei vindic. l. in lege* 45. *§. 1. infr. ad leg. Falcid.* & aliis sexcentis, etsi versiculus ille *cautione tamen ab eo exacta*, &c. mihi valde suspectus est, & redolere Tribonianum videtur ex iis quæ scripsi iam olim *lib. 15. Coniect. cap. 2.* Iunge tamen quæ postea scripsimus, & melius, vt nobis nunc videtur in *Error. 2. decad. 90.*

5. PAVLVS libro 28. ad Edictum.

SI heres à testatore iussus sit, certo loco quid dare: arbitraria actio competit.

Ad l. Si heres 5.

RAT. DVB. Actio ex testamento sui natura est stricta *l. aliàs 6. supr. de in lit. iurand.* Ergo non est arbitraria: nec enim actiones strictæ sunt arbitrariæ, sed constituunt tertiam speciem à reliquis duabus differentem *§. præterea. Instit. de action. l. 3. §. in his. infr. de vsur.* vt docuimus ad *l. 2. §. 1. supr.* Quod si præstationes inspicimus, quæ veniunt in actionem ex testamento, certum est, quantum ad eas pertinet, actionem ex testamento imitari naturam actionum bonæ fidei, non tantùm si de fructibus & vsuris quæratur *l. in minorum 3. C. in quibus caus. non est necess. in integr. restit. l. si quis seruo* 84. *l. Titia Seio* 87. *§. vsuras de legat. 2. d. l. 3. in princip. de vsur. l. si cui legatum* 92. *in fin. de condic. & demonstr.* sed etiam si res legata perfectè soluta non sit, & quæratur an duret prima actio, quod in solis bonæ fidei actionibus locum habet *l. huiusmodi* 84. *§. ædes de legat. 1. l. si imaginem* 12. *de aur. & argent. legat. iunct. l. eleganter* 24. *infr. de pignor. action. l. si prædium* 4. *C. de euict.* Atqui actiones bonæ fidei nunquam per adiectionem loci fiunt arbitrariæ, cùm natura earum sufficiat ad loci vtilitatem alterutri ex contrahentibus præstandam *l. in bonæ fidei* 7. vbi dicemus *infr.* Ergo si heres testamento iussus sit aliquid certo loco dare, non ideò arbitraria actio poterit competere. DECID. Actiones arbitrariæ quamuis nullomodo strictæ sint, fiunt tamen plerunque ex iis quæ sui natura sunt strictæ per adiectionem loci, quoties obligationis non solutionis causa locus adiectus est, ita vt nunquam directa actio stricta esset competitura, si debitor vel data opera & dolo malo, vel qua alia etiam iusta de causa impeditus nunquam accederet ad locum solutioni destinatum, vt in eo conueniretur *l. 1. supr.* vbi diximus & ad *l. 2. §. 1.* Atqui cùm heres iussus & damnatus est certo loco aliquid dare, apparet adiectum esse locum non tantùm solutionis, sed etiam obligationis causa, nec proinde ex natura actionis ex testamento quæ stricta est, posse alibi legatum peti, quàm in quo illud deberi testator voluit, ne alioqui fiat contra voluntatem, quod ex voluntate proficiscitur. Ergo euenire necesse erit, quod multò magis contra voluntatem testatoris fuerit, vt si nunquam accedet heres ad locum testamento comprehensum, nunquam futurum sit, vt conueniri possit, atque ita legatum facto heredis intercidat, & illusorium fiat, & in ipsius arbitrio & potestate futurum sit an debeat, quod nunquam ferendum est *dict. l. 2. §. si quis Epheſi versic. Scæuola supr.* Id verò ne contingat, perinde necessaria est arbitraria ad petendum quocunque loco id quod certo loco

BIU Cujas

ex testamento debetur, atque si ex stipulatione deberetur: vbi ergo eadem iuris & æquitatis ratio vrget, nec diuersitatis causa vlla reddi potest, quidni ius idem constituemus? *vulg. l. illud 32. ad leg. Aquil. l. 3. §. vnde etiam. infr. de iniust. rupt.* Proinde quemadmodum in stipulatione cui locus insertus est, distinguimus, an obligationis an verò solutionis tantùm gratia adiectus sit, ita & in legato distinguendum erit. Nam si testator ita scripsisset, *Heres meus damnas esto decem dare Titio soluenda Capuæ*, dicendum esset non fore necessariam legatario arbitrariam, quia directa actione posset heredem conuenire non modò Capuæ, sed etiam in loco domicilij, quę conueniendi facultas & electio creditori competens arbitrariam excludit *l. heres absens 19. §. vlt. supr. de iudic.* Sic & aliàs dicimus multum referre, an dies incertus legato adiectus sit ad obligationem, an ad solutionem, id est, an quis legauerit Titio ducenta, cùm erit annorum quatuordecim, an verò soluenda, cùm erit Titius annorum quatuordecim, nam priore casu legatum condicionale est, nec ad prædefuncti legatarij heredem transmittitur. Posteriore verò & purum est & transmittitur, quasi non tam condicione quàm mora suspensum *leg. si cui legetur 49. §. hoc autem legatum de legat. 1. l. heres meus 79. de condic. & demonstr. l. ex his verbis 5. C. quando dies legat. ced.* Sed & obseruandum est, legem hanc loqui de legato per damnationem, quod olim per manus heredis capi necesse erat, non autem de legato per vindicationem relicto, quod occupare legatarius poterat, non expectato herede, id est, non expectata heredis voluntate, vt Vlpianus & Caius in *Instit.* scribunt. Legatum per damnationem non nisi per actionem personalem ex testamento peti poterat: legatum verò vindicationis, etiam per actionem in rem, ac proinde vbicunque res inueniatur quæ legata est *l. quod legatur 38. supr. de iudic.* Nam cùm vindicatio competat iure dominij, & ex præsenti possessione *l. non aliàs 24. §. sed si postulatur supr. eod. ill. tit. l. in rem 23. supr. de rei vindic.* constat legatarium nec magis nec minùs dominum esse vno loco quàm alio, & ideo perinde vbique vindicare legatum posse. Hæc & alia quædam ad explicationem huius legis pertinentia iam scripsimus in *Error. 3. & 4. decad. 91. de error. Pragmat.* vnde alia si qua hîc desunt, peti poterunt, præsertim circa legatum simpliciter relictum nullo adiecto certo loco, de quo in *leg. cùm res 47. de legat. 1.* & circa interpretationem *d. l. quod legatur supr. de iudic.* Quod autem Bartol. hîc addit, omnes actiones stricti iuris per loci adiectionem fieri arbitrarias, id verò refutauimus in *Error. 4. eiusdem decadis 91.* & quàm falsum sit ex iis etiam intelligetur, quæ dicemus ad *leg. seq. & ad l. si duo 16. §. 1. infr. de constit. pecun.*

6. Pomponius libro 22. ad Sabinum.

AVt mutua pecunia sic data fuerit, vt certo loco reddatur:

Ad l. Aut mutua 6.

Rat. dvb. Non fit actio arbitraria per quamliber loci adiectionem, sed ita demùm si locus obligationi adiectus sit non solutioni, vt sæpius in hoc tractatu inculcauimus, & constat tam ex *l. heres absens 19. §. vlt. supr. de iudic.* quàm ex ratione ipsa iuris, quæ arbitrariæ actionis inducendæ necessitatem induxit. Non enim alia ratio fuit, quàm quod alioquin euenturum erat, vt nullibi petere stipulator posset, si debitor nunquam ad locum obligatione comprehensum accederet *l. 1. supr.* At cùm locus solutionis tantùm non etiam obligationis causa adiectus est, remanet pura obligatio, ex qua proinde etiam alibi agi potest, maximè verò in loco domicilij etiamsi reus non ibi inueniatur, adeò vt si latitet, nec se ibi defendat, bona eius vendenda sint ex edicto *d. l heres absens. §. vlt. l. 2. & 3. infr. de rebus author. iudic. possid. l. qui Romæ 122. in princ. de verbor. oblig. l. quæro 100. de solut.* Atqui in huius legis specie ponimus locum fuisse adiectum solutioni tantùm, non etiam obligationi. Tractat enim Pomponius de pecunia mutua data, hoc pacto addito, vt loco certo redderetur: quo verbo apertum est significari restitutionem ipsam pecuniæ, non eius restituendæ obligationem. Imò quod magis est, fieri nequit, vt in contrahendo mutuo locus certus adiiciatur obligationis tantùm gratia, non solutionis, cùm obligatio mutui non verbis contrahatur, sed re, id est, aut numeratione, aut ponderatione, aut mensuratione *titul. quibus modis re contr. oblig. Instit. l. 1. §. re contrahitur infr. de oblig. & action.* vt proinde non possit adiici pactum de re mutuò data certo loco restituenda, nisi post contractam iam ipsam mutui obligationem. Non igitur potest condictio certi ex mutuo, quæ sui natura est stricta, per adiectionem loci fieri arbitraria. Idque ex eo apparet euidentiùs, quòd si vinum vel frumentum mutuò datum sit, ea lege vt certo loco reddatur, vbique peti potest, neque id per actionem arbitrariam, honorariam & vtilem, qualis hæc est de eo quod certo loco, sed per ciuilem & directam condictionem certi ex mutuo, æstimandum tamen quanti est tempore litis contestatæ in eo loco in quo solui debuit, sicuti si dies adiectus esset, æstimari deberet quanti eo die fuisset, vt disertè scriptum est in *l. vinum 22. supr. de rebus credit. l. vlt. supr. tit prox.* vbi eadem prorsus constituitur ratio temporis quæ loci *l. idem erit 60. infr. de verbor. oblig.* cùm si per arbitrariam petereture, æstimandum esset quanti in loco esset petitionis, detracta tamen vtilitate loci, non quanti esset in loco solutioni destinato *l. 2. §. si quis Ephesi & §. vlt. supr. hoc tit.* Ergo & si pecunia mutua data sit ea lege adiecta, vt certo loco reddatur, dici non potest arbitrariam competere, cùm sufficiat condictio certi ex mutuo: quam in eo fatendum est, differre à condictione certi ex stipulatione, quod pactum incontinenti adiectum stipulationi non solùm ei sic ineat, vt possit producere actionem (quod & in cæteris contractibus strictis euenit *l. vlt. C. de rer. permut. l. legem 9. l. cùm res 22. C. de donat. l. cùm mota 6. C. de transact.* sed etiam formet stipulationem, vt quod pacto incontinenti appositio comprehensum est, perinde haberi oporteat, acsi idipsum stipulationis verbis contineretur. Eadem enim est substantia pacti & stipulationis, cùm ambo & verba & consensum habeant, nec differant nisi solemnitate verborum & animo, aut stipulandi aut paciscendi *l. iuris gentium 7. §. quod ferè. supr. de pact. l. lecta 40.* vbi scripsimus *de reb. cred.* Itaque cùm post contractam stipulationem conuenit de loco,

BIU Cujas

loco, adiectio illa loci dummodò incontinenti facta efficit partem stipulationis, perindéque obligationi insertus locus creditur, atque si in prima verborum conceptione adiectus fuisset, quo casu nemo dubitaret, quin obligationis non solutionis causa adiectus esset, nec per consequens quin arbitrariam inducere deberet: quippe quæ nascitur ex stipulatione illa *Ephesi dari*, vt scriptum est in *d.l.2. §. 1.supr.* non etiam ex illa *Ephesi reddi* quomodo tamen necesse est cõcipi pactum dationi mutui adiectum. Esset enim pactum de mutuo dando, nõ mutuum, si inter duos conueniret, vt mutuum certo loco daretur, nec prodesset ad agendum tanquam nudum, si non vel stipulatione vel alterius contractus, vt nostri loquuntur, cohærentia vestiretur. Sed cùm mutuum re tantùm cõtrahatur, vt diximus, pactum quod subiicitur, non nisi de reddendo mutuo esse potest, & ad solutionem, non ad constituendam obligationem pertinere. Quænam igitur ratio adferri potest, cur si mutua pecunia data sit, hoc pacto addito, vt ea certo loco reddatur, arbitraria competat? quæ tamen nunquam competit nisi cùm est necessaria. Dec. Separandum est hac parte mutuum pecuniæ à mutuo vini, frumenti, & aliarum mercium quæ in pondere vel in mensura consistunt. Nam in mercibus mutuo datis, & certo loco reddendis, ideò non est necessaria actio arbitraria, nec proinde competit, quia etiam per directam & strictam cõdictionem certi ex mutuo haberi ratio potest loci non minùs quàm per arbitrariam, vt scilicet quod in eo loco petitur, in quo peti potuit, in alio tamen quàm in quo solui debuit, æstimetur, nõ quanti est ibi vbi petitur, sed quanti in eo loco in quo solui ex pacto debuit. Quid enim vetat quod vno loco petitur, ex alio tamen æstimari? *d.l.vinum de reb.credit.d.l.vlt.supr.tit.prox.d.l.idem erit 60.de verb. obligat.* At in pecunia sic mutua data vt certo loco reddatur, non eadem loci vtilitas seruari per directam actionem potest, cùm pecuniæ certa vbique & vna sit æstimatio *l.3.supr.de in lit.iurand.* Itaq; nulla erit vtilitas loci hoc casu, nisi inducamus arbitrariam, per quam actor petendo alibi restitutionem pecuniæ creditæ consequatur, præterea quanti eius interest ratione loci, si fortè ex aliqua iusta causa interfit, vt in specie *l.2.§.vltim.supr.* aut si in mora ipse fuerit, præstet reo quantum amittit reus ex vtilitate loci, in quo potuisset fortasse leuioribus vsuris pecuniam inuenire: quæ tota vtilitas loci est, cùm de pecunia, non etiam cùm de mercib. quæritur *d.l.3. supr.* Atqui nunquam ea interpretatio capienda est, quæ loci adiectionem faciat superuacuam, cùm locus perinde faciat partem stipulationis ac dies *l.1.§. editiones supr.de edend.* Ergo dicendum est hoc solo casu condictionem certi adiectione loci fieri arbitrariam, non etiam cæteris. Hæc verò omnia explicauimus pluribus in *Error.1.& 2.decad.91.*

7. Pavlvs libro 28. ad Edictum.

IN bonæ fidei iudiciis, etiamsi in contrahendo conuenit, vt certo loco quid præstetur, ex empto, vel vendito, vel depositi actio competit: non arbitraria actio. Si tamen certo loco traditurum se quis stipulatus sit [a] hac actione vtendum erit.

Ad l. In bonæ fidei 7.

Rat. dvb. Non debent nec possunt actiones bonæ fidei deterioris esse condicionis quàm strictæ, cùm sint fauorabiliores, & præstationes habere soleant vberiores. Ideo enim stricta dicuntur iudicia & stricti iuris, quòd ex iis strictior minúsq; plena fiat condemnatio. Atqui actiones strictę per adiectionem loci fiunt arbitrariæ, vt suprà vidimus in actionibus ex stipulatione & ex testamento, adeóque in condictione certi ex mutuo, saltem eo casu quo non merx, sed pecunia mutua data sit eo adiecto pacto, vt certo loco redderetur, vt docuimus ad legem superiorem. Ergo & in bonæ fidei contractibus, si conuenerit, vt certo loco quid præstetur, dicendum est eo nomine competere arbitrariam.

Dec. Bonæ fidei actiones ideò sic dictæ sũt, quòd in iis permissum sit iudici omnia æstimare ex bona fide, id est, ex æquitate *§. in bonæ fidei. Inst.de act.iunct. l.bona fides 31.infr. depos it. l.ex empto 11. §.vlt. l.bona fides 50.& pas.infr. de action.empt.* Idque propter verba illa *ex bona fide*, quæ in formulis omnibus iudiciorum bonæ fidei adiici solebant, vt nemo nescit. Proinde iudex qui de bonæ fidei actionibus cognoscit, non minùs æquitatem ante oculos habere debet, quàm qui arbitrariæ actioni addictus est, & consequenter vtilitatem loci æstimare siue pro actore, siue pro reo, non minùs quàm vtilitatem temporis, prout ex alterutrius mora faciendum æquitas dictauerit *l.si vt certo 5.in princ.infr.Commod.l.3.§.si per venditorem de action.empt.* Quid ergo necesse est dare arbitrariam & vtilem actionem, cùm directa, quæ semper dignior est, sufficiat? Ideo autem sufficit, quia tum quoque cùm contractus emptionis, locationis, commodati, & alij similes qui bonæ fidei sunt, sine vlla loci adiectione facti fuerunt, si tamen incontinenti de certo loco per pactum conuenerit, dicimus pactum hoc non solùm inesse contractui, sed etiam formare contractum, & actionem ex eo contractu competentem, id est, facere, vt eadem ipsa actio, quæ ex contractu nascitur, danda etiam sit ad id quod pacto comprehensum est *l.iuris gentium 7. §.quinimò & seq.supr.de pact.l.in bonæ fidei 13.& l.legem 10.C.eod.l.2. C.de pact.int.empt.& vendit.* Vbi tamen obseruandum est, actionem ex vendito sic dari ex pacto de retrouendendo incontinenti post venditionem appositio, vt tamen non excludat actionem præscriptis verbis, quę etiam ex pacto incontinenti post contractum stricti iuris interposito nasceretur, vt ad legem præcedentem scripsimus ex *l. cùm mota 6.C.de transact.l.vlt.C.de rer.permut.l.legem 9.l.cùm res 22. Cod.de donat.* Quo exemplo posset quis fortasse credere, in specie quoque huius legis dandam esse actori electionem, an contra eum qui certo loco dare quid promisit actione ex contractu agere malit, an arbitraria quasi tantundem per hanc quãtum per illam consecuturus. Sed non ita est. Actio enim Præscriptis verbis ex contractu etiam stricto nascitur, propter pactum incontinenti appositum, cuius commodo priuandus non est ille qui sic contraxit, quíque non aliter fuerat contracturus *l.vltim. C. de*

BIU Cujas

pact.inter empt.& vendit. Quod & in pacto ex continenti post bonæ fidei contractum apposito longè magis obtinere debet. At actio arbitraria non ex contractu nascitur, neque ex voluntate expressa contrahentium, sed ex sola æquitate Prætoris inducentis vtilem actionem eo tantùm casu quo sit necessaria, id est, quo sufficere directa non possit, quod in huius legis specie non contingit.

a *Si tamen certo loco traditurum se quis stipulatus sit.* Ita in Pand. Florent. & multò meliùs quàm apud Accursium & Bartol. *condicturum* aut *conducturum*, quæ nullius sensus lectiones sunt, nec nisi nugandi materiam Accurtio & Bartolo præbuerunt. Cùm enim tractaret Paulus de contractu venditionis, ex quo venditor obligatur ad tradendum, sicut emptor ad precium dandum *l.1.l.ex empto* 11. §.1.*infr. de action.empt. l.si traditio* 4. *C.eod.* commodissimè hic versiculus superiori sententiæ subiungitur aduersatiuè, ne quis putet perpetuum esse, quod proximè dictum est, ex bonæ fidei contractu arbitrariam actionem non competere. Quid enim si venditor emptori promiserit per stipulationem (hoc enim significant verba illa *stipulatus sit* omnimodo passiuè sumenda, quomodo & alibi plerunque sumuntur, quod & Accursius docet) se traditurum ei rē venditam certo loco? Vtique hac actione arbitraria vtendum emptori necessariò erit. RATIO DVB. In contractibus & actionibus bonæ fidei sufficit natura ipsa contractus, & actionis bonæ fidei, vt quod certo loco dari vel tradi promissum est, vbique peti possit æstimata vtilitate loci, in quo dari res aut tradi debuit, siue pro emptore, siue pro venditore, prout alteruter aut moram fecerit aut passus sit *l.3. §. si per venditorem.infr.de action.empt.* Atqui cùm venditor emptori promittit se rem venditam ei traditurum, quamuis ita promittat per stipulationem, pendet tamen stipulatio ex contracto negotio emptionis *l.5.vers.conuentionales.inf.de verb.oblig.* Ergo & hoc casu sufficere potest emptori contra venditorem directa ex empto actio, nec arbitraria necessaria est. DEC. Cùm inter emptorem & venditorem stipulatio interponitur ab initio aut incontinenti, siue ante, siue post contractam venditionem, non duo contractus sunt, vnus venditionis, alter stipulationis, quorum prior per posteriorem mouetur, sed vnus tantùm contractus est, isque stipulationis non venditionis, sed venditionē duntaxat pro causa habens, ne stipulatio sine causa interposita dici possit *l.si ita fuero* 6. §.1. *& l.seq. infr. de nouat.* Ergo actio quæ ex huiusmodi contractu nascitur, non potest esse bonæ fidei, cū sit actio ex stipulatione aut ex stipulatu, quę semper stricta est, nisi cùm Iustinianus inuita tota Iurisprudentia fecit eam bonæ fidei in *l.vnic.C.de rei vxor.act.* Ita igitur fiet, vt si venditor nolet, aut nō poterit vnquam accedere ad eum locum, in quo tradere rem promisit, nunquam quoq; & nusquam cōueniri possit ad rem tradendam, neque actione ex empto quę nulla esse potest, vbi cōtractus emptionis nullus præcessit, neque ex stipulatione aut ex stipulatu, quæ cùm sit stricta, non alio certè loco exerceri potest, quàm in quo rem tradi promissum est. Consequens igitur omnino est, vt actio arbitraria sit hoc casu necessaria non minùs quàm ex illa stipulatione *Ephesi decem dari l.1.l.2. §.1. supr.* Differentia tantùm illa est, quòd ea stipulatio *Ephesi decem dari* obligationem dandi continet, hæc autem *Ephesi rem venditam tradi* obligationē faciendi, cùm tradere sit facti. Sed quod ad rem nostram pertinet, parui momēti hæc differentia est, cū quisquis stipulatur rem dari, hoc ipso stipuletur etiam rem tradi *d.l.3. §.1. infr. de act. empt.* quia nec dari res potest, id est, dominium eius transferri citra traditionem *l.vbi autem* 75. *§.vlt.de verb.obl. iunct.l.nunquā nuda* 31. *& l.traditio* 20. *infr. de acq.rer.domin.l.traditionibus* 20. *C.de pact.* nec vno casu magis quàm alio cogitur promissor præcisè ad tradendum, quod meri facti est, vt pluribus docuimus in *Error.4.5. & 6. decad.85.de error. Pragm.* Planè si sic cōcepta stipulatio esset *Ephesi rem tradi intra Cal. Martias proximas* dicēdum esset præteritis Calendis Martiis futurum, vt emptor idémque stipulator posset quocūque loco petere, quanti sua interesset *l.eum qui* 43. *supr.de iudic.* quia nō posset amplius res tradi post elapsum tempus, intra quod ex verbis stipulationis tradi debuisset *l.si Calendis* 11. *infr. de iudic.* Sed cùm tempus nullum in stipulatione adiectum est, petirem necesse est apud Prætorem per litis contestationem, aut apud Præsidem prouinciæ, qui in prouincia illa Prętoris vices gerit, & quidem in eo ipso loco qui stipulatione comprehensus est, priusquàm id quod interest, vllibi peti possit, quoniam ad litem vsq; contestatam promissioni suæ satisfacere venditor potest *l.2.§.si quis Ephesi vers.Scæuola supr.* adeóque moram purgare *l.si insulam* 84. *de verb.oblig.* Ergo nec de eo quod interest agere vnquam emptor poterit, si nunquam accedat venditor ad eum locū, in quo ex conuentione tradere rem debuit. Est igitur hoc casu arbitraria actio, de eo quod certo loco, perinde atq; alio vllo necessaria ad hoc vt venditor ad rem tradendam quocunque alio loco conueniri possit.

8. AFRICANVS libro 3. Quæstionum.

CEntum Capuæ dari stipulatus, fideiussorem accepisti. ea pecunia ab eo similiter, vt ab ipso promissore, peti debebit. id est, vt si alibi, quàm Capuæ, petantur, arbitraria agi debeat, ísque tanti æstimetur, quanti eius vel actoris interfuit, eam summam Capuæ potius, quàm alibi solui. nec oportebit, quòd fortè per reum steterit [a], quominùs tota centum Capuæ soluerentur, obligationem fideiussoris augeri. neque enim hæc causa rectè comparabitur obligationi vsurarum [b]. ibi enim duæ stipulationes sunt: hic autem vna pecuniæ creditæ est, circa cuius executionem, æstimationis ratio arbitrio iudicis committitur, ei úsque differentiæ manifestissimum argumentum esse puto [c]: quòd si post moram factam pars pecuniæ soluta sit, & reliquum petatur, officium iudicis tale esse debeat, vt æsti-

BIU Cujas

met, quanti actoris interfit, eam duntaxat summam, quæ peteretur, Capuæ solutam esse.

Ad l. Centum Capuæ 8.

RAT. DVBIT. Fideiussoris obligatio strictissima est, cùm ex stipulatione sola contrahatur *l. 5. §. satis acceptio. infr. de verb. obl. l. blanditus 12. C. de fideiuss.* ita vt in aliũ aut in duriorem causam accipi non possit fideiussor, in leuiorem tamen possit *l. Græcè 8. §. illud, & seq. l. fideiussor 16. in princip. & §. 1. & seq. infr. de fideiuss.* Atqui cùm creditor centum Capuæ dari stipulatus, à debitore fideiussorem eo nomine accepit, hoc vnum promisit fideiussor *Capuæ centum dari*, non ergo Ephesi, aut Romæ, aut alio loco, nec pro arbitraria, & vtili actione interuenit, sed pro pura & directa. Consequenter non est ferendum, vt per arbitrariam conueniatur alibi quàm Capuæ: alioqui nihil intererit, an fideiussor sit directæ actionis, & strictæ, vt in specie huius legis, an actionis vtilis & arbitrariæ, vt in *l. vlt. infr.* Nec bona consecutio est, vt qui voluit fideiubere pro actione stricta, voluerit etiam fideiubere pro arbitraria: est enim longè durior condicio eius, qui fideiubet pro arbitraria propter vtilitatem loci, quæ arbitrio iudicis in eam actionem venit, nunquam verò in actionem strictam; si verum est, vt est, quod ex Theophilo docet ad hanc legem Cuiacius, puram actionem, id est, certam & strictam consumere rationem omnem eius quod interest. Nec rursum quæ ratio æquitatis inducit necessitatem actionis arbitrariæ, contra reum principalem, scilicet ne alioqui futura sit inutilis ex stipulatione actio, debitore nunquam ad locum solutioni destinatum accedente, atque ita in potestate debitoris futurum sit an debeat *l. 1. & 2. §. si quis Ephesi versic. Scæuola supr.* eadem non æquè inducit necessitatem dandæ contra fideiussorem arbitrariæ, cùm sufficere possit creditori, quod arbitrariam habiturus sit contra debitorem ipsum, sibique potius debeat imputare, cur strictæ tantùm & directæ actionis non etiam arbitrariæ quoq; nominatim fideiussorem acceperit, vt in *dict. l. vlt. infr.* Ergo non potest verum esse quod hîc respondet Africanus, pecuniam Capuę debitam posse ab ipso fideiussore similiter atque à debitore peti per arbitrariam, id est, vt si alibi quàm Capuæ petatur, litem æstimari oporteat quanti vel fideiussoris, vel actoris interfuerit, eam summam Capuæ potius quàm alibi solui. DEC. Obligatio fideiussoria quamuis stricta sit, nec nisi accessoria, nunquam tamen sic interpretanda est, vt inanis fiat & illusoria, ne alioqui decipiatur creditor, qui fideiussorem ab initio accepit, quique verisimiliter sine fideiussore non fuerat contracturus. Nec minùs absurdum est in potestate fideiussoris esse postquàm se per stipulationem obstrinxit, an debeat, quàm si esset in potestate principalis debitoris *d. §. si quis Ephesi. versic. Scæuola.* Nam & fideiussor debitor est, quamuis secundus tantùm & accessorius. Atqui si neque principalis debitor, neque fideiussor accederent vnquam ad locum Capuæ, vbi pecuniam dari debere ponimus, fieret vtraque obligatio tam principalis quàm fideiussoria inutilis, nec misero creditori actio vlla aut ratio supereset ad suum consequendum: & quamuis stipulator per arbitrariam conueniri quocunque loco posset, inutilis tamen adhuc & inanis manere fideiussio, si non æquè liceret creditori fideiussorem arbitraria actione conuenire. Ergo ne absurdum hoc eueniat, dicendum est, perinde arbitrariam contra fideiussorem, atque contra principalem debitorem exerceri posse, sed ita tamen vt ex ipsius fideiussoris non etiam ex rei persona eius quod fideiussoris interierit Capuæ potius quàm alibi soluere, ratio habeatur, quamuis rei fortasse nihil interfit. Est enim hoc casu lis æstimanda ex persona fideiussoris, sicut ille ex propria persona, & tanquam fideiussor conuenitur, non ex persona rei. Neque verò videri potest fideiussor, aut in aliam aut in duriorem causam acceptus, ob id solum quòd æquè contra ipsum arbitraria exerceatur, cùm debitor ipse perinde quoque arbitraria teneatur, eadémque & necessitatis & æquitatis ratio vrgeat contra fideiussorem, quæ contra principalem debitorem: cúmque ex Prætoris edicto perpetuo fiat, vt quisquis certo loco dare promisit, vbique conueniri per arbitrariam possit, non habet fideiussor quod conqueratur, cùm à stipulatore communi iure conuenitur *l. inter eos 51. §. pen. infr. de fideiuss. l. vlt. C. de in integr. restit. minor.* Prospicere enim debuit, posse id euenire, si non solueretur pecunia Capuæ ante propositã arbitrariam actionẽ *d. versf. Scæuola. l. 2. supr. & arg. l. si quis domum 9. §. 1. versic. idem quærit infr. locat.* adeò vt nec potuerit fideiussor cauere etiamsi maximè voluisset, ne arbitraria conueniri vnquam posset. Nec enim iuris ratio & authoritas pendet ex arbitrio & voluntate contrahentium *l. 1. §. 2. ad SC. Turpill. l. ordine 15. ad municip.* Neque verò Prætor tale pactum tueri posset, quod contra ipsius Prætoris edictum esset interpositum *l. iuris gentium 7. §. ait Prætor, & §. si paciscar supr. de pact. l. si quis inquilinos 112. §. pen. de legat. 1. l. vlt. de suis & legit. iunct. l. ius publicum 38.*

a *Nec oportebit quòd fortè per reum steterit.* RATIO DVB. Mora rei nocere solet fideiussori *l. mora rei 88. infr. de verborum obligationib.* Nec ad hunc casum pertinet iuris regula, quæ vult suam cuique moram nocere *l. in condemnatione 273. §. penult. de reg. iur.* vt & factum cuique suum *l. factum 155. eod.* cùm enim fideiussoria obligatio sit accessoria ad principalem, sicut ex ea pendet, ita & moram principalis debitoris quæ ipsi nocet, fideiussori quoque nocere necesse est, nec in eo tantùm, vt re debita post rei moram perempta fideiussor adhuc teneatur *l. mora 32. §. vltim. infr. de vsur. l. si à colono 58. §. 1. infr. de fideiuss.* sed in hoc etiam, quod ad rem nostram huiúsque legis sententiam impugnandam magis pertinet, vt si pro contractu aliquo & actione bonæ fidei, vel ratione legatorum aut fideicommissorum fideiussor interuenerit, damnari debeat in vsuras quoque, licet non nisi officio iudicis ex mora rei debitas, quamuis non nisi actione ex stipulatu conueniri possit, quæ vsurarum accessionem non admittit, nisi quæ & ipsæ in stipulationem deductæ sint *l. 3. C. de vsur. l. Titius 24. infr. de præscript. verb.* nempe quia rei locum obtinet *l. 4. §. 1. infr. de fideiuss. l. si quis solutioni 24. §. 1. de vsur. l. quæro 50. infr. locat. l. 1. §. bellissimè infr. vt legat. seu fideicommiss. seruand. cauf. caueat. l. si posteaquàm 10. rem pupill. saluam for. l. initio 5. Cod. de pact. inter emptor. & vendit.* Cùm igitur mora rei noceat fideiussori, etiam quod ad vsuras pertinet, quæ non nisi officio iudicis debentur, quidni etiam nocebit,

BIU Cujas

quod pertinet ad vtilitatem loci, ex mora rei æstimandam in actione arbitraria? Quod si ponas etiam vsuras per stipulationem promissas fuisse, quod plerunque accidit, ne tam facilè dubitari possit, quin debeantur, tantò apertius erit vsuras deberi à fideiussore, ob non solutam à reo sua die pecuniam, si modò non in principalem summam duntaxat, sed in omnem contractus causam fideiussor acceptus proponatur, vt solent accipi fideiussores, & in dubio sic eos acceptos esse credendum est *dict. l. quæro* 50. *infr. locat. l si quis pro eo* 56. §. *si nummos. infr. de fideiuss. l.* 2. § *penult. de administr. rerum ad ciuit. pertin.*

DECID. In iis quæ pendet ex contractu cui fideiussor accessit, siue obligationis iure debeantur, quomodo debentur vsuræ in stipulatum deductæ, siue officio tantùm iudicis, vt vsuræ in bonæ fidei iudiciis *leg. qui per collusionem* 49. §. 1. *de action. empt. dict. l. quæro* 50 *infr. locat. l.* 4. *Cod. deposit.* mora rei vtique nocet fideiussori, & auget ipsius obligationem, vt propria actione qua conuenitur ex stipulatione condemnari possit & debeat in id omne ad quod principalis debitor siue obligationis iure, siue officio iudicis, condemnari deberet, dummodo in omnem contractus causam se obligauerit, ac si plenissimam indemnitatem creditori promisisset, vt scriptum est in *dict. l. quæro*, *& in dict. leg.* 2. § *penultim. de administr. rerum ad ciuit. pertin.* At in iis quæ non tam à contractu immediatè pendent, quàm ab arbitrio iudicis, quale est quod in actione arbitraria ratione vtilitatis loci in condemnationem deducitur, non est æquum moram rei nocere fideiussori. Id enim est extra causam contractus, & ex causa extrinseca proficiscitur, id est, ex eo solùm quòd alio loco agat stipulator, quàm in quo dari pecuniam ex contractu oportuit. Hoc verò extra causam fideiussionis est, nec enim fideiussor id egit aut cogitauit, vt se obligaret ad id omne, quod arbitrio iudicis in condemnationem deduci posset, sed ad id tantùm quod ex causa contractus deberetur. Imò quod magis mirere, est hoc etiam extra causam principalis obligationis *leg vltim.* vbi dicemus *infrà*. Longéque alia causa est eorum quæ veniunt in condemnationem officio iudicis, alia verò eorum quæ non nisi arbitrio iudicis. Arbitrium siquidem iudicis multò latius patet, quàm officium, præsertim quod inseruit contractui, ob eámque causam vulgò à nostris mercenarium appellatur, arbitrium sine officio esse non potest, at officium sine arbitrio esse potest, nec rursus quicquid officio iudicis committitur, id etiam arbitrio eiusdem permittitur. Finge emptorem, cui res vendita iam fuerit tradita, moram feciisse in soluendo precio, indéque vsuras ex mora cœpisse debere: si venditor actione ex vendito, quæ bonæ fidei est, precium petat, annon ad officium iudicis pertinet, vt emptorem etiam ad vsuras precij condemnet? non solùm si mora per interpellationem contracta sit, sed etiamsi re ipsa, ob fructus ex re vendita iam perceptos *dict. leg. curabit* 5. *Cod. de action. empt. leg. Iulianus* 13. §. *veniunt autem* 20. *infr. eodem illo titul. leg. euictis* 18. §. 1. *infr. de vsur.* Eritne igitur in arbitrio iudicis, vt emptorem hunc ad vsuras precij non condemnet? Minimè verò. Etsi enim etiam in bonæ fidei iudiciis arbitrium aliquod est iudicis, vnde & qui in iis dantur iudices arbitri plerumque appellantur, *leg.* 1. *infr. de vsur. leg. vltim. rem pupillarem saluam for.* non tamen vsque adeò liberum est illud arbitrium, vt possit emptorem in vsuras ex mora debitas non condemnare: cogitur enim & contractui inseruire & formulæ, quæ cùm habeat semper adnexam clausulam *ex fide bona*, vt diximus ad *leg. proxim. supr.* obligat iudicem, vt vel inuitus ex officio suo condemnet reum in id omne, quod ex bona fide est. Proinde non magis potest esse in arbitrio iudicis, qui de empti & venditi actione cognoscit, vt non condemnet emptorem ad vsuras, quàm vt non iudicet ex fide bona. Et ideò bene ac subtiliter Papinianus noster, vt omnia solet, in *dict. leg.* 1. *in princip. de vsur.* ait, Cùm iudicio bonæ fidei disceptatur, arbitrio iudicis vsurarum modum ex more regionis vbi contractum est constituti, ita tamen vt legem non offendat. Non ait, in arbitrio iudicis esse vsurarum condemnationem, id est, an in condemnationem deducendæ sint, necne, sed modum solum vsurarum, & ita tamen vt legitimum non excedat. Sícque intelligi debet, quod Iustinianus scribit in §. *in bonæ fidei. Instit. de action.* in bonæ fidei iudiciis videri liberam potestatem permitti iudici ex bono & æquo æstimandi, quantum actori restitui & præstari oporteat. Non enim tam generaliter id accipiendum est, quasi in hoc iudiciorum genere tota condemnatio in liberum iudicis arbitrium conferatur, sed vt quamuis contractui inseruire cogatur, laxiores tamen habeat & liberiores habenas, in augenda vel minuenda condemnatione, dum ne quid contra legem statuat, aut contra communes iuris regulas, quæ volunt, in bonæ fidei iudiciis & vsuras, & fructus, & cæteras accessiones, ex mora deberi. At in actione arbitraria de eo quod certo loco, quæ fortè sola est inter omnes arbitrarias, quæ ex contractu nascitur, nullomodo inseruit iudex contractui *leg.* 2. §. *vltim. supr.* cùm ea actio non modò præter verba contractus detur, sed etiam contra expressam vim & conceptionem verborum: & idcirco necesse est, vt condemnatio tota in arbitrium iudicis conferatur, itémque absolutio. Condemnationem autem & absolutionem cùm dico, substantiam ipsam condemnationis aut absolutionis intelligo, non solas præstationes, quæ tamen solæ in iudiciis bonæ fidei veniunt, nec tam arbitrio tamen, quàm officio iudicis, vt diximus, committuntur. Vnde est, quòd in bonæ fidei iudiciis certa summa semper petitur, quamuis ex fide bona possit iudex eam augere, præstationibus ex æquitate adiudicandis, aut etiam minuere admissa compensatione, si quid fortè vicissim actor reo debeat. Quò maximè pertinet libera illa potestas, quam in bonæ fidei iudiciis permissam videri iudicis, ait Iustinianus in *dict.* §. *in bonæ fidei*, vt ex iis quæ in eo §. sequuntur, apparet. Cæterùm summa aliqua aut res alia certa in petitionem & in actionem deducitur, quam vel debitam esse, vel non debitam iudex pronunciare semper debet. Nam siue augeat eam additis præstationibus, siue minuat compensatione admissa, semper pronunciat deberi quod petitur, aut si vel nihil vel minùs, quàm quod petitum est, deberi comperiat necesse habet reum absoluere, tanquam actore per pluris petitionem à causa cadente. At in arbitraria actione nunquam certa summa petitur, quo-

BIU Cujas

quomodo in actione directa *l. quòd si Ephesi 4. in prin. supr.* sed ea tantùm, quam iudex, æstimata vel pro reo, vel pro actore loci vtilitate, arbitrabitur deberi *d. l. 2. §. vlt.* Adeò vt quisquis agit arbitraria, nunquam possit incurrere periculum plurtis petitionis, quippe qui nihil certi petat, sed condemationis quantitatem, & litis æstimationem totam conferat in arbitrium iudicis *l. 3. supr.* tum quoque cùm plus petit, quàm postea deberi appareat *d. l. 2. in prin.* in illis verbis, *quòd si rei interest, minoris fit pecuniæ condemnatio quàm intentatum est sup.* Et hoc est quod Africanus in hac lege scribit in actione arbitraria nō duas esse obligationes, vnam sortis, aliam eius quod interesse potest ratione loci, sed vnam duntaxat pecuniæ creditæ, circa cuius executionem æstimationis ratio arbitrio iudicis committitur. Ex quibus appareat, quàm magna differentia & differentiæ ratio sit inter actionem hanc arbitrariam & actiones bonæ fidei, & inter id quod interest ratione vtilitatis loci cuius necessariò habenda ratio est in actione arbitraria, & vsuras, quæ ex bonæ fidei iudiciis debentur, & præstantur officio iudicis ex die moræ, denique inter officium & arbitrium iudicis, officium circa præstationes, arbitrium verò circa substantiam ipsam condemnationis, aut absolutionis. Concludamus igitur in bonæ fidei iudiciis moram rei nocere fideiussori, at in actione arbitraria non nocere, atq; ita conciliandam esse hanc legem cum *d. l. quæro inf. locat.* quæ interpretibus nostris & antiquis & recentioribus miras peperit difficultates & contentiones. Accursius noster etsi non omnia prorsus obseruauit, quæ nos diximus, mihi tamen videtur omnium optimè, ac propius quam cæteri, accessisse ad id quod res est, cùm dixit officium iudicis, quod inhæret bonæ fidei iudicio, prouenire ex natura obligationis, & sic ab ea naturam contrahere, vt sicut obligatio principalis ad fideiussorem extenditur, ita & officium iudicis ratione vsurarum (fideiussor enim contractus in omnem causam acceptus intelligitur, quæ ex eo contractu nasci potest *l. si quis pro eo 56. §. si nummos leg. amissi 52. fideiussores inf. de fideiuss.*) Sed officium quod inhæret arbitrariæ, non inhæret gratia actionis, cùm stricti iuris sit, sed ex accidenti propter locum, vnde ad fideiussorem non extenditur. Melius certè quam magnus Africani interpres Iacobus Cuiacius, qui scripsit, non esse hæc contraria, moram rei nocere fideiussori, & tamen ex mora rei non augeri fideiussoris obligationem, quia nec obligationis iure, inquit, rei ipsius obligatio augetur, cum nec vsuras, nec id quod interest ratione vtilitatis loci debeat iure obligationis, sed tantùm officio iudicis. Ita fit, vt non distinguat actionem bonæ fidei ab arbitraria, nec officium iudicis ab arbitrio, quomodo distinguere debuit, sed quasi ludens in verbis sic Africanum intelligat, vt si per reum steterit, quominus tota centum Capuæ soluantur, id est, quominus quicquam ex centum sit solutum (nam de eo casu quo pars pecuniæ soluta Capuæ sit, postea tractat Africanus) mora quidem rei non augeat obligationem fideiussoris, sed augeat tamen condemationem, vt officio iudicis tanti condemnandus sit in arbitraria actione fideiussor, qui moram nullam contraxit, quanti reus ipse, qui moram fecit: quæ interpretatio certè à sensu Africani non minus, quàm à ratione iuris aliena est. Cùm enim Africanus ait, non oportere ex mora rei obligationem fideiussoris augeri, proculdubio id significat, eam quantitatem quæ ex rei mora ad condemnationem ipsius accedere per arbitrium iudicis posset, non æquè debere accedere ad condēnationem fideiussoris, cuius alioqui augeretur obligatio, quæ tota ex stipulatione, si ad id condemnaretur siue officio siue arbitrio iudicis, ad quod reus ipse aut officio aut arbitrio iudicis condemnari deberet, nam reus quidem ipse, cùm aut ad id quod actoris interest, aut ad vsuras condemnatur, non tam ex suæ obligationis iure, quam vel officio vel arbitrio iudicis condemnatur. Sed cùm ea res ad onus fideiussoris recidit, vt in ea specie *dict. leg. quæro 50. inf. locat.* augetur vtique obligatio fideiussoris, qui cùm nihil nisi centum Capuæ dari fideiusserit, condemnatur tamen ex sua stipulatione ac promissione, vt centum & viginti actori præstet, in quo alia rei, alia fideiussoris ratio est. Reus enim cùm ex bonæ fidei iudicio condemnatur ad sortem & ad vsuras, condemnatur partim ex suo contractu, suâque obligatione, quod scilicet ad sortem pertinet, ad vsuras autem nonnisi officio iudicis, in arbitraria verò, non tam iure obligationis, quam arbitrio iudicis, siue ratione sortis, siue ratione quantitatis, quæ accedit sorti ob vtilitatem loci. At fideiussor in vtroque contractus & actionis genere tenetur, & condemnatur obligationis iure, & ex sua stipulatione: nec minùs, cùm ad id quod interest, condemnatur ratione vtilitatis loci ex sua persona, aut etiam ex persona rei, si in hoc specialiter & nominatim interceserit, & cùm ad vsuras condemnatur quàm cùm ad sortem, adeóque si & ipse arbitraria conueniatur ex sua persona: non enim conueniri posset, si non fideiussisset. Augetur ergo obligatio fideiussoris, cùm ad id quod creditoris interest, condemnatur propter vtilitatem loci, quod contingere necesse est, quoties ex sua ipsius mora condemnatur per arbitrariam, non etiam si ex mora rei conueniatur, nisi in hanc quoque causam fideiusserit, vt diximus: itémque cùm ad vsuras siue ex sua siue ex rei mora in iudicio bonæ fidei. Et tamen secundum Cuiacij sententiam dicendum esset, nullo casu augeri obligationem fideiussoris, ne tum quidē cùm ex mora sua conueniretur, quia vel officio vel arbitrio iudicis veniret in condemnationem non iure obligationis, quicquid sorti accederet. Errat etiam Cuiacius in eo, quòd ponit in hac lege fideiussorem interuenisse ratione actionis arbitrariæ post moram à reo iam contractam soluendi Capuæ, vt *l. vlt. inf.* nec videt in eo differre speciem huius legis à specie *d. l. vlt.* quod hic fideiussor ab initio fuerat acceptus huius stipulationis nomine *Capuæ decem dari.* Alioquin quænam obsecro dubitandi ratio esset ad initium huius legis, vbi dicitur perinde arbitraria posse agi contra fideiussorem, atque contra reum, si fideiussor ipsius arbitrariæ actionis nomine acceptus fuisset? Pergamus iam ad reliqua. Sequitur apud Africanum,

b *Neque enim hæc causa rectè comparabitur obligationi vsurarum.* Respondet Africanus tacitæ obiectioni, quæ fieri poterat ex eo, quod si principalis debitor se per stipulationem & ad sortem, & ad vsuras obstrinxerit, nec sortem soluerit, augetur ex mora rei obligatio fideiussoris, vt etiam vsuras, quas reus promiserat, soluere fideiussor compellatur. Respondet autem, hanc causam, de qua quærimus vtilitatis loci æstimandæ per arbitrariam contra fideiussorem ex mora rei, non rectè comparari obligationi vsurarū

BIU Cujas

per stipulationem promissarum. Ibi enim duæ sunt, inquit, stipulationes, vna sortis, altera vsurarum, & fideiussor in omnem causam acceptus non minùs ad vsuras, quàm ad sortem obligatus intelligitur, quia ex eiusdem negotij & contractus, fonte vtraque obligatio proficiscitur. Hîc autem id est, in proposita specie vna tantùm obligatio est pecuniæ creditæ [nam verbis quoque credimus *l. 2. §. vlt supr. de reb. credit.*] circa cuius executionem tota ratio æstimationis arbitrio iudicis committitur, in quibus tamen verbis miror Accursium nostrum addere interpretationis gratia *supple*, aut *scilicet vbi vsuræ possunt peti per stipulationem*, nec enim tractatur de vsuris in arbitraria, sed tantùm de vtilitate loci æstimanda arbitrio iudicis, non autem debita per stipulationem. Neque verò alia horum verborum interpretatio quærenda est, quàm quæ à nobis allata suprà fuit. Quid ergo si ex contractu cui fideiussor accessit, debeantur vsuræ non iure obligationis, sed officio tantùm iudicis, vt in actionibus bonæ fidei euenire suprà diximus? ex *l. qui per collusionem 49. §. 1. de act. empt. l. quæro 50. inf. locat. l. 4. C. depos.* Alia hæc & longè fortior obiectio est, quam tamen Africanus quasi non viderit, prætermittit, existimans fortasse fideiussorem nullas vsuras debere, quæ non sint deductæ in stipulatum, nec si eas reus debeat ex mora sua officio iudicis, contrà quàm Paulus senserit in *d. l. quæro*, siue Africanum mouerint constitutiones, quarum eo loco Paulus meminit, quibus cauetur eos cui pro aliis pecuniam exsoluerint, sortis duntaxat damnum agnoscere oportere, siue illa potiùs ratio quòd fideiussor nunquam nisi ex stipulatione & actione stricta teneatur, quæ nec vsurarum nec aliarum accessionum additamenta facilè possit admittere, non nisi officio iudicis debita cui in actione ex stipulatu locus esse nunquam potest. Quòd si quis velit etiam in specie *d. l. quæro* Africanum cum Paulo consentire, quod probari videtur ex *l. si posteaquam 10.* quæ eiusdem Africani est *inf. rem pupill. salu. for.* necessariò diluenda obiectio est, eo quo diximus modo, nec alia responsio melior adferri potest. Nam & eam Pauli sententiam cæteris prudentibus video placuisse *l. amissi 52. §. fideiussores l. si quis pro eo 56. §. si nummos l. fideiussores magistratuum 68. §. 1. infr. de fideiuss. l. 2. §. pen. & vlt. infr. de admin rer. ad ciuit. per tin. l. 1. §. bellissimè & l. pen. vt legat. seu fideicom. seruand. caus. caueat.*

c *Eúsque differentiæ manifestissimum argumentum esse puto.* Probat Africanus multum interesse, an id quod interest, vel vsura sit in obligatione, an verò non nisi officio aut arbitrio iudicis debeatur. Nam quod in obligatione est, quandiu nec solutum, nec petitum est, adhuc debetur, & peti potest, quamuis sors ipsa vel soluta iam, vel petita sit, non etiam id quod officio tantùm, vel arbitrio iudicis debetur *l. qui per collusionem 49. §. 1. infr. de action. empt. l. 1. C. de iudic. l. 4. C. depos.* Hoc verò præsuppositio, probat Africanus eodem argumento, in actione arbitraria id quod vel actoris, vel rei interest ratione loci non esse in obligatione, sed in officio tantùm & arbitrio iudicis, quia, inquit, si post moram factam à reo pars pecuniæ soluta sit, quæ tota Capuæ debebatur, creditore scilicet consentiente [nec enim cogi posset inuitus partem pecuniæ accipere *l. tutor 41. §. Lucius infr. de vsur.* cùm solutio per partes magna habeat incommoda *l. 3 sup. famil. erciscund.*] & reliquum postea petatur, officium iudicis tale esse debeat, vt æstimet quanti actoris interfit, eam duntaxat summam quæ peteretur Capuæ solutam esse. Si enim id quod actoris interest propter vtilitatem loci ratione summæ iam priùs solutæ esset in obligatione, vtique eius petitio etiam post solutionem sortis superesset, vt euenit in vsuris per stipulationem debitis *d. l. 1. C. de iudic. d. l. 4. C. depos.* & in pœna quoque per stipulationem debita, *l. Lucius 46 infr. de action. empt.* Acquia non debetur nisi officio & arbitrio iudicis, consequens est, vt pro rata perceptæ sortis id quoque quod actoris interest remissum esse videatur, *l. vlt. in fin. infr. hoc tit.* Alia ratio est, eius quod interest, cùm principaliter debetur ex obligatione faciendi, de quo in *l. stipulationes non diuiduntur 72. §. Celsus l. cùm stipulatus sim 113. §. vlt. de verb. oblig. l. 1. infr. de act. empt.* De cæteris quæ ab Accursio & Bartolo adferuntur interpretationibus ad hanc legem nihil attinet dicere. Vera enim huius legis sententia & ratio vnica illa est, quam nos attulimus. Iunge quæ diximus ad *l. 2. § idem Iulianus supr.*

9. VLPIANVS libro 47. ad Sabinum.

IS qui certo loco dare promittit, nullo alio loco, quàm in quo promisit, soluere inuito stipulatore potest.

Ad l. Is qui certo loco 9.

RAT. DVB. Id quod certo loco debetur, potest vbique peti per arbitrariam actionem inuito promissore *l. 1. 2. & pass. supr.* Ergo & vbiq; solui potest etiam inuito stipulatore, vt eadē sit ratio promissoris, quæ stipulatoris, non autem deterior, cùm & ex iuris regula fauorabiliores sint rei quàm actores *l. fauorabiliores 125. de regul. iur.* & proniores esse debeamus ad liberationē *l. Arianus 41. de oblig. & act.* quæ nō nisi per solutionē potest contingere. Idque sensisse videtur Venuleius in *l. continuus 137. §. cùm ita de verb. oblig.* vbi ait eum qui Ephesi dare promisit, non tātùm Ephesi posse vel per se, vel per alium soluere, sed etiā vbique. DEC. Necessitas mera iuris & facti induxit arbitrariam actionem fauore actoris, ne alioqui actionem suam amitteret, si non alio loco posset agere, quàm in quem collata stipulatio esset, promissore fortassis ad eum locum nunquam accedente *d. l. 1. supr.* atque ita in potestate & arbitrio debitoris esset an deberet necne: nō enim debitor esse videtur, nisi à quo inuito exigi potest *l. debitor 108. de verb. signific. l. 2. §. si quis Ephesi versic. Scæuola supr.* At ex parte debitoris nulla subest necessitas, ob quam permittendum ei sit alio loco soluere inuito stipulatore, cùm si non possit ipse ad locum solutioni destinatum accedere, possit tamen ibi per alium soluere *dict. §. cùm ita*, adeóque etiam vbique, priùs scilicet quàm ad locum illum peruenire potuerit: quandoquidem obligationi soluendi certo loco semper tacitè inest tempus intra quod ad eum locum peruenire possit, *d. l. 2. §. qui ita stipulatur supr. d. §. cùm ita*, vbi quod dicitur eum qui Ephesi dare promisit posse vbique soluere, ad hunc casum certè restringendum est, vt constat ex *leg. qui Romæ 122. in princip. eod. tit. de verbor. obligat.* vbi is qui Romæ pecuniam mutuam

BIU Cujas

mutuam acceperat soluendam in longinqua prouincia post menses tres, eam Romæ obtulerat post paucos dies, id est, priusquam in longinquam illam prouinciam peruenire potuisset: ac proinde non minus congruo loco quàm congruo tempore, vt explicauimus *lib. 1. Coniect. cap. 1.* Quamquam nec illud improbo, quod placet Accursio & Bartolo posse debitorem vbique soluere, etiam post elapsum tempus intra quod ad locum peruenire potuit, si modò non tantum sortem offerat, sed etiam quicquid stipulatoris interesse potest ratione loci. Ita enim fit, vt non deterior futura sit condicio promissoris quàm stipulatoris, cui nec permittitur alio loco petere, nisi æstimata solutaque vtilitate loci, si quid ex ea causa interfit rei, nisi reus ipse prior in mora fuerit, vt diximus ad *d. l. 1. & ad d. l. 2. §. vlt. supr.* Sed extra hos casus non est permittendum promissori, vt alio loco solutionem offerat stipulatori ne ipsi inuito auferat vtilitatem loci *l. fideiussor 16. §. 1. infr. de fideiuss.* Necest contrarium, quod scriptum est in *d. verf. Scæuola* electionem habere reum vbi soluat ante petitionem. Nam vt bene Accursius explicat de ea electione intelligi id debet, quam habet reus, qui in alterutro duorum locorum promisit soluere, non autem vt in alio & tertio loco soluendi habeat facultatem, nisi quomodo diximus, si cum forte offerat quicquid propter locum interesse potest stipulatoris. Addunt Accursius & Bartolus aliam exceptionem, nisi locus gratia solius promissoris adiectus sit: quasi supradicta procedant, cùm locus aut solius stipulatoris aut vtriusque adiectus proponitur, nec malè. nam si constet fauore solius promissoris adiectũ esse locum, liberum esse debet fauori suo renunciare *l. si iudex circumuento 41. supr. de minor. l. pen. C. de pact.* & ita perinde vbiq; soluere, ac si locus adiectus non esset: nam & in eo qui in diem debet, similis adhibetur distinctio, vt quamuis quod in diem debetur ante solui possit, aliud tamen dicendum sit, si dies in fauorem creditoris adiectus sit *l. 3. §. cùm Pollidius infr. de vsur. l. si ita relictum 43. §. Pegasus de legat. 2. leg. eum qui 15. alias leg. Iauolenus de ann. legat.* In dubio tamen credẽdum est adiectum esse locum fauore, & gratia vtriusque. Vnde est quod in arbitraria ratio habetur vtilitatis vtriusque, id est, alterutrius vel actoris vel rei *d. l. 2. in princ. & §. vlt. & l. prox. supr. l. 1. C. eod.* dies autem in dubio quoque fauore solius debitoris *l. stipulatio ista 38. §. inter de verb. oblig. l. quod certa 70. de solut.* in eoque locus differt à tempore.

10. PAVLVS libro 4. Quæstionum.

Si post moram factam, quo minus Capuæ solueretur, cum arbitraria vellet agere, fideiussor acceptus sit eius actionis nomine: videamus, ne ea pecunia, quæ ex sententia iudicis accedere potest, non debeatur, nec sit in obligatione, ad eo vt, nunc quoque forte soluta [a], vel si Capuæ petatur, arbitrium iudicis cesset. nisi quis dicat, si iudex centum & viginti condemnare debuerit [b] centum solutis ex vniuersitate, tam ex sorte quàm ex pœna solutum videri: vt supersit petitio eius, quod excedit sortem: & accedat pœna pro eadem quãtitate. quod non puto admittendum: tanto magis, quod creditor accipiendo pecuniam, etiam remisisse pœnam videatur.

Ad l. vlt. Si post moram.

Accedit proximè species huius legis ad illam, quam ex Africano tractauimus in *l. centum Capuæ 8. supr.* sed tamen non eadẽ est, quod videtur sensisse Iacobus Cuiacius, vt diuersa & dubitabilior in eo, quod Paulus hîc ponit, fideiussorem acceptum fuisse post moram rei principalis & arbitrariæ actionis nomine, cùm in eo esset stipulator, vt propter moram debitoris arbitraria vellet agere, quod vtrumq; in specie *d. l. centum* aliter se habet. Itaq; ratio dubitandi maior hîc suberat, propter quam videbatur fideiussorem acceptum actionis arbitrariæ nomine teneri & obligatum esse ad omnem eam pecuniam, quæ ex sententia & condemnatione debitoris potuisset accedere: cum ex ea causa reus ipse iam esset obligatus, & fideiussor interueniendo arbitrariæ actionis nomine, id omne videretur promisisse, quod per arbitrariam actionem consequi à reo principali stipulator potuisset. Atqui poterat consequi quanti sua interesset ob vtilitatem loci propter moram à reo factam. Ergo & in hanc quoque summam fideiussor se obligasse credendus est. Nec enim causari potest, de eo se non cogitasse, quod per arbitrariam posset accedere, cùm arbitrariæ actionis nomine fideiusserit. Sed tamen hoc etiam casu respondet Paulus illud ipsum quod Africanus in *dict. l. centum* scilicet eam pecuniam quæ ex sententia iudicis potest accedere contra reum, non deberi à fideiussore, nec esse in ipsius obligatione, id est, vt sumus interpretati contra Cuiacium ad *dict. l. centum*, non posse fideiussorem eius pecuniæ nomine condemnari arbitrio iudicis ex mora rei, quamuis & reus ipse posset, & fideiussor quoque si ex sua non si ex rei mora conueniretur, *d. l. centum in princ.* nimirum quoniam ea summa quæ rei condemnationi potest accedere, ne quidem à reo ipso debetur iure obligationis, nec ipsi obligationi cohæret, nec ab ea pendet vllo modo, adeoque nec tam ex rei mora proficiscitur, quàm ex eo, quod alio loco stipulator cogatur agere, quàm in quem collata fuerat stipulatio: hæc enim proxima & immediata causa est condemnationis faciendæ in actione arbitraria, licèt ad officiũ iudicis maximè spectet, vt inspiciat, vter moram contraxerit, an reus, an actor. Quod & Bartolus tam ad hanc legem quàm ad *dict. l. centum*, bene explicauit. Interpretibus difficilem fecit huius legis sententiam, quod Paulus subobscurè, vt solet, sententiam suam proponit iis verbis, *videamus, ne ea pecunia* &c. quæ tamen quasi dubitantis sint potius quàm respondentis, plerique ex veteribus sic acceperunt, vt ad propositam initio legis quæstionẽ Paulus nil respondeat, sed aliam & nouam que-

BIU Cujas

stionem proponat, responsurus ad vtramque posteà in fine legis, non animaduertentes fuisse hunc morem respondendi familiarē prudentibus nostris, sed præsertim Paulo, vt eo verbo *videamus* modestè magis quàm dubitanter opinionē suā insinuent. Adfirmat igitur Paulus huiusmodi locutione, eā pecuniā quæ ex sententia iudicis potest accedere non deberi à fideiussore, nec esse in eius obligatione, siue obligationem intelligas ius ipsum obligationis, quæ ex contractu nascitur, siue officiū iudicis quod obligationi cohæreat, contrà quàm sentiat Cuiacius, qui vult fideiussorē hoc casu teneri, non quidē iure obligationis, sed officio tamē iudicis ad omne id, ad q̄ reus ipse eodē iudicis officio ex mora sua teneretur. Quod tamē nos iā satis supq; refutauim⁹ ad *d.l.cētū*.

a *Adeò vt nunc quoque sorte soluta.* In hoc versiculo probat Paulus duobus argumētis verum esse, quod dixerat eam pecuniam, quæ ex sententia iudicis potest accedere, non deberi nec esse in obligatione. Primum argumentum est, quod si nunc quoque, id est, non modò post moram rei, vt Accursius interpretatur, sed etiam post acceptum fideiussorem arbitrarię actionis nomine sors debita solueretur, non dico à fideiussore, sed quod magis est, à reo ipso, qui moram iam contraxerit, arbitrium iudicis cessaret, id est, nihil ex sententia iudicis accederet summæ principali, & officium iudicis tale esse deberet, vt reum absolueret, multóque magis fideiussorem si ipse arbitraria actione conueniretur. Nam creditor accipiendo sortem sine protestatione hoc ipso pœnam remisisse videtur, id est, quanti sua interfuit alio loco solui, quàm in quo solutionem fieri oportuit. Quod enim ex ea causa præstatur, pœna dicitur, quia præstatur in pœnam moræ, & ob id quod alio loco solutionem accipere creditor cogatur, quam vbi ipsi solui debuit, adempta vtilitate loci quæ ex verbis ipsis stipulationis salua creditori esse debuerat, licèt aliàs separari soleat pœna ab eo quod interest. Atqui si quod ex hac causa creditoris intererat in obligatione fuisset tempore accepti fideiussoris, & ante factam solutionem vtique petitio eius supereresset etiam facta sortis totius solutione *l. 4. C. depos. l. qui per collusionem* 49. *§. 1. de act. empt. l. 1. C. de iudic.* At quoniam sublata sortis obligatione principali, nullum potest superesse officium & arbitrium iudicis, tanquam quod sit accessorium ad principalem obligationem, nec sine ea possit subsistere, consequens omnino est, vt neque accessio vlla deberi possit. Alterum argumentum est, quòd si æquè post moram debitoris acceptúmque fideiussorem stipulator sortem Capuæ peteret, id est, in loco solutioni destinato, perinde officium arbitri cessaret, nec reus vltra sortem præstare quicquam cogeretur *l. quòd si Ephesi 4. sup.* qui tamen non idcireò liberaretur, quominùs id quod interesset ratione moræ anteà contractæ præstare teneretur, si debitum esset sine obligationis iure, siue officio iudicis, quia maneret obligatio, cui officium iudicis posset accedere, *d.l. qui per collusionem* §. 1. & aliis suprà citatis. Obseruandum autem est his duobus argumentis probari optimè & concludentissimè, id quod interesse potest actoris ob moram rei, qui suo loco non soluit, quíque ideo per arbitrariam conueniri potuit non solum, non deberi à fideiussore, nec in obligatione fideiussoris esse, sed neque à reo ipso deberi. Et primum quidem argumentum probat, non deberi à reo iure obligationis, non tamen probat, non deberi officio iudicis, quia etiamsi deberetur, non eo magis tamen peti posset integra sorte soluta *d. l. qui per collusionem* §. 1. Sed posterius argumentum probat non magis officio iudicis, quam obligationis iure deberi à reo, estque potentius quam primum ad Pauli sententiam comprobandam. Quis enim admittat fideiussorem teneri arbitraria actione ex mora rei, ad id ad quod nec reus ipse aut obligationis iure, aut officio iudicis teneatur? Itaque quod respondit Paulus eam pecuniam quę ex sententia & condemnatione iudicis propter moram rei potest accedere, nō deberi nec esse in obligatione, malo ad rei quam ad fideiussoris personam & obligationem referre, vt sit & sententia Pauli pro fideiussore probabilior, & ratio quæ ad eam probandam affertur, certior & euidentior. Nec possum intelligere quid Accursius hîc nugetur, vt duo hæc Pauli argumenta subuertat per ratiocinationem à contrario sensu, in qua tamen diluenda valde insudat Bartolus. Sequitur,

b *Nisi si quis dicat si iudex centum & viginti condemnare debuerit.* Centum scilicet pro sorte & viginti iure eius quod interest, & pœnæ nomine ob non factam suo loco solutionem. Est autem hæc non tam obiectio noua quam responsio, quæ fortè adferrià quibusdam posset contra primum argumentum, quod Paulus attulerat, de tota sorte soluta, post cuius solutionem dixerat nullam eius quod propter moram antea interfuerat petitionē superfore. Posset enim quis id negare, & causari, centum quæ soluta essent, non tota sortis integrę nomine soluta videri debere, sed potiùs ex vniuersitate, id est, tam ex sorte quam ex pœna pro rata vtriusque. Quo admisso eueniret, vt ex sorte ipsa soluendum aliquid supereesset, quod per arbitrariā peti adhuc posset, quatenus sortem excederet, id est, pecuniam pro sorte soluta: ac proinde nihil prohiberet quominùs ad reliquam illam sortis nondum solutę partem accedere posset pro rata portione, ea quoque pars pœnæ & eius quod interest quæ sorti non solutæ responderet. Quibus tamen verbis non tā impugnatur superior Pauli sententia in eo, quod dixerat, id quod interest actoris pecuniam Capuæ solutam esse nec deberi, nec esse in obligatione, quā in eo quod confirmationis gratia subiecerat, si centum quæ Capuæ debebantur soluta essent Ephesi, nullam eius quod propter moram rei interfuisset actoris petitionē superfore. Si quis enim contra Paulum pro his sentiret, centum soluta videri debere ex vniuersitate, nec minùs pro pœna quam pro sorte, is tamen fateretur quatenus pro sorte solutum esset, eatenus peréptam esse eius quod interesset petitionem, nec nisi ad ratam sortis nondum solutæ vllam superfuturā, quod satis est, vt appareat, id ergo quod per arbitrariam deduci potest, in condemnationem nōdum tamen deberi, nec in obligatione esse ne quidem respectu rei, multo igitur minùs intuitu fideiussoris, nec si in omnem causam contractus fideiusserit, nisi in hoc quoque nominatim & reus condēnatus sit, vt cum Ioanne tandem concludit Accursius. Neque verò Africanus alio argumento vsus est in *d. l. centum*, vt hoc ipsum probaret, quod Paulus in hac lege: ait enim parte sortis soluta officium iudicis tale esse debere, vt æstimet duntaxat quanti actoris interest reliquam partē quæ peteretur, Capuæ solutā esse. Sed apud Paulū hoc amplius est, quod ponit totā sortē solutā fuisse, quāuis non minùs possit quis dicere in specie Africani pecuniā quæ pro parte sortis soluta est, ex tota quoq; vniuersitate, id est, non minùs pro pœna quam pro sorte solutam videri debere. Sed

BIU Cujas

concludit Paulus, quod & Africanus pro explorato habet, non esse admittendum si quis hoc tentare velit, siue tota sors, id est, ea quantitas, quæ totam sortem posset efficere, siue pars duntaxat eius pecuniæ soluta proponatur. Quod enim solutum est, imputandum semper est in eam causam, ex qua iam debetur, non in eam ex qua nihildum debetur, *l.1.2.3.4. & 5. l. cùm ex pluribus 97. infr. de solut.* Atqui in proposita specie sola sors debebatur & peti poterat: id verò quod propter rei moram intererat actoris, nec debebatur, nec proinde peti poterat, quamuis in condemnationem deduci posset arbitrio iudicis, si ante sententiam soluta sors non fuisset. Nihil ergo ex pœna solutum videri potest, sed tantùm ex sorte, tanto magis, inquit Paulus, quod creditor accipiendo sortem remisisse pœnam videatur, etiam quæ officio iudicis debita fuisset, quomodo & is remittit usuras officio iudicis ex mora debitas qui precij solutionem accipit siue protestatus sit, siue non. Protestatio enim facere quidem potest, ne pœnam remittere voluisse videatur, sed non vt sublata principali obligatione possit petere id, quod nunquam fuit in obligatione, sed tantùm officio iudicis debitum, vt non insubtiliter Bartolus hîc argumentatur, licèt nescio quid subiiciat de contractu innominato, & de danda condictione aduersus eum qui solutione precij liberatus est, quod ego facilè probare non possum, *dict. l. qui per collusionem 49. §. 1. de action. empt. d. l. 4. C. depos. it. dict. l. 1. C. de iudic.* Neque obstant leges & constitutiones, quibus placuit solutionem simpliciter factam ab eo, qui & sortem & usuras debeat, cedere priùs in usuras *l. fideiussores magistratuum 68. §. 1. infr. de fideiuss. l. 1. Cod. de solut.* aut tam in sortem quàm in usuras pro rata, vt in *leg. ex pluribus 89. §. vltim. infr. eod. ill. tit.* Non enim pertinent ad usuras omnino indebitas, id est, quæ nec ex stipulatione, nec ex pacto debentur, licèt officio iudicis debitæ fuerint, *dict. leg. 5 §. 1. vers. quod generaliter eod. tit.* Illud sanè constat, fideiussores, etiamsi in omnem causam contractus spoponderint, non teneri tamen in pœnam vel mulctam quam non spopondissent *dict. l. fideiussores 68. in princip. leg. vltim. eod. tit. leg. libertus 17. §. vltim. infr. ad municip.* sicuti nec propter iniuriam iudicis *leg. si sine 22. §. cùm autem infr. rat. rem haber.* Sed ea res ad usuras non pertinet, quia licèt non propter lucrum petentium, sed propter moram non soluentium infligantur *leg. cùm quidam 17. §. si pupillo infr. de usur.* debentur tamen aut ex stipulatione, aut officio iudicis propter contractum cui fideiussor accessit, & ideò etiam à fideiussore debentur, *l. 2. §. pen. & vltim. infr. de admin. rer. ad ciuit. pertin. d. l. quæro 50. infr. locat.* & à pœna separantur in *l. Lucius 47. infr. de act. empt.* Iustius pœna dicitur in hac lege id quod interest actoris ob moram rei ratione vtilitatis loci: præstatur enim in pœnam non factæ suo loco solutionis. Sed tamen quod dicimus fideiussorem ad hanc pœnam non teneri, non ex eo fit, quod ille pœnis rei non sit obnoxius, sed ex eo potiùs quod, vt diximus, pœnam hanc ante condemnationem nec reus quidem ipse debet. Cætera, quæ de pœnis arbitrariis, iudicialibus, legalibus & conuentionalibus tractat hîc Accursius, ad huius legis explicationem nil pertinent, & à nobis alio commodiore loco tractabuntur.

DE PECVNIA CONSTITVTA.

TIT. V.

VLPIANVS libro 27. ad Edictum.

HOc edicto prætor fauet naturali æquitati: qui constituta ex consensu facta custodit: quoniam graue est fidem fallere.

Ad l. 1. Hoc edicto.

RAT. DVB. Etsi nihil tam conueniens est naturali æquitati, quàm pacta seruari, quoniam graue est fidem fallere, vt præfatur hic Vlpianus & in *l. 1. supr. de pact.* ideóque prætor edicto illo *de pact.* publicè edicit se pacta seruaturum, quæ nec contra leges, nec contra bonos mores, nec aduersus edicta Principum facta erunt, *l. iuris gentium 7. §. ait prætor eod. tit. de pact.* non tamen ea sic seruat, vt det ex illis actionem aliquam, sed tantùm exceptionem, quoties nuda sunt, id est, neque stipulatione, neque traditione, neque cohærentia vllius contractus vestita *d. l. iuris gentium 7. §. sed cùm nulla, vers. igitur nuda.* Est enim regula iuris prætorij non minùs quàm ciuilis, ex pacto nudo actionem dari non posse *d. l. iuris gentium §. quinimò l. si dominus 8. infr. de præscr. verb. l. legem 10. l. cùm proponas 21. C. de pact. l. 3. l. vlt. C. de rer. permut.* replerentur enim omnia litibus, si prætor ex nudo pacto daret actionem, vt diximus ad *d. l. 1. & d. §. ait prætor l. 7. de pact.* In eámque rem prudenter à prudentibus comparatus fuit vsus stipulationis, vt quisquis seriò vellet alium obligare, & ex pactione sua sibi actionem quærere, stipulationem adhiberet, nec nudo pacto contentus esset, *d. l. iuris gentium 7. §. quod ferè.* Vnde stipulatio dicta est quasi à *stipulo*,

BIU Cujas

quod veteres pro firmo dicebant, cùm inuentæ sint stipulationes ad cæteras firmandas conuentiones, quæ alioquin infirmæ & imbecilles forent ad producendam actionem, vt Iustinianus noster tractat initio *tit. de verbor. oblig. iunct. l stipulationes 5. vers. conuentionales, & l. stipulatio ista 38. §. alteri infr. eod. ill. tit.* Atqui constitutum, de quo agitur in *hoc tit.* nihil nisi nudum pactum est, neque traditione vlla, neque cohærentia contractus, neque stipulatione corroboratum, alioqui si stipulatio interueniret, non de constituta pecunia daretur actio prætoria, sed ciuilis ex stipulatione §. *de constituta Instit. de action.* Ergo ex pacto constitutæ pecuniæ cùm sit nudum, non magis quam ex alio quolibet pacto nudo actionem dare prætor potuit, aut debuit.

Dic. Est quidem illa vna ex regulis iuris prætorij, actionem ex pacto nudo dari non debere, sed tamen pacta quędam excipi ab ea regula prętor voluit, tanquam fauorabiliora cæteris, & propter publicam vtilitatem: quòd publicè videretur interesse ex iis prętoriam actionem dari, non minus quàm ex stipulatione ciuilem. Eiusmodi est pactum nudum hypothecæ, id est, quo conuenerit, vt res aliqua pro debito sit obligata. In eo namque differt pignus ab hypotheca, quod pignus traditione perficitur, ideóque transfert possessionem in creditorem, hypotheca verò consensu nudo contrahitur, nec creditorem facit possessorem *l. fi rem alienam 9. §. propriè l. cùm & sortis 35. §. 1. infr. de pignor. act. l. 4. de pignor.* vbi quod dicitur hypothecam contrahi per pactum conuentum, nihil aliud est quàm contrahi per pactum nudum: pacta enim nuda pacta conuenta appellantur in *l. pacta conuenta 72. infr. de contr. empt.* & alibi passim, quòd stent in puris finibus conuentionis, nec transeant in stipulationem, aliúmve contractum. Visum autem est prætori hoc pactum fauorabile, non ob id solùm quòd obligatio naturalis quæ ex eo nascitur, sit semper accessoria ad aliam principalem obligationem quæ vel præcesserit, vel subsequatur *leg. res hypothecæ 5. infr. de pignor.* sed etiam, quia cùm plus cautionis sit in re, quàm in persona, vt habet iuris regula, interest contrahentium, vt per pactum nudum bona debitorum obligari possint, non solùm ne tam facilè possessionem eorum amittant, quàm per pignoris dationem amitterent, sed etiam quia nec semper prętentia sunt bona, de quibus obligandis agitur, vt etiam pignori dari possint, eorumque possessio in creditorem transferri. Proinde adiuuanda fuit bonorum obligandorum necessitas & facilitas, vt qui satisdare ac fideiussorem dare non possent, quod plerunque difficile est *l. 2. §. penult. supr. de indic.* hoc saltem modo creditorem facilius inuenirent, idoneè namque cauetur non tantùm fideiussoribus, sed etiam pignoribus datis *l. si mandatu 59. §. vlt. infr. mandat. l. 4. §. addici de fideic. libert.* Inter pignus autem & hypothecam quod ad vim, & vinculum obligationis, & actionem formulamque hypothecariam attinet, nihil nisi nominis sonus differt *d. l. 5. §. 1. inf. de pignor.* Iisdem ferè rationibus pactum quoque constitutæ pecuniæ fauorabilius cæteris, & potentius esse debere visum est: accessorium enim semper est ad aliam præcedentem obligationē siue naturalem tantùm, siue etiam ciuilem, aut honorariam: non enim cōstituitur, nisi quod iam quoquomodo debitum est, vel ab ipso constituente, vel ab alio §. *debitum & seqq. infr.* vt proinde semper adhibeatur constitutum ad aliam obligationem confirmandam & exequendā, & consequenter seriò, non minus quàm si stipulatio interueniret, quamuis cōstitutum nunquam per stipulationē fiat, vt diximus, sed semper per pactum nudum, si tamen nudum omnino dici potest, quod alterius si non contractus saltem obligationis cohęrentia munitum est. Itaque longè maior & insignior perfidia eius est, qui pecuniam quo quomodo iam debitam, & à se constitutam recusat soluere, quàm eius qui quod alio quolibet nudo pacto promiserit, præstare nolit. Quò pertinere videtur ratio illa, quam ad hoc edictum adfert Vlpianus *quoniam graue est fidem fallere.* Si quis enim idipsum constituat, quod ipse iam debeat, licèt non nisi naturaliter & ex pacto nudo, bis fidem fallit, qui nec agnitam à se bona fide præcedentē obligationem posteà velit exsoluere. Si verò id soluturum se constituerit quod alius debebat, non minùs insignis perfidia est illius qui deneget eā pecuniam soluere cuius ille se veluti fideiussorem aut saltem intercessorem vltrò exhibuerit. Accedit enim proximè constitutor ad fideiussorem, quamuis in plerisque differant, in eo præsertim quòd fideiussor neque sine stipulatione obligatur, *dict. l. 5. §. satisacceptio de verb. oblig. l. blanditus 12. C. de fideiuss.* neq; pro seipso *l. heres à debitore 21. infr. eod. ill. tit.* neque absens, neque ita vt aliud pro alio promittat *l. græcè 8. §. illud & seq. eod. tit.* Quæ omnia in constitutore sunt diuersa, vt ex iis quæ ad hunc *tit.* scribemus, intelligetur. Denique non quæ ratio fecit, ne ex pacto actionem dare prætor velit, ne scilicet alioqui eueniat, vt repleantur omnia litibus, eadem mouere prætorem debuit, ne ex constituto actionem polliceretur: nec enim tam facilè ac passim occurrit, vt quis constituat se soluturum, quod à se aut ab alio iam debetur: cùm etiam ita posito iure, vt ex nudo pacto de pecunia constituta detur actio, nulla tamen litigandi materia emergat, nisi probetur iam anteà fuisse debitum, quod fuit constitutum. Itaque ratio dandæ huius actionis non ex eo proficiscitur, quòd constitutum nudo pacto factum sit, sed quòd pro pecunia iam debita. Pecuniæ autem nomine hîc intelligimus non modò pecuniam numeratam, quæ magis propriè ac specialiter pecuniæ appellatione significatur, sed generaliter rem quamlibet, quæ in commercium, & in conuentionem cadat, vt in lege duodecim tabularum *l. verbis legis 120. iunct. l. pecunia 178. de verb. signific.* vt Bartolus quoque tractat ad §. *an potest infr.* Iunge *l. 1. §. meritò vers. hac autem separatio in fin. infr. depos.* Actioni constitutæ pecuniæ proxima & similis fuit olim actio receptitia, ex eiusdem prætoris iurisdictione inducta, & à Iustiniano tandem in actionem constitutæ pecuniæ transfusa in *l. vltim. Cod. hoc tit.* vbi omnia quæ ad illius actionis naturam pertinebant, pleniſſimè explicantur. Adde §. *in personam Instit. de action.*

1 ¶ Ait prætor, *Qui pecuniam debitam constituit. Qui* sic accipiendum est, *quæ*nam & mulieres de constituta tenentur, si non interceſſerint.

Ad §. Ait

BIU Cujas

Ad §. 1. Ait Prætor.

RAT. DVB. Constitutor proximè accedit ad fideiussorē, vt modò scripsimus. Atqui mulieres pro aliis fideiubere prohibentur Senatusconsulto Velleiano *l. 1. & pass. infr. ill. tit. ad SC. Velleian.* Benè igitur & cautè prætor in verbis huius edicti concipiendis de solis masculis locutus est ad exclusionem, vt credibile est, fœminarum, ne contra Senatusconsultum faceret, si eas de pecunia constituta obligari pateretur.

DEC. Senatusconsulto Velleiano non omnes fideiussiones mulierum prohibitæ sunt, sed tantum intercessiones. Quid enim si in rem suam fideiusserint? Quid si animo decipiendi? His nimirum & aliis nonnullis casibus cessat Velleianum *dict. l. 1. & 2. l. 3. & 4. & pass. tod. ill. tit.* vbi dicemus. Ergo neque prohibenda fuit mulier constituere, dum ne pro alio intercedat: puta si quod ea ipsa debet, soluturā se constituat aut pro alio quidem, sed qui si ipse soluisset, regressum contra eam habiturus esset: quo casu nec dubitari posset, quin planè in rem suam constituisset *d. l. 3.* Nec nouum est, vt verba legis, aut edicti solum masculinum sexum designent, & nihilominus ad fœmininum quoque extendantur *l. 1. infr. de verb. signific.* Quod nostri vulgò sic exprimere solent, vt dicant masculinum concipere fœmininū, non contrà: exemplo enim pessimum esset fœmininо vocabulo etiam masculos contineri *leg. si ita fit scriptum 45. in prin. de legat. 2. l. qui duos 62. l. Lucius 93. §. quæsitum de legat. 3.*

2 ¶ De pupillo & si nihil sit expressum edicto: attamen sine tutoris auctoritate constituendo non obligatur.

Ad §. 2. De pupillo.

RAT. DVB. Etiam pupillus sine tutoris authoritate promittendo stipulanti obligatur naturaliter *l. 1. in fin. infr. de nouat.* naturalis enim obligatio ex solo æquitatis vinculo æstimatur *leg. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis infr. de solut.* quæ scilicet vult generaliter pacta seruari, vt in huius legis initio scriptum est, & in *l. 1. supr. de pact.* Atqui in hoc edicto prætor nihil nisi naturalem æquitatem intuetur, vt Vlpianus in huius edicti commendationem præfatus est. Quidni ergo pupillus etiam sine tutoris authoritate constituendo obligabitur, vt actione de constituta pecunia teneatur?

DEC. Regula iuris est, non posse pupillum obligari sine tutoris authoritate, vt ex ea obligatione conueniri possit *l. obligari 9. infr. de author. tutor.* cùm illa ætas non intelligat quid agat *l. more 8. l. pupillus 9. infr. de acquir. hered.* & ea quoque ignoret, quæ videt *l. 1. C. de fals. monet.* ideóque necessariò regēda est consilio & iudicio tutoris qui ob eam causam domini loco habetur *leg. qui fundum 7. §. si tutor infr. pro empt.* Atqui pacta quæ contra leges & iuris ciuilis regulas facta sunt, prætor non tuetur *l. iuris gentium 7. §. ait prætor sup. de pact. l. pacta, quæ contra 6. C. eo.* Ergo neq; constituta à pupillo sine tutoris authoritate facta, tanquam quæ sint contra iuris ciuilis regulas *l. contra 28. supr. de pact.* Non nego pupillum obligari naturaliter *dict. l. 1. infr. de nouat.* sed nego obligari eum iure naturali, nec si, quod magis est, pecuniam mutuam sine tutore acceperit *l. antepen. infr. de oblig. & action.* Nego naturalis obligationis quæ ex pupilli promissione oritur, vllos esse effectus iure ciuili, siue ad inducendam exceptionem, siue ad deductionem, aut retentionem, aut compensationem, quamuis secus sit, si ob acceptam pecuniam mutuā se obligauarit naturaliter, neque enim iure ciuili prohibitum est pupillo mutuam pecuniam sine tutoris authoritate accipere, quippe qui mutuam pecuniam accipiendo possit fieri locupletior, non etiam per stipulationem promittendo. Denique si pupillus contrahendo absque tutoris authoritate non obligatur ne quidem iure naturali, multo minus honorario iure obligabitur, nisi ponas factū eū locupletiorem: quo casu obligatur etiam ciuiliter post rescriptum Diui Pij *l. 3. in princip. infr. à commod.* Accursius noster, vt solet, ad conciliandos non tam multos iuris locos, qui hac de re in speciē pugnare videntur, distinguit pupillum proximum infantiæ ab eo qui sit proximus pubertati, vt hic tantùm nō etiam ille naturaliter obligetur. Sed nos longè aliter, cùm totam quæstionem hanc de naturali obligatione pupilli tractauimus & in libris Coniecturarum & ad *d. l. contrà 28. supr. de pact. ad l. vlt. de iureiur. & ad l. naturaliter 13. §. vlt. l. quod pupillus 41. supr. de cond. indeb.* vbi vide.

3 ¶ Sed si filiusfamilias constituerit: an teneatur, quæritur. sed puto verum, & ipsum constituentem teneri, & patrem de peculio.

Ad §. 3. Sed si filiusfamilias.

RAT. DVB. Filiusfamilias Senatusconsulto Macedoniano pecuniam mutuam accipere prohibetur, & si acceperit, non obligatur efficaciter, cùm habeat exceptionem Macedoniani *l. 1. & tot. tit. infr. de SC. Macedon.* Atquin is qui constituit se soluturum, quod vel à se vel ab alio debetur, parum distat ab eo qui mutuam pecuniam accipit, nam verbis quoque credimus *l. 2. §. vlt. sup. de reb. credit.* nisi quod durius videtur, obligari filiumfamilias constituendo, quàm mutuam pecuniam accipiendo, cùm ex pecunia, quam mutuam acceperit, locupletior fieri possit, non etiam ex sua promissione. Ergo dicendum est filiumfamilias, qui constituerit, non obligari propter prohibitionem Senatusconsulti.

DEC. Ex omnibus causis obligatur filiusfamilias & conueniri potest, præterquam ex mutuo *l. filiusfamilias 39. infr. de obligat. & action.* nec ad alium vllum contractum prohibitio Macedoniani pertinet, quā ad mutui dationem: nec rursus ad aliam mutui dationem, quàm quæ fiat per numerationem pecuniæ: sola enim pecuniæ datio parentibus perniciosa & periculosa esse visa est, & ideò etsi in creditum abiit filiusfamilias vel ex causa emptionis, vel ex alio contractu, in quo pecunia numerata non sit, constat cessare Senatusconsultum nisi fraus ei facta

BIU Cujas

proponatur *leg.3.§.is autem solus & §.vlt.de SC. Maced.* quia quod vulgo dicitur filiofamilias credi non licere, non ad verba referendum est, sed ad numerationem, vt subiicitur in *l.4.eod.* Atqui constitutum fit nullo consensu quibuscunque verbis, aut literis expresso, nec vllam requirit numerationem. Ergo non prohibetur filiusfamilias authoritate Senatusconsulti, quominus obligetur ex constituto, & quidem in solidum. Porrò quo casu ipse obligatur in solidum, patrem quoque suum obligat de peculio *l.si quis cum filiofamilias 44. infr. de pecul.* Verissimum igitur est, quod Vlpianus hîc ait, se putare verum, si filiusfamilias constituerit, & ipsum constituentem teneri, & patrem de peculio.

4 ¶ Eum, qui inutiliter stipulatus est, cùm stipulari voluerit, non constitui sibi, dicendum est, de constituta experiri non posse: quoniam non animo constituentis, sed promittentis factum sit.

Ad §.4. Eum qui.

RAT. D VB. Inutilis acceptilatio habet vim taciti pacti de non petendo *l.si vnus 27.§.pen.supr.de pact. l.inutilis 8.l.si accepto latum 19. infr. de acceptilat.* Atqui acceptilatio non fit, nisi per stipulationem *l.1.l.sanè 7.& pass.eod.tit.* Ergo stipulatio quantumlibet inutilis habet vim pacti. Cur non igitur & constituti? quod nudo consensu fit, sicut & aliud pactum nudum quodlibet, vt diximus ad initium huius legis. Nam & vulgare nostrorum brocardicum est, si non valet quod ago, vt ago, valere tamen debere, vt valere potest *d.l.si vnus §.pen.d.l.an inutilis & d.l.si accepto latum l.Lucius Titius cùm haberet 27.infr.depositi.l.& post rem 7.§.vlt supr.de transact.*

DEC. Constitutum non fit sine animo constituēdi, sicut nec stipulatio sine animo stipulandi, nec pactum nudum sine animo paciscendum. Differt autem animus constituendi ab animo stipulandi, non minus quàm animus stipulandi ab animo paciscendi *l.iuris gentium 7.§.quod ferè sup. de pact.* & in omnibus reb s non tam quid fiat, quàm qua mente inspiciendum est *vulg. l.non omnis 19.& præced.supr. de rebus credit.* Ergo stipulatio inutilis facta animo stipulandi, puta inter absentes, vt Accursius explicat, non potest valere iure constituti. Nec simile est quod de inutili acceptilatione diximus. Acceptilatio enim fit ad liberationem inducendam, constitutum verò ad obligationem, proniores autem esse debemus ad liberandum *vulg.l. Arianus 41.infr. de oblig. & action.iunct.l.1.§.si quis ita de verb. oblig. dict. l.& post rem 7.§.vlt.supr.de transact.* Itaque non habet hîc locum vulgare illud brocardicum quod diximus, vt nec aliis plerisque casibus *l.1. infr.de iur.codicill.* Et vt benè Accursius notat, facilius paratur exceptio quàm actio *l.1.infr.de pignor.l.1.§.is autem inf.de superfic l.inuitus 156.§.1. de regul. iur.* An verò animus stipulandi fuerit an constituendi, etsi solent esse difficilis probationis, quæ in animo consistunt *l.non omnes 5.§.à barbaris infr.de re milit.* facile tamen dignosci potest non tantùm ex tractatu præcedente, & ex verbis quæ præcesserunt, vt tractat Accursius ex *leg.heredes palam 21.§.sed etsi notam infr.qui testam.facer. poss.l.si seruus plurium 50.§.vlt. de legat. 1.* sed maximè ex verborum qualitate, verba enim stipulationis sunt solemnia nō etiam verba constituti, nisi quod vix fit constitutum sine verbo constituendi, vt ex omnibus ferè huius tituli legibus apparet, si excipias casum *l.5.§.Iulianus infr.*

5 ¶ An potest aliud constitui, quàm quod debetur, quæsitum est? sed cùm iam placet, rem pro re solui posse: nihil prohibet, & aliud pro debito constitui. denique si quis centum debens, frumentum eiusdem pretij constituat: puto valere constitutum.

Ad §.5. An potest.

RAT. D VB. Constitutum habet quodammodo vim solutionis *l.idem est 10.infr.* Atqui aliud pro alio solui non potest *l.2.§.mutui datio sup.de reb.credit.* Ergo nec constitui aliud pro alio.

DEC. Etiam solui aliud pro alio potest dummodo volenti creditori, quamuis inuito non possit *d. §.mutui datio l.eum qui 16.& seq.Cod. de solut.* Placuit enim tandem prudentibus ob vtilitatem commerciorum, vt alia res pro alia non dico oblata, sed soluta pariat liberationem *l.si non sortem 26.§.si centum supr.de condict.indeb.l.si ei nuptura 25.infr.de iur.dot.l.sed addes 19.§.si dominus infr.locat.* Quidni ergo & constitui aliud pro alio poterit volenti, scilicet creditori, cùm non fiat constitutum nisi ex consensu, vt scriptum est initio huius legis? Quare valde probo, quod aduersus Accursium & Ioannem Bartolus disputat, etiam factum pro facto, & factum pro dato constitui posse volenti creditori *l.in stipulationibus 54.§.operarum infr. de verb. obligat.* licet inuito creditore, nec factum pro facto, nec factum pro dato solui possit *leg.qui res 98.§.mihi decem infr.de solut.* Satisfactum enim accipimus quomodo voluit creditor, licèt non sit solutum *leg. si rem 9.§.omnis pecunia infrà de pignor. action.* & cùm satisfactio omnis pro solutione sit *l.satisfactio 52.de solut.* semper prodest debitori satisfeciſſe, licèt nihil ei prosit velle satisfacere *leg.item liberatur 6.§.1. infr. quibus mod. pign. vel hypoth. solut.* Ergo non est necesse, vt debitum sit id, quod constituitur, si modò propter debitum fiat constitutum, vt Accursius benè notat ex hoc §. & ex *l.qui autem 14.§.1. infr.* Proinde si quis centum debens, frumentum eiusdem precij constituat, valet constitutum, quamuis eiusmodi fideiussio non valeret *l.si ita fideiussorem 42.infr. de fideiuss.* Constitutum enim pro solutione est *l. idem est 10. infr.* non etiam dato fideiussoris.

6 ¶ Debitum autm ex quacumque causa potest constitui: id est, ex quo-

cumque

BIU Cujas

cumque contractu: siue certi, siue incerti: & si ex causa emptionis quis pretium debeat, vel ex causa dotis, vel ex causa tutelæ, vel ex quocumque alio contractu.

Ad §. 6. Debitum autem.

RAT. DVB. Quod debetur ex quocunque contractu siue certi, siue incerti, puta quo factum contineatur, vt in *l vbi autem 75. §. qui id quod infr. de verb. oblig.* peti potest per ciuilem, vt plurimum, actionem, quod autem ex constituto debetur non nisi per honorariam *§. de constituta Instit. de action.* Frustra autem est, si quis actioni ciuili velit adiicere honorariam *l. 1. supr. de Public. in rem act.* Sunt enim ciuiles tantò digniores honorariis, quantò dignius est ius ciuile iure honorario, neque tamen prætor quicquam facit frustra *l. 2. §. vlt. infr. vi bonor. raptor.* Non est igitur permittendum, vt quod ex contractu debetur ciuiliter, adeóque ex quasi contractu, puta ex causa tutelæ *l. 5. §. tutelæ infr. de oblig. & action.* possit constitui, vt debeatur iure prætorio.

DEC. Constitui potest non tantùm quod ab ipso constituente debetur, sed etiam quod ab alio *l. eum qui 5. §. quod exigimus infr.* Quod cùm accidit, euidens constituti vtilitas est, per quod fit, vt veteri debitori nouus debitor adiiciatur: nemo enim nescit creditoris interesse plures acquirere sibi debitores, cùm verò quis constituit illud ipsum, quod iam debet, quamuis nouus debitor nullus acquiratur creditori, acquiritur tamen ei noua actio, quæ potest habere vtilitatem, non solùm si naturaliter tantùm fuit debitum, quod constitutum est, nec peti potuit, sed etiamsi ciuiliter ex contractu, vel quasi contractu, fortè, si facilior sit probatio constituti, quàm prioris contractus, qui tamen & ipse probatur satis per constitutum, quippe quod fieri non potest sine cõfessione debiti præcedentis, quæ confessio implet probationem, vt in *leg Publia 26. §. vltim. infr. depositi.* Quamquam vix est meo iudicio, vt quis constituat se debere quod ille ipse iam debeat ciuiliter, nisi constituat putè quod in diem tantùm debebat vel sub conditione, aut constituat in diem citeriorem, quod debebat in vlteriorem. Valent enim huiusmodi constituta, & propter has potissimum pecunias, quæ nõdum possunt peti, sunt inducta, vt scriptum est in *l 3. §. vltim & l. seq. infr.* Cæterùm quod hîc dicitur posse constitui pecuniam, quæ debeatur etiam ex contractu incerti, sic intelligendum videtur, vt si ab alio debeatur, certum id fieri necesse sit viuo debitore priusquam ex constituto peti possit, *arg l. qui Romæ 122. §. Agerius de verb. oblig.* Habet enim condicionem tacitam, si appareat & probetur debitum esse.

7 ¶ Debitum autem vel natura sufficit.

Ad §. 7. Debitum autem vel natura sufficit.

RAT. DVB. Illud demum debitum potest constitui, quod exigi potest, adeò vt si quid sit quod debeatur etiam ciuiliter, nec tamen exigi possit propter aliquam exceptionem debitori competẽtem, id constitui vtiliter non possit *l. quod si maritus 3. §. 1. infr.* vbi ratio redditur *quia iuribus debita non est pecunia quæ constituta est.* vt intelligamus ad hoc vt cõstitutum valeat, non sufficere, vt aliquo iure debeatur pecunia quæ constituitur, sed requiri, vt iuribus omnibus debita sit, id est, & naturali iure & honorario & ciuili. Multo igitur minus sufficere debet, vt natura debitum sit quod constituitur: est enim ciuile debitum longè potentius, quàm naturale, cùm id quod debetur ciuiliter tantùm, possit peti per actionem, non etiam id quod debetur tantùm naturaliter, debitum autem magis propriè illud sit, quod peti potest *l. naturales 10. infr. de oblig. & act. leg. fideiussor 16. §. naturales de fideiuss.* Debitum autem naturaliter tantùm, vsque adeò non debetur, vt etiam indebitum dicatur in *leg. 5. §. Imperator de solut.* aut saltem dicitur debitum impropriè ac per abusionem, vt scribit Iulianus in *dict. §. naturales l. 16. de fideiuss.* Nam nec alius verè debitor dicitur quàm à quo inuito exigi pecunia potest *leg. debitor 108. de verb. signif.*

DEC. Is natura debet, quem iure gentium dare oportet, cuius fidem secuti sumus *leg. cùm amplius 185. §. is natura debet de regul. iur.* ac proinde à quo inuito exigi posset pecunia, si quæ naturali aut gẽtium iure proditæ essent actiones, nec enim vlla exceptione summoueri posset. Sed cùm sint actiones omnes comparatæ iure ciuili, & quidem aduersus perfidos tantùm homines vtriusque iuris & naturalis & gẽtium violatores, vt Theophilus scribit initio *tit. de act.* non debet esse meliot eius cõdicio, qui naturaliter tantùm debet ob id, quòd sit perfidus, nec deterior creditoris ob id quòd fidem debitoris secutus sit, seque & naturali & gentium iure satis tutum putauerit. Proinde si debitor bonam fidẽ agnoscat, & constituat se soluturum, quod naturaliter tantũ debuit, quidni ex constituto rectè obligabitur; cùm ob has potissimũ pecunias quæ debentur, ne tamen peti possunt, cõstituta inducta sint, vt incipiant posse peti, quemadmodũ diximus ad *§. præced. ex leg. 3. §. vlt. & l. 4. infr.* Cúmque constituta inducta sint ex bona fide & æquitate, vt initio huius legis scriptum est, mirari nemo debet, facilius admitti cõstitutum pecuniæ naturaliter tantùm debitę, quàm eius quę ciuiliter tantùm debeatur: nam quod ciuiliter tantùm debetur, quamuis peti possit, exigi tamen ideò non potest, quia petitio per aliquam exceptionem summoueri potest. Exceptiones autem omnes cùm sint ex iure prætorio, naturali æquitate nituntur, atque ita petitionem iniquam esse demõstrant. Ac proinde secum pugnaret prætor, qui præcipuus æquitatis custos & magister est, si quod non nisi iniquè debetur, constitui vtiliter pateretur. Efferque hoc contra mentem & propositum edicti, cui è contrario conuenit, vt eius pecuniæ, quæ naturaliter tantùm debita est, constitutũ prætor tueatur. Denique nullus iuris naturalis aut gentium rigor est, cui æquitas vlla opponatur, quod in iure ciuili diuersum est, in quo passim æquitas iuri opponitur *l. 1. C. de legib. l. placuit 8. C. de iudic. l. prospexit 9. inf. qui & à quib. manum l. 2. §. item Varus infin. de aqua &*

BIU Cujas

aquæ pluu. arcend. Sic & fideiussor accedere naturali tantùm obligationi potest *l.1. l.6. l. fideiussor* 16. §. *fideiussor infrà de fideiuss.* itémque hypotheca *l. 5. infrà de pignor.*

8 ¶ Sed & is, qui honoraria actione, non iure ciuili obligatus est, constituendo tenetur. videtur enim debitum, & quod iure honorario debetur. ideò & pater & dominus de peculio obstricti, si constituerint, tenebuntur vsque ad eam quantitatem, quæ tunc fuit in peculio, cùm constituebatur. cęterùm, si plus suo nomine constituit, non tenebitur in id, quod plus est.

Ad §. 8. Sed & is.

RAT. DVB. Quod honoraria tantùm non etiam ciuili actione debetur, non debetur iuribus omnibus, quamuis debeatur etiam iure naturali. Est enim ius triplex, naturale, gentium, & ciuile *leg. 1. §. huius studij & pass. suprà de iustit. & iur. & Instit. tit. de iur. natur. gent. & ciuil.* Ergo constitui non potest, si bona est ratiocinatio eiusdem Vlpiani nostri in *leg* 3. §. 1. *infrà.*

DEC. Id quod iure honorario debetur, magis debetur, quàm id quod naturali iure tantùm, quia peti potest per actionem honorariam, quæ non minùs efficax est ad exigendum quàm sit actio ciuilis, si modò talis actio sit quæ nulla iusta exceptione repelli possit. Nam & aduersus actiones honorarias quædam exceptiones competunt, *l. pen. & vlt. supr. de public. in rem action.* Quod cùm accidit, non est existimandum posse pecunias illas constitui, quæ iure honorario ita debentur, quia nec debitæ dici verè possunt, cùm effectu exigi non possint, sicut nec quæ per actionem ciuilem debentur, cui aliqua exceptio obiici ex æquitate possit. Itaque locus hic necessariò intelligendus est de ea pecunia, quæ per actionem honorariam sic debeatur, vt nulla exceptio metuenda sit actori, vt quod honorario iure debetur, etiam iure naturali & gentium debeatur, quamuis non etiam iure ciuili. Quod enim dicimus, omnibus iuribus debitam esse oportere pecuniam, vt constitui possit, *d. l. 3. §. 1. infr.* tum verum est, cùm incipimus à iure ciuili. Regrediendũ enim est vsque ad ius naturale, vt appareat etiam iure naturali eam deberi. Sed cùm incipimus à iure naturali, non est necesse, vt aliis quoque iuribus, prætorio scilicet, ac ciuili pecunia debeatur: debitũ enim esse vel natura sufficit, vt scriptum est in §. præcedente. Quòd si incipiamus à iure prætorio, quod medium quodammodo est inter ius naturale, aut gentium [sunt enim ista hac parte synonyma, vt in §. *singulorum Instit. de rer. diuis.*] & ciuile, non est progrediendum ad ius ciuile, sed regrediendum ad naturale, vt si etiam iure naturali debeatur constitui possit, quamuis iure ciuili nõ sit debitum, non item si iure quoque ciuili debeatur, non autem iure naturali. Exemplum actionis honorariæ pro qua fieri constitutum possit, adfert Vlpianus in actione de peculio qua tenetur dominus ex contractu serui, pater autem ex contractu filiifamilias: sunt enim actiones omnes de peculio honorariæ *l. 1. infr. de pecul.* & titulis sequentibus, nec ex contractibus filiifamilias aut serui tenẽtur pater, aut dominus ciuiliter, sed tantùm iure prætorio. Quid? An tenentur etiam iure naturali? Non videtur, cum ignorantes obligentur ex contractibus aliorum in quibus non interuenerunt. Sed tamen contra est, quia naturalis obligatio illa est, quæ solo naturalis æquitatis vinculo sustinetur *l. Stichum aut Pamphilum* 95. §. *naturalis infr. de solut.* Naturalis autem æquitas facit, vt qui cum filiofamilias, vel seruo contraxit, eius peculium intuitus tanquam proprium ipsius patrimoniũ, quod à patre vel domino habet, hoc ipso habeat obligatum patrem vel dominum ad finem vsque peculij, de quo sc. contrahendi facultatem eis dederunt, ne alioqui decipiatur qui cum filiofamilias vel cum seruo contraxit, quando nullam cum seruo actionem habiturus sit, *l. cum seruo* 107. *de reg. iur.* cum filio autem familias non nisi inanem quandiu pater viuit, eo verò mortuo non nisi in quantum facere potuerit, *l. si dubitet* 10. §. *filiusfamilias infr. de fideiuss. l. 1. & pass. inf. de pecul. l. 1. quand. de pecul. act. annal. est*, vbi dicemus. Denique actiones omnes iuris honorarij, cùm æquitate summa nitantur, adnexum semper habent vinculum æquitatis naturalis, quam tamen sufficeret non repugnare, vt constitui posset quod iure prætorio deberetur. Repugnat autem eo tantum casu, quo actio prætoria summoueri aliqua exceptione possit, quomodo & in actione ciuili contingit. *l. 3. §. 1. inf.* Maior enim æquitas tãquam fortior vincit semper minorem tanquam debiliorem *l. si seruus 61. §. quod verò infr. de furt.* nec æquitas illa constituere ius naturale potest, quæ à maiore alia æquitate vincitur. Porrò cùm pater vel dominus actione de peculio obstricti constituerunt suo nomine, non ad aliam quantitatem teneri ex constituto possunt, quàm quæ tum fuit in peculio cùm constituebatur, quia nec aliud ab eis debitum videri potest, cùm tẽpus constituti, & promissionis factæ inspiciendum sit, *l. si pater filiæ* 44. §. *quæ debitorem inf. de iur. dot.* adeò vt etiamsi expressè plus suo nomine constituerit pater vel dominus, quàm tum fuerit in peculio, nó teneantur tamen in id quod plus est, quia quod plus est, fuit omninò indebitum & naturali iure & prætorio, quamuis placeat tenere actionem de peculio, etiamsi nihil sit in peculio eo tempore quo agitur, si modò aliquid sit tempore rei iudicatæ *leg. quæsitum* 30. *in pr. inf. de pecul.* Nõ enim eo magis tenere potest constitutum si constituti tempore nihil debeatur, quia non potest eius validitas in suspenso esse, neq; ex alio quàm ex præsenti debito vires accipere. Sed hoc ita si suo nomine cõstituerint, vt diximus. Nam vt ex Iuliano subiicitur in *l. seq.* si filij nomine constituerit pater se soluturum decem quę filius debebat, cùm non sint in peculio nisi quinque, in decem de constituta pecunia tenebitur, quia non sicut pater ita & filius ipse qui contraxit, de peculio duntaxat tenetur, sed in solidum *l. si quis cum filiofam. 44. infr. de pecul.* In domino qui pro seruo cõstituit, paullo maior dubitandi ratio est, cùm seruus ipse propriè nihil debere possit nec ciuili iure, nec prætorio, quippe cùm serui non minùs incogniti sint iure prætorio quàm ciuili *l. qui testamento* 20. § *seruus infr. qui testam. facer. poss l. quod attinet* 32. *de reg. iur.* Vnde est quod cũ seruo nulla actio esse potest *d. l. cum seruo* 107. *d. l. seruus 6. C. de iud.* Sed facilis responsio est, seruos licèt neque

BIU Cujas

neque ciuili neque prætorio iure aut obligari aut conueniri possint, obligari tamen naturaliter, sicut nec naturali iure differunt à cæteris hominibus *d.l. quod attinet.* æstimatur enim obligatio naturalis ex æquitate naturali, vt iam diximus, & ex facto cuius capaces sunt, serui non minus quam liberi *l. nec seruus 41. infr. de pecul. l. qui heredi 44. de cond & demonstr. leg. naturaliter 13. in princip. supr. de condiction. indeb.* Natura autem debitum esse sufficit, vt constitui possit, quomodo scriptum est in §. *præcedente.* Aliud exemplum actionis prætoriæ pro qua fieri constitutum possit, adfert Accursius de eo qui deferente aduersario iurauit sibi deberi id, quod tamen debitum esse non aliunde appareat. Ex hoc enim iureiurando actionem dat prætor remissa quæstione, an debeatur, dummodo iuratum sit deberi *leg. non erit 5. §. 1. & pass. supr. de iureiurand.* Ergo si quis constituat se id soluturum, quod iuratum est deberi, perinde obligabitur & de constituta pecunia conuenietur, ac si & naturaliter & ciuiliter deberetur. Nam & naturaliter hoc deberi ex eo apparet, quod iusiurandum non modo rei iudicatæ, sed etiam pacti & transactionis vim obtinet *leg. 2. tutor 35. §. 1. eod. ill. tit.*

2. IVLIANVS libro 11. Digestorum.

QVòd si filij nomine constituerit se decem soluturum, quamuis in peculio quinque fuerint, de constituta in decem tenebitur.

Ad l. 2. Quòd si filij.

RAT. DVB. Non tenetur pater de peculio nisi ex contractu filij, nec rursum ex contractu filij nisi quatenus in peculio est, vt scripsit Vlpianus in §. *vlt. legis præcedentis.* Ergo etiamsi constituerit nomine filij se soluturum plus quàm in peculio sit, teneri in plus non potest. DEC. Etiam quod ab alio debetur constitui potest *l. cùm quis §. quod exigimus infr.* Imò interdum etiamsi nullus appareat qui interim debeat *l. hactenus 11. infr.* Atqui filius peculium habens, si contraxerit, obligatur in solidum, hoc est, etiam suprà quàm sit in peculio *l. si quis cum filiofamilias infr. de pecul.* Ergo & filij nomine constituere pater potest supra quantitatem peculij, neque confundenda ista sunt, quasi nihil interesit, an pater suo, an filij nomine constituat. Etsi enim tum quoque cùm pater actione de peculio conuenitur, ex contractu filij tenetur, non tamen nomine filij tenetur, sed suo, solus enim pater de peculio tenetur, non filius ipse qui contraxit. Et aliud longè est, ex contractu filij cõueniri, aliud verò nomine filij: nomine si quidem filij id demum constituitur, quod filius ipse debet, non quod pater ex sua persona, quamuis ex contractu filij. Idem iuris est si dominus cõstituerit nomine serui plus quàm sit in peculio. Etsi enim non sicut filiusfamilias ita & seruus conueniri suo nomine potest *l. cum seruo 107. de reg. iur. l. seruus 6. C. de iud.* æquè tamen verum est seruum qui contraxit debere solidum naturaliter, atque filius solidum debet & ciuili iure & prætorio: quod sufficit, vt quod seruus debet, perinde cõstitui possit atque quod filius *l. prox. §. debitum 1. sup. & §. vlt.* vbi dixi. Non placet autem mihi, vt neq; Bartolo, quod Accursius legis huius ratione illam adfert, quod pater constituendo nomine filij solidum, remittere exceptionem videatur, ne suprà quàm in peculio est, teneatur *arg. l. 4. §. pen. & vlt. supr. si quis caution.* nullam enim exceptionem habet pater nomine filij, quia nec filij nomine de peculio aut in solidum conueniri potest, sed suo proprio de peculio, in solidum autem nullomodo, nisi postquam constituit se filij nomine soluturum, quantum filius debet.

3. VLPIANVS libro 27. ad Edictum.

QVòd si maritus plus constituit ex dote, quàm facere poterat: quia debitum constituit: in solidum quidem tenetur: sed mulieri in quantum facere potest condemnatur [a].

Ad l. 3. Quòd si maritus.

RAT. DVB. Non tenetur maritus iudicio de dote suprà quàm facere possit *l. maritum 12. cum seqq. inf. solut. matr.* est enim ex numero earum personarum quibus reuerentia debetur *l. sunt qui 16. & seqq. infr. de re iudic. l. in condemnatione 173. in princ. de reg. iur.* Ergo si constituat ex dote plus quàm facere possit, nõ obligabitur ex constituto, tanquam indebitum sit omne id quod ab eo promissum est, suprà quàm facere possit, propter exceptionẽ quam habet quod sufficit ad impediendum constitutum §. *prox. infrà*, præsertim cùm exceptio sit fauorabilis *arg. l. qui exceptionem 40. sup. de cond. indeb.* DEC. Quod maritus non tenetur iudicio de dote vltra quàm facere possit, non illam rationem habet, quasi maritus nihil amplius debeat (solidum enim debet) sed propter priuilegium quod ei dandum esse placuit ob reuerentiam, quæ ipsi debetur §. *sunt præterea & seq. Instit. de actio.* Itaque non est ista exceptio ex numero earum quæ efficiunt indebitũ iure prætorio, id quod est debitum iure ciuili, de quibus in §. *prox. infr.* quia nõ respicit iustitiam & æquitatem aut iniquitatem causæ, sed priuilegium personæ. Argumento est, quod heredi mariti non idem conceditur priuilegium quominus in solidum condemnetur, quia personale est, & cum persona extinguitur *d. l. maritum & seqq.* alia enim sunt priuilegia causæ alia personæ *l. ex pluribus 42. infr. de admin. tutor. l. vnic. Cod. de priuileg. dot.* Potest ergo maritus constituere dotem solidam, quia & solidam debet, idque est quod Vlpianus hîc scribit *quia debitum constituerit.*

a *Sed mulieri in quantum facere potest condemnatur.* RAT. DVB. Potest quilibet fauori ac priuilegio suo renunciare *leg. si iudex 41. suprà de minor. leg. pen. Cod. de pact.* Ergo maritus qui suo tutus priuilegio ne suprà quàm facere potest condemnari debeat, si solidum

BIU Cujas

constituat, sicuti tenetur in solidum, ita & in solidum condemnari debet, quasi priuilegium suum vltrò remiserit, vt Accursius noster scribit in specie *l. præcedentis arg. l. 4. § .pen. & vltim. suprà si quis caution. l. si quis delegauerit* 12. *infr. de nouat.* Nam etsi solidam dotem soluisset, non repeteret *l. quod mariti* 8. *& seq supr. de condict. indeb.* constitutum autem solutionis loco est, & constituens loco soluentis *l. idem est* 10. *infr.*

DEC. Nec ea quidem exceptio remissa videri potest, quæ ex debito facit indebitum, impeditque constitutum: quãto minus ea quæ potest stare cum constituto? nec ea rursum quæ posset opponi post sententiam & condemnationem, cùm non possit is qui constituit, deterioris esse condicionis, quàm si iam esset condemnatus. Prior propositio probatur ex eo exemplo quod subiicitur in §. *prox.* cùm quis id constituit quod debebat iure ciuili tantùm, non etiam prætorio propter exceptionem. Nec enim constituendo remittit exceptionem sibi competentẽ, quam si remitteret, hoc ipso dicendum esset valere constitutum eius pecuniæ, quæ exinde iam deberi cœpisset etiam iure prætorio. Quid ergo est? Tale nimirum constituitur debitum, quale est, id est, cum pristinis omnibus suis qualitatibus, nec enim nouatio fit per constitutum, vt per delegationem de qua in *dict. leg si quis delegauerit, leg. id quod* 19. *infr.* Ac proinde si qua erat exceptio ante constitutum quæ ex debito iure ciuili faceret indebitũ iure prætorio, ea non solùm remissa non intelligitur, sed etiam impedit ne constitutum valere possit *dict. §. prox. infr.* Nec enim prætor patitur vllum valere constitutum cui possit opponi exceptio aliqua æquitatis, sicuti nec dat vnquam replicationẽ aduersus exceptionem doli *l. apud Celsum* 4. §. *Marcellus* 13. *infr. de doli mali except.* Est enim multo expeditius dicere constitutum non valere, vt in *dict. §. prox.* At cùm exceptio talis est quæ non facit ex debito indebitum, vt illa de qua nunc agimus, ea sicuti non impedit constitutum, ita neque per constitutum remissa intelligitur. Proinde si maritus constituat se dotem integram soluturum, se quidem obligat, vt totam soluat, quia & totam debuit, ideóque nec repetere quicquam potest, si totam soluerit *dict. l. 8. & 9. supr. de condiction indeb. l 5. § idem Iulianus versic. huic patri infr. de liber. legat.* sed non ideò amittit exceptionem, vt suprà quàm facere possit condemnari debeat. Nam etsi per iniuriam iudicis in solidum condemnatus esset, adhuc tamen eadem exceptione in iudicati executione vti posset *l. ex diuerso* 17. *§. vltim. infr. solut. matrimon.* nempe quia non impugnat iudicatum *l. Nesennius* 41. *§. vltim. de re iudic.* Potrò qua ratione iudicatum non impugnat, eadem nec impugnat constitutum. Consequens igitur est, vt etiam post constitutum, & ante condemnationem multo magis opponi possit, ne in solidum condemnetur, quamuis solidum constituerit, non quasi solidum non debeat, *sed quia* nihil fecit propter quod suum ei priuilegium auferendum sit.

1 ¶ Si quis autem constituerit, quod iure ciuili debebat, iure prætorio non debebat, id est, per exceptionem: an cõstituendo teneatur, quæritur. & est verum, vt & Pomponius scribit, eum non teneri: quia debita iuribus non est pecunia, quæ constituta est.

Ad §. 1. Si quis autem.

RAT. DVB. Eadem est, quæ ad versiculum proximè præcedentem, quòd is qui constituit debitum aduersus petitionem, cuius aliqua exceptione tutus erat, eam exceptionem remisisse videatur *argument. leg si quis delegauerit* 12. *infr. de nouat. leg.* 4. *§. penultim. & vltim. suprà si quis caution.* Sed decidendi ratio eadem quoque est quam attulimus, quod constituatur debitum quale est & cum omnibus suis qualitatibus, nec per constitutum fieri potest debitum, quod ipsius constituti tempore fuit indebitum. Debitam enim pecuniam esse oportet, nec tantùm iure ciuili, sed etiam iure prætorio aut saltem naturali eo tempore, quo fit constitutum, vt valeat *leg. 1. §. debitum & §. vltim.* Atqui non debetur pecunia quæ propter aliquam exceptionem iure prætorio exigi non potest: nihil enim refert, an quid ipso iure non debeatur, an verò debeatur quidem ipso iure, sed per exceptionem aliquam summoueri actor possit *leg. nihil interest* 112. *de regulis iuris leg. creditores* 10. *leg. debitor* 108. *de verborum significat.* Ergo eiusmodi debitum, cùm verè & effectu ipso rationibus æquitatis sit indebitum, constitui nullomodo potest, *Quia*, inquit, Vlpianus *debita iuribus non pecunia quæ constituta est.* Cuius tamen rationis quis sensus sit explicauimus ad §. *vltim. leg. 1. suprà* neque hîc repetendum est. Planè si quis prudens & sciens constituat eam pecuniam contra cuius petitionem sciat se tutum esse exceptione naturalem æquitatem habente, non eo magis quidem constitutum valebit ad producendam actionem constitutæ pecuniæ, sed exceptio tamen remissa intelligetur, vt prior actio remaneat valida, vt *Bart. docet ad l. 11. §. 1. infr.* Benè autem Vlpianus sic loquitur *iure prætorio non debeat, id est, per exceptionem*, vt intelligamus de ea demum exceptione intelligi hoc debere quæ à prætore ipso introducta sit ex æquitate naturali, quales sunt exceptiones pacti iurisiurandi, non numeratæ pecuniæ, & doli, quas hîc in exemplum adfert Accursius ex *l. Stichum* 95. *§. naturalis inf. de solut. l. vltim. supr. de iureur l. in contractibus* 14. *C. de non numer. pecun. l.* 2. *§. circa infr. de doli mali except.* ad exclusionem earum exceptionum, quæ ex iure ciuili competunt, & quæ licèt à prætore ipso dentur, tanquam qui sit custos & minister iuris ciuilis, sunt tamen ciuiles magis quàm prætoriæ, qualis est exceptio Macedoniani, quam constat non tam ex æquitate vlla naturali inductam esse, ac fauore excipientis, quàm ex rigore iuris ciuilis & odio creditoris *l. quia exceptionem* 40 *suprà de condict. ind. b. l. sed si pater familias* 9. *§. penultim infr. de Senatusconsulto Macedoniano.* Ideóque non impedit exceptio hæc, quominus filiusfamilias qui mutuam pecuniam contra Senatusconsultum accepit, obligetur naturaliter. Vnde est quod

BIU Cujas

est quod nec repetit si soluat *dict. leg. sed si §. vlt. & l. seq. & d. leg. qui exceptionem.* Proinde neq; exceptio hæc impediet constitutum, ad quod scilicet sufficit debitum esse naturaliter id quod constituitur *d. l. 1. §. debitum supr.* In summa sic videtur hoc temperandum, vt exceptiones fauorabiles & æquitate naturali suffultæ quæ soluti repetitionem inducerent, eædem impediant constitutum, quod solo æquitatis naturalis vinculo subnixum esse Prætor voluit: alioqui dicendum esset dandam quidem creditori actionem constitutæ pecuniæ, sed adiuuandum constituentem eâdem exceptione, quam habiturus fuerat, si ante constitutum actione illa ciuili, qua tenebatur, conuentus fuisset, quod tamen absurdum esset, quia Prætor aut ab initio non patitur constitutum valere, aut aduersus constitutum quod valuit, nullam dat exceptionem constituenti. Addit Accursius exceptionem, nisi constitutum per errorem facti & ignorantiam à filiofamilias factum proponatur ex *leg. vlt. infr. de SC. Maced.* & rectè. Quamuis enim lex illa non de constituto loquatur, sed de promissione per stipulationem facta, & quidem animo nouandi, attamen æquè ad constitutum trahi potest, cùm error facti consensum impediat *l. sed hoc ita 20. infr. de aqua & aquæ pluu. arcend. leg. 2. supr. de iudic. leg. si per errorem 15. de iurisd. leg. nihil consensui 116. §. vlt. de regul. iur.* Prætor autem non alia constituta quàm quæ ex consensu facta sunt tueatur *leg. 1. in princip. supr.* Quid ergo si quis vltro constituat id quod sciat se nullo iure debere? Accursius post Bulgarum & Hugolinum putat eum teneri ex constituto, quasi donasse videatur, ex regula *l. cuius per errorem 53. de reg. iur. l. si quis delegauerit 12. infr. de nouat.* Ergo tamen contra puto, nec enim donatio fieri olim poterat per pactum nudum ante Iustiniani constitutionem in *l. si quis argentum 35. §. vlt. C. de donat.* sed tantùm per traditionem aut stipulationem *l. Papinianus 23. de donat. int. vir. & vxor.* quorum neutrum interuenit in constituto. Quòd si alius est animus constituentis, alius verò promittentis *leg. 1. §. eum qui supr.* quanto magis verum est, alium esse animum constituentis, alium verò donantis? Denique constitutum quod non valet, quomodo vim donationis habere potest? Atqui constitutum non valet, nisi debitum aliquod præcedat, saltem naturale *dict. leg. 1 §. debitum.* Ergo nec iure donationis valere potest. Planè si constituens postea soluerit tanquam debitor ex constituto, cùm sciret constitutum non valere, tum verò rectè dicemus factam videri donationem, non per constitutum, sed per solutionem, nec proinde repetitioni locum fore, ex regula *dict. leg. cuius per errorem.* Iunge quæ dicam ad *leg. hactenus 11. §. 1. infr.*

2 ¶ Si is, qui & iure ciuili, & prætorio debebat, in diem sit obligatus, an constituendo teneatur? & Labeo ait teneri constitutum. quam sententiam & Pedius probat, & adiicit Labeo, vel propter has potissimum pecunias, quæ nondum peti possunt constituta inducta. quam sententiam non inuitus probarim. habet enim vtilitatem, vt ex die obligatus [a], constituendo se eadem die soluturum, teneatur.

Ad §. vlt. Si is qui.

RAT. DVB. Quod in diem certum debetur, licèt iam debeatur, quia dies cessit, non magis tamen peti potest, quàm si nondum deberetur, quoniam dies nondum venit *leg. cedere diem 213. de verb. signific. leg stipulatio ista 38. §. inter incertam leg. qui hoc anno 42. leg. liber homo 118. §. decem hodie infr. de verb. oblig. leg. quod certa 70. de solut.* maléque ageret creditor, & tempore plus peteret, ideóque causa caderet, si ante diem ageret *leg. vnic. in fin. supr. quando dies vsufr. legat. ced.* Ergo neque constitui vtiliter potest, sicut neque compensari interim potest *leg. quod in diem 7. leg. cùm militi 16. §. 1. infr. de compensat.*

DEC. Vt constitutum valeat, sufficit debitum esse iure naturali, vel prætorio id quod constituitur, licet peti non possit *dict. leg. 1. §. debitum supr.* Atqui quod in diem debetur, tam verè debitum est quàm si dies iam venisset, licèt peti nondum possit, ideóque nec si ante diem solutum sit, repeti tamen potest *leg. in diem debitor 10. supr. de condict. indeb.* nec tamen interim compensari potest, quia compensatio petitionis vim obtinet *leg. amplius non peti 15. infr. rat. rem haber.* constitutum verò non petitionis vim habet, sed solutionis *leg. idem est 10. infr. hoc titulo.* Ergo quemadmodum quod in diem debetur, solui ante diem potest, quia totum medium tempus liberum promissori ad soluendum esse intelligitur *dict. §. inter & dict. leg. quod certa leg. qui res 98. §. mihi dare eod. titulo.* ita & constitui. Et verò propter has potissimùm pecunias, quæ nondum peti possunt, inducta fuisse constituta Labeo dicebat, propter publicam vtilitatem, ad quam maximè pertinet, & ad libertatem commerciorum, vt faciliùs obligatio & contrahi possit, & contracta probari, vt scripsimus ad *leg. 1. §. debitum autem & ad seq. supr.* Constituta verò faciliùs fiunt quàm stipulationes, cùm neque solemnitatem verborum exigant, neque præsentiam eius, cui constituitur, sed per epistolam & per nuncium fieri possint *leg. qui autem 14. §. vlt. infr.*

a *Vt ex die obligatus.* RAT. DVB. Qui bis idem promittit ipso iure ampliùs quàm semel non tenetur *leg. qui bis 18. infr. de verb. oblig.* nisi prior obligatio, & ex ea competens actio talis fuerit, quæ potuerit elidi per exceptionem *leg. si dari 25. eod. tit.* Ergo inutile est constitutum quo quis iam ex die obligatus constituit, eodem die se solututum. Quid enim vtilitatis & commodi addit hoc constitutum ad præcedentem obligationem? Quòd si non sunt frustrà multiplicanda entia, vt aiunt Philosophi, cur patiatur multiplicari sine causa, obligationes & actiones, quæ sunt odiosæ, nec nisi litium & discordiarum materiam præbent? *l. in naue Saufeij 31. infr. locat.* DEC. Plures eiusdem generis & condicionis obligationes vnius eiusdémque rei non admittuntur nec plures actiones, vt puta plures stipulationes, plura constituta, pluréque actiones aut ex stipulatione aut ex constituto. At nihil absurdi est ex

BIU Cujas

variis causis, & diuersis contractibus idem deberi *leg. non vt ex pluribus 159. de regul. iur.* Diuersitas enim illa causarum & actionum facit vt in altera necesse sit plus esse commodi vel incommodi, quàm in altera, nec parua vtilitas actoris est, vt electionem habeat, qua potiùs actione velit agere *leg. quod in herede 9. §. eligere infr. de tribut. action. leg cùm filius 76. §. variis de legat. 2. leg. 1. in princip. infr. quod legat. §. cæterùm Instit. quod cum eo qui in alien. potest. est.* In proposito autem constituti vtilitas semper aliqua est, in eo maximè, quod cùm cæteræ actiones ferè omnes patiantur suas exceptiones, præsertim verò actio ex stipulatione *leg. 2. §. circa infr. de doli mali excep. dict. leg. si dari 25. de verbor. obligat.* actio tamen ex constituto semper efficax est, nullámque timet exceptionem, nisi fortè in specie *leg. id quod 19. §. 1. infr.* quia, vt in præcedentibus sæpe diximus, constituta omnia pendent ex tanta æquitate naturali, vt nulla maior æquitas ea possit infringere, potiúsque dicendum sit ab initio ea non valere, si qua æquitatis ratione impugnentur, vt docuimus ad §. *proxim. præced.* nihil ergo vetat eum qui iam ex die obligatus est, constituere eodem ipso die se soluturum. Etsi enim nullum hîc repræsentationis commodum est, alia tamen esse possunt, inter quæ sufficit commodum esse electionis. Verius tamen dici potest, aliquam semper vtilitatem esse constituti in eo, quod constituens non ad hoc tenetur, vt faciat id quod prima actione & constituto ipso tenebatur, sed vt præstet quanti interest actoris quia non fecerit *leg. qui autem 14. §. sed & si quis infr.* Quod autem Vlpianus hîc loquitur de eo qui iure ciuili & prætorio debebat, noli cum Accursio sic intelligere, quasi de separatis obligationum causis loquatur, quarum vna sit ciuilis, altera verò naturalis ex pacto, puta vel ex iureiurãdo, vt actioni ciuili iungatur prætoria, vel è contrario prætoriæ iungatur ciuilis, vt in exemplo quod affert, si is qui priùs prætorio iure tenebatur, creditori suo legauerit id, quod debebat, quemadmodum in *l. si creditori 28. in princip. de legat. 1.* eum namque & ciuili & prætorio iure debere Vlpianus intelligit, qui iure ciuili sic debitor est, vt nec iure prætorio possit negare se debitorem, cuiusmodi est quisquis actione aliqua ciuili tenetur, quam nulla exceptione prætoria possit summouere. Finge obligatum eum ex stipulatione facta ab iustam causam, aut ex contractu emptionis, alióve iusto contractu siue ciuili, siue iuris gentiũ, sed à iure ciuili adprobato *l. iuris gentium 7. in princip. supr. de pact.* Vtique obligatus idem est etiam iure prætorio, adeóque naturali. Prætorio quidem, quia Prætoris est actiones dare etiam quę ciuili iure competunt, cúmque dat, eas sine exceptione approbat, naturali verò, quia cùm actiones illæ nascantur ex obligationibus, obligationes autem omnes ex consensu aliquo præcedente *l. in omnibus rebus 55. l. in omnibus negotiis 57. infr. de oblig. & action. l. 1. §. conuentionis supr. de pact.* (licet non omnes consensu solo perficiantur §. *vlt. Instit. de oblig.*) aut saltem ex aliqua æquitate naturali, non egent alio modo per quem contrahi soleat naturalis obligatio, cùm nihil veret eandem obligationem & ciuilem & naturalem esse diuersis respectibus. De quo genere obligationum, id est, quæ & ciuiles sint & naturales simul, non autem vel naturales tantùm, vel ciuiles tantùm, accipi debet quod scriptum est in *l. naturales 10. de oblig. & action. & in leg. fideiussor 16. §. naturales de fideiuss.* Et ita locum hunc intelligi debere constat ex §. *præcedente*, vbi opponitur is, qui iure ciuili debet, non prætorio propter exceptionem, ei de quo in hoc §. qui & ciuili & prætorio iure obligatus est, id est, vt explicauimus, qui ita iure ciuili obligatus est, vt nullam ex prætorio sperare possit exceptionem.

4. PAVLVS libro 29. ad Edictum.

SEd & si citeriore die constituat se soluturum, similiter tenetur.

Ad l. Sed & si 4.

RAT. DVB. Debitum quod constituitur, tale constitui intelligitur, quale est, id est, cum omnibus pristinis suis qualitatibus, vt diximus ad initium huius legis ex *leg. id quod 19. infr.* Ergo quod debetur in diem vlteriorem, non potest constitui in citeriorem, præsertim cùm obligatio constitutæ pecuniæ accessoria sit ad principalem, quam imitari & subsequi debet. Regula enim vtriusque iuris & ciuilis & Pontificij est, accessorium sequi debere naturam sui principalis. Et verò qui exceptione aliqua tutus est, constituere non potest se soluturum, quod propter exceptionem videtur indebitum §. 1. *l. prox. supr.* qui autem debitor est, in diem habet exceptionem si ante diem conueniatur *l. vnic. in fin. sup. quando dies vsusfr. legat. ced.* DEC. Quod in diem longiorem debetur, etiam ante diem solui potest, vt diximus ad §. *vlt. legis præcedentis.* Ergo & constitui, quia constitutum loco solutionis cedit *l. idem est 10. infr.* nec eo minùs valere debet, quòd in diem citeriorem constituta sit pecunia: imò tanto magis, quòd hoc casu constitutum habet commodum repræsentationis, quod non habet in specie *d. §. vlt. supr. prox.* Exemplo eius quod in legato rei debitæ obtinet, vt si repræsentationis commodum aliquod habeat, valeat *l. si creditori 28. & seq. de legat. 1. l. debitor 82. de legat. 2.* Quamquam in eo distat hac parte legatum à constituto, quod non aliter valet, quàm si habeat commodum aliquod repræsentationis, constitutum autem nihilominùs valet propter alias vtilitates quas habet *d. §. vlt. supr.* nec impediri constitutum ex eo potest, quod qui in diem debet habeat exceptionem si conueniatur ante diem. Est enim exceptio illa temporalis non perpetua, qualis tamen esse deberet ad impediendum constitutum, sicut & ad inducendam condictionem indebiti *l. si is qui 24. l. si non sortem 26. §. indebitum l. qui exceptionem 40. supr. de condict. indeb. leg. creditores 10. leg. creditor 55. de verb. signific.* Sed cũ possit quis cõstituere non tantũ quod ipse, sed etiã quod alius debet, dubitatio maior est, an cõstitutũ valeat, si quis cõstituerit se soluturũ in diem citeriorẽ, quod alius debet in vlteriorem. Accursius putat valere, quasi hæc vna sit ex differẽtiis, quæ sunt inter constitutorẽ & fideiussorẽ, quę cõstat non posse in plus obligari, quàm obligatus sit reus principalis, nec in duriorem & grauiorem causam §. *item si ille Instit. de fideiussor.* Ego verò admitto quidem permultas esse inter cõstitutorẽ, & fideiusso-

BIU Cujas

iussorem differentias, quarum nonnullas attulimus ad *l.1.in princip.supr.* sed non tamen possum hanc admittere, quia non in fideiussore tantùm ita ius est, vt in plus obligari non possit, nec in duriorem causam, sed commune illud est in vniuersis qui pro aliis obligantur, vt scriptum est in *leg.græcè* 8. §. *illud commune infr.de fideiuss.* quomodo illud etiam, vt qui pro aliis intercedunt, ac proinde etiam constitutores habeant beneficium diuisionis & discussionis, *l.vlt.C. hoc tit. Nouell.4.de fideiuss.* Negari autem non potest, quin is qui constituit se soluturum quod alius debet se obliget pro alio, tanquam accessio & intercessor: vnde est, quod nec ita constituere mulieres possunt *d.l.1.§.1.supr.* quia intercedere Senatusconsulto prohibentur. Illud certè indubitatum est, quod addit Accursius, si quis constuat purè vel in diem id quod siue ipse siue alius sub condicione debeat, valere quidem constitutum, sed tamen eâdem condicione suspendi, vt non priùs teneatur quàm condicio extiterit, multóque minùs conueniri priùs possit debitor, *d l.id quod 19.infr.* quia nec deberi adhuc intelligitur quod sub condicione debetur *l.cedere diem 213.de verb.signific.* Propter quam causam videbatur posse dici nec valere huiusmodi constitutum, quasi nullo adhuc debito subsistente, ex regula *l.1. §. debitum 1.supr.* sed benignius visum est valere, quia sufficiat spem debiti subesse, vt constituti quoque validitas sperari possit, quomodo dicimus puram stipulationem nouari posse per condicionalem, sed ita vt non priùs fiat nouatio quàm posterioris stipulationis condicio extiterit *leg.si Stichum 8. §.1.leg.quoties 14.infr.de nouat.*

5. VLPIANVS libro 27. ad Edictum.

EVm, qui Ephesi promisit se soluturum, si constituat alio loco se solutu-rum, teneri constat.

Ad l. Eum qui Ephesi 5.

RAT. DVB. Non potest constitui nisi quod debetur *l.1.§.debitum autem supr.* Atqui quod certo loco debetur omni alio loco indebitum est, vt ex eo apparet quod alibi solui inuito stipulatore non potest *l.pen.supr.tit.prox.l.qui certo loco 27.supr.de condict.indeb.* nec quod etiam alio loco per arbitrariam peti possit *l.1.2. & pass.eod.* ad rem facit. Fit enim id vi & potestate actionis arbitrariæ & æstimata loci vtilitate, quæ porrò non alia de causa æstimatur, quàm vt appareat id quod certo illo loco debitum fuit, nullo alio debitum fuisse. Ergo quod Ephesi tantùm debetur, non potest debitor constituere se alio loco soluturum. DEC. Etiam id quod certo loco debetur, alio quocunq; loco solui potest volente creditore, adeóque inuito eo, si solutio offeratur antequàm peruenire possit ad locum solutioni destinatum *l.continuus 137. §. cùm ita iunct.l. eum qui Calendis 41.§.1.infr.de verb.oblig.& l. qui Romæ 122.in princip. eod.l.2.§.qui ita stipulatur supr.tit.prox.* Atqui constitutum solutionis loco cedit, vt sæpius suprà diximus ex *l. idem est 10.infr.hoc tit.* nec fit nisi volenti. Ea namq; demùm constituta custodit Prætor quę ex consensu facta sunt *l.1.in princip.sup.* Ergo nihil vetat debitorem, id quod Ephesi debeat constituere se alio loco soluturum, nec eo minùs tamẽ etiam alio loco conueniri poterit, si actor velit, neque id per arbitrariam actionem, vt malè putat Accursius, sed exemplo arbitrariæ actionis, vt loquitur Vlpian. in *l.si duo 16.§.1.infr.* vbi dicemus.

1 ¶ Iulianus, legatum Romæ constituentem, quod in prouincia acceperat, putat conueniri debere. quod & verum est, sed & si cùm non Romæ esset[a], sed in prouincia adhuc, constituit se Romæ soluturum: denegatur in eum actio de constituta.

Ad §. 1. Iulianus.

RAT. DVB. Quoties quis in legatione constituit, quod ante legationem debuerit, non cogitur ibi iudicium pati vbi constituit *l. si quis in legatione 8. supr.de iudic.* præualet enim causa constitutæ pecuniæ, & origo, vt scriptum est in *l. qui id quod 33. infr. de donat.* Habet autem priuilegium legatus de omni eo quod ante legationem contraxit, etiamsi Romæ contraxerit *leg.2. §. omnes de iudic.* Secus est si contraxerit Romæ, cùm iam esset ibi legatus *leg. cùm furiosus 39. §.1.eod.* Ergo si legatus Romæ constituat id quod in prouincia acceperat, non tamen debet conueniri Romæ, sed priuilegium ei suum conseruandum est, quod habet reuocandi domũ.

DEC. Multùm interest, an legatus Romæ constituat se soluturum Romæ eam pecuniam, quam in prouincia mutuam acceperat, licet ante legationem, an verò constituat simpliciter eam se soluturum. Priore casu potest & debet legatus conueniri Romæ, vbi & constitutum factum & solutio destinata fuit ipso iam tempore legationis. Posteriore verò casu habet legatus priuilegium reuocandi domum, quia legatus constituendo simpliciter Romæ non ideo credendus est, constituere se soluturum Romæ, sed potiùs in loco sui domicilij, nisi si tum primùm Romæ contraxerit. Et autem hic locus de priore casu intelligendus necessariò. Alioquin eorum sententiam sequerer, qui putant addita negatione hîc legendum *conueniri non debere.* Planè in sequentibus lego aduersatiuè *sed si non ampliatiuè sed etsi.* Vide quæ de huius §. lectione & sententia scripsi ad *dict.leg. si quis legationis &* ad *dict.leg.cum furiosus §.1.& in error.7.decad.90.* contra interpretes nostros & Cuiacium ipsum *libr.23. Obseruat.cap.17.*

a *Sed si cùm non Romæ esset.* RAT. DVB. Letus qui in legatione iam constitutus Romæ contraxit, nullum habet priuilegium reuocandi domum *dict. leg. cùm furiosus 39. §.1.supr.de iudic.* sed de eo tantùm quod contraxit antequàm esset in legatione *dict.leg.2.§.omnes eod.* Atqui contraxisse vnusquisque intelligitur in eo loco, in quo, vt solueret, se obligauit *leg. 3.infr. de reb. author. iudic.possid.l contraxisse 21. de oblig. & action.* Ergo si legatus cùm non Romæ esset, sed adhuc in prouincia, constituerit se Romæ soluturum, non est deneganda in eum actio de constituta pecunia. DEC. Fictio illa iuris, quæ facit, vt contraxisse quis videatur, etiam in eo loco, in quo, vt solueret, se obligauit, non tollit veritatem, nec facit vt eo minùs verum sit contra-

BIU Cujas

xisse quem in eo quoque loco in quo re vera contraxit: præsertim verò cùm in loco domicilij sui contraxit, in quo vtique & conueniri potest, & defendere se debet *l. heres absens* 19. §. *vlt. supr. de iudic. l. 1. & 2. de reb. author. iudic. possid.* Ergo si quis, cùm nondum Romæ esset, sed adhuc in prouincia, constituerit se Romæ soluturum priuilegio suo adiuuandus est, ne possit Romæ conueniri de constituta pecunia, etiamsi iam ipso legationis tempore contraxerit, cùm in prouincia non Romæ contraxerit. Multo magis idem dicendum erit, si ponas constitutam fuisse pecuniam ante legationem: quod & Vlpiani verba satis apertè videntur præ se ferre, & quæ postrema Accursij interpretatio est. Nam etsi Romæ ante legationem legatus contraxisset, priuilegium tamen haberet *leg. non distinguemus* 32. §. *item si quis supr. de recept. qui arbitr. recept.* Ergo & cùm non Romæ contraxit, sed in prouincia constituit se Romæ soluturum, conueniri tamen Romæ non potest, non quia Romæ contraxisse non videatur, sed quia priuilegium habet, propter legationem scilicet, cùm ante legationem contraxit. Alioqui pugnaret hæc sententia cum principio huius §. In eóque malè Accursius à Bartolo esset reprehensus.

2 ¶ Quod exigimus, vt sit debitum, quod constituitur: in rem exactum est: non vtique, vt is, cui constituitur, creditor sit. nam & quod ego debeo, tu constituendo teneberis: & quod tibi debetur [a], si mihi constituatur, debetur.

Ad §. 2. Quod exigimus.

RAT. DVBIT. Indebitum considerari debet etiam ex parte constituentis, sicut & cùm de indebiti condictione quæritur indebitum consideratur etiam ex parte soluentis *leg. si pœnæ* 19. §. 1. *supr. de condict. indeb.* Ergo quod exigimus vt debita sit pecunia quæ constituitur, sic intelligi debet, vt debita sit ab eo ipso qui constituit, non ab alio. DEC. Verba huius edicti quæ de pecunia debita & constituta loquuntur, in rem concepta sunt non in personam *leg. 1. §. 1. supr.* nec aliud exigunt nisi vt debita sit pecunia, non adhibita distinctione à quo sit debita. Ergo nec nos distinguere debemus *vulg. leg. precio* 8. *supr. de Public. in rem act.* Nec sanè publica commerciorum vtilitas minùs exigit, vt cõstitui possit quod ab alio, quàm constituente debetur, quàm quod ab ipso constituente, nec minùs fidem frangit qui pecuniam ab alio debitam constituit, nec soluit, quàm qui debitam à seipso: Ergo ad eum quoque edicti æquitas & vtilitas pertinet. Illud duntaxat obseruandum est, ne quis constituat pecuniam ab alio debitam, quasi à se debitam. Tunc enim constitutum non valeret, vt benè hîc docet Bartolus, quasi deficiente consensu propter errorem *leg. 2. supr. de iudic. leg. sed hoc ita* 22. *de aqua & aquæ pluu. arcend.* cùm non alia constituta Prætor hoc edicto tueatur, quàm quæ ex consensu facta sunt *leg. 1. in princip. supr.* Sed & illud notatu dignum est constituentem pro alio cùm sit intercessor, habere beneficium diuisionis quod fideiussoribus datum est per epistolam diui Hadriani, eadem scilicet vrgente æquitatis ratione *l. vlt. Cod. hoc tit.* Ergo & beneficium discussionis ex *Nouell. 4. de fideiuss.* vt diximus ad *l. prox. supr.*

a *Et quod tibi debetur.* RAT. DVB. Nemo potest stipulando id quod mihi debetur, auferre mihi actionem nisi ex voluntate mea id faciat *l. si Stichũ* 8. *in fin. infr. de nouat.* Ergo nec si quis constituat mihi quod tibi debetur, facere ideò potest, vt mihi deberi incipiat, non tibi. DEC. Constitutum eius pecuniæ quæ alij debetur, quàm ipsi constituenti non liberat debitorem quominus priori suo creditori teneatur, quia nec habet constitutum vim nouationis, quomodo habet stipulatio, si nouandi animo interposita sit. Atquin is qui constituit se soluturum vni, quod alij debetur, ita debet constituisse, vt soluendo se liberet, quoties constitutum valet. Dicendum est igitur non aliter constitutum hoc valere posse, quàm si fiat ex voluntate veri creditoris, quia nec aliter stipulatio valeret ad liberandum debitorem, quamuis stipulatio non minoris potestatis esse debeat, quàm constitutum §. *de constituta Instit. de action.* Ne scilicet aliter posito iure accidat vt alterius facto creditori inuito actio adimatur, quod iuris ratio ferre non potest *d. leg. si Stichum in fin. l. Granius* 71. §. *pen. de fideiuss.* quamuis in potestate sit cuiuslibet soluentis pro me inuito, vt me inuitum quoque liberet *l. soluendo* 39. *supr. de negot. gest. l. solutione* 23. *infr. de solut.* Fauorabilior nimirum est liberatio, quæ nec debitori nec creditori facit iniuriam, quàm sit ea quæ inuito creditori suam adimeret actionem. Et ita benè Accursius & Bartolus locum hunc intellexerunt.

3 ¶ Iulianus quoque libro vndecimo scribit: Titius epistulam ad me talem emisit: *Scripsi secundùm mandatum Seij, si quid tibi debitum adprobatum fuerit, me tibi cauturum, & soluturum sine controuersia.* tenetur Titius de constituta pecunia.

Ad §. 3. Iulianus quoque.

RAT. DVB. Omne constitutum præsupponit debitam esse pecuniam, quæ constituitur *leg. 1. §. debitum supr.* nec potest conferri in tempus futurum quo pecunia debebitur si nondum debeatur, nisi expressè differatur in id tempus quo erit debita, vt non priùs incipiat obligatio accessoria, quàm principalis *leg. id quod* 10. *infrà.* Atqui in proposita specie videtur constitutor obligari priusquàm principalis obligatus sit, cùm promittat se cauturum & soluturum, quòd à Seio debitum esse apparebit: verum enim est quod iactari solet, non entium & non apparentium idem esse iudicium §. *si aduersus Institut. de nupt. leg. duo sunt Titij* 30. *infr. de testament. tutela.* Ergo non potest is, qui talem epistolam scripsit, qualis hîc ex Vlpiano & Iuliano proponitur, conueniri de constituta pecunia: maximè verò, cùm non tam constituisse videa-

BIU Cujas

videatur quàm promisisse se constituturum. Quid enim aliud significant verba illa epistolæ *scripsi me cauturum & soluturum* nisi illud ipsum, quod significarent, si scriptum esset *scripsi me constituturum, & post quàm constituerim me soluturum.* Alioqui nullum in tota hac epistola constituendi verbum est, aut quod pro constituto possis accipere, sine quo tamen saltem per æquipollens expresso vix est, vt constitutum fieri possit, quemadmodum colligi potest ex omnib. ferè constituti exemplis quæ in hoc tit. proponuntur. Atquin aliud est, si quis constituat, aliud verò si pacto nudo promittat se constituturum, sicuti solemus dicere venditionem & locationem licet fiat nudo consensu, vt & constitutum, differre multùm à pacto de vendendo & locando, vt tractat Bartolus ad *l. vlt. sup. condict. caus. dat.* neque promisit Prætor daturum se actionem de cõstituta pecunia ex pacto constituendæ pecuniæ, sed ex pacto quo fuerit constituta *d. l. 1. in princip. & §. 1. supr.*

Dec. Aliud est iam subesse debitum, aliud verò iam probatum esse. Potest enim fieri, vt iam subsit, necdum tamen probatum sit: quod cùm euenit, securis posteà probationibus, non ad probationum tempus referendum est debitum, sed probationes ad tempus debiti *l. in lege Aquilia 40. supr. ad l. Aquil.* nec enim probationes veritatem faciunt, sed eam, quæ est, probant. Nihil ergo vetat constitui debitũ etiam de quo nondum appareat, si modò iam contractum sit, sicut & illud potest constitui, cuius debitor nullus adhuc apparet *l. hactenus 11. infr.* Sed nec quicquam prohibet constitui futurum debitum, quomodo & fideiussor & pignus accedere potest etiam futuræ obligationi, quamuis eæ obligationes æquè accessoriæ sint *l. 4. l. 6. §. vlt. infr. de fideiuss. l. 5. de pignor.* Eodem enim iure censentur constitutores quo fideiussores, cùm omnes sint intercessores, nisi in iis de quibus aliter iure cautum & expressum est. Cæterùm quamuis aliud sit constituere, aliud verò velle constituere, cùm tamen cõstitutum nudo consensu fiat, & per epistolam, nec verborum solemnitatem desideret *l. qui autem 14. §. vlt. infr.* non eò minùs constitutam fuisse pecuniam credendum est, quòd qui epistolam scripsit, constituendi verbo vsus non sit, dummodò constet de mente & animo constituentis *d. l. 1. §. eum qui supr.* Apparet autem satis ex eo quòd in epistola scripsit se cauturum & soluturum, quod à Seio debitum esse probabitur. Nam qui scribit se non modò cauturum, sed etiam quod amplius est, soluturum, an non hoc ipso satis constituit? Ergo de constituta pecunia cõueniri rectè potest, quasi facto per æquipollentia verba constituto: non enim videtur quicquã sub condicione promisisse, sed absolutè: verba siquidem illa *secundum mandatum Seij* non condicio, aliter accipienda sunt, sed demonstratiuè, quomodo hîc benè notat Bartolus: quod & in dubio de aliis quibuslibet verbis similibus semper præsumendum est. Itaque non displicet quod interpretes vulgò putant, si quis per stipulationem se obliget, de se per stipulationem obligando, satis hoc ipso videri eum ex stipulatione obligatum, & ex ea conueniri posse, circuitus, vt aiunt, euitandi gratia, qui esset alioquin inutilis & superfluus, sic enim ex communi aliorum sententia Boerius *decis. 3. ex leg. dominus 53. supr. de condict. indeb.* probatúrque meliùs ex hoc §. vt mihi quidem videtur.

4 ¶ Sed si quis constituerit, alium pro se soluturum, non se pro alio, non tenetur. & ita Pomponius libro octauo scribit.

Ad §. 4. Sed si quis constituerit.

Rat. dvb. Qui constituit alium pro se soluturum, hoc ipso agnoscit se debitorem, nec enim pro alio soluitur, quod pro non debitore soluitur. Ergo licet alium obligare non possit, quem pro se constituit soluturum, seipsum tamen obligat, quasi etiam ipse constituere pro se videatur, cùm id facere ipse possit, nudáque voluntas eius in hanc rem sufficiat. Dec. Promittere de se quisque non de alio debet siue ex constituto, siue ex stipulatione aut quo alio modo se obligare velit *l. stipulatio ista 38. in princip. de verb. oblig. § si quis alium Instit. de inutil. stipulat.* neque enim ferendum est, vt ex alieno facto & contractu quisquam obligetur siue inuitus siue ignorans, (nisi iure potestatis vel successionis, vt Accursius hîc excipit) multo minùs vt ex alieno contractu actio quæratur *leg. quæcunque 11. infr. de oblig. & action. iunct. l. non debet 71. l. melior 133. de regul. iur.* Ergo constituti verba debent concipi in persona ipsius constituentis, & eius cui constituitur, vt benè hîc notat Accursius. Planè si ponas me constituisse pro me & Titio non consentiente, certum est non valere constitutum, quod ad Titij personam attinet, quod ad me autem valere, ita vt obliger non pro dimidia duntaxat parte, sed in solidum, vt idem Accursius subiicit. Volui enim obligare me quod facere potui in solidum, Titium autem æquè obligare quidem volui, sed non potui, nec in solidum, nec pro parte. In eóque differt hic casus à superiore, in quo is qui pro se alium soluturum constituit, nec obligatur ipse, quia noluit obligari, nec alium obligat, quia non potuit, vt & in specie *leg. multùm interest 8. Cod. si quis alter. vel sib. l. quoties 9. infr. de hered. inst.* Sed quid si nulla persona demonstrata constitutum impersonaliter conceptum sit? Quid item si per hæc verba *satisfiet tibi à me aut à Titio*, vt in specie quam Accursius proponit, aut etiam hoc modo *satisfiet tibi à me & à Titio?* Æquè dicendum erit, ait, casu secundo Titium nullomodo fore obligatum, me verò fore in solidum, sed posteriore casu, non patitur Iustinianus obligari me nisi pro mea parte *Nouell. 115. vt cùm de appellat. cognosc §. vlt.* vbi addit, nec pro mea parte me teneri, si impersonaliter cõstitutum ita factum proponatur *satisfiet tibi.* Et ita ad tres illas quæstiones respondendum est.

5 ¶ Item, si mihi constituas te soluturum, teneberis. Quod si mihi constitueris, Sempronio te soluturum, non teneberis.

Ad §. 5. Item si mihi.

Rat. dvb. Cùm mihi constituis te Sempronio soluturũ, nõ ideo cõstituis Sẽpronio sed mihi. Adiicitur enim Sempronius ad solutionem non ad obligationem, quod longè diuersum est, *l. si duo 128. in fin. de verb. oblig. iunct. l. eum qui 56. §. qui sibi eod. l. Stichũ aut Pamphilũ 95. §. quæsitum de solut.* Atqui si mihi constituas te soluturum, indubitatè mihi teneris ex cõstituto, vt scriptũ est initio huius §. Ergo & cùm

BIU Cujas

mihi constituis te Sempronio soluturum, æquè mihi teneri debes, licet Sempronio non tenearis.

DEC. Quemadmodum stipulatio quælibet vel in dando vel in faciendo consistit, ita & omne constitutum est de soluendo, quisquis enim constituit, nihil aliud constituit quàm se soluturum. Ergo ei ipsi cui constituitur, non alij: nec enim per liberam acquiri alij potest obligatio constituti, vt nec alia quælibet *l. solutum* 11. §. *per liberam infr. de pignor. act. l. fundus ille* 64. *de contr. empt. l. quæcunque* 11. *de oblig & action. l. stipulatio ista* 38. §. *alteri de verb. oblig. l. multùm interest* 6. *in fin. Cod. si quis alter. vel sib.* nisi cùm libera illa persona ministerium nudum præstat, vt in *leg. & licet* 15. *infr. hoc titul. l. quod meo* 18. *infr. de acquirend. poss.* Priúsque est, vt obligatio constituti in persona mea consistat, quàm vt Sempronius, quem constat obligationis gratia adiici non potuisse, solutionis tamen causa vtiliter adiectus videri possit, cùm solutio quælibet supponat præcedētem obligationem. Itaq; sic concipi debuit constitutum, vt constitueres te mihi aut Sēpronio soluturum: quo casu acquireretur mihi obligatio constituti, Sempronio autem facultas accipiendæ solutionis *l. sive. rò* 8. *infr.* Verba enim constituti referri debent ad eum cui fit non ad alium, vt benè hîc notat Bartolus, nisi, inquit, alius ille fingatur idem ratione potestatis vel legitimæ administrationis, vt excipiātur procurator, tutor pupilli, actor municipum, curator furiosi, seruus is qui bona fide seruit, & filiusfam. de quib. agitur in §§. & legib. sequentibus.

6 ¶ Iulianus libro vndecimo digestorum scribit, procuratori constitui posse. quod Pomponius ita interpretatur, vt ipsi procuratori constituas te soluturum, non domino.

Ad §. 6. Iulianus libro vndecimo.

RAT. DVB. Procuratoris persona licet sit libera nudum tamen ministerium ei præstare intelligitur cuius procurator est, *l. & licet* 15. *infr. hoc tit. l. quod meo* 18. *infr. de acquir. possess.* Ergo potest quis etiam procuratori alterius ita constituere, vt constituat se non ipsi procuratori, sed domino soluturum.

DEC. Per liberam procuratoris personam nihil acquiri nobis potest, excepta sola possessionis causa, quam vtilitatis gratia excipi debere visum est, *l. 1. Cod. per quas person. nob. acquir. l. solutum* 11. §. *pen. & vlt. infr. de pignor. act.* Atqui ex constituto nascitur actio in fauorem eius cui constituitur *l. 1. supr.* Ergo non potest ita constitui procuratori, vt qui constituit, promittat se soluturum domino. Quid igitur? Constituere debet se soluturum procuratori. Sic fiet vt obligatio constituti acquiratur procuratori, procurator autem ea cedere postmodùm domino cogatur actione mandati *leg. etsi possessio* 49. §. *vltim. infr. de acquir. poss.* Is tamen qui constituit, potest constituere non per procuratorem, sed per nuncium, quia hoc casu nudum ministerium duntaxat præstari videtur *d. l. & licet* cùm nihil interest an quis per se, an per alium se obliget: quod enim quis per alium facit, per seipsum facere videtur, vt est in regula iuris pontificij *l. ita autem* 5. §. *quòd si quis tutelam infr. de admin. tutor.* Denique facilius est vt per alium quis obligetur, quàm vt alteri per alterum actio acquiratur, & facilius quoque, vt per nuncium quis aut obligetur, aut sibi obliget quàm vt per procuratorem *l. qui autem* 14. §. *vlt.* vbi dicemus *infr.* Planè si fortè procuratori præsentis constitutum sit, dabimus actionem vtilem constitutæ pecuniæ etiam domino sine vlla cessione, exemplo eius quod de procuratoris stipulatione scriptum est in *l. si procuratori* 79. *de verb. oblig.*

7 ¶ Item tutori pupilli cōstitui potest, & actori municipū, & curatori furiosi.

Ad §. 7. Item tutori.

RAT. DVB. Per liberam personam alteri quæri actio nulla potest, vt diximus in præcedentibus. Atqui persona tutoris, & actoris municipum, & curatoris furiosi libera est: nec enim seruus aut tutor esse potest aut actor municipum aut curator furiosi §. 1. *Instit. qui testam. tutor. dar. poss.* Ergo non magis tutori pupilli, vel actori municipum, vel curatori furiosi, quàm procuratori constitui potest. Quid enim aliud hi omnes sunt quàm veluti quidam procuratores? Vnde & procuratori tutor hac parte cōparatur *l. solutum* 11. §. *per liberam infr. de pignor. act.*

DEC. Tutor pupilli & curator furiosi in eo plus iuris habent quàm procurator, quòd vice & loco dominorum sunt, cùm rem pupilli vel furiosi tractant *l. is qui in puteum* 11. §. *an ignoscitur infr. quod vi aut clam. l. qui fundum* 7. §. *si tutor infr. pro emptor.* idq; non ex voluntate hominis, sed ex potestate legis. Ideóque quod constituitur tutori pupilli vel curatori furiosi, non alij quàm ipsi pupillo vel furioso constitutum esse intelligitur, adeò vt nec vlla cessione opus sit ad actionem constitutæ pecuniæ in pupillum vel furiosum transferendam, quia nec tutori ipsi, vel curatori furiosi aliqua actio siue directa siue vtilis ex eiusmodi constituto competit, præsertim cùm constitutum solutionis loco cedat *l. idem est* 10. *infr.* nemo autem dubitet quin & tutori pupilli & curatori furiosi solui possit. Quinimò si ex pecunia pupilli vel furiosi obligatio & causa constitutæ pecuniæ proficisceretur, & constitutum ipsi tutori pupilli vel curatori furiosi factum proponeretur, nulla quoque pupilli vel furiosi facta mentione, dicendum esset etiam pupillo ipsi vel furioso acquisitam vtilem actionem constitutæ pecuniæ *l. 2. infr. quand. ex fact. tutor. l. 2. & 4. C. eod.* nam quod dicitur quasi pro iuris regula, per tutorem nō quæri actionem pupillo *l. vlt. eod.* tunc locum habet cùm tutor proprio nomine contraxit, non quasi tutor. Quo tamen casu regula exceptionem patitur, adeóque diuersas exceptiones, quod significat *d. l. vlt.* iis verbis *nisi certis ex causis* inter quas præcipua illa est, quam diximus, si tutor proprio suo nomine, ex re tamen & pecunia pupilli ad suam non ad pupilli vtilitatem contraxerit. Idémq; in furiosi curatore iuris est, quia hic quoq; ius habet in personam pupilli ex lege duodecim tabularum *l. 1. infr. de curat. furios.* Quod in curatore minoris diuersum est, datur enim ille rebus minoris principaliter, nullomodo personæ. Quæ ratio est eius, quod scribitur in *l. puberes* 101. *de verbor. oblig.* Tutor verò & curator furiosi personæ principaliter, bonis autem non nisi per consequentiam *dict. leg. 1. de curat. furios. l. quoties* 12. §. *cùm tutor. de administ. tutor.* Et idcirco de curatore furiosi tantùm Vlpianus hîc loquitur, non etiā de cu-

BIU Cujas

de curatore minoris: quamuis in specie §. *si actori. infr.* eadem constituatur ratio adolescentis quæ furiosi, cùm scilicet constitutum est solui adolescenti ipsi, non item curatori. Non enim quod adolescenti debetur, etiam curatori eius deberi intelligitur, vt vel constitui vel solui curatori possit sine minore, tametsi cùm minori soluitur, curatorem adhiberi, eiúsque authoritatem interuenire oporteat *l. ait prætor 7. §. sed etsi ei. supr. de minor. & tit. C. si tut. vel curat. interuen.* At quod pupillo vel furioso debetur etiam tutori, aut curatori constitui potest, quia & tutori & curatori debitum intelligitur. Et quemadmodum ex curatoris stipulatione non potest adolescenti quæri actio, ita neque ex constituto quod factum sit curatori, nisi constitutum sit solui ipsi adolescenti, vt in *d. §. si actori.* Quod verò ad actorem municipum pertinet, habet hoc non tam ex ratione iuris, quàm ex priuilegio, vt ei constitui nomine municipum possit vtilitatis gratia, quoniam alioqui municipibus constitui numquam posset, nec alia actio vlla eis acquiri, quia consentire vni non possunt *l. 1. §. vlt. l. 2. de acqu. poss.* constitutum autem non fit sine consensu *l. 1. in princip. supr.* vt nec alius vllus contractus *l. in omnibus 55. & l. 57. inf. de oblig. & act. l. 1. §. conuentionis. supr. de pact. l. item eorum 6. §. vlt. l. vlt. supr. quod cuiusq. vniuers. nomin.* Sed priuilegium hoc non tam est actoris, quàm municipum, quib. alioquin commercio interdictum videretur, quod iniquum & ab vtilitate publica alienum esset *d. l. quod si minor 24. §. quæsitum. supr. de minor. iunct. d. l. 2. de acq. poss.*

8 ¶ Sed & ipsi constituentes tenebuntur.

Ad §. 8. Sed & ipsi.

Ratio dvb. Secundùm naturam est cuiusque rei commoda eum sequi quem sequuntur incommoda *vulg. l. secundùm naturam 10. de regul. iur.* Atqui cùm tutori pupilli vel curatori furiosi vel actori municipum actio non ipsis quæritur, sed pupillo vel furioso vel municipibus, & quidem recta via, vt proximè dictum est, ergo etsi ipsi constituant nomine tutorio, vel curatorio, vel pro municipibus, non ipsi teneri debent de constituta pecunia, sed pupillus, furiosus, municipes: non enim minùs possunt tutor, curator furiosi, & actor municipum obligare pupillum, furiosum, & municipes, quàm actionem iis quærere. Neq; verò æquum est officium tutoris, & curatoris, & actoris damnosum iis esse *l. videlicet 29. supr. ex quibus caus. maior. l. 3. §. vlt. infr. de testib. sed si quis 6. §. 1. infr. testam. quemad. aper. l. si seruus 61. §. quod verò. de furt. l. cùm quidam 26. C. de admin. tutor.* Esset verò damnosum, si quod pupilli furiosi, vel municipum nomine constituissent, soluere cogerentur. Nec ad rem pertinet quod actione tutelæ, vel negotiorum gestorum posteà sint repetituri, quantum soluerint. Ipsorum siquidem interest, non soluere potiùs quàm solutum repetere *l. 3. infr. de compensat. l. si stipulatus 15. infr. de fideiuss.*

Dec. Cùm tutor pupilli vel curator furiosi, vel actor municipum constituerunt, licet pro pupillo, vel furioso, vel municipibus, verum tamen est eos constituisse. Ergo ex proprio facto conueniri debent, nec minùs ex constituto, quàm ex alio quolibet contractu, cùm constitutum licet propriè contractus non sit, vim tamen contractus obtineat, quantum ad producendam actionem. Satisque iis esse debet, quòd vbi sunt condemnati, non datur in eos iudicati actio, tanquam quos officij necessitas excusare debeat, ne vltro se liti obstitisse videantur *l. 4. §. 1. & seq. infr. de re iudic.* Quòd si quid ex eiusmodi constituti causa impenderint, æquo animo ferre debent prorogationis incommodum, & quod habituri sint repetitionem, cùm ea lege ad officij administrationem accesserint. Denique ex constituto is solus obligari potest qui constituit, licèt alieno nomine, cùm non nisi ex proprio consensu obligari quisquam possit, non etiam ex alieno. Proinde in pupillum ipsum, aut furiosum, aut actorem municipum actio de constituta pecunia dari non potest, cùm verum sit eos nec constituisse, nec consensisse.

9 ¶ Si actori municipum, vel tutori pupilli, vel curatori furiosi, vel adolescentis ita constituatur, *municipibus solui*, vel *pupillo*, vel *furioso*, vel *adolescenti*, vtilitatis gratia puto dandam municipibus, vel pupillo, vel furioso, vel adolescenti vtilem actionem.

Ad §. 9. Si actori.

Rat. dvb. Aliud est constitui posse tutori, vel curatori furiosi, vel actori municipum, quod fieri posse suprà diximus, aliud verò sic constitui *municipibus solui*, vel *pupillo*, vel *furioso*, vel *adolescenti*, vt in specie huius §. bis enim casibus confertur constitutum in personam extraneam, quod conferri debet in personam eius ipsius cui constituitur §. *item si mihi 5.* vbi diximus *supr.* alia enim est persona tutoris, alia pupilli, alia curatoris, alia furiosi vel adolescentis, alia denique actoris, alia municipum.

Dec. Multa ex æquitate & vtilitate contra iuris rigorem recepta sunt, præsertim fauore personarum, de quibus tractamus, quæ omnium fauorabilissimæ existimantur *l. ita vulneratus 55. in fin. supr. ad leg. Aquil. l. pupillus 7. infr. de acquir. hered.* nam cùm in cæteris omnibus, tum maximè in iure æquitas spectanda est *l. in omnibus 90. de reg. iur. l. placuit 8. C. de iudic.* est enim ius ciuile totum ad publicam vtilitatem comparatum: vnde est quod prudentes nostri passim pro æquo habent, quod est vtile, & contrà pro iniquo id quod est inutile *l. 1. §. 2. infr. depos. l. quæsitum 40. infr. de acq. hered.* Atqui pupillo & furioso & adolescenti & municipibus vtile est, adeóque reipublicæ vt valeat constitutum quod à tutore vel curatore vel actore municipum in huiusmodi personas collatum est, licèt stricta iuris ratio repugnet: quia non tam facile possent huiusmodi personæ sibi prospicere propter infirmitatem consilij, quàm consuli eis potest per eorum prudentiam, à quibus reguntur. Nec differt hac parte adolescens à furioso, nec curator furiosi à curatore adolescentis, vt diximus ad §. 7. *sup.* Meritò igitur placuit ex eiusmodi constituto, quod à tutore, curatore, vel actore in personam pupilli, vel furiosi, vel adolescentis, vel in municipes collatum sit, dandam esse pupillo ipsi & furioso & adolescenti actionem, at non directam, quæ stricto iure competere non potest, sed vtilem, ist est, ex æquitate, vt Vlpianus hic scribit. Etsi enim ius prætorium totum pendet ab æquitate, in quo

BIU Cujas

maximè differt à ciuili, habet tamen suas quoque regulas, & consequenter suum rigorem, ex iis regulis æstimandum, à quibus si quando maior aliqua & specialior æquitas abhorreat, quæ non priuatæ tantùm, sed etiam publicæ vtilitatis fauorem admixtum habeat, tum verò separanda est æquitas à rigore iuris prætorij & præferenda semper æquitas propter vetustissimam illam & omnium potentissimam legem duodecim tabularum *Salus populi suprema lex esto.* Inde namque sunt tot prætoriæ actiones vtiles inductæ ad supplendas directas prætorias, quoties directæ deficiunt obstante iuris prætorij rigore, nec tamen deficit æquitas, quæ dandas actiones vtiles suadeat. Exemplum elegans est in hoc §. *& in l. id quod* 19. §. 1. *infr. eodem.*

10 ¶ Seruo quoque constitui posse constat. & si seruo constituatur, *Domino solui*, vel *ipsi seruo*, qualemqualem domino seruum obligationem adquirere.

Ad §. vlt. Seruo quoque.

RAT. DVB. Seruus pro nullo habetur non minùs prætorio iure quàm ciuili *l. nullomodo* 7. *infr. ad l. Cornel. de falsi. l. qui testamento* 20. §. *seruus. infr. Qui testament. facer. possi.* vbi dicitur seruos nullam penitus communionem habere iuris ciuilis in totum, at ne quidem prætorij: solúmque ius naturale excipitur, cuius respectu nulla est inter seruos & liberos homines differentia *l.* 4. *supr. de iust. & iur. l. quod attinet* 32. *de reg. iur.* Ergo non potest constitui seruo: personam enim aliquam esse oportet cui constituatur, cùm non fiat constitutum, vt necaliud pactum vllum sine consensu duorum *l.* 1. §. *& est pactio. supr. de pact.* in quo differt à pollicitatione *l.* 3. *infr. de pollicit.*

DEC. Vtilitatis causa inductum est, vt quamuis seruus iure ciuili & prætorio pro nullo habeatur, stipulari tamen possit, & ex omni causa contrahere ex persona scilicet domini, ex qua & institui heres potest *Tit. de stipulat. seruor. Inst. l. non minùs* 1. *infr. de hered. instit.* acquirit enim non sibi sed domino, ita vt ne momento quidem temporis acquisitio in persona serui consistat *l placet* 79. *infr. de acquir. hered. & tit. per quas personas nob. acquir. instit.* Ergo quemadmodum potest quis stipulanti seruo promittere, ita & constituere. Alioquin esset maiore ex parte inutilis vsus seruorum in republica, si non per eos ex omni penè causa dominis etiam ignorantibus & inuitis acquireretur *l. etiam* 32. *infr. de acquir. rer. dom. l. seruus vetante* 62. *de verb. oblig.* Nec interest an seruo constituatur solui domino, vel ipsi seruo: vtroque enim casu acquiritur actio domino, & quidem directa non vtilis, quia licèt solutio sit facti *l. consilio* 7. §. *vlt. infr. de curat. furios.* quæ autem sunt facti, non soleant transire ad dominum *l. qui heredi* 44. *de condit. & demonstr. l. nec seruus* 41. *infr. de pecul.* quæ ad hunc locum dubitandi ratio est, actio tamen quæ ex facto illo acquiritur, iuris est, & quidem prætorij, ideóque in serui persona subsistere non potest, & necessariò acquiritur domino, adeóque per qualemqualem seruum, vt hîc Vlpianus adiicit, id est, vt bene Cuiacius explicat, non tantùm per seruum actorem & ordinarium, sed etiam per vicarium. In quo dubitandi ratio illa occurrit, quod non qualiquali seruo solui potest, sed actori tantùm, & ordinario, & quidem qui ius habeat recipiendæ solutionis *l. si actore* 19. *C. de solut.* constitutum autem habet vim solutionis *l. idem est* 10. *infr. hoc tit.* Sed decidendi ratio est, quia constitutum licèt solutionis vim & effectum tandem habeat, incipit tamen ab obligatione, quæ per quemlibet seruum acquiritur domino, sicut & actio, quæ ex illa obligatione nascitur, non minùs quàm si seruus ille qualisqualis stipulatus esset: nihil enim hac parte differt constitutum à stipulatione, nisi quòd constitutæ pecuniæ obligatio & actio prætoria est: ex stipulatione verò ciuilis §. *de constituta. Instit. de action.* Malè apud Accursium vulgata editio habet *quare seruum* pro *qualemqualem seruum.* & in litera Pisi quam idem Accursius refert malè rursum *qualemqualem obligationem*: dixit enim Vlpianus *qualemqualem seruum*, non autem *qualemqualem obligationem.* Nam & aliqua inter seruos differentia est, cùm alij ordinarij sint, alij vicarij, alij actores & dispensatores, alij verò nudi serui, & sine officio, at inter obligationes nulla.

6. PAVLVS libro 2. Sententiarum.

IDem est, & si ei, qui bona fide mihi seruit, constitutum fuerit.

Ad l. Idem est 6.

RATIO DVB. Quisquis bona fide seruit, vel alienus seruus est, vel homo liber. Atquin si alienus seruus est, acquirit domino suo, vt proximè diximus, sin liber homo acquirit sibi. Ergo si ei qui bona fide mihi seruit, constitutum sit, sed non potest mihi ex constituto quæri actio. DEC. Siue liber homo sit, siue alienus seruus, qui bona fide mihi seruiat, acquirit mihi, dummodò vel ex re mea acquirat, vel ex operis suis *l. acquiruntur* 10. §. *idem placet. infr. de acquir. rer. domin.* nam & ex re mea acquirere videtur quod ex operis suis acquirit *l. qui bona fide* 23. *in princip. eod.*

7. VLPIANVS libro 27. ad Edictum.

SEd & si filiofamilias constituatur, valet constitutum.

Ad l. Sed etsi.

RAT. DVB. Filiusfamilias ex omnibus causis & obligare sibi potest & obligari, cùm habeat personam integram & caput in ciuitate *l. nam ciuium* 4. *supr. de stat. homin. l. filiusfamilias* 39. *de oblig. & action.* Ergo si quis constituerit se filiofamilias soluturum, acquiritur actio constitutæ pecuniæ filiofamilias non patri: contrà quàm tamen Vlpianus hîc sentiat, qui cùm ait, si filiofamilias constituatur, valere constitutum, sic proculdubio intelligit, vt ex eo constituto acquiratur patri actio non ipsi filiofamilias,

BIU Cujas

milias cui constitutum est, siue simpliciter ei constitutum sit, siue ita vt ipsi filio soluatur.

DECID. Est quidem filiusfamilias capax acquisitionis etiam inspecto iure Pandectarum, nolente patre sibi acquiri *l.4.§.sed & filiusfamil. supr. de edend. l.is qui heres 13.§.vlt. l.cùm heres 52. infr. de acquir. hered. l.cógi 16.§.si pater filio. l.Imperator 50. infr. ad SC. Trebell.* sed extra hunc casum quidquid filiusfamilias acquirebat olim, siue ex sua stipulatione, siue ex qualibet alia conuentione, acquirebat patri, non minùs quàm seruus domino, ita vt ne momento quidem temporis acquisitio in persona filiifamilias consisteret *l.placet 79. de acquir. hered.* Ergo quemadmodum per seruum etiam qualemqualem acquiritur actio constitutæ pecuniæ domino, siue ipsi seruo, siue domino solui constitutum sit *§.vlt. l. proxim. supr.* ita & dicendum est, si filiofamilias quoquomodo constitutum sit, acquiri actionem patri non domino, eámque directam, non vtilem. Aliud iuris est si filiusfamilias ipse constituat: non enim patrem obligat nisi de peculio, ipse verò in solidum obligatur, sicut ex quolibet alio contractu *dict. l. filiusfamilias 39. de oblig. & act. l. si quis cum filiofamilias 44. de pecul.*

1 ¶ Si mihi aut Titio stipuler: Titio constitui suo nomine non posse, Iulianus ait: quia non habet petitionem: tametsi solui ei possit.

Ad §.1. Si mihi aut Titio.

RAT. DVB. Etiam adiecto solutionis gratia solui potest, perinde ac ipsi stipulatori, ita vt ex ea solutione contingat ipso iure liberatio, quamuis prohibente stipulatore *l. vero procuratori 12. §.penult. l. aliud est 106. infr. de solut.* Atqui cõstitutum habet vim solutionis *l.idem est 10. infr.* Ergo etiam adiecto solutionis causa constitui suo nomine nihil prohibet.

DEC. Omne constitutum supponit præcedens aliquod debitum *l.1.§. debitum supr.* nec proinde cuiquam constitui suo nomine potest quin ei suo nomine debeatur. Atqui adiecto solutionis gratia nihil suo nomine debetur, quia stipulationi alienæ adiicitur solutionis tantùm causa, non etiam obligationis *l.eum qui 56.§.qui sibi, de verb. oblig. l. Stichum aut Pamphilum 95.§.quæsitum. infr. de solut.* ideóq; nullam habet petitionem, quia cui nulla obligatio acquiritur, einec actio nec petitio vlla acquiri potest, & quamuis ei solui possit, non tamen suo nomine ius habet accipiendæ solutionis, sed nomine stipulatoris, cui & idcirco mandati actione tenetur, vt quod ipsi solutum est, stipulatori restituat *l. qui res 98.§.qui stipulatus. infr. de solut.§.si quis alij. Instit. de inutil. stipulat.* Ergo nec ei constitui suo nomine potest. Planè quin stipulatoris nomine possit ei constitui, nec dubitari potest, postquàm placuit etiam alij posse constitui, quod alij debetur *l.5.§.quod exigimus supr.* Quidni ergo etiam ei qui solutionis causa est adiectus? Et miror Accursium hoc negare, & mandatum expressum requirere, ad hoc vt adiecto solui possit: quasi tacitum non sufficiat, quod tamen nec vllomodo necessarium est, vt ex eo apparet, quod sufficit debitum alicui esse id quod alij constituitur licèt nondum appareat persona, cui debeatur *l.hactenus 11. infr.* quo tamen casu neque expressum, neque tacitum mandatum aut fingi aut subintelligi potest.

8. PAVLVS libro 29. ad Edictum.

SI verò mihi aut Titio constitueris te soluturum: mihi competit actio. quod si, posteaquam soli mihi te soluturum constituisti [a], solueris Titio: nihilominus mihi teneberis.

Ad l. Si verò 8.

RAT. DVB. Qui patitur sibi constitui aut Titio, non minùs Titio prospicit, quàm sibi ipsi: facit enim parem suam & Titij conditionem. ergo quemadmodum ex eiusmodi constituto mihi competit petitio & actio constitutæ pecuniæ, ita & Titio debet competere: nec enim volenti mihi vlla in eo fieri potest iniuria *l.in diem 9.§.1. infr. de aqua & aquæ pluu. arcend.*

DEC. Non magis potest quis constituendo aut constitutum admittendo alteri quærere actionem quàm stipulando: est enim generalis regula iuris ciuilis & prætorij, per liberam personam quæri actionem alteri non posse *l.solutum 11.§.per liberam. infr. de pignor. act.* sunt enim obligationes & actiones omnes ad hoc comparatæ, vt sibi vnusquisque acquirat quod sua interest, vt autem alij acquiratur nihil interest mea *l.stipulatio ista 38.§.alteri de verb. oblig. iunct. l.vlt. supr. de legib.* nec potest in eam rem potentius esse constitutum quàm stipulatio *§. de constituta Instit. de action.* Ergo quemadmodum si mihi dari stipuler, aut Titio, persona Titij solutionis tantùm causa stipulationi adiecta esse intelligitur non obligationis, quia nec potuit *l.eum qui 56.§.qui sibi. l. si duo 128. de verbor. oblig. l. Stichum 95.§.quæsitum. l. aliud est 106. infr. de solut.* ita & si mihi aut Titio constitueris te soluturum, dicendum est soli mihi non etiam Titio acquiri petitionem & actionem: quippe quam præcedere necessariò debeat obligationis acquisitio, vt diximus ad *§.1. legis præced.* Non enim voluntas mea sufficit, etiamsi maximè id voluerim, cùm deficit potestas iuris *l.4. inf. de acquir. hered. l. quoties 9. in princip. de hered. inst. l. multum interest 6. C. si quis alter. vel sib.* Iunge quæ scripsi ad *l.5.§. item tutori 7. supr.*

a *Quòd si posteaquàm soli mihi te soluturum constituisti.* RAT. DVB. Cùm ita stipulatus sum *mihi aut Titio dare spondes*, quamuis debitor postea constituat se mihi soluturum, competit quidem mihi soli de constituta pecunia actio, sed tamen etiam adiecto nihilominùs solui potest, quia quod adiecto soluitur, mihi solui videtur, inquit idem Paulus noster in *l. si ita stipulatus sim 59. infr. de solut.* Ergo verum esse non potest, quod hîc ex eodem Paulo scribitur, si posteaquam soli mihi te soluturum constituisti solueris Titio, te mihi adhuc nihilominus teneri.

DEC. Multum refert, an sic mihi constitueris, vt mea tantùm persona in constituto nominata sit, an verò mihi soli te soluturum constitueris. Priore casu liberatis soluens Titio *dict. l. si ita.* posteriore verò

BIU Cujas

non item, quia repugnat dictio illa *soli*, quæ non potest videri adhibita fuisse in constituto, nisi ad exclusionem Titij, qui licèt in stipulatione adiectus fuerit solutionis causa, ita vt nec legem stipulationis immutare stipulator potuerit, *l.vero procuratori* 12. §.*pen.l.aliud est* 106.*inf.de solut.* potuit tamen ab ea solutionis accipiendæ facultate excludi per conuentionem contrariam stipulatoris & promissoris, quomodo hîc ponimus interuenisse, ita facto constituto, vt mihi soli debeas soluere, quod mihi aut Titio solui ex lege stipulationis potuerat & debuerat. Nec fuit in eam rem necessarius Titij consensus, cui nullum ius obligationis quæsitum fuerat, quíque si solutionem etiam ante constitutum accepisset, eam ipsam pecuniam actione mandati mihi reddere debuisset *l.qui res* 98. §. *qui stipulatus. infr.de solut.*§.*si quis alij.Instit.de inutil.stipulat.* Neque obstat si quis obiiciat pactum nudum subiectum & contrarium stipulationi, non tollere stipulationem ipso iure, sed tantùm per exceptionem *l.si vnus* 27. §. *pactus ne peteret. supr. de pact.* vbi ratio redditur, quia in pactis factum, in stipulationibus verò ius versatur. Id enim ad pacta nuda pertinet, non ad constituta quæ cùm iuris prætorij auctoritate munita sint, pariántque actionem, nuda dici certè non possunt. Neque tamen in hac specie tollitur ipso iure stipulatio per constitutum, sed lex tantùm stipulationis immutatur, quod ad personam Titij pertinet, cui nullum prorsus obligationis ius ex ea stipulatione, vt diximus, fuerat acquisitum. Aliud certè esset si pro constituto poneremus interuenisse pactum de non petendo, vt in *d.* §.*pactus ne peteret*, aut cõstitutum factum esse de soluendo alij, quàm mihi stipulatori. Etsi enim etiam in constituto ius versatur, non autem nudum factum, ius tamen illud prætorium est non ciuile, ideóque non magis posset stipulationem tollere, in qua ius ciuile versatur, quàm nuda pactio, sed auxilium exceptionis in eam rem esset necessarium: cui enim damus actionem, multò magis daremus exceptionem constitutæ pecuniæ *arg.l.1.*§.*is autem. infr.de superfic.l.inuitus* 156.§.1.*de reg.iur.*

9. PAPINIANVS libro 8. Quæstionum.

TItius tamen indebiti condictione tenebitur, vt quod ei perperam solutum est, ei qui soluit, reddatur.

Ad l.Titius 9.

RATIO DVB. Titius tenetur mihi actione mandati, vt quod tanquam adiectus solutionis causa à debitore meo accepit, mihi restituat *l.qui res* 98. §. *qui stipulatus.infr. de solut.*§.*si quis alij.Instit.de inutil stipulat.* ergo non potest teneri condictione indebiti, vt ei reddat pecuniam à quo solutionem accepit. Alioqui duobus eiusdem pecuniæ nomine insolidum teneretur, quod esset iniquum.

DEC. Adiectus solutionis causa tunc tenetur actione mandati, cùm ex stipulationis lege ius habuit accipiendæ solutionis, quam scilicet accepisse intelligitur ex mandato & voluntate testatoris; adeò vt nec liberum sit stipulatori hoc mandatum reuocare, ne quidem re integra: quod in cæteris mandatis diuersum est, nisi cùm in rem mandatarij mandatum factum est *l.illam* 33.*C.de donat.* §.*rectè & sequ. Instit.de mandat.* nempe quia certam legem ab initio habuit stipulatio, quam postea immutare stipulator inuito promissore non potuit *l.vero procuratori* 12.§. *pen.l.aliud est* 106.*inf.de solut.* In proposita verò specie ponimus mandatum, quod inerat stipulationi, reuocatum fuisse per constitutum, postea secutum ex voluntate vtriusque tam promissoris quàm stipulatoris, per quod scilicet promissor cõstituit se mihi soli soluturũ. Ergo si ab eo tempore Titius solutionem acceperit, mandati actione teneri mihi non potest, & consequenter ne ex aliena iactura locupletetur, necesse est, vt ei qui soluit, condictione indebiti teneatur *l. nam hoc natura* 14.*iunct. l.si procurator* 8.*supr.de condict.indeb.* præsertim cùm stipulator cui soli promissor soluturum se postea constituit, loco eius habendus sit cui iam solutum est, quia constitutum loco solutionis cedit, vt subiicitur in *l. seq.* Si autem stipulatori priùs solutum esset, deinde adiecto solutionis causa nemo dubitaret quin adiectus condictione indebiti teneretur soluenti, non autem mihi actione mandati.

10. PAVLVS libro 29. ad Edictum.

IDem est, & si ex duobus reis stipulandi post alteri constitutum, alteri postea solutum est: quia loco eius, cui iam solutum est, habere debet is, cui constituitur.

Ad l.Idem est 10.

RAT. DVB. quod duobus correis credendi debetur, singulis in solidum debetur, & ideò qui prior solutionem accepit, debitorem communem à correo liberat *l.*2.*l.*3. §.1. *& pass.infr. de duobus reis.* In eóque plus iuris habet correus credendi quàm is qui solutionis causa tantum adiectus est, cùm adiiciatur correus, vt sit etiam particeps obligationis. Ac proinde, quod in præcedentibus diximus, posse stipulatorem ex voluntate promissoris etiam ignorante adiecto immutare legem stipulationis, non videtur ad hunc casum extendi posse. Illo enim casu verendum non est, ne iniuria fiat adiecto, qui nihil penitus iuris in obligatione habet. At in duobus correis verendum est, neque ferendum, vt ius quod habet vnus ex correis, non tanquam adiectus sed tanquam creditor alterius correi facto ipsi adimatur *l.Granius* 71.§.*pen.inf. de fideiuss.l.si Stichum* 8.*in fi.de nouat.* Ergo aliud iuris esse debet in duobus correis stipulandi, quàm sit in adiecto solutionis causa, vt si post stipulationem, per quam correi credendi facti sunt, alteri eorum constituatur, alteri nihilominus solui possit, nec indebiti condictione teneatur alter ille si solutionem acceperit, nisi fortè & ipse constituto probetur consensisse: quo casu non tam correi sui facto, quàm suo proprio & obligationem & actionem sibi quæsitam amisisse videretur.

DEC. Cùm quid pluribus correis credendi debetur, licèt singulis in solidum debeatur, attamen vna tantùm obligatio est, quæ proinde per solutionem alterutri factam tollitur etiam ignoráte adeóque inuito altero: nec tantùm per solutionem, sed etiam per acceptilationem, quæ nihil nisi imagina-

BIU Cujas

tia solutio est §.1. *Iustit.quib.mod.tollit.oblig.* adeoque per nudam & simplicem petitionem *d.l.2.& l.3.§.1. l.ex duobus 16.de duob.reis.* Id enim est, quod dicimus, ex duobus correis siue debendi, siue credendi alterius factum alteri quoque nocere *l.penul.eod.tit.* Atquin is cui constituitur, loco eius haberi debet, cui iam solutum est, cùm solutionis loco constitutum cedat, sicut & iusiurandum *l. iusiurandum etiam 27. supr. de iureiur.* Ergo quemadmodum si vni ex correis solutum reuera esset, sublata esset tota obligatio, nihilque iam alteri deberetur, ita vt quod alteri correo postea solutum esset, ei condici iure posset tanquam indebitū ab eo qui soluisset, ita & si postquàm alteri constitutum fuit, alteri solutum proponatur. Bene tamen notat Accursius, constitutum non per omnia vim habere solutionis. Facta enim solutio liberaret communem debitorem ab vtroque correo credendi, & quidem ipso iure *d.l.3.* §.1. at cōstitutum retinet eum in obligatione erga correum, cui constituitur, ab alio verò eum quidem liberat, sed per exceptionem tantùm non ipso iure. Habet enim debitor exceptionem constitutæ vni pecuniæ si ab altero conueniatur. Quæ exceptio cùm sit fauorabilis & perpetua, repetitionem soluti proculdubio parit *l. qui exceptionem 40. supr. de condict.indeb.* Ideoque dicimus eum ex correis cui constitutum est, posse alterum quoque correum in causam constitutæ pecuniæ procuratorem dare *l.licèt 42.§.porrò.supr.de procurat.* quasi correus credendi esse desierit, qui cœpit exceptione perpetua repelli posse *l.creditores 10.l.creditor 55.debitor 106.de verbor. signif.l.nihil interest 112.de reg.iur.*

II. VLPIANVS libro 27. ad Edictum.

HActenus igitur constitutum valebit, si, quod constituitur, debitum sit: etiam si nullus appareat, qui interim debeat. vtputa si ante aditam hereditatem debitoris, vel capto eo ab hostibus, constituat quis se soluturum. nam & Pomponius scribit, valere constitutum: quoniam debita ea pecunia constituta est.

Ad l. Hactenus 11.

RATIO DVB. Non entium & non apparentium idem solet esse iudicium *l.duo sunt Titij 30.infr.de testam.tutel. §. si aduersus.Instit.de nupt.* Ergo quemadmodum non valeret constitutum eius pecuniæ, cuius debitor nullus esset, ita neque valere debet eius pecuniæ cuius debitor adhuc nullus apparet. Quid enim si debitoris hereditas nunquam adeatur, atque ita debitor sine successore decedat, vt neque ad fiscum bona vacantia peruentura sint, existente fortè debitore non soluendo? vt in *l.habere licere 57. infr. deeuict.iunct.l.1.§.an bona.infr. de iur.fisc.l.1.§.idem Pomponius quærit si apud te 14.infr. depos.l.1.C.de oblig.& action.* Quid rursum si debitor captus sit ab hostibus? Est namque incertum an futurum sit, vt ipsi debeatur, an heredi ipsius: si enim ab hostibus reuertatur, ipsi debitum fuisse intelligetur, quasi semper manserit in ciuitate, si verò apud hostes morietur, non ipsi, sed heredi eius debitum apparebit quasi mortuo debitore in ciuitate à prima hora captiuitatis: alterutrum si quidem euenire necesse est ex fictione aut postliminij aut legis Corneliæ de captiuis *l.si is qui pro emptore 15.l.iusto 44.§.vlt.infr. de captiu.* Euentum igitur expectari necesse est, vt sciatur cuius debitum constitutum sit.

DEC. Vt valeat constitutum, sufficit debitum reuera subesse, nec refert cuius debitum sit, cùm possit quilibet constituere quod quilibet alius debet *l.eum qui 5.§.quod exigimus supr.* Atqui nec quod debitor sine herede decesserit, nec quod ab hostibus captus sit, facere potest vt minùs debitum maneat ex parte rei quod priùs debitum fuit, adeò vt etiam iacente hereditate, & durante captiuitate incipiat præscriptio currere *l.4. infr. de diuers. tempor. præscript.iunct.l.ad diem 77. de verborum.obligationibus.* Alia nempe quæstio est, an debeatur, alia verò cui debeatur. Ergo etiamsi debitor sine herede decesserit, aut ab hostibus captus sit, constitutum nihilominus valebit. nam & fideiussor priore casu vtili actione obstrictus maneret *l. Stichum aut Pamphilum 95.§.1. in fin. de solut.* Aliud sanè est, vt bene notat Accursius, si debitori deportatio irrogata sit: nec enim pro tali debitore fideiussor accipi potest quasi contra debitorem tota obligatio extincta sit, vt Papinianus respondit in *l. si debitori 47. infr. de fideiuss.* Adeò autem valet constitutum, vt ex eo conueniri possit is qui constituit, etiam priùs quàm hereditas debitoris adita sit, vt idem Accursius hîc notat, exemplo eius qui citeriore die constituit se soluturum id, quod alius debeat, de quo in *l.4. supr.*

1 ¶ Si quis centum aureos debens, ducentos constituat: in centum tantummodò tenetur, quia ea pecunia debita est. ergo & is, qui sortem, & vsuras [a], quæ non debeantur, constituit: tenebitur in sortem dumtaxat.

Ad §.1. Si quis centum.

RAT. DVB. Non valet constitutum nisi præcedens debitum subsistat *l.1.§.debitum supr.* & initio huius legis. Atqui cùm is qui debens centum dumtaxat ducenta constituit, tam est indebitum quod constituitur, quàm est debitum: ex ducentis enim centum debentur, centum non debentur. Ergo non potest hoc constitutum valere, quippe cuius causa indiuidua esse videtur, vt & omnium contractuum *arg.l.cùm ex causa 139.infr.de verbor.oblig.*

DEC. In iis quæ sui natura sunt diuidua, inutilis adiectio non viciat, sed viciatur *l.1.§.pen.cod.l.placuit 29.inf. de vsur.* Atqui summa ducentorum aureorum quam constitutam fuisse ponimus, diuidua est, nec quicquam verat centum esse debita, & centum indebita. Ergo valebit constitutum pro centum debitis, pro aliis centum indebitis non valebit. Referen-

BIU Cujas

dum enim constitutum semper est, & restringendum ad pecuniam debitam. Nec potest videri causa constituti indiuidua, siue ex parte constituentis, siue ex parte illius cui constituitur, quasi non fuerit aut ille constituturus centum aureos, aut hic constitutum illud admissurus nisi producentis, quomodo dicimus de eo qui fundum totum emit aut vendidit, quem non fuerat pro parte empturus aut venditurus *l.tutor vrgentibus* 47.§.1.*supr.de minor. l.si quis aliam* 46.*infr.de solut.* Ea nempe ratio est quę facit contractum venditionis & emptionis indiuisibilem, ne alioqui cogeretur, aut emptor aut venditor, aut vterque incidere in communionem *l.si non sortem* 26.§. *si centum supr.de condict.indeb.* in qua nec inuitus remanere cogeretur *l.vltim. C.commun. diuid.* Quæ ratio cessat in promissa debitáque pecunia. Vnde etiam est, quòd si mutua tibi decem dederim sic, vt vndecim debeas, obligaris vsque ad decem duntaxat, vltrà verò non teneris, quia re contrahi obligatio vltra id quod reuera datum est, non potest *l.si tibi* 17.*in princip.supr.de pact.l.rogasti* 11.§.*si tibi.supr.de rebus credit.l.cùm vltra* 9. *Cod.de non numer.pecun.* Quid ergo si cùm debere te scires centum duntaxat, ducenta tamen vltrò promiseris per constitutum? An non reliqua centum indebita donasse videberis? Ita putat Azo, ex regula *l cuius per errorem* 53.*de regul.iur.l.vlt.C.ad legem Falcid.* nec malè inspecto iure nouo Iustiniani, quo inductum est, vt pacto nudo fieri possit donatio *l.si quis argentum* 35.§.*vlt.C.de donat.* inspecto enim iure vetere, quo nulla donatio perfici poterat, nisi per tractationem aut stipulationem, non idem certè dici poterat, vt aduersus Azonem Accursius bene disputat. Constitutum enim licèt non sit nudum pactum, quia iuris prætorij authoritate munitum est, vt in superioribus docuimus, sit tamen nullo pacto, & citra stipulationem §.*de constituta. Instit.de action.* Alia ratio est eius pecuniæ quam quis constituit, sciens indebitam iure prætorio propter exceptionem: etsi enim non eò magis valet constitutum ad producendam actionem constitutæ pecuniæ, videtur tamen constituens donasse & remisisse exceptionem, vt pristina actione conueniri possit cum effectu *l.si quis delegauerit* 12.*infr.de nouat.* vt diximus ad *l.*3.§.1. *supr.* ex Bartolo ad hunc locum. Iunge quæ dixi ad *l.*3.§.*pen.supr.*

a *Ergo & is qui sortem & vsuras.* RAT. DVB. Etiam indebitæ vsuræ si solutæ sint, non repetuntur, si modò sors debita fuit *dict.l.si non sortem* 26.*in princ. &* §.1.*supr.de condic.indeb.* Atqui constitutum habet vim solutionis *l.prox.supr.* Ergo si quis & sortem & vsuras, quæ non debebantur, constituerit etiam quod ad vsuras pertinet, constitutum valebit quoque pro vsuris. DEC. Constitutum vim solutionis habet non simpliciter, sed secundùm quid, vt diximus ad *l.prox.supr.* & ita demùm si verum debitum præcedat, sine quo valere constitutum non potest *d l.*1.§.*debitum.supr.* & in principio huius legis. Atqui non fiunt debitæ vsuræ ob hoc solùm, quòd constituantur quasi debitæ, si antea indebitæ fuerunt: alioquin nunquam fieret constitutum pro indebito, si ex indebito posset facere debitum. Ergo si quis & sortem debitam & vsuras, quæ non debebantur soluturum se constituerit, in sortem quidem tenebitur, sed in vsuras non tenebitur, quia separata est causa vsurarum & sortis, nec possunt deberi citra stipulationem vsuræ pecuniæ creditæ *l.*3. *C.de vsur. l.Titius* 24.*infr.de præscript.verb.* In constituto autem stipulatio nulla interuenit *dict.* §. *de constituta. Instit. de action.*

12. PAVLVS libro 13. ad Edictum.

SEd & si decem debeantur, & decem & Stichum constituat: potest dici, decem tantummodo nomine teneri.

13. IDEM libro 29. ad Edictum.

SEd si quis viginti debens, decem constituit se soluturum, tenebitur.

Ad l.Sed etsi decem 12. *&* 13.

RAT. DVB. & DEC. eadem est quæ ad § proximè præcedentem. Quid enim refert an is qui decem debet, constituat viginti, hoc est, decem & decem, an verò decem & Stichum, nisi quod summa viginti est diuidua in decem & decem? at decem & Stichus sunt iam ipso iure & ipso facto diuisa. Tantò magis igitur admittendum est, vt si is qui decem tantùm debebat, decem & Stichum constituerit, valeat constitutum pro decem quæ fuerunt debita, non valeat autem pro Sticho qui fuit omnino indebitus. Et ita accipiendum esse quod hîc generaliter & indistinctè Paulus scribit, constituentem teneri, Accursius noster bene vidit.

14. VLPIANVS libro 27. ad Edictum.

QVi autem constituit se soluturum, tenetur: siue adiecerit certam quantitatem, siue non.

Ad l.Qui autem 14.

RAT. DVB. Incertitudo viciat obligationem si nesciri possit, quid & quantum debeatur, quia nec aliter ratio vlla erit dissoluendæ obligationis si nesciatur quid & quantum solui debeat, cùm obligatio sit iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius rei soluendæ, quomodo Iustinianus in Institutionibus diffinit. *l.inter stipulantem* 83.§.1.*de verb. obligat.* Ergo non potest constitutum valere nisi certa quantitas adiecta sit.

DEC. Constitutum non aliter valere potest, quàm si debitum sit id quod constituitur, vt toties diximus ex *l.*1. §.*debitum.l.*3. §. *quod exigimus.l.hactenus* 11. *supr.* Ergo quamuis constitutum nullam contineat certam quantitatem, sciri tamen potest per relationem ad prius debitum, quid quale quantúmq; sit id quod constituitur. Sufficit verò certũ id esse per relationem *l.certum* 6.*supr.de reb.credit.l.*3.*C.de sentent. quæ sine cert.quant.profer.l.ait prætor* 5.§.1.*l.in sententiis* 59.§.1.*infr.de re iudic.* Nec rursum quicquam ve-

tat

BIU Cujas

tat etiam incertam quantitatem constitui, dummodo causam habeat certam, & quæ certam quoque admittat executionem *l. 2. §. incertam & leg. vlt. inf. de stipulat. prætor. iunct. d. §. debitum l. 1. supr.* Alioqui non posset constitui quod ex prætoria stipulatione incertam quantitatem habente deberetur, quod esset absurdum. Quidni enim perinde id constitui possit, atque id quod ex tutelæ causa debetur ante redditas tutelæ rationes? *dict. §. debitum*, quo tamen tempore nemo negauerit prorsus incertum esse, quid & quantum ex tutelæ causa debeatur. In quo videtur erraſſe Accursius, cùm exigit ad validitatem cónstituti, nullam quantitatem certam continentis, vt certum tamen sit debitum, ad quod constitutum refertur. Illa enim demum incertitudo viciat, quæ certitudinem nullam admittit, neque per relationem ad præteritum tempus, neque ex futuro euentu habente causam de præterito, vt loquuntur.

1 ¶ Si quis constituerit se pignus daturum, cùm vtilitas pignorum irrepserit, debet etiam hoc constitutum admitti.

Ad §. 1. Si quis constituerit.

RAT. DVB. Non potest constitui nisi quod iam debetur *d. l. 1. §. debitum supr.* Atqui debitor pecuniæ non ideo debuit pignus. Potest enim debitum principale facilè subsistere sine pignore, quamuis non item pignus, quod accessorium est sine debito principali. Ergo pignus constitui non potest, sicut neque solui: soluitur enim debitum, non pignus.

DEC. Vtilitas pignorum tanta irrepsit in commercium hominum, vt hoc quoque constitutum admitti placuerit, si quis siue pro suo, siue pro alieno debito pignus se daturum constituerit. Primùm quia plus cautionis est in re quàm in persona *l. plus cautionis 24. de regul. iur. §. furti autem vers. vnde constat Instit. de oblig. quæ ex delict. nasc.* Deinde quia satisfactio pro solutione est *l. satisfactio 52. inf. de solut.* Satisfacit autem qui pro pecunia debita offert pignus volenti creditori *l. si rem alienam 9. §. omnis pecunia inf. de pignorat. act.* Etsi enim satisfacere velle nihil prodest, satisfeciſſe tamen prodest *l. item liberatur 6. §. 1. inf. quib. mod. pign. vel hypothec. soluit.* Postremo quia pignus vendi potest, vt ex pretio venditionis creditori satisfiat. Inutile enim pignus est quod vendi non potest *l. mulier 11. & pass. C. de distract. pignor. l. 4. inf. de pignorat. act.* Et hæc pignoris vtilitas, quam irrepsisse Vlpianus noster ait, non quam nonnulli restringunt ad debitum naturale tantùm, quasi verò nulla sit vtilitas pignoris in debito naturali & ciuili, quod est ridiculum, & bene ab Accursio refutatum. Sanè in pignore dato pro naturali tantùm debito, euidentior vtilitas pignoris est, quia parit retentionem pro eo debito, pro quo non haberet actionem, vt in specie *l. per retentionem 4. C. de vsur. l. 1. inf. de pignor.* In summa sufficit aliquod esse debitum cui possit pignus accedere, & vt id quod in constitutum deducitur, sit de accessoriis ad debitum, licèt non sit ipsum debitum principaliter, vt Bartolus hîc notat. Alia quæstio est, an is qui soluturum se constituit, satisfaciat constituto, si pignus offerat vel satisdationem, de qua in *l. promissor 21. §. vlt. inf.* vbi dicemus.

2 ¶ Sed & si quis certam personam fideiussuram pro se constituerit: nihilominus tenetur, vt Pomponius scribit. quid tamen, si ea persona nolit fideiubere[a]? puto teneri eum, qui constituit: nisi aliud actum est. quid si ante decesserit? si mora interueniente: æquum est, teneri eum, qui constituit, vel in id, quod interest, vel vt aliam personam non minùs idoneam fideiubentem præstet: si nulla mora interuiente: magis puto, non teneri.

Ad §. 2. Sed & si quis.

RAT. DVB. Qui certam personam vel incertam pro se fideiussuram constituit, alienum factum promittit: ergo inutiliter. Nec enim alienum factum vtiliter promittitur, quia de suo facto promittere quisque debet non de alieno *l. stipulatio ista 38. in pr. de verb. obligat. § si quis alium Instit. de inutil. stipulat.*

DEC. Sic accipi hoc constitutum debet, vt valeat potius quàm vt sit inutile *l. quoties in stipulationibus 80. l. sitta stipulatus 126. §. Chrysogonus vers. planè inf. de verb. oblig. l. quoties 12. de reb. dub.* Ergo ita interpretandum est, vt is qui constituit, videatur promisisse curaturum se, vt alius fideiubeat: quo casu constitutum valet, quia de suo non de alieno facto constituens promisisse intelligitur, & valet prmissio *d. §. si quis alium.* Est autem hæc interpretatio eo iustior, quòd tractamus de constituto, quod quis fecerit pro suo debito. Inde namque coniectura in dubio sumi potest, quòd constituendo de suo quoque facto prmittere voluerit, non de alieno. Id enim est quod Bartolus hîc notat, quando quis promittit aliquem facturum aliquid ad conseruationem eius, quod ipse promittens debet intelligi eum promittere se facturum & curaturum.

a *Quid tamen si ea persona nolit fideiubere?* RAT. DVB. Non est in potestate constituentis, vt alium cogat fideiubere. Est enim positum in cuiusque arbitrio & potestate, an contrahere velit nécne *l. sicut 5. C. de oblig. & action.* Ideoque non tantum difficilis, sed etiam interdum penè impossibilis est datio fideiussoris *l. 2. §. penult. sup. de iudic.* Impossibilium autem nulla obligatio est *l. impossibilium 185. de regul. iur.* Ergo si is quem fideiussurum quis constituit, nolit fideiubere, dicendum est constituentem non teneri quasi hoc satis acto inter contrahentes, ne alioqui dicendum sit id videri actum potius, vt constituens inuitum daret eum fideiussorem, qui fideiubere nollet *arg. l. non solum 31. de oblig. & action.*

BIU Cujas

DEC. Fideiussoris præsertim certi datio difficilis esse interdum potest, sed impossibilis nunquam. Est enim ex eorum genere quæ recedunt ab impedimento naturali, & respiciunt ad facultatem dandi. Est autem facultas personę commodum incommodúmque, non rerum quæ promittuntur, vt eleganter Venuleius tractat in *l. continuus* 137. §. *illud de verborum obligationibus*. Ergo non potest constitutum hoc quasi rei impossibilis vitiari, præsertim cùm eo nolente fideiubere, quem promissor fideiussurum constituit, alia supersit ratio dissoluendæ obligationis, & satisfaciendi constituto: quemadmodum si decessisset hic fideiussor antequàm volũtatem suam declarasset, & post moram promissoris, quo casu æquum esset teneri constituentem ad hoc saltem, vt vel præstaret id quod interesset, vel aliam personam non minùs idoneam quæ fideiuberet, vt in *leg. Labeo* 25. §. *vltim. & leg. sequent. supr. de recept. Qui arbitr. recep. leg. planè* 4. *vt in poss. legat. l. si ab arbitro* 10. §. 1. *sup. Qui satisd. cogant*. Simile aliquid est in *l. si quis domum* 9. *inf. locat*. Quòd si constituentis mora nulla interuenerit in dando fideiussore, & interea fideiussor decesserit, placet constituentem non teneri, quia nihil imputari possit constituenti, quomodo imputari posset, si ante mortem fideiussoris moram contraxisset. Semper enim moram authori suo nocere æquum est *leg. si ex legati* 23. *& sequen. De verborum obligationibus leg. in condemnatione centesim. septuagesim. tert.* §. *penult. de regul. iur. l. hominem trigesim. septim. in fin. infr. mandat. sic & in leg.* 3. §. *quid si ita dedi vers. sed si Stichus supr. de condict. caus. dat*. Sed distinctio hæc adhibenda est in eo casu quo is qui fideiussurus erat, non declarata voluntate decesserit. Nam si nolit fideiubere, indistinctè condemnandus est is, qui constituit, vt vel alium fideiussorem præstet, vel id quod interest, cuius obligatio succedit semper in locum obligationis faciendi *leg. si quis ab alio decim. tert. in fin. infr. de re iudic. leg. quoties quis alium* 81. *De verborum obligationibus*. Est autem hæc obligatio faciendi, cùm quis constituit se daturum fideiussorem Sempronium, aut curaturum vt Sempronius fideiubeat. Proinde in præstationem pecuniæ, si non fiat quod promissum est, necessariò resoluitur. Ex quo apparet tanto manifestiùs, quàm verum sit quod diximus, constitutum hoc impossibilis rei non esse, ideóque errare nostros qui vulgò putant, eum qui promisit se curaturum, vt alius quid faciat liberari, si probet se fecisse quod potuit, nec quicquam perficere, & proficere potuisse. Nec enim verendum est, vt ad impossibile obligatus videatur, cùm præstando id quod interest, quod semper in pecunia numerata consistit, liberetur. Idque probatur optimè ex hoc versiculo, & ex *dict. leg. Labeo* 25. §. *vltim. supr. de reception.*

3 ¶ Constituere autem & præsentes & absentes possumus: sicut pacisci & per nuncium, & per nosmetipsos, & quibuscunque verbis.

Ad §. vlt. Constituere.

RAT. DVB. Constitutum propiùs ferè accedit ad stipulationem, quàm ad pactum, cùm ex constituto detur actio sicut ex stipulatione, non etiam ex pacto nudo, vt diximus ad *leg.* 1. *supr. ex* §. *de constituta Instit. de actionib*. nisi quod actio ex constituto prætoria est, actio autem ex stipulatione ciuilis *d.* §. *de constituta*. Atqui stipulatio non potest fieri inter absentes, sed inter præsentes duntaxat *leg.* 1. *infr. de verbor. oblig.* nec proinde per epistolam, aut per nuncium, aut per procuratorem, ergo neque constitutum inter absentes fieri potest, aut per nuncium aut per epistolam.

DEC. Constitutum fit ex simplici consensu, sicut pactum nudum, si modò adsit animus constituendi *dict. l.* 1. §. *eum qui supr.* nec proinde requirit solemnitatem verborum, vt stipulatio, & consequenter nec præsentiam constituentis. Est enim generale, vt omnes conuentiones quæ consensu nudo contentæ sunt, fieri possint & inter absentes, & per epistolam, & per nuncium, & quibuscunque verbis dummodò idoneis ad animum constituendi significandum, vt Accursius benè interpretatur: sic in *leg. vbi purè* 19. §. 1. *ad Trebell.* cùm his omnibus modis æquè declarari & exprimi consensus possit *leg.* 1. §. *vltim. De contr. empt. infr. leg consensu* 2. *De obligat. & act.* Sunt autem notabiles differentiæ quas hìc Bartolus congerit inter nuncium & procuratorem. Nuncius enim nihil nisi nudum præstat ministerium, tanquam organum viuum eius, cuius est nuncius, & quasi pica, vel buccinum, vt Accursius & Bartolus loquuntur. Ideóque non tam multa in eius persona exigimus, vt sit nuncius idoneus quàm in persona procuratoris, vt sit idoneus procurator. At procurator non præstat nudum ministerium, cùm sibi acquirat, non ei cuius procurator est *leg. possessio* 49. §. *vltim. De acquir. possess.* nisi cùm de acquirenda possessione tractatur *leg. quod meo* 18. *eod.* post quàm vtilitatis causa placuit acquiri posse nobis possessionem per procuratorem *leg.* 1. *Cod. per quas person. nob. acquirend.* Nuncius priuati hominis generalis esse nunquam potest, sed specialis tantùm, eius scilicet negotij nomine, de quo specialiter ei mandatum est. At procurator generalis esse potest, & plerunque est *l. procurator cui* 58. *& seqq. l. procurator totorum* 63. *supr. de procurat.* ideò autem loquimur de nuncio priuati, vt excludamus non tantùm nuncios iudicum, quos pragmatici seruientes vulgò vocant, sed etiam nuncios & legatos Principum, maximè verò summorum Pontificum quos etiam hodie, nuncios vulgò appellamus, fortasse idcirco, quòd ad eorum dignitatem & authoritatem maximè pertineat, vt quodcunque à nuncio fit, aut dicitur, si accipi debeat, quasi ab ipsius summi Pontificis ore, ac viuæ vocis oraculo profectum. Præterea in nuncio priuati mandatum speciale præcedere necesse est, nec sufficit subsequi ratihabitionem *d. l.* 1. *in fin. de contr. empt.* quod in procuratore diuersum est, in cuius persona ratihabitio æquiparatur mandato *l. vlt. C. ad SC. Maced.* modò ritè & habili tempore facta sit *leg. pen. & tot. tit. infr. rat. rem haber*. Vnde est quod nuncius confert verba contractus in personam domini sui *l. prox. infr.* procurator verò in suam propriam *l.* §. *Iulianus lib.* 11. *supr.* Itaque si procurator quid faciat vt nuncius, placet neque id valere, neque quod magis est, per ratihabitionem confirmari posse, quoniam aliud procuratoris, aliud nuncij officium est. Denique nuncius nunquam obligatur, procurator obligatur.

15. PAVLVS

BIU Cujas

15. PAVLVS libro 29. ad Edictum.

ET licèt libera persona sit, per quam tibi constituit: non erit impedimentum quòd per liberam personam adquirimus: quia ministerium tantummodò hoc casu præstare videtur.

Ad l. Et licèt 15.

RAT. DVBIT. Per liberam personam nihil acquiri nobis potest, excepta sola possessione, vt proximè diximus ex *l. 1. Cod. per quas person. nob. acquir. leg. solutum* 11. *§. per liberam inf. de pignorat. act.* Atqui ponimus nuncij personam fuisse liberam, per quam tibi constitutum est. Ergo per eiusmodi nuncium non potuit acquiri tibi actio constitutæ pecuniæ.

DEC. Nuncius nudum ministerium præstare videtur ei cuius nuncius est, nec nisi epistolæ, aut vt Accursius loquitur, picæ aut buccini vice fungitur, vt diximus ad *§. prox. præced.* Ergo quemadmodum per epistolam constitutum fieri potest, ita & per nuncium, in eoque differt nuncius à procuratore *l. eum qui* 5. *§. Iulianus lib.* 11. *supr.* vbi etiã diximus. Et certè quodcunque per epistolam fieri potest, etiam per nuncium possumus expedire *leg. sed & interpellatur* 49. *§. 1. supr. de recept. leg.* 1. *§. vltim. infr. de contr. empt. leg.* 2. *§. penultim. de obligat. & action.* Et longè aliud est, per liberam personam acquiri, aliud verò officium impleri *leg. si quis solutioni* 24. *§. 1. inf. de vsur. leg.* 3. *in princ. inf. Quod vi aut clam.* Vide tamen ne hîc desit negatio in illis verbis *non erit impedimento, quòd per liberam personam acquirimus*, legendum enim potius est *non acquirimus* nisi verbum illud *acquirimus* malit quis explicare pro *acquireremus* vt scripsi *lib.* 15. *Coniect. cap.* 5. vbi vide.

16. VLPIANVS libro 27. ad Edictum.

SI duo, quasi duo rei, constituerimus: vel cum altero agi poterit in solidum.

Ad l. si duo 16.

RAT. DVB. Verba edicti prætoris de constituta pecunia concepta sunt in singulari numero, de eo qui pecuniam debitam soluturum se constituit *l. 1. §. 1. sup.* Ergo si duo quasi correi debendi constituerint se soluturos, ad hoc edictum non pertinent, hactenus saltem, vt directa actione conueniri non possint, aut si pertineant, dicendum est, singulos ex eiusmodi constituto nonnisi in viriles teneri, vt in *l. reos* 11. *§. cùm tabulis inf. de duob. reis.*

DEC. Correi siue debendi siue credendi fiunt ex quolibet contractu, & ex qualibet causa, quæ apta sit producere actionem *l. eandem rem eod. tit.* Atqui causa constituti licèt non sit iusta, ciuili iure, cui incognita est, iusta tamen est apud prætorẽ, qui ex constituto dat honorariam actionem, non minus quàm ex stipulatione, aut ex alio quolibet contractu, ciuilem. Ergo etiam per constitutum non minus quàm per stipulationem, aliúmve contractum possunt fieri duo pluréve correi siue debendi siue credendi: scilicet cùm hoc actum est, vt vel singuli solidum debeant, vel singulis in solidum debeatur. Nec enim aliter correi fiunt, sed obligatio inter omnes pro virilibus scinditur *dict. §. cùm tabulis & l. 3. in princip. & paß. eod. tit.* Nec quod constituta iure ciuili incognita sunt, ad rem facit, cùm etiam stipulationum prætoriarum duo rei fieri possint *l. & stipulationum* 14. *eod. tit.* Ergo habebunt hi correi sicut & reliqui beneficium diuisionis ex epistola Diui Hadriani si pro alio constituerint, si verò pro se beneficium suæ constitutionis *Nouell.* 99. *de duobus reis cap. 1. & l. vltim. Cod. hoc tit.* vt Accursius hîc notat.

1 ¶ Sed & certo loco, & tempore constituere quis potest, nec solùm eo loci posse eum petere vbi ei constitutum est: sed exemplo arbitrariæ actionis, vbique potest.

Ad §. 1. Sed & certo loco.

RAT. DVB. Constituta ideò à prætore introducta sunt, quia graue est fidem fallere *l. 1. in princip. sup.* Atqui inuenta erit ratio frangendæ fidei in constituto datæ, si permittatur constituere certo loco. Ita enim fiet, vt nunquam conueniri possit de constituta pecunia is qui constituit, nempe si ad locum illum constituto comprehensum accedere nunquam velit, siue data opera id faciat siue aliis detentus negotiis, nec alibi tamen soluere velit *l. 1. supr. tit. prox.* Ergo non est inducendum, vt certo loco præcisè quis constituat se soluturum, neque rursum, vt certo tempore, cùm constituta potissimum inducta fuerint ob eas pecunias, quæ nondum peti possunt *l. 3. §. vlt. supr.* Quod autem certo tempore soluendum constituitur, non magis ante diem peti potest, quàm si ex stipulatione deberetur. Totum enim médium tempus semper liberum promissori ad soluẽdum datum esse intelligitur *l. stipulatio ista* 38. *§. inter l. qui hoc anno* 42. *l. liber homo* 118. *§. decem hodie de verb. oblig. l. quod certa* 70. *inf. de solut.* Ergo neque certo loco neque certo tempore coarctari debet constitutum, vt aliqua & certa eius vtilitas esse possit.

DEC. Non sunt coarctandæ neque impediendæ hominum liberę voluntates, & conuentiones, cùm fieri possit, vt quis constituat se soluturum certo loco & tempore, qui aliter non fuerit constituturus

BIU Cujas

arg.leg.vlt. Cod de pact.iur.empt.& vendit. Satísque esse debet, quòd non ideò constitutum inutile futurum sit, non solùm si certo tempore constitutum sit, vt diximus ad *dict.leg.3. §.vltim.* sed etiam si certo loco, quia non eo minùs poterit constituta pecunia vbique peti, & quocunque loco, *exemplo arbitrariæ actionis*, vt Vlpianus hîc scribit. Quod nostri omnes ne excepto quidem Cuiacio sic intelligunt, vt hoc casu arbitraria sit actio, quæ datur ex constituto, perinde ac si competeret ex stipulatione, aut ex testamento: quasi fieri nequeat, vt qui certo loco se solututum constituit, vbique conueniri possit nisi per arbitrariam *argum.leg. 1.supr.de eo quod certo loco.* Sed nos contrà sentimus ex ipsis Vlpiani nostri verbis, actionem hanc per quam constituens conueniri vbique potest, non tam esse arbitrariam, quàm exemplo arbitrariæ actionis comparatam: quia sicut is qui ex contractu bonæ fidei certo loco dare se obligauit, conueniri quocunque alio loco potest, nec id tamen per arbitrariam, sed per actionem bonæ fidei ex eo contractu competentem, tanquam sufficiente sola actionis natura & æquitate *leg.in bonæ fidei 7.* vbi diximus *eod.tit.* Ita & in actione de constituta pecunia, quæ prætoria est, & ex mera æquitate Prætoris comparata, nil necesse est, arbitrariam actionem inducere, cùm sufficere possit æquitas actionis & Prætoris ad obligandum constituentem, vt si non soluat in loco destinato quàm primùm potest, quocunque alio loco vrgeri possit ad solutionem, quemadmodum si constituisset se soluturum quocunque loco inuentus esset, ne in ipsius potestate sit fidem frangere, quod contra mentem Prætoris & propositum edicti esset. Ergo quemadmodum in actione arbitraria loci vtilitas æstimanda esset in fauorem eius per quem non stetisset, quominùs suo loco solueretur, ita & in hac constitutæ pecuniæ actione exemplo arbitrariæ actionis eadem vtilitas loci æstimanda erit, aut pro actore, aut pro reo, prout æquitas suggeret, quam habere ante oculos debebit iudex, qui de actione ista cognoscet non minùs quàm qui arbitrariæ actioni addictus est *l. 4. in fin. supr. eod. tit. prox.* Cùm enim actio hæc ad exemplum arbitrariæ actionis comparata sit, vt Vlpianus ait, quamuis non sit ipsa arbitraria, easdem tamen præstationes recipit ex bona fide & æquitate, quas arbitraria reciperet officio iudicis. Scripsi pluribus in *Error.6. Decad.91. decretor. pragmatic.& interpret.iur.* Vbi vide.

2 ¶ Ait Prætor: *Si appareat eum, qui constituit, neque soluisse, neque fecisse, neque per actorem stetisse, quominùs fieret quod constitutum est.*

Ad §. 2. Ait Prætor.

Proponuntur in hoc §. verba edicti *De constituta pecunia*, sed manca tamen & mutila, quæ causam actionis dandæ duntaxat continent, illam scilicet si appareat eum qui constituit se soluturum aliquid, aut facturum, neque soluisse, neque fecisse quod promisit, neque per actorem stetisse quominùs fieret quod constitutum est. Sed quid prætor eo edicto pollicitus sit, non constat. Accursius sic intelligit post Azonem, ac si Prætor adiecisset *reum satisfacere cogam.* Quod Bartolus reprehendit: nec malè, quia, inquit, ex iis verbis non oriretur actio de constituta pecunia, sed officium iudicis, quod ille accipit pro cognitione Prætoria, de qua in *leg. quòd si minor 24. §. vltim. supr. de minor. & tot. tit. De var. & extraord. cognit.* Itaque sic supplenda sunt potiùs verba edicti, vt subintelligamus vulgarem clausulam, quæ in cæteris edictis addi solet *iudicium dabo.* Expeditur enim quæstio hæc constitutæ pecuniæ actione ordinaria, non cognitione prætoria. Sunt enim quædam causæ duntaxat, de quibus Prætor ipse cognoscit, qualis illa est de in integrum restitutione minorum, de qua sic Prætor edixit, *vti quæque res erit animaduertam leg. 1. dict. leg. quòd si minor. vigesim. quart. §. vltim.* vbi diximus *supr. de minor.* Item causa status & liberalis, de qua in *titul. de liber. caus. leg. non distinguemus 32. §. de liberali supr. de recept. qui arbitr. recep.* Sed ab iis causis multùm distat causa constitutæ pecuniæ, ideóque passim actio appellatur, vt intelligamus eam expediri per formulam & per iudicem pedaneum, dandum à Prætore post litem contestatam, quæ fuit vetus ratio exercendorum iudiciorum omnium, quæ idcirco ordinaria dicebantur ante *leg. 2. Cod. de pedan. iudicib. & titul. Codic. de formul. & impetr. action. sublat.* Iunge *titul. de variis & extraordin. cognit.*

3 ¶ Ergo si non stetit per actorem, tenet actio: etiam si per rerum naturam stetit. sed magis dicendum est, subueniri reo debere.

Ad §. 3. Ergo si non stetit.

RAT. DVB. Non tenetur debitor de interitu rei debitæ, nisi post moram ipsius debitoris contingente *leg. si ex legati vigesim. tert. & leg. seq. leg. si seruum 91. §. sequitur infr. de verbor. obligat. leg. cùm res 47. de legat. 1.* Atqui fieri potest, vt res quam quis se daturum constituerit, suo fato perierit, nulla præcedente mora promissoris. Ergo quamuis verum sit hoc casu non dedisse promissorem, nec fecisse quod promiserat, nec per actorem stetisse, quominùs fecerit, dicendum est liberari constituentem, nec teneri *de constituta pecunia*, ne quidem ipso iure: &, vt nostri loquuntur, de rigore iuris. DEC. Ita quidem est ex ratione iuris, sed aliud tamen ex ver-

BIU Cujas

ex verbis edicti, cùm polliceatur Prætor actionem se daturum *de constituta pecunia*, si neque constituens dederit vel fecerit id quod constituit, neque per actorem steterit. Quæ omnes conditiones non eò minùs implentur, quòd res debita postmodum fato suo perierit citra moram. Sed tamen benè subiungit Vlpianus, subueniendum esse huic constituenti, si post rem fato suo peremptam nulla mora interueniente ex constituto conueniatur. Quomodo autem ei subuenietur? Data scilicet illi exceptione aut potiùs iusta edicti interpretatione; vt subiicitur in *l. seq.* vt quod verbis edicti comprehensum est, interpretationem accipiat ex mente Prætoris, quem non est existimandum in proponenda huiusmodi actione, quæ tota est ex bono & æquo, & ex bona fide, aliquid iniqui edicere & decernere voluisse. Esset autem iniquum cõstituentem per quem non stetit, quominùs constituto satisfaceret, & qui moram non fecit teneri de casu fortuito, ob hoc solùm, quod nec steterit per actorem, cùm debitor factum præstare nunquam debeat, vt nec alius quisquam si mora nulla præcesserit *l. contractus* 23. *in fi. de reg iur. l. pignus* 9. C. *de pignor. act.* non idem esset, si de legis alicuius durioris interpretatione ageretur. Nec enim prudentibus liceret; at nec ipsi Prætori eam verbis repugnantibus interpretatione mollire, qui i quantumuis dura seruanda esset, quomodo scripta legeretur *l. prospexit* 12. *infr. Qui & à quib. manum* inter ius namq; & æquitatem politam interpretationem soli Principi licet inspicere *l.* 1. C. *de legib.* At Prætor edictum suum interpretari potest, eius si quidem est interpretari cuius est condere *l. vlt. eod. tit.* nec tameri interpretatio Prætoris interpretationem prudẽtum excludit. Neque verò prætoribus omnibus eadem fuit mens & industria concipiendi edicti verbis cõuenientibus, vt constat ex hoc §. & ex *l. ait Prætor* 5. *infr. de re iudic.* Meliùs enim dixisset Prætor in hoc edicto, si promissor fuerit in mora dandi vel faciendi, vt Bartolus ad §. *seq.* explicat. Non vt simplex abnutiuum sufficiat, quomodo loquitur Paulus in *l. inter stipulantem* 83. *in princ. de verb. oblig.* id est datum vel factum non esse: quod sufficeret si simplex condicio esset, quam promissio & dispositio nulla præcessisset, vt in *l. in illa* 8. *eod. tit.* secundùm distinctionem eiusdem Bartoli ex *l. si homo mortuus* 69. *eod. l. si plenum* 24. *infr. quand. dies legat. ced.*

4 ¶ Hæc autem verba prætoris, *neque feciſſe reum quod conſtituit*: vtrum ad tempus conſtituti pertineant, an verò vſque ad litis conteſtationem trahamus, dubitari poteſt, & puto, ad tempus conſtituti.

Ad §. vlt. Hæc autem verba.

RAT. DVB. Cùm Prætor actionem constitutæ pecuniæ pollicetur, & daturum se iudicium, si appareat constituentem neque dedisse, neque fecisse id quod constituit, apertè significat à contrario sensu, non daturum se actionem, si eo tempore petatur quo paratus sit constituens vel dare, vel facere quod promisit. Ad quid enim peteretur contra eum actio, nisi vt quod constituisset dare vel facere cogeretur? Cur verò iudicium accipere cogamus eum qui paratus sit præstare, quod debet? *l. si reus supr. de procurat. l. si debitori* 21. *sup. de iudic.* At qui non datur nec postulatur actio, nisi post litem contestatam. Ideóque in libris nostris tempus litis contestatæ vel accipiendi, acceptiue iudicij idem est. Ergo hæc verba edicti non ad id tempus referenda sunt, quo promissor soluere ex constituto debuit, sed ad tempus vsque litis contestatæ trahenda. DEC. Verba edicti sicut de constituto loquuntur, ita & de eo tempore intelligi debent, non quo constitutum factum est, sed in quod solutio per constitutum collata est, siue tempus illud in constituto expressum sit, vt in principio huius legis, siue tacitè subintelligi debeat, ne constituẽs eodem instanti & obligationem & moram contraxisse intelligatur *l. promissor* 21. §. 1. vbi dicemus *infr. hoc tit.* quomodo & Accursius noster benè interpretatur. Ergo si eo tempore promissor neque dederit, neque fecerit, quod se daturum vel facturum constituerat, negari non potest, quin ex verbis edicti actio danda sit, quasi impleta cõdicione sub qua Prætor actionem pollicetur. Verum enim est neque datum, neque factum fuisse eo tempore quo dari vel fieri debuit. Spectandũ si quidem est nouissimum tempus, quo id dari vel fieri potuerit *l. si Calendis* 11. *infr. de re iudic.* Ex æquitate tamen reo subueniendum est, si alia die offerat, & quandocunque ante litem contestatam, vt subiicitur in *l. seq.* quasi purgata mora, dum ne adhuc quicquam interesse cœperit creditoris, vt mox dicemus.

17. PAVLVS libro 29. ad Edictum.

SEd & si alia die offerat, nec actor accipere voluit, nec vlla causa iusta fuit non accipiendi: æquum est, succurri reo, aut exceptione, aut iusta interpretatione: vt factum actoris vsque ad tempus iudicij ipsi noceat: vt illa verba, *neque feciſſe*, hoc significent, vt neque in diem, in quem constituit, fecerit, neque postea.

Ad l. Sed etsi alia die 17.

RAT. DVB. Mora quæ ex lapsu diei contingit ipso iure, purgari postea non potest, vt diximus ad *l. quod si Ephesi* 4. *supr. tit. prox. ex l. si Calendis* 11. *infr. de re iudic.* Ergo is qui constituit certo tempore se soluturum, si eo tempore non soluerit, audiendus non est, si alia die offerat, & purgare moram velit, ac proinde omnimodo teneri debet *de constituta pecunia ex edicto*, cuius verba id omnino euincunt, vt diximus ad §. *prox. supr.* DEC. Sicuti prætoriæ stipulationes recipiunt interpretationem ex mente Prætoris, in eóque differunt à conuentionalibus *l. in conuentionalibus quinquagesim. secund. infr. de verbor. obligation.* ita & actiones Prætoriæ, quæ ex edicti verbis proficiscuntur. Prætoris enim est interpretari

BIU Cujas

qua mente quid dixerit, præsertim ne quid contra æquitatem edixisse aut decreuisse videatur. Cum itaque fuerit liberum Prætori actionem constitutæ pecuniæ ab initio inducere, vel non inducere, potuit vtique quibus voluit legibus & condicionibus eam inducere: ac proinde sub ea demum condicione, si constituens neque dederit, neque fecerit intra tempus præstitutum, neque posteà ad tempus vsque litis contestatæ. Neque tamen Prætor moræ purgationem omnimodo permisit, sed ita demùm si creditor iustam causam non habuit recusandæ solutionis: habet autem iustam causam si iam cœperat eius interesse, &, vt loquitur Accursius, si mora ei fuerat damnosa. Generale enim & perpetuum est, vt morę purgatio nunquam admitti debeat post elapsum diem, si iam cœperit interesse actoris *l. etsi post tres 8. supr. si quis caution. l. si ita quis 135. §. Seia in fin. de verbor. oblig.* Quod diuersum est in ea mora cui lapsus certi temporis causam non dedit, sed negligentia tantùm in faciendo eo quod fieri promissum erat, & fieri potuerat. Tunc enim purgari mora potest ad tempus vsque litis contestatæ *l. si insulam 84. eo. tit.* Indéque est quod in stipulationibus pœnalibus non admittitur purgatio moræ post præteritam diem quæ interpellauit pro homine *l. magnam 12. Cod. de contr. & committ. stipulat.* quia negari non potest quin cœperit interesse actoris ratione cõmissæ pœnæ, quam committi placuit, tum quoque cùm persona nulla fuit, quæ ad diem dictam posset soluere *leg. ad diem 77. de verb. oblig.* In proposito autem non tam disputamus de interpretanda eorum voluntate, inter quos constitutum factum est quàm de interpretanda mente Prætoris, quomodo nimirum accipi ille voluerit ea verba edicti, *neque fecisse reum quod constituit.* Vult autem sic accipi ac si scriptum esset in edicto, *si neque in diem in quem constituit, fecerit neque posteà.* Cui interpretationi præter summam æquitatem, quę in omnibus de mora quæstionibus maximè spectãda est *l. si seruum 91. §. sequitur de verb. oblig.* Illud etiam fauet quod in edicto Prætor adiecit, *neque per actorem steterit quominùs fieret quod constitutum est l. prox. §. ait Prætor supr.* Quibus verbis, cùm actoris quoque factum Prætor notauerit, non modò inspici voluit, an constituens fuerit in mora soluendi, sed etiam vtrum actor in mora accipiendi. Est autem in mora accipiendi quandiu nihil adhuc cœpit ipsius interesse, licèt constituens fuerit in mora soluendi, vt diximus. Meritò igitur noluit Prætor, vt factum actoris ipsi noceat, ad tempus vsque accepti iudicij, nisi iustam causam habuerit recusandę solutionis, id est, vt interpretati iam sumus, nisi damnum aliquod ex mora senserit, vt negari non possit eius interesse. In quo mitiùs agit Prætor cum constituente, qui ad diem non satisfecit, quàm agi soleat cum eo qui ex alio suo contractu conuenitur, cui ad diem non satisfecerit. Is enim non aliter admittitur ad purgandam moram, quàm si duo illa concurrant, vt neque actoris quicquam adhuc interfit, & post paucos dies offeratur, quod ad impediẽdam moram offerri antè debuit *d. l. etsi post tres & d. §. Seia in fin.* At in hoc edicto admittit Prætor purgationẽ moræ, quãtocunque interuallo temporis distet litis contestatio à die, intra quem constituto satisfieri debuit: idque propter adiecta in edicto verba illa, *neque per actorem steterit quominùs fieret quod constitutum est*, vt in quæstione quæ tota ex bono & æquo est, non minùs austeritas & contumacia actoris, quàm rei mora & negligentia coerceatur. Alia quæstio est, si tractetur de ineunda æstimatione rei debitæ quæ ad certam diem solui debuit. Tunc enim præcisè inspiciendam esse dicimus æstimationem, quæ fuit ea die *l. vinum 22. sup. de reb. credit. l. vlt. supr. de condict. triti. d. l. si Calendis 11. de re iud.* Neque de purgatione moræ tractari hoc casu quicquam potest, quia non ad effectum aliquem moræ hoc referendum est, sed ad verba & substantiam obligationis. Effectus enim moræ versantur maximè circa accessiones principalis obligationis, cùm de purganda mora quæritur, non circa ipsam obligationem, quia nec purgari mora vnquam potest, nisi cùm omnia sunt integra: non sunt autem integra, vbi certi temporis æstimatio deberi cœpit, quæ ad aliud tempus referri non potest, quin hoc ipso immutetur. Succurrit autem hoc edicto Prætor ei, qui constituto non satisfecit intra diem præstitutum, si per actorem steterit quominùs re integra posteà satisfactum fuerit, vel data ei exceptione contra actionem constitutæ pecuniæ, si fortè iam data sit actio: vel, quod melius est, iusta edicti interpretatione, per quam fiat, vt creditori deneget actionem Prætor. Melius enim est denegare quoties denegari iustè potest, quàm sub exceptione eam concedere, vt in *l. necessario 57. inf. de acquir. hered.* Maximè verò id obtinere debet in hac actione constitutæ pecuniæ, quæ cùm sit tota ex bona fide & ex æquitate vel omninò denegan da est, vel efficax esse debet, nullíque exceptioni obnoxia: quod in cæteris ferè omnibus prætoriis diuersum est. Si tamen actio iam à Prætore data sit, quod facilè per obreptionem contingere potest, necessarium vtique est auxilium exceptionis, neque amplius iustæ vlli interpretationi locus relinquitur. Et ita hæc verba interpretanda sunt *aut exceptione aut iusta interpretatione*, non quomodo Bartolus post Azonem interpretatur, vt si pecunia, vel alia quantitas ex constituto debeatur, necessaria sit cõstituenti exceptio *ex l. qui decem 72. in princ. de solut.* si verò species, nulla sit necessaria exceptio, quasi liberato debitore ipso iure si post oblationem perempta sit species. Quod certè à Pauli sensu alienum est qui & indistinctè loquitur, & exceptionis aut iustæ interpretationis necessitatem ad eundem casum proculdubio refert. Quid? Nónne auditur reus offerens solutionem ad tempus vsque sententiæ? Id enim est quod dici solet, iudicia omnia esse absolutoria *§. vltim. Institut. de perpet. & temper. action.* Fateor, si modò actori in plenum satisfiat, id est, non tantùm debiti principalis nomine, sed etiam accessionum omnium, & expensarum litis. Sed ea non moræ purgatio, at plenissima satisfactio est, ad quam nec obsignatio & depositio sufficeret, vt malè videtur sentire Bartolus, quia post litem contestatam semper sera oblatio & moræ purgatio est, & necessariò exinde ad condemnationem deueniendum est, aut ad eam satisfactionem in qua tantum sit, quantum fuisset in condemnatione, & plenissima litis æstimatione, si condemnari magis quàm absolui debitor voluisset. Alioqui nec absolui potest, nec effugere condemnationem, si non offerat omnia, ad quæ condemnari eum oporteret.

18. Vt-

18. VLPIANVS libro 27. ad Edictum.

ITem illa verba prætoris, *neque per actorem stetisse*, eandem recipiunt dubitationem, & Pomponius dubitat, si fortè ad diem constituti per actorem non stetit, antè stetit, vel postea. & puto, & hæc ad diem constituti referenda, proinde si valetudine impeditus, aut vi, aut tempestate, petitor non venit, ipsi nocere, Pomponius scribit.

Ad l. Item illa 18.

Hæc lex continuanda est cum §. *vlt. l. si duo 16. suprà.* Est enim vtraque ex eodem Vlpiani libro 27. *ad Edictum*, eandémque dubitationem continet circa interpretationē verborum huius edicti. Sed *d. §. vlt.* circa interpretationē verborū, quę personā promissoris respiciunt *neque fecisse reum quod constituit.* hæc autem lex circa interpretationem verborum respicientium personam actoris *neque per actorem stetisse.* Tam enim illa quàm hæc verba recipiunt eandem dubitationem, an ad constituti tempus referenda sint, an trahenda vsque ad tempus accepti iudicij & litis contestatæ: nisi quod non potest reus esse in mora soluendi, antequam dies venerit in quem soluturum se quis constituerat, actor verò potest etiam ante diem illum esse in mora recipiendi, fortè si ante diem reus solutionem obtulerit, & actor eam sine causa recusauerit, cùm totum medium tempus liberum sit debitori ad soluendum *leg. quod certa die 70. de solut. l. stipulatio ista 38. §. inter de verbor. oblig.* Idque est quod Vlpianus in hac lege scribit, *si fortè ad diem constituti per actorem non stetit, antè stetit vel postea.* Sic enim legendum est, non vt vulgo *antè vel postea*, nisi repetas dictionem *stetit* quasi ex more librarij Florentini semel tantùm scriptam, & bis tamen legendam, quod non improbo. Vtroque autē casu Vlpiani sententia est, verba edicti ad tempus constituti referenda esse, non ad tempus subsecutū ad litem vsque contestatam, neque posteriora verba ad tempus quod præcesserit diem, in quem constitutum fuit. Tritum enim est qualitatem iunctam verbo intelligendam esse secundùm tempus verbi *l. 4. §. si extraneus supr. de noxal. action.* Sed tamen aliter Paulo visum est in *leg. prox. supr.* Vlpiani sententiam verborum quidem rigori conuenire, quibus prætor in concipiendo edicto vsus est, sed ab æquitate alienam esse, quantum ad verba quæ personam promissoris respiciunt, si fortè post contractam à promissore moram ob non solutam sua die constitutā pecuniam, actor ipse in mora quoque sit recipiendæ post diem oblatæ solutionis: æquum enim esse actoris factum ipsi nocere vsque ad tempus accepti iudicij propter verba illa in edicto addita *neque per actorem stetisse*, quæ si addita non essent, aliud fortasse Paulus respondisset, vt docuimus ad legem præcedentem, quasi conuenientius sit, actori factum suum nocere, quàm eidem moram rei prodesse. At quod pertinet ad posteriora illa verba, quæ solius actoris personam respiciunt *neque per actorem stetisse*, longè æquius est, cum eodem Paulo ea sic interpretari, vt factum actoris nocere ipsi debeat, non solùm à quo tempore dies intra quem solui ex constituto debuerat, præterierit in tempus vsque accepti iudicij, vt superiore casu, sed etiam pro tempore diem constituti præcedente, non quidem ob id solum quod creditor non adfuerit, (neque enim adesse cogebatur, nisi ei denunciasset debitor se ante tempus constituti, & tali die soluturum, vt benè docet Bartolus) sed si solutio ante diem oblata sit, & ab actore, vt diximus, recusata sine causa: æquum enim certè fuit, fauere prætorem reo, quem contra iuris ciuilis & prætorij communes regulas actione constitutæ pecuniæ ex nudo pacto conueniri patitur, quàm actori hanc actionem postulanti si fortè factum ipsius aliquod in recusanda solutione interuenerit, quod excusationē nullam mereatur: quod in cæteris creditoribus non similiter inducendum fuit, qui ex iusto aliquo contractu, aut alio iure actionem sibi, non ex mera prætoris indulgentia quæsiuerunt. Itaque licèt ad hunc casum supradicta Pauli sententia nō pertineat, ratio tamen æquitatis, qua Paulus mouetur, maior est in hoc casu, vt dixi, quā in superiore. Neque est quod cum Accursio & Bartolo diuinemus eū casum tractari ab Vlpiano, in quo tēpus adiectum sit gratia creditoris, vt in *l. si ita scriptum 45. §. Pegasus de legat. 2. leg. 3. §. cùm Pollidius de vsur l. Iauolenus aliàs l. eum qui 15. de ann. legat.* Sed si cum Vlpiano contra Paulum sentire quis velit, eum necesse est ad rationē illam omnino cōfugere, quam pro eodem Vlpiano attulimus, quòd verba edicti sicut ad constitutum expressè relata sunt, ita & ad tempus in quod reus soluturum se constituit, referenda sint. Planè in eo quod Vlpianus hîc subiicit, si actor valetudine impeditus aut vi aut tempestate ad diem constituti non venerit, nocere id debere actori, non dissentit à Paulo. Nam si id quoque tempus spectari Paulus voluit, quod constituto præstitutum aut præcederet aut sequeretur, multo vtique magis illud ipsum spectari voluit in quod solutio per constitutum collata fuit. Sed tota dissensio Vlpiani & Pauli ad eos casus pertinet, in quibus non steterit quidem per actorem quominus ad diem constituti solutionem acciperet, sed ante tamen steterit vel postea. Vlpiani sententia ex rigore verborum edicti verior est, sed Pauli ex sententia & æquitate edicti lōgè humanior & iustior. Et hæc quidem ad hos Vlpiani & Pauli locos dixisse sufficeret, nisi nos Accursius & Bartolus cogerent aliquid dicere de quæstionibus, quas illi de mora hîc tractant, sunt enim vtiles & in quibus si quando occurrant, solēt nostri ad Bartoli distinctiones quas in hanc legem adfert, confugere, non obseruantes quod obseruandum præcipuè fuit, non tam tractari hîc de mora generaliter, quàm de interpretatione & effectu verborum edicti huius *de cōstituta pecunia.* Et verò illud falsum est quod primum Bartolus notat, si generaliter intelligatur, actorem esse in mora recipiendi, si ad diem non venerit in locum solutioni destinatum. Quid enim si nec debitor ipse venerit? Neuter in mora erit, si Bartolo credimus *numer. 11. ex l. arbiter Calendis 40. supr. de recept.* (etsi eius

BIU Cujas

legis alia longè ratio est, vt infrà dicemus) aut si benè sentio, solus debitor hoc casu erit in mora *arg. l. si & per emptorem 51. inf. de act. empt.* Esse enim debet aliquis qui paratus sit soluere, vt creditor in mora constituatur, at nō aliquis etiam qui paratus sit accipere, vt debitor contraxisse moram videatur: quemadmodum enim nihil potest imputari debitori qui non habuit cui solueret *l. pecuniæ 9. § vlt. leg. cùm quidam 17. § si pupillo inf. de vsur. l. vltim. infr. de leg. commiss.* ita potest ei imputari si habuit cui solueret, & quem adire potuerit si voluisset: at non item creditori cur ad diem nō venerit, vt acciperet solutionem, quam nemo offerebat. Ideóque ponendum esset in hac lege oblatam fuisse ad diem constituti pecuniam, & ab actore recusatam, aut saltem paratum fuisse debitorem soluere, creditorem verò ad diem non venisse, vt creditori aliqua imputari mora posset, si non facerent verba edicti contra actorem, quem prætor voluit venire omnimodo ad diē ne per ipsum stetisse videretur. Sed illud tamen etiā obseruandum est, parum interesse debitoris, an creditor moram contraxerit, necne, dummodo ipse debitor non sit in mora, quantum ad hoc, vt periculum rei debitæ pertineat ad actorem: nunquam enim trāsfertur in debitorem, nisi ipse in mora fuerit *l. si ex legati 23. & seq. de verb. oblig.* nec mora actoris facit meliorem debitoris condicionem, nisi cū ipse quoque debitor antè fuit in mora. Ea namque purganda necessariò est, vt debitor in quem periculum semel translatū est, ab eo rursus in creditorem trāsferatur: quod non melius fieri potest, quàm si creditor ipse in mora constituatur. Posterior enim mora semper nocet *leg. illud 17. infr. de peric. & commod. rei vendit. l. si seruum 91. § sequitur de verb. oblig. l. qui decem 72. in princ. & § 1. de solut.* Eadémque distinctio adhibenda est, cùm quæritur, de quo hîc Bartolus potissimum quærit, an debitor ire debeat ad domum creditoris, an potius creditor ad domum debitoris: nam quemadmodum quoties in mora debitor cōstituendus est per interpellationem, necessariò adeundus est debitor, vt interpelletur, vel in persona sua vel in suo domicilio (debet enim fieri interpellatio congruo loco & congruo tempore *l. mora 32. infr. de vsur.*) ita & cùm debitor moram contraxit, si purgare eam velit, certum est, debere illum ire ad domum creditoris, vt quod debet, offerat, & ita in posteriore mora constituat creditorem. Idémque iuris est, si creditor prior moram in accipiendo cōtraxerit: debet enim postea debitorem adire ad purgandam moram, eúmque in mora soluendi constituere. Denique eius est qui offerre debet, vt aduersarium prius adeat, & perquirat ne in mora ipse cōstituatur aut retineatur non offerendo: ideóque si mora non per interpellationem contrahenda sit, sed per solum lapsum temporis in obligatione appositi, ad debitorem ea res pertinebit extra causam huius edicti, vt creditorem adire debeat ad offerēdam ei solutionem, ne alioqui solus diei lapsus in mora eum constituat cū eo casu dies interpellet pro homine *l. magnam 12. Cod. de contr. & committ. stipulat.* quæ licèt ad eam maximè speciem pertineat, quæ pœnam contineat, si ad diem satisfactum non erit, nolim tamen existimare cum interpretibus, quod illi ex ea lege inferunt, in causis tantùm pœnalibus diem interpellare pro homine, sed generaliter intelligi id volo, in pœnalibus verò causis hoc tantùm speciale esse, quòd ea mora purgari nō potest, quia nec purgari posset, si nulla stipulationi subiecta pœna cœpisset actoris interesse, vt diximus ad *l. præced. ex l. etsi post tres 8. supr. si quis caution. leg. si ita quis 135. §. Seia in fin. de verb. oblig.* Pœna autem adiecta vice eius est, quod interest siue quod adiecta plerumque creditur ad taxandum id, quod interest *l. vlt. infr. de stipul.* prætori, siue quòd cùm pœna adiecta est, non sit quærendum an interfit, sed tantùm quænam sit quantitas & condicio stipulationis *l. stipulatio ista 38. § alteri l. ad diem 77. de verb. oblig.* Cùm ergo dies interpellet semper pro homine, consequens omninò est, vt debitor tanquam interpellatus, & hoc ipso in mora constitutus, creditorem debeat adire & ipsi offerre, non modò ad purgandam moram, sed etiam ad eam impediendam *l. 2. C. de iur. emphit. leg. forma 4. § is verò infr. de censib.* Nec aliud est siue debitor, siue creditor aliquod ius contra aduersarium acquirere sibi velit. Tunc enim proficisci omninò aduersarium debet *l. pen. § vlt. de condict. & demonstr. l. vlt. C. de cond. insert.* Aliud enim est velle se tantùm exonerare, aliud verò ius aliquod sibi velle acquirere, vt & Bartolus benè distinguit. Sed non æquè facilè probare possum, quod Accursius, Bartolus, & post eos cæteri distinguunt, an debitor & creditor sint eiusdem fori, necne, vt si non sint eiusdem fori, non cogatur debitor ire ad domum creditoris, ne quidem iis casibus quib. alioqui cogeretur, nec pariter creditor ad domū debitoris. Quod ersi ex hoc vnico textu probare voluit, in illis verbis *prætor non venit*, mihi tamen suspecta probatio est, qui video iuris huius specialem esse rationē propter verba edicti, quæ nō solùm exigunt, vt per constituentem factum sit, quominus sua die solueret, sed etiam vt non steterit per actorē. Stetisse autem videtur si ad solutionis locū non venerit, quamuis nec reus ipse venerit. Stat. n. hoc casu per vtrumque. At in cæteris causis sufficit promissorē non fecisse quod debuit, licèt nec actor ex parte sua quicquam fecerit *d. l. ad diem 77. de oblig. & action. & d. l. magnam 12. C. de contr. & committ. stipul.* Rationem differentiæ attulimus in superioribus, vt constituens qui in eo grauatur, quod contra iuris & ciuilis & prætorij regulas ex pacto nudo conuenitur, in alio releuetur, ne tam facilè conueniri ex mora sua possit *arg. l. eum qui 30. supr. de iureiur.* Sed alia quoque addi potest, quæ mihi vt specialior ita & conuenientior videtur, quòd in cæteris causis obligatio præcedit moram, ideóq; solemus dicere nullā ibi moram fieri, vbi nulla petitio est *l. si pupillus 127. de verb. oblig. l. nulla 88. de regul. iur.* At in actione ista constitutæ pecuniæ speciale est, vt non aliter eam polliceatur prætor, quā si constituens in mora fuerit præstandi quod promisit: dat enim illam prætor in pœnam fractæ fidei, quia graue est fidem fallere *d. l. 1. in princip. supr.* vnde & ratio dubitandi petenda est ad *§. penult. infr.* Non autem videri potest constituens fidem fregisse, si per actorem quoque steterit, quominus constituto satisfaceret. Scio nihil posse imputari promissori, si non habuit, cui solueret *d. l. pecuniæ § vlt. & d. l. cùm quidam §. si pupillo infr. de vsur.* sed non eo minus habet debitor cui soluat, aut cui offerat, quòd in alio foro & in alia etiam, si voles, prouincia creditorem perquirere compellatur, etsi nonnisi cum aliquo suo incommodo & vitæ periculo id facere possit, vt in *dict. leg. vlt. Cod. de condict. insert. dict. l. pen. § vlt. de condict. & demonstr. dict. l. vlt. inf. de leg. commiss.* Itaque vt excuset debitor à mora, non sufficit vt aliquem difficultatis

prætextum

prætextum possit obtendere, sed necesse est, vt probet in sua potestate non fuisse, vt satisfaceret nec dolo eius malo quicquam factum fuisse, si modò iusta aliqua causa fuerit propter quam intelligere deberet se dare oportere, vt scriptum est in *l. quod te 5. supr. de reb. credit. & in l. vlt. §. penult. infr. de leg. Rhod. de iact.* Nec satis mirari possum, quod Bartolus ex iis locis probat difficultatem soluendi excusare à mora, cùm ex iis ipsis contrarium disertè probetur, & sola impossibilitas excipiatur, vt diximus, & ex *leg. continuus 137. §. illud de verb. oblig.* vbi dicitur difficultatem præstationis multũ recedere ab impedimento naturali, neque excusare debitorem. Et verò nec Bartolus ipse diffitetur creditorem non posse excusari à mora propter difficultatem, idque probari optimè ex hac lege, sed rationem diuersitatis quærit ex eo quod certat actor de lucro captando, reus autem de damno vitando: quod est ridiculum. Nã præter id quod omnes rationes rei persecutorię nihil nisi meram indemnitatem, & id quod ex patrimonio abest, persequuntur *l. in honorariis 35. de oblig. & action.* certat potius debitor de lucro captando, quoties periculum, quod per moram suam in se transtulit, transferre vult in actorem: cui proinde non est imputandum, sed moræ ipsius debitoris, quod ab eo die quo per reum stetit quominus solueret, periculum cœperit esse debitoris. nisi cùm actor fuit in mora accipiendi *dict. l. illud supr. de peric. & commod. rei vendit.* Sed & quis obsecro, diuinabit cũ Accursio & Bartolo, actorem in specie huius legis fuisse diuersi fori? Quid enim vetat creditorem tunagentem, aut in alia ciuitate eiusdem fori, aut valetudine, aut vi maiore aut tempestate impeditum fuisse, ne ad debitorem præstituta die posset accedere? Quo tamen etiam casu, an non perinde huic legi locus erit? Aut si neges, ea fortassis ratione, quod potuerit creditor mittere procuratorem (etsi non esse illam bonam rationem satis locus hic indicat) an non idem dici poterit, etiamsi in alio foro creditor degere proponatur? Alioqui si mercator Camberiensis centum debeat mercatori Lugdunensi soluenda nundinis Lugdunensibus proximis, dicendum erit non fore in mora mercatorem Camberiensem, etiamsi Lugdunum profectus non sit, aut profectus quidem sit, sed sine pecuniis, si neque mercator Lugdunensis fuerit Lugduni, fortassis in villa aliqua Sebusianæ meæ prouinciæ detentus aduersa valetudine, & impeditus. Quod etsi Bartolus ita esse putat ex *dict. leg. arbiter Calendis 40. supr. de recept.* ego tamen non probo, nisi protestatus sit debitor paratũ se fuisse soluere, si creditorem Lugduni inuenisset, sacculo cum pecunia signatorum signis obsignato, vt in *d. l. vltim. de leg. commiss.* vt ea obsignatio non tantùm vim oblationis haberet, sed etiam solutionis *l. acceptam 19. C. de vsur. l. obsignatione 9. C. de solut.* Nec simile est quod Pomponius respondit in *dict. l. arbiter*, pœnam compromissi non committi si ante diem compromissi arbiter decesserit, etiamsi alteruter litigantium, qui ambo adesse iussi fuerant, non adfuerit, quemadmodum, inquit, si per stipulatorẽ stetit quominus acciperet. Hic enim posterior casus præsupponit per promissorem non stetisse quominus daret. Si enim per eum steterit, quærendum non est, an steterit etiam per actorem extra causam huius edicti *d. l. si per emptorem 51. infr. de action. empt.* Prior verò casus, quo arbiter ante diem decesserit, nihil simile habet cum nostra quæstione, non solùm quoniam arbiter in ea specie vtrumque litigatorem adesse iusserat: ius autem nostrum non iubet adesse creditorem, vt debitor per lapsum diei in mora constituatur *dict. l. magnam 12. C. de contr. & committ. stipul. d. l. ad diem 77. de verb. oblig.* sed etiam quia per arbitrum ipsum, & eius obitum steterat quominus ad diem dictam ferri sententia potuisset, quamuis vterque litigatorum adfuisset. Planè si ad diem in quem constituẽs soluere debuerat, neque constituens ipse adfuerit, neque creditor, actioni quidem de constituta pecunia locus esse propter edicti verba non poterit, sed tamen non idcirco potestas constituti sublata erit, sed necesse habebit creditor promissorem interpellare, vt eum in mora noua constituat, seque paratum probet accipere solutionem, quo casu perinde constituens actione de constituta pecunia tenebitur, ac si ad diem constituti solus debitor moram contraxisset, nec per actorem quoque stetisset. Alioqui mora debitoris prodesset ei ad tollendam obligationem quod esset iniquum. Nemo enim facto suo propriam obligationem potest tollere *leg. si seruum 91. §. nunc videamus de verb. obligat.* nec sua cuiquam frustratio prodesse debet *leg. hominem 37. infr. mandat. l. in condemnatione 173. §. pen. de regul. iur.* Multo magis creditor qui ad diem non venit, & per quẽ ideò stetisse videtur, quominus constituto satisfactum fuerit, interpellare debitorem poterit, vt soluat, sic enim fiet, vt sua ei mora noceat tantùm in eo, quod amisit commodum diei quæ in constituto adposita fuerat, & quæ pro eo interpellasset, si non per ipsum similiter atque per reum stetisset *d. l. magnam.* Noua igitur & alia indiget interpellatione quam ipse faciat, non dies *arg. l. Titia Seio 87. §. vsuras de legat. 2.* quemadmodum si ipse primùm interpellasset, deinde repetendi debiti instantiam omisisset, quo casu nulla prioris moræ ratio haberi posset *l. mora 32. in princip. infr. de vsur.* Et ita benè Bartolus *num. 7. & 11.* In summa nunquam denegandum est ei, qui moram contraxit, quantumuis in culpa sit, quamuis aduersarium interpellet, vt eum in mora ipse constituat. Est enim hæc ratio omnium optima purgandæ moræ, si aduersarius in posteriore mora constitui possit, quia semper posterior tollit & purgat priorem *d. l. illud 17. de peric. & commod. rei vendit. l. qui decem 72. in princip. & §. 1. de solut.* Cæterę quæstiones quas hîc adfert Bartolus, an hac parte eiusdem fori esse intelligantur ij tantùm qui sunt eiusdem ciuitatis, an verò illi qui sunt duntaxat eiusdem prouinciæ, prorsus inutiles sunt, postquam negamus quicquam referre an eiusdem sint, an diuersi fori. Illud plausibilius est, quod docet Bartolus, has omnes de mora quæstiones, quia plus ferè habent facti quàm iuris *d. l. mora 32. de vsur.* pendere maximè ex bono & æquo, ideóque in iis cauendum esse diligenter ne sub authoritate iuris scientiæ perniciosè erretur, vt eleganter Celsus adolescens dicebat quem Paulus refert in *dict. l. si seruum 91. §. sequitur de verb. oblig.* Multa enim possunt incidere ex diuersitate temporum, locorum, & personarum, quæ suadeant in huiusmodi quæstionibus omnibus aliter atque aliter responderi: sed & illa Bartoli distinctio non displicet, an quis debitor sit generis supremi, an subalterni, vt priore casu, si puta debeat vinum aut frumentum, in genere cogatur ire ad domum debitoris, & debitam quantitatem eò portare, & quidem suis sumptibus, posteriore verò casu, si quis debeat fortè decem salmas vini de tali vegete, vt ipse loquitur, vel de tali vinea, cogatur creditor

BIU Cujas

ire ad domum debitoris, & suis sumptibus exigere ac transuehere quod sibi debetur, quasi hoc casu nõ tã genus quàm species aliqua deberi videatur, quæ proinde præstanda sit, vbi est, nisi aliud conuenerit, aut nisi aliò translata sit dolo malo debitoris, vt difficiliorem creditori faceret debiti exactionẽ & persecutionem *l. cùm res 47. de legat. 1.* Etsi locus ille non de alia re loquitur, quàm quæ sit debita ex testamẽto, in quo debiti genere voluntas sola testatoris illa est, quæ totum facit, & pro iuris ratione habetur *l. si mihi & tibi 12. in fin. eod.* Iunge *l. 4. §. vlt. sup. de edend. l. quod legatur 38. sup. de iudic.* & ℣ vtrobiq; scripsimus.

1 ¶ Quod adiicitur, *Eámque pecuniam, cùm constituebatur, debitam fuisse*: interpretationem pleniorem exigit. nam primum illud efficit, vt si quid tunc debitum fuit, cùm constitueretur, nunc non sit, nihilominus teneat constitutum: quia retrorsum se actio refert. Proinde & temporali actione obligatum, constituendo, Celsus & Iulianus scribunt teneri debere: licèt post constitutum dies temporalis actionis exierit. Quare & si post tempus obligationis [a], se soluturum constituerit, adhuc idem Iulianus putat: quoniam eo tempore constituit, quo erat obligatus. licèt in id tempus, quo non tenebatur.

Ad §. 1. Quod adiicitur.

RAT. DVB. Non videtur obsignatum quod non durat obsignatum, nec in rem versum quod non durat versum *l. si pro patre 10. §. versum infr. de in rem vers.* Ergo nec videtur debitum, quod non durat debitum. Quando verò magis requiritur, vt sit debitum, quàm eo tempore quo soluitur? Alioqui condictio indebiti locum habet si quod solutum est, indebitum fuerit solutionis tempore, licèt antea debitum fuerit, vt diximus *pass. ad tit. de condict. indeb. supr.* Atqui vt nascatur actio de constituta pecunia debitam oportet esse pecuniam, quæ constituta est *l. 1. §. debitum l. eum qui 5. §. quod exigimus l. hactenus 11. & pass. supr.* Ergo etiamsi id quod constitutum est, debitum fuerit, cùm constituebatur, si tamen nunc non sit debitum, non debet tenere cõstitutum, quia ad eum casum res peruenit, à quo incipere non potuit *l. quia in eum casum 16. supr. ad leg. Aquil. l. 3. infr. de his quæ pro non script. habent. l. debitor 82. delegat. 2.* Proinde si is qui temporali actione obstrictus erat, puta redhibitoria, quæ finitur sex mensibus *l. cum sex 55. & pass. infr. de ædilit. edict.* constituerit se soluturum, non debet teneri si post constitutum dies temporalis actionis exierit ante impetratam actionem constitutæ pecuniæ, præsertim cùm in proposito actio de constituta pecunia videatur subrogata in locum redhibitoriæ, dici autem soleat subrogatam actionem eius naturam induere in cuius locum subrogata est *vulg. l. si quis eum 10. §. qui iniuriarum sup. si quis caution. l. 1. §. si quis sub condicione infr. vt legat. seu fideic. seruand. caus. caueat.* Adde quòd præscribens vulgò creditur à nostris similis esse soluenti, & ei qui satisfecit, cùm habeat quod obiiciat petitori, ex *l. si pupillus 45. infr. de admin. tutor.* Si autem debitor soluisset, etiam à constituti obligatione liberatus esset, siquidem solutione tollitur omnis obligatio etiam naturalis & ciuilis. Quanto magis honoraria?

DEC. Actio constitutæ pecuniæ refert se retrorsum ad tempus constituti, id est, quo constitutum factum est, propter illa verba edicti *si appareat eam pecuniam, cùm constituebatur, debitam fuisse*, quemadmodum & aliæ sunt actiones, quæ retrorsum se referunt, sed ad iudicij accipiendi tempus, nec illud egrediuntur, vt condictio furtiua, aliæ quæ egrediuntur, vt actio legis Aquiliæ de quibus in *l. 2. §. quæsitum infr. de priuat. delict.* Sed hæc de qua tractamus, refert se retrorsum ad tempus ipsum contractus. Ergo vt constitutum valeat & teneat, sufficit debitam fuisse pecuniam eo tempore quo constituebatur, licèt debita esse posteà desierit: nec proinde nocere debet, quod ante impetratam actionem constitutæ pecuniæ tempus actionis temporalis exierit, quamuis verum sit perempta actione temporali nullam obligationem ne quidem naturalem superesse, ne quis fortè obligationem hac parte separet ab actione, vt apparet ex fine huius §. Alioqui nulla esset causa dubitandi, quominùs teneret constitutum etiam post præteritum tempus actionis, si qua obligatio supereſſet. Neque verò existimandum est actionem constitutæ pecuniæ subrogari hoc casu in locum actionis temporalis postmodum extinctæ, vt ea quoque extingui debuerit. Accedit enim equidem ad priorem, sed æquè principaliter, non vt in eius locum subrogata videri possit, vt benè hîc & subtiliter Bartolus docet, in quo differt hæc species ab illa de qua in *l. quod debitori 24. infr. de mort. caus. donat.* Nec rursus potest obiici debito per actionis temporalis peremptionem facto indebito, videri rem peruenisse ad eum casum à quo incipere non potuit. Nam præter id quod non est nouum, vt multa teneant, quæ ad eum casum peruenerint, à quo tamen incipere non potuerunt [neque enim à veteribus omnibus ea propositio admissa fuit pro vera & pro iuris regula, vt constat ex *leg. in ambiguis 85. §. 1. de reg iur. leg. exiſtimo 98. in princip. leg. pluribus 140. § fin. de verbor. obligat. leg. verbis legati 5. infr. ad leg. Falcid.*] solent nostri interpretes duce Accursio & Bartolo, eos actus excipere, qui sunt in esse producto & perfecto, quale in proposito est, constitutum eo tempore factum quo subeat debitum quod constitueretur, cùm habuerit omnes suas solemnitates, nec ad eius validitatem quicquam tum defuerit. Alioqui cùm in rerum natura nihil sit iure certius *l. 2. infr. de iur. & fact. ignor.* nihil tamen esset incertius si etiam illa quæ perfectum iuris vinculum ab initio habuissent, ex futuro dubióque rerum euentu penderent. Quæ Papiniani ratio & ratiocinatio esse videtur in *dict. l. verbis legati.* quam & Iustinianus probauit in *§. ex contrario 14. Institut. de legat.* Quod verò obiicitur præscribentem soluenti esse persimilem, & ei qui satisfecit ex

eit ex *d.l.si pupillus* 45. *de admin.tutor.* sicuti verum nõ est, quia qui præscripsit, non dicit se soluisse, sed soluere non debere: ita neque ex ea lege probatur, cuius vulgata lectio certè mendosa est, & ita restituenda, vt legamus *is qui eo tempore liberatus est*, non vt vulgò *is qui tempore liberatus est*, præcedentia namque ostendunt tractari eo loco de pluribus tutoribus, quorum aliter fuerat liberatus nõ tempore, sed expressa conuentione antequam alius conueniretur, vt pluribus docuimus in Iurisprudentię nostræ sciẽtia. Difficilior videri possit illa obiectio, quam mouet Bartolus, & in qua tamen dissoluenda hæsitat, & auditoribus suis cogitandum relinquit, quod per agnitionem qualemqualem debiti interrumpatur præscriptio & actio quæ alioqui temporalis futura erat, perpetuetur *l.sicut* 3. §. *sed & si quis & leg. cùm notissimi* 8. *in princ. C. de præscript.* 30. *vel* 40. *annor.* An nõ enim satis agnoscit debitum is qui ante peremptam actionem temporalem qua tenebatur, cõstituit se illud soluturum? Sed respondendum est, agnitionem debiti impedire quidem præscriptionẽ earum actionum, quæ sui natura sunt perpetuæ, nec nisi ex Imperatorum constitutionibus factæ sunt temporales, sed non posse eas perpetuare, quæ sui natura & origine temporales sunt: hoc enim solius contestationis priuilegium est, vt actiones omnes quãtumlibet ab initio temporales in annum vsque quadragesimum perpetuet *l.vlt.eod.tit.* Extra quem casum sicuti non est in potestate debitoris, vt ex perpetua actione faciat temporalem, ita neq; vt ex temporali faciat perpetuam: pugnaret enim id cum authoritate iuris prætorij vel ædilitij, ex quo temporales istæ actiones introductæ sunt, & quidem ea lege, vt certo tempore finiantur, nec vltra tempus illud possint viuere: vt proinde non minus aptari iis possit quàm hominibus, quod Cicero quodam loco scribit, recusare nos nõ debere, quominus ea qua nati sumus lege ea condicione viuamus. Et verò an non multo facilius est, vt actio quę sui natura erat perpetua, ex constitutionibus autem facta temporalis, postea per qualemcunque agnitionem debiti fiat perpetua, quàm ea quæ ab initio & sui natura fuerat tantùm temporalis? Non tam enim fit illa perpetua quàm remanet qualis erat, remoto duntaxat constitutionum obstaculo, propter agnitionem debiti, quæ facit proculdubio, vt nulla negligentia imputari possit creditori, quæ tamen potissima ratio fuit inducendæ contra perpetuas quoque actiones præscriptionis, vt scilicet creditoris negligentia puniretur *d.l.sicut l.omnes* 4. *& pass eod.tit.l.vlt.in fin.Cod.de annal.except.tit.de perpet.& tempor. action. Instit.* Vt taceam quod sæpius doceo, facilem esse cuiusque rei reditum ad suam naturam *l.si vnus* 27. §. *pactus ne peteret in fin. supr. de pact. leg filio* 23. *infr. de liber. & posthum.*

a *Quare etsi post tempus obligationis.* RAT. DVB. Omnis dispositio censetur facta eo tempore in quod confertur. Nec tam inspiciendum est, an facta sit tempore habili, quàm vtrum collata in tempus habile vel inhabile *l.quod sponsæ* 4. *C. de donat. ante nupt. l. si ego* 9. §. *si res infr. de iur. dot.* Ergo si quis id quod debebat, constituerit se soluturum in id tempus, quo nõ erit amplius debiturus, valere constitutum non potest. Non erit autem debiturus eo tempore quo finita erit obligatio & actio, quam ponimus fuisse temporalem.

DEC. Actio hæc retrorsum se refert ad tempus constituti; vt suprà diximus. Ergo vt constitutum valeat, sufficit debitam fuisse pecuniam eo tempore quo constituebatur. Nec enim ob id minus quid nobis debetur, quod postea futurum sit, vt desinat deberi, quemadmodum solemus dicere non eo minus quid nostrum esse, quod aliquo casu & tempore futurum sit, vt desinat nostrum esse *l. non ideo* 66. *sup. de rei vind.* Ergo sufficiet constituti tempore debitam fuisse pecuniam, licèt collatum sit constitutum in id tempus quo amplius non debebitur. Vbi enim semel constituta est pecunia, nihil refert, an prior obligatio duret, an tẽpore extinguatur, cùm actio ipsa constitutæ pecunię perpetua sit, quia meram rei persecutionem continet, §. *prox. infr. ex regula l. in honorariis* 35. *de oblig. & act.* Et quemadmodum si ante finitam tempore priorem obligationem solutum esset debitum, non eo minus valeret solutio, quod obligatio postea tempore finiretur, quia sufficeret factam esse solutionem tempore subsistentis obligationis, ita nec eo minus valere debet constitutum, quod collatum sit in tempus, quo nulla supererit alia obligatio, cùm sufficiat factum fuisse eo tempore quo nõdum obligatio perempta erat. Nec enim mala comparatio hac parte est constituti & solutionis, cùm constituens in pleriſque habeatur pro soluente *l.idem est* 10. *sup. hoc tit.* licèt non in omnibus *l.penult. infr.* Fit autem hoc quoque non tam ex communi ratione iuris, quam ex verbis edicti, quæ expressim relata sunt ad tẽpus constituti facti, non ad tẽpus in quod solutio per constitutũ collata est. Nec sanè nouũ est, vt tempus ipsum quo contractũ est, præcisè inspiciatur *l.prox.* §. *vlt infr. l. cùm filius* 76. §. *heres de legat. 2. l. vlt. in fin. de aur. & argen. legat. l. si filius familias* 78. *infr. de verb. oblig.* Nec rursum, vt sufficiat semel interfuisse, licèt postea interesse desierit, quia semel nata actio non facilè ex postfacto extinguitur *l.doli* 5. §. *vlt. & l. seq. sup. de seruo corrupt. l. inter omnes* 46. *in princ. infr. de furt.* Aliud exemplum ad hunc §. sumi potest ex *l.prox.* §. *vlt. & l. seq. infr.*

2 ¶ Ere autem est, hîc subiungere, vtrum pœnam contineat hæc actio, an rei persecutionem. & magis est, vt etiam Marcellus putat, vt rei sit persecutio.

Ad §. 2. *E re autem.*

Vulgò *Bene autem est*, vt & in *l.1. in princ. supr. de reb. cred.* Sed melior Florentina lectio vtrobique & elegantior est. RAT. DVB. Actio constitutæ pecuniæ datur contra eum, qui ad diem constituto præscriptum non soluit, nec satisfecit, quia graue est fidem fallere *leg.1. in princip. l. si duo* 16. §. *ait prætor & §. vltim. suprà*, ac proinde quodammoda in pœnam fractæ fidei, vt diximus ad initium huius legis. Ergo pœnalis est, non rei persecutoria saltem eo sensu quo actiones pleraſque alias pœnales esse dicimus, quæ in factum conceptæ sunt pœnæ nomine ad puniẽdum dolum & factum rei, vt in *leg. huius actionis* 9. §. 1. *infr. quod falsi tutor author. leg. prætor ait* 9. §. *vlt. infr. de rebus author. iudic. possid.* Hîc enim punitur factum constituentis, qui ad diem constituti neque soluit,

BIU Cujas

neque aliter satisfecit, nisi fortè quis subtilius dicat, non tam puniri hoc casu factum, quàm non factum. Sed hoc leue est. Qui enim non facit quod facere debet, hoc ipso facit contra id quod facere debet, vt est in iuris regula *l. qui non facit* 121. *de reg. iur.* Dec. Actio hæc licèt sit prætoria & ex edicto, tamen ex conuentione nascitur, nec ideò comparata est, vt constituens puniatur, sed vt creditor suum consequatur. Ergo pœnalis nullomodo est, sed rei persecutoria, vt & cæteræ omnes quæ ex contractu nascuntur *l. in honorariis* 35. *de oblig. & action.* Sunt enim comparati contractus omnes, vt quis lucrum sibi & actionem ex contractu acquirat *leg. actionum* 25. §. *actiones eod. tit.* Vbi ob hanc causam actiones ex contractu ab actionibus, quæ aut ex facto aut in factum sunt, separantur. Interpretes nostri nullam ad hunc §. dubitãdi rationem attulerunt, quia causam & originem & naturam actionis huius, quam nos attulimus ad initium huius legis, non intellexerunt.

3 ¶ Vetus fuit dubitatio, an, qui hac actione egit, sortis obligationẽ cõsumat, & tutius est dicere, solutione potius ex hac actione facta liberationem contingere, non litis contestatione: quoniam solutio ad vtramque obligationem proficit.

Ad §. vlt. Vetus fuit.

Rat. dvb. Quoties alicui plures actiones de eadem re competũt, sicut eligere debet, qua actione experiri malit, ita si vnam eligat alias amittit *leg. quod in herede* 9. §. *eligere infr. de tribut. act.* Non enim plures actiones dari solent, vt actor omnibus vti possit, sed vt electionem habeat vtram exercere malit *l. cùm filius* 76. §. *variis de legat. 2. l. 1. §. 1. infr. quod legat.* Porrò vbi actionem aliquam elegit ex pluribus, & ex ea litem contestatus est, hoc ipso consumit obligationem sortis, ita vt si nihil eo iudicio consequi possit, non tantùm actionis, sed ipsius etiam debiti iacturam sentiat *l. habebat* 13. *infr. de Instit. act. l. si sic stipulatus* 133. *in fin. de verb. oblig.* Ergo si quis debitam à se pecuniam constituerit, & contra eum actor egerit de constituta pecunia, litémque cõtestatus sit, quamuis nihil perceperit, dicendum videtur peremptam esse non tantùm actionem constitutæ pecuniæ, sed ipsam quoq; sortis obligationẽ, ita vt ex neutra obligatione peti sors amplius possit. Dec. Etsi litis contestatio vim contractus, & nouationis plerunque obtinet *l. 3. §. idem scribit infr. de pecul. l. delegare* 11. §. 1. *& l. aliam* 29 *infr. de nouat.* & consequenter solutionis, cùm nouatio perimat obligationem, non minus quàm solutio *l. 1. eod. §. præterea Instit. quib. mod. tollit. oblig.* non tamen perpetuum est, vt sola contestatione perimatur obligatio, sed plerunque perceptionem & solutionem subsequi necesse est, vt in *l.* 4. vbi diximus *supr. de his qui effud. vel deiec. l. si ex duobus* 32. *infr. de pecul.* nempe quoties aut iuris ratio aut æquitas id desiderat. In proposito autem summa ratio facit, vt litis contestatio in actione de constituta pecunia sortis obligationem perimere non debeat, quia quoties de constitutoria actione tractamus, duplicem obligationem eiusdem sortis supponimus, vnam, quæ præcesserit, & sine qua constitutum fieri nõ potuisset, alteram autem, quæ ex constituto accesserit, ac proinde sublata per litis contestationem obligatione constitutæ pecuniæ alia tamen & pristina obligatio supereesset, atque ita partim liberatus esset constituens, partim non liberatus, quod absurdum videretur. An non ergo longè melius est dicere, non litis contestatione, sed perceptione sola perimi sortis obligationem, & solutione? cùm solutio ad vtramque obligationem tollendam proficiat, vt Vlpianus hîc subiicit, tutiorem esse dicens hanc sententiam, per quam scilicet fit, vt minus periclitetur creditor, præsertim si ponas constitutam fuisse pecuniam, quæ ab alio debebatur. Quo casu si per contestationem cum ipso constituente factam sortis obligatio tolleretur, amitteret creditor vtrumque debitorem, etiam eum qui altero & obligationis & actionis genere debitor fuisset, quod certè iniquum esset. In eo planè, qui constituerit, quod ille ipse debebat, minus absurdi est, minúsque incommodi, cùm nec facilius, nec commodius ex vna actione quàm ex alia sit soluturus, siue egestate siue litigandi peruicacia solutionem detrectet, inanémque faciat constitutæ pecuniæ actionem. Quod in duobus debitoribus, separatim etiam obligatis longè diuersum est, cùm alter & soluendi voluntate, & conueniendi facilitate non minus quàm facultatum pondere locupletior altero esse possit *l. 2. sup. qui satisd. cogant. leg. nã is* 6. *suprà de dolo.* Apparet autem ex hoc maximè §. non fieri nouationem per constitutum inspecto etiam iure vetere, nec si noua persona constituat quod alia debebat, quod apertius expressum est in *l. vbi quis* 28. *infr. hoc tit.* Alioqui non duplex esset obligatio, quæ per solutionem tolli posset, sed vna tantùm, illa scilicet quæ priore sublata per nouationem sola ex constituto supereesset, vt in *l. quod debitori* 24. *infr. de mort. caus. donat. l. vlt. in fin. rat. rem haber.* Nec est contrarium quod in stipulatione aliud iuris est, vt scilicet facta nouatio censeatur per posteriorem stipulationem, si in ea interuenerit noua persona, si totum ius illud inspicias quod obtinuit ante *l. vlt. C. de nouat.* Est enim potentior in eam rem vsus stipulationis quàm constituti, quod fit nudo pacto & citra stipulationem §. *de constituta Inst. de act.* Idque Bartolus etiam docuit. Sed hoc curita? Non aperit Bartolus, sed ratio non obscura meo iudicio illa est, quod non aliter fieri potest nouatio, quàm si prior obligatio ipso iure perimatur *dict. l. 1. de nouat.* Peremptio autem illa ipso iure fieri per pactum nõ potest, sed tantùm per stipulationem, quia in pactis nudum factum, in stipulationibus verò etiam ius versatur *l. si vn⁹* 27. §. *pactus ne peteret sup. de pact.* Placet autem quod Bartolus ad hunc locum distinguit, electione vnius actionis perimi alias quæ pro eadem re competunt, etiamsi ex diuersis causis competãt, si causæ illæ sint contrariæ, non etiam si se inuicem patiantur. Sed error tamen Bartoli post Accursium in eo est, quod putant dubitationem, quæ ab Vlpiano proponitur in hoc §. de eo esse, an vnius actionis electione tollatur altera, quæ tamen de eo tantùm est, an sola litis contestatione ex constituto facta, consumatur tota sortis obligatio citra perceptionem & solutionem necne, quæ longè alia & diuersa quæstio est.

19. Pavlvs libro 29. ad Edictum.

ID, quod sub condicione debetur, siue purè, siue certo die constituatur, ea-

dem

dem conditione suspenditur, vt existente conditione teneatur, deficiente, vtraque actio depereat.

Ad l. Id quod 19.

RAT. DVB. Id quod sub condicione debetur, nullomodo debetur, antequam condicio extiterit, quia neq; dum cessit, neque venit dies. In quo differt à debito in diem certam, cuius dies cessisse dicitur, licèt nondum venerit *l. cedere diem 213. de verb. signific.* vbi dicitur, cedere diem nihil aliud esse, quàm incipere deberi. Atqui vt valeat constitutum, oportet iam debitum esse id quod constituitur *l. 1. §. debitum l. eum qui 5. § quod exigimus l. hactenus 11. & l. prox. §. 1. supr.* Ergo id q̃ sub condicione debetur, neq; purè neq; certo die cõstitui potest. DEC. Certũ est, id q̃ sub condicione debetur, omnino debitum iri in eventum condicionis, adeò vt mortuo interim creditore, attamen spes illa debiti in ipsius heredem transmittatur §. *ex conditionali Instit. de verb. oblig.* In eoq; differt conditionalis stipulator à legatario cõditionali, qui si pendente conditione moriatur, nihil transmittit ad heredem, ne quidem spem legati *l. 5. & pass. inf. quand. dies legat. cod.* Legatarius enim cõdicionalis pendente cõditione nullomodo est creditor, id est, ne quidem conditionalis, at is, qui sub conditione stipulatus est, interim est creditor, saltẽ secundùm quid, id est, conditionalis *l. is cui 42. infr. de oblig. & action.* Porrò cõditionales creditores nemo ambigit esse creditores, *l. creditores 10. l. creditores 54. de verbor. signif.* cùm ius illud futuri in conditionis euentum debiti facto & contractu proprio sibi acquisierint, non ex alterius mera voluntate ac liberalitate, vt legatarij conditionales, de quibus in *d. l. is cui*, & in ea causa esse cœperint, vt inuitis iis ius illud auferri non possit *l. qui balneum 9. inf. qui potior. in pignor. hab.* Ergo condicionale quoque debitum cõstitui potest, adeoque purè & certo tempore. Nam & constituta ob eas maximè pecunias, inducta sunt quæ adhuc peti non possunt *l. 3. §. vlt. sup.* Sed cùm hoc fit, cõstitutum, quod figurâ verborum videtur purum, re vera tamen & effectu conditionale est, quia tacitè eadẽ cõditione suspenditur, vt existente cõditione teneatur constituens, ea verò deficiẽte, vtraq; actio depereat, id est, tam principalis, quã constitutoria, quæ nihil nisi accessoria est, nec proinde subsistere potest, nisi subsistente & præcedente principali. Idem verò contingit in stipulatione hac parte, quod in constituto, quamuis aliæ & quidem permultæ sint inter stipulationem & constitutum differentiæ. Nam si pura stipulatio interponatur etiam animo nouãdæ præcedentis stipulationis conditionalis, dicimus nouationem quidem fieri per posteriorem, sed eo demum casu & tempore, quo prioris stipulationis cõditio extiterit *l si Stichũ 8. §. 1. l. quoties 14. inf. de nouat.* Esse enim debet obligatio, prius quàm aut nouationem aut constitutum possit admittere, ac proinde conditionis euentus necessario expectandus est. In cõstituto hoc tamẽ tãto apertius est, quòd per cõstitutũ nunquã fit nouatio, quomodo fit per stipulationẽ, cùm id actum est, vt diximus ad finem legis superioris. In quo manifestè errat Bartõlus, qui ad hanc legem notat, posse etiam cõstitutũ fieri animo nouandi. Quod perinde absurdum est, ac si quis diceret, posse cõstitutum fieri etiam per stipulationem contra *l. 1. §. eum qui sup. §. de constituta Instit. de action.* cùm sine stipulatione nunquam fiat nouatio. Neq; ad rem pertinet, si quis obiiciat, pecuniam, quę constituitur, oportere debitam fuisse eo tempore quo constituebatur *d. l. prox. §. 1. supr.* Nam & in proposita specie, quandocunque existente condicione ex euentu apparet, iã ipso contractus tempore debitam fuisse pecuniam, quæ constituebatur, cùm euentus cõdicionis quãdocunque superueniens faciat, vt actus condicionalis iam inde ab initio purus fuisse existimetur, aut saltem perinde habendus, ac si purus fuisset, nec vlla condicione suspensus *l. potior 11. §. 1. inf. qui potior. in pignor. hab.* Quemadmodum è contrario defectus condicionis facit, vt quod sub conditione promissum fuerat, perinde haberi debeat, ac si promissum nunquam fuisset, ne quidem sub condicione *l pecuniam 36. sup. de reb credit.* Pẽdet igitur ex euentu an huiusmodi constitutum valeat, estque hic casus ex eorum numero in quibus ex euentu apparet, quid antè fuerit *l. qui res 98. §. rem autem inf. de solut. l. quædam sunt 15. de reb. dub.*

1 ¶ Sed is, qui purè debet, si sub conditione constituat, inquit Pomponius, in hunc vtilem actionem esse.

Ad §. 1. Sed is qui purè debet.

RAT. DVB. Id quod sub condicione debetur, potest constitui purè, vt modò diximus, ita vt ex eo constituto, si modò postea condicio existat, directa actio constitutæ pecuniæ dari possit. Ergo multo magis dicendũ est, si quis sub conditione cõstituerit, quod purè debetur, dandam esse ex eo constituto actionem constitutæ pecuniæ, eámque non vtilem duntaxat, vt Paulus hîc scribit, sed directam, cùm id quod purè debetur, omnimodo debeatur, nec euentus vllus expectandus sit, vt sciri possit, an valiturum sit constitutum.

DEC. Constituta ob eas maximè pecunias, quæ adhuc peti non possunt, inducta sunt, vt eorum vtilitas aliqua esse possit *l. 3. §. vlt. sup.* Atqui quod purè debetur, iam peti potest, quod autem sub condicione, non nisi post euentum condicionis *leg. cedere diem 213. de verb. signific.* Ergo contra, aut saltem præter mentem prætoris & edicti est, vt quod purè debetur, sub condicione constituatur. Mitum igitur non est ex huiusmodi constituto non nasci directam actionem constitutæ pecuniæ, sed tantùm vtilem ex æquitate, quoniam ad publicam vtilitatem pertinet, hæc quoque cõstituta admitti ex voluntate & consensu paciscentium, ex generali ratione Edicti de pactis, quia naturali æquitati conueniens est, pacta seruari, quæ nec contra leges sunt, nec aduersus plebiscita aut Senatusconsulta, nec contra bonos mores *l. 1. l. iuris gentium 7. §. ait prætor supr. de pact.* Est enim edictum hoc de constituta pecunia quodammodo subalternum, vt loquuntur, edicto de pactis, quia nec constitutum fit, nisi per pactum, vt diximus ad *l. 1. sup.* Hoc verò Accursius noster nõ intellexit, qui vtilem actionem ab Vlpia-

BIU Cujas

no hic vult dictam quasi efficacem ad differentiam non actionis directæ, quomodo nos explicauimus, sed actionis inutilis & inefficacis, quod certè non ita est. Habent enim etiam honorariæ actiones directæ suas vtiles in quibusdam casibus, vt docuimus in præcedentibus, excepta sola fortassis actione ad exhibendum, quæ directa semper est, nulla vtilis *l. cùm seruus 16. supr. ad exhib.* Eleganter verò quærit, an quod purè debetur ex prima obligatione peti interim possit pendente constituti obligatione, & condicione: & respondet verè peti posse, cùm prior illa obligatio puta per constitutum condicionale neque nouata sit, neque nouari vnquam speretur. Itaque non potest in hac specie locus esse ei quod Iauolenus scribit in *leg. pecuniam 36. supr. de reb. credit.* quia nullo penitus casu incertum est, an ex priore stipulatione, quæ pura fuit, promissor debiturus sit. Nec est quod cum Bartolo adiicias exceptionem, nisi appareat factum esse constitutum animo nouandi: neque enim id fieri vllo casu potest, vt diximus proximè & ad §. *vltim. leg. prox. supr.*

2 ¶ Si pater, vel dominus constituerit se soluturum, quod fuit in peculio: non minuetur peculium, eo quòd ex causa obstrictus esse cœperit. & licèt interierit peculium, non tamen liberatur [a].

Ad §. 2. Si pater.

RAT. DVB. Non tantùm quod filiusfamilias vel seruus, sed etiam quod pater ex causa peculij ob contractum filij, vel dominus ob contractum serui debet, minuit peculium, vt scilicet tanto minus in peculio esse intelligatur, & consequenter in actione de peculio, in qua nimirum nihil esse potest, nisi quod est, & quantum est in peculio *l. sed si damnum 9. aliàs l. peculium §. item deduceretur & l. seq. in princip. & pass. inf. de pecul.* At qui cùm pater vel dominus constituit se soluturum quod fuit in peculio tempore constituti, exinde cœpit esse obligatus & obstrictus actione constitutę pecunię. Ergo ab eo tempore dicendum est imminutum fuisse peculium, vt in tanto minorem quãtitatem condemnari pater vel dominus debeat actione de peculio, in qua nec solet inspici, nisi quantum sit in peculio tempore rei iudicandæ *l. quæsitum est 30. infr. de pecul.* Nec enim negari potest, quin noua sit obligatio, quæ creditori cõtra patrem vel dominum ex constituto acquiritur, vt diximus ad §. *vlt. l. prox. sup.* DEC. Non fit pauperior pater neque dominus, qui constituit se soluturum, quod iam debebat actione de peculio. Etsi enim noua obligatio est, quæ per constitutum contrahitur, idem tamen debitum est quod nunc constitutum fuit, & quod iam antè debebatur, eadémque solutio ad vtramque obligationem tollendam proficit *d. §. vlt.* Nam nec nouum est, vt vna numeratio in diuersas causas prosit *l. in numerationib. 44. infr. de solut.* Nihil igitur causę est, cur ob eam constituti obligationem peculium imminutum videri debeat. Nec magis, quod ad alios creditores pertinet, quàm quod ad hunc, cui ponimus fuisse constitutum, licèt contrà sentire videatur Accursius. Quid enim refert patris vel domini, an actione de peculio, an potiùs constitutæ pecuniæ cogatur soluere eã ipsam quantitatem, quæ iam semel debita erat, & quam non nisi semel soluere compellatur? Planè dubitãdum non est, quin tanto minùs accepturi sint cæteri posteriores creditores agentes de peculio, tanquam peculij quantitate imminuta. At non propter obligationem constitutæ pecuniæ, sed propter priorem, quę actionem de peculio pepererat, & cui posterior obligatio constituti accessit: alioqui duplex hîc fieret diminutio peculij, vna propter priorem obligationem, alia propter posteriorem. Quod esset ridiculum, cùm vnum duntaxat sit debitum, quod proinde non nisi semel imminuere peculium potest. Non enim quotuplex sit obligatio, sed quotuplex debitum in ea re inspiciendum est. Neque tamen existimandum est, si pater hic aut dominus ab aliis creditoribus conueniatur, statim deducendum esse hoc debitũ priusquam absit patri vel domino. Sufficit enim iis caueri interim, secundum Marcellisentẽtiam de qua in *d. l. sed si damnum §. vlt. de pecul.* quod & Accursius noster ad *l. seq.* notat. Videtur autem mihi locus hic esse mancus & mutilus, & ita restituendus, vt legamus *non minuetur obligatio, licèt minueretur peculium eo quod &c.* vt scripsi plurib. *libr. 15. Coniect. 5.* vbi vide.

a *Et licèt interierit peculium, nõ tamen liberatur.* RAT. DVB. & DECID. hic eadem est quæ ad §. 1. *l. prox. supr.* Videbatur enim finita esse obligatio & actio constitutæ pecuniæ, finita priore obligatione & actione de peculio, cui hæc accesserat. Certum enim est peculium, vt eleganter Fronto dicebat, simile esse homini, nasci, crescere, decrescere, mori *l. peculium nascitur 40. infr. de pecul.* mortuo autem peculio mori quoque actionem de peculio, quæ scilicet tenere non potest, vbi nullum est peculium *d. l. quæsitum 30. & pass. eod. tit.* Et consequenter extincta actione de peculio, cui constitutum accesserat, finitam quoque actionem constitutæ pecuniæ, quæ non nisi accessoria est ad præcedentem obligationem, sine qua nec potest subsistere *l. 1. §. debitum l. eum qui 5. §. quod exigimus l. hactenus 11. & pass. supr.* Sed decidendi ratio illa est, quòd edicti verba nihil aliud exigunt, nisi vt quod cõstitutum est, debitũ fuerit eo tempore quo constituebatur, relata scilicet actione retrorsum ad tempus constituti non ad illud quo agatur ex constituto *d. l. prox. §. 1. supr.* Constituti ergo tempus duntaxat inspiciendum est, non actionis institutæ. Sufficit enim ad constituti validitatem, vt ab initio materiam suam sumpserit à debito quod tum subsistebat, formam verò ab edicto prætoris, vt actio quæ ex eo constituto semel potuit competere, nũquam ex postfacto possit intercidere ob id solùm quod ex aliqua causa emergente desierit esse debitum, quod anteà debitum fuit, vt & in exemplo illo de quo in *d. §. 1.* vbi plura de hoc scripsimus.

20. IDEM libro 4. ad Plautium.

NEc enim, quòd crescit aut decrescit peculium, pertinet ad constitutoriam actionem.

Ad l. Nec enim 20.

RAT. DVB. Quod crescit aut decrescit peculium, pertinet vtique ad actionem de peculio vel augendam, vel minuendam: adeóque ad eam extinguendam si fortè totum peculium perierit rebus omnibus peculiaribus peremptis *l. peculium nascitur 40. inf. de pecul.* vbi aliud exemplum additur, si peculiũ filiofamilias vel seruo ademptum sit sine dolo malo, vt & in

& in *l. quis ergo 16. eod. tit.* Ergo ad constitutoriã quoq; actionem pertinere id debet, tãquam quæ sit accessoria actionis de peculio, vt quemadmodum constitui ab initio non potuisset, quod debitum fuisset actione de peculio, si nihil in peculio tunc fuisset, ita nec hodie tenere debeat actio constitutæ pecuniæ, si nec actio de peculio tenere hodie possit. Sed ratio decidẽdi eadẽ est, quæ ad vers. vlt. leg. præced. quod actio constitutæ pecuniæ retrorsum se referat ad tempus constituti ex ipsius edicti verbis, quæ nihil aliud exigunt, nisi vt quod constitutum est, tunc debitũ fuerit, cùm constituebatur, *l. item illa 18. §. 1. sup.* Nã vbi constitutũ & materiam & formam suam accepit, cœpitq; posse parere actionem constitutæ pecuniæ, nõ curat amplius prætor, an maneat debitũ quod prius debitum fuit, quia nec actio cõstitutę pecuniæ pendet à priore obligatione, licèt ei accedat, quia accedit æquè principaliter, vt diximus ad *dict. leg. item illa §. 1.* Requirit sanè materiam prioris debiti tanquam condicionem, sine qua constitutum fieri non posset. Sed non exigit neque prioris actionis neque debiti durationem, vt ipsa duret, tanquam ab actione illa priore aut à debito dependens.

21. IDEM libro 29. ad Edictum.

PRomissor Stichi post moram ab eo factam, mortuo Sticho, si constituerit se pretium eius soluturum, tenetur.

Ad l. Promissor 21.

RAT. DVBIT. Hominis mortui etiam post moram promissoris nullum potest esse pretium, nulla æstimatio, nisi per delationem iurisiurandi in litem *l. in actionibus 5. vers. planè sup. de in lit. iur.* Neque verò potest hoc mora facere, vt homo mortuus, qui iam nullus est, alicuius sit æstimationis *l. si homo mortuus 69. inf. de verbor. oblig.* Quòd si dicas effectum moræ illum esse, vt seruus debitus & post moram debitoris mortuus adhuc viuere existimetur, & peti possit *l. eum qui ita 56. §. vlt. l. si seruum 91. §. vlt. eod. tit.* debet ergo constitutũ fieri hominis mortui non precij, aut æstimationis, vt in *l. promissor 23. inf. hoc tit.* Non enim potest constitui, nisi quod debetur *l. 1. §. debitum l. 5. §. quod exigimus l. hactenus 11. sup.* Debetur autem homo quamuis iam mortuus, quoties post moram decessit, siue facto suo decesserit, & æquè periturus fuerit apud creditorem, vt benè Ioannes olim contra Martinum disputauit, quia potuisset creditor eum vendere, si moram in eo passus non fuisset *l. cùm res 47. §. vlt. de legat. 1. l. item si verberatum 15. §. vlt. supr. de rei vindic.* siue debitum hominem promissor ipse occiderit *d. l. si seruum 91. §. nunc videamus & seq. de ver. oblig.* DEC. Homo debitus & post moram promissoris mortuus adhuc quidem debetur, & peti potest, ideoq; & in stipulatum deduci *l. inter stipulantem 83. §. pen. eod. tit.* & in constitutum *d. l. promissor 23. infr. d. l. si seruum §. vlt.* sed tamen non eo magis præstari potest in specie, quæ amplius nulla est, sed tantùm in æstimatione, quæ cùm in pecunia semper consistat, perire nunquam potest *vulg. leg. incendium 11. C. si cert. petat.* Ergo nihil vetat constitui vel hominem ipsum post moram mortuum, vt in *d. l. promissor 23. infr.* vel ipsius pretium, vt in hac lege. Vtrumque enim debetur, & homo ipse iure ipso, & eius æstimatio in effectu. Nam nec quicquam vetat aliud constitui, quàm quod debetur, dummodò pro debito constituatur *l. 1. §. an potest*, vbi diximus *supr. hoc tit.* Proinde in effectu nihil interest, an morosus debitor hominem post moram mortuum cõstituerit se soluturum, an eius æstimationem: & ita hæc lex intelligẽda est, & cõiũgẽda cũ *d. l. promissor 23. inf.*

1 ¶ Si sine die cõstituas: potest quidẽ dici, te nõ teneri, licèt verba edicti latè pateant. alioquin & cõfestim agi tecũ poterit, si statim, vt cõstituisti, nõ soluas. sed modicum tempus statuẽdum est, non minus decẽ dierũ, vt exactio celebretur.

Ad §. 1. Si sine die.

RAT. DVB. Constitutum purè fieri potest etiam eius debiti quod fuit condicionale *l. id quod 19. supr.* Quod autem purè debetur, statim & præsenti die peti potest *l. cedere diem 213. de verbor. signific.* etiamsi quis hodie decem dari stipulatus sit, quasi nullo adiecto die *l. eum qui Calendis 41. §. quoties & l. liber homo 18. §. decem hodie inf. de verb. obligat.* Ergo si quis purè constituerit se soluturum id quod debet, præsertim si id purè debeat, dicendum est, posse illum statim actione de constituta pecunia conueniri, præsertim cùm verba edicti latè pateant, de quibus in *l. item illa 18. §. 1. sup. eamque pecuniam cùm constituebatur debitã fuisse*, itémq; illa *si appareat eum qui constituit, neque soluere neque fecisse l. si duo 16. §. ait prætor supr.* Non enim distinguunt, an purè constituta sit pecunia, an verò soluẽda in certum diem. Itaque nec nos distinguere debemus, quomodo in edicto de Publiciana Caius argumentatur in *l. de pretio 8. sup. ill. tit. de public. in rem action.* Nec quod sequentia verba edicti, quæ Vlpianus retulit in *l. si duo 16. §. ait prætor supr.* mẽtionem faciant constituti in diem facti, vt Accursius hîc notat, ad rem facit. Non enim cõstituta in diem facta excludunt pura, cùm non minus, imò magis fidem frangat is, qui purè constituit se soluturum, quàm qui in diem: quæ ratio præcipua est huius edicti *d. l. 1. sup.* DEC. Actioni de cõstituta pecunia locũ facit non tam conuentio ipsa constitutæ pecuniæ, quàm mora constituentis. Non. n. aliter pollicetur prætor actionem de constituta pecunia, quã si appareat constituentẽ non fecisse ad diem, ꝙ constituerat se facturum *d. l. si duo §. ait prætor*, ac proinde, quàm fuerit debitor in mora soluẽdi aut satisfaciẽdi cõstituto: quod in aliis obligationib. puris diuersum est. Ideò namq; prætor hanc actionẽ induxit, ne fidẽ impunè fregisset is, qui ad dictam diẽ, quod constituisset, non fecisset *d. l. 1. in princip.* Propter quã causam dubitatum fuit, an actio hæc pœnalis esset, quasi quæ in pœnã fractæ fidei inducta fuisset *l. itẽ illa 18. §. pen. sup.* quia per hanc actionẽ non condemnatur constituẽs, vt faciat quod promisit, sed ad id, ꝙ aduersarij interest, quia non fecerit *l. qui autẽ 14. §. sed & si quis sup.* Et ex hoc petenda est ratio diuersitatis inter hanc actionem & cæteras, quæ pro puro debito dantur, non quam hîc adfert Accursius. Atqui non potest fieri, vt eodem instanti per constitutũ & nascatur obligatio & mora contrahatur. Prius siquidẽ est, vt quis obligatus sit & interpellatus aut per lapsum diei, aut per interpellationem hominis, quàm vt in mora constituatur *l. mora 32. infr. de vsur. l.*

BIU Cujas

Titia Seio 87.§.*vsuras de legat.*2. *l si pupillus* 127. *de verb. oblig. l.nulla* 88.*de regul. iur.* Ergo si quis purè constituerit quod purè debebat, fatendum est, quia statim teneri & conueniri de constituta pecunia non potest, nullomodo eum teneri, vt nec eum qui cùm esset Romę, promisit hodie centum Carthagine dari *l.*2.§.*qui ita stipulatur sup.tit.prox.* Obligationē enim quæ ex aliqua conuentione nasci potest, necesse est nasci vel statim vel nunquam. Proinde vt constitutum hoc quod purè factum est, valeat ad producēdam actionem de constituta pecunia, necesse est dicere tempus ei tacitè inesse intra quod possit & debeat constituens satisfacere, aut ni satisfaciat conueniri actione constitutæ pecuniæ ex hoc edicto: quemadmodum euenit in eo qui purè promisit se soluturum certo loco, vt tacitè huic promissioni tēpus insit intra quod ad eum locum peruenire possit, *d.*§.*qui ita l.eum qui Calendis* 41.§.1.*l. continuus* 137.§. *cùm ita infr. de verbor. obligat.* semper enim adiuuandæ sunt iusta interpretatione conuentiones, vt valeant potiùs quàm pereant, *l.quoties* 80.*l si ita stipulatus* 126.§ *Chrysogonus vers.planè eod. tit. l. quoties* 12. *de reb.dub.* Nisi cùm verba adeò repugnant, vt nullam interpretationem patiantur, vt cùm in stipulatione adiecta est dictio *hodie* vt in *d.*§. *qui ita stipulatur*, & in *l.liber homo* 118.§.1. *de verb.oblig.* Illud tamen difficile est dicere, quodnam & quantum tempus videri debeat inesse constituto, quod sine die factum est. Non enim facilè coniectura sumi ex negotio gesto potest, quomodo sumitur cùm quis purè certo loco dare promisit. Quo casu dicimus tantum inesse tempus quantum necesse est, vt ad eum locum peruenire possit. At non æquè dici potest, quātum tempus necessarium sit præscribi, intra quod si constituens non satisfaciat, possit conueniri, quasi in mora constitutus. Etsi enim lex hæc ponit inesse tacitè tempus decem dierum, quis tamen non videt posse triduum aut quatriduum æquè ac decendium sufficere promissori, vt faciat quod constituit se facturum, præsertim si dandi fuit obligatio, ac proinde vt si non faciat, in mora hoc ipso constitutus videatur? Spatium namque temporis aliquod requirimus ob hoc solùm, vt non eodem instanti obligatio & mora contrahatur; non etiam vt debitori faueamus, longiùsque spatium ei demus ad soluendum. Itaque vt breuiter concludam, puto adiectionem hanc de supplendo tacitè tempore decem dierum totam esse Triboniani temperare volentis Paulli sententiam quasi duriorem, quæ constitutum purè factum improbabat, nec enim quisquam ex prudentibus tale temperamentum inducere sua authoritate potuisset: & verba illa, *sed modicum tempus statuendum est non minùs decem dierum, vt exactio celebretur*, non alterius certe quàm Triboniani manum redolent, de quo quia latè scripsimus *lib.*15. *Coniect. cap.*4. plura hîc non dicemus.

2 ¶ Constituto satis non facit, qui soluturum se constituit, si offerat satisdationem. Si quis autem constituat se satisfacturum, & fideiussorem, vel pignora det: non tenetur: quia nihil interfit, quemadmodum satisfaciat.

Ad §. vlt. Constituto.

RAT. DVB. Satisfactio pro solutione est *l. satisfactio* 52. *infr. de solut.* At quin is qui constituit se satisfacturum, constituto satisfacit si offerat satisdationē vel pignora, quia nihil interest quomodo satisfaciat, vt sequitur in hoc §. Ergo & idem dicendum est in eo, qui constituit se soluturum. DEC. Aliud est soluere, aliud verò satisfacere. Solutionem accipere debitor cogitur, nisi si quādo iustam causam habeat recusandæ solutionis, ideóque obsignatio hoc casu pro solutione est inuito etiam creditore *l. obsignatione* 9. *C. de solut. l. acceptam* 19. *C. de vsur.* At satisfactionem pro solutione admittere nemo cogitur, non magis quàm aliud pro alio accipere *leg. eum qui* 16. *& l. seq. C. de solut.* Idque est quod dici solet, non prodesse debitori quod velit satisfacere, sed prodesse tantùm si satisfecerit *l. item liberatur* 6.§.1. *infr. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit. leg. quòd si non soluere* 10. *infr. de pign. act.* Non enim fideiussoris datione liberari potest, qui pecuniam numerare cogitur *l.*5. *in fi. infr. de statulib.* Ergo is qui soluturum se constituit, non satisfacit constituto, si satisfactionem offerat, multo minus si satisdationē. Plerique enim sunt qui malunt satisfieri sibi pignorib. datis, quàm fideiussoribus: licèt satisdare dicatur ille tantùm qui dat fideiussorem, non etiam qui pignora *l.*1. *supr. qui satisd. cogant.* vbi diximus. Et cùm quæritur, an constituto quis satisfaciat, nihil aliud inspiciendum est, quàm vtrum faciat idipsum quod promisit nō an plus vel minus vel tantundem. Planè si creditor cui soluturum se debitor constituit, satisfactionem pro solutione admittere velit, dubitandum non est, quin constituto satisfecerit, qui quoquomodo satisfecit. Sed hic textus loquitur de constituente qui satisfacere velit inuito creditore, non qui volenti satisfecerit. Aliud ergo est si quis satisfacturum se constituerit. Hic.n. cōstituto satisfacit, etiāsi non solutionē offerat, sed tātùm satisdationem aut pignora inuito quoque creditor: nam quod dicimus nihil prodesse debitori si velit satisfacere, sed tantùm si satisfecerit, ad eum debitorem pertinet, qui soluere debuit, nō satisfacere. Satisfactionem.n. recusare creditor non potest ab eo qui nihil nisi satisfactionem debet, non magis quàm solutionem ab eo qui soluere teneatur. Potest quidem pro vnius rei debito alia res constitui *l.*1.§. *an potest supr.* sed vbi constitutum semel est, non aliud solui aut præstari potest, quàm quod constitutum est. In stipulationibus tamen prætoris speciale est, vt satisdationem exigant, id est, fideiussorem, nec pignoribus contentæ sint *l. generaliter* 3. *iunct. leg. prætoria* 7. *infr. de stipulat. prætor.* Excepta stipulatione quæ pro collatione interponitur *leg.*1.§. *iubet autem vers. an & pignoribus infr. de collat. bonor.*

22. IDEM libro 6. Breuium.

Si post cōstitutā tibi pecuniā, hereditatē ex Senatusconsulto Trebelliano restitueris: quoniā sortis petitionē transtulisti ad aliū: deneganda est tibi pecuniæ constitutæ actio. Idem est in hereditatis possessore post euictam hereditatem. Sed magis est, vt fideicommissario, vel ei, qui euicit, decernenda esset actio.

Ad l. Si post constitutam 22.

RAT. DVB. Per restitutionem hereditatis etiam ex Trebelliano Senatusconsulto factam non ex Pegasiano, id est, quæ ita facta sit, vt nihil penitus ex hereditate

hereditate penes heredem rogatum remanserit, non transferuntur tamen actiones, quas heres post aditam hereditatem facto suo, & ex proprio contractu, licèt occasione hereditatis quæsiuerit, sed omnimodo cessione opus est, vt in fideicommissarium transferantur *leg. si heres 73. infr. ad SC. Trebell.* Atqui heres cui pecunia defuncto iam debita constituta est, post aditam quidem, sed ante restitutam hereditatem, proprio suo facto suáque conuentione obligationem & actionem constitutæ pecuniæ sibi acquisiit, nec eam videri potest in hereditate inuenisse, cùm non defuncto constitutum fuerit sed heredi ipsi. Ergo cùm per eiusmodi restitutionem hereditatis non sit actio constitutæ pecuniæ translata in fideicommissarium, quid obsecro causæ esse potest, cur deneganda sit heredi, cui nominatim constitutum fuit? DEC. Certum est per restitutionem hereditatis translatam esse sortis petitionem in fideicommissarium, cùm sors fuerit hereditaria. Atqui non fuit constituta alia pecunia quàm quæ defuncto iam debita fuerat, nec rursus alio colore constituta heredi, quàm quia eo tempore heres verus erat creditor, cui sors illa debebatur. Atqui desiit ei deberi à quo tempore restituit hereditatem ex Trebelliano, & transtulit actiones omnes in fideicommissarium. Etsi enim remanent actiones omnes directæ penes heredem, qui etiam post restitutionem heres remanet *l. si heres 70. in princip. eod. tit. §. restituta Instit. de fideic. heredit.* sunt tamen inutiles & inefficaces propter exceptionem quæ ex Trebelliano competit restitutæ hereditatis *l. ita tamen 27. §. qui ex Trebelliano eod.* In persona verò fideicommissarij sicut sunt vtiles, ita & semper efficaces *l. 1. & tot. eod. tit.* Ita ergo fieret, si actio constitutæ pecuniæ salua esset heredi post restitutam quoque hereditatem, vt miser debitor hereditarius duobus creditoribus in solidum teneretur, heredi quidem ex constituto, fideicommissario autem ex causa obligationis hereditariæ, ac proinde alterutrum euenire necesse esset, vt vel debitor vtrique soluere teneretur, vel vt esset in potestate heredis agendo priùs de constituta pecunia præripere solutionem fideicommissario, eique commodum restitutæ hereditatis auferre, quod vtrumque iniquum esset. Igitur ne alterutrum eueniat, dicendum necessariò est actionem constitutæ pecuniæ denegandam esse heredi, non quasi ei nunquam quæsita fuerit, vel quasi ab eo fuerit in fideicommissarium translata, quorum neutrum dici potest. Sed quia translata sorte, id est, prioris debiti causa in fideicommissarium ratio nulla est, vt actio constitutæ pecuniæ salua maneat ei cui constituta fuit, qui creditor amplius non est, cùm eadem sit summa & quæ constituta est, & quæ iure hereditario debita, licèt alia sit constituti, alia debiti hereditarij obligatio. Nec est contrarium, quod in superioribus diximus: non ideò constitutum corruere quòd pecunia constituti tempore debita, postmodum debita esse desierit, & sufficere, vt semel interfit creditoris cui constitutum fuit, licèt posteà desierit interesse *l. item illa 18. §. 1. supr.* Id enim tum obtinet, cùm nullo interueniente facto creditoris, interesse ipsius desiit. In proposito autem factum heredis interuenit, & quidem necessarium, quia hereditatem restituere debuit, & cum hereditate debitam sortem in fideicommissarium transferre. Etsi autem hæc verissimè, & ex mera iuris ratione disputantur, concluditur tamen ex Paulo in fine huius legis, magis esse vt actio illa constitutæ pecuniæ decernenda sit fideicommissario. Quod Accursius & Bartolus sic intelligunt, vt tamen cessionem fieri necesse sit ab herede, vt in specie *d. l. si heres pecuniam.* Quod ego probare non possum, nec dubito quin postremus hic versiculus sit Triboniani, qui nec temperare sibi potuit, quin Marcelli quoque sententiam corrumperet in *d. l. si heres pecuniam 73.* vt pluribus à nobis traditum & cõprobatum est *libr. 15. Coniect. cap. 5.* vbi vide. Ceditur enim actio & cedenda est ab herede, decernitur autem à prætore quoties datur cum aliqua causæ cognitione. Planè si ponas constitutam fuisse pecuniam heredi non nominè proprio, sed hereditario, dicendum erit transituram ipso iure actionem constitutæ pecuniæ in fideicommissarium, facta postmodum ex Trebelliano restitutione, vt de fideiussoria obligatione per heredem quæsita scriptum est in *l. heres 21. in princ. infr. de fideiuss.* quam sic accepit Cuiacius post Græcos interpretes, & rectè.

a *Idem est in hereditatis possessore post euictam hereditatem.* RAT. DVB. Cùm possessor alienæ hereditatis pactus est heredi, qui posteà euicerit sicuti pactum hoc nocere non potest, ita neque prodesse *l. si tibi 17. §. cùm possessor sup. de pact.* Ergo necesse est, vt falso heredi prosit, qui ipse pactus est & cui constituta fuit pecunia. Quod enim alteri prodesse non potest, neque nocere, cur non ipsi saltem paciscenti prosit? Non enim possis hîc dicere quod in alio casu diximus imputari posse ei cui fuit constitutum, quòd ipsius facto interesse eius desierit: quodnam enim factum est falsi heredis cui hereditas euincitur? DEC. Quemadmodum per hereditatis restitutionem quæ fit ex Trebelliano, tota sortis hereditariæ obligatio transfertur in fideicommissarium, ita & cùm hereditas falso heredi euincitur per verum heredem, siue bonæ siue malæ fidei possessor fuit, quicquid ex hereditate penes falsum heredem fuit, vero heredi restituendum est, hac solâ differentia, quòd hoc casu restituitur hereditas euincenti tanquam ipsius propria, superiore autem restituitur fideicommissario, tanquam ipsi ex fideicommisso debita. Ergo cùm nihil ex pristina & hereditaria obligatione supersit falso heredi post euictam ipsi hereditatem, neque actio constitutæ pecuniæ quæ non nisi hereditario iure fuit debita, salua ei esse potest, qui heres nec est, nec vnquam fuit, quíque non alia de causa nihil transtulit in verum heredem restituẽdo ipsi hereditatem, quàm quia nihil transferre potuit, cùm nullum ius in hereditate vnquam habuerit: propter quod nemo dixerit meliorem eius condicionem esse debere, quàm si exemplo heredis grauati ius aliquod in hereditate ante restitutionem habuisset: heres enim grauatus cui ante restitutam ex Trebelliano hereditatem constitutum fuit, verus eo tempore fuit creditor, quia & verus heres erat. Falsus autem heres cui tanquam vero heredi constitutum fuit, sicuti nunquam verus heres fuit, ita neque verus creditor. Vt proinde negari non possit, quin constitutum ei factum ex falsa causa factum sit. Ex quo consequenter nullam ei actionem quæsitam esse, nec quæri potuisse, ex euentu appareret, id est, ex secuta hereditatis euictione. Constitutum enim falso creditori factum, qui verus creditor putabatur, causam nullam habet ob quam debeat subsistere, & à Prætore conseruari, qui in hac danda actione nihil nisi bonam fidem intuetur *leg. 1. supr.* Ex qua tamen nemo esse dixerit, vt ei solui oporteat, qui si solutum ei esset, etiam condictione

BIU Cujas

indebiti teneretur *arg.l. si pœnæ 19. §. 1. supr. de condict. indeb.* cùm is qui constituit, soluentis etiam loco habeatur *l. idem est 10. supr.* Nam & similiter dicimus eum, qui cùm verus heres non esset, constituit creditori hereditario, tanquam heres patris, non magis honoraria actione constitutæ pecuniæ quàm ciuili vlla conueniri posse *l. vlt. infr.* quia cùm constituerit, quasi esset ipse debitor, qui non erat, nullam penitus nisi falsam constituendæ pecuniæ causam habuisse videri potest. Sed hoc ita fortasse si quis falso heredi constituerit proprio ipsius nomine non hereditario, secundùm distinctionem quam superiore casu adhibuimus ex *l. heres à debitore 21. in princip. infr. de fideiuss. & ad d.l. si pœnæ §. 1. supr. de condict. indeb.* Verùm non ita est, vt mox dicemus. Illud sanè constat actionem hanc constitutæ pecuniæ quam falso heredi cui constitutum fuit, denegamus, multo minùs decernendam esse vero heredi qui hereditatē euicit, non ob id solùm, quòd neque ipsi, neque ipsius nomine constitutum fuerit, sed falso heredi tāquam vero & quidem proprio ipsius nomine, vt diximus: sed etiam ob id maximè, quòd pactum falsi heredis neque prodesse vero heredi debeat, neque nocere, vt iam diximus ex *d.l. si tibi 17. cùm possessor supr. de pact.* Quod cùm ita sit, tanto magis fatendum est, Paulo adscribi non posse verba illa postrema huius legis, *sed magis est vt fideicommissario vel ei qui euicit decernenda esset actio*, quæ nos Triboniani esse defendimus. Ne alioqui Paulus, cuius vterque locus est, nō modò cum seipso, sed etiam cum vera rectáque iuris ratione pugnasse videatur. Non enim ratio iuris certè patitur, vt pactum falsi heredis prosit vero heredi, nec tantùm si suo nomine pactus sit, sed nec si hereditario. Illa enim distinctio tunc adhibenda est, cùm falsus heres soluit debitum hereditarium, & quæritur de condictione indebiti, non autem cùm falsus heres pactus est. Longéque alia ratio est heredis restituentis hereditatem ex Trebelliano: nam eo casu & actio acquiritur ab initio heredi, quia verus heres est, & ideo transire potest in fideicommissarium, transitque propter concurrentem Senatusconsulti authoritatem *d.l. 1. ad SC. Trebell. l. si mulier 59. §. ex asse infr. de iur. dot.* Nec rursus possis cum Cuiacio distinguere pactum nudum à constituto, quasi verò & constitutum ipsum pactum non sit. Nam id quoque à nobis reprehensum & confutatum est *eodem libr. 15. Coniect. cap. 5.* quod indicasse sufficiat ne hîc longiores simus.

23. IVLIANVS libro 11. Digestorum.

PRomissor hominis, homine mortuo, cùm per eum staret, quominùs traderetur: & si hominem daturum se constituerit, de constituta pecunia tenebitur, vt pretium eius soluat.

Ad l. Promissor 23.

RAT. DVB. & DECID. ad hanc legem eadem ferè est, quæ ad *leg. promissor 21. supr.* sicut eadem ferè est vtriusque loci species. Nisi quòd in *d.l. promissor* precium hominis debiti & post promissoris moram mortui constitutum fuisse proponebatur, hîc verò ipse homo iam mortuus. Itaque paullo alia & maior dubitandi ratio est ad hanc legem, quàm ad illā. Homo enim iam mortuus planè nullus est, nulliúsque vsus *l. principaliter 13. C. de liber. caus.* ideóque nec in stipulationem deduci potest *l. si homo mortuus 69. de verb. oblig.* Cur ergo magis in constitutum? Nam nec constitui potest, nisi quod est debitum *l. 1. §. debitum supr.* Non potest autem esse debitum quod non est, vt Bartolus hîc ratiocinatur. Sed decidendi ratio est, quam & idem Bartolus adfert, quòd licèt promissus homo sit mortuus, cùm tamen post moram mortuus est, remanet in obligatione *l. fi seruum 91. §. vlt. iunct. leg. si ex legati 23. & sequent. de verb. oblig.* Et quamuis non possit præstari, attamen precium eius præstari & solui potest, facta æstimatione per iusiurandum in litem *l. in actionibus 5. versic. planè supr. de in lit. iur.* Itaque nihil interest, an homo ipse mortuus in constitutum deducatur, vt in hac lege, an precium eius, vt in *d.l. promissor* cùm vtroque casu & constitutum valeat, & precium soluatur. Iunge quę dixi ad *l. in re furtiua 8. supr. de condict. furt. & ad l. cùm fundus 31. §. seruum tuum supr. de reb. credit.*

24. MARCELLVS libro singulari Responsorum.

TItius Seio epistulam emisit in hæc verba: *Remanserunt apud me quinquaginta ex credito tuo, ex contractu pupillorum meorum, quos tibi reddere debebo Idibus Maij probos. Quòd si tibi ad diem suprà scriptum non dedero, tunc dare debebo vsuras tot.* quæro, an Lucius Titius in locum pupillorum hac cautione reus successerit? Marcellus respondit, si interceserit stipulatio, successisse. Item quęro, an, si non successisset [a], de constituta teneatur? Marcellus respondit, in sortem teneri. est enim humanior, & vtilior ista interpretatio.

Ad l. Titius 24.

RAT. DVB. Epistola non est modus inducendæ obligationis, sed eius tantùm quæ inducta fuit probandæ, vt in *l. Publia 26. §. vlt. infr. depos.* præsertim verò cùm de stipulatione agitur, quam certum est, cùm inter absentes fieri nequeat, nec per epistolam fieri posse *l. 1. infr. de verb. oblig.* Ergo non potest verum esse quod Marcellus hîc respondet ex epistola, cuius verba proponuntur, successisse tutorem in locum & obligationem passiuam pupillorum, si stipulatio interceserit: maximè verò cùm ponendum sit huiusmodi stipulationem interuenisse animo nouandi, vt Accursius hîc notat. Nam neque nouatio fieri potest, nisi inter præsentes & consentientes. DEC. Quædam sunt, inquit Bartolus, & rectè, obligationes quæ per epistolam contrahi possunt, cuiusmodi eæ sunt quæ nudo consensu contrahuntur *leg. 1. §. vltim. infr. de contr. empt.* quædam verò quæ non possunt, vt eæ quæ vel traditionem vel literarum aut verborum solemnitatem exigunt,

BIU Cujas

exigunt. In iis quæ sunt prioris generis, potest epistola obligationem inducere, non etiam in cæteris, sed duntaxat inductam probare *dict. leg. Publia §. vlt. depos. l. ea quæ 57. infr. de donat. int. vir. & vxor.* Potest autem interdum fieri, vt etiam inter præsentes epistola scribatur per modum schedulæ, vt Bartolus loquitur, & post interpositam inter eos stipulationem, ac proinde etiam animo nouandi si ea quoque contrahentium voluntas fuit. Et ita in specie huius legis visueniſſe, ponendum necessariò est, cùm tractetur de stipulatione. Alioqui si de constituta pecunia tractandum esset, nihil prohiberet contrahi obligationem per epistolam etiam inter absentes *l. quidam 26. infr.* Sed nec quicquam vetat contrahi etiam inter præsentes *d. l. item illa §. vlt. supr.* Quod enim fit inter absentes, multo magis inter præsentes fieri potest. Itaque vana & superflua est quæstio, quam hîc subiungit Bartolus, cùm ad quodlibet pactum, ac proinde etiam ad constitutum requiratur consensus *d. l. 1. supr.* quomodo probetur eum ad quem hæc epistola missa est, consensisse. Nam si ponimus quod lex ponit, stipulationem in hac specie vel interueniſſe, vel interuenire saltem potuiſſe, ideóque inter præsentes negotium gestum esse, quid alia, obsecro, consensus probatione opus est? Placet tamen quod Bartolus respondet, eum qui ab alio epistolam accipit, nec statim cõtradicit, hoc ipso videri epistolę & omnibus in ea cõtentis expressim consensisse, ex *l. si filiusfamilias 16. infr. de SC. Maced. & l. si absentis 4. C. si cert. pet.* Debet enim statim testationem interponere contrariæ voluntatis, vt eleganter scriptum est in *d. l. si filiusfamilias.* Illud etiam obseruatione dignum est, quoties negotiũ inter præsentes gestum est, solum *promittẽdi* verbum sufficere, licet commune sit pacto nudo, constituto, & stipulationi, vt stipulatio interposita esse intelligatur *l. 1. C. de contr. & committ. stipul. l. Titia 134. §. penult. infr. de verb. oblig.* Ponit autem Accursius interpositam fuiſſe stipulationem animo nouandi, quia, inquit, ex his quæ facit tutor durante tutela, non tenetur ea finita nisi de nouo se obliget, ne officium ei suum damnosum sit ex *leg. post mortem 5. in princip. & §. 1. infr. quando ex fact. tutor. leg. cum quædam 26. Cod. de admin. tutor. iunct. leg. si non subscripsisti 15. eod. tit.* Quod sanè verum est. Sed tamen non video quid hîc necesse sit de nouatione comminisci. cùm & nulla nouatione facta idem respondendum sit quod Marcellus respondet, Lucium Titium quondam tutorem pupillorum, quorum nomine antea mutuã pecuniã acceperat, ex huiusmodi cautione, & epistola in locum eorum reum successisse. Cùm enim pupilli obligati essent ex causa creditæ pecuniæ, quæ obligatio non nisi re contrahitur, & tutor epistola & cautione sua professus esset, remãsisse penes se quinquaginta ex tota quantitate credita, consequens erat, vt nulla etiam nouatione facta obligaretur Lucius Titius quasi breui manu, ac si pupillorũ nomine pecuniam Seio creditori reddidisset, mox ab eo mutuam pecuniam eandem accepisset, *ex l. singularia 15. supr. de reb. credit. leg. 3. §. sed si debitorem infr. de donat. int. vir. & vxor.* Non enim possunt videri facti per eam epistolam correi debendi ex causa mutui, Lucius Titius, & pupilli, cùm diuersis temporibus obligati fuerint, mutuámque pecuniam acceperint *l. si ex duobus 12. iunct. leg. eandem 9. & pass. de duob. reis.* Nec rursus æquum est pupillos manere obligatos ex causa creditæ pecuniæ, quæ ad eos nunquam peruenerit, sed penes tutorem ipsum remanserit: dummodo tutor ipse propitio suo nomine maneat obligatus, at non ex mutuo si verum amamus, cùm mutuam ipse pecuniam non acceperit, neque à pupillis, neque à Seio, sed ex stipulatione cui causam dederit pecunia, pupillis quidem credita, sed à tutore retenta *l. cùm enim 7. iunct. l. præced. §. 1. infr. de nouat.* vbi dicitur, cùm pecunia credita est, si stipulatio interuenerit, siue ante siue incontinenti post numerationem non duos esse contractus quorum prior mouetur per posteriorem, neq; contractum vllum mutui, sed tantùm stipulationis. Quamquam nec nouum est, vt per stipulationem fiat pecunia credita, quandoquidem verbis quoq. credimus *l. 2. §. vlt. sup. de reb. credit.* Sed illud duntaxat absurdum creditur, si ex pacto nudo fiat pecunia credita *l. qui negotia 94. infr. mandat.*

a *Item quæro an si non successisset.* RAT. DVB. Cùm Lucius Titius in locũ pupillorum non successit, id est, cùm stipulatio nulla intercessit, secundũ ea quę proximè diximus, nihil interesse videtur creditoris qui pupillos ipsos habet obligatos. Non ergo videtur Titius teneri de constituta pecunia, nec magis in sortem, quàm in vsuras. Aut si vsurarium fuit debitum, quod constitutum est, non debet obligatio vsurarum ab obligatione sortis separari *l. quidam 26. infr. hoc tit.*

DEC. Constitutum fit, & quidem vtiliter, quoties constituitur id quod iam debitum est, siue à constituente ipso, siue ab alio *l. 1. §. debitum l. eum qui 5. §. quod exigimus & pass. sup.* At qui in proposita specie, si, quia stipulatio nulla interuênit, Lucius Titius in pupillorum locum non successerit, remanet prius debitum, quod fuit pupillorum. Non deficit ergo materia constituti, quæ deficeret si Titius in pupillorum ius & locum successisset. Quãuis enim eo casu fieret ipse debitor, non tamen posset eâdem epistola & cautione & fieri debitor & quod ipse debere inciperet, constituere. Debitum enim ordine, non tantùm naturæ & intellectus præcedere necesse est, vt constituti vtiliter sequi possit *d. §. debitum*, nec rursus deficit forma constituti, cũ epistola interuenerit citra stipulationem *l. item illa 18. §. vlt. supr. d. l. quidam 26. infr.* Actionem ergo de constituta pecunia hoc casu competere fatendum est, quod & scriptum est in *d. l. quidam*, sed in sortem duntaxat, vt Marcellus hîc ait, non in vsuras. Etsi enim vsurarum quoq. facta mentio in epistola proponebatur, quæ dubitandi ratio ad hunc locum est, non tamen sic promissæ fuerunt, quasi ex contractu pupillorum iam debitæ & suo tempore soluendæ, si sors ipsa non solueretur, sed quasi nunc primùm per epistolã tutoris promissæ. Eáque certè humanior & vtilior interpretatio est, quemadmodum Marcellus ait, per quam scilicet fit, vt minus obligetur debitor, cùm semper in dubio pro debitoribus facienda sit interpretatio *vulg. l. Arianus 41. inf. de oblig. & act.* Nam si debitum à tutore constitutum fuisset vsurarium, dubitari non oporteret, quin constituens non tantùm ad sortem, sed etiam ad vsuras teneretur. Tale namque debitum constitutum esse semper intelligitur, quale est *l. id quod 19.* vbi diximus *sup.* In dubio autem non est præsumendum vsurarium, siue propter odium vsurarum, quia ex mutui natura est, vt sit gratuitum, statimq. degenerat in fœnus si quoquomodo sit vsurarium *l. 1. Cod. si aduers. credit.* siue quòd non debeantur vsuræ pecuniæ fœnebris, si non sit interposita stipulatio *l. 3. C. de vsur. l. Titius 24. infr. de præscr. verb.* quæ facti est, vt & contractus cæ-

BIU Cujas

teri *l.consilio 7.§.vlt. infr.de curat.furios.* & consequenter probanda non præsumenda *l.1. C. de probat. l.adseueratio 10. C.de non numer.pecun.* Atqui constitutum fit per pactum nudum citra stipulationem §. *de constituta Inst.de action.l.1.§. eum qui supr.* Ergo si nulla stipulatio interceſſerit, quomodo ponimus nullam hîc interceſſiſſe, nec debitum pupillorum probetur vſurarium, conſequens omnino eſt, vt actio de conſtituta pecunia, quæ ex ſupradicta epiſtola naſcitur, ad ſortem duntaxat detur, non etiam ad vſuras. Et hæc meo iudicio vera ſententia & ratio eſt huius legis. Cui malè noſtri opponunt quaſi repugnantẽ Scæuolam in *d.l.quidam*, vbi reſpondetur conſtituẽtem ad vſuras quoque teneri. Nempe quia conſtitutum factum per epiſtolam in illius legis ſpecie vſurarum mentionem faciebat, quæ præteritæ eſſent, ac iam debitæ, vt probant verba illa epiſtolæ *ſalua ratione vſurarum nomine.* Hîc verò earum duntaxat quæ futuræ eſſent, & per epiſtolam tum primùm promiſſæ. Cõſtabat itaque in illa lege debitum præcedens, quod cõſtituebatur, fuiſſe vſurarium, quod in huius legis ſpecie non erat. Et de futuris tantùm vſuris epiſtolam Marcello propoſitam intelligi poſſe apparet manifeſtè ex poſtremis illis verbis, *quòd ſi ad diem ſupraſcriptum non dedero, tunc debeo dare vſuras tot.* Quamuis in verbo illo *debeo* ſit ambiguitas aliqua, an Titius ſenſerit de vſurarum debito, quod à pupillis cœperit, an potius de nouo debito, quod Titius à perſona ſua incipere voluerit. Prior namque interpretatio debitum pupillare faceret vſurarium: poſterior non item, quæ ideò humanior & vtilior eſt. Nec ad rem pertinet ſi quis obiiciat, etiam acceſſoria debiti conſtitui poſſe *leg.qui autem 14. §.1.* vbi diximus *ſupr.* Id enim ad ea acceſſoria pertinet, quæ nudo pacto conſtitui poſſunt, non etiam ad vſuras quæ vinculum exigunt ſtipulationis, cuiuſmodi ſunt pecuniæ fœnebris vſuræ *d.l.3. C. de vſur. d.l.Titius 24. de præſcr.verb.*

25. PAPINIANVS libro 8. Quæſtionum.

ILlud aut illud debuit, & conſtituit alterum. an vel alterum, quod non conſtituit, ſoluere poſſit, quæſitum eſt? dixi non eſſe audiendum, ſi velit hodie fidem conſtitutæ rei frangere.

Ad l.Illud aut illud 25.

RAT. DVB. Obligatio conſtitutæ pecuniæ cùm ſine ſtipulatione contrahatur, nunquam nouat præcedentem obligationem cui accedit *l. item illa 18. §. vlt.* vbi diximus & alibi *ſupr. hoc tit.* Ergo etiam poſt conſtitutum remanet prima obligatio in priſtina ſua natura. Atqui prioris obligationis natura & cõdicio illa fuit, vt debitor qui illud aut illud daturũ ſe promiſerat, electionem haberet, vtrum ſoluere mallet, & alterutrum ſoluẽdo liberaretur in totum, quandoquidem in alternatiuis electio eſt debitoris *l.plerumque 11. §. vlt.infr.de iur.dot.* & vtraque res cenſetur eſſe in obligatione alternatiua, perinde ac ſi eſſet ſola *l.ſi duo 128.infr.de verb.oblig.l.cùm hereditas 5. §. vlt.& l.vlt.infr.qui & à quib.manum.l.ſi quis ſeruum 8. §. ſi ita legetur de legat.2.* quãuis alterutrã ſolui ſufficiat *l. ſi illud aut illud 27.eod. l.cùm illud 25. inf.quando dies leg. ced.l.debitor 59.§.ſed cùm teſtator infr. ad S C.Treb.* Alioqui, vt benè ratiocinatur Accurſius, non poſſet alterutrum cõſtitui, ſi non vtrumque deberetur *l. 1. §. debitum l.eum qui 5.§. quod exigimus ſupr.* Ergo quemadmodum ſi conſtitutum nullum factum eſſet, poterat debitor ex duabus rebus alternatiuè debitis eligere quã mallet ſoluere, & ea ſolutione in totum liberari, ita dicendum eſt, etiamſi conſtituerit ſe alteram ſoluturum, non eo magis tamen obligari, vt eam præſtet, ſed ſi alteram hodie præſtare malit, audiendum eſſe, tanquam ſoluat ex priore obligatione: quod vtique ſufficit, vt à cõſtituti quoque obligatione liberetur, cùm vnicũ ſit debitum, licèt duplex ſit obligatio *d.l.item illa §.vlt.* DEC. Non eſt audiendus debitor qui conſtituti fidem vult frangere, cùm ob hoc ipſum prætor edictũ hoc propoſuerit, quòd graue ſit fidem fallere *l.1.in princ.ſupr.* Atquin is qui cùm illud aut illud deberet alterũ conſtituit, & ita conſtituendo iam elegit, quid mallet ſoluere, non minus frangit conſtituti fidem ſi alterũ quod non conſtituit ſoluere hodie velit, quàm ſi neutrum vellet ſoluere. Aliud enim ſoluere vult quàm quod conſtituit, quod fieri certè nullomodo poteſt, licèt aliud pro alio conſtitui poſſit *d.l.1.§. an poteſt iunct.l. promiſſor 21.§.vlt.* vbi diximus *ſupr.* Ergo id ipſum ſoluere debet quod conſtituit, nec poteſt conqueri, quòd ita futurum ſit, vt electionem quam prius habuerat, amittat, quippe quam ipſe alterum conſtituendo ſibi ademerit, & vltrò conſumpſerit: non enim ideò damus debitori electionẽ in alternatiuis, vt ſæpius eligere poſſit, & variare, ſed vt vbiſemel elegerit, idipſum ſolùm in obligatione & ſolutione eſſe videatur. Nec obſtat quod Accurſ. tanquam cõtrarium obiicit, eum qui conſtituit ſtipulatori, adhuc poſſe adiecto ſoluere, niſi ſoli ſtipulatori ſoluturum ſe conſtituerit *l.ſi ita ſtipulatus ſim 59.infr.de ſolut.iunct.l.ſi verò 8.ſupr. hoc tit.* Nam qui Titio aut Sempronio tanquam ſolutionis cauſa adiecto debuit, ſi Titio ſoluturum ſe cõſtituerit, & nihilominus Sempronio ſoluerit, non ideò fidem conſtituti fregiſſe videri poteſt, cùm ſoluendo Sempronio etiam Titio ſoluere intelligatur, vt Paulus argumentatur in *d.l.ſi ita ſtipulatus.* At is qui cùm mihi Stichum aut Pamphilum deberet, conſtituit Stichum, ſi poſtea velit Pamphilum ſoluere, fidem conſtituti frangit, quia ſoluendo Stichum, non æquè videri poteſt Pamphilum quoque ſoluere, cùm ſint res planè diuerſæ, quarum vna alterius vice non fungitur *leg.2. §.mutui datio ſupr. de rebus credit.* Non autem ſimiliter poſſis dicere duos eſſe creditores, ſi quis Titio aut Sempronio promiſerit: ſolus enim Titius creditor eſt, non etiam Sempronius qui non niſi ſolutionis gratia adiectus fuit, nec adiici potuit. Proinde nulla hîc electio iuris eſt, quaſi plures ſint creditores, vtri ex creditoribus malit debitor ſoluere, ſed facti tantùm, cui potius velit ſoluere ex duabus perſonis, quæ tamen vnius tantùm creditoris vice funguntur. Itaque non propriè eligit qui Sempronio adiecto ſoluit, cùm etiam Titio qui ſolus creditor eſt, hoc ipſo ſoluere exiſtimetur. At verè eligit qui cùm Stichum aut Pamphilum deberet, Stichum conſtituit, perinde ac ſi Stichum ſolueret. Neque mirum videri debet conſtitutum habere vim electionis, cùm

BIU Cujas

cùm habeat etiam vim solutionis *leg idem est* 10. vbi diximus *supr.* Hoc verò nec Accursius, nec Bartolus intellexerunt, qui obiectionem hanc non aliter dilui posse putarunt, quàm si dicerent, in huius legis specie ponendum esse factum constitutum hoc expressim actò, vt illud solum solui posset, quod constituebatur. Exemplo eius quod in specie *dict. leg. si ita stipulatus*, distinctio adhibenda necessariò est, an is, qui stipulatori soluturum se constituit, quod etiam adiecto poterat soluere, adiecerit dictionem *soli*, vt in *dict. leg. si verò* 8. *supr. an non* vt in *dicta leg. si ita stipulatus*. Quæ tamen distinctio in huius legis specie non modò non necessaria, sed etiam ridicula est.

1 ¶ Si iureiurando delato, deberi tibi iuraueris: cùm habeas eo nomine actionem: rectè de constituta agis. sed & si non vltrò detulero iusiurandum [a], sed referendi necessitate compulsus, id fecero: quia nemo dubitat modestius facere, qui referat, quàm vt ipse iuret: nulla distinctio adhibetur: tametsi ob tuam facilitatem: ad meam verecundiam subsecuta sit referendi necessitas.

Ad §. 1. Si iureiurando.

RAT. DVB. Actio constitutæ pecuniæ nasci non potest, nisi constitutum præcesserit, vt nomẽ ipsum actionis satis indicat. Atqui constitutum non fit per iusiurãdum, sed per pactum & consensum duorum siue inter præsentes pactum illud interuenerit, siue inter absentes per nuncium aut per epistolam *l. qui autem* 14. §. *vlt. supr. hoc tit.* Ergo etiam si deferente reo actor iurauerit constitutam sibi fuisse pecuniam, nõ ideo tamen nasci potest actio de cõstituta pecunia. DEC. Iusiurandum ab aduersario delatum, & iuxta formam delatam præstitum, plenissimæ probationis vim habet, ita vt postquam iuratum est, nõ amplius quærendum sit, an debeatur id de quo iuratum est, sed tantùm an iuratum sit *l. non erit* 5. §. *dato iureiurando l. eum qui* 30. *supr. de iureiur.* adeò vt ex eo iureiurando prætor det non tantùm exceptionem iurisiurãdi *l. 1. quar. rer. action. non det.* sed etiam actionem *l. actori* 8. *C. de reb. cred. & iureiur.* nec tantùm actionem in factum, de qua ibi agitur, quæ datur ex iureiurando ad exemplum iudicati, sed etiam quod magis est actionem ex eo contractu, de quo iuratũ fuit. Itaque si quis iurauerit me rem aliquam ei vendidisse precio centum aureorum, agere ex empto poterit, vt & cætera ei præstentur quę præstanda essent, si emptio per testes probos, aut per instrumentum probaretur, id est, vt ei res tradatur, & de euictione caueatur *l. si duo* 13. § *si quis iurauerit sup. de iureiur.* vbi additur idem esse si quis societatem se fecisse iurauerit: eum namque actione pro socio sicut agere, ita & conueniri posse. Cur non igitur etiam de constituta pecunia rectè aget is, qui deferente aduersario iurauerit constitutam sibi fuisse pecuniam? An fortè prætor, qui actionem ex iureiurando induxit, difficilior erit in danda actione honoraria & prætoria, quàm ciuili: præsertim verò cùm iusiurandum non tãtùm probationis vim habeat, sed etiam pacti *l. 2. l. tutor* 35. § *prodigus eod. tit.* vt proinde constitutum, quod per pactum fieri potest, etiam per iusiurandum fieri possit.

[a] *Sed & si non vltrò detulero iusiurandum.* RAT. DVB. Potest imputari aliquid ei qui iusiurandum detulit, quòd aduersarium in causa propria iudicem cõstituerit *d. l. 1. infr. quar. rer. action. non dat.* At ei cui iusiurandum delatum est, quíque referre illud maluit quàm iurare, siue conscientia, siue modestia ductus id fecerit, non potest imputari cur non maluerit iurãdo vincere, cùm modestiùs fecerit quàm si iurasset: vt sunt plerique metu diuini numinis ad superstitionem vsque religiosi, ne de eo quoque quod verum esse sciant iurare velint *l. quæ sub condicione* 8. *infr. si quis omiss. caus. testament.* Ergo non debet teneri de constituta pecunia is quo referente iuratum est ab aduersario constitutam sibi fuisse pecuniam, ne modestia ei sua noceat, maximè verò cũ iuris necessitate causatiua, vt vocant, compulsus id fecerit, præsupposito quòd iurare nolit, manifestæ siquidem turpitudinis est nolle iurare, nec iusiurandum referre *l. manifestæ* 38. *supr. de iureiur l. iusiurandum & ad pecunias* 34. §. *ait prætor eod. eod. leg. generaliter* 12. §. *sin autem C de reb. credit.* Igitur distinctio hac parte adhibenda est, quam Papinianus adhibendam negat, vtrum detulero tibi iusiurandum ab initio, vt iures me tibi constituisse, & iuraueris, quo casu constat dandam esse tibi contra me actionem de constituta pecunia, quia vltro te iudicem eligi in causa tua propria: an verò te mihi iusiurandum deferente vt iurarem non fuisse tibi constitutam à me pecuniam, ego iurare noluerim, sed referre tibi iusiurandum maluerim, atque ita iuraueris me tibi constituisse, quo casu æquum sanè non videtur, vt perinde danda sit tibi contra me actio constitutæ pecuniæ. Nec enim solet aut debet cuiquam nocere id quod ex iuris necessitate fecerit *l. 2. infr. de distract. pignor.* DEC. Tam ex relato iureiurando quàm ex eo quod delatum, & ex delatione præstitum est, dat prætor perinde actionem, quia & quod refertur iusiurandum deferri dicitur, & vtroque casu eadem vis & potestas est iurisiurandi, vt & pacti vim habeat, & probationis. Perinde igitur vtroque casu danda est ex iureiurando, siue delato siue relato actio constitutæ pecuniæ, nec distinctio vlla adhibenda est, cùm tanti habuerit is qui iusiurandum retulit re carere potius, quàm iurare *arg. l. 4. § primo supr. de alien. iudic. mut. caus. factam.* Quid enim eum cogebat referre si noluisset? Nulla certè neque iuris neque facti necessitas, sed modestia tantùm ipsius, & vt Papinianus loquitur, verecundia. Malè verò Accursius hunc textum sic accipit, quasi de necessitate iurandi in persona eius cui iusiurandum relatum est, Papinianus senserit, cùm apertè verba ostendant sensisse illum de necessitate referendi iurisiurandi in persona eius cui delatum fuerat, quíque per modestiam & verecundiam iurare noluerat.

BIU Cujas

26. Scævola libro 1. Responsorum.

QVidam ad creditorem literas eiusmodi fecit: *Decem, quæ Lucius Titius ex arca tua mutua acceperat, salua ratione vsurarum, habes penes me domine.* respondit, secundum ea, quæ proponerentur, actione de constituta pecunia eum teneri.

Ad l. Quidam 26.

Rat. dvb. & decid. ad hanc legem eadem ferè est quæ ad *leg. Titius 24. suprà.* nisi quod hîc nulla stipulationis mentio fit, quia nec de eo quæritur, an qui epistolam scripsit, in locum primi debitoris successerit, vt in *dict. leg. Titius*, sed tantùm agitur de constituta pecunia, quæ stipulationem nec exigit, nec admittit. Potest tamen, quod ad actionem constitutæ pecuniæ pertinet, alia dubitandi ratio adferri ex *leg. vltim. infr. de institut. action.* vbi negatur teneri de constituta pecunia eum, qui epistolam scripserat, non valde dissimilem ei quæ in hac lege proponitur. Sed benè Accursius respondet ibi agi de institore, qui, vt officio suo fungeretur, epistolam scripserat, ad fidem mensæ cui instabat præstandam, non vt se obligaret: quod in specie huius legis diuersum est. Animum enim se obligandi in persona promittentis interuenire necesse est, vt is de constituta pecunia obligetur *leg. 1. §. eum qui supr. hoc titul.* Obiici etiam huic legi solet quod scriptum est in *dict. leg. Titius*, eum, qui epistolam scripsit, in sortem duntaxat, non etiam in vsuras teneri, cùm tamen in hac lege Scæuola post factam in verbis epistolæ vsurarum mentionem indistinctè respondeat, scribentem de constituta pecunia teneri. Quod interpretes vulgò sic accipiunt, & rectè, vt non minùs in vsuras quàm in sortem teneatur. Nam postrema Accursij interpretatio, quæ verba illa epistolæ *salua ratione vsurarum nomine*, quasi per ea vsuræ exceptæ sint, ac si adiectum esset, *quia in vsuras teneri nolo*, ridicula est, & à verbis epistolæ aliena, quæ non alium vtique sensum admittunt, quàm vt is qui epistolam scripserat, obligare se vellet, non tantùm ad decem, quæ Titius ex arca creditoris mutua acceperat, sed etiam ad vsurarum quantitatem, post quàm ex earum computatione apparuisset quantum vsurarum nomine deberetur. Id enim omnino significant verba illa *salua ratione vsurarum nomine*, quod Gallicè sic efferri posset, *sans preiudice des changes escheus, & sauf d'en venir à compte.* Qua loquendi formula nemo dubitat, quin etiam vsuræ comprehendantur. Dicendum igitur est in huius legis specie dari actionem de constituta pecunia, etiam ad vsuras, quia ex iisdem suprascriptis verbis apparebat vsurarium fuisse debitum, quod erat constitutum, non etiam in specie *dict. leg. Titius*, in qua nec de eo constabat, nec præsumendum in dubio id erat, vt nos ad illum locum fusiùs explicauimus. Obseruanda tamen est noua hæc concipiendi constituti formula *decem quæ Lucius Titius ex arca tua mutuò acceperat, penes me habes.* Nam cùm ad personam creditoris non etiam scribentis relata essent, non videbantur sic posse accipi quasi scribens aliquid promisisset. Dispositiuis enim verbis in eam rem opus est, non enunciatiuis tantùm vt in *l. Publia 26. §. vlt. infr. deposit.* Eáque potissima dubitandi ratio apud Scæuolam fuisse videtur. Sed decidendi ratio fortior illa, quia nemo potest habere penes se alienam pecuniam, idq; scriptura sua profiteri quin hoc ipso constituat se alterius debitorem: quod nudo consensu factum esse sufficit ad inducendam actionem constitutæ pecuniæ, cùm in eam rem nudum pactum, & epistola sufficiat *l. qui autem 14. §. vlt. & dict. leg Titius supr.* at non etiam ad inducendas obligationes cæteras, quæ non nisi re aut verbis cõtrahuntur, cuiusmodi est obligatio depositi, de qua in *d. l. Publia §. vltim. & in d. l. Titius.*

27. Vlpianvs libro 14. ad Edictum.

VTrùm præsente debitore, an absente, constituat quis, parui refert. hoc amplius etiam inuito eo constituere quem posse [a], Pomponius libro trigensimo quarto scribit. vnde falsam putat opinionem [b] Labeonis existimantis, si, postquàm quis constituit pro alio, dominus ei denuntiet, ne soluat: in factum exceptionem dandam. nec immeritò id Pomponius: nam cùm semel sit obligatus, qui constituit: factum debitoris non debet eum excusare.

Ad l. Vtrùm 27.

Rat. dvb. Si quis pro præsente constituerit, habet contra eum mandati actionem, cùm is qui patitur, mandare intelligatur *vulg. leg. qui patitur 18. infr. mandat.* si verò pro absente, habet negotiorum gestorum actionem pro indemnitate consequenda, quomodo in fideiussore distinguit IC. in *leg. ex mandato 20. §. 1. eod. tit.* Constituens enim licèt non sit fideiussor, proximè tamen accedit ad fideiussorem, vt in præcedentibus sæpius diximus. Ergo multum refert, an pro præsente quis constituat, an pro absente. Dec. Nihil interest quantum ad hoc, vt is qui constituit obligetur, dummodò aliquod debitum vel naturale, vel ciuile & honorarium præcedat, cui constitutum possit accedere. Vtroque enim casu perinde obligatur constituens, & actione constitutæ pecuniæ tenetur, quamuis intersit quod ad actionem quæ constituenti competit ad indemnitatem.

[a] Hoc

a *Hoc amplius etiam inuito eo constituere posse.* RAT. DVB. Inuito beneficium non datur, vt habet iuris regula. Ergo inuito debitore constitui debitum ab alio non potest. Beneficium namq. in eo est, quòd si postea constituens soluerit, licèt suo nomine soluerit, & ex propria obligatione, priorem tamen debitorem liberat, quia solutio proficit ad vtramque tollendi obligationem *l. item illa* 18. *§. vlt. supr.* Et verò posito iure, vt etiam pro inuito debitore possit quis constituere, alterutrum euenire necesse est, vt vel ex constituētis iactura locupletetur debitor, vel vt ei, qui pro eo inuito constituit, indemnitatē præstare etiam inuitus compellatur. Quod vtrumque absurdum videtur, & contra *l. nam hoc natura* 14. *sup. de cond. indeb. & l. vlt. C. de neg. gest.* DEC. Constitutum in plerisque solutionis vim obtinet *l. idem est* 10. *sup.* præsertim secuta quandocunque postea solutione ex constituto *d. l. item illa §. vlt.* Atqui soluere etiam pro inuito possumus, vt eum liberemus, quia meliorem eius condicionem facere possumus, quamuis deteriorem non possimus *l. soluendo* 39. *supr. de negot. gest. l. solutione* 22. *infr. de solut. l. si Stichum* 8. *§. vlt. de nouat.* Ergo & pro alio inuito constituere quis potest. An verò is qui constituit & ex constituto soluit, regressum pro indemnitate aduersus debitorē quem liberauit, habere debeat, alia quæstio est. In qua si ius vetus spectetur, non dubito quin negotiorum gestorū actionē habere debeat, quia debitoris negotium vtiliter gessit, nec eo minus quòd inuito debitore. Imò tanto magis, quòd, vt Seneca dicebat, duplex beneficium confert qui inuitum cogit accipere. Si verò ius nouum spectemus, quod Iustinianus induxit in *d. l. vlt. C. de neg. gest.* nulla ei actio competit quasi donasse videatur, qui vtiliter pro inuito negotium gessit, nec tam pecuniæ quàm beneficij debitorem acquirere sibi voluerit. Quod certè hodie post supradictam Iustiniani constitutionem ita est, cùm per eam abscissa sit spes omnis repetitionis, si domini, cuius negotia gesta sunt, prohibitio expressa præcesserit.

b *Vnde falsa putat Labeonis opinionem.* RAT. DVB. Pro Labeone, cùm quis pro alio inuito debitū constituit, si debitor (hic enim legendum omnino est, non *dominus*, vt docuimus *lib. 15. Coniect. c. 5.*) denunciet ei ne soluat, & nihilominus constituens soluerit, imputari potest constituenti cur pro inuito soluerit. Neque verò æquum est, vt quis inuitus obligetur, cùm obligationes omnes consensum illius qui obligatur, exigant *l. in omnibus* 55. *& leg.* 57. *infr. de oblig. & act.* Ergo si is qui constituit & soluit, contra eum agere velit de cōstituta pecunia, quod summo iure facere potest, danda est contra eum exceptio in factū, vt dari solet cōtra quemlibet actorem, cui aliquid imputari potest. DEC. Is qui cōstituit semel obligatus fuit vt solueret: ergo factum debitoris ei denunciantis ne soluat, non debet eum excusare. Vnde Bartolus infert generaliter, vt solet, protestationem & denunciationem inhibitoriam eius actus ad quem quis tenetur, nullius esse momenti *arg. leg. Quintus* 48. *infr. mandat. leg. si fideiussor infr. de fideiuss.* Quod tamen vereor ne non sit tam generaliter verum, vt constat ex *l. 3. C. de nouat.* & aliis plerisque locis, ex quibus appareat propositionē hanc certis distinctionibus esse temperandā, de quibus erit alius fortasse commodior dicendi locus. Illud duntaxat obseruatione dignum ad hanc legem mihi videtur, quod ex Pomponij & Labeonis dissensione quam hîc Vlp. refert, videtur Iustinianus materiam sumpsisse, & causam condendæ nouæ cōstitutionis quæ extat in *d. l. vlt. C. de negot. gest.* Vbi tamen magis inclinat in sententiam Labeonis, quæ in hac lege & à Pomponio & ab Vlpiano tanquā falsa reprobatur.

28. CAIVS libro 4. ad Edictum Prouinciale.

VBi quis pro alio constituit se soluturum: adhuc is, pro quo constituit, obligatus manet.

Ad l. Vbi quis 28.

RAT. DVB. Interuentu nouæ personæ, quæ pro alio se obligat, delegatio facta esse intelligitur inspecto iure Pandectarū, cùm delegare nihil aliud sit quàm vice sua reum alium substituere *leg. delegare* 11. *infr. de nouat.* & consequenter nouatio: quando quidem delegatio nunquam fit sine nouatione, estq; potissima species nouationis *l. 1. l. si quis delegauerit* 12. *& pass. eod. tit.* Quamuis noua Iustiniani constitutio in *l. vlt. C. de nouat.* hoc ius vetus correxerit, & induxerit, vt non magis interuentu nouæ personæ quàm nouæ rei fiat nouatio, nisi specialiter id dictum & expressum sit. Atqui cùm quis constituit se pro alio soluturum, interuenit noua persona debitoris se in alterius locum substituentis. Ergo fatendum videtur Caij temporibus, cuius hæc lex est, ita ius fuisse, vt per huiusmodi cōstitutum fieret nouatio, quamuis non æquè si pro seipso quis constituisset, ac proinde vt non maneret obligatus is pro quo cōstituebatur: si quidem nouatio nihil aliud est, quàm prioris obligationis peremptio & in sequentem transfusio *d. l. 1. eod.*

DEC. Delegatio semper quidem nouatio est, sed nunquā fit sine stipulatione *§. præterea Instit. quib. modis tollit. oblig. l. 1. & pass. C. de nouat.* Atqui constitutum non admittit interuentū stipulationis, alioqui constituens non de constituta pecunia, sed ex stipulatu teneretur *§. de cōstituta Inst. de act.* Ergo nec ius vetus tale esse potuit, vt is, pro quo alius constituisset, obligatus non maneret. Quisquis enim obligatus semel fuit, eum necesse est tandiu manere obligatum quandiu liberatus non est, aut solutione, aut nouatione, aut quo alio ex iis modis quib. tolli solet obligatio. Et ita scriptum est in *l. item illa* 18. *§. vlt. supr. l. si filiusfamilias* 15. *infr. de in rem vers.* Nec placet exceptio quā addunt Accursius & Bartolus, hoc ita esse nisi animus nouandi probetur. Non enim sufficit animus solus nouādi, si non interueniat etiam stipulatio ad faciendam nouationē, sicuti nec sufficeret stipulatio, quæ non nouandi animo facta esset *l. 2. l. si Stichum* 8. *& pass. de nouat.* Nec simile est quod obiiciunt ex *l. pen. de stipulat prætor.* Ibi enim decretum Prætoris de interponenda stipulatione in breuiorem diem non tam nouatur, quàm tollitur & immutatur per posterius quod factum est in diem longiorem, propter incompatibilitatem, quia non potest fieri, vt quid promittatur in diem breuiorem simul & longiorem. At nunquam incompatibile est, vt manente constituto maneat etiam prima obligatio, quæ in constitutum deducta est, quoniam posterior forma non tollit priorem: præter id quod diximus, constitutum nunquam fieri per stipulationem, sine qua tamen nunquam fit nouatio.

BIU Cujas

29. PAVLVS libro 24. ad Edictum.

QVi iniuriarum, vel furti, vel vi bonorum raptorum actione tenetur: & constituendo tenetur.

Ad l. Qui iniuriarum 29.

RAT. DVB. Debitum quidem ex quocunque cõtractu cõstitui potest *l. 1. §. pen. supr.* sed ex delicto non videtur posse constitui, quia quod debetur ex delicto, pœna est. Pœna autem debetur & exigitur etiam ab inuito ad vindictam & vltionem publicã, & sola legum authoritate, quæ nõ indiget, vt accessione constituti pœnæ exactio fiat certior aut facilior, nec rursum curat an fidem constituti frangat is qui deliquit, cùm ad pœnam satis obligatum eum habeat. Maximè verò procedit hæc dubitandi ratio in actione iniuriarum, quæ persecutionem rei nullã continet, ideóque nec in bonis nostris esse dicitur antequam ex ea litem contestemur *l. iniuriarum 28. infrà de iniur.* nec heredi aut in heredem datur *l. iniuriarum 13. in princ. eod. l. si quis eum 10. §. qui iniuriarum supr. si quis caution.* Itaq. nullũ videtur præcedere debitũ quod constitui possit, quamuis iniuriarum actio iam nata sit, quia nec aliud in condemnationẽ deduci potest quã æstimatio iniuriæ arbitrio iudicis facienda *l. constitutionibus 37. §. 1. infr. de iniur.* relatione scilicet facta ad tempus, non quo res iudicatur, sed quo iniuria facta est *l. iniuriarũ 21. eod. tit.* Ac proinde ante sententiam & condemnationem nesciri potest, quid & quantum debeatur. DEC. Constitui potest non tantùm ex quocunque cõtractu, sed etiam ex quacunque causa, vt scriptum est in *d. leg. 1. §. pen. supr.* Ergo etiamsi ex delicto debeatur. Est enim etiam huius debiti causa iusta, licet factum ex quo nascitur, sit iniustum *l. 1. de iniur.* Nec quod incerta sit summa & quantitas futuræ condemnationis ad rem facit. Sufficit enim certum esse, quòd subsit debitum, & quòd quantitas debiti per sententiam & condemnationem certa fieri aliquando possit, vt rectè hîc docet Accursius ex *l. id quod 19. §. 1. supr.* Sed non possum probare, quod idem Accursius putat, tantum esse in actione iniuriarum, quanti actor in litem iurauerit, nullo enim casu puto admittendũ, vt æstimatio iniuriæ fiat per iusiurandum actoris, sed semper officio iudicis siue de actione iniuriarum prætoria tractemus, siue de ea quæ descendit ex lege Cornelia *l. apud Labeonem 15. §. quod ait prætor l. sed si vnius 17. §. seruus meus de iniur.* quamuis non ignorem nostros ita distinguere solitos ad *d. l. iniuriarum 28. eod. tit.* Neque verò inutile constitutum est eius debiti quod sit ex delicto. Quamuis enim legũ potestas ad exigendam à delinquente pœnam neque constituti neq. alio vllo adminiculo indigeat, prodest tamen constitutum ad probandum quasi ex confessione delictum *leg. furti 6. §. pactúsque supr. de his qui not. infam.* itémque vt tanto facilior fiat pœnæ exactio. Nam si nec eos qui ex ciuili tantùm causa debent, patitur prætor fidem frangere *leg. 1. supr.* quanto minus patietur eos frangere qui delinquendo fregerunt iam obseruantiam legibus debitam, séque ob eam causam minus fauorabiles præstiterunt?

30. IDEM libro 2. Sententiarum.

SI quis duobus pecuniam constituerit, tibi aut Titio: & si stricto iure propria actione pecuniæ constitutę manet obligatus, etiam si Titio soluerit, tamen per exceptionem adiuuatur.

Ad l. Si quis duobus 30.

RAT. DVB. Cùm quis adiectus est in constituto, licèt solutionis tantùm causa, si ei soluatur, perinde tollitur obligatio constitutæ pecuniæ, ac si creditori principali, cui cõstitutum fuit, solutum esset *l. si verò 8. supr. hoc tit.* nihil enim refert quantum ad liberationem, an quis soluat creditori, an adiecto solutionis gratia, quoniam adiectus mandatum habere intelligitur ad solutionem accipiendam *l. si stipulatus sim 59. l. qui res 98. §. mihi Romæ l. aliud 106. inf. de solut.* Ergo non potest durare obligatio constitutæ pecuniæ post factam adiecto solutionem. Nec si ponas in priore obligatione ac stipulatione non fuisse hunc adiectum solutioni. Nam potest quidem ea res facere, vt à priore illa obligatione & actione nõ liberetur: sed non æquè, vt propria actione constitutæ pecuniæ manere debeat obligatus. DEC. Refert multùm, an quis in constituto tantum adiectus sit solutionis gratia, an etiam in priore obligatione. Hoc. n. posteriore casu qui soluit adiecto, ipsi creditori soluere intelligitur, quia iussu & mandato eius soluit, cùm creditor ipse sit qui stipulando adiecit hũc in stipulatione, vt solui ei posset *d. l. si ita stipulatus*, vnde est quod mandati actione tenetur adiectus, vt eam pecuniam creditori reddat *d. §. mihi.* At priore casu cũ quis in constituto solutionis tantùm gratia adiectus est, non potest videri solutio ei facta esse iussu & mandato creditoris, cuius factum in constituto nullũ interuênit, sed in eo tantũ quod constitutum agnouit. Non enim fit constitutum ab eo cui constituitur, sed ab eo tantùm, qui cõstituit, cùm tamen stipulatio initium sumat à stipulatoris interrogatione. Ergo etiamsi ei qui in cõstituto dũtaxat adiectus fuit, solutum proponatur, fatendum tamen est, promissorem remanere obligatum, non modò priore actione ex stipulatione, id est, certi cõdictione, vt Accurs. interpretatur, sed etiam propria actione cõstitutæ pecuniæ: nũquam enim ipso iure tolli potest obligatio, nisi cũ soluitur vero creditori, aut alij ex veri creditoris iussu, & mandato: quod hîc non contingit. Sed tamen quia verum est creditorem, qui huiusmodi constitutum admisit, cõsensisse, vt ei, qui in cõstituto adiectus fuerat, solueretur, quod nec impedire poterat, etiamsi maximè voluisset: quia certã legem ab initio constitutũ habuit, quam immutare postea creditor non potuit, vt de stipulatione, quæ adiectum habebat, scriptum est in *l. vero procuratori 12. §. pen. inf. de solut.* ideo dicimus repellendum creditorem exceptione doli, si post solutionem adiecto factam pergat agere propria actione constitutæ pecuniæ aduersus promissorem, vt ab eo constitutam pecuniam adiecto iam so-

BIU Cujas

jam solutam iterum exigat, & duplici eum oneret eiusdem pecuniæ præstatione. Et hæc certè vera germanáque huius legis sententia est, nec ab Accursio intellecta, qui verba illa *propria actione* vel delet, vel ita saltem interpretatur ac si deleta essent, cùm ea explicat de condictione certi quæ competebat ante constitutam pecuniam, & pro pecunia postea constituta, non de actione ipsa constitutæ pecuniæ, de qua tamen disertè lex loquitur, nec à Bartolo, qui comminiscitur factam esse adiecto solutionem ex priore obligatione non ex constituto, quod apertè non modò commentitium, sed etiam falsum est. Quonam enim iure aut colore solueret promissor ex stipulatione ei qui in stipulatione adiectus non fuit? Nec denique à Cuiacio, qui verba illa *propria actione* sic emendat, vt malit legere *priori actione* quod in Accursij interpretationem recidere planè videtur. Eámque emendationem nos pluribus confutauimus *libr. 5. Coniecturarum capit. 3.* vbi & cætera omnia, quæ ad pleniorem huius legis explicationem pertinent, latiùs prosecuti sumus.

31. SCÆVOLA libro 5. Digestorum.

LVcius Titius Seiorum debitor decessit. Hi persuaserunt Publio Mæuio, quòd hereditas ad eum pertineret: & fecerunt, vt epistulam in eos exponat, debitorem se esse, quasi heredem patrui sui confitentem. qui & addidit epistulæ suæ, quod in rationes suas eadem pecunia peruenisset. quæsitum est, cùm ad Publium Mæuium ex hereditate Lucij Titij nihil peruenerit: an ex scriptura proposita de constituta pecunia conueniri possit: & an doli exceptione vti possit. respondit, nec ciuilem eo nomine actionem competere: sed nec de constituta, eum teneri, secundùm ea, quæ proponerentur. idem quæsiit, vsurarum nomine[a], quod ex causa suprascripta datum sit, an repeti possit. respondit, secundùm ea, quæ proponerentur, posse.

Ad l. vlt. Lucius Titius.

RAT. DVB. Tam alienum quàm proprium debitum constituere quis potest, perindéque valet constitutum dummodo aliquod debitum reuera subsit *l. 1. §. debitum l. eum qui Ephesi 5. §. quod exigimus l. hactenus 11. supr. hoc tit.* Atqui in proposita specie verum est constitutam fuisse à Publio Mæuio pecuniam quæ à Lucio Titio debebatur Seij creditoribus, quibus & Publius Mæuius eam constituit. Ergo quamuis eam constituerit tanquã heres Lucij Titij patrui sui, cùm non esset, non eo minùs tamen teneri debet de constituta pecunia, quòd non suum, sed alienum debitum constituerit: præsertim cùm adiecerit in epistola *quòd in rationes suas eadem pecunia peruenit.* Nam siue ad eùm patrui hereditas peruenerit, siue non peruenerit, videbatur Publius Mæuius iis verbis suum fecisse debitum, quod erat hereditarium, cùm fateretur ex ea pecunia factum se locupletiorem, locupletior autem ex aliena iactura fieri nec potuerit, nec debuerit, quin hoc ipso se ad restitutionem obligauerit *l. nam hoc natura 14. supr. de cond. indeb. l. iure naturæ 206. de reg. iur.*

DEC. Non valet constitutum, nisi quod habeat consensum & constituentis, & eius cui constituitur *l. 1. supr.* Nihil autem consensui tam contrarium est, quàm error & dolus, aut vis & metus qui nũquam est sine dolo *l. nihil consensui 116. in princip. & §. vltim. de regul. iur. iunct. l. 1. Quod met. caus. l. 2. §. doli mali infrà vi bonorum raptor.* Atqui in proposita specie interuenit error Publij Mæuij existimantis se patrui esse heredem cùm non esset, & eam pecuniam in rationes suas peruenisse quæ non peruenerat: ex parte verò Seiorum creditorum etiam dolus interuenit, qui persuaserunt Publio Męuio vt talem epistolam in eos exponeret, per quam fateretur se & patrui heredem esse, & pecuniam ab iis Lucio Titio creditam in rationes suas peruenisse: quod vtrumque tamen falsum erat, cùm reuera nihil ad Publium Mæuium ex Lucij Titij hereditate peruenisset, vt Scæuola hîc ponit. Ergo fatendum est ex eiusmodi scriptura & epistola, sicuti actio ciuilis nulla nasci potest, ita neque actionem de constituta pecunia posse competere. Ea namque demum constituta conseruat prætor, quæ bona fide facta sunt, non quæ dolo malo aut per errorem. Et quisquis alienum debitum constituit, ita demum obligatur, si sciens alienum constituerit, & tanquam alienum, non etiam si tanquam proprium: in eo siquidem error versatur, qui efficit ne constituti fidem videatur frangere debitor, etiamsi recuset soluere alienum debitum, quod constituit, non constituturus haud dubiè, si alienum sciuisset. Nec enim tam faciles sunt hominum voluntates, vt pro alieno debito se obligent, quàm vt pro suo sic in *leg. si cum te 51. supr. de pact.* Aliud ergo esset si Publius Mæuius debitum hoc quasi defuncti debitum & hereditarium cõstituisset, vt benè Accursius notat ex *leg. si pœnæ 19. §. 1. supr. de cond. indeb. & d. l. hactenus 11. in princip. supr.* Quid? An non sufficiunt verba epistolæ, vt probent pecuniam hanc quæ à Lucio Titio debita, & à Publio Mæuio constituta fuit, in rationes Publij Mæuij peruenisse? ex *leg. Publia 26. §. vltim. infrà depositi.* Negat Bartolus, quia, inquit, licèt pecunia quam alij dedisti vel credidisti, ad me peruenerit, non ideò tamen sum tibi obligatus *leg. his solis 49. suprà de condict. indeb. leg. non aduersus 15. Cod. si cert. petat.* Ego addo verba enunciatiua epistolæ fidem equidem facere & probationem inter easdem partes, sed in dubio tantùm, id est, ita demum si non contrarium probetur: salua enim semper est, vt esse debet veritatis contra præsumptionem *leg. si chirographum 24. & seq. leg. Imperatores 29. §. 1. inf. de probat.* Hîc autẽ ponit Scæuola pro certo & probato, neq; pecuniã hanc neq;

BIU Cujas

aliud quicquam ex Lucij Titij hereditate ad Publium Mæuium peruenisse, sed ad alium, quisquis ille fuerit, Titij heredem. Potest enim hæc negatio probari, probata adfirmatione contraria.

a *Idem quæsit vsurarum nomine.* RAT. DVB. Pœnæ depensæ non solent repeti *l. pœnæ 41. supr. de cond. indeb.* Atquin vsuræ non nisi pœnæ nomine præstantur, quia non propter lucrum petentium, sed propter moram non soluentium infliguntur *l. cùm quidam 17. §. si pupillo infr. de vsur.* Ergo quod vsurarum nomine in specie proposita solutum est, repeti non potest, nec si vsuræ ipsæ sint omninò indebitæ, id est, ne nudo quidem pacto promissæ *l. si non sortem 26. in princ. supr. de cond. indeb.* Addit Bartolus pro ratione dubitandi, in hac specie tutum fuisse promissorem exceptione doli, exceptionem autem hanc non esse fauorabilem, sed odiosam *l. licèt famosæ 7. §. nec exceptiones de obsequ. parent. & patron. præst.* porrò eos qui eiusmodi exceptionibus odiosis non fauorabilibus tuti sunt, si soluerint, non posse repetere *l. qui exceptionem 40. supr. de cond. indeb.*

DEC. Indebiti condictio competit, quoties indebitum soluitur ab ignorante & per errorem *l. 1. & pass. eod. ill. tit.* Neque ab ea generali regula excipiendæ sunt vsuræ indebitæ, nisi cùm sors debita fuit vt in *d. l. si non sortem in princip.* Nam neque vsura pœna est, nec propter moram non soluentis infligenda, nisi eo casu quo debetur. Atqui in proposita specie neque sors fuit debita, neque promissæ vsuræ sunt per stipulationem, adeóque nec per epistolam, quæ tamen citra vinculum stipulationis non debentur *l. 3. C. de vsur. l. Titius 24. infr. de præscr. verb.* Ergo quamuis debitum Lucij Titij fuerit vsuratium, quod necessariò ponendum est, vt quæstioni de vsuris à Publio Mæuio non promissis locus fieri possit, dicendum tamen est vsuras à Publio Mæuio solutas repeti posse tanquam indebitas, & per errorem solutas, & quidem facti, cùm Publio Mæuio persuasum esset à Titij creditoribus hereditatem Titij ad Publium Mæuium pertinere, quæ ad alium pertinebat, & ex hereditate illa Titij pecuniam debitam in rationes Publij Mæuij peruenisse, quæ non peruenerat. Quod verò Bartolus obiicit de doli exceptione odiosa, quæ non possit inducere repetitionem soluti ex *dict. leg. qui exceptionem.* ridiculum est, non ob id solùm, quòd in proposita specie nullus possit esse locus exceptioni doli, quippe quæ supponit aliquam præcedentem actionem, quam possit excludere, vt & cæteræ exceptiones omnes *l. 2. infr. de except.* Hîc autem nulla subest actio, quæ per doli exceptionem summoueri possit, vt disertè ait Scæuola, ne quidem de constituta pecunia, sed etiam quia falsum est, exceptionem doli esse odiosam, cùm sit omnium fauorabilissima si causam æquitatis inspicias ex qua proficiscitur. Falsum item, eum, qui tutus exceptione doli soluerit, non posse repetere, vt constat ex *leg. qui se debere 7. supr. de cond. caus. dat.* vbi diximus. Falsum denique quod respondet Bartolus de exceptione facti seu intentionis, vt ex iis etiam quæ scripsimus ad *dict. leg. qui exceptionem*, latiùs apparet.

COMMODATI VEL CONTRA,

TIT. VI.

I. VLPIANVS libro 28. ad Edictum.

AIt Prætor: *Quod quis commodasse dicetur, de eo iudicium dabo.*

Ad l. 1. Ait Prætor.

Incipit Vlpianus, vt solet, à verbis edicti, quibus Prætor actionem commodati proposuit. Nam sub generali titulo de rebus creditis, etiam de commodato & de pignore edixit *l. 1. supr. de reb. credit.* Ex quo apparet commodati actionem non esse ciuilem, vt vulgò, post Accursium, nostri putant, sed prætoriam, cùm ipso Prætoris edicto promittatur, vt & actio pignoratitia & depositi, de quibus dicendum erit in sequentibus. Nec ad rem pertinet quod inter commodantem & eum qui accipit commodatum, geritur negotium, ex quo proinde nascuntur præstationes & obligationes ciuiles, vt constat ex *leg. incommodato 17. §. sicut infr. hoc tit.* cùm sit commodatum conuentio iuris gentium qua res gratis vtenda datur ad tempus, finem modúmve certum, ea lege vt eadem ipsa reddatur, vt Cuiacius in Paratitlis definit. Nam respondemus, per commodatum quidem contrahi συνάλλαγμα, sed nihil aliud ex eo inferri posse, nisi quòd libenter admittimus, ex commodato etiam ante

BIU Cujas

ante edictum Prætoris nasci, & dari potuisse ciuilem in factum actionem, quæ præscriptis verbis appellatur, de qua in *l. si gratuitam 17. in princ. infr. de præscr. verbi. iuris gentium 7. in princip. supr. de pact.* Etsi enim conuentiones quæ transeunt in proprium nomen contractus, proprij quoque nominis actionem parere solent, *d. l. iuris gent.* Falsum tamen est quod Iacobus Cuiacius, & alij plerique post Bartol. tradiderunt, non dari actionem præscriptis verbis, nisi ex contractibus innominatis, & cum alia actio nominata nulla competit. Non enim quòd contractus certum & proprium nomẽ habeat, impedit aut extinguit negotium illud, & συνάλλαγμα, ex quo nascitur actio præscriptis verbis, vt videre est in contractibus emptionis, donationis & permutationis, qui licèt proprium habeant nomen, non eo minùs tamen patiunt actionem præscriptis verbis, si certa lege fiant *l. 2. Cod. de pact. iur. empt. & vend. l. 1. 2. & pass. l. vlt. C. de rer. permut.* Quo exemplo dicimus nihil vetare quominùs ex commodato, quod semper fit ea lege, vt reddatur, actio præscriptis verbis competat etiam hodie quæ ante propositum Prætoris edictum competebat, & præterea actio commodati prætoria, quæ in eo maximè differt ab actione præscriptis verbis quod bonæ fidei est, cùm actiones omnes præscriptis verbis sint strictæ, exceptaillaquæ de æstimato datur, quam æstimatoriam appellamus, item ea quæ ex permutatione competit *§. actio Instit. de action.* Post quam actionem commodati propositam à Prætore stultus sanè esset, qui mallet agere ciuili actione præscriptis verbis. Nam quod dicitur frustra desiderari honorariam actionem, cùm ciuilis competit *l. 1. supr. de public. in rem act.* tunc obtinet cùm ciuilis plenior est, aut saltem æquè plena: quod non contingit, cùm honoraria bonæ fidei est, vt in casu nostro, ciuilis autem stricti iuris. Nec possum probare quod quibusdam viris doctissimis placere video, commodati actionem ad probatione tantùm esse prætoriam, sed origine ciuilem. Etsi enim prætor non induxit contractum commodati, quem sanè fatendum est esse iuris gentium, induxit tamen actionem commodati, quæ non similiter potuit esse iuris gentium. Ex quo cõstat nullas fuisse proditas actiones, & quam ius ciuile nullam agnouit ante propositum edictũ Prætoris, vt proinde possit lõgè verius dici actionem commodati esse prætoriam origine, non etiam iuris ciuilis, nisi ad probatione. Idq; apparet euidentiùs ex eo, quod in hac ipsa lege Vlpianus notat, quasi nouum quid & notatu dignum, Prętorem qui hoc edictum concepit, fecisse commodati mentionem, cùm Pacuuius prætor, alius & tempore anterior vtendi dati mentionem fecisset. Cur enim hoc ita, si iam ante Pacuuium comparata erat iure ciuili actio aliqua siue commodati siue vtendi dati? An non enim debuisset Prætor edicto suo subsequi nomen iuris ciuilis in ea actione probanda, quam ius ciuile primùm induxisset? Fuit ergo ante hoc edictum à posterioribus prætoribus ita conceptum incognita & inaudita commodati actio, nec minùs prætorio iure quàm ciuili. Nec sanè video cur Prętor inducturus fuerit actionem honorariam eiusdem prorsus & nominis & effectus, cuius esset actio iam antè ciuili iure prodita & comparata, *arg. l. 2. §. vlt. infr. vi bonor. rapt.* Sicut enim neq; natura neq; lex frustrà quicquam facit, ita neq; Prætor. Neq; possum satis mirari istorum ingenia, qui negant honorariam actionem eam esse quæ aliquo prætoris edicto nominatim & specialiter inducta sit. In quorum numero eos pono, qui ausi sunt negare, quod in vltima Chiliadis nostræ parte toties scripsimus, actionem rerum amotarum esse prætoriam, cùm edicto Prætoris permittatur, aut, vt Cuiacius legit & meliùs *promittatur in l. 2. C. rer. amot.* Volunt enim esse ciuilem, vt faciant condictionem, nostrámq; vellicent emendationem, quæ hoc potissimùm argumento negationem addit in *l. rerum 26. infr. eod. ill. tit.* cùm fateri cogantur condictionem omnem esse iuris ciuilis nullam prætoriam. Nec habent quod nobis obiiciant præter actionem hanc commodati, itémq; illam depositi de qua in *l. 1. infr. depositi*, quasi nec dubitandum sit, quin ciuiles actiones sint ob id solùm, quòd ex contractu nascantur, licèt edicto quoque Prætoris propositæ sint. Nisi fortè putant cum Cuiacio [sunt enim, quod laudo, Cuiaciani] etiam actiones commodati, depositi & alias prętorias, & quibus non intenditur dari quid oportere, posse nihilominùs dici condictiones, contrà quàm scriptum sit in *§. appellamus Instit. de action. & §. sic itaq; eod.* tótq; aliis nostri iuris locis quibus negatur posse quemquam rem suam condicere, nisi à fure *l. vlt. supr. vsufr. quemadmod. cau. l. 1. §. vlt. supr. de condict. furtiv. & in l. si quis inficiatus 13. §. 1 infr. depos.* vbi disertè scribit IC. depositarium numquam teneri condictione, ex eo solo quòd depositum acceperit, sed tum demùm incipere teneri cùm depositum inficiatus est, & ita rei depositæ furtum facere cœpit. Neque verò videtur lex duodecim tabularum alias actiones induxisse, quàm quæ dominij translationem aut inducunt aut præsupponunt. Alioqui si de quolibet contractu actionem dedisset, aut de iis saltem qui in hominum vsu frequentiores sunt, an fortè hypothecariam prætermisisset, cum hypothecæ contractus sit fuerítque semper omnium frequentissimus? Et tamen nemo dubitat, quin hypothecaria actio, & quasi Seruiana sit Prætoria, vt & Seruiana ipsa *§. item Seruiana Instit. de action.* Idem de actione ad exhibendum tractari potest, cuius vsus non modò vtilis, sed etiam necessarius est plerunque ad ciuilem vindicationem instituendam *l. 1. supr. ad exhib.*

1 ¶ Huius edicti interpretatio non est difficilis. vnum solummodò notandum, quòd, qui edictum concepit, commodati fecit mentionem, cùm Pacuuius vtendi fecerit mentionem. Inter commodatum autem & vtendum datum, Labeo quidem ait, tantum interesse, quantum inter genus & speciem. commodari enim rem mobilem, non etiam soli: vtendam dari etiam soli sed, vt apparet, propriè commodata res dicitur, & quæ soli est, ídque Cassius existimat. Viuianus amplius etiam habitationem [a] commodari possit ait.

BIU Cujas

Ad §. 1. Huius edicti.

RAT. DVB. Inter commodatum & vtendum datum videtur tantum interesse quantum inter genus & speciem, & latiùs patêre appellationem vtendi dati, quàm commodati. Vtendam enim dari rem quamlibet etiam soli: commodari autem rem duntaxat mobilem, nec eam quamlibet, cùm pecunia & aliæ res, quibus citra abusum vti non possumus, non nisi dicis causa commodari possint *leg. 3. §. vltim. infr. hoc tit.* Et ita Labeo putabat, quem hîc Vlpianus refert. Meliùs ergo Pacuuius de vtendo dato edixerat, quàm recentiores Prætores de commodato. Tanto enim melior lex est siue ciuilis, siue prætoria, quanto generalioribus verbis concepta est, vt plures casus complecti possit *leg. ait Prætor 5. infr. de re iudic.*

DEC. Propriè commodata res dicitur etiam illa quæ soli est, vt ex Cassij sententia Vlpianus hîc concludit, addens Viuianum qui Cassianus proculdubio fuit, non solum eam Cassij sententiam probasse, sed hoc amplius existimasse, habitationem quoque commodari posse, quæ tamen nec mobilis res est nec immobilis, sed tota vel in iure consistens si pro seruitute accipiatur *leg. cùm antiquitas 13. C. de vsufr.* vel in facto, vt in *leg. penult. supr. de capit. minut.* & meritò. Quid enim aliud est commodare quàm prodesse & beneficio adficere? *dict. leg. in commodato 17. §. sicut infr.* Nam & inde est, quòd omne commodatum gratuitum esse debet, alioqui degenerat in locationem §. *item is cui in fin. Institut. quibus mod. re contrah. obligation.* Itaque aut pro synonymis habenda sunt commodatum & vtendum datum, quomodo accipiuntur in *dict. §. item is cui*, aut fatendum est latiùs patêre aut saltem non minùs latè commodati, quàm vtendi dati appellationem.

a *Viuianus amplius etiam habitationem.* Sic habet Florentina lectio, & meliùs quàm vulgata quæ pro Viuiano habet Iulianum. Nam hæc eadem Viuiani sententia existimantis etiam habitationem commodari posse, & ex ea causa commodati actionem competere, refertur ab Vlpiano nostro in *leg. si gratuitam 17. infr. de præscript. verb.* quæ sumpta est ex eodem, ex quo hæc quoque lex Vlpiani libro 28. *ad Edictum.* Vlpianus tamen eo loco, etsi non negat habitationem commodari posse, nihilominùs addit esse tutius agi eò nomine, præscriptis verbis, ita innuens dubitare se, ne commodati actio locum habere in ea specie non possit, quasi possit, commodati contractus latiùs patêre quàm actio commodati. Ex quo loco intelligimus quàm verum sit, quod suprà diximus, ante propositum edictum Prætoris actionem commodati ciuilem nullam fuisse, sed tantùm præscriptis verbis ciuilem, & de ea debere intelligi quod scriptum est in *dict. leg. in commodato §. sicut.* Cur non enim pro aliis rebus commodatis perinde atque pro habitatione commodata, præscriptis verbis actio competiisset? Ratio autem dubitandi ad hunc versiculum petenda ex eo videtur quòd habitatio, siue in iure siue in facto consistere dicatur est quid incorporale. Nam & iura & facta incorporalia sunt *tit. de reb. corpor. & incorpor. & leg. vbi autem 75. §. qui id quod infr. de verborum obligationibus.* Res autem incorporales non videntur posse commodari summo iure, præsertim verò seruitutes, sicut neque dari pignori *leg. si is qui 11. §. vltim. & leg. sequ. infr. de pignor.* Est enim commodatum ex eo contractuum genere, qui re, id est, traditione perficiuntur *dict. §. item is cui Instit. quib. mod. re contr. obligat. l. 1. §. is quoque infr. de obligation. & action.* Quæ verò sunt incorporalia, ea tradi non possunt quia nec possunt tangi *leg. 1. §. vltim. supr. de rer. diuis.* Item commodata res eadem reddi debet, quia nec dominium eius amittitur nec possessio *l. rei commodatæ 8. infr. hoc titul.* Non autem redditur eadem habitatio quæ commodata fuit, cùm de habitatione dici possit, quod de vsufructu scribit Vlpianus in *l. 1. §. interdum supr. de vsufruct. adcresc.* vsumfructum quotidie constitui. Alia enim est vnius diei habitatio, alia alterius *l. item quæritur 13. in fi. infr. locat.* Sed decidendi ratio est, quòd habitatio, licèt non possit tradi sola tanquam seruitus, tradi tamen potest cum domo in qua habitatur. Vnde & apud Accursium quidam habitationem hîc sumunt pro domo ipsa, quæ habitationis vsum præbet, ne obstet huic legi quod Pomponius scribit in *l. in ædibus 9. in princip. infr. de donat.* donationem videri, si quis in alienis ædibus gratis habitet, quasi id ipsum capere videatur qui habitat, quod mercedem pro habitatione nullam soluit. Sed facilis responsio est differre commodatum à donatione in eo quòd commodatum semper certo vsu certóque tempore concluditur, non etiam donatio: quamuis extra hanc differentiam proximè accedat commodatum ad donationem, quia vterque contractus ex mera concedentis liberalitate proficiscitur, cùm gratuitum, vt diximus, commodatum esse debeat. Commodato autem proximum est precarium, quia æquè ex liberalitate proficiscitur, & ideò ad donationis quoque potiùs quàm ad contractus causam pertinere dicitur in *leg. interdictum 15. infr. de precar.* in quo tamen differt à commodato, de quo nemo ambigit, quin sit contractus, & quidem bonæ fidei §. *actionum Institut. de action.* quod de precario non similiter dici potest, adeóque nec de donatione propriè, cùm in ea tractatus nullus præcedat *dict. leg. interdictum*, & quam si contractum dicere quis velit, certum tamen est, non esse bonæ fidei *leg. eum qui 22. infr. de donation.* Etsi tamen habitationem precario quoque dari posse constat ex *leg. 2. Cod. de precar.* Quidni ergo & multo magis commodari? Multa enim sunt quæ facere videntur, vt precariò dari habitatio stricto iure non possit, vt ex iis apparet, quæ nos in hanc rem scripsimus in Chiliade *de error. pragmat.* Sed publicæ vtilitatis gratia contra strictam iuris rationem admissum hoc videtur. Publica enim vtilitas hoc maximè suadet, vt contractuum & conuentionum omnium potestas & natura extendatur quàm latissimè fieri potest, propter vtilitatem commerciorum, vt constat ex *dict. leg. sed an via duodecim. infrà de pignor. leg. quart. supr. de seruitut.* Aliud ergo est commodari aut precariò dari domum in qua habitetur, aliud verò ipsam habitationem, quæ cùm redditur, eadem sanè redditur, quæ commodata vel precariò data fuit, sed ita tamen si ad futuri temporis non ad præteriti vsum referatur. Nam in vsu præteriti temporis certè donatio quædam versatur *dict. leg. in ædib.* Quod & Bartolus benè notat, quamuis contractus ipse non sit donatio, sed commodatum, vt diximus. Planè etiam vestimenta commodari possunt *l. 5. §. quinimò infr. hoc tit.* sed precariò

BIU Cujas

precario dari stricto iure meo iudicio non possunt, ne reuocato precario intempestiuè quod ad nutum reuocantis fieri potest, nudus & sine vestimentis maneat is qui precariò rogauerat, precarium siquidem etiam intempestiuè reuocari potest, in quo differt à cõmodato *l. in cõmodato* 17. § *sicut infr.*

2 ¶ Impuberes commodati actione non tenentur, quoniam nec consistit commodatum in pupilli persona sine tutoris auctoritate: vsque adeò, vt, etiam si pubes factus [a] dolum aut culpam admiserit, hac actione non teneatur: quia ab initio non constitit.

Ad §. 2. Impuberes.

RAT. DVB. Ad hunc §. & ad *leg. seq.* obligantur etiam pupilli & furiosi sine tutoris vel curatoris authoritate, quoties ex re actio venit *leg. furiosus* 46 *infr. de obl. & action.* Atqui commodati obligatio ex re ipsa nasci videtur, cùm rei traditio initium huic obligationi præbeat, quomodo de permutatione scriptum est in *leg.* 1. *infrà de rerum permut.* Est enim hic contractus ex eorum numero qui re contrahuntur *leg.* 1. §. *is quoque de oblig. & act.* §. *item is cui Instit. quibus mod. re contr. oblig.* Ergo & furiosi & pupilli si commodatum acceperint, commodati actione teneri possunt.

DEC. Neque pupillus obligari ex contractu potest sine tutoris authoritate, neque furiosus absque curatore *leg. obligari* 9. *& pass. infrà de author. tutor. leg.* 1. *& tot. tit. de curat. furios.* Caret enim vterque consilio & iudicio, sine quo tamen contrahi obligatio nulla potest. Atqui obligatio commodati est ex contractu, ergo non magis ex commodato quàm ex alio vllo contractu obligari pupillus vel furiosus absque tutoris vel curatoris authoritate potest, nec proinde commodati actione teneri, quamuis actio commodati sit prætoria, quia non minùs prætor quàm ius ciuile & pupillis & furiosis fauet, quos videt non posse sibi consulere pupillum quidem vitio ætatis, furiosum autem vitio animi *leg.* 3. *in princip. infrà de tutel. l. Fulcinius* 7. §. *planè interdum quibus ex causis in possess. eat. leg.* 3. *de regulis iuris.*

[a] *Vsque adeò vt etiamsi pubes factus.* RAT. DVB. Dolus pupilli qui iam doli capax est, fortè quòd sit proximus pubertati, impunitus esse non debet *leg. heredibus* 13. §. 1. *& leg. seq. supr. de dolo.* Iuris enim ratio & regula generalis facit, vt dolus semper puniendus sit, tum quoque cùm ei nocet qui dolum ipse admisit *leg. procurator* 11. §. *in perpetuum infr. de doli mali except.* Ergo etiamsi pupillus absque tutoris authoritate commodatum acceperit, si tamen in re commodata dolum malum admiserit, puniri eo nomine debet, & quidem actione commodati, in qua cùm etiam culpa veniat *leg. si vt certo* 5. §. *nunc videndum infrà* multo magis dolus æstimandus & coercendus est, præsertim cùm actio commodati sit bonæ fidei §. *actionum Instit. de action.* Quid enim tam contrarium bonæ fidei quàm dolus malus *leg.* 3. *in fin. infr. pro socio leg. si dolo* 5. *Cod. de rescind. vendit.* qui ab omnibus contractibus abesse debet etiam ab iis qui stricti iuris esse dicuntur? *leg. bonam fidem* 4. *Cod. de oblig. & action. leg. doli clausula* 119. *leg. ex ea parte* 121. *in princip. infr. de verborum obligationibus,* siquidem bonæ fidei contractus à contractibus stricti iuris secernuntur, non ex comparatione doli & malæ fidei, sed ex comparatione æquitatis cum stricto iure *leg. bona fides* 31. *infr. depos. leg. ex empto* 11. §. *qui autem leg. bona fides* 50. *infr. de action. empt.*

DEC. Commodatum, quod ab initio non constitit, ex postfacto confirmari nunquam potest *leg. quod initio* 29. *de regulis iuris.* Obligationem enim, quæ ex contractu & negotio aliquo nascitur, tum nasci necesse est, cùm fit contractus, & negotium geritur, aut nunquam, vt hic textus omnium optimè probat. Atqui commodatum, quod pupillus sine tutoris authoritate accepit, ab initio non constitit, vt suprà diximus. Ergo nec si impubes posteà factus sit pubes, poterit commodatum eo magis conualescere, quamuis ad eum casum peruenerit, à quo incipere potuit, quoniam & ea quæ ab initio cõstiterunt, non eo magis fiunt irrita, quòd ad eum casum peruenerint, à quo incipere non potuerunt, secundùm Papiniani sententiam in *l. verbis* 5. *infr. ad leg. Falcid.* à Iustiniano comprobatam *in* §. *at ex contrario Instit. de legat.* quamuis alij plerique aliter senserint, vt constat ex *l. debitor* 82. *de legat.* 2. *l. existimo* 98. *l. pluribus* 140. §. 1. *de verborum obligationibus l. quia in eum casum* 16. *suprà ad leg. Aquil. l. in ambiguis* 85. §. 1. *de regulis iuris.* Itaque regula negatiua, quę hîc ab Vlpiano proponitur, certior est & indubitabilior, ea quæ ab initio non constiterunt, conualescere postea nunquam posse. Porrò si commodati obligatio, quæ in persona impuberis non constitit, conualescere adueniente ipsius pubertate non potest, neque actio commodati potest vlla competere, quam ex ea commodati obligatione nasci necesse esset. Parit enim obligatio actionem, quasi mater filiam *l. licèt* 42. §. *ea obligatio suprà de procurat.* Nec magis potest quis agere in personam sine obligatione præcedente, quàm sine actione *l. si pupilli* 6. §. *vlt. supr. de negot. gest. l. iuris gentium* 7. §. *sed cùm nulla supr. de pact.* Atqui actionem commodati priùs competere oportet, quàm vt dolus aut culpa per eã vindicari possit. Veniunt enim hæc omnia in actionem commodati *d.* §. *nunc videndum l. contractus* 23. *de regulis iuris.* Ergo verũ est, quod hîc Vlpianus scribit, si impubes commodatum acceperit, & postea pubes factus dolum aut culpam in eo admiserit, non ideò actione ista teneri eum posse, quia ab initio nec commodatũ constitit, nec proinde commodati actio competiit. Planè si pupillus pubertati proximus dolũ admiserit, non dicimus fore impunitũ eius dolũ ex quo alioqui lucraretur *l. ne ex dolo* 12. *supr. de dolo.* [nam & ex aliis delictis teneretur *l. si ex causa* 11. §. *nunc videndum sup. de minor. l.* 1. *C. si aduers. delict.*] sed negamus teneri eum actione commodati, adeóque nec si pubes factus dolum fecerit, quia nec commodatum vllum, nec commodati obligatio vlla præcessisse intelligitur, quæ commodati actionem parere vnquam potuerit. Obligationem enim naturalem ex eo contractu nasci contra pupillum negari certè non potest, cùm pupillus quoquomodo contrahens absq;

BIU Cujas

tutoris authoritate naturaliter obligetur *l.1.in fin.de nouat.l.Stichum aut Pamphilum 95.§.aliquando & §.naturalis de solut.* licèt non iure naturali *l.quod pupillus 41.supr.de condict.indeb.l.antep.de oblig.& act.* Idque ex eo appareteuidentiùs, quod ex hac causa etiam pupillus fideiussorem dare potest *l.2.infr.de fideiuss. iunct.l.is cui bonis 6.de verb.oblig.* Sed obligatio naturalis si non etiam ciuilis sit, actionem nunquam parit, sed tantùm exceptionem, retentionem, deductionem & compensationem *d.l.iuris gentium §.sed cùm nulla l.3.§.vlt.supr.quod quisq.iur.l.etiam 6.infr.de compensat.l.sed si damnum 9.§.peculiũ & pass.infr. de pecul.d.§.aliquando.* Nos autem de commodati actione loquimur, quæ ciuilem obligationem necessariò exigit & præsupponit. Itaque nil necesse est cum Accursio & Bartolo hunc §. restringere ad eum pupillum, qui vel adhuc infans sit, vel cum tutore ipso contraxerit, quasi pupillus his solis casibus nec ciuiliter nec naturaliter obligetur, cæteris verò casibus obligetur etiam iure naturali: quod tamen ridiculum est, & à nobis confutatum sepius, præsertim ad *leg.contra 28.supr.de pact.l.vltim.supr.de iureiur.l.naturaliter 13.§.vltim.& d.l.quod pupillus supr. de condict.indeb.* Cæterùm quid interest quærere, an pupillus obligetur naturaliter, adeóque iure naturali, necne, cùm non eo magis teneri possit actione commodati, si non etiam ciuiliter obligetur? vt in *l.3.infr.*

2. PAVLVS libro 29. ad Edictum.

NEc in furiosum commodati actio danda est, sed ad exhibendum aduersus eos dabitur [a], vt res exhibita vindicetur.

Ad l. Nec in furiosum 2.

RAT. DVB. & DEC. iam proposita est ad §. *vltim. legis præcedentis.* Eadem namque in omnibus ferè ratio est pupilli & furiosi, cùm de obligandis iis tractatur, nisi quòd pupillus sine tutoris authoritate contrahens obligatur tamen naturaliter, vt proximè diximus: furiosus verò nec si cum sui curatoris authoritate contrahat, obligatur ciuiliter, adeóque nec naturaliter: multo minùs si curatoris authoritas non interuenerit *leg.in negotiis 5.de reg.iur.* Quare nec in furioso possis addere, quod Vlpianus proximè addidit in pupillo *vsque adeò vt etiamsi dolum & culpam admiserit, hac actione non teneatur.* Non enim potest dolum, aut culpam vllam admittere furiosus, quandiu furiosus est, cùm suæ mentis non sit, nec consentire vnquam possit, qui nec sentire intelligitur *leg.si tibi 8.§.vnius infr.de opt.legat.* Planè impuberi commodatario qui posteà pubes factus dolum aut culpam admiserit, benè comparabitur furiosus, qui ad sanam mentem reuersus dolum quoq; aut culpam admiserit in re commodata: nam & hoc casu verum est furiosum etiam ad saniores mores reuersum actione commodati teneri non posse, quia ab initio neque commodatum, neque commodati actio constitit. Ratio autem differentiæ inter furiosum & pupillum illa est, quòd pupilli iudicium suppleri per tutorem potest, iudicium autem quod furioso deest, non æquè suppleri potest per curatorem. Hoc ipsum verò, quoniam certum est ætatem allaturam esse pupillo iudicium, non etiam resipiscentiam furioso, vt alibi docuimus.

a *Sed ad exhibendum aduersus eos dabitur.* RAT.DVB. Plus est teneri pupillum aut furiosum aliqua actione siue ciuili, siue honoraria, quàm obligari eos ciuiliter. Est enim ciuilis actio effectus obligationis ciuilis. Ergo si verum est, vt est, neq; pupillum neq; furiosum obligari posse ciuiliter absque tutoris vel curatoris authoritate, nec illud ferendum est, vt actione ad exhibendum conueniri possint. DEC. Longè alia ratio est actionis ad exhibendum, alia verò actionis commodati. Etsi enim vtraque actio in personam est *l.3.§.1.supr.ad exhibend.* actio tamen commodati nascitur ex contractu, & ex obligatione, quæ contra pupillum sine tutoris authoritate nasci nulla potuit. Actio autem ad exhibendum nõ nisi ex præsenti possessione perinde ac vindicatio *l.non aliàs 24.§.sed si postulatur supr.de iudic.* aut saltem ex dolo qui pro possessione sit *l.si ad exhibendum 8. & pass.supr. ad exhib.* Ergo mirum non est & pupillum & furiosum, qui commodati actione teneri non possunt, teneri tamẽ actione ad exhibendum, scilicet cùm possident. Non enim addendum est *aut cùm dolo desierunt possidere*, quia non adiectio hæc cadere in furiosum, quippe qui doli capax nunquam sit quandiu furiosus manet: cadit tamen in pupillum, sed in eum demum qui sit proximus pubertati, vt diximus ad §. *vlt. l.1.supr.ex l.heredibus 13. supr.de dolo l.pupillum 11.de reg.iur.*

3. VLPIANVS libro 28. ad Edictum.

SEd mihi videtur, si locupletior pupillus factus sit, dandam vtilem commodati actionem secundùm Diui Pij rescriptum.

Ad l. Sed mihi videtur 3.

RAT. DVB. Pupillus ideò non obligatur ex contractu absque tutoris authoritate, quòd non tanto iudicio polleat, quanto est opus ad contrahendam obligationem ciuilem, vt diximus ad §. *vlt.l.1.supr.ex l.obligari 9.de author.tutor.l.pupillus 9.cum l.præced.de acquir.hered.* Atqui quòd locupletior sit ex commodato, non facit eum prudentiorem, maiorisque iudicij. Ergo non eo magis obligari potest ex causa commodati, nec consequenter cõmodati actione teneri. DEC. Iure naturæ iniquum est fieri quem locupletiorem ex aliena iactura *l.iure naturæ 206.de reg.iur.l.nã hoc natura 14.supr.de condict.indeb.* Nec tantùm ad inducendam naturalem obligationem prodest hæc ratio, sed etiam ad inducendam ciuilem, non enim posset auferri possessori id ex quo factus esset locupletior, si non actio ciuilis aliqua, vel directa, vel saltem vtilis in eam rem

BIU Cujas

rem competeret. Nam nec obligatio naturalis parit vnquam repetitionem, quæ sine actione nunquam esse potest, sed tantùm retentionem, nisi cùm ciuilis actio mixta est naturali *l. naturales 10. infr. de oblig. & act. l. fideiussor 16. §. naturales de fideiuss.* Meritò igitur Diuus Pius rescripsit dandam esse vtilem actionem in pupillum locupletiorem quoquomodo factum, siue ex causa commodati, siue ex alia qualibet *l. 3. §. pupillus*, aut vt Cuiacius legit, *pupilli l. si pupilli 6. in princip. l. Nesennius 34. supr. de negot. gest. l. eatenus 10. infr. de institit. act. l. pupillus 5. in princip. & §. 1. infr. de author. tutor.* In proposita autem specie vtilem commodati actionem dandam esse Vlpianus ait, vt intelligamus actionem hanc à Diuo Pio inductam non esse merè datiuam, vt quidam putant, sed inspecto initio etiam natiuam. Nascitur enim ex contractu commodati, alioqui nec commodati actio posset dari contra pupillum factum ex commodato locupletiorem. Post rescriptum autem Diui Pij comparatur pupillus locupletior factus pupillo doloso *l. 1. §. an in pupillum. infr. depos.* quòd non possit abesse dolus aut ex proposito, aut saltem in re ipsa, cùm quis ex aliena iactura locupletari vult. Sed tamen differentia in eo est, quòd contra pupillum dolosum competit actio commodati directa, at contra pupillum locupletiorem factum non nisi vtilis. Deinde in pupillo doloso distinguimus an sit proximus pubertati, quia nec aliter doli capax esse potest: at in pupillo facto locupletiore non distinguimus, quamuis Accursius & Bartolus distinguant, quia non magis infans aut pupillus, qui cum tutore suo contrahit, locupletari ex aliena iactura potest, quàm alius pupillus quilibet aut furiosus *l. furiosus 46. infr. de oblig. & action.* Quærunt autem interpretes, quando pupillus locupletior factus esse videatur. Placet valde quod Ioannes dicebat, in pupillo qui rem sibi necessariam emit, videri eum locupletiorem factum hoc ipso quod non est factus pauperior, ex *l. in pupillo 47. infr. de solut.* Sed extra hanc causam non aliter videri pupillum locupletiorem factum esse, quàm si rem suam auxerit, distracta fortassis re commodata & precio in vtilitatem suam conuerso, aut etiam si rem commodatam penes se habeat, nec velit illam reddere. An non enim hoc agit, vt ex aliena iactura fiat locupletior, rem alienam retinendo? Quamuis enim possit ei res auferri per vindicationem, si appareat, & sit præsens, eo scilicet casu quo sit dominus ille, qui commodauit, non tamen potest, aut debet ea res tollere personalem actionem commodati tanquam vtiliorem, si fortè actori facilius sit probare commodatum quàm rei commodatæ dominium, quod tamen in vindicatione probandum necessariò est, & cuius probatio difficillima esse solet *§. commodum. Instit. de interdict.* Deinde quid si commodata sit res aliena? Nam & rem alienam commodari posse constat. Quo tamen casu, cùm vindicatio ei qui commodauit, accommodari nequeat, tantò magis æquum & necessarium est ipsi subueniri per actionem personalem commodati, ne ex eius damno pupillus locupletetur. Nam & eadem ferè ratio facit, vt si commodatarius plures heredes reliquerit, quorum vnus totius rei commodatæ restituendæ facultatem habeat, solus ille condemnari in solidum debeat *§. heres. infr.*

1 ¶ Si reddita quidem sit res commodata, sed deterior reddita: non videtur reddita, quæ deterior facta redditur, nisi quod interest, præstetur. propriè enim dicitur res non reddita, quæ deterior redditur.

Ad §. 1. Si reddita.

RAT. DVB. Res commodata quæ redditur, licèt deterior facta reddatur, tamen redditur, quemadmodum dicere solemus, id quod vix fit, tamen fieri. Nec sanè potest intellectu concipi, vt res iam semel reddita, quamuis deterior, iterum reddatur. Vnius enim rei vna tantùm redditio & restitutio esse potest. Ideóque si quis actione ad exhibendum conuentus rem exhibuerit, quamuis factam deteriorem, non tamen idcirco pristina actione conueniri potest, vt eandem rem iterum exhibeat, sed in factum actio necessaria est per quam actoris indemnitati consulatur *l. exhibitionis 7. C. ad exhib.* aut actio de dolo si quid dolo malo factum sit *l. & eleganter 7. §. non solùm. supr. de dolo*, nisi res quæ exhibetur, in alia prorsus forma exhibeatur, ita vt non eadem res alia videri possit *l. Iulianus 9. §. sed etsi quis sup. ad exhib.* Ergo eadem ratione dicendum est, si reddita sit, quamuis deterior res quæ commodata fuerat, non ideò tamen superesse actionem commodati, quæ non ad aliud competere potest quàm vt res reddatur, quamuis id quod actoris interest, ei non præstetur.

DEC. Non videtur propriè & ex bona fide reddita res quæ deterior reddita est, *l. 1. §. si res 16. infr. depos. l. in rebus 18. §. 1. infr. hoc tit.* Res enim quæ deterior fit, eatenus perit, quatenus fit deterior *l. 3. sup. de condict. tritic.* Atqui commodati actio bonæ fidei est *§. actionum. Instit. de action.* Ergo si deterior reddita sit, non eò minùs durat actio commodati, quousque plenissima restitutio facta sit ex bona fide. Potest autem fieri plenissima restitutio rei commodatæ, licèt deterioris effectæ, si modò præstetur actori id quod ipsius interest, rem deteriorem factam non esse, vt quod valori & bonitati rei deest, suppleatur in pecunia, per quam scilicet res omnes æstimantur, & quæ sunt, & quæ non sunt, dummodo fuerint, & æstimari possint *l. si ita fideiussorem 42. infr. de fideiuss. l. in actionibus 5. versic. planè. supr. de in lit. iurand.* In actionibus autem bonæ fidei etiam id quod interest, venit non solùm officio iudicis, tanquam accessio, sed etiam iure actionis, vt in proposito tanquam pars principalis debiti, si aliter satisfieri actori non possit: est enim hoc ex bona fide, ideóque per eandem actionem petitur per quam res ipsa peteretur, non per aliam, quia durat pristina actio quandiu plenissimè satisfactum non est, vt Accursius hîc notat. Alioqui non posset peti post rem redditam, si officio tantùm iudicis deberetur *l. 4. Cod. depos. l. qui per collusionem 49. infr. de action. empt.* Quod in actionibus strictis, cuiusmodi sunt actiones ad exhibendum, & ex stipulatu diuersum est *d. l. exhibitionis, & d. §. non solùm*, quia in iis non de alio quæritur, quàm vtrum res sit reddita, non etiam vtrum sit reddita ex bona fide, eámque ob causam

BIU Cujas

subsidiaria in factum, vel de dolo actio necessaria est. Aliud iuris erit, si reddita sit res non quidem deterior, sed ita tamen, vt aliquid iuris ei desit, puta si alij obligata proponatur, aut si non fuerit cautum de euictione. Tunc enim ea ipsa res, quamuis soluta petetur adhuc ex pristino contractu etiam stricti iuris *l. Iulianus* 131. §. 1. *infr. de verbor. oblig. l. etiam* 27. *de solut.* quia scilicet ex causa prioris traditionis habere eam non licet, cùm possit euinci. Quod enim euincitur, in bonis nostris non est, vt habet iuris regula *l. quod euincitur* 190. *de reg. iur.* Itaque nulla hac parte inter bonæ fidei & stricti iuris contractus differentia est. Sicut nec in eo quod si pars tantùm rei debitæ soluta sit, quæ pro parte solui potuerit, non nisi pro alia parte supereſt obligatio *l. stipulatus sum* 9. §. 1. *de solut. l. Mœuius* 66. §. *fundo de legat.* 2. Planè quo casu totius rei petitio supereſt ex contractu bonæ fidei, postquàm deterior reddita est, non ad hoc tamen agetur, vt res iam reddita iterum reddatur, quasi nondum reddita, sed vt quanti actoris propter deteriorationem interest, ei præstetur *d. l. Iulianus* 131. §. 1. *de verb. oblig.* Verbum enim *reddendi* latam habet significationem *l. videamus* 38. §. *in Faliana infr. de vsur.* Et ita bene Bartolus, ac melius, aut sanè clariùs, quàm apud Accursium Ioannes & Azo. Obseruandum autem est ex hoc §. per actionem commodati peti restitutionem rei commodatæ, perinde ac per vindicationem, sed alio atque alio iure. nam per actionem commodati petitur iure contractus, per vindicationem verò iure dominij: ideóque si aliena res commodata sit, non ideò minùs petetur restitutio ex commodato, quæ tamen per vindicationem peti non posset. Sed neque vindicatio supereſt, si res quæ vindicabatur, restituta sit siue deterior, siue ita vt iuri eius aliquid desit, sed cautionibus interpositis securitati & indemnitati actoris consulitur arbitrio iudicis, quoniam arbitraria actio est, in eóque differt à cæteris actionibus non tantùm bonę fidei, sed etiam stricti iuris *l. si post acceptum* 18. *& seq. supr. de rei vindic.* ne fortè cum vulgo interpretum putes arbitrarias actiones sui natura strictas esse, nec nisi ex postfacto & ex accidenti degenerare in arbitrarias, quod nos refutauimus ad *tit. de eo quod cert. loco.*

2 ¶ In hac actione, sicut in cæteris bonæ fidei iudiciis, similiter in litem iurabitur: vt rei iudicandæ tempus quanti res sit, obseruetur. quamuis in stricti iuris, litis contestatæ tempus spectetur.

Ad §. In hac actione 2.

Habet hic §. duas sententias. Prima est, in actione commodati, sicut in cæteris bonæ fidei iudiciis similiter in litem iurari. Altera est, rei iudicandæ tempus quanti res sit obseruari, quamuis in iudiciis strictis, litis contestatæ tempus spectetur. Prima pars illam dubitandi rationem habet, quòd per actionem commodati actor rem repetit, non quasi suam, vt in vindicatione, sed quasi commodatam, vt proximè scripsimus: ideóque etiam aliena res commodata per hanc actionem petitur, quia nascitur ex contractu *l. commodare* 15. *& seq. infr. hoc tit.* Atqui ratio inducendi & concedendi iurisiurandi in litem tota in eo est, ne alioqui inuitus dominus re sua carere, eámque siue iusto siue iniusto precio vendere cogatur *l. si filiofamilias* 25. §. 1. *infr. solut. matrim. l. non enim* 9. *rer. amot. l. tutor* 8. *supr. de in lit. iur.* Ergo in actione commodati non est deferendum actori iusiurandum in litem, nec ad tem pertinet quod actio commodati sit bonæ fidei §. *actionum. Instit. de action.* Nam & actio ex empto quæ emptori datur contra venditorem ad rem tradendam, æquè bonæ fidei est *d. §. actionum. l. tenetur* 6. §. *vltim. & pass. infr. de action. empt.* nec tamen in ea iuratur in litem, nec si dolo & procacia venditoris fiat, vt res vendita non tradatur, sed officio iudicis id quod emptoris interest æstimatur *l. si cùm fundum* 68. §. *vlt. infr. de contrah. empt. l. si traditio* 4. C. *de action. empt.* non alia de causa, quàm quia emptor qui actione ex empto petit rem venditam, rem vtique alienam petit necdum factam suam *l. quod vendidi* 19. *infr. de contr. empt.* §. *venditæ. Inst. de rer. diuis.* de quo scripsimus pluribus *lib.* 6. *Coniect. iur. ciuil.*

Decid. In omnibus actionibus bonæ fidei per quas actor rem suam petit, licèt non quasi suam, sed quasi sibi debitam, iuratur in litem, eâdem scilicet æquitatis ratione, ne actor rem suam vendere inuitus iusto precio compellatur *l. nec quasi* 70. *l. eius rei* 46. *supr. de rei vindic. l. in actionibus* 5. vbi dixi *supr. de in lit. iur.* Ergo si quis rem suam quam commodauerat, per hanc actionem repetat, quæ bonæ fidei est, nec ea reddatur, idque dolo malo vel lata culpa commodatarij, permittendum ei est, vt iureiurando suo litem æstimet, & quanti sua interest. Planè si aliena res commodata sit, fatendum est, non posse iurari in litem, non magis quàm in actione empti. Distinguendum igitur necessariò est in actione commodati, quomodo Papinianus in actione furti distinguit *l. si vendidero* 80. §. 1. *infr. de furt.* an deferatur iura dominij, an ex alia causa, vt priore tantùm casu admittat iusiurandum in litem, non etiam posteriore. At difficilius est, quod in secunda huius §. sententia ex parte proponitur in hac actione commodati, sicut in cæteris bonæ fidei iudiciis, rei iudicandæ tempus spectandum esse in rei debitæ ineunda æstimatione, cùm tamen in stricti iuris iudiciis tempus litis contestatæ spectetur. Difficultatis materiam interpretibus illud præbet, quòd putant, in bonæ fidei actionibus adeóque in strictis incipere æstimationem rei crescere à tempore morę ad tempus vsque rei iudicandæ, idque siue à litis contestatione mora incipiat, siue ab interpellatione iudiciali, quæ vt fieri solet, contestationem præcesserit, siue à medio tempore inter litis contestationem & sententiam, quod interdum accidit, vt in *l. 3. in princip. infr. de vsur.* Ita namque intelligunt, quod scriptum est in *l. 3.* §. *si per venditorem, & in l. si sterilis* 21. §. *cùm per venditorem. infr. de action. empt.* spectandum esse vtro tempore pluris fuerit res vendita, an tempore moræ an condemnationis scilicet, vt æstimari res debeat quanti plurimi vnquam fuerit à tempore moræ ad tempus vsque rei iudicatæ. Item quod scriptum est in *l. vinum* 22. *supr. de reb. credit. l. vlt. supr. de condict. tritic. l. quoties* 59. *infr. de verbor. oblig. l. hominem* 37. *infr. mandat.* in iudiciis strictis inspici tempus litis contesta-

BIU Cujas

contestatæ scilicet, inquiunt, nisi mora aliqua litis contestationem præcesserit, ne alioquin debitori frustratio sua prosit *dict. l. hominem.* Item quod scriptum est in *l. re furtiua* 8. §. 1. *supr. de condict furt.* in condictione furtiua, quæ stricti iuris est, id tempus spectari quo res vnquam plurimi fuerit, ita tamen vt æstimatio non egrediatur retrorsum iudicij accipiendi tempus *l.* 2. §. *quæsitum infr. de priuat. delict.* quasi id scriptum sit ad differentiam aliarum actionum stricti iuris, vt in cæteris omnibus æstimatio quanti plurimi possit egredi retrorsum tempus litis contestatæ, & retrotrahi ad tempus vsque morę, si qua præcesserit contestationem. Hinc nimirum tot distinctiones, & subdistinctiones ad hunc §. congestæ à Bartolo, an rei æstimatio seu interesse (confundit enim hęc duo quasi synonyma) petatur iure obligationis, aut principaliter constitutæ, vt in *l. fundum Cornelianum* 28. *infr. de nouat. dict. l. hominem mandat* aut subrogatæ, vt in omnibus faciendi obligationibus, ex *l. si Calendis* 11. *l. si quis ab alio in fin. de re iudic. l. cùm stipulatus sim* 113. §. *vlt. de verb. oblig.* an verò officio iudicis, & rursum an hoc casu veniat declarandum per iusiurandum actoris in litem, an per alias probationes, vt si per iusiurandum in litem habeat locum hic §. & differentia quæ in eo ponitur inter iudicia bonæ fidei & stricti iuris: si verò per alias probationes subdistinguendum sit, an propter culpam debitoris veniendum sit ad æstimationem, an propter moram: vt si propter culpam, siquidem res extet, inspiciatur tempus condemnationis: si verò extare desierit, spectetur tempus mortis *d. l. pen. de condict. tritic.* Si verò propter moram incipiat æstimatio crescere à tempore moræ, siue mora incipiat ante litem contestatam, vt in *dict. §. si per venditorem*, siue ab ipsa contestatione *dict. l. 3. de vsur.* siue medio tempore inter litis contestationem & sententiam, vt in *l. si quis inficiatus* 13. *infr. depos.* Quæ tamen omnes distinctiones & subdistinctiones pugnant euidenter cum iis ipsis omnibus legibus, quas Bartolus adducit: quarum nulla est, quæ æstimationis quanti plurimi mentionem faciat, exceptis illis, quæ de furtiua condictione loquuntur, in qua speciale est odio furtis, vt nõ hoc aut illud tempus præcisè spectari oporteat, sed quanti plurimi res furtiua fuit à tempore litis contestatæ vsque ad sententiam, non etiam à tempore moræ *d. l.* 2. §. *quæsitum de priuat. delict.* Cùm tamen si quo casu præstanda esset æstimatio quanti plurimi à tempore moræ, maximè contra furem id recipiendum esset, cuius odio tam multa alia recepta sunt contra regulas iuris *d. l. in re furtiua* §. 1. vbi diximus. Concludendum ergo est, in iudiciis bonæ fidei æstimari rem debitam inspecto præcisè tempore moræ, aut condemnationis *d. §. si per venditorem & hoc* §. In iudiciis verò strictis inspecto præcisè tempore litis contestatæ, *hoc* §. *& dict. l. vinum d. l. vlt. de condict. tritic. d. l. hominem* 37. *inf. mandat. d. l. fundum* 28. *de nouat d. l. quoties* 59. *de verb. oblig.* Excepta condictione triticaria, in qua inspicitur præcisè tempus condemnationis *d. l. penult. de condict. tritic.* Excepta item condictione furtiua, in qua, vt diximus, æstimatur res quanti plurimi fuit à tempore litis contestatæ, ad differentiam actionis legis Aquiliæ, in qua homo vulneratus aut occisus æstimatur quanti plurimi fuit, eo anno quo vulneratus aut occisus est, *d. §. quæsitum & l. 1. l. ait lex* 21. *& pass. supr. ad leg. Aquil.* Sanè vltra tempus sententiæ & condemnationis non potest æstimatio crescere, vt benè sentit Ioannes apud Accursium in hoc §. *ex l. vbi exigitur* 8. §. 1. *supr. de edend.* Itaque in huius §. interpretatione errat Bartolus, & quotquot cum Bartolo Gulielmi de Cuneo opinionem sequuntur, quem huius interpretationis laudant authorem, quod ex duabus sententiis, quæ in hoc §. continentur, vnam conflant, quasi Vlpianus scripserit, & senserit in iudiciis quidem bonę fidei tempus inspici rei iudicandæ, in strictis verò litis contestatæ præcisè, sed eo tantùm casu quo æstimatio facienda sit per iusiurandum in litem non per alias probationes. Quod certè ab Vlpiani mente ac sensu omnino alienum est. duæ namque, vt initio præfati sumus, sententiæ sunt, quarum vna nihil commune habet cum altera: & toto cœlo distat quæstio illa, vtrum in actione commodati sicut in aliis bonæ fidei iudiciis iuretur in litem, ab altera, cuius temporis habenda sit ratio in ineunda rei debitæ æstimatione, siue ex bonæ fidei, siue ex stricto contractu res debeatur. Nos de priore quæstione abundè scripsimus ad *d. l. in actionibus de in lit. iur.* De posteriore verò ad *d. l. vinum* 22. *de reb. credit. ad l. pen. & vlt. de condict. tritic. & ad dict. l. in re furtiua* 8. §. 1. *supr. de condict. furt.* Itémque in Coniecturarum *lib.* 16. *& in Codice nostro ad tit. si cert. petat.* Sed melius in vltima parte Chiliadis nostræ de erroribus pragmaticorum, aduersus omnes & veterum & recentiorum interpretum opiniones. Itaque in refellendis Accursij & Bartoli ad hunc locum commentatiis non immorabimur, quos vnica littura delere melius omnino esset, ac expeditius.

3 ¶ Heres eius qui commodatum accepit, pro ea parte, qua heres est, conuenitur: nisi fortè habeat facultatem totius rei restituendæ, nec faciat. tunc enim condemnatur in solidum: quasi hoc boni iudicis arbitrio conueniat.

Ad §. 3. Heres eius.

RAT. DVB. Actiones omnes personales, quæ contra defunctum competebant, inter heredes ipsius diuiduntur ipso iure per legem duodecim tabularum pro hereditariis portionibus *l. 1. Cod. si cert. petat. l. pro hereditariis* 2. *& tot. tit. Cod. de heredit. action. l. si tibi homo* 86. §. *si fundus delegat.* 1. *l. qui fundum* 87 §. *si tu ex parte ad leg. Falcid.* Ad differentiam scilicet actionum realium quæ dantur in solidum contra vnum ex heredibus, si solus rem, qua de agitur, possideat *l. 1. & 2. C. si vnus ex pluribus hered. debit.* Atqui actio commodati personalis est: nascitur enim ex contractu. Ergo si ante factam rei commodatæ restitutionem decesserit commodatarius pluribus relictis heredibus, omnimodo dicendum est, teneri singulos pro hereditariis actionibus, nec addendam exceptionem quæ hîc additur, *nisi fortè vnus habeat facultatem totius rei restituendæ nec faciat.* Alioqui si hoc maximè inspiciendum est, quis ex heredibus facultatem habeat rei restituendæ & pro qua parte, dicendum erit, quod in actionibus mixtis ex pœna & rei persecutione dici solet, dari eas in heredes quatenus ad

BIU Cujas

eos peruenit, aut in actionibus ex delicto descendentibus, ne alieno scelere detentur, aut denique in arbitrariis, vt pluribus & rationibus & exemplis docuimus ad *l. in condictione 9. supr. de condict. furt.* Et verò quid si res commodata viuo commodatario perierit dolo & culpa ipsius, ita vt constet ex ea re nihil penitus ad heredes peruenisse? Quis dicat non trãsire in eos actionem commodati per quam conueniantur pro hereditariis portionibus? Porrò quæ iuris æquitas facit, vt eo casu quo nihil prorsus ad heredes peruenerit, possint tamen & debeant conueniri ex commodato pro portionibus hereditariis, an non eadem suadet, vt tum quoque cùm vnus ex heredibus totius rei restituendæ facultatem habet, quod ad eum tota res peruenerit, cæteri tamen coheredes singuli pro hereditaria quisque portione conueniantur? Quid enim interest coheredis, qui pro sua parte conuenitur, cùm ex re commodata nihil habeant, an cæteri quoque coheredes omnes nihil habeat, an vnus ex eis totam rem commodatam possideat? An fortè plus minúsve damni sensurus est ob id, quòd coheredes plus minúsve pro suis partibus sentiant?

Dec. Commodati actio datur ad hoc, vt res reddatur & restituatur, quemadmodum & actio depositi, & aliæ per quas petit quis rem suam, quasi sibi debitam. Ergo si ex pluribus commodatarij heredibus vnus restituendæ totius rei facultatem habeat, solus ille in solidum & conueniendus & damnandus est. Id enim boni iudicis arbitrio conuenit, vt Vlpianus hîc scribit, cùm ita posito iure nullo incommodo afficiatur is qui in solidum conuenitur, quia solidum quod habet, restituere commodè potest, neque rursum coheredes, quos æquum non esset condemnari ad restitutionem eius rei quam non habeant, & quam solus habet ille qui conuenitur. Nec actor denique, cui longè commodius est rei restitutionem petere ab iis qui restituendæ rei facultatem habent, quàm ab iis qui non habent, vt contingeret in rei vindicatione directa *l. si possessor 55. supr. de rei vindic.* & in hypothecaria *dict. l. 2. Cod. de hered. action.* & in actione de edendo *l. si quis 6. §. 1. sup. de eden.* Fit igitur hoc ex æquitate iudicij bonæ fidei, & arbitrio iudicis, quod in bonæ fidei iudiciis omnibus, licèt non præcedat condemnationem, vt in arbitrariis, eam tamen concomitatur *l. 1. infr. de vsur. l. vlt. supr. famil. erciſc. l. actione 65. § si communis antepen. infr. pro socio.* Nec admittendum est quod Bartolus docet, in strictis quoque actionibus idem euenire, si modò tales sint, cum quibus possit vindicatio concurrere, velut, inquit, in condemnatione furtiua ex *l. in condictione 9. supr. de condict. furt.* & in actione illa in factum, quæ descendit ex interdicto vnde vi *l. si plures 9. in princip. infr. de vi & vi armat.* Nam quod ad condictionem furtiuam pertinet, non ait Vlpianus in *d. l. in condictione*, in condictione ex causa furtiua solos eos teneri, qui soli rem furtiuam possident quomodo in rei vindicatione contingeret *dict. l. si possessor 55. de rei vindic.* sed solos eos teneri, qui soli heredes sunt, pro parte verò heredem pro ea parte pro qua heres est, conueniri: non addita exceptione, nisi is qui pro parte heres est, totam rem in solidum possideat. Nec enim nascitur condictio furtiua ex præsenti possessione, vt vindicatio, & alia quæuis in rem actio *l. non alias 24. §. sed si postulatur sup. de iudic.* sed ex furto defuncti, licèt nullus ex heredibus possideat *§. vlt. Instit. de obligat. quæ ex delict. nascunt.* Quod autem attinet ad actionem in factum, quæ competit ex interdicto Vnde vi, de qua in *d. l. si plures*, non est existimandum ideò vnum ex pluribus heredibus eius qui vim fecit, teneri in solidum, si solus rem possideat, quòd vindicatio possit cum ea actione concurrere, sed quoniam actio illa non datur in heredes, nisi de eo quod ad eos peruenit *l. 1. §. vlt. l. 3. in fin. eod. tit.* Consequens enim est, vt quemadmodum nullus ex heredibus tenetur, si ad nullum eorum res peruenerit, ita in solidum teneri debeat is ad quem solum res peruenit. Sic enim Paulus disertè ratiocinatur in *d. l. si plures.* Planè in stipulationibus prætoriis idem iuris est, quod in bonæ fidei iudiciis, vt in solidum damnari heres debeat, qui solus rem possidet *l. 2. §. incertum inf. de prætor. stipulat.* quia nimirum stipulationes prætoriæ interpretationem recipiunt ex mente prætoris *l. in conuentionalibus 52. infr. de verb. obligat.* Mens autem prætoris semper illa est, vt æquitatis ratio in omnibus habeatur, non minùs quàm in bonæ fidei actionibus. Est enim prætor æquitatis custos, & magister perpetuus. Actionis in factum, quæ competit ex edicto de edendo, eadem ratio est, quia licèt sit actio stricti iuris, proximè tamen accedit ad actionem ad exhibendum. Quid enim aliud est, rationes reddere quàm exhibere? *l. 1. §. edere. l. argentarius 10. §. edi autem. supr. de edend.* Quis porrò exhibere debet, nisi is qui exhibendi habeat facultatem? *l. Celsus 5. §. vlt. & pass. supr. ad exhib.* Ergo nec alius ex pluribus heredibus possessoris, quàm qui solus exhibere rem potest, quia solus totam rem possidet.

4 ¶ Si filiofamilias, seruóve commodatum sit, duntaxat de peculio agendum erit: cum filio autem familias ipso [a] & directò quis poterit? Sed & si ancillæ, vel filiæfamilias [b] commodauerit: duntaxat de peculio erit agendum.

Ad §. 4. Si filiofamilias.

Rat. dvb. Cùm filiofamilias vel seruo commodata est res aliqua, videtur pater vel dominus habere facultatem totius rei restituendæ, cùm per filij vel serui personam pater aut dominus possidere rem videatur: nemo enim dubitat, quin per filiumfamilias & seruum possessio acquiratur patri vel domino *l. 1. §. item acquirimus & seqq. infr. de acquir. poss.* & quidem etiam ignorantibus si res sint peculiares, scientibus verò, si peculiares non sint *dict. §. item acquirimus. iunct. l. 4. l. possessio 49. §. 1. eod.* Atqui proximè diximus, etiam in heredibus, qui ex ratione iuris tenentur pro portionibus hereditariis, eum tamen solum teneri actione commodati, qui solus habeat totius rei restituendæ facultatem. Ergo & de patre idem dicendum est, vt quamuis non sit heres filij siue viuentis, siue mortui, teneri tamen debeat tanquam pater, vt rem filio commodatam restituat in solidum, quia eius restituendæ potestatem habet, præsertim cùm etiam filij sui quasi heres videri possit *l. si statulibera 6. §. si filius familias. infr. de statulib.* In quo aliud ius est patris, aliud verò domini, quia seruus neque heredem, neque quasi heredem

BIU Cujas

dem, neque quasi heredem habere potest, habet tamen dominus, æquè ac pater facultatem restituendæ rei seruo commodatæ, cùm imperare possit seruo, vt restituat: quod sufficit, vt videatur dominus ipse posse restituere *l.is qui in puteum* 11. §. *an ignoscitur. infr. quod vi aut clam.*

Dec. Qui cum filiofamilias contrahit, duos habet debitores, filiumfamilias quidem in solidum, patrem verò de peculio *l.si quis cum filiofamilias* 44. *infr. de pecul.* Qui verò cum seruo contrahit, solum dominum habet obligatum ciuiliter ad finem vsq; peculij: ipsum verò seruum in solidum quidem, sed tantùm naturaliter *l.nec seruus* 41. *eod.tit.* Ergo si quid filiofamilias vel seruo commodatum sit, non nisi de peculio agi cum patre vel domino potest. Nec enim æquum est, ex contractu & facto filiifamilias vel serui, obligari patrem aut dominum in solidum, sed tantùm de peculio, quia non quemadmodum melior condicio nostra per filios aut seruos fieri potest, ita & deterior potest *l.melior* 133. *de reg. iur.* nisi in rem patris aut domini versa pecunia vel eorum iussu contractum esse proponatur *Instit. quod cum eo, qui in alieno potest.* Nec quod pater filio aut dominus seruo imperare potest, vt rem commodatam restituat, ad rem facit. Nulla enim actio siue ciuilis, siue prætoria, siue subsidiaria contra patrem aut dominum in eam rem comparata est, vt filiofamilias vel seruo quid imperet, neque rursum, vt quid faciat vel præstet eo prætextu, quòd filio suo vel seruo imperare possit. Obligari enim quemque ex suo facto non ex alieno oportet. Ideóque nimirum & pater & dominus tenentur actione de peculio, quia ex eorum voluntate factum est, vt filiusfamilias vel seruus peculium habere cœperit, déque eo contraxerit *d.l.1. §. item acquirimus infr. de acquir. possess.* Nec est quod de rei commodatæ aut dominio, aut possessione tractemus, cùm per commodatum neque dominium, neque possessio transferatur *l.rei commodatæ* 8. *& seq. infr. hoc tit.* Itaque nihil est, quod per filiumfamilias aut seruum acquiri patri aut domino possit, nec proinde quòd pater aut dominus actione commodati possit restituere, si ea conueniretur. Quòd si proponas rem filiofamilias aut seruo commodatam in eius peculio mansisse, tum verò pater & dominus ad restitutionem totius rei commodatæ tenebuntur, sed actione de peculio, quia peculiaris res erit, non actione simplici & directa commodati, quia non contraxerunt, quamuis non eò magis futurum sit, vt possessio rei commodatæ acquiratur patri vel domino, quomodo in cæteris rebus peculiaribus contingeret *d.l.1. §. item acquirimus. dict. l.4. d.l. possessio* 49. *§.1. de acquirend. possess.* Nempe quia titulus commodati non magis habilis est ad transferendam possessionem, quàm ad transferendum dominium, vt diximus ex *d.l. rei commodatæ.*

a *Cum filiofamilias autem ipso.* Ratio dvb. Non potest iudicium cõsistere cum filiofamilias sine authoritate patris *l.vlt. §.1. versic. necessitate. C. de bon. quæ liber.* vbi dicitur necessitatem imponendam esse patri, vt filio qui conuenitur authoritatem præstet, ne sine patris voluntate & authoritate videatur consistere. Ergo cum vtroque agere debet is qui filium obligatum habet, non cum solo filio.

Dec. Filiusfamilias cùm sit ciuis Romanus, & habeat caput in ciuitate, non minùs quàm paterfamilias *l. nam ciuium* 4. *supr. de stat. homin.* sicut obligari ex omnibus penè causis, ita & agere & conueniri sine patris authoritate potest *l.filiusfamilias* 39. *infrà de obligat. & action. l.tam ex contractibus* 57. vbi diximus *supr. de iudic.* Non est igitur necessaria patris authoritas, nisi iure nouo post Constantini & Iustiniani Constitutiones, quæ sicuti ius filiifamilias auxerunt, facto eo capace acquirendæ proprietatis bonorum maternorum primùm, deinde aduentitiorum ita & patri vsumfructum, & actionum omnium filio competentium exercitium concesserunt, tanquam legitimo administratori bonorum filij: ac proinde hoc demum casu authoritatem patris interuenire voluerunt, si quando filius ratione talium bonorum conueniretur. Quisquis enim legitimum administratorem habet, non potest absque eius authoritate legitimam habere personam standi in iudicio *l.1. & tit. Cod. qui legiti. person. in iud. stand. hab.* Sed extra has causas non est existimandum immutatum quicquam fuisse de iure vetere, quo filiusfamilias in iudicio stare poterat siue consensu & authoritate patris, cùm Imperatores id egerint, vt filiifamilias ius augerent, non etiam vt minuerent: quomodo bene hîc Bartolus contra Accursium argumentatur, existimantem esse necessarium consensum patris eo quoque casu quo agatur de bonis, in quibus pater aut habeat vsumfructum, vel potuerit habere, si non repudiasset, quod Bartolus rectè negat.

b *Sed etsi ancillæ vel filiæfamilias.* Rat. dvb. Cùm filiæfamilias vel ancillæ res aliqua commodata est, faciliùs credi potest rem commodatam ad patrem vel dominum peruenisse, atque ita patrem vel dominum totius rei restituendæ facultatem habere, quàm si filiofamilias aut seruo commodatum sit. Nempe quia non tam faciles sunt, & idoneæ ad negotiationem mulieres, vt rei commodatæ restituendæ facultatem sibi præripiant *argum. l. penultim. supr. de edend. l.3. de regul. iuris.* Ex quo fit, vt tantò minùs denegare possit pater vel dominus restitutionem rei commodatæ & quidem in solidum. Ergo vel hoc saltem casu fatendum est, commodati actione teneri patrem vel dominum, non peculio tenus duntaxat, sed in solidum: exemplo eius quod dictum est in §. præcedente, vnum ex pluribus commodatarij heredibus in solidum teneri actione commodati si totius rei restituendæ facultatem habeat.

Dec. Etiam filiafamilias vel ancilla peculium habere potest, nec vlla est hac parte in sexu differentia *l.1. §. de eo. l. & ancillarum* 27. vbi dicemus *infr. de pecul.* Neque igitur differentia aliqua esse debet in actione commodati, quæ ex contractu filiæfamilias vel ancillæ contra patrem vel dominum competit, vt scilicet accipiendo commodatum obligent patrem & dominum de peculio duntaxat non in solidum. Planè quin filiafamilias teneatur actione commodati in solidum ex proprio contractu, nemo dubitat. Verba enim illa Vlpiani *dumtaxat de peculio erit agendum* excludunt quidem actionem solidi, sed eam quam contra patrem vel dominum habere actor vellet, non eam quæ aduersus filiamfamilias ipsam competit. In actione depositi idem iuris est, quod in actione commodati *l.1. §. filiumfamilias* 42. *infr. depos.*

BIU Cujas

5 ¶ Sed non tantùm ex causa doli earum personarum, pater, vel dominus condemnatur: sed & ipsius quoque domini, vel patris fraus dumtaxat venit: vt Iulianus libro vndecimo circa pignoratitiam actionem distinguit.

Ad §. 5. Sed non tantùm.

RATIO DVBIT. In actione quidem commodati venit dolus & culpa etiam leuissima *l. si vt certo 5. §. nunc videndum. infr. hoc titul.* sed ipsius tantùm commodatarij, non etiam alterius. Atqui cùm filiofamilias vel seruo res aliqua commodata est, solus filiusfamilias vel seruus, qui commodatum accepit, commodatarius est, non pater, aut dominus, quamuis & hi actione de peculio teneantur. Idcirco enim de peculio duntaxat tenentur, quia commodatarij non sunt, alioqui in solidum tenerentur. Ergo de solius filiifamilias aut serui dolo malo vel culpa hoc casu quærendum est, non de culpa vel dolo patris aut domini.

DECID. Actio de peculio quæ contra patrem, vel dominum datur, ex eo ipso contractu competit, ex quo principalis actio, quæ contra filiumfamilias competit, qui contraxit, nisi quod adiectionem illam habet de peculio, vt actor intelligat non in solidum eam dari, sed tantùm ad finem vsque peculij, vt dicemus ad *l. 1. & pass. infr. de pecul.* Ergo quemadmodum filiusfamilias, qui commodatum accepit, tenetur actione commodati si quid in re commodata per dolum aut culpam admiserit (de seruo enim tractari nihil potest, cum quo scilicet nulla actio esse potest, quandiu seruus est *l. cum seruo 107. de regul. iur.* neque ex antegesto post ademptam libertatem *tot. titul. Cod. an seruus ex suo fact. post manum. ten.* ita & patrem & dominum actione commodati de peculio teneri æquum est ex dolo filiifamilias vel serui: nec enim ea res auget condemnationem, vt propter dolum illum vel culpam filiifamilias aut serui supra quantitatem peculij teneantur *l. si quis adfirmauit 9. alias l. si oleum. §. hæc de dolo actio. supr. de dolo.* Porrò si ex dolo aut culpa filiifamilias vel serui tenetur pater aut dominus actione de peculio, quantò magis filiumfamilias teneri æquum est ex dolo proprio, cùm bonæ fidei actio est? *leg. 1. §. filiumfamilias. infr. depos.* non quasi propter dolum illum pater aut dominus fiat commodatarius, sed quia tantò plus in peculio esse intelligitur *l. 5. l. in bonæ fidei 36. infr. de pecul.* commodati enim actio bonæ fidei est. Nempe qui filiofamilias aut seruo commodat, licet cum eo solo contrahat, cui commodat, duos tamen sibi obligat, eum quidem cum quo contrahit in solidum, seruum quidem naturaliter, filium autem ciuiliter, patrem verò vel dominum de peculio, vt diximus ad *§. præcedent. ex l. si quis 44. infr. de pecul.* Non tamen tenetur pater vel dominus etiam de culpa propria, sed tantùm de dolo: id enim est quod Vlpianus ait, *sed ipsius quoque domini vel patris fraus dumtaxat venit*, vt Accursius bene explicat in verb. *dumtaxat*, ex *dict. l. in bonæ fidei 36. l. deposui 38. eodem tit.* Idem in actione pignoratitia iuris est, vt ex Iuliano Vlpianus hîc scribit. Patris enim vel domini dolus solus auget peculium non culpa *d. l. 5. in princip. eod. tit. de pecul.*

6 ¶ Non potest condemnari id, quod vsu consumitur: nisi fortè ad pompam, vel ostentationem quis accipiat.

Ad §. vlt. Non potest.

RAT. DVBIT. Etiam ea, quæ vsu consumuntur, sunt in hominum commercio, adeò vt eorum quoque vsusfructus legari & constitui possit *leg. 1. & tot. tit. supr. de vsufruct. earum rerum quæ vsu consum.* Atqui commodatum est, ex genere ac numero eorum contractuum, qui ad commercium vtiles ac propemodum necessarij sunt, cùm in commodato versetur beneficium *l. in commodato 17. §. sicut infr. hoc tit.* beneficio autem adfici hominem interest hominis, vt eleganter Papinianus ait in *l. si venditor 6. §. 1. infr. de seru. exportand.* Ergo etiam id quod vsu consumitur, commodari potest.

DEC. Ex contractu commodati eadem res restituenda est, quæ fuit commodata, cùm nemo rem suam commodando transferat eius dominium, at neque possessionem *l. rei commodatæ 8. & sequ. infr. hoc titul.* ad vsum enim duntaxat & quidem certum ac limitati temporis fit commodatum *dict. §. sicut.* Atqui id quod vsu consumitur tale est, vt non possit idem reddi, cùm vsus eius consistat in abusu. Nec remedio locus esse potest, interponendæ cautionis, per quam fit vt huiusmodi rerum quæ vsu consumuntur, etiam vsusfructus constitui possi. Id enim authoritate Senatusconsulti inductum est, de quo in *l. 1. & seqq. ill. tit. de vsufruct. earum rerum quæ vsu consum.* Senatusconsultum autem de vsufructu, & vsu tantùm earum rerum locutum est, non etiam de commodato: nec quemadmodum vtilitatis gratia induci potuit & debuit, vt vsufructu legato earum rerum quæ vsu consumuntur, proprietas ipsa in legatarium transferatur, ísque non idem quod accepit, sed tantundem restituere teneatur *l. si vini 7. eod. ill. tit.* ita & inducendum fuit vllo casu, vt rei commodatæ proprietas in commodatarium transferatur *dict. l. rei commodatæ.* Certum igitur est, quod Vlpianus hîc scribit, non posse commodari id quod vsu consumitur, nisi fortè, inquit, ad pompam vel ostentationem eiusmodi rerum commodatum fiat, quo casu commodatarius istis rebus sic vtitur, vt eas non consumat, nec proinde eadem ipsa rerum corpora, quæ in commodatum accepit, restituere prohibetur. Itaque nihil in eo fit contra naturam & substantiam commodati. Quod autem hîc de commodato dicitur, etiam de precario dicendum videtur. Iisdem enim ferè iuris regulis commodatum & precarium consistunt: nisi quod

BIU Cujas

quòd commodatum fit ad certum vsum certo tempore limitatum, precariũ verò nullo certo tempore concluditur, sed reuocabile est ad nutũ concedẽtis. Quæ res facit, vt earum rerũ, quę vsu consumuntur, difficilius permitti possit precarium, quàm cõmodatum, vt scripsimus ad *l.1.§.1.sup.* quia neq; precariũ contractus est, sicuti cõmodatum. Ex quo apparet, quàm verũ sit quod scripsimus in postrema parte *Chiliad. de error. pragm.* vestimenta precariò dari non posse, ne importuna & intempestiua precarij reuocatione incommodato afficiatur is, qui vestimenta precariò accepit. Neq; verò in eo absurdi quicquam est, quamuis cõmodari vestimenta possint, *l. si vt certo 5.§. quinimò 8. in fin. infr. hoc tit.* quia non sicuti precarium ita & commodatum ad nutum concedentis & intempestiuè reuocari potest *l. in commodato 17.§. 1. inf.* Sunt enim vtiq; ex earum rerum numero, quæ vsu non tam consumuntur, quàm deteriores fiunt. Planè sicuti ad pompam & ostẽtationem commodari possunt etiam illa, quorum vsus in abusu consistit, ita & ad pompam atque ostentationem precariò dari vestimẽta posse non negauerim.

4. CAIVS libro 1. de verborum obligationibus.

SÆpe etiam ad hoc commodantur pecuniæ, vt ditis gratia numerationis loco intercedant.

Ad l. Sæpe etiam 4.

RAT. DVB. Pecuniæ sunt etiam ex earum rerum numero, quæ vsu consumuntur *l.2. l. hoc Senatusconsultum 5. & pass. supr. de vsuf. ear. rer. quæ vsu consum.* Ergo nec earum commodatum potest consistere, nisi ad pompam & ostẽtationem, vt scriptum est in *§. vl. leg. præced.* DEC. Non possunt quidem commodari pecuniæ in eum vsum, per quem consumantur, sed in eum casum & vsum, in quem non consumantur, possunt. Non autem cõsumuntur, si quando sic cõmodantur, vt dicis gratia numerationis loco intercedant, puta si quis rem emerit, nec de suo habeat, vnde soluat precium. Nam cùm rei venditæ dominium, non aliter in emptorem transferatur, quàm si precium solutum sit, aut aliter eo nomine satisfactum *l. quod vendidi 19. l. vt res 53. inf. de contr. empt.* interest plerumque emptoris habere pecuniam præsentem saltem ex causa commodati, quam ex causa mutui non æquè facilè habere posset, vt numerationis loco eam exhibeat venditori, id est, vt dici possit, & videri eam numerasse ad rei venditæ dominium acquirendum. Quamuis enim eandem pecuniam venditor subinde reddat emptori, vt eandẽ restituere commodanti possit, satisfactum tamen est solemnitati legis duodecim tabularum, quæ nec aliud exigit, nisi vt venditor fidem habuerit de precio *d. l. quod vendidi §. venditæ Instit. de rer. diuis.* Idque est quod Caius significat his verbis, *dicis gratiâ*, quod Græci exprimũt his verbis νόμου χάριν, aut aliter quod malo λόγου χάριν, id est, verbi gratia, vt possit quis dicere se pecuniam numerasse, quomodo bene Cuiacius explicat *lib. 10. Obser. cap. 37.* quamuis ea numeratio simulata sit. Non enim omnis simulatio deceptio est, quoties sc. aut lex aut persona, quæ contrahit ea simulatione contenta est, vt in exemplo supradicto *iunct. l si vsusfructus 66. infr. de iur. dot.* Alioqui plus valere debet quod agitur, quàm quod simulatè cõcipitur, vt est in rubrica Codicis, & simulata pro infectis haberi debent *l. si ex pretio 6. C. si cer. pet.* sic in *l.1.§. excusantur 34. infr. de SC. Silan.* ait Vlpianus eos seruo Senatusconsulto illo excusari, qui auxiliũ tulerunt sine dolo malo. Nam si finxit se auxilium ferre vel dicis gratia tulit, nihil ei inquit, cõmentum hoc proderit. Eodem sensu scripsit Modestinus, puritatis gratia peti tutorem, qui perfunctoriè petitur, vt possit dicere is qui petiit se petiisse, in *l.2.§.1. inf. qui pet. tutor.* Malè vulgò pro *dicis* legitur hîc *ditis* quasi pro *diuitis* quomodo Accursius & Bartolus interpretantur. Malè item alij, vt Alciatus *lib. 4. disiunct. cap. 15. dantis. gratia* Vide hîc diligentem adnotationem doctissimi Dionysij Gothofredi.

5. VLPIANVS libro 28. ad Edictum.

SI, vt certo loco, vel tempore reddatur commodatum, conuenit: officio iudicis inest, vt rationem loci, vel temporis habeat.

Ad l. Si vt certo loco 5.

RAT. DVB. Quod certo loco dari debet, nec peti alio loco potest, nisi per actionem arbitrariam nec alio loco præstari inuito creditore *l.1. l. penult. supr. de eo quod cert. loc.* Conuẽtiones enim dant legem cõtractibus *l.1.§. si conuenit 6. inf. depositi. l. in conuentionalibus 52. de verb. obligat.* Ergo si cõmodatum ea lege factum sit, vt certo loco vel tempore reddatur, eo ipso loco & tempore omnimodo reddendũ est, vt proinde nil necesse sit dicere, rationem loci vel temporis habendam esse, si agatur commodati. Proprium enim est actionis arbitrariæ, vt in ea ratiõe loci officio iudicis haberi oporteat.

DEC. Quod facit officium & arbitrium iudicis in actione arbitraria, idipsum facit ratio bonæ fidei & æquitatis in bonæ fidei iudiciis: quia tantundem in bonæ fidei iudiciis officium iudicis valet, quantum in stipulationibus nominatim eius rei facta interrogatio *leg. quia tantundem 7. supr. de negot. gest. leg. quæro 54. infr. locat.* Atquin actio commodati bonæ fidei est, vt sæpius diximus ex *leg. 3. §. in hac supr. hoc tit. §. actionum Instit. de action.* Ergo si conuenerit, vt certo loco reddatur commodatum, poterit tamen vbique peti per actionem commodati æquè ac per arbitrariam, sed ita vt etiam vtilitas loci æstimanda sit, vel pro actore, si per reum steterit, quominus suo loco commodatum redditum sit, vel pro reo, si per actorem *leg. in bonæ fidei 7.* vbi diximus, *iunct. l.2. §. nunc de officio supr. de eo quod cert. loco.* Temporis alia ratio est: vtilitas enim temporis venit etiam in strictam actionem *leg. quòd si Ephesi 4. supr.* Quanto magis in actionem bonæ fidei?

BIU Cujas

1 ¶ Si quis hac actione egerit, & oblatam litis æstimationem susceperit: rem offerentis facit.

Ad §. 1. Si quis hac actione.

RAT. DVB. Commodatum non est titulus habilis ad transferendum dominium, adeóque nec ad transferendam possessionem *l. rei commodatæ 8. & seq. infr.* Commodatarius enim non suo nomine possidet, sed commodantis *l. 3. §. sed si is qui 20. infr. de acquir. poss.* Ergo etiamsi is qui commodauit agens actione commodati æstimationem litis consecutus sit, non ideò rei commodatæ dominium in commodatarium transtulisse videri potest.

DEC. Litis æstimatio præstita similis est emptioni, facitque emptionem *leg. 2. §. vltim & l. 3. infr. pro emptor. l. si seruus 21. § & ideò de euict. leg sed etsi res 9. §. 1. supr. de publician. leg si propter 22. infr. rer. amot.* Atqui emptionis titulus habilis est ad transferendum dominium *leg nunquam nuda 31. de acquir. rer. domin.* adeò vt lex duodecim tabularum emptionis verbo alienationem omnem complexa sit *l. statuliberi à cæteris 29. §. vltim. infr. de statulib.* Ergo quemadmodum is cui res aliqua vendita est & tradita, fit dominus, si modò precium soluerit, aut aliter eo nomine satisfecerit *§. vendita Instit. de rer. diuis. l quod vendidi 19. l. vt res 53. de contr. empt.* ita & eum qui rem commodatam accepit, & commodati actione conuentus litis æstimationem præstitit, fatendum est dominum effici, quia non ex commodati titulo, sed ex noua emptionis causa rem nunc habet, ita vt neque traditione noua indigeat, cùm iam ei res tradita sit à domino, quod sufficit, quamuis tradita sit, ex causa commodati *d. l. 3. leg. si quis rem 20. & sequent. de acquir. poss. ff. leg. non solum 3. §. 1. de vsucap. §. interdum 44. Instit. de rer. diuis. leg qua ratione 9 § interdum*, ex quo locus ille sumptus est *de acquir. rer. domin.* Quare non probo quod Accursius & Bartolus hîc docent, ita demum commodatarium oblata litis æstimatione fieri dominum, si res commodata præsens sit ex *leg. eius rei 46. & sequent. supr. de rei vindicat.* Tum enim præsentiam rei exigimus, cùm traditio nulla præcessit à domino facta: quomodo contingit, cùm quis rem suam, nec à se vnquam traditam vindicat à possessore: nimirum quia titulus emptionis quantumuis iustus sit, non sufficit ad transferendum dominium, nisi secuta demum traditione *dict. §. vendita dict. leg quod vendidi 19. de contr. empt. l. traditionibus 20. Cod. de pact.* Non potest autem traditio fingi interuenisse, nisi eo demum casu, quo vera interuenire potuisset, non autem potuisset tradi res absens, quia traditio facti est *l. consilio 7. §. vlt. infr. de curat. furios.* Ergo nec haberi pro tradita, ne plus possit fictio in casu fictionis, quàm veritas in casu vero *l. si is cuius 14. in fin. supr. de interrog. in iur. faciend.* At res quæ iam semel tradita est, quamuis commodati non emptionis titulo non indiget vt iterum tradatur, nec vt pro tradita habeatur, cùm verè tradita sit, sed tantùm, vt cùm tradita sit ex vna causa, videatur tamen tradita ex alia: quod ipsum sola iuris potestate fit, nec rei præsentiam requirit. Vide *leg. si rem 62. infr. de euict.* Planè si non apparentis rei commodatæ nomine commodatarius aut condemnetur, aut litis æstimationem offerat, æquum est commodantem cauere commodatario, vt repertam rem dominus ei præstet *l. is qui 13. in princip. l. in commodato 17. §. vlt. infr. hoc tit.* adeóque ei actionibus suis cedere, quâuis commodatarius dolum malum admiserit, vt benè hîc notat Accursius ex *leg. in depositi 12. infr. de re iudic.*

2 ¶ Nunc videndum est, quid veniat in commodati actione: vtrum dolus, an & culpa, an verò & omne periculum. Et quidem in contractibus interdum dolum solum, interdum & culpam præstamus: dolum in deposito. nam, quia nulla vtilitas eius versatur, apud quem deponitur, meritò dolus præstatur solus, nisi fortè & merces accessit[a]: tunc enim (vt est constitutum) etiam culpa exhibetur. aut si hoc ab initio conuenit[b], vt & culpam, & periculum præstet is, penes quem deponitur. Sed vbi vtriusque vtilitas vertitur, vt in empto, vt in locato, vt in dote, vt in pignore, vt in societate: & dolus & culpa præstatur. Commodatum autem plerumque[c] solam vtilitatem continet eius, cui commodatur, & ideo verior est Quinti Mucij sententia existimantis & culpam præstandam, & diligentiam.

Ad §. 2. Nunc videndum.

RAT. DVB. Culpa cuique sua nocere debet non alteri, sicut factum cuique suum & sua cuique mora *l. factum 155. leg. in condemnatione 173. §. pen. de regul. iur.* Quod enim quis ex culpa sua damnum patitur nec sentire videtur *l. quod quis 203. eod.* Ergo indistinctè dicendum est, ex contractu quolibet præstandam esse culpam non minùs quàm dolum, non adhibita distinctione illa, quæ hîc adhibetur: an dantis duntaxat, an verò solius accipientis, an denique vtriusque gratia contractus fiat: maximè verò si bonæ fidei contractus proponatur: nec enim bona fides, id est, æquitas patitur, vt culpa vlla sit impunita, multo minùs verò vt culpa vnius noceat alteri, cui nihil imputari potest. DEC. In contractibus omnibus, etiam bonæ fidei, non minùs quàm in stipulationibus, sequimur semper id quod actum est, etiamsi dictum non sit *l. semper in stipulationibus 34. de regul. iur.* Pleraque enim tacitè aguntur, quæ non dicuntur *leg. pen. infr. de euict.* imò etiam nonnulla interdum extra id quod actum est, vt in *leg. is qui 13. in fin. infr. hoc tit.* Atqui in contractibus qui fiunt gratia dantis tantùm, vt in deposito, aliud sanè agitur, aliud verò in iis qui

BIU Cujas

qui fiunt gratia solius accipientis, vt in commodato, aliud denique in iis, qui gratia vtriusque. Nam cùm dantis solius gratia contractus sit, an non esset iniquum culpam præstari ab eo, qui in culpa non esset, si non contraxisset, neque rursum contraxisset, si non alij, cum quo contraxit, magis quàm sibi prospicere voluisset? Nisi fortè velis officium ei sutum pro culpa obiicere, quasi non debuerit alterius gratia contrahere, potius quàm sua, quod esset ridiculum *l. si seruus* 61. § *quod verò de furt.* Nemo enim alteri potest imputare factum, ex quo ipse lucrum sentiat *l. si extraneus* 33. *l. cùm in fundo* 78. §. *quod si mulier infr. de iur. dot.* Neque sanè alienas vtilitates sequi aut ambire suo periculo quisquam cogitur. Planè dolum præstare debet etiam is, qui solius dantis gratia contraxit, vt depositarius, quia dolus impunitus manere nunquã debet *l. procurator* 11. §. *l. inf. de dol. mali except.* Nec si expressa conuentione placuerit, vt dolus non præstetur *leg.* 1. § *illud non probabis infr. depos.* vbi ratio redditur, quia hæc conuentio contra bonam fidem est, & contra bonos mores. Quamuis placeat valere conuentionem, ne depositi agatur, quę in effectu idipsum continet, ne dolus præstetur *l. si vnus* 27. §. *illud nulla sup. de pact.* nimirum in hoc casu, vt & in aliis pleriſq;, expressa nocent, non expressa non nocẽt, vt habet iuris regula. Non autem quemadmodum bonæ fidei dolus opponitur, ita etiam culpa, sed diligentiæ, vt in quo gradu negligentiæ quisque est, in eodem gradu sit culpæ, nihil enim vetat esse quem in culpa, & nihilominus probum virum. Est autem triplex gradus culpæ, latæ, leuis & leuissimæ, sicuti tres sunt gradus diligentiæ, exactissimæ, cui opponitur culpa leuissima, exactæ, cui opponitur letis, & minimæ aut nullius omnino diligentia, cui lata culpa, vt scripsimus in *Error. l. decad.* 76. E contrario si contractus celebratus sit gratia solius accipientis, vt euenit in commodato, id agi tacitè intelligitur, vt qui accipit, teneatur de omni culpa, quia omnem diligentiam præstare debeat. Nec enim de eo potest is conqueri, qui totum commodum ex contractu sentit, vt ad quem totum commodum pertinet, etiam totum pertineat incommodum *l. secundùm naturam* 11. *de regul. iur.* Neque ferendus est, qui lucrum quidem ex contractu captat, damnum autem subire recusat *leg. vnic.* §. *prosecundo Cod. de caduc. tollend.* Consequens igitur est, vt si gratia vtriusque celebratus sit contractus, quod euenit regulariter, vt in emptione, locatione, dote, pignore, & societate (si modò æquè principaliter, non si ex postfacto & per accidens, vt in *leg. si quis nec causam* 4. *leg. rogasti* 11. *supr. dereb. credit.*) non tantùm dolus præstandus sit, sed etiam culpa, nec ea tantùm lata, quæ etiam dolo æquiparatur, sed etiam leuis, quæ media est inter latam & leuissimam, non tamen leuissima: quia & hoc quoque agi tacitè intelligitur. Qua enim fronte diligentiam exactissimam ab aduersario desideraret is, cuius etiam gratia initus contractus fuerit? Et ita ex hoc §. explicandum est quod scribitur in *leg. contractus* 23. *infr. de regul. iur.* Eadem distinctio & iuris ratio locum habet in quasi contractibus, vt tutelæ & negotiorum gestorum.

a *Nisi fortè & merces accesſit.* RAT. DVB. Commodatum gratuitum esse debet §. *item is cui in fin. Instit. quib. mod. re contr. oblig.* Alioqui degenerat in locationem, si merces accedat, vt ibidem scriptum est. Eademque ratio est depositi *l.* 1. §. *si quis seruum* 9. *infr. depos.* Ergo siue de commodato agatur, siue de depositi, vt in hoc §. non potest locum habere exceptio hæc *nisi merces accesſit.*

DEC. Merces, quæ locationis substantiam constituit, & quæ propriè merces appellatur, consistere debet in pecunia numerata, sicut & precium, quod constituit substantiam emptionis *leg.* 1. *de contrah empt. leg.* 1. *de rerum permutat.* Hæc autem exceptio intelligenda est de mercede, quæ impropriè sit merces, & quæ constituta sit in alia re, quàm in pecunia numerata, vt in *dict.* §. *si quis seruum.* Id enim duntaxat agit Vlpianus in hoc §. vt distinguat, an depositum factum sit gratia solius deponentis, an verò etiam gratia depositarij, cui pro custodia rei depositæ aliquid extra pecuniam numeratam datum vel promissum sit, vt priore casu dolus solus præstandus sit, posteriore verò etiam culpa *leg. qui mercedem* 40. *infr. locat.* Quanquam vix est, vt hoc fiat, quin contractus depositi tum quoque cùm in contractum locationis degenerare non potest, in alium tamen contractum innominatum degeneret, ex quo nascatur actio præscriptis verbis, potius quam depositi, vt in *dict.* §. *si quis seruum*, vbi tamen adhibetur distinctio, secundùm quàm hic versiculus intelligi proculdubio debet. Iunge §. *nunc videndũ* 11. *ver. rem tibi dedi inf.*

b *Aut si hoc ab initio conuenit.* RAT. DVB. Conuentio in contractu apposita non valet, si sit contra naturam contractus *leg. vbi ita donatur* 27. *infr. de mort. caus. donat. leg. cùm precario* 12. *infr. de precar.* Atqui est ex natura actionis depositi, vt in ea dolus solus præstandus sit, quia contractus depositi fit gratia solius deponentis, non etiam depositarij, vt proximè diximus. Ergo etiamsi ab initio conuenerit, vt culpam quoque præstare depositarius debeat, dicendum est, nullius momenti esse pactionem, quasi naturæ depositi contrariam. Idémque multo magis dici potest, si conuenit, vt non modò culpam, sed etiam periculum omne depositarius præstet. Id enim est contra iuris regulam, quæ periculum casuum fortuitorum à nemine vult præstari *dict. leg. contractus* 23. *in fin. de regul. iur.* cùm ad dominum potius pertinere debeat *leg. quæ fortuitis* 6. *leg. pignus* 9. *Cod. de pignorat. action.* vt sua cuique res pereat, non alteri. Priuatorum autem pactiones legum authoritate censeri nec possunt, nec debent *leg. vltim. inf. de suis, & legit. leg.* 3. *Cod. de collat. lg hereditas* 5. *Cod. de pact. conuent. tam sup. dot.*

DEC. Contractus ex conuentione legem accipiunt, vt est in regula vtriusque iuris & ciuilis & Pontificij, *cap. contractus de regul. iur. in* 6. *leg.* 1. §. *si conuenit infr. depos.* legem, inquam, id est, naturam, quamuis non substantiam. Ergo si quid ab initio conuenerit, etiam contra naturam contractus ratum id habendum est, dum ne contra substantiam *l. pacta conuenta* 72. *inf. de contra. empt.* Multum enim differt natura cuiusque contractus à substantia. Natura versatur circa præstationes, quæ sua sponte veniunt ex contractu, vt in *d. l. pacta & d.* §. *si conuenit*, & *hoc* §. substantia verò circa ea quæ essentiam contractus constituunt, vt alibi scripsimus, & scribemus *ad d. l. pacta conuenta*, contra interpretationem Cuiacij ad illum locum. Quamquam si verum amamus, cùm conuenit in depositio, vt non tantùm dolus, sed etiam culpa, adeoque periculum ipsum præstetur, pactum hoc non tam contra quàm præter naturam contractus est. Quod longè

BIU Cujas

est diuersum, sicut & contra leges quid fieri aut præter leges *l. necnon 28. §. quod adeuius supr. ex quib. caus. maior.* Et sanè cùm fiant contractus omnes gratia contrahentium, æquum est, in contractibus omnibus inspici quod actum est, ac multo magis quod dictū est, quandoquidem de eo quod actum, nec dictum est, dubitari probabiliter potest. an actum sit, non etiam an actum sit, quod expressè dictum est *l. semper in stipulationibus 34. de regul iur.* Quorsum enim verba, nisi vt mentem & animum dicentis significent? *leg. Labeo 2. infr. de supell. legat. leg. ille aut ille 23. §. cùm in verbis de legat. 3.* Quid enim conuenientius naturali æquitati, quàm pacta seruare? *l. 1. supr. de pact.* quid contra grauius, quàm fidem frangere? *l. 1. supr. tit. prox.* dummodò scilicet pacta neque contra leges sint, neque contra bonos mores, neque contra Senatusconsulta *l. iuris gentium 7. §. ait prætor supr. de pact. l. pacta quæ contra 6. C. eod. d. l. vlt. de suis & legit. d. l. 3. C. de collat. d. l. hereditas 5. C. de pact. conuent. l. 1. §. illud non probabis infr. depos.*

a *Commodatum autem plerumque.* RAT. DVB. Commodatum semper gratuitum esse debet, vt suprà diximus ex §. *item is cui Instit. quib. mod. re contr. oblig.* Ergo semper fit gratia solius commodatarij. DEC. Aliud est commodatum esse gratuitum, aliud verò fieri causa tantùm commodatarij. Gratuitum esse cùm dicimus, excludimus mercedem, ne commodatum degeneret in locationem, aut in alium contractum innominatum: sed nihil vetat esse gratuitum, & tamen fieri gratia vtriusq; & commodantis & commodatarij. Quid enim si equum tibi commodauero, vt eo vtaris ad negotiationem mihi & tibi communem? Imò verò, quod magis est, interdum fit commodatum gratia solius commodantis, quo casu dolus solus à commodatario præstatur, vt & à depositario §. *planè interdum*, vbi exempla ponuntur *infr. hac lege.* Extra hos casus, id est, si neque solius commodantis, neque vtriusque gratia commodatum sit, sed solius causa commodatarij, præstare debet commodatarius non modò culpam, si quid fortè fecerit in re commodata quod non debuerit, sed etiam diligentiam, & quidem exactissimam, vt nihil omittat ex iis quæ diligentissimus paterfamilias facere debuit, *d. §. item is cui quib. mod. re contr. oblig.* Nec enim sufficit ei diligentem esse ad eum modum quem hominum natura desiderat *l. quod Nerua 32. infr. depos.* cùm teneatur de omni culpa etiam leuissima, cui opponitur, vt diximus, exactissima diligentia, quæ tamen in hoc §. dicitur simpliciter diligentia, vt & in *d. l. contractus 23. de reg. iur.* quia sicuti culpam simpliciter cùm dicimus, leuem intelligimus, quæ oppositam habet exactam diligentiam, ita & cùm post nomen culpæ ponunt Iureconsulti nomen diligentiæ, & exactissimam diligentiam intelligunt, quæ leuissimæ culpæ opponatur. Scripsimus in *Error. 1. decad. 76.*

3 ¶ Et si fortè res æstimata data sit, omne periculum præstandum ab eo, qui æstimationem se præstaturum recepit.

Ad §. 3. Et si fortè res æstimata.

RAT. DVB. Cuiusque rei periculum pertinet ad dominum *l. quæ fortuitis 6. l. pignus 9. C. de pignor. act. l. contractus 23. in fin. de regul. iur.* Atqui dominium rei commodatæ nunquam pertinet ad commodatarium, in quem scilicet neque dominium, neque possessio ex commodati titulo transferri potest *l. rei commodatæ 8. & seq. infr. hoc tit.* Vnde est quod etiam rem alienam commodare possumus *leg. commodare 15. & seq. eod.* Ergo quamuis res commodata æstimata data sit, non ideò tamen periculum pertinere debet ad commodatarium, quandoquidem non eo minùs res manet commodata quòd æstimata sit, cùm æstimatio non tollat, nec mutet contractum, cui adiicitur *leg. cùm duobus 52. §. damna infr. pro socio.* Neque verò valet conuentio, vt quis de omni casu fortuito teneatur nisi specialiter casus expressi sint, de quibus teneri quis velit *l. sed et si quis 4. §. quæsitum supr. si quis caution.* Nec rursum quælibet æstimatio facit emptionem, vt constat ex *l. 1. §. vlt. infr. de æstimat. act. l. cùm duobus 52. §. sed vtrum & §. damna infr. pro socio. l. plerunq. 10. in princip. & §. vlt. cum l. seq. infr. de iur. dot. l. si inter 21. C. eod. l. si gratuitam 17. in fin. de præscript. verb.* Sanè cùm æstimatio facit emptionem, nemo dubitat, quin transeat periculum in accipientem *l. quæro 54. §. vlt. & l. 3. infr. locat. l. quoties 16. de iur. dot. l. æstimatis 50. infr. solut. matr. l. vnic. §. cúmque ex stipulatu Cod. de rei vxor. act.* Quia & per emptionem transiret periculum in emptorem *l. necessario 8. infr. de peric. & commod. rei vendit. l. 1. C. eod. §. cùm autem Instit. de empt. & vendit.* dummodò certa sit æstimatio *l. quidam 96. §. si tibi de legat. 1.* quia & precium certum esse debet ad constituendam emptionem §. *precium Instit. de empt. & vendit.* Atqui cùm res commodata traditur æstimata, certum est non ideò fieri ex commodato emptionem, sed manere contractum commodati. Ergo nec idcirco transit omne periculum in commodatarium, nisi id expressè dixerit, vt in §. *præcedente*, præsertim cùm possit imputari commodanti, cur non dixerit legem apertiùs, ex regula *leg. veteribus 39. supr. de pact. l. Labeo scripsit 21. infr. de contr. empt.* DEC. Æstimationis proprium illud est, vt faciat emptionem, nisi cùm aut voluntas contrahentium repugnat, aut natura negotij. Voluntas contrahentium repugnat, quoties conuenit, vt eadem ipsa res quæ æstimata est, aliquando reddatur, vt in specie *dict. leg. si inter 21. C. de iur. dot. l. æstimatis 50. infr. solut. matrim.* Tunc enim apparet ideò factam æstimationem, ne si species aliqua fuisset diminuta aut perdita alio precio quàm quo taxata fuerat, reposceretur, vt scriptum est in *dict. leg. si inter.* Ex quo loco apparet non magis reddi posse deterioratam rem quàm perditam, cùm nec videatur reddi res, quæ deterior redditur *leg. 3. §. si reddita supr. hoc tit. leg. 1. §. si res deposita 16. infr. depos. dict. leg. 1. §. vltim. de æstimat. act.* nisi cùm conuenit, vt eadem ipsa corpora, quæ æstimata sunt, omnimodo reddantur, vt in *dict. leg. si inter.* ac proinde verum esse quod nos docuimus *lib. 7. Coniect. cap. 5.* legendum esse *nec* pro *&* in *leg. sanè 11. infrà eod. ill. tit. de iur. dot.* Pendet enim lex illa ex §. *vltim. legis præcedentis*, vbi proponebantur res in dotem datæ æstimatæ, sed eo pacto adiecto, vt vel eædem res, vel earum precia redderentur. In quo euidenter errat Bartolus, distinguens rem peremptam à deteriorata, quasi deteriorata res possit reddi, non etiam illa, quæ peremptæ est. Quod certè falsum est: cuius enim periculo res pereunt, eius quoque periculo deteriores fiunt *dict. leg. cùm dotem & dict. leg. 1. §. vltim. de æstimat. action. & d. l.*

BIU Cujas

& d.l.si inter. Sed ignoscendum est Bartolo, quem corrupta illius legis lectio fefellit. Repugnat etiam interdum naturę negotij, ne æstimatio possit facere emptionem: vtputa si societatis contrahendæ causa sint data pascenda pecora, eáque æstimata. Non enim possunt ideò videri vendita, cùm per societatem id agatur, vt dominium communicetur, per emptionem verò vt transferatur: ideóque pro socio actio durat, si quid fortè dolo malo, aut culpa eius acciderit, qui æstimatum pecus accepit: alioqui si pecus æstimatum latrocinio aut incendio perierit, commune damnum erit *d. l. cùm duobus §. damnà pro socio.* Repugnat etiam naturæ negotij, & contrahentium volũtati, vt æstimatio faciat emptionem, quoties facta est in ordine ad alium contractum, puta si quid æstimatum tibi dedero vt alij vendas. Implicat enim vt vendidisse tibi videar eam rem quam dedi tibi æstimatam, vt alij vendas. In qua specie variis distinctionibus opus est, de quibus in *d.l.si quis nec causam 4. & d.l.rogasti 11. supr. de reb. credit.* vbi diximus, *& in d.l.si gratuitam 17. §. 1. infr. de præscript. verb.* Nec valde dissimile est quod Bartolus adfert ex *leg. seruos 36. supr. famil. ercisc.* Seruos inter coheredes tempore diuisionis æstimatos non emendi, sed diuidendi animo preciis adscriptos videri: ideóque suspensa condicione mortuos tam heredi quàm fideicommissario deperiisse. Precium enim serui cùm non sit hereditarium, vt benè docet Bartolus, non potest in diuisionem venire. Quid ergo si natura contractus talis sit, vt dominium pro parte transferatur in accipientem, & pro parte non transferatur, vt in societate? Respondet Bartolus pro ea parte pro qua transfertur dominium, transire periculum in accipientem, pro alia verò parte non transire, *dict. l. cùm duobus 52. §. sed vtrum & §. damna.* Nisi de eo contractu agatur in quo ex natura contractus veniat etiam culpa leuissima, quo casu facit æstimatio vt veniat casus fortuitus, ne alioquin æstimatio nihil operetur, vt post Accursium Bartolus argumentatur ex *l.si quando 109. de legat. 1.* Nam si ex contractus natura veniat tantùm culpa leuis, nihil addit æstimatio, nisi vt veniat etiam leuissima, vt idem Accursius, & post eum Bartolus putat, existimans hanc esse rationem propter quam Vlpianus in hoc §. scribit, in commodato, si res æstimata data sit, omne periculum venire, id est, etiam casus fortuiti, quia & nulla æstimatione facta veniret leuissima quoque culpa, non quasi æstimatio potuerit transferre periculum ex eo contractu, ex cuius natura est, vt dominium non transferatur. Aliud ergo est transferri dominiũ, aliud verò transferri periculum. Ex commodato enim nunquam transfertur dominium, id est, ne quidem, facta æstimatione, transfertur tamen omne periculum si facta æstimatio sit, vt constat ex hoc §. *& ex dict. l. 1. §. vlt. de æstimat action. d.l. plerunque in princip. & §. vlt. & d.l. quoties 16. infr. de iur. dot.* Mihi tamen videtur Vlpianus in hoc §. aliud quiddam sentire. Tractat enim de eo commodatario, qui non modò rem commodatam acceperit æstimatam, sed etiam eius æstimationem restituturum se receperit, ac proinde qui, si rem ipsam commodatam vellet reddere, quamuis incorruptam, non esset audiendus, quandoquidem nulla hìc electio est, quæ aut commodanti, aut commodatario dari possit, promissa simpliciter æstimationis restitutione. Fatendum igitur est, hoc casu transferri ex commodato dominium propter æstimationem, quæ haud dubiè facit emptionem, nec alia de causa transfert omne periculum in commodatarium, quàm quia id omnino consequens est translationi dominij, quamuis contra naturam simplicis commodati sit, vt ex eo dominium transferatur. Itaque non possum probare quod Accursius noster verba illa, *omne periculum*, de omni culpa interpretatur, aut quod eòdem recidit, de omni periculo, quod ex culpa proueniat, ad exclusionem casus fortuiti, qui tamen solus meo iudicio his verbis significatur. Nec simile est quod Accursius adfert ex *l. litis 37. § si pecuniæ supr. de negot. gest.* vbi nulla æstimatio facta proponebatur, nec fieri poterat, cùm de nominibus à negotiorum gestore contractis ageretur. Nec cursus quod est *d.l. 1. §. vlt. de æstim. act.* vbi quod dicitur de periculo propter æstimationem præstando, non ad culpam restringendum est, vt Azo credidit, sed de casu fortuito intelligendum, secundùm veriorem Ioannis interpretationem, quam eo loco Accursius refert. Neque obstat, quod in §. sequenti subiicitur de casu fortuito per commodatarium non præstando. Id enim ad initium huius §. referendum est, in quo dictum est, præstandam à commodatario culpam & diligentiam, non ad posteriorem huius §. sententiam, in qua agitur de re æstimata, idque per modum exceptionis. Nos quidem istas sententias per §§. cum Gothofredo distinximus commodioris explicationis gratia, sed tamen magis probamus, vt ab illis verbis, *commodatum autem*, vnicus sit & continuatus §. vsque ad verba illa, *sed an etiam hominis*, quamuis Bartolus quoque nouum §. inchoet ab illis verbis, *quod verò senectute*, & alium ab iis, *custodiam planè*, quod & nos sequemur.

4 ¶ Quod verò senectute contigit, vel morbo, vel vi latronum ereptum est, aut si quid simile accidit: dicendum est, nihil eorum esse imputandum ei, qui commodatum accepit: nisi aliqua culpa interueniat. proinde & si incendio, vel ruina aliquid contigit, vel aliquod damnum fatale: non tenebitur, nisi fortè, cùm possit res commodatas saluas facere [a], suas prætulit.

Ad §. 4. Quod verò senectute.

RAT. DVB. Tractamus de commodato, quod factum sit gratia solius commodatarij, de quo in *versic. commodatum supr.* Ergo quemadmodum ob eam causam tenetur commodatarius de omni culpa etiam leuissima, ita & de casu fortuito videtur teneri debere, præsertim si res commodata erepta sit vi latronum, ne alioqui commodantis officium sit ei damnosum, cùm si rem suam non commodasset, ea vi latronum erepta commodatario non fuisset *leg. si seruus 61. §. quod verò infr. de furt.* Aliud sanè est de damno, quod vel morbo vel senectute hominis commodati contigit, quippe quod æquè penes commodantem contigisset etiamsi commodata res non fuisset. DEC. Casus fortuiti quos nullum humanum consilium præuidere aut

BIU Cujas

impedire potest à nullo præstantur *l. contractus 23. in fin. de reg. iur. l. si merces 25. §. vis maior infr. locat.* Ergo neque à commodatario præstandi sunt, cui scilicet nihil imputari potest, ne quidem culpa leuissima, potiúsque imputari potest ei qui commodauit, cur non prospexerit posse damna ista fatalia euenire, si talia sint quæ occasione commodati euenire potuerint, etiamsi non aliter fuerint euentura *arg. l. si quis domum 9. §. 1. vers. idem quærit infr. locat.* Magis enim casibus, quàm mandato imputari ista oportet *l. inter causas 26. §. non omnia infr. mandat. l. si res pupillaris 50. infr. de admin. tutor. l. in rebus 18. infr. hoc tit. l. quæ fortuitis 6. C. de pignor. act.* Parum enim proficit custodia aduersus vim maiorem siue diuinam, siue humanam *l. ad eos 19. infr. hoc tit. l. si ea res 31. infr. de act. empt.*

a *Nisi fortè cum posset res commodatas saluas facere.*

RAT. DVB. Omnes sibi malunt benè esse quam alteri, & naturale cuiusq; votum est, vt res suas malit saluas esse quam alienas, excipitur solus seruus de quo scriptum est plus eum diligere dominum suum quam seipsum debere *l. 1. §. iuxta hoc 28. infr. de SC. Silan.* Nihil ergo potest imputari commodatario, si in casu incendij, ruinæ, vel naufragij cùm posset res commodatas saluas facere, suas prætulit. DEC. Etiamsi quis ad eum modum quem hominum natura desiderat, diligens sit in commodato conseruando, nisi tamen ad suum modum etiam in commodato curam præstet, fraude non caret. Nemo enim salua fide minorem alienis quàm suis rebus diligentiam præstare potest, inquit eleganter Celsus in *leg. quod Nerua 32. infrà depos.* Ergo si commodatarius cùm posset res commodatas saluas facere, suas prætulit, teneri eo nomine commodati actione debet, non quasi ex culpa, sed quasi ex dolo. Ideóque in depositi actione in quam solus venit dolus, idem iuris est *d. l. quod Nerua.* Sic dicimus non esse audiendum tutorem, si dicat ideò cessasse pecuniam pupillarem, quòd idonea nomina non inuenerit, si arguatur eo tempore suam pecuniam bene collocasse *l. tutor secundùm dignitatem 13. §. 1. infr. de admin. tutor.* Hic quærit Accursius, quid si res commodata erat vilis precij, res verò commodatarij erant pretiosæ? Et respondet, quod & Bartolus probat, non teneri hoc casu commodatarium, quia & diligens quilibet paterfamilias hoc fecisset, id est, pretiosiores vilioribus in iis conseruandis prætulisset. Idémque ait si res commodatæ & commodatarij fuerint æqualis valoris ex *leg. in rebus 18. in princip. infr.* Ego verò neutrum probare possum, quia minorem diligentiam in alienis rebus conseruandis præstat commodatarius qui suas præfert, licèt pretiosiores, quàm in suis, quod tamen salua fide facere non potest, *dict. leg. quod Nerua.* Et quamuis verissimum sit diligentissimum quemque patremfamilias electurum conseruationem rerum magis pretiosarum potiùs quàm viliorum, id tamen intelligi debet cæteris paribus, non sunt autem cætera paria cùm fit comparatio inter res commodatas & proprias commodatarij, quia, vt diximus, minorem diligentiam præstaret commodatarius in rebus commodatis, quàm in suis, si commodatas res quamuis viliores, postponeret suis, tametsi pretiosioribus. Nam in pari causa periculi minorem diligentiam præstat alienis rebus conseruandis hoc ipso, quod non præstat maiorem, cùm non possit præstare parem, si, quod in facto ponimus, alias conseruet, alias verò perire patiatur. Idémque multo certiùs dici potest, si paris sint valoris. Planè si ponas fuisse commodatas res à duobus, electio erit commodatarij, cui gratificari malit, & cuius res saluas esse maluerit, non adhibita distinctione illa, vtrum res conseruatæ pretiosiores fuerint an viliores, quia non sicut maiorem alienis rebus conseruandis diligentiam commodatarius debet quàm suis, ita & dici potest maiorem eum diligentiam debere ad vnius ex commodatoribus, quàm ad alterius res conseruandas: nimis enim durum est, si cùm vtriusque commodatoris res saluas facere non posset, elegerit alterius res præferre, tali electione crimen eum contraxisse dicamus exemplo eius quod scriptum est in *leg. 3. §. si cùm omnes in fin. infr. de SC. Silan.*

5 ¶ Custodiam planè commodatæ rei etiam diligentem debet præstare.

Ad §. 5. Custodiam.

Additur hic siue §. siue versiculus ad interpretationem eius quod in §. proximo dictum est, quod senectute contigit, vel morbo, vel vi latronum ereptum est, aut si quid aliud simile acciderit, nihil eorum esse imputandum ei, qui commodatum accepit: idémque dicendum esse, si incendio, vel ruina, vel naufragio fatale aliquod damnum contigerit. Non enim id tam generaliter accipiendum est, vt si quid eorum quæ supradicta sunt, acciderit ob non præstitam à commodatario tantam diligentiam quantam debuit, non debeat ille teneri eo nomine, cùm ad exactissimam diligentiam præstandam teneatur, quia scilicet in commodato solius commodatarij vtilitas versatur, vt diximus in §. 1. *vers. commodatum supr. l. si seruus 61. §. circa commodatum infr. de furt.* Quòd si non præstiterit exactissimam diligentiam, negari non potest, quin sit in culpa saltem leuissima. Ergo cùm in hac specie culpa præcedat casum, æquissimum est teneri commodatarium, etiam de casu fortuito, qui vtique non contigisset, si diligens custodia in conseruanda re commodata præcessisset. Idque est, quod paullo antè Vlpianus dixerat, *Nisi aliqua culpa interueniat.* Paria enim sunt culpam aliquam interuenire commodatarij, & diligentem ab eo custodiam non præstari. Ergo ratio dubitandi ad hunc versiculum illa est, quòd nec commodatarius, nec alius quisquam de casu fortuito teneatur *d. §. prox. supr. l. contractus 23. in fin. de regul. iur.* Sed decidendi illa, quòd aliud dicendum sit, quoties culpa præcedit casum. Nempe cùm culpa illa ordinata est ad eum casum qui posteà contigit. Hoc enim addendum necessariò est, vt alibi scripsimus ex *§. sed interdum infr.*

6 ¶ Sed, an etiam hominis commodati custodia præstetur, apud veteres dubitatum est. nam interdum & hominis custodia præstanda est: si vinctus cómodatus est, vel etiam eius ætatis, vt custodia indigeret. certè si hoc actum est, vt & custodiam is, qui rogauit, præstet: dicendum erit, præstare.

Ad

Ad §. 6. Sed an etiam hominis.

RAT. DVB. Cõmodatarius tenetur præstare diligentem custodiam, & exactissimam diligentiam in re commodata, vt proximè diximus. Ergo & in homine cõmodato, cùm non minus homines, id est, serui, quàm aliæ res commodari possint. Computãtur enim serui inter alias res mobiles, quæ sunt in nostro patrimonio, adeóque inter res mobiles *l. 3. §. Nerua filius infr. de acquir. poss.* quarum custodia multo exactior necessaria est *l. si rem mobilem 47. eod.* DEC. Differentia hæc est inter hominem & cæteras res mobiles, quòd cæteræ res cura & diligentia possessoris custodiendæ sunt: at homo seipsum custodit, adeò vt nec sui furtum facere possit, nec aut suam, aut aliarum rerum domini sui possessionem interuertere *l. rẽ quæ nobis 15. in fin. eod.* Nihil ergo est quod imputari commodatario possit, si commodatum seruum minus diligẽter custodierit, nisi fortè commodatus fuit vinctus, quòd fugę suspectus esset domino, aut si eius ætatis fuit, vt custodiri deberet propter suspectos mores adolescentiæ, qui prudẽti cuilibet vix possunt esse non suspecti. Culpa enim nec leuissima est commodatarij, si non vinciat seruum commodatum quem dominus vinxerat, aut minus diligenter custodiat eum quem commodator diligentius custodiebat *l. si à bonæ fidei 21. supr. de rei vindic.* Idque etiamsi in commodato contrahendo nihil dictum sit de præstanda custodia. Quanto magis si expressim ita conuenerit, vt in homine commodato custodiam præstare debeat commodatarius? Parum enim refert an expresse quid agatur, an tacitè. Et quamuis dici soleat expressionem eorum quæ tacitè insunt, nihil operari, vt est in vulgari nostrorum brocardico, semper tamen tutius est id exprimere, de quo alioquin dubitari posset, an tacitè inesset, vel ob hoc saltem ne qua dubitationis supersit occasio *l. quæ dubitationis 81. de reg. iur.* & ne possit obiici commodanti, quòd legem apertius dicere potuerit & debuerit ex regula *l. veteribus 39. supr. de pact. l. Labeo 21. infr. de contr.* Nec enim potest vis expressi minui, ex eo quod tacitè inest, nisi cùm expressa nocent, non expressa non nocent, quod in proposito non contingit.

7 ¶ Sed interdum & mortis damnum ad eum, qui commodatum rogauit, pertinet. nam si tibi equum commodauero, vt ad villam adduceres, tu ad bellum duxeris: commodati teneberis. idem erit & in homine. Planè si sic commodaui, vt ad bellum duceres: meum erit periculum. Nam & si seruum tibi tectorem commodauero, & de machina ceciderit, periculum meum esse Namusa ait. sed ego ita hoc verum puto, si tibi commodaui, vt & in machina operaretur. cæterum si, vt de plano opus faceret, tu eum imposuisti in machina, aut si machinæ culpa factũ est minus diligenter non ab ipso ligatæ, vel funium, perticarúmque vetustate: dico periculum, quod culpa contigit rogantis commodatum, ipsum præstare debere. nam & Mela scripsit, si seruus lapidario commodatus sub machina perierit, teneri fabrum commodati, qui negligentius machinam colligarit.

Ad §. 7. Sed interdum.

RAT. DVB. & DECID. ad hunc §. eadem est, quæ ad *§. custodiam 5. supr.* Videbatur enim casus fortuitos non debere ad commodatarium pertinere, quippe quem æquum sit teneri quidem de omni culpa etiam leuissima, sed non de casu fortuito, quẽ diximus toties à nemine præstari *leg. contractus 23. in fin. de regul. iur. l. quæ fortuitis 6. C. de pignorat. action.* Sed fallit ea regula quoties culpa præcedit casum, si modò commissa sit in ordine ad illum casum & casus ille ob eam culpam contigerit, vt hîc Bartolus benè notat ex *l. non omne 38. infr. de statulib. l. si alius 7. §. est & alia infr. quod vi aut clam.* (alioqui non tenetur de casu nisi culpa caderet in delictum circa rem ipsam vt in *l. ita vulneratus 51. ad leg. Aquil.* non circa vsum rei *l. qui furtum 16. supr. de condict. furt.* nisi culpa caderet in moram, vt in *l. quod te 5. supr. de reb. cred. leg. si ex legati 23. de verb. oblig.*) Tunc enim non tam videtur teneri de casu quàm de culpa quæ casui causam vel saltem occasionem dedit. Idque generale est in omnibus, qui alioquin de casu fortuito non tenerentur, vt constat ex legibus quas hîc Accursius adducit, id est, ex *l. in rebus 18. §. 1. infr. hoc tit. l. videamus 11. §. 1. infr. locat. l. 2. §. vis fluminis supr. si quis caution. leg. in his rebus 56. in princip. inf. solut. matr.* Excipiuntur tantùm duo casus de quibus in *l. vlt. §. pen. & vlt.* vbi dicemus *infr. ad leg. Rhod. de iact.* Ibi enim casus contigisset, etiamsi culpa nulla præcessisset, vt & in *d. l. 7. §. est & alia quod vi aut clam.* Adfert autem Vlpianus in hoc §. tria huius propositionis exempla. Primum est, si equum tibi commodauero, vt ad villam duceres, tu ad bellum duxeris. Idémque erit in homine. Etsi enim casu fortuito acciderit postea, vt equus vel homo meus in bello perierit, culpa tamẽ tua præcessit casum, cùm re commodata aliter vsus sis quàm quomodo vti debueras, adeò vt eo nomine etiam furti obligeris, vt scriptum est in *§. prox. seq.* Nam si commodassem tibi equum, vel hominem sic, vt ad bellũ duceres, nemo dubitaret, quin meum deberet esse periculum, quia prospicere debueram euenturum facilè, vt in bello equus vel homo periret *l. si quis domum 9. §. 1. versic. idem quærit leg. item quæritur 13. §. si quis seruum infr. locat.* Quemadmodum & si seruum meum tectorem tibi commodauero, & is de mahina ceciderit, periculum meum esse constat. Sed hoc ita, inquit Vlpianus, si tibi eum commodaueram ad hoc, vt in machina operaretur, alioqui si vt de plano opus faceret, tu eum imposuisti in machina, aut si factum id sit culpa machinæ non satis diligenter à te ligatæ, vel funium perticarúmque vetustate, periculum tuum esse debet non meum, quia culpa tua damnum cõtigit, & ea culpa casum præcessit. Estque hoc secun-

BIU Cujas

dum exemplum. Tertium huic simile est, si seruus lapidario commodatus sub machina perierit. Teneri enim faber debet actione commodati, quia negligentius machinam colligauit.

8 ¶ Quinimò & qui aliàs re commodata vtitur, non solùm commodati, verùm furti quoque tenetur, vt Iulianus libro vndecimo digestorum scripsit. Denique ait[a]: si tibi codicem commodauero, & in eo chirographum debitorem tuum cauere feceris, egóque hoc interleuero: si quidem ad hoc tibi commodauero, vt caueretur tibi in eo: teneri me tibi contrario iudicio. si minus, neque me certiorasti ibi chirographum esse scriptum, etiam teneris mihi (inquit) commodati: immò (ait) etiam furti: quoniam aliter re cõmodata vsus es, quemadmodum qui equo, (inquit) vel vestimento aliter, quàm commodatum est, vtitur, furti tenetur.

Ad §. Quinimò 8.

RAT. DVB. Qui habet rem commodatam domino, habet eam ex voluntate domini, à quo fuit ipsi tradita. Est enim commodatum ex eo genere contractuum, qui re perficiuntur §. *item is cui Inst. quib. mod. re contr. oblig.* Atqui furtum est contrectatio rei alienæ inuito domino *l. 1. infr. de furt.* Ergo non potest commodatarius facere furtum rei commodatæ *arg. leg. de eo 63. in fin. infr. de donat. int. vir. & vxor.* nisi fortè reposcenti domino recuset eam restituere, quomodo de depositario scriptum est in *l. si quis inficiatus 13. in princip. & §. 1. infr. depos.* DEC. Commodatum eius naturæ est, vt semper fiat ad certum vsum, & ad certum tempus, in quo potissimum differt à precario, vt diximus ad *l. v §. 1. in fin supr.* Ergo quemadmodum commodatarius habet pro se voluntatem domini commodantis, quatenus vtitur re commodata secundùm domini voluntatem, ita statim atque excedit vsum & tempus à commodante præstitutum, incipit facere non modò præter, sed etiam contra domini voluntatem, qui præscribendo certum vsum, certúmque tẽpus, hoc ipso videtur prohibuisse, ne in alium vsum, aut in aliud tempus commodata res retineretur *arg. l. cùm prætor 12. supr. de iudic.* Facit ergo furtum hoc casu commodatarius, tanquam contrectans rem inuito domino. Cùm enim de furto agitur, inuitum accipimus dominum, non tantùm si contradicat, sed etiam si nõ consentiat, nec aliud in depositario iuris est *leg. qui furtum 16. supr. de condiction. furt. l. qui iumenta 40. l. si pignore 54. in princ. & §. 1. l. qui re 76. infr. de furt.* vbi tamen exceptio additur, nisi existimauerit se non inuito domino id facere, quod & scriptum est in §. *placuit Inst. de oblig. quæ ex delict. nasc.* nempe quia furtum sine affectu furandi committi non potest, vt ibidem scriptum est. Planè potest commodatarius esse in culpa, si nullam causam habuerit existimãdi dominum fuisse permissurum, vt in alios vsus, aliúdve tempus commodatum traheretur *d. l. qui re.* Sed ea ratio nõ facit illum furem, at potius vt actione commodati eo nomine teneatur. Iunge *l. qui seruum 34. §. 1. infr. de oblig. & act.*

a *Denique ait.* Est hæc illatio ex sententia præcedente, eandémque proinde recipit dubitandi & decidendi rationem. Nam si tibi codicem commodauero, & in eo debitorem tuum chirographo cauere feceris, egóque hoc chirographum interleuero, distinguendum necessariò est, an tibi codicem commodauerim ad hoc, vt caueretur tibi, an non. Priore casu non teneris mihi neque directa commodati actione, neque furti, quia vsus es re commodata eo modo quo vti potuisti, & debuisti: ego verò teneor tibi cõtraria actione commodati, quòd chirographum debitoris tui interleuerim, quia licèt codex meus manserit, & quilibet rei suæ moderator sit & arbiter *vulgat. l. in re mandata 21. C. mandat.* beneficio tamen quod à me per commodatum acceperas, adiuuari debuisti non decipi *l. in commodato 17. §. 1. infr.* Posteriore autem casu si me inscio nec certiorato chirographum in meo codice scribi feceris, quod ego postea interleuero, non solùm non teneor tibi contraria commodati actione, sed & tu mihi directa commodati actione teneberis, & furti, quoniam negari non potest, quin meo codice aliter vsus sis, quàm quo debuisti *d. l. qui furtum 16. supr. de condict. furt. d. l. qui re 76. infr. de furt.* quemadmodum, inquit Vlpianus ex Iuliano, qui equo vel vestimento aliter quàm commodatum est, vtitur, etiam furti tenetur *l. qui iumenta 40. l. si pignore 54. §. 1. eod.* Est autem hic locus notandus, vt probemus etiam vestimenta commodari posse. Etsi enim sunt ex earum rerum numero, quæ vsu consumuntur, quæ commodari posse idem Vlpianus noster negat in *l. 3. §. vlt. supr.* nisi ad pompam & ostentationem, non tamen consumuntur tam citò aut tam facilè, vt in breue tempus, & in breuem vsum commodari non possint: nam neque tam vsu cõsumuntur quàm deteriora fiunt, quomodo fierent etiam non vsu: in eóque differunt à cæteris rebus quarum vsus nullus sine abusu esse potest, cuiusmodi sunt frumentum, vinum, oleum & alia his similia. Neque tamen consequens est, vt etiam precariò dari vestimenta possint, ob eam dissimilitudinis rationem, quam attulimus ad *dict. l. 3. §. vlt. supr.* Non possum tamen prætermittere suspecta mihi videri verba illa huius §. *ibi chirographum esse scriptum*, non enim certiorationem requirit Vlpianus ad excusandum me, vt non tenear tibi cõtraria actione commodati, quòd interleuerim, sed potiùs ad excusandum te, ne directa commodati & furti actione mihi tenearis, quòd in codice meo chirographũ scribi feceris me ignorante. Debuisti ergo me certiorare, cùm scripsisti in codice, non autem ibi scriptum fuisse postquàm me ignorante scripsisti. Quod non fuit obseruatum ab imperito interprete qui ea verba addenda putauit ad interpretationem illorum præcedentium *neque me certiorasti*, quæ sic accipienda sunt, scilicet cùm scriberes.

9 ¶ Vsque

9 ¶ Vsque adeò autem diligentia in re commodata præstanda est, vt etiam in ea, quæ sequitur rem commodatam, præstari debeat. vt puta equam tibi commodaui, quam pullus comitabatur. etiam pulli te custodiam præstare debere, veteres responderunt.

Ad §. 9. Vsque adeò autem.

RAT. DVB. Non alia de causa commodatarius diligentiam & quidem exactissimam præstare debet in re commodata, quàm quia commodata est, idque ad solius commodatarij vtilitatem §. *nunc videndum supr. leg. si seruus* 61. §. *circa commodatum infr. de furt.* Atqui commodato seruo, non ideò vestis eius commodata videri potest, nec commodata equa pullus & equuleus, qui eam sequitur. Ergo nec vestimentorum serui, nec pulli custodiam præstare teneturis qui non nisi ipsius serui, aut iumenti commodatarius est.

DEC. Non est separanda res commodata ab eo quod rei commodatæ sequela est, quia id actum inter contrahentes intelligitur, vt quod ex re commodata vel precariò data natum est, in eâdem causa habeatur *l. quamuis* 10. *infr. de precar.* Idémque de vestibus serui commodati iuris est, nec enim nudus seruus commodatus fuit, quamuis vestes non sint commodatæ *l. eum qui* 14. §. *non solùm* 15. *infr. de furt.* sicuti nec depositæ, cùm seruus depositus fuit *l.* 1. §. *quæ depositis infr. depos.* Eandem igitur diligentiam præstare commodatarius debet in sequela rei commodatæ, quam in re commodata. Nam & regulare est quod Accursius hic notat, vt idem iuris sit in accessorio quod in principali ex *l. cuicunque* 5. §. *item fideiussori infr. de institut. actio. l.* 1. §. *si cista infr. depos. leg. sed & ipsi* 4. §. *vlt. supr. Naut. caupon. stabul.* Malè tamen Accursius in hanc rem citat §. *si me rogaueris infr.* Ibi enim ponit Vlpianus seruum cum lance commodatum, ergo & lancem cum seruo. Nos autem tractamus de ea re quæ non sit commodata, sed tantùm sequela rei commodatæ. Malè item opponit quod scriptum est in *dict. l.* 1. §. *quæ depositis inf. depos.* ea quæ depositis rebus accedunt non esse deposita. Nam nec dicimus ea quæ rebus commodatis accedunt, commodata esse, sed in iis eandem diligentiam, quam in re commodata præstari à commodatario debere. Quod in deposito non similiter tractari potest, quia non sicuti commodatarius, ita & depositarius custodiam vllam præstare debet, sed dolum duntaxat, nisi aliud conuenerit *dict. leg.* 1. §. *si conuenit.* In eo tamen simile est depositum commodato, quòd quæ accedunt commodato, non magis possunt videri commodata, quàm deposita illa, quę rei depositæ accedunt, nec proinde actio commodati magis quàm depositi ad ea separatim extenditur, nisi quòd pertinet ad custodiam rei commodatæ præstandam.

10 ¶ Interdum planè dolum solum in re commodata, qui rogauit præstabit: vt puta si quis ita conuenit: vel si sua duntaxat causa commodauit, sponsæ fortè suæ, vel vxori, quo honestius culta ad se deduceretur: vel si quis ludos edens prætor scenicis commodauit, vel ipsi prætori quis vltro commodauit.

Ad §. Interdum planè 10.

RAT. DVB. Differentia illa est inter commodatum & depositum, quòd in deposito solus dolus præstatur, in commodato verò etiam culpa quælibet adeóque leuissima, quia in deposito sola deponentis vtilitas vertitur, in deposito autem solius depositarij §. *nunc videndum supr. leg. si seruus* 61. §. *circa commodatum infr. de furt. l. contractus* 23. *de reg iur.* Ergo non potest recipi in commodato, quod in deposito, vt dolus præstetur solus: sicut enim diuersi contractus sunt, & diuersæ naturæ, ita diuersas habere debent præstationes. DEC. Vbi eadem ratio est, ibi ius idem esse debet *l. illud* 32. *ad l. Aquil.* Atqui ratio propter quam in deposito solus dolus præstatur, nõ alia est, quàm quia depositum fit gratia solius deponentis. Ergo & in commodato idem dicendum est, si quãdo fiat gratia solius commodantis. Quod etsi rarò, interdum tamen potest contingere, vt in exemplis quæ hic Vlpian. adfert, si quis fortè sponsę suæ vel vxori commodauerit, quò honestius culta ad se deduceretur. Vel si quis prætor ludos edens (sic enim legendum est, non vt ineptè apud Accursium *ludo sedens*) scenicis commodauit, vel si quis prætori ipsi commodauerit. Ergo si commodatum, nec solius commodantis, nec solius commodatarij, sed vtriusque gratia factum sit, media via erit sequenda, vt neque dolum solum præstare commodatarius debeat, neque diligentiam exactissimam, sed culpam leuem, multo magis latam ex regula *dict. §. nunc videndum supr. iunct. leg. eum qui* 19. §. 1. *& leg. in rebus* 18. *in princip. infr.* Alius casus est, si conuenerit, vt in commodato solus dolus præstetur. Valet enim conuentio, & dat legem contractui, sicut è contrario valet conuentio in deposito, vt depositarius etiam culpam præstet *leg.* 1. §. *si conuenit infr. depos.* Excipitur tamen contractus dotalis, in quo non potest cõuenire maritus, vt dolum solum præstet: idque propter vtilitatem nubentium, vt idem Vlpianus noster ex Pomponio scribit in *leg. Pomponius 6. infr. de pact. dotal.* id est, quia per eiusmodi pactionem fieret deterior condicio dotis ex culpa mariti, quod non ferendum, quamuis de periculo citra culpam contingente, quod alioquin esset mariti, conuenire possit, vt periculum ad mulierem nõ ad maritum spectet, quemadmodum in eadem lege scriptum est. Periculi enim appellatione significatur casus fortuitus, non culpa §. *& si fortè*, vbi diximus *supr.*

11 ¶ Nunc videndum, in quibus speciebus commodati actio locum ha-

BIU Cujas

beat. & est apud veteres de huiusmodi speciebus dubitatum. Rem tibi dedi, vt creditori tuo pignori dares. dedisti. non repignoras, vt mihi reddas. Labeo ait, o commodati actionem locum habere. quod ego puto verum esse, nisi merces interuenerit[a]: tunc enim vel in factum, vel ex locato & conducto agendum erit. Planè, si ego pro te[b] rem pignori dedero tua voluntate, mandati erit actio.

Ad §. 11. Nunc videndum.

RAT. DVB. Rei alienæ pignus non valet *tot. tit. Cod. si res alien. pignor. dat. sit leg & quæ nondum* 15. §. *quod dicitur infr. de pignor.* Atqui ex commodato nec dominium transfertur, nec possessio in commodatarium *leg. rei commodatæ* 8. *& seq. infr. hoc titulo.* Ergo non potest locus esse quæstioni quæ proponitur in hoc §. *dere commodata*, quam commodatarius pignori dederit. DEC. Etiam res aliena pignori dari potest, dummodò detur domino consentiente *leg. 1. vltim. & pass. dict. tit. Cod. si res alien. pignor. dat. sit leg. aliena* 20. *infr. hoc titulo.* Atqui ponimus in hac specie dominum consensisse, & rem suam tibi commodasse, vt eam creditori tuo pignori dares. Pignus ergo valet, alioqui non modò pignus non valeret, sed etiam tu furti tenereris, si rem tibi commodatam inscio domino pignori dedisses, quia in aliam rem vsus esses, quàm in quem vsum tibi fuit commodata §. *quinimò*, vbi diximus *supr.* Igitur si rem meam tibi commodauerim, vt eam creditori tuo pignori dares, & dederis, nec tamen eam luas, & repignores vt mihi reddas, Vlpianus probat Labeonis sententiam existimantis commodati actionem mihi contra te hoc nomine dãdam esse, quod & scriptum est in *leg. penult. Cod. eod.* RAT. DVB. Est, quia tu eam dedisti pignori mea voluntate. Non possum ergo recusare quominùs obligata maneat, nec enim ideò videri potes in dolo aut in culpa esse, quòd eam non repignores, cùm pecuniæ numeratio, quæ ad luitionem necessaria est, non semper sit in expedito *leg. si dubitet* 10. *in princip. infr. de fideiuss.* Commodatarius autem non tenetur nisi de dolo & culpa, vt diximus in præcedentibus. Sed decidendi illa est, quòd non sit domini pignus luere, sed debitoris qui pignus dedit, & qui pecuniam debet, pro qua pignus datum est. Satis enim commodatario est, quod ex re aliena & commodata fructum illum volente domino perceperit, vt rem pignori dederit. Fructus enim rei est vel pignori dare licere *leg. vltim. infr. de vsur.* Et cùm rem meam tibi commodaui, vt eam pignori dares, sicuti hoc ipso te obligasti ad eius restitutionem, ita & ad pignoris luitionem, sine qua fieri nequit, vt rem auferas creditori, nec proinde vt eam non repignoratam mihi restituas. An ergo statim contra te potero agere commodati? Accursius negat posse me agere, nisi posteaquàm res mea diu steterit pignorata, exemplo eius quod de fideiussore scriptum est in *leg. Lucius* 38. §. 1. *infr. mandat. & in leg. si pro ea contra quam* 10. *Cod. mandat.* Proximè enim accedit hæc species ad sequentem, in qua mandati agendum est, non commodati. Mallem distinguere cum eodem Accursio ad *leg. penul. Cod. hoc titul.* an luitio sit facilis, necne: nam si facilis est, bona fides non patitur, vt longior fiat mora commodanti, si verò difficilis sit, non est vtique præcipitandus commodatarius ad luitionem, ne beneficium, quod in eum collatum est, trahatur ad ipsius iniuriam & incommodum *leg. in commodato* 17. §. *sicut infr. hoc titulo.* Non tamen video, quis huic quæstioni locus esse possit, si verum est, vt est, quod Paulus ait in *dict. leg. in commodato* §. 1. commodatum ita fieri debere, vt in certos vsus certúmque tempus constituatur, ante quod intempestiuè reuocari non possit, in quo maximè differt à precario, quod quandocunque ad nutum concedentis reuocari potest *leg. 1. 2. & pass. infr. de precar.* Consequens enim est, vt cùm tibi rem meam commodaui ad hoc, vt eam creditori tuo pignori dares, debuerim adiicere tempus commodato intra quod tempus eam rem mihi restitueres. Quo facto nullus dubitationi superesset locus, quin eo tempore præterito possem agere commodati siue pignus lueres, aut luere posses, siue non, quia non datur actio commodati, vt luas, sed vt, quia non restituis mihi rem commodatam, condemneris eo nomine quanti mea interest, vt taceam difficultatem explicandæ pecuniæ non posse commodatarium excusare à mora, quia recedit ab impedimento naturali, respicítque duntaxat ad facultatem & incommodum personę, vt eleganter scriptum est in *l. continuus* 137. §. *illud infr. de verb. oblig.* Sanè si cùm rem meam commodarem tibi, vt eam pignori dares, nullum tempus ei restituendæ præscripserim, magis est, vt arbitrio iudicis certum tempus præstituatur ex qualitate personarum, & quantitate debiti æstimandum, intra quod si res non restituatur, commodatarius condemnetur. Nam in bonæ fidei iudiciis, cuiusmodi est iudicium commodati, multa arbitrio iudicis committuntur, quæ alioqui certam iuris regulam aut rationem ex verbis contractus nullam habent *leg. 3. §. heres in fin. supr. leg. 1. in princip. infr. de vsur. l. quia tantundem* 7. *supr. de negot. gest.* Quamquam videtur Vlpianus noster in sequentibus aliud quiddam sentire, cùm ait, abesse culpam à te videri siue iam solueris pecuniam, siue soluere sis paratus, vt significet à contrario sensu, si neque iam solueris, neque soluere sis paratus, culpam à te non abesse: distinctione non adhibita, an luendi pignoris facultatem habeas necne: nam nec debueras rem meam in commodatum accipere, vt eam pignori dares, si præuidebas difficilem tibi quandoque fore pignoris luitionem. Itaque omni casu in culpa es si neque luas, neque luere sis paratus. Culpa autem vel minima sufficit ad inducendam actionem commodati, nec sanè diligentissimi patrisfamilias est, rem aliquam siue suam, siue alienam pignori dare, quam luere posteà non possit. Necesse enim est sequi vel distractionem pignoris, vel dominij impetrationem.

a *Nisi merces interuenerit.* RAT. DVB. Etiam in commodato, vt & in deposito potest interuenire merces, saluo contractu saluáque actione commodati & depositi §. *nunc videndum* 2. *supr. leg.* 1. §. *si quis seruum infr. depos.* Ergo inepta hæc exceptio est.

DEC. Variis modis potest accidere, vt merces in commodato vel deposito interueniat, aut propriè quatenus consistit in pecunia numerata, & tunc degenerat commodatum, vel depositum in locationem

tionem & conductionem, aut impropriè quatenus consistit in alia re quæ sit loco mercedis, & eo casu censetur contractus innominatus, ex quo non nisi in factum actio nasci potest, aut denique magis propriè in alia re, quæ nec merces sit, nec loco mercedis, puta si serui commodati vel depositi cibaria præstentur commodatario vel depositario, vt in *d. §. si quis seruum*, vbi hæc distinctio apertè ponitur in deposito, quæ & perinde locum habet in commodato. In proposita autem specie ponendum est, interuenisse mercedem altero ex duobus prioribus modis, non tertio: & ideo aut locati actionem competere, aut in factum & præscriptis verbis non commodati. Iunge quæ scripsi ad *d. §. nunc videndum, vers. nisi forte & merces accessit.*

c *Planè si ego pro te.* RAT. DVB. Cùm ego rem meã pro te do pignori, videor eam tibi commodare. Quid enim referre potest, an eam dẽ pro te pignori, an tibi commodem vt des pignori? Ergo & hoc in casu quemadmodum in superiore danda mihi est contra te actio commodati, non mandati.

DEC. Non potest locum habere actio commodati, vbi nullum est commodatum, sicuti neque actio mandati si mandatum nullum interuenerit *l. ex mandato* 20. §. 1. *infr. mandat.* Actiones enim nominatæ nonnisi à contractibus nominatis habere nomẽ possunt, contractus autem omnes æstimandi sunt ex modo & forma ineundi *l. si procuratorem* 8. *in princ. eod. tit. l.* 1. §. *si serum* 30. *infr. deposit. leg. non tantùm* 12. *de SC. Maced.* Atqui in proposita specie commodatum nullum intercessit, sed mandatum potius tuum cũ voluntate tua rem meam pro te pignori dederim. Nam si is qui sciens patitur quid fieri, hoc ipso mãdare videtur *l. qui patitur* 18. *mandat.* multo magis ille, cuius expressa voluntate facit alius id quod alioqui facturus non esset. Est enim mandatum ex eo genere contractuum, qui nudo consensu perficiuntur, ac proinde nuda etiam voluntate *l. 1. eod.* Ergo cùm pro te rem meam pignori dedi tua voluntate, perinde est, ac si mandasses mihi, vt eam pro te darem pignori. Et consequenter mandati actio mihi contra te est, non cõmodati. Nec est quod cum Accursio præsentiam tuam hac in re exigamus, quasi alioqui futurum sit vt mandati actio dari non debeat, sed negotiorum gestorũ *d. l. ex mandato* §. 1. Præsentiam. n. ideò exigimus, vt de tacita voluntate, tacitóque mandato constare possit, non etiam cũ de voluntate expressa constat, quamuis mandatum non sit expressum. Neq; actio negotiorũ gestorum datur vnquam contra eum, qui negotia sua ab alio geri sciuit, & voluit, sed contra eum duntaxat qui ignorauit *l. 2. supr. de neg. gest.* Alioqui actio mandati cum actione negotiorum gestorum contra eandem personam concurreret, quod fieri nunquam potest, cùm actio mandati sit ex contractu, negotiorum autem gestorum ex quasi contractu, cui locus nullus esse debet, cùm ex contractu agi potest.

12 ¶ Idem Labeo rectè dicit, si à me culpa absit repignerandi, creditor autem nolit reddere pignus, competere tibi ad hoc duntaxat commodati, vt tibi actionẽ aduersus eum præstem. Abesse autem culpa à me videtur [a], siue iam solui pecuniam, siue soluere sum paratus. Sumptum planè litis [b], cæteráque, æquum est, eum agnoscere, qui commodatum accepit.

Ad §. 12. Idem Labeo.

RAT. DVB. Commodatarius non tenetur præstare nisi dolum & culpam §. 2 *supr.* Ergo si ab eo absit omnis culpa etiam leuissima, non potest contra eum commodati actio dari. Atqui abest ab eo omnis culpa, siue iam soluerit creditori suo, cui rem cõmodatam pignori dedit, siue soluere sit paratus, vt sequitur in hoc §. Ergo nulla contra eum commodati actio dari potest, ne quidem ad hoc vt cõmodatori præstet actionem pignoratitiam, quam habet aduersus creditorem nolentem accipere solutionem & pignus reddere *l. item liberatur* 6. §. 1. *inf. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit. l. si rem alienam* 9. §. *vlt. infr. tit prox.* DEC. Non debet commodatarius ex beneficio cõmodantis fieri locupletior cum ipsius cõmodantis iactura *vulg. l. nam hoc natura* 14. *supr. de condict. indeb. l. iure naturæ* 206. *de regul. iur.* Fit enim commodatum ad hoc, vt ex eo commodatarius beneficium accipiat, non etiam vt acquirat sibi contra alium actionem. Atqui fit locupletior is, cui noua aduersus aliquem actio quæritur *leg. si quid possessor* 31. *in princip. supr. de hered. petit.* Ergo æquum est, commodatarium qui rem commodatam pignori dedit, tum quoque cùm ab eo culpa omnis abfuit, id est, cùm repignorare voluit, creditor autem pignus reddere recusauit, commodati actione nihilominus teneri, ad hoc saltem vt actionem pignoratitiam quam contra suum creditorem habet, commodatori præstet, idque ex iuris regula, quæ habet, quoties quis alicui tenetur ob id solùm quòd contra alium habeat actionem, liberari eum cedẽdo actione, & actionis delegationem pro iusta præstatione esse, vt loquitur Papinian. in *l. quod debetur* 51. *infr. de pecul. l. cùm in plures* 60. §. *vestimenta infr. locat. l. eleganter* 24. § *si vendiderit infr. tit. prox. d. l. si quid possessor.* Cui enim non æquum videatur, id saltem præstare commodatarium, quod sine dispendio ipsius cõmodatarij futurum sit? *leg. in creditore* 38. *in fin. infr. de euict.* Non est contrarium, quod idem Vlpianus noster scribit in simili, vt videtur specie in *l. petenti* 27. *infr. tit. prox.* domino rerum pignoratarum propriam actionem aduersus suum creditorem, qui alij creditori eas pignori dederat, competere, non ad cedendas actiones, sed ad hoc, vt à pignoris nexu liberatæ res tradantur. Non enim ibi erat sine culpa creditor, qui eas res pignori dederat, cùm neque soluisset pecuniam, neque soluere paratus esset creditori, cui eas pignori dederat. Mirum igitur non est, teneri illum propria actione, id est, commodati, vt puto, ex hoc §. nec liberari eum cessione actionis, quod malè Azo credidit, sed teneri ad id omne quod ex ea causa interest domini, cùm sit ipse in culpa. Itaque conuenit illa lex cum hoc §.

a *Abesse autem culpa à me videtur.* RAT. DVB. Pecuniæ numeratio non semper est in expedito *l. si dubitet* 10. *in princ. inf. de fideiuss.* Ergo potest abesse culpa à cõmodatario, etiã si neque soluerit, neque soluere sit paratus, dũmodò pecuniã in prõptu non habeat, nec facilè possit inuenire creditorem *arg. l. sciendum*

BIU Cujas

21.*infr. de vsur.* Dec. Commodatarius tenetur præstare diligentiam exactissimam, vt diximus ad §. *nūc videndum supr.* & nisi præstet, in culpa est, cùm solius cōmodatarij gratia hîc contractus fiat. Atqui non præstat diligentiam exactissimam, si neque soluat, neque soluere paratus sit, vt rē cōmodatam à se datam pignori repignoret: cùm difficultas cōquirendæ & explicandæ pecuniæ recedat ab impedimento naturali, & ad facultatē incōmodúmq; personæ respiciat *l. continuus* 137. *§. illud infr. de verb. oblig.* Ergo in culpa est, si neque soluit, neq. soluere paratus est, si verò vel soluit, vel soluere paratus est, extra culpā est, nec proinde ad aliud tenetur, quàm vt quas habet contra suū creditorē præstet actiones, vt proximè diximus. Qui enim patatus est soluere pro eo habendus est, ac si soluisset, & pignus hoc ipso liberatū intelligitur siue in iudicio siue extra iudicium oblatio facta sit *l. si rem* 9. *§. vlt. inf. tit.* vt scilicet possit exinde agere pignoratitia, non tamen vt sit liberatus citra obsignationem. Iunge quæ scripsi ad §. proximè præcedentem.

b *Sumptum planè litis.* Rat. dvb. Cessio actionum fieri solet & debet eo æquitatis colore, quòd æquum sit creditorem id saltem præstare, quod sine ipsius dispendio futurum est *l. in creditore* 38. *in fin. infr. de euict.* Ergo cùm commodatarius in ea specie, quā nunc tractamus, liberetur cedendo & præstando actionē, quam contra creditorem suū pignoratitiū habet, non est cogendus sumptum litis, cæteráque agnoscere litis, & actionis incōmoda. Dec. Factū cuiq. suum nocere debet non alteri *leg. factum* 155. *de regul. iur.* Atqui ponimus rem commodatam fuisse datam pignori ab ipso commodatario, non à commodatore, quamuis ex commodatoris voluntate, voluntas enim illa eo tantùm pertinet, vt nexu pignoris res commodata obstringi possit, non autē vt commodator ipse rem suam pignori dedisse videatur. Ergo si quos sumptus litis fieri necesse sit, vt necesse est, in exercenda actione pignoratitia quam commodatarius commodatori prēstiterit, eos commodatarium agnoscere æquum est, vt quemadmodum actionem, ita & factum suum præstet *arg. leg. pen. infr. tit. prox. l. de suo* 9. *infr. mandat.* Nam neque ob hoc solùm tenetur commodatarius in hac specie prēstare actionem, quòd eam habeat, vt in *d. l. in creditore & l. quod debetur* 51. *inf. de pecu.* sed quia facto suo rei commodatæ possessionem cōmodatori subtraxerit, dando eā pignori pro suo debito suo creditori. Simile quiddā est in *l. nam & Seruius* 21. *§. vlt. supr. de neg. gest.* Esset autē iniquissimum commodatorem ex suo beneficio incōmodum illud reportare, vt alienā litem suo sumptu ac periculo exercere ac persequi cogeretur: neque verò bona fides hoc patitur cuius præcipua ratio habenda est in cōtractib. bonę fidei, qualis est contractus cōmodati. Itaq. non possum probare, quod quidā notant, aliud esse in contractu depositi, cùm æquè sit ille bonæ fidei. Nam quod scriptum est in *l. si in Asia* 12. *§.* 1. *inf. depos.* audiendū esse eum qui deposuit, si depositū alibi factū Romam perferri velit, dūmodo suis sumptibus, suóque periculo, ad eum casum non pertinet, in quo res deposita in aliū locū translata sit facto depositarij, & ex ipsius contractu in alienas manus peruenerit, à quibus postea sine actione auellinon possit, vt in specie huius §. Est igitur hoc ius cōmune in omnib. bonæ fidei iudiciis, vt scriptum est in *d. l. si in Asia* §. 1. vbi additur, in actione quoq. ad exhibendum idem iuris esse, quamuis non sit illa bonæ fidei, sed arbitraria: quod & idem Vlpianus noster scribit in *l. sed etsi* 11. *§.* 1. *supr. ad exhib.*

13 ¶ Si me rogaueris, vt seruum tibi cū lāce commodarē, & seruus lancē perdiderit: Cartilius ait, periculum ad te respicere: nam & lancem videri commodatam. quare culpam in eam quoque præstandam. planè si seruus cum ea fugerit[a], eum, qui commodatum accepisset, non teneri: nisi fugæ præstitit culpam.

Ad §. 13. Si me rogaueris.

Rat. dvb. Factum & culpam serui tui æquius est tibi nocere, quàm mihi, cùm sis dominus, & nihil mihi possit imputari, nisi illud fortè, quòd seruum tuum à te in commodatum acceperim, quod tamen esset ridiculum dicere, quia si te rogaui, vt mihi commodares, potuisti tu beneficium recusare, quod concessum fraudi & damno esse mihi non debet. Ergo etiamsi te rogauerim, vt seruum tuum mihi cum lance commodares, si tamen seruus tuus lanceam perdiderit, periculum ad te non ad me respicere debebit. Dec. Qui rogat seruum cum lance sibi commodari, etiam lancem non minus quā seruum in commodatum accipit. Quid enim refert an seruum cum lance, an seruum & lancem sibi commodari quis rogauerit? *l. Titia textores* 36. *§. nihil distat l. si quis inquilinos* 112. *§. si ita legatum de legat.* 1. Ergo in lance commodata culpam & diligentiam præstare debet, nonminus quā in seruo, ac proinde ita lancem custodire, vt seruus eam perdere culpâ suâ non potuerit, cùm etiam in re non commodata, quæ tamen rei commodatæ sequela & accessio sit, idem iuris obineat *§. vsque adeò supr.*

a *Planè si seruus cum ea fugerit.* Rat. dvb. Etiamsi commodatarius fugæ serui causam non præstiterit, non tamen caret culpa, qui in custodiēda lance diligentiam exactissimam præstare debuit. Poterat autem ita custodire, vt non esset in potestate serui etiam fugientis lancem subripere aut perdere. Ergo etiamsi fugæ culpam non præstiterit, perinde tamē pro lance commodati actione teneri debet. Dec. Qui seruum cum lance commodauit, vtrumque non separatim, sed coniunctim commodasse intelligitur, nec proinde imputare commodatario potest, cur lancem apud seruum reliquerit. Ergo si cōmodatarius fugæ serui culpam non præstiterit, nihil est quod imputari ei possit, etiamsi seruus cum lance fugerit, quemadmodum è contrario si fugæ culpam præstiterit, etiam in lance culpam præstitisse credendus est, quamuis non ideò seruo lancis custodiam commisisse videatur, vt Bart. ad *§. seq.* scribit. Igitur aliud esset si dominus seruum & lancem separatim, diuersísque contractibus, & temporibus commodasset.

14 ¶ Si de

BIU Cujas

14 ¶ Si de me petiisses, vt triclinium tibi sternerem, & argentum ad ministerium præberem, & fecero: deinde petisses, vt idem sequenti die facerem, & cùm commodè argentum domum referre non possem, ibi hoc reliquero, & perierit: qua actione agi posset, & cuius esset periculum? Labeo de periculo scripsit, multum interesse, custodem posui, an non. si posui: ad me periculum spectare. si minùs, ad eum, penes quem relictum est. ego puto, commodati quidem agendum: verùm custodiam eum præstare debere, penes quem res relictæ sunt: nisi aliud nominatim conuenit.

Ad §. 14. Si de me petiisses.

RAT. DVB. Qui posuit custodem, hoc ipso videtur onus & periculum custodiæ sibi imposuisse, & commodatarium, ad quem alioqui custodia pertinebat, ab eo periculo liberasse *arg. l. si soluturus 39. in fin. de solut. l. quarundam 49. infr. de acquir. poss. l. vltim. versi etsi quidem C. de pact. conuent. tam supr. dot.* ex qua lege nostri probare solent expressam prouisionem hominis facere, vt cesset tacita prouisio legis. Qui verò custodem non posuit, reliquit onus custodiæ & periculi in dispositione iuris communis. Ergo in proposita specie si à me petieris vt triclinium tibi sternerem, & argentum, id est, supellectilem argenteam ad triclinij ministerium præberem, id est, vt benè Accursius explicat, commodarem, & ego fecero, deinde petieris vt idem sequenti quoque die facerem, & cùm commodè argentum referre domũ non possem, ibi id reliquero, & perierit, si quæratur, cuius sit periculũ, bona est distinctio Labeonis, vt si posuerim custodiam, ad me periculum pertineat: si minùs ad commodatarium penes quem argentum relictum est. DEC. Multùm interest, an custos apponatur ab initio an ex postfacto: si ab initio, custodiæ onus & consequenter periculum in se recipit qui custodem apponit *d. l. si soluturus & dict. l. quarundam l. si ego 9. §. vlt. infr. de iur. dot. l. dominus horreorum 55. infr. locat. l. vlt. §. 1. supr. naut. caupon. stabul.* sed si ex postfacto, non item. Non enim tam facilè est alicui exonerare se custodia, qua iam est oneratus, quàm si nondum ea oneratus sit; sicuti facilius cuique est, non incidere in obligationem quàm vbi incideris, ab ea se liberare. Quid enim vetat custodem adiici custodiæ, quàm alius præstare debet, vt res tanto meliùs & certiùs custodiatur? Nempe si res cui custos datur, penes eum relinquatur, qui custodiam præstare iam anteà debuerat: alioqui si ab eo auferatur, vt soli committatur custodi, nullam exinde custodiam præstare is debet, qui ante debuerat, quasi re iam reddita, vt non insubtiliter Bartolus ad hunc §. distinguit *ex l. eum qui 10. §. vlt. & l. si mei 12. in princ. infr. hoc tit. iunct. l. 3. §. si reddita supr.* Exẽplũ est accõmodatum quod idẽ Bart. adfert, si quis familiam suam miserit ad custodiendos carceres. Non enim idcirco commentariẽsis liberatur, quominùs custodiam carcerum æquè ac anteà præstare teneatur. Aliud est si commodatus sit seruus cum re aliqua, vt in specie §. *præcedentis*. Non enim ideò videri potest seruus custos datus rei, cum ipso commodatæ. Ideóque seruanda sunt ea, quę diximus ad §. *superiorem*. Planè in dubio non est credendus is qui custodem apposuit id egisse, vt eum qui alioqui custodiam præstare debuerat, ab ea custodia liberaret, vt & idem Bartolus concludit ex *l. pen. supr. Vsufr. quem adm. caueat*. Ex his intelligimus verum esse quod Azo contra Ioannem sensit, reprehendi ab Vlpiano distinctionem Labeonis circa periculum rei commodatæ, de quo solo dubitari poterat. Etsi enim duplex quæstio proposita fuerat: prima de actione quæ in hac specie competere possit, secunda de periculo rei commodatæ: attamen quod ad primam attinet, non magis Labeo, quàm Vlpianus dubitauit commodati actionem competere (fuerat enim argentum sanè commodatum ad vsum triclinij, non locatum, cùm nulla merces interuenisset) sed quod ad periculum tantummodò spectat, dissentit Vlpianus à Labeone, concludens indistinctè argenti commodati periculum siue custos à commodatore ex postfacto positus sit, dum ne ab initio siue positus non sit, ad commodatarium pertinere, apud quem res argenteæ commodatæ remanserunt: quasi posito custode, vt vtriusque diligentia melius res custodirentur, nõ autem vt commodatarij diligentia cum custodis cura & diligentia commutaretur. Neque verò quod ad augendam custodiæ securitatem factum est, vt commodatori prodesset, eidem nocere debet ad minuendam commodatarij obligationem *l. legata inutiliter 14. de adim. legat.* Alia sanè quæstio est de periculo, alia de custodia rei *l. si rem 18. in princ. aliàs l. si gratuitam 17. §. Papinianus infr. de præscript. verb.*

15 ¶ Si duobus vehiculum commodatum sit, vel locatum simul: Celsus filius scripsit libro sexto digestorum, quæri posse, vtrùm vnusquisque eorum in solidum, an pro parte teneatur? & ait, duorum quidem in solidum dominium[a], vel possessionem[b] esse non posse, nec quemquam partis corporis dominum esse: sed totius corporis pro indiuiso pro parte dominium habere. vsum autem balnei quidem, vel porticus, vel campi vnius cuiusque in solidum esse. neque enim minùs me vti, quòd & alius vteretur, verùm in vehiculo commodato[c] vel locato, pro parte quidem effectu me vsum habere, quia nõ omnia loca vehiculi teneam, sed esse verius[d] ait, & dolum, & culpam, & diligentiam, & custodiã in totum me præstare debere, quare duo quodammodo rei habebuntur[e]. & si alter conuentus præstiterit, liberabit alterum, & ambobus competet furti actio.

BIU Cujas

Ad §. vlt. Si duobus vehiculum.

RAT. DVB. Cùm duobus vehiculum commodatum aut locatum est simul, id est, eodem contractu vel dominium rei consideramus, vel possessionem, vel vsum rei commodatæ: sed dominium vel possessionem, certum est neque dominium, neque possessionem eiusdem rei posse penes plures esse in solidum: non possessionem, quæ facti & corporis est, non magis, quàm vt in quo loco ego sto, tu stare possis *l.3. §. ex contrario infr. de acquir. poss. l. duo in solidum 19. infr. de precar.* Id enim fieri non posset citra penetrationem dimensionum, quam impossibilem esse aiunt & consentiunt philosophi. Ergo nec dominium, quoniam dominia cœperunt à naturali possessione *l.1. de acquir. possess.* Quanquam cùm de commodato tractatur, frustra est de dominio aut possessione quærere, cùm rei commodatæ neque dominium neq; possessio in commodatarium trãsferatur *l rei commodatæ 8. & seq. infr. hoc tit.* Si verò vsum inspicimus rei commodatæ, qui vsus proculdubio transfertur in commodatarium, cùm non possit fieri commodatum nisi in certum vsum, certúmque tempus, constat non eo minùs quidem vti quem re commodata, quòd eadem re etiam alius vtatur, vt dici solet de vsu balnei, vel porticus vel campi, sed tamen in effectu vnumquemque ex cõmodatariis, non nisi pro parte vsum vehiculi habere, quandoquidem nec omnia vehiculi loca occupat. Ergo non potest eorum vnusquisque in solidũ teneri actione commodati, sed pro parte duntaxat: nec proinde possunt videri duo esse rei debendi. Tum enim fiunt duo, rei debendi cùm singuli in solidum obligantur, & omnium par & vna est obligatio *l.1.2. & pass. infr. de duob. reis.* Consequenter dicendum est, neque culpam neque diligentiam præstari in solidum à singulis debere. Prius enim est vt quis sit commodatarius in solidum, quàm vt culpam & diligentiam in re commodata præstare in solidum debeat. In eóque errauit sanè Bartolus, distinguens obligationem priuatiuam, vt vocat, quæ ad rei commodatæ restitutionem pertinet, ab obligatione secundaria, quæ contrahitur ratione doli, vel culpæ: existimans Vlpiani & Celsi in hoc §. sensum illum esse, vt in obligatione priuatiua quilibet ex commodatariis teneatur pro parte tantùm, quia in solidum ad eos peruenire non potest: in obligatione verò secundaria quilibet teneatur in solidum, quia pro parte delinqui non possit. Verius enim est, quod vult Accursius commodatarios plures teneri singulos in solidum actione commodati, & ad rem restituendam & ad culpam atque diligentiam præstandam: quamuis si res commodata non restituatur, æstimatio condemnationis, quam in pecunia numerata fieri necesse est, inter eos pro partibus virilibus diuidatur: quomodo in pluribus depositariis scriptum est in *l. si duo 22. in fin.* vbi Marcellus disertè scribit, sicuti in solidum quisque ex depositariis dolo facit, ita nisi pro solido rem nõ posse restitui, & nisi integræ rei restitutione eum cum quo actum est, liberari non posse. Nec quod ad singulos commodatarios res commodata peruenire in solidum non possit, quod Bartolus obiicit, ad rem facit. Nam imò verò potest peruenire ad vnũquemque in solidum, quantum ad vsum, licèt non quantum ad dominium, & possessionem. Hoc verò sufficit, cùm, vt diximus in commodato, neque dominium trãsferatur neque possessio, sed tantùm vsus, qui tertiam quandam speciẽ cõstituit, vt notat Accursius, à dominio & possessione differentẽ. Ergo decidendi ratio est, quia etiam ex cõmodato & deposito, & locato, vt ex aliis ferè omnibus contractibus sicuti duo rei debendi constitui possunt *d. l. si duo l. eandem 9. infr. de duob. reis l. item quæritur 13. §. duo rei infr. locat.* ita & quasi correi. Nec tãtum si hoc nominatim actum sit, vt malè requirit Accursius (id enim tantũ obtinet in iis qui per stipulationẽ aut aliter correi debendi verè fiunt) sed etiamsi id actum non sit vt correi fierent, quia ex natura negotij satis id agi intelligitur, vt sint quasi correi, cùm rei restitutio fieri pro parte non possit, vt diximus. Atqui obligatio correorum debendi eius conditionis est, vt singulos in solidum teneat, præbeatq; cõtra singulos actionẽ in solidum. Fatendũ igitur est cõmodati & locati actiones in solidum competere aduersus vnũquemque eorum, qui vehiculum cõmodatò acceperunt aut cõduxerunt, ideóque si quis eorũ dolum aut culpam contraxerit, teneri eum in solidũ debere, non tam quòd pro parte delinqui non possit, vt vult Bartolus, etsi hoc quoque verum est *dict. l. si duo deposit.* quàm quia restituendi obligatio cùm tota facti sit, indiuidua est, vt eadem lex probat, & *l.1. §. si apud duos eod. tit.* Scilicet cùm non diuisum commodatum, nec diuisa locatio fuit, sed pluribus simul & coniunctim facta vtin *l. si diuisa 13. C. de locat.* ne possit dubitari quin commodator vel locator omnium fidem simul secutus sit, & singulorum intuitus personam, vt Marcellus loquitur in *l. cùm apparebit inf. eod. tit. locat.* Quod quemadmodum non est præsumendum quoties id quod à pluribus præstandum est, diuisionem recipit, vt precium, quod à pluribus emptoribus debetur, aut merces, quæ à pluribus conductoribus (quod vtrumque consistit in pecunia numerata) nisi de eo ãppareat, vt scriptum est in *d. l. cùm apparebit.* ita cum de restitutione agitur, quæ semper indiuidua est, & quidem rei indiuiduæ, cuiusmodi est vehiculum, non relinquitur locus quæstioni voluntatis an id actum sit, vt duo fierent correi debendi, qui nec nisi in solidum obligari potuerant *l stipulationes non diuiduntur 72. l. in executione 85. iunct. l. 4. §. Cato de verb. oblig.* Et in hoc rursum errauit Bartolus, benè verò sensit Accursius. Nec me mouet argumentum quo Bartolus vtitur ex *l.3. §. heres supr.* cùm ait, obligationem ad rem commodatam restituendam diuidi inter plures commodatarij heredes pro hereditariis portionibus, quasi eadem iuris ratio faciat, vt æquè diuidi debeat inter plures commodatarios. Esto enim, quod vult Bartolus, vt idem iuris esse debeat in pluribus commodatariis, quod in pluribus vnius commodatarij heredibus (quamquam nec admitti hoc potest, cùm plures commodatarij possint esse, & sint correi debendi, & sint semper quasi correi non etiam plures vnius commodatarij heredes, quia lex sola 12. tabul. facit eos debitores non propria conuentio,) attamen in hoc etiam errat Bartolus, quod putat, commodati, aut locati actionem ad hoc dari, vt res commodata vel locata restituatur. Quod certè non ita est. Datur enim ad id quod interest commodatoris, aut locatoris, si non ante acceptum iudicium, aut saltem ante condemnationem res commodata vel locata restituatur, & quidem cum omni eo quod actoris interest, si reus litem secum contestari passus sit, adeóque moram extra iudicialem ante litem contestatam contraxerit; à quo nimirum tempore constat

constat id quod interest ex bonæ fidei iudiciis deberi, vt & vsuras & fructus, cæteráſque ſi quæ aliæ ſunt acceſſiones *l.mora* 32. §. *in bonæ fidei l. videamus* 38. §. *antepen. iunct. l.* 34. *& ſeq. infr de vſur.* Hoc ergo dicimus, obligationem rei commodatæ reſtituēdæ quæ plures commodatarios tenet, aut plures heredes vnius commodatarij, eſſe indiuiduam, quod ad ipſos attinet, & quod ad rem ipſam reſtituendam, quia non niſi in ſolidum reſtitui res poteſt *d. l. ſi duo*, adeò vt nec quæſtioni locus fieri poſſit, an aliquis eorum pro parte reſtituendo, pro parte liberetur, actionem verò, quæ commodatori contra eos competit ob nō factam commodati reſtitutionem, & ad id quod interest, cuius æſtimatio ſemper pecuniaria, ac proinde diuidua eſt, diuidi in tot partes quot ſunt perſonæ commodatariorum, aut heredum vnius commodatarij, niſi cùm vnus ex commodatariis aut ex heredibus totius rei reſtituendæ facultatem habet: quo caſu dicimus arbitrio iudicis conuenire, vt in ſolidum eum condemnet, quaſi cuius ſolius contumacia locum faciat condemnationi *d. §. heres.* Neque de hoc aut dubitat, aut quærit hoc loco Vlpianus, ſed de eo tantùm, an & dolum & culpam & diligētiam & cuſtodiam in re commodata præſtare in ſolidum ſinguli commodatarij debeant, vt etiamſi alter tantùm in dolo vel culpa vel negligentia fuerit, alter tamen æquè conueniri eo nomine poſſit, ac ſi dolum ipſe aut culpam aut negligentiam admiſiſſet, id enim propriè est, obligatos eſſe illos in ſolidum, ex vnius ſcilicet ſiue dolo ſiue culpa ſiue negligentia alios quoque teneri, & quidem in ſolidum *dict. l.* 1. §. *ſi apud duos & d. l. ſi duo infr. depoſit.* Fefellit Bartolum, vt & cæteros interpretes, quòd commodati obligationem ab actione commodati non diſtinxit: obligatio non niſi rei reſtituendæ eſt, ſed actio non ad reſtitutionem rei datur, ſed ad æſtimationem eius quod interest, ſi res commodata nō reſtituatur. Rurſum obligatio rei cōmodatæ reſtituendæ naſcitur ex ipſo cōtractu, qui traditione perficitur, non expectato dolo aut culpa cōmodatarij: ſed actio non naſcitur, niſi ex dolo & culpa aliqua, ſaltem leuiſſima: qua ceſſante, nulla certè commodati actio eſt, quæ exerceri poſſit. Itaque nihil aliud eſt quærere vtrum commodatarij ſinguli actione commodati in ſolidum teneātur, quàm hoc ipſum quærere, an ob dolum, aut culpam vnius ex commodatariis, alius conueniri actione commodati poſſit. In eóque turſum errauit Bartolus, quòd ſicut obligationem commodati ab actione non diſtinxit, exiſtimans vtramque ad rei commodatæ reſtitutionem pertinere, ita commodati actionem quam ille nouo & prudentibus inuſitato nomine ſecundariam vocat, à cuſtodia & periculo rei commodatę ſeparauit, quaſi alius commodati actione teneatur, quàm qui aut dolum aut minorem quàm debuit negligētiam in reconſeruanda præſtitit, de illo ſiquidem loquimur, qui rē commodatam penes ſe non habeat, nec proinde ipſius reſtituendæ facultatem, & qui tamē actione commodati ſola teneatur. Nam ſi rem habeat, nec velit eam reſtituere, cùm poſſit, quia dolo non caret, facitque furtum, exinde ſe obligat condictione furtiua, quomodo de depoſitario ſcriptū eſt in *l. ſi quis inficiatus* 13. §. 1. *infr. depoſit.* At ſi rem ſine dolo malo, vllāq; culpa amiſerit, nulla actione tenetur, ne quidē cōmodati, & obligatio, qua priūs tenebatur ad rei reſtitutionē, hoc ipſo fit inefficax, cùm res citra dolum & culpam commodatarij amiſſa eſt, tāquā nihil ſit quod reſtitui poſſit aut debeat, vel cuius æſtimatio iure eius quod interest, præſtanda ſit.

a *Duorum quidem in ſolidum dominium eſſe non poſſe.* RAT. DVB. Rectè dicimus eum fundum totum noſtrum eſſe, & in ſolidum, cuius nullam partem alius dicere poſſit ad ſe pertinere *l. rectè dicimus* 25. *de verb. ſignific.* Atqui poteſt fundus & alia res quælibet ita communis eſſe duorum, vt neuter poſſit in eo fundo vel in ea re partem vllam, quæ ſua ſit, demonſtrare. Ergo poteſt eiuſdem fundi aut alterius rei dominium ad plures in ſolidum pertinere.

DEC. Plures domini eiuſdem rei dominium pro indiuiſo habentes, iuris tantùm intellectu non etiam diuiſione corporis partes obtinent, inquit Papinianus in *l. Mœuius* 66. §. *duorum de legat.* 2. Nec quiſquam eorum dominus eſt partis corporis, ſed totius corporis pro indiuiſo dominium pro parte haber, vt eleganter ac ſubtiliter ex Celſo Vlpianus hîc loquitur. Ergo verum eſt plures eiuſdem rei dominos in ſolidum eſſe non poſſe: quod & ſcriptum eſt in *l. de hereditate* 19. §. *pater infr. de caſtrenſ. pecul.* Ratio illa eſt, quam ſuprà attulimus, quòd dominia rerum à naturali poſſeſſione cœperunt *l.* 1. *inf. de acquir. poſſ.* Duo autem ſimul poſſidere non poſſunt, vt mox dicemus, non magis quàm fieri illud poteſt, vt in quo loco ego ſto, tu ſtare videaris *l.* 3. §. *ex contrario eod. tit.* ne alioqui danda ſit & admittenda penetratio dimenſionum. Nec rurſum poſſit quis pro dubitandi ratione obiicere, poſſe plures in ſolidum vti balneo, vel porticu, vel campo Martio. Earum namque rerum, & ſi quæ alię ſunt eiuſdem generis, quæ ſunt vniuerſitatis, neque dominium habemus, neque poſſeſſionem, ſed vſum duntaxat: quem plurium eſſe vtique nihil prohibet, cùm non eo minùs iis rebus vti quis poſſit, quòd alius iiſdem vtatur, quomodo & in vehiculo pluribus commodato contingit, vt ſcriptum eſt in hoc §. quando ſcilicet vehiculum ad eò ſpatioſum eſt, & non omnia loca vehiculi occupent ſinguli: alioqui pluribus ſimul & in ſolidum commodari vehiculum non poſſet: quo tamen etiam caſu alia ratio eſt vehiculi, alia balnei, porticus, & campi Martij, vt Ioannes hîc benè notat ex hoc textu in *verſ. Verum in vehiculo.* Denique non obſtat ſuperioribus quod nonnulli obiiciunt, poſſe pecuniam pluribus in ſolidum dari mutuam *l. ſi non ſinguli* 5. *C. ſi cert. petat.* cùm tamen ex mutuo dominium transferatur. Id enim non ad ius acquirendi dominij pertinet, quaſi ſingulis debitoribus in ſolidum acquiratur, ſed ad cauſam contrahendæ obligationis, vt perinde ſinguli quaſi correi in ſolidum obligentur, ac ſi ſinguli facti eſſent in ſolidum domini pecuniæ creditæ.

b *Vel poſſeſſionem.* RAT. DVB. Poteſt fieri vt duo eandem rem in ſolidum poſſideant, vnus iuſtè, alius iniuſtè *l.* 3. *in princ. inf. vti poſſid.* vnus naturaliter, alius ciuiliter *l. & habet* 15. §. *eum qui infr. de precar. l.* 1. §. *quod vulgò & ſeq. de vi & vi armat. l. naturaliter* 12. *in pr. l. poſſeſſio* 49. *iunct. l. pen. de acq. poſſ.* Ergo non eſt abſolutè verū, quod hîc Vlpianus ſcribit eiuſdē rei poſſeſſionem penes duos in ſolidum eſſe non poſſe.

DEC. Poſſeſſio ſiue à pedum poſitione, ſiue à ſedibus dicta ſit, æſtimatur ex naturali cuiuſque rei occupatione & adprehenſione *leg.* 1. *eodem titul.* magis enim factiſ eſt, quàm iuris *dict. l.* 1. §. *ſi vir vxori eod. l. denique* 19. *ſuprà ex quibus cauſ. maior* licèt plurimùm ex iure mutuatur *dict. l. poſſeſſio in princip. & §.* 1. Atqui non poteſt fieri, vt in quo loco ego ſto, tu quoque ſtes, aut in quo ſedeo, tu ſedeas, quoniam alioqui daretur penetratio, dimenſionum,

BIU Cujas

cùm ego totum meum locum occupem, tu similiter tuum totum. Ergo fieri nequit vt duo in solidum rem eandem possideant. Ne quidem cum illa distinctione, vt possideat vnus iustè, alius iniustè, quoniam in causa possessionis non multùm interest iustè quis possideat, an iniustè, vt contra Sabinum & Trebatium Labeo iam olim disputauit, cuius sententiam Paulus refert, & probat in *l.3. §.ex contrario eod.tit. de acquir.poss.* Ex quo loco euidenter apparet dissensisse in hac quæstione Iureconsultos veteres, nec minùs Paulum cuius ea lex est, ab Vlpiano in *dict.l.3. in princ.vti possid.* quamuis Iulianus, qui Sabinianus fuit, Sabini sententiam magis probasse videatur in *l. duo in solidum 19. infr. de precar.* vbi cùm ait duos in solidum precario habere non magis posse quàm duos insolidum vi aut clam possidere, propterea quòd neque iustæ neque iniustæ possessiones duæ concurrere possint, ostendit euidenter se non dubitare, quin possit iusta possessio vnius cum alterius iniusta possessione concurrere. Nec pugnat quod Vlpianus, qui æquè Sabinianus fuit, negat in hoc §. possessionem penes duos esse in solidum posse. Obseruandũ enim est referri tantùm Celsi sententiam, qui fuit Proculianus, quique ideò supradictam Sabini sententiam & distinctionem non admittebat, aut si quis Vlpiani quoque sententiam hanc esse velit, accipere eam debebit iuxta Sabini opinionem ac distinctionem. Quare nec illorum distinctio probanda est, qui naturalem quidem & corporalem possessionem fatentur penes duos esse non posse, sed ciuilem posse, ciuilem eam appellantes quæ animo retinetur, non corpore. Etsi enim verum est solo animo retineri possessionem, quamuis solo animo acquiri non possit, certum tamen est tandiu animo eam retineri quandiu ab alio non est corpore occupata, adeò vt sufficiat possessorem suspicari, posse se repelli ab eo qui ingressus est possessionem corpore *l. si id quod 25. §. vlt. iunct.l. clam possidere 6. §. qui ad nundinas de acquir.poss.* Estque error non leuis magnorum interpretum existimantium ciuilẽ possessionem eam dici quę animo solo retinetur. Naturalis enim & corporalis illa est, quæ corpore quæsita retinetur solo animo quandiu is, qui animo possidet, in ea causa est, vt naturalem & corporalem quoties nolet adprehendere ac nãcisci possit. Cæterùm ciuilis possessio ea dicenda est, quæ non solo corpore consistit, sed etiam iure, vt loquitur *l. nemo ambigit 10. C.eod.tit.* vbi dicitur possessionis duplicem esse rationem, vnam, quæ iure consistit, aliam, quæ corpore. Est igitur ciuilis ea demùm quæ iusta est, vt quæ titulum habet & bonam fidem, quæque sola prodest ad vsucapionem. Naturalis verò quatenus ciuili opponitur, ea tantùm quæ est iniusta, qualis est possessio furis, & prædonis. Nam cùm possidere nihil aliud sit, quàm sibi habere, & animo domini, vt Theophilus diffinit in Institutionibus, negari non potest quin fur & prædo verè possideat, quamuis iniustè cum animo domini rem teneant. Vnde est quod etiam interdicta omnia habent, quæ veris possessoribus dantur *l.1. §.vlt. & l.2. infr.Vti possid.l.si alius 7.§.bellissimè. Quod vi aut clam l. 3.§.eum igitur de vi & vi armat.* Id enim est quod dici solet, etiam prædonem si spoliatus sit, restituendum esse aduersus prædonem *cap. in literis Ext. de restit.spolia.* Non tamen potest ciuilis esse illorum possessio, cùm sit iure improbata: ideóque naturalis dicitur, quia ciuilis nec est, nec esse potest. Alio tamen sensu sunt qui naturaliter possidere dicantur, qui proculdubio verè nõ possident, ac proinde nec iustè nec iniustè, quia sibi non habent, nec animo domini, vt colonus, emphyteuta, depositarius, cõmodatarius, fructuarius, & alij similes, qui in possessione esse veriùs dicuntur quàm possidere, quod longè aliud & diuersum est *l. si quis ante 10. infr.de acq.poss.l.3.§. creditores Vti poßid.l. cùm legatorii 12. Quib. ex caus.in possess.eat.l.certè 6. §. is qui rogauit infr. de precar.* Et tamen dicũtur possidere naturaliter *l. communi 7.§.neque colonis supr. Commun.diuid.l.3. §.vlt. & l.4. supr.ad exhib.l.naturaliter 12. in princ.infr. de acq.poss.* id est reuera, & facto ipso, quia incumbunt naturaliter possessioni *d.l.3.§.vlt.* quomodo dicimus, naturaliter aperiri tabulas testamenti, & naturaliter clausas esse in *l.3. §.aperire autem infr.de SC.Silan.* & licère contrahentibus in emendo & vendendo naturaliter se decipere *l. in causæ 16. §. idem Pomponius supr. de minor.* Itaq; opponitur hæc naturalis possessio, quæ propriè possessio non est, veræ possessioni tã naturali quàm ciuili, non quomodo naturalis vera & propria, soli ciuili. Ex his intelligimus non magis ciuilem possessionem solam penes duos insolidum esse posse, quàm naturalem solam siue propriam siue impropriam, quandoquidem ciuilis sola nulla est, id est, quę non etiam naturalem comitẽ habeat, & quæ non inceperit à naturali & corporali. Nulla enim solo animo acquiritur nec sine aliquo actu corporali, quamuis corpore quæsita etiam solo animo retineatur, vt diximus, quod cùm accidit, nõ fit possessio ex naturali ciuilis, vt plerique putãt, sed remanet & conseruatur, qualis anteà fuit, id est, & naturalis simul, & ciuilis, si iusta fuit, aut naturalis tantùm, si iniusta dummodò vera. Nam quæ naturalis impropriè dicitur, ea cùm verè possessio non sit, nec acquiritur animo nec retinetur, sed tantùm corpore, vnde & à nostris asinina detentio dicitur, quamuis non sine animo eius deferendæ amittatur *l. si de eo fundo 40. §.1.de acquir.pos.l.vlt.C.eod.* Planè si possessio ciuilis ea dicenda esset, quę solo animo retineretur, non negarem fore, vt plures ciuiliter possidere possent. Quid enim prohibet quominùs plures eodem tempore animum habeant eandem rem possidendi? Etsi namque possidere est sibi & animo domini habere, vt ex Theophilo diximus, nec plures eandem rem habere possunt iure dominij, non eo tamen magis prohibentur animo domini habere, cùm aliud longè sit habere dominium, aliud verè habere animum tenendi rem iure domini, vt in rò habere animum tenendi rem iure domini, vt in fure ac prædone manifestum est. Sed hæc de possessione ad hunc locum notasse sufficiat, licèt Accursius noster multas alias de possessione quæstiones hîc congerat, quæ ad loci huius explicationem nil pertinent, & de quibus propriùs erit dicendi locus ad *tit.de acq.pos.* si Rationalia nostra eò vsque producere, quod diffidimus, licebit.

c *Verùm in vehiculo commodato.* RAT. DVB. Vsum balnei, vel porticus, vel campi Martij vniuscuiusque in solidum esse, ideò dicimus, quia verum est non eo minùs vti me his rebus, quòd alius illdem vteretur, vt proximè Vlpianus ex Celso scripsit. At qui eadem ratio in vehiculo pluribus commodato aut locato habet locum: nec.n.eo minùs vtor vehiculo, quòd etiam alius illo vtatur, quia neuter nostrũ vehiculi loca omnia tenet, nec alius aliũ in vsu impedit. Ergo nulla inter vehiculũ commodatũ aut loca-

locatum & supradictas res differentia hac parte dari potest, nec proinde in vehiculo magis quàm in aliis rebus dicendum est, pro parte tantum in effectu alterum ex commodatariis, vel conductoribus vsum habere. DEC. Distinguendum necessariò est, an vehiculum, quod commodatum vel locatum proponitur, eius sit spatij & latitudinis, vt eius vsus æquè commodus pluribus esse possit, an non. Priore casu certè non video, quænam differentia inter vehiculum & alias res hac parte esse possit, hoc est, quantum ad vsum vnicuique ex commodatariis aut conductoribus tribuendum in solidum; sed posteriore casu euidens differentia, & differentiæ ratio est, quia licèt vnus ex commodatariis, qui solus vehiculo vtitur, non omnia vehiculi loca occupet, tantum tamen ex vehiculo occupat, quantum faciat ne alius commodatarius eodem vehiculo æquè vti possit. Itaque effectu ipso pro parte tantùm vtitur vehiculo, quia non toto vtitur licèt solus vtatur. Dices nec in totum porticu vel balneo vel campo Martio vti eum qui solus vtitur, & tamè *in solidum* vti eum non pro parte, sed respondendum est, balneum, porticum, campum Martium & alias huiusmodi res quæ sunt vniuersitatis, quod ad proprietatem & possessionem esse singulorum ex vniuersitate, quod ad vsum, hoc ipso quod sunt vniuersitatis. Quod non similiter de vehiculo vel commodato, vel locato dici potest.

d *Sed verius esse.* His verbis respondet Vlpianus ad quæstionem quæ proposita fuerat in illis præcedentibus, *vtrum vnusquisque eorum in solidum an pro parte teneatur*, vt bene notat Accursius, & nos suprà explicauimus. Perinde enim est, quod Vlpianus ait, & dolum, & culpam, & diligentiam in totum me præstare debere, ac si scriberet me commodati actione in solidum teneri. Sequitur,

e *Quare duo quodammodo rei habebuntur.* RAT. DVB. Correi debendi verè sunt, qui ex contractu siue commodati, siue ex alio quolibet ita sunt obligati vt eorum vnusquisque in solidum teneatur *l. 2. & 3. l. eandem 9. & pass. inf. de duob. reis.* Atqui cùm duobus vehiculum commodatum est, vnusquisque eorum & culpam & diligentiam & custodiam præstare in totum debet, vt proximè Vlpianus ex Celso scripsit. Ergo habendi sunt verè duo correi non quodammodo, vt lex ait, quę dictio & nota est improprietatis. DEC. Non sunt verè correi debendi nisi de quibus actum est, vt correi fierent *l. 3. in princ. eod. tit.* adeóque nec si id actum nisi nominatim dictum sit, si ad Iustiniani constitutionem Nouellam respicias, quæ est *99. de duob. reis*, nec sufficit ad duos plurésve correos constituendos, vt singuli in solidum sint obligati. Quid enim si, vt ait Bartolus, deducta sit in obligationem res indiuidua? Nemo dubitat, quin singuli in solidum teneantur, nec eo magis tamen sunt correi debendi *l. rem hereditariam 65. inf. de euict. l. 2. §. si tamen hominem de verb. obligat.* In proposito autem, cùm duobus vehiculum commodatum vel locatum est, singuli quidem in solidum tenentur, sed non alia de causa, quàm quia restituendi obligatio indiuidua est. Non ergo verè correi sunt, sed tantùm quasi correi, & quodammodo duo rei, vt Vlpianus hîc loquitur. Nec quisquam putauerit sine effectu esse hanc differentiam: in iis enim qui sunt ita obligati, vt in solidum teneantur propter obligationis naturam indiuiduam, nec tamen sunt correi; non obtinent ea quæ specialiter in correis debendi constituta sunt, quale illud est, vt pactum vni factum prosit alteri, aut vt mora vnius noceat alteri *l. 2. l. pen. & pass. de duob. reis.* Habent tamen multa cum correis debẽdi communia, & illa maximè quę in hoc §. addit Vlp. vt si alter conuentus præstiterit in solidum quanti actoris interest alterum liberet, quem tamen ex eo solo quòd conuentus ipse esset, liberaret, si duo correi debendi proponerentur, *d. l. 2. de duob. reis.* Sola enim petitione, & electione vnius, alter olim liberabatur citra solutionem. Quod Iustinianus noster primus correxit in *l. vlt. C. de fide iuss.* item vt si furtum vni factum sit, ambobus competat furti actio, quasi facto ambobus furto, ita tamen vt alterutro agente, alteri tollatur furti actio. Fit enim primi occupãtis vt dicemus ad *l. seq.* quamquam etsi malit is qui commodauit, ipse agere contra furem, Iustinianus id ei permisit in *l. vlt. in princ. C. de furt.* §. *quæ de fullone Institut. de oblig. quæ ex delict. nascunt.* In duobus depositariis idem iuris est, non enim electione, sed solutione liberantur *d. l. 1. §. si apud duos infr. deposit.* vbi additur, si ambo dolo fecerint, & alter id quod deponentis interest, solidum præstiterit, non esse alterum conueniendum, exemplo, inquit Vlpian. duorum tutorum, quòd si alter vel nihil vel minùs facere possit, ad alium peruenietur. Idémque est, etsi alter dolo non fecerit, & idcirco sit absolutus. Nam & hoc casu ad alium peruenietur. Quæ omnia cùm in duobus correis diuersa sint, apparet duos commodatarios rectiùs comparari duobus tutoribus, quàm duobus correis *l. 1. §. nunc tractemus & seqq. l. si ex duobus 15. infr. de tutel. & ration. distr.* & ideò benè Vlpianum hîc scripsisse addita nota improprietatis, esse & illos quodammodo duos reos. Aliud est, si pluribus commodata sit res aliqua vel apud plures deposita *communi periculo vt in l. rem mihi 21. §. 1. infr. hoc tit.* Faciunt enim hæc verba vt eorum quisque pro sua tantum parte teneatur, & vt periculum, quod commune esse non cuiusque proprium debet, diuidatur.

6. POMPONIVS libro 5. ad Sabinum.

VT alterutro agente, alterius contra furem tollatur.

Ad l. Vt alterutro 6.

RAT. DVB. Nemo potest facto suo tollere alteri actionem *l. Granius 71. §. penult. infr. de fideiuss. l. si Stichum 8. §. vlt. infr. de nouat.* vt neque exceptionem *l. vlt. supr. de pact.* Atqui cùm eadem res pluribus simul commodata est, si eius rei furtum factum sit, competit ambobus furti actio, vt proximè dictum est. Ergo etiamsi alteruter eorum furti agat, actionem tamen alteri competentem non ideò adimere ei potest. DEC. Plures commodatarij, quibus eadem res simul commodata est, quodammodo duo rei habentur *§. vlt. l. prox. supr.* Atqui ex pluribus correis debendi vnius factum alteri prędiudicat *l. pen. inf. de duob. reis*, & qui prior actionem communem occupat, eam facit totam suam & alij correo admittit *l. 2. l. 3. §. 1. eod.* Ergo & in proposito casu idem dicendum est, quia, vt ait Accursius, cum vtrique in

BIU Cujas

solidum ex eadem causa deferatur furti actio, alteri per alterum præiudicari necesse est: ne alioquin eueniat, vt ex vna eadémque causa pluribus quis in solidum condemnetur, quod iniquum esset. Nam pluribus quidem teneri ex vna eadémque causa in solidum quis potest, at pluribus condemnari non potest. Simile quiddam est in *l. si Titius 9. de verb. oblig.*

7. VLPIANVS libro 28. ad Edictum.

VNde quæritur, si alter furti egerit, an ipse solus debeat commodati conueniri? & ait Celsus: si alter conueniatur, qui furti non egit, & paratus sit periculo suo conueniri alterum, qui furti agendo lucrum sensit ex re commodata: debere eum audiri, & absolui.

Ad l. Vnde quæritur 7.

RAT. DVB. Vtrumque verum est, plures commodatarios, quibus eadem res in solidum & simul commodata est, & dolum & culpam & diligentiam & custodiam præstare singulos in solidum debere, & ambobus furti actionem, si res furto subtracta sit, contra furem competere §. *vltim. l. si vt certo 5. supr.* Suntque propositiones istæ omninò diuersæ & separatæ, cùm aliud longè sit agere vna actione, & alia actione conueniri, aliud actorem, aliud verò reum esse. Ergo quamuis alter commodatariorum solus contra furem egerit furti, non est tamen bona consecutio, vt alter conueniri non possit, qui furti non egit, aut vt si conueniatur, & paratus sit periculo suo conuenire alterum, qui furti agendo lucrum sensit ex re commodata, debeat ipse audiri & absolui: nam nec in duobus correis debendi id obtineret, qui sola quidem electione liberantur inspecto iure vetere, si alter eorum conueniatur, at non item si alteruter eorum agat contra tertium, quamuis agendo tantum consecutus sit quantum necesse est ad dimittendum communem creditorem. Accidit enim hoc ab extrinseco, nec obligationis correorum naturam & substantiam ab initio certa lege constitutam immutare ex postfacto potest *arg. l. vero procuratori 12. §. penult. infr. de solut.* Id enim est quod Iulianus dicebat, casus aduentitios non esse computandos *l. Iulianus 6. infr. Qui & à quib. manum. liber. non fiunt.* Quamuis in pluribus confideiussoribus aliud sit, vt constat ex *l. si dubitet 10. in princ. infr. de fideiuss.* Ideò fortasse quòd fideiussores pro alio teneantur, correi verò singuli quisque pro seipso. DEC. Plures commodatarij habentur quidem pro correis in quibusdam *d. §. vlt. l. 5. supr.* sed non in omnibus, magísque comparandi sunt pluribus tutoribus, vt scriptum est in *l. 1. §. si apud duos infr. depos.* Atqui in pluribus tutoribus ita obseruatur, vt is qui tutelam gessit, atque ita locupletior ex tutela factus est, prior conueniatur, deinde si aut nihil aut minus præstare possit, ad alium perueniatur *d. l. 1. §. nunc tractemus & seqq. infr. de tutel. & ration. distrah. & tit. Cod. si tutor. vel curat. non gesser.* Ergo & in pluribus commodatariis idem iuris esse debet, vt qui ex iis prior furti egit, atque ita per actionem furti lucrum ex commodato sensit, prior quoque commodati actione conueniatur, si modò paratus sit pati, vt suo periculo id fiat. Et hoc ex summa æquitate, quæ in iudicio commodati, quod bonæ fidei est, maximè dominatur. Quid enim aliud est quod petere possit is, qui commodauit, nisi vt pleniſſimam indemnitatem in solidum consequatur? Satísque ei esse debet quod electione pauperioris non amittit suam actionem, quomodo amitteret si plures commodatarios pro veris debendi correis haberet: ne quidem iure nouo. Dedit enim Iustinianus correis beneficium diuisionis duntaxat, si modò sint soluendo, non vt alius ante alium conueniri debeat, nec si tota pecunia ad alium peruenerit. Non enim verum est, quod tamen quidam putant, pro fideiussore habendum eum ex correis ad quem pecunia peruenit, vt pluribus docuimus *lib. 11. Coniectur. cap. 1. ex l. si non singuli 5. & l. si in rem 12. Cod. si cert. petat. & l. propter 4. Cod. de duob. reis. iunct. Auth. hoc ita cod. tit.* Nec possum probare, quod Bartolus tentat, beneficium hoc discussionis generale esse in correis omnibus, siue constituantur ex conuentione, siue, vt ipse loquitur, ex quadam necessitate, vt in pluribus tutoribus & commodatariis, vt si quis petat correum, ad quem pecunia peruênit, priorem conueniri suo periculo, sit audiendus. Quasi contraria procedant, cùm vnus ex correis simpliciter petit actionem diuidi, aut alium correum conueniri, non allegato eo quòd pecunia ad alium solum peruenerit, & quòd suo periculo conueniri eum velit. Repugnat enim natura obligationis correorum, quæ vnumquemque ipsorum obligat in solidum ex propria sua, non ex alterius persona. Quod in pluribus tutoribus, quorum alter solus tutelam gessit, diuersum est, & in pluribus fideiussoribus, ad quorum alterum pecunia peruenit. Etsi autem Accursius & Bartolus notant duplicem esse legis huius lectionem, & in quibusdam libris legi *conuenire*, in aliis verò *conueniri*, apertum tamen est vitiosam esse priorem, & retinendam posteriorem. Sequentia enim omnia sunt de commodatario conuento non conueniente: nec facilè reperias in libris nostris sic loqui prudentes, vt *conuenire* dicant pro *agere*, nisi subiecta in accusatiuo persona quam conuenire actor possit, aut velit. Vt taceam quod Bartolus ipse contra priorem lectionem obiicit, non posse quemquam sine actione experiri *l. si pupilli 6. §. vlt. supr. de negot. gest.* nisi contra seipsum *l. quoties 9. §. & generaliter inf. de admin. tutor.* Quod & Bartolus ipse fateri cogitur, eum scilicet ex pluribus commodatariis, qui prior conuentus est, non ideò posse agere contra alium commodatarium, nisi cessa sibi priùs actione ab eo qui commodauit, cuius tamen cessionis nulla hîc ab Vlpiano fit mentio.

¶ Sed

1 ¶ Sed si legis Aquiliæ aduersus socium eius habuit commodator actionem: videndum erit, ne cedere debeat: si fortè damnum dederit alter, quod hic, qui conuenitur, commodati actione sarcire compellitur. nam & si aduersus ipsum[a] habuit Aquiliæ actionem commodator, æquissimum est, vt commodati agendo, remittat actionem. nisi fortè quis dixerit: agendo eum ex lege Aquilia, hoc minùs consecuturum, quàm ex causa commodati consecutus est. quod videtur habere rationem.

Ad §. 1. Sed si legis.

Actione commodati resarcire compellitur. RAT. DVB. Ad eos qui seruandum aliquid conducunt, aut vtendum accipiunt, damnum ab alio iniuria datum pertinere non debet. Qua enim cura vel diligentia consequi possumus, ne alius iniuria nobis damnum det? inquit Iulianus in *l. ad eos 19. infr.* Ergo ex pluribus commodatariis si vnus damnum dederit, alius actione commodati id resarcire non compellitur.

DEC. Multum interest, an ab extraneo damnum iniuria detur, an ab alio commodatario. Priore casu obtinet sententia & ratio Iuliani: posteriore verò non item, quia commodatarij plures quibus eadem res simul commodata est, duo rei quodammodo habentur *l. 5. §. vlt. supr.* Ex duobus autem reis factum vnius alteri nocet *l. penult. infr. de duob. reis.* præterquàm quod ad moram *l. mora 32. §. penult. de vsur.* Et ita benè hîc Accursius. Etsi potest etiam dici supradictam Iuliani sententiam non omnimodò veram esse, sed à Marcello notatam fuisse, & Marcelli notam ab Vlpiano nostro probatam in *l. sed de damno 41. infr. locat.*

a *Nam etsi aduersus ipsum.* RAT. DVB. Actio commodati est ex contractu, & merè rei persecutoria: Actio autem legis Aquiliæ est ex delicto & pœnalis *l. inde Neratius §. hanc actionem supr. ad leg. Aquil.* Ergo si commodatarius ipse damnum iniuria dederit, ita vt & commodati & legis Aquiliæ actione teneatur, non est cogendus, vt commodati agendo remittat ei actionem legis Aquiliæ. Nec enim vna actio debet aliam consumere siue ipso iure, siue ope exceptionis, cùm diuersam habeant naturam, & ad diuersos tendant effectus.

DEC. Nunquam æquum est, vt siue vna eadémque actione siue pluribus actor bis idem consequatur, ne quidem à diuersis personis *l. si quis dolo 51. in fin. de re iudic.* multò minus si ab eodem debitore *l. bona fides 57. de regul. iur.* Atqui actiones hæ & commodati & legis Aquiliæ, quamuis diuersas causas & origines habeant, ad eundem tamen finem tendunt, scilicet ad rei persecutionem, non ad vindictam *l. qui seruum 34. §. vlt. infr. de obligat. & action.* Nisi quod actio legis Aquiliæ continet æstimationem quanti plurimi eo anno aut triginta diebus proximis res fuit, quo respectu dicitur pœnalis actio, qualis non esset, si nunquam supra damnum lis æstimaretur §. *his autem verbis 9. Instit. de leg. Aquil.* Ergo æquissimum est, vt commodator agendo commodati remittat actionem legis Aquiliæ, id est, caueat se non acturum lege Aquilia. Quo facto agere postea non poterit, quia remittentibus actiones suas regressus ad eas nunquam dandus est *l. queritur 13. §. si venditor infr. de edilit. edict.* Quòd si actionem legis Aquiliæ actor non remiserit, sed commodati actione expertus, non tamen solidum, quod actione commodati debebatur, consecutus sit, non equidem prohibebitur vti actione legis Aquiliæ sibi adhuc competente, & quam non remiserit, sed tamen ita vt agendo ex lege Aquilia hoc minus consequatur, quàm ex causa commodati consecutus est, ad finem sc. eius quãtitatis, quam actione commodati iure eius quod interest, cõsequi debuisset. Ita enim locus hic intelligi debet, ne cũ vulgo interpretũ existimes superesse integram legis Aquiliæ actionem, pro eo quod ex repetitione triginta dierũ plus est in actione legis Aquiliæ, quàm in actione cõmodati, in quam scilicet æstimatio quanti plurimi nũquam venit, sed tantùm vtro tempore pluris res fuit, aut moræ, aut rei iudicandæ *l. 3. §. in hac* vbi diximus *sup. hoc tit. iunct. l. 3. §. si per venditorem & l. si sterilis 21. §. cùm per venditorem inf. de action empt.* Si enim actor actione commodati sit consecutus totum id quod per eam actionem cõsequi potuit, & debuit, non ideò poterit iterum agere ex lege Aquilia prætextu eius quod in actione illa plus est, quàm in actione commodati ex triginta dierum repetitione, quia quod ex hac causa venit in actionem legis Aquiliæ, extra causam simpli est, & simplo accedit: quo subducto nec accessio locum habere potest *dict. l. qui seruum §. vlt. de oblig. & action.* vbi proculdubio legendum est, vt vulgo retenta negatione *non remanere*, non autem affirmatiuè, vt in Florentinis, licèt Florentinam lectionem magis probet Cuiacius *libr. 3. obseruat. cap. 25.* Qua negatione retenta, & illa quoque retinenda est, quæ legitur in postremis illis verbis legis *locum non habet.* Et ratio qua mouetur eo loco Paulus, hanc & lectionem & interpretationem omnino probat: nam cùm id quod ex repetitione triginta dierum per legem Aquiliam debetur, nihil nisi pœna & accessio sit, accessorium autem sine suo principali subsistere non possit, ex vulgata iuris regula consequens omninò est, vt extincto principali per solutionem, quam actio commodati extorserit, accessio locum habere amplius non possit. Atque ita hi loci conciliandi sunt, quæ vna est ex conciliationibus Accursij, non quomodo Ioannes, Azo, Martinus, Bartolus, & alij conciliandos credidere. Neque verò existimandum est, Vlpiani sententiam in hac lege illam esse, vt damnum quod ex repetitione triginta dierum debetur in actione legis Aquiliæ peti vnquam possit, posteaquàm actum est commodati, sed hanc potius, vt quod simplo defuit in executione actionis commodati, id per actionem legis Aquiliæ adhuc exigi possit ad finem vsque simpli. Quemadmodum dicimus eum qui furti egit, in duplum posse quidem etiam vi bonorum raptorum agere, si fur etiam raptor idem sit, sed ita vt condemnatio non possit quadruplum excedere, *l. si quis egerit 88. inf. de fur.* quoniam ea furti grauissima pœna est etiam manifesti, quale semper illud est quod à raptore committitur. Alioqui de-

BIU Cujas

buerat Vlpianus hîc scribere post actionem commodati propositam semper & omnimodo legis Aquiliæ actionem superesse, cùm certissimi iuris sit, in actionem commodati nunquam venire damnum ex triginta dierum repetitione: nec potest videri actor minùs consecutus actione commodati qui tantum consecutus est, quantum ex actione commodati sperare maximè potuit *l. non potest videri 117. de verb. signific.* Contrà verò minus consecutus dici potest, qui nihil prorsus consecutus est *l. minus solutum 32. l. verbum amplius 82. l. si ita à te 150. eod. tit. signific.* Difficilius illud videtur, quod scriptum est in *l. si is cui 71. de furt.* si is cui commodata res erat, furtum ipsius admiserit, agi quidem cum eo & furti & commodati posse, sed si furti actum sit, commodati actionem extingui, si commodati, posse actioni furti obiici exceptionem. Nam cùm actio furti sit merè pœnalis, commodati verò merè rei persecutoria, quid, obsecro, habent inter se commune, vt altera per alteram consumatur siue ipso iure, siue ope exceptionis? Qua de causa plerique coacti sunt dicere post Accursium & Bartolum, actionem furti eo loco dictam à Iauoleno pro condictione furtiua, vt idem sit sensus Iauoleni qui Pauli in *dict. l. qui seruum 34. § si is cui de oblig. & action.* vbi ait ille, si is cui rem commodauero, eam subripuerit, teneri quidem eum & commodati actione, & condictione, sed alteram actionem perimere alteram aut ipso iure, aut, quod est tutius, ope exceptionis. Quæ tamen interpretatio prorsus improbabilis est, cùm nusquam auditum sit, actionem furti pro condictione furtiua sumi, cùm hæc sit merè rei persecutoria, illa verò pœnalis *l. si pro fure 7. §. suprà de condict. furt. l. si pignore 54. § cùm furti infr. de furt.* vbi condictio & vindicatio hac parte æquiparantur, quod ad rei furtiuæ recuperationem attinet, ita vt non minus condictio quàm vindicatio ab actione furti separetur. Dicendum igitur est, si furti actum fuerit, condictionem quidem furtiuam superesse ad rem persequendam, sed actionem commodati non superesse, quia actio illa ex bono & æquo est, vt & cæteræ actiones omnes quæ bonæ fidei esse dicuntur *§. in bonæ fidei Inst. de action.* bonum autem & æquum esse desinit, vt actione commodati quicquam consequatur is, qui iam per occasionem commodati duplum aut quadruplum consecutus est, quemadmodum de actione iniuriarum scribit Paulus in *d. l. qui seruum 32. in princip.* Etsi enim quod per actionem furti commodator habuit, non ex commodato habuit, sed ex furto, habuit tamen per occasionem commodati, quia si non commodasset, furtum commodatarius non fecisset: hoc verò sufficit, vt commodati actionem præterea ipsi dari æquum non sit *arg. l. debitor 59. §. vlt inf ad SC. Trebell.* Comparata enim est actio commodati, vt cæteræ ferè omnes, non vt lucrum ex alterius iactura commodator consequatur, sed vt tantùm indemnis seruetur. Non idem est in actione furti, quæ, quoniam pœnalis tota est, nec nisi in pœnam & odium furis inducta, facilius admittit, vt actor lucrum ex damno furis sentiat. Nam quod furi damnum est & pœna, totum id actori lucrum est. Inde igitur fit, vt si actione furti prius actum sit, commodati actio extinguatur ipso iure, non etiam actio furti, si prius actum sit commodati, sed tantùm per exceptionem. Cur verò per exceptionem, cum furti actio, vt diximus, tota sit pœnalis? Nimirum quia nec illud æquum est, vt commodator plus consequatur in effectu ob id solùm quod commodati prius egerit quàm si furti egisset. In eóque apparet quantum intersit, an furti actio cum bonæ fidei actione concurrat, qualis est actio commodati, an verò cum ea quæ sit stricti iuris, puta cum condictione furtiua. Nam si cum actione bonæ fidei id obtineat, quod modò diximus, vt ei qui alia actione pœnali experiri volet, necesse sit bonæ fidei actionem ante omnia remittere, aut si vtraque agere velit, non plus consequi ex pœnali posteriore, quàm quod minus ex priore consecutus fuerit, si plus consequi potuerit, & debuerit. Minus enim hîc intelligere debemus non ex comparatione alterius actionis plenioris, sed relatione facta ad id quod ex priore actione amplius exigi potuit. Si verò concurrat actio furti cum condictione furtiua, neque perimit condictionem, neque per eam perimitur, siue ipso iure, siue ope exceptionis *d. l. si pro fure §. 1. supr. de condict. furt. dict. l. si pignore 54. §. cùm furti infr. de furt.* quia non quid bona fides suadeat hoc casu inspiciendum est, sed quid mera strictáque iuris ratio ferat. Sed illud magis mirum est, si actio commodati cum furtiua condictione concurrat, cur non extinguatur altera per alteram ipso iure, sed ope tantùm exceptionis *dict. l. qui seruum §. si is cui de oblig. & action.* siue prius actione commodati siue furtiua condictione actum proponatur: cùm & actio commodati sit bonæ fidei, quæ proinde perimi deberet per condictionem, ex qua commodator iam esset indemnitatem consecutus, & rem suam recepisset, & vtraque nihil nisi meram rei persecutionem contineat *l. in rebus 18. §. siue autem infr hoc tit.* Nisi dicamus non negare Paulum in *dict. §. si is cui* primi actionem commodati per condictionem & contra, sed hoc tantùm adfirmare tutius esse, si quis dicat, liberari reum per exceptionem, scilicet doli, quoniam dolo facit, & est improbus, quibus idem consequi velit *l. si quis dolo 51. §. 1. in fin. infr. de re iudic.* Quisquis enim liberatur ipso iure, multo magis credendus est liberari per exceptionem: quemadmodum solemus dicere, cui damus actionem, multo magis dandam esse exceptionem *l. 1. §. is autem de superfic. l. inuitus 156. §. 1. de reg. iur.* Et cùm plerumque cõtingat, vt quis liberandus sit per exceptionẽ, qui non sit ipso iure liberatus, quia facilius est, vt quis per exceptionem, quàm vt ipso iure liberetur, cõsequens est, vt tutius sit debitori dicere se liberatum per exceptionem, quàm ipso iure: parum enim est, quod ipso iure liberatus non sit, si modò liberari possit per excẽptionem: sicuti nihil interest, an ipso iure quis actionem non habeat, an talem habeat quæ per exceptionem summoueri possit *l. nihil interest 112. de regul. iur.* Solent autem prudentes, i. que prudentissimè semper eam deliberationis & consilij partem sequi quæ tutior est, vt & cùm de actione danda disputant, quæ vtrum competat, dubitari possit, quemadmodum in specie *l. si gratuitam 17. l. Titius 24. & pass. infr. de præscr. verb.* Quamquam dici etiam potest facilius esse, vt commodati actio perimatur ipso iure per condictionem, quàm vt condictio per actionem commodati, quia cùm condictio sit stricti iuris, non tam facilè tolli potest ipso iure, sed doli exceptio necessaria est, quæ non sicuti bonæ fidei iudiciis, ita & strictis ipso iure inest. Idque suaderi potest ex eo quod idem Vlpianus noster scribit in *l. sed si ex causa 47. iunctis præcedentibus inf. Pro socio.* vbi cùm scriptum esset ab Vlpiano socium, qui celandi animo rem contrectauit, non solùm furti actione teneri, sed etiam pro socio actione

obstrictum

obstrictum esse, nec alteram actionem tolli, idémque in omnibus bonę fidei iudiciis dicendum esse. Subiungitur ex eodem Vlpiano, si tamen ex causa furtiua condixero cessare pro socio actionem, vt intelligamus per condictionem furtiuam extingui ipso iure actionem pro socio, quia bonæ fidei est, ideóque & in cæteris bonæ fidei iudiciis idem esse. Quid enim aliud est, cessare actionem pro socio quàm non competere? Scilicet, vt lex addit, nisi pluris mea interfit. Nam cùm in actione pro socio, vt & in cæteris bonæ fidei actionibus veniat id quod interest, quod non venit in stricta actione condictionis furtiuæ, bona fides non repugnat, imò suadet, vt quod pluris mea interest, possim persequi per actionem pro socio, etiam post propositam furtiuam condictionem, idque conueniens est ei quod in hoc §. scribitur, licèt non de condictione furtiua loquatur, sed de actione legis Aquiliæ. Sed si priùs egero actione pro socio, quamuis per eam consecutus sim omne id quod mea interest, nec proinde amplius quicquam consequi possim per condictionem furtiuam, condictio tamen ipso iure tolli non potest, quia stricti iuris est, nec in ea quid bonum & æquum sit inspicitur. Est igitur necessaria exceptio doli, si postquàm egero pro socio, condicam *dict. l. qui seruum* 34. § *si is cui de obligat. & action.* Inde etiam est, quod socius qui rei communis furtum fecit, si actione pro socio conueniatur, ea ipsa actione consequitur, id est, æquitate ipsius iudicij, vt in *l. in hoc iudicium* 14. §. 1. *commun. diuid.* vt ab altera actione, id est, à condictione furtiua liberetur, & alterutra actione contentus esse debeam *leg. sed actione* 50. *infr. Pro socio.* Nisi quis dicat id fieri iure quodam speciali actionis pro socio quæ ab aliis etiam bonæ fidei actionibus in eo dissimilis est, quod non solum directa est ex vtraque parte, nulla contraria, sed etiam eiusdem nominis & iuris est, non minùs ex parte illius qui conuenitur, quàm ex parte eius qui agit, tanquam quæ sit actio vtrique parti communis, & ex qua perinde actor ipse condemnari possit, atque si à socio propria & separata actione siue directa siue contraria conueniretur. Quod in commodati actione diuersum est. Etsi enim commodator agendo commodati cogitur legis Aquilię exceptionem admittere, vt hîc scriptum est, id tamen fit sola æquitate iudicij, quia bonæ fidei iudiciis doli exceptiones, ipso iure insunt *l. sed et si* 21. *infr. solut. matr. l. huiusmodi* 84. §. *qui seruum de legat.* 1. non per actionem ipsam commodati, quæ danda sit commodatario, cui sola contraria competit. Sed in actione pro socio ille ipse qui conuenitur etiam agere intelligitur, quomodo in aliis actionibus vsuuenit, quæ ob eam causam mixtæ appellantur & duplices, quod in iis vterque actor sit, vterque reus *l. in tribus* 13. *supr. de iudic. l. iudicium* 10. *supr. fin. regund. l.* 2. §. 1. *commun. diuid. l. actionis* 37. §. 1. *infr. de oblig. & action.* Hac tamen differentia, quod in duplicibus iudiciis vterque necessariò & actor & reus est, in actione autem pro socio potest ita quis esse actor, vt tamen non sit reus, & ita reus, vt non sit actor. Denique actio pro socio non tam mixta est quàm communis, quia & nominum rationem habet, & adiudicationes non admittit *l. si actum sit* 43. *pro socio.* At Familiæ erciscundę, communi diuidundo, & finium regundorum actiones mixtę sunt, nõ communes. Ratio autem quam adfert Paulus in *d. l. sed actione*, cur socius conuentus actione pro socio propter factum rei communis furtum eâdem actione consequatur, vt actor alterutra actione contentus esse debeat, illa est, quòd vtraque actio ad rei persecutionem respiciat, non vt furti ad pœnam dumtaxat. Iam enim dixerat Vlpianus in *dict. l. rei communis*, rei communis nomine cum socio & furti agi posse, & actione pro socio, nec altera actione tolli alteram, nimirum ipso iure, sed per exceptionem, si priùs actum sit pro socio quàm furti, non etiam si priùs actum sit furti quàm pro socio, tunc enim pro socio actio extinguetur ipso iure, si Iauoleno credimus in *d. l. si is cui* 71. *de furt.* quæ alioqui cum Vlpiano conciliari meo iudicio nulla ratione posset. Nisi mallet quis cum Bartolo & vulgaribus aliis interpretibus actionem furti pro condictione furtiua interpretari apud Iauolenum, quod tamen ridiculum esse, nec vllomodo defendi posse iam diximus. Nam neque perpetuum est, vt cùm vtraque actio rei persecutoria est, adeóque etiam vtraque bonæ fidei altera tollat alteram. Neque enim si actum sit communi diuidundo statim tolletur actio pro socio, cùm pro socio actio & nominum rationem habeat, quam non habet actio communi diuidundo, & adiudicationem non admittat, quam communi diuidundo actio admittit, sed si postea pro socio agatur, hoc minus ex ea actione consequetur actor, quàm ex priore actione consecutus sit, vt idem Vlpianus noster scribit in *l. si actum sit* 43. *pro socio.* Itaque quod vna actio rei persecutoria tollat alteram ęquè rei persecutoriam, non tam ex eo solo fit quòd vtraque sit rei persecutoria, vel bonæ fidei, quam ex eo, quòd vtraque sit ęquè plena, nec vna plenior altera: alioquin si alterutra tantùm sit bonæ fidei, sola illa extinguetur, non extinguet alteram, quæ stricta est: extinguetur tamẽ non in totũ, sed quatenus ex priore consecutus est actor, sed si plenior sit, vt esse solent, quæ sunt bonæ fidei, supererit illa quę bonæ fidei est, in eo quod plus continet quam prior siue vtraqne sit actio bonæ fidei, siue vna bonæ fidei, alia verò stricta. At stricta nunquam ipso iure tollitur per priorem, sed ope tantùm exceptionis, quia nec bonæ fidei rationem admittit nec plenior esse potest in eo quod actoris interest, quamuis cùm pœnalis est, vt furti actio pleniorem condemnationem habere possit, dupli scilicet vel quadrupli, aut ex repetitione triginta dierum, vel anni præteriti, vt actio legis Aquiliæ. Et ita quæstionem hanc totam, quæ alioqui perdifficilis & perplexa satis est, concludendam esse arbitramur. Superest vt moneamus, malè Accursium existimare, non respõdisse Vlpianum ad quæstionem, quæ proposita fuerat in illis verbis, *videndum erit ne cedere debeat*, an scilicet socio debeat cedi actio contra socium, ex cuius facto conuenitur. Nam imò verò supradicta locutio est Iureconsulti modestè, vt solet magis quàm dubitanter ad propositam quæstionem respondentis, & quidem affirmatiuè, cedi actionem debere, & responsionis huius affirmatiuæ rationem statim reddit illis sequentibus verbis, *si fortè damnum dedit alter, quod hic, qui cõuenitur, commodati actione sarcire cõpellitur*, vt in superiorib. diximus. Est autẽ longè ineptius quod quidam putant, quos refert Bartolus, priorem illam responsionem corrigi in versi. *nisi fortè quis dixerit*: cùm hic versiculus referatur non ad id quod de cedenda actione priùs dictum fuerat, sed ad id quòd proximè, æquissimum esse, vt commodator agendo commodati remittat actionem legis Aquiliæ, hoc sensu, vt in commodatoris cõtra ipsum commodatarium, qui rẽ commodatam fre-

BIU Cujas

gerit aut ruperit, arbitrio & electione sit, vt prius agat commodati vel actionem legis Aquiliæ remittere, vel, si malit, lege Aquilia experiri, sed hoc ita vt hoc minus consequatur, quod ex causa commodati iam consecutus est. Vtroque enim casu res eodem recidit, vt non consequatur actor ex duplici actione duplicem indemnitatem, sed vnam duntaxat. Id enim est quod Vlpianus subiungit videri habere rationem: de cedenda namque actione iam satis sententiam suam exposuerat in versic. *videndum erit*, vt diximus. Quod autem statim sequitur *nam etsi aduersus ipsum habuit Aquiliæ actionem commodator* non aliò pertinet quàm ad confirmandum id quod proximè dictum fuerat, commodatorem debere socio quem conuenit legis Aquiliæ actione cedere aduersus socium & cuius dolo aut culpa alius conuenitur. Est enim optima ratio propter quã id fieri debeat, quia etsi aduersus eum ipsum commodati ageret, qui damnum in re commodata dedisset, æquissimum esset actorem commodati agendo ipsi remittere legis Aquiliæ actionem: ne scilicet aliter posito iure duplicem indemnitatem actor consequeretur: quomodo consequereretur etiam illo casu, quo ageret aduersus alterum ex correis actione commodati, si non ei cedere cogeretur actione legis Aquiliæ aduersus alium cuius culpa damnum contigit, nam & illa actione legis Aquiliæ tantundem consequeretur, quantum iam actione commodati fuisset consecutus, & præterea quod in actione legis Aquiliæ amplius esset ex triginta dierum repetitione. Miror verò quod Bartolus post Accursium, & post eos plerique cæteri ferè omnes notant hîc de actione legis Aquiliæ, quod plus in ea est, quàm in actione commodati restringendum esse ad simplum illud quod per inficiationem priori simplo accedit, non quod ex repetitione triginta dierum. Etsi enim actio hæc ex earum numero est quæ per inficiationem crescunt *l.4. Cod. de leg. Aquil.* non ideò tamen pœnalis dicitur, non magis quàm actio depositi, quæ perinde crescit per inficiationem §. *sed furti* 26. *Instit. de action.* & iudicati, & aliæ de quibus apud Paulum *lib.1. sentent. tit.19. §. vlt.* vbi Cuiacius, quæ tamen merè sunt rei persecutoriæ, nullomodo autem pœnales, sed quoniam plerunque in ea lis supra damnum æstimatur §. *his autem verbis Instit. de leg. Aquil.* Fit enim per accidens & ab extrinseco vt actio legis Aquiliæ detur ad duplum, vt dolosa delinquentis negatio puniatur, non ex natura actionis, vt ex verbis ipsis legis Aquiliæ apparet *l.1. & 2. l. ait lex 21. supr. ad leg. Aquil.* Id ergo duntaxat in legis Aquiliæ actione amplius quàm in actione commodati esse intelligitur quod ex triginta dierum repetitione simplo accedere potest, non quod ex delinquentis inficiatione. Nec enim isti casus aduentitij computandi sunt *l. Iulianus 6. inf. qui & à quib. manum.* Nec sanè potest Bartolus hinc se euoluere, vt ex ipsius commentariis videre est. Quod autem addit Accursius, in duobus contutoribus idem esse, vt pupillus ei contra quem agit, cedere debeat, actione tutelæ aduersus alium qui gesserit & ex cuius gestione is qui non gessit, conuenitur, certissimum sanè ac indubitatum est *l.1. §. nunc tractemus infr. de tutel & ration. distr. & l.2. in princip. & §. vlt. de admin. tutor.* Sed quod subiicit de duobus correis, quasi in iis quoque idem sit, accommodatum non est. Nam in correis debendi generale est, vt ei qui conuenitur actionibus suis contra correum cedere pro parte creditor debeat, *l. rem hereditariam 65. infr. de euict.* non adhibita illa distinctione, quam Bartolus post Azonem adhibet, an is qui conuenitur ex correis talis sit, qui implorare possit beneficium diuisionis, necne. Nam & iure vetere quo erat incognitum inter correos beneficium hoc diuisionis à Iustiniano duntaxat introductum *Nouell. 99. de duob. reis*, vnde sumpta est *Auth. hoc ita C. eod.* iam ita obtinebat, vt correo qui solus conueniebatur, creditor aduersus correum præstare actiones cogeretur, nec alio remedio solidum soluenti correo succurri posset *d. l. rem hereditariam.* Eáque potissimum dubitandi ratio ad hunc locum esse videbatur propter quam non esset cogendus commodator actione cedere commodatario, conuento ex alterius commodatarij persona, quòd non essent verè correi iuxta Papiniani ratiocinationem *d. l. rem hereditariam.* Sed sufficere visum est, quòd sint quodammodo correi, vt Vlpianus loquitur in *d. l. 5. §. vlt. in fin. supr.* non vt omnimodo omníque casu præstanda sit actio vni ex cõmodatariis qui conuenitur aduersus alium commodatarium, quomodo in duobus verè correis contingeret, vt diximus, sed vt eo saltem casu quo is qui conuenitur, ex facto & culpa alterius conueniatur. Quod in duobus verè correis nunquam accidit, qui scilicet ex propria obligatione proprióque facto singuli conueniuntur, tum quoque cùm vnius factum alteri nocet. Vna enim omnium est obligatio *l.3. §.1. infr. de duobus reis* quæ in duobus commodatariis est diuersa, & duplex. Fideiussorum alia ratio est, vt benè Accursius notat. Etsi enim ij quoque ex propria obligatione singuli conueniuntur, tamen ob factum & debitum principalis debitoris cõueniuntur, cuius obligationi accedunt *auth. præsente C. de fideiuss. l. si diuisa 13. C. de locat.* Ideóque actiones fideiussori, qui prior conuenitur, cedi æquum est, non modò contra principalem debitorem (quamuis superuacua sit hæc cessio, nisi quantum ad hypothecariam actionem, cùm habeat reum satis obligatum actione mandati si mandatum interceserit, vel negotiorum gestorum, si nullum præcesserit mandatum *l. ex mandato 20. §. 1. infr. mandat.*) sed etiam aduersus confideiussores contra quos alioqui nullam haberet actionem *l. vt fideiussor 39. infr. de fideiuss.* Quod & in mandatoribus obtinet *l. si fideiussores 41. §. idem respondit eod. tit.* Nec in eo damnum aliquod est cedentis sine cuius dispendio ea cessio fit *l. in creditore 38. in fin. infr. de rebt.* Ex quo intelligimus quàm verum sit quod alibi sæpe docuimus, nunquam correos videri mutua vice fideiubere si non expresè id dictum sit *l. reos 11. infr. de duob. reis*: cùm fideiussorum & correorum iura omnino sint separata. Sed de his hactenus.

8. POMPONIVS libro 5. ad Sabinum.

REi commodatæ & possessionem, & proprietatem retinemus.

9. VLPIANVS

9. VLPIANVS libro 2. ad Edictum.

NEmo enim commodando rem facit eius, cui commodat.

Ad l. Rei commodatæ 8. & l. Nemo 9.

RAT. DVB. Commodatũ est ex numero & genere eorũ contractuum, qui re, id est, traditione perficiuntur §. *itẽ is cui Inst. quib. mod. re contr. obl. l. 1. §. is quoque cui infrà de oblig. & act.* Atqui traditio est vnus ex modis sex acquirendi iure Quiritium dominij, quos Vlpianus refert in fragmentis *tit. 19. de acquisit. rer. l. traditio 2. infr. de acquir. rer. domin. l. traditionibus 20. Cod. de pact.* Ergo etiam ex commodato transfertur dominium, scilicet si rem suam quis commodauerit, non etiam si alienam, cùm alienæ quoque rei commodatum possit consistere *l. commodare 14. infrà hoc tit.* Nam & in venditione idem contingit, vt etiam rei alienæ venditio valeat *l. rem alienam 28. infrà de contr. empt.* nec eo minùs tamen ex venditione transferatur dominium, si dominus venditor fuit *l. ex empto 11. §. 1. infr. de action. empt.* alioqui saltem vsucapiendi conditio in emptorem transferatur *l. claudius 74. de contr. empt.* adeò vt nemo possit videri eam rem vendidisse, de cuius dominio id actum est, ne ad emptorem transiret *l. penult. §. vltim. eodem tit.* De possessione autem rei commodatæ multò minus dubitari posse videtur, quin in commodatarium transferatur. Quid enim aliud est traditio quàm possessionis translatio? *l. 3. in princ. de act. empt.* Et quomodo non possidet is, qui etiam vsum rei habet, & quidem inuito quoque domino postquam commodatum factum est? Nec enim commodatori permittitur intempestiuè commodatum reuocare *l. in commodato 17. §. 1. infr. hoc tit.*

DEC. Non omnis traditio transfert dominium, necsi à domino ipso facta sit, sed ea tantùm quæ iusta est, non quæ nuda *l. numquam nuda 31. de acquir. rer. domin.* Iusta verò intelligitur & non nuda, quæ fit ex titulo aliquo præcedente eóque habili ad dominium transferendum, & à iure in eam rem adprobato. Qualis est titulus venditionis, permutationis, donationis, mutui, & si qui sunt similes, non etiam commodati, etsi enim titulus commodati non est iniustus, si iniustum pro iniquo accipias, non est tamen iure comparatus ad hoc, vt dominium ex eo transferatur, quia nemo commodando id agit, vt rei suæ dominium transferat in commodatarium, quemadmodum subiicitur *in l. seq.* Commodatum enim certi beneficij collatio non alienatio est *d. l. in commodato 17. §. 1. infr.* Generaliter autem verum est, actus nunquam operari vltra intentionem agentium *vulg. l. non omnis 19. & l. præced. supr. de rebus credit.* Et quemadmodum nihil tam æquitati naturali consentaneum est, quàm voluntatem domini rem suam in alium transferre volentis ratam haberi *l. qua ratione 9. §. hæ quoque res infr. de acquir. rer. domin.* ita nihil tam absurdũ, aut antiquum, quàm vt quis vel inuitus vel errans rei suæ dominium amittat *l. id quod nostrum 11. de regul. iur. l. si procurator 35. infr. de acquir. rer. domin. l. si id quod 7. in fin. de rescind. vendit. l. re tua 18. Cod. de rei vindic.* Et sicuti dominia rerum non nisi certis & legitimis modis acquiruntur, etiamsi voluntas transferendi & acquirendi dominij vtrinque concurrat *l. 3. supr. si vsufr. petet.* ita nec nisi certis & legitimis modis amittuntur, inter quos nec ipsa domini voluntas est, si non titulus aliquis iustus accedat *l. si quis vi 17. §. differentia infr. de acquir. poss.* Quod verò ad possessionem rei commodatæ pertinet, etsi longè facilius est, vt per traditionem possessio, quàm vt dominium transferatur, attamen nec ipsa quoque ex commodato transfertur, si de ea possessione intelligas, quæ verè ac propriè possessio est. Is enim demum verè ac propriè possidet, non qui simpliciter & corporaliter rem detinet asinina, vt loquuntur, detentatione, sed qui animo domini rem habet, vt ex Theophilo diximus ad *l. 5. §. vlt. supr.* Commodatarius autem tantum abest, vt animo domini rem teneat, vt è contrario, si velit animo domini rem commodatam contrectare, hoc ipso statim fur esse incipiat, & furtiua condictione teneri *l. si is qui 71. infr. de furt. §. quæ de fullone Inst. de oblig. quæ ex delict. nascunt. l. vlt. C. de furt.* quomodo & de depositario scriptum est in *l. si quis inficiatus 13. in princ. & §. 1. infr. depos.* Et longè aliud est possidere, aliud esse in possessione *l. si quis antè 10. infr. de acq. poss. l. certè 6. §. is qui rogauit infr. de precar.* Commodatarius in possessione quidem est, sed non possidet, commodator verò possidet, cuius scilicet nomine commodatarius rem tenet, is autem possidet cuius nomine possidetur, quia non idem est possidere & alieno nomine possidere *l. quod meo 17. de acq. poss.* Ergo verum est commodatorem & dominium & possessionem rei commodatæ retinere §. *per eos quoque Inst. de interd.* Idem iuris est in depositio *l. licèt 17. §. rei depositæ infr. depos.*

10. IDEM libro 29. ad Sabinum.

EVm, qui rem commodatam accepit, si in eam rem vsus est, in quam accepit, nihil præstare, si eam in nulla parte, culpa sua deteriorem fecit, verum est. nam, si culpa eius fecit deteriorem, tenebitur.

Ad l. Eum qui 10.

RAT. DVB. Commodatarius omnimodo tenetur rem commodatam reddere *l. 1. §. is quoque de obl. & act.* Atqui non videtur reddere qui deteriorem reddit *l. 3. §. si reddita sup. hoc ti. l. 1. §. si res deposita 16. inf. depos.* Ergo tametsi is qui rẽ commodatam accepit, in eam rem vsus sit, in quam acceperit, si tamen deteriorilla facta sit etiam citra culpam cõmodatarij, dicendũ est eam nõ liberari. Non minùs enim hoc casu deterior redditur, quàm si aliqua cõmodatarij culpa interueniisset. DEC. Nihil imputari potest cõmodatario qui re commodata vsus est, in eam tantum rem in quam accepit, si nulla ipsius culpa mixta sit, vt Bartolus loquitur, cùm id actum sit inter contrahentes, vt ea re ita vteretur: sed imputare sibi commodator ipse debet, cur in eum vsum rẽ suam cõmodauerit, cùm præuidere potuerit, & debuerit fore fortassis, & fieri posse, vt ex eo vsu res deterior efficeretur *l. vlt. inf. hoc tit.* Ergo nõ potest eo nomine teneri commodatarius, quippe qui licèt de qualibet culpa etiam leuissima teneatur, sine culpa tamen aliqua non tenetur. Generale autem & perpetuum est, vt culpa omninò nulla si eius, cui nihil penitus imputari potest. Quòd si culpa eius aliqua sit, tenebitur, quia nec rem reddidisse hoc casu videtur, qui deteriorem reddidit *d. §. si reddita & d. l. vlt. infr.*

BIU Cujas

1 ¶ Si rem inspectori dedi: an similis sit ei, cui commodata res est, quæritur. & si quidem mea causa dedi, dum volo pretium exquirere, dolum mihi tantùm præstabit. si sua, etiam custodiam. & ideò furti habebit actionem [a]. Sed & si, dum refertur, periit [b]: si quidem ego mandaueram, per quem remitteret, periculum meum erit: si verò ipse, cui voluit, commisit, æquè culpam mihi præstabit, si sua causa accepit.

II. PAVLVS libro 18. ad Sabinum.

QVi non tam idoneum hominem elegerit, vt rectè id perferri possit.

Ad §. 1. Si rem. Et l. qui non tam idoneum 11.

RAT. DVB. Cùm quis rē aliquam inspectori dedit inspiciendam, contractus innominatus est, ex quo proinde non alia nasci actio potest, quàm præscriptis verbis *l. si gratuitam* 17. §. 1. *inf. de præscript. verb.* Atqui cōtractus commodati nominatus est, ex eóq; nascitur actio propria & nominata à prætore introducta quæ dicitur commodati *l. 1. sup. hoc tit.* Ergo non potest hic cōtractus similis esse cōtractui commodati. DEC. Contractus innominati licèt toto genere differant à nominatis, plerumque tamen similes eis sunt, habēntq; similes ferè præstationes, propter similem naturam negotij gesti, vt in hac specie contingit, in qua licèt nullum sit commodatum, attamen negotium quod geritur, prope commodatū est, aut prope depositū, vt loquitur Vlpianus ex Papiniano in *d. l. si gratuitam* 17. §. *Papinianus aliàs l. si rem l. naturalis* 5. §. *pen. l. Titius* 24. *de præscr. verb. l.* 1. §. *si quis seruum* 9. *inf. deposit.* Distinguendum tamē est, vt Vlpianus hic scribit, an mea causa dederim rem inspiciendam, dum volo fortassis pretium exquirere, an tua, non quasi vno casu potiùs, quàm alio commodatum sit, sed quia priore casu dolum solū præstare mihi debet is, cui rem inspiciendam dedi, exemplo sc. commodatarij, qui sui tantùm lucri gratia commodatum dedit, posteriore autem casu etiam custodiam, id est, exactissimam in re custodienda diligentiam: exemplo quoque commodatarij, qui sui tantùm gratia commodatum accepit. Eadem enim ratio æquitatis & eadem æquitas distinctionis locū habet in commodatore, & in eo qui rem inspiciendam dedit: itémque in commodatario & eo qui rē inspiciendam accepit, secundùm ea quæ scripsimus in *l. si vt certo* 5. §. *nunc videndum supr. hoc tit.* Quærit autem Accursius, eo casu quo res inspectori data est inspicienda, solius dantis gratia, quo casu diximus dolum dūtaxat præstare illum debere, an inspector probare debeat, se sine dolo malo rem amisisse, an verò is qui inspiciendam dedit dolum malum inspectoris intercessisse? Et tandem cum Azone rectè concludit ex iuris regula, eum qui dolo factum esse dicit, dolum probare debere *l. quoties* 19. §. *qui dolo inf. de probat.* Is enim qui dicit probare debet non qui negat *l. 2. eo. l. omnia* 32. *aliàs l. cùm ita* §. *species de legat. 2. l. si nulla* 8. *C. de pign. act.* Planè amissionem probare debet is qui se dicit rem perdidisse, culpam autem amissionis ille qui allegat *l. si creditor* 5. *eod. tit.* vbi Bartolus.

a *Et ideò furti habebit actionem.* RAT. DVB. Furtum est contrectatio rei alienæ inuito domino *l. 1. infr. de furt.* Atquin is qui rem suam inspiciendam dedit, licèt inspectoris gratia, non eo minùs dominium rei suæ retinet, imò longè magis, quàm is qui rem suam commodauit *l. rei commodatæ* 8. *supr.* Ergo si eius rei furtum factum sit, furti actio ipsi debet competere, non inspectori.

DEC. Furti actio non tantùm domino competit, sed etiam iis omnibus quorum ex iusta & honesta causa interest *l. cuius* 9. *l. si vendidero* 80. §. 1. *inf. de furt.* Atqui ex honesta causa eius interest, qui rem inspiciendam accepit, eo nimirum casu quo periculum ad eum pertinet, quia eo nomine tenetur ei qui inspiciendam dedit, vt proximè diximus. Ergo ei actio furti danda est, non domino, cuius nihil interesse videtur, cùm paratam habeat aduersus inspectorem pro sua indemnitate actionem *l. rem inspiciendam* 78. *eod. tit. de furt.* Iunge *l.* 1. §. *pen. aliàs l. idem Pomponius l.* 4. *l. vlt. in princ. supr. Naut. caup. stabul.*

b *Sed etsi dum refertur periit.* RAT. DVB. Commodatarius tenetur ad rem commodatam omnimodo reddendam *l.* 1. §. *is quoque infr. de oblig. & act.* Ergo suo & periculo & sumptu debet eam reddere, quia vtilitatis ipsius gratia id fit, vt liberetur *arg. l. sed etsi* 11. §. 1. vbi Accursius *supr. ad exhib.*

DEC. Commodator qui commodatario mandauit, per quam personam res commodata referretur, sibi debet imputare, cur minùs idoneam personam ad rem referendam elegerit, cúmque hoc ipso sit in culpa malæ electionis, non debet ipsius culpa ad commodatarij damnum pertinere: si verò commodatarius ipse rem referendam commisit ei cui voluit, æquè culpam præstare debet, si sui tantùm gratia commodatum acceperat, quia æquè in culpa est, quòd non satis idoneam personam elegerit, per quam res commodata rectè, id est, tutò perferri referríque posset. At subiicitur in *l. seq.* Quòd si commodantis tantùm gratia commodatum factum fuerat, solum dolum commodatarius præstabit *l. si mei causa* 12. *infr.* Est igitur illa inter hos casus differentia, quòd commodatore ipso mandante distinctioni locus nullus est, an ipsius, an commodatarij gratia commodatum factum sit, quia tum etiam cùm solius commodatarij fauor versatur, voluntati tamen commodatoris obtemperare commodatarius debet, neque culpa ei aliqua obiici potest, quòd minùs idoneam personam elegerit, quia non elegit. At cùm ipse commodatarius committit certæ personæ rem perferendam, si quidem sui tantum lucri gratia commodatum acceperat, diligentior esse debuit ad idoneam personam eligendam, nec caret culpa si malè eligat, culpam porrò præstare hoc casu debet, vt diximus. Si verò fauore commodantis acceperit commodatum, est quidem perinde in culpa si minùs idoneum latorem eligat: sed non ideò tenetur, nempe quia culpa hæc longè distat à dolo, quem solum præstare hoc casu commodatarius debet. Atque ita benè Accursius noster distinguit, licèt nullam distinctionis suæ rationem adferat. Idcirco fortassis, quod ex iis quæ iam dicta sunt, satis apertè pendeat. Idem tamen distinguit in *l. seq.* quomodo etiam Bartolus hîc, an fuerit actum inter contrahentes, vt commodatarius per seipsum rē commodatam referret an non, vt priore casu omnimodo teneatur commodatarius,

BIU Cujas

datarius, tanquàm qui eo ipso sit in culpa, quod ipse rem non referat, vt debuit, quamuis idoneum hominem elegerit, aut eum, qui idoneus putabatur, non enim alium, quàm seipsum eligere debuit *l si procuratorem 8. §. si tutores infr. mandat. leg. 2. supr. si mens. falsum. mod. dixer. l. vlt. §. hac autem actione vers. seruorum sup. naut. caupon. stabul.* posteriore autem casu non teneatur commodatarius, nisi fuerit in culpa malæ electionis *l. argentum 20. infr. hoc tit. l. nam & Seruius 21. §. vlt. sup. de negot. gest.* Quòd si dubitetur quid inter contrahentes actum sit, non aliud dici potest, quàm quod post Accursium ad *leg. seq.* vult Bartolus, vt ex qualitate personarum, & rei, & ex eo quod consuetum est, perpendi hoc & æstimari debeat *l. vel. vniuersorum 12. inf tit. prox. l. plenum 12. §. equitis sup. de vsu & habit. l. continuus 137. §. cùm ita de verbor. oblig.* Alias distinctiones addit hîc Bartolus de nuncio qui mittitur ab eo, cui res debet referri. Plerunque enim facti quæstio est, an nuncius ille sit, qui se talem dicit, nisi se talem probet: sibi enim debet imputare & suæ credulitati, si pro nuncio admiserit eum qui non erat *l. qui hominem 34. §. si nullo infr. de solut. l. 1. §. 1. supr. de eo per quem fact. erit l si quis vxori 52. §. apud Labeonem infr. de furt. cap. prudentiam vbi Innocent. extr. de offic. deleg.* nisi fortè solitus erat dominus eo vti tanquã nuncio. Hoc enim sufficit, vt ei qui nuncium ipsum credidit, nihil imputari possit *l. vlt infr. quod cum eo qui in alien. potest. l. si quis seruo 18. & l. seq. inf. de solut.* Aliud est, si quis non nuncio, sed latori literarũ soluerit, aut rem reddiderit, cùm ita mandatum esset, vt latori solueretur aut res præstaretur. Hîc enim semper securus est, nec facti quæstio relinquitur, vtrum nuncius fuerit qui lator literarum fuit. Vide Bart. in *l. Lucius 24. infr. de fideiuss.*

12. VLPIANVS libro 29. ad Sabinum.

SI mei causa, dolum tantùm. Commodatam rem missus qui repeteret, cùm recepisset, aufugit. si dominus ei dari iusserat: domino periit, si commonendi causa miserat, vt referretur res commodata: ei, cui commodatus est.

Ad l. Si mei causa 12.

Pendet initium huius legis ab iis quæ diximus ad finem *legis eum qui 10. sup.* & posteriorem distinctionis illius partem continet, si res commodata dũ refertur perierit apud eum cui commodatarius rem commisit, an scilicet commodatarius sui causa cõmodatum acceperit, an gratia cõmodantis, vt priore casu culpam quoque præstare commodatarius debeat, posteriore verò non nisi dolum. Superiori quæstioni proxima & finitima illa est, quæ in §. 1. *huius legis* proponitur, si missus ad rem commodatam repetendam, eâ receptâ aufugerit, cui res pereat. Respondet autem Vlp. cum distinctione scilicet periisse domino, eidémque commodatori, si is iusserat, vt huic nuncio res cõmodata redderetur, contrà verò, si commonẽdi tantùm gratia, vt res commodata referretur, dominus eum miserat, commodatario periisse. Ratio dubitandi erat, quia erat verè hic nuncius, nec dubitabatur, quin à domino ad rem commodatam repetendam missus esset, vt proinde videretur commodatarius omnimodo liberandus & sine distinctione, qui rem commodatam vero commodatoris nuncio reddidisset. Quidenim refert, an per se, an per nuncium, quis rem suam reposcat? An non potest ei imputari, cur minùs idoneum, minúsque fidum nuncium elegerit? secundum ea nimirum quæ in præcedentibus proximè disputauimus *l. mulier 41. & seq. inf. ad SC. Trebell.* Sed distinctionis ratio est, quia is qui nuncium misit ad commodatarium, commonendi tantùm ipsius causa, vt rem referri curaret, non ideò videtur ei mãdasse, vt per eum ipsum nuncium rem referri curaret: non enim si putauit eum idoneum ad commonendum, consequens etiam est, vt idoneum putauerit ad rem referendam. Aliud siquidem officium est commonendi, aliud verò rem perferendã accipiendi, nec debuit commodatarius consentire nuncio mandati fines excedenti *l. diligenter 5. infr. mandat.* Quid ergo si nuncius hic commodatario mentitus sit, dicens missum se ad rem commodatam recipiendam, cùm reuera non nisi commonendi gratia missus esset? Respondet Accursius post Azonem, & rectè, non debere id nocere commodanti, sed commodatario potiùs, cui imputandum est, quod tam credulus fuerit ex *l. cùm quis 38. §. si debitorem l. qui hominem 34. §. si nullo inf. de solut. l. 1. §. 1. sup. de eo per quem fact. erit.* suam enim cuique credulitatem nimiam ei nocere æquiùs est, quàm alteri *l. 3. §. sed si sic accepit infr. de in rem vers. l. 2. quod fals. tutor. author. l. vlt. in princ. C. de accusat.*

13. POMPONIVS libro 11. ad Sabinum.

SI is, qui commodatum accepit, non apparentis rei nomine commodati condemnetur: cauendum ei est, vt repertam dominus ei præstet.

Ad l. Si is qui 13.

RAT. DVB. & DECID. ad initium huius legis eadem est, quæ ad *leg. si vt certò 5. §. 1. supr. hoc titulo*, vbi diximus. Vterque enim locus est de re commodata extante quidem, sed non apparente, id est, quæ in rerum quidem natura adhuc sit, sed quæ tamen vbi sit, nesciatur. Nam si perempta esset, vt in superiorum legum casibus, non nisi frustra & ridiculè quærendum esset de cautione præstanda, vt repertam rem dominus commodatario præstaret, quæ nec reperiri vnquam, nec præstari amplius posset. Ideò autem cauendum est commodatario, vt repertam rem dominus ei præstet, quia commodatarius litis æstimationem præstando, rei commodatæ dominium sibi acquisiuisse intelligitur *dict. l. 5. §. 1. supr.* Sed verum tamen est, quod Accursius notat, si æstimationem quam à commodatario accepit, malit ei reddere ex *l. in commodato 18. §. vlt. infr. eod.*

BIU Cujas

1 ¶ Si quem quæstum fecerit is, qui experiendum quid accipit: veluti si iumenta fuerint, eaque locata sint: idipsum præstabit ei, qui experiundum dedit. neque enim ante eam rem quæstui cuique esse oportet, priusquàm periculo eius sit.

Ad §. 1. Si quem quæstum.

RAT. DVB. Merces locationis non ex re ipsa, sed ex negotiatione percipitur, quomodo de venditionis precio scriptum est in *leg. venditor 21. infr. de heredit. vel act. vendit.* Atqui negotiatus est ille qui iumenta locauit, quæ experiunda acceperat, non ille qui experiunda dedit. Ergo ad eum quæstum mercedis pertinere debet, non ad dominum. Alioqui ex vnius contractu actio, & lucrum alij quæreretur contra iuris regulam *leg. quæcunque 11. infr. de oblig. & action. leg. stipulatio ista 38. §. alteri verb. oblig.* DEC. Non debet vlla res cuiquam esse quęstui, priusquàm eius periculo sit. Est enim secundum naturam cuiusque rei commoda eum sequi, quem sequuntur incommoda *leg. secundùm naturam 11. de reg. iur. l. Iulianus 13. §. ex vendito & §. si quid seruo infr. de act. empt. leg. final. §. penult. C. de furt.* Atquin is qui iumenta experiunda accepit à domino empturus posteà si placerent, non fit dominus antequàm emerit, quia nullam adhuc possessionem habet, nullúmque titulum possessionis, si quam haberet, sine titulo autem non transfertur dominium, nec si res à domino tradita sit *leg. nunquam nuda 31. de acquir. rer. domin.* Proinde non possunt iumenta eius esse periculo, quamuis ea locauerit: siue cum Accursio dicas furtum eum fecisse, quasi qui re commodata vsus sit ad aliũ vsum sciens & præter domini voluntatem ex *l. si vt certo 5. §. quinimò supr. hoc tit.* (nam vt idem notat Accursius, eius demùm periculi gratia permittendum alicui est, quæstum facere ex re aliena, quod ipse vltrò & ex bona fide vel ex natura contractus susceperit, vt in *l. si vnus 67. §. 1. infr. pro socio*, non etiã si ob id quòd in aliena re dolo malo versatus sit, cùm nemo ex dolo suo lucrari debeat *l. ne ex dolo 12. supr. de dolol. itaq; fullo 12. §. 1. infr. de furt. l. 1. Cod. de rei vindic.*) siue dicas, quod malo, cum Bartolo, non videri hunc qui commodata iumenta experiunda acceperat, iis vsum esse aliter quàm vti debuerit, ideóque nec furtum fecisse, tametsi ea locauerit, quandoquidem & experiundi gratia locari potuerunt *l. eum qui 10. supr.* Non enim potest hoc casu periculum transferre locatio in eum qui experiundi gratia acceperat, cùm nihil sit quod imputari ei possit, aliter atque si desultor fuerit, qui in his iumentis cucurrerit & vicerit, vt in *l. apud Labeonem 20. infr. de præscr. verb.* siquidem periculi materiam maiorem præbet certamen, quàm locatio. Et consequenter multo minùs dicendum est, quæstum locationis ad eum pertinere, qui iumenta experiunda acceperat, cùm inter contrahentes id actum esset, vt experimentum gratuitum acciperet, non etiam vt ex iumentis illis quæstum faceret *d. l. apud Labeonem*, vbi hanc ob causam dicitur, quod in hac lege omninò ex illa supplendum est, competere actionem præscriptis verbis, ei qui experiunda iumenta dedit, vt non modò iumentorum restitutionem, sed etiam idipsum lucrum, quod ex locatione prouênit, consequatur, ne priùs quæstum ex iumentis faciat, quàm eius periculo esse cœperint, vt in hac lege scriptum est. Planè si perfecta & secuta esset, emptio danda esset ex vendito actio, non præscriptis verbis *d. l. apud Labeonem §. 1.*

2 ¶ Si libero homini, qui mihi bona fide seruiebat, quasi seruo rem commodauero: videamus, an habeam commodati actionem. nam & Celsus filius aiebat: si iussissem eum, vt aliquid faceret, vel mandati cum eo, vel præscriptis verbis experiri me posse. idem ergo & in commodato erit dicendum, nec obstat, quòd non hac mente cum eo, qui liber bona fide nobis seruiret, contraheremus, quasi eum obligatum habituri. plerumque enim accidit, vt extra id, quod agitur, tacita obligatio nascatur: veluti cùm per errorem indebitum soluendi causa datur.

Ad §. 2. Si libero homini.

RAT. DVB. Qui contrahit cum libero homine bona fide seruiente, non ea mente contrahit, quasi eum obligatum habiturus: scit enim aut scire debet non posse obligationem contrahi nimirum ciuilem, ex qua nascatur actio inter dominũ & seruum *leg. nec seruus 41. infr. de pecul. leg. serui 14. de oblig. & act.* Atqui actus nunquam operantur vltra intentionem agentium *vulg. l. non omnis 19. & l. præced. supr. de reb. credit.* Ergo si libero homini, qui bona fide mihi seruiebat, quasi seruo meo, rem aliquam commodauero, actionem commodati cum eo habere non possum, quia cum seruo nulla actio est, nec si extraneus cum seruo contraxerit *l. cum seruo 107. de regul. iur.* DEC. Plerunque accidit, vt extra id quod agitur, tacita obligatio aliqua nascatur, veluti cùm per errorem indebitum soluendi causa datur, nam & hîc nascitur obligatio & condictio indebiti præter mentem contrahentium, quæ illa est, vt obligationem quam subesse putant, distrahant, non vt contrahant nouam *l. 5. §. is quoque qui non debitum infr. de oblig. & act.* Non enim ob id minùs obligari quis debet, quod de obligando eo neque actum, neque cogitatum sit, si modo iusta subsit causa & materia eius obligandi, nec quicquam repugnet ex parte rei vel personarum, siue error sit in iure consecutiuo, vt Bartolus loquitur, siue in antecedente & consequente *l. cùm fundus 32. §. seruum supr. de reb. credit. leg. si procuratorem 8. §. si liber homo infr. mandat.* Atqui cùm homini libero quasi seruo meo rem commodaui, nihil repugnat neque ex parte mea, neque ex parte commodatarij, quominùs actio commodati nascatur, cùm & traditio rei interueniat, & is qui commo-

BIU Cujas

commodatum accipit, liber homo sit, qui proinde etiam ciuiliter obligari mihi potest, & ipso iure *l. homo liber* 54. §. 1. *inf. de acq. rer. domin.* adeò vt si mihi dānum dederit, etiam damni iniuriæ, & lege Aquilia mihi teneatur, vt ibidem subiicitur, & scriptum est in *l. liber homo* 13. §. 1. *sup. ad l. Aquil.* Ergo non tantùm æquitas, sed etiam iuris ratio facit, vt statim atque liber compertus est, habere debeam contra eum mādati actionem, quemadmodum & si iussissem aliquid eum facere, vel mandati cum eo, vel saltē præscriptis verbis experiri possem, vt Celsus filius dicebat. In quo tamen videtur Celsus à Labeone dissensisse, quem Paulus refert in *l. atqui natura* 19. § *si liber sup. de negot. gest.* existimasse, non esse hoc casu cum homine libero mandati actionem, quia non libera voluntate exequitur rem sibi mandatam, sed quasi ex necessitate seruili. Ex quo inferebat, subsidiariam ergo actionem negotiorum gestorum hoc casu competere, quia & gerendi negotij mei habuerit adfectionem, & is fuit quem obligare iure possem. Quæ ratio certè tam vera & aperta est, vt Labeonis sententia longè probabilior esse videatur, quàm Celsi: qui nec adfirmare ausus est mandati actionem hoc casu competere, cùm adiecerit, *vel præscriptis verbis*, cui actioni locus esse solet, vt sæpe monuimus, quoties de nomine vel iure actionis dubitari probabiliter potest, an & quæ competat, quia tutius semper est agere præscriptis verbis, vt malè ac perperam electæ actionis periculum euitetur, vt in *l. si gratuitam* 17. *in princ. l. Titius* 24. *infr. de præscr. verb. iunct. l.* 1. *sup. hoc tit.* Nam quæ ab Irnerio, Azone, & Accursio, & Bartolo adferuntur cōciliationes, cùm verbis huius §. apertè repugnent, probari certè nullomodo possunt. Alia species est, quæ ab Vlpiano tractatur in *dict. l. si procuratorem* 8. §. *si liber homo infr. mandat.* vbi liber homo bona fide seruiens mandasse, non autem mandatum executus fuisse proponitur, quo casu ratio Labeonis locum non habet, sicut neque cum tractatur de commodato, de quo hîc agimus. In cæteris námque actionibus omnibus prudentes consenserunt, posse illas nasci & exerceri contra liberum hominem ex omni negotio, quod is bona fide seruiens gesserit. Solam mandati actionem Labeo excipiebat, cuius speciale ius illud est, vt quemadmodum non nisi ex præcedente mandato potest competere *l. ex mandato* 20. §. 1. *inf mandat.* ita neque ex alio mandato quàm, quod libera voluntate & susceptum & executioni mandatum sit.

14. VLPIANVS libro 48. ad Sabinum.

Si seruus meus rem meam tibi, scienti nolle me tibi commodari, commodauerit: & commodati, & furti nascitur actio, & præterea condictio ex causa furtiua.

Ad l. Si seruus 14.

RAT. DVB. Non potest fieri, vt ex eodem facto duæ contrariæ actiones & incompatibiles nascantur, nisi contra furem & ipsius odio §. *sic itaque Instit. de action.* Atqui actio commodati, & actio furti, nascuntur ex causis & fontibus non modò diuersis, sed etiam contrariis & incompatibilibus. Actio enim commodati nascitur ex consensu domini, sicut & cæteræ omnes, quæ ex contractu vel ex quasi contractu oriuntur *l. in omnibus* 55. & *l.* 57. *infr. de oblig. & action.* furti autem actio nascitur ex eo quòd quis inuito domino rem alienam contrectauerit *l.* 1. *infr. de furt.* Implicat autem contradictionem, vt dominus cuius rem seruus commodauit, & consenserit commodato, & non consenserit. Ergo nec illud fieri potest, vt ex eo facto serui commodantis, rem quam commodatarius sciat nolle sibi commodari, & commodati actio nascatur, & furti, nec rursum vt condictio quoque furtiua: nemo enim ex eo solo quòd commodatum accepit, obligatur condictione furtiua, sed ex eo tantùm quòd rem commodatam nolit dolo malo reddere, quomodo de deposito scriptum est in *l. si quis inficiatur* 13. §. 1. *inf. depos.* Nec est quòd quis dicat, odio furis posse hoc admitti *d.* § *sic itaque*, furem verò eum esse, qui rem commodatam accipit à seruo illius, quem sciebat nolle sibi commodare. Ita enim esto, vt furti actio dari hoc casu debeat, de quo nec dubitandum est: quis dicat ideò commodati quoque actionem nasci ex eo serui facto debere. Et verò fatentur omnes, non posse ambas istas actiones à domino exerceri tanquam contrarias ex *leg.* 1. *C. de furt.* sed separant exercitium actionum ab earum natiuitate, quasi contrarietas sit in exercitio actionum, non etiam in earum competentia, & natiuitate. DEC. Actio commodati nascitur ex commodato, commodatum autem facti est, vt & contractus omnes cæteri *l. consilio* 7. §. *vlt. infr. de curat furios.* ac proinde fieri etiam à seruo potest, qui scilicet capax eorum omnium est, quæ sunt facti *l. nec seruus* 41. *infr. de pecul. l. g. qui heredi* 44. *de condic. & demonstr.* Ergo ex commodato quod seruus meus fecerit, etiā me inuito, commodati actio nasci potest: nec enim domini consensus in hoc est necessarius, licèt eius res sit, sed serui commodantis. Nihil autem repugnat, quominus seruus meus commodatam tibi rem meam velit, & ego nolim. Ex eo quod seruus meus rem meam commodatam tibi vult, & commodat, nascitur mihi etiam inuito actio commodati, ex eo autem quod inuito me id factum est, nascitur mihi actio furti, & condictio furtiua. Nulla igitur est implicatio, vt ex eo serui mei facto, & commodati actio & furti, itémque condictio furtiua mihi acquiratur. Nascitur enim commodati actio ex serui mei voluntate, furti autem actio & condictio furtiua ex mea voluntate. Planè in exercitio harum actionum repugnantia & implicatio est, quoniam is qui agit commodati hoc ipso factum serui adprobat, quod contrà improbat, cùm vel furti agit, vel condictione furtiua. Quod & in mandati actione iuris est *d. l.* 1. *C. de furt. l. si seruus alienus* 66. *de fideiuss.* Repugnantia autem ex eo proficiscitur, quòd dominus solus ille est, qui agit & furti, & commodati, aut mandati. Non enim sicuti contrahere, ita & actionem ex contractu exercere seruus potest. Ac proinde non quemadmodum alia est persona commodantis, alia furtum patientis, ita & dici potest aliam esse personam agentis actione commodati, aliam verò agentis actione furti: quamuis non sit nouum,

vt actio mandati cum actione furti inter easdem personas concurrat, vt in specie *leg. si mandauero* 22. §. *si tibi centum infr. mandat.* Vera igitur ratio propter quam si commodati egero, posteà furti agere non possum, non illa est, quam priore loco adfert Accursius, quòd interesse sim consecutus, (ea namque ratio in actionibus rei persecutoriis locum habet, non in iis, quarum altera sit rei persecutoria, altera merè pœnalis *l. si is cui* 71. *in princip. infr. de furt. iunct. l. in rebus* 18. §. *siue autem hoc tit. l. vnde quæritur* 7. §. 1. vbi diximus *supr.*) sed illa potiùs quam posteriore loco adfert, quòd agendo commodati ex contractu serui mei, hoc ipso ratũ habeã quod seruus meus gessit d. *l. si seruus* 66. *de fideiuss.* quẽadmodũ & is qui à sententia contra falsum procuratorẽ reddita appellat, hoc ipso falsi procuratoris factũ habere ratũ intelligitur *l.* 3. §. *falsus procurator infr. rat. rem haber.* Est autẽ ratio hæc non tantũ iuris, sed etiã æquitatis *d. l.* 1. *C. de furt.*

15. PAVLVS libro 29. ad Edictum.

COmmodare possumus etiam alienam rem, quam possidemus: tametsi sciẽtes alienam possideamus.

Ad l. Commodare 15.

RAT. DVB. Commodatum species quædam beneficij est *l. in commodato* 17. §. *sicut infr. hoc tit.* Atqui species furti est, largiri ex alieno & sibi acquirere beneficij debitorem *l. si pignore* 54. §. 1. *infr. de furt.* Ergo non debuit recipi, vt commodare quis rem alienam posset, præsertim quam alienam esse sciret. Nam neque id videtur esse ex bona fide, cùm tamen commodatum bonæ fidei contractus sit, vt sæpius diximus *leg.* 3. §. *in hac supr.* §. *actionum Instit. de action.* DEC. Commodatum neque dominium, neque possessionem rei commodatæ transfert in accipientem *leg. rei commodatæ* 8. *& seq. supr. hoc titulo.* Et tamen negari non potest, quin aliquod negotium geratur inter commodantem & commodatarium *dict. leg. in commodato* 17. §. *sicut infr.* nec proinde, quin æquum sit rem commodatam à commodatario restitui commodatori, comparata in eam rem actione commodati, vt diximus ad *leg.* 1. *supr.* Nihil ergo vetat quominùs etiam res aliena commodari possit à non domino, non modò qui sciat esse alienam, sed qui prædo quoque sit, cùm ex ea re nullum domino damnum inferatur, cui non eo minùs libera est rei suæ vindicatio aduersus commodatarium, vt & aduersus alium quemcunque possessorem: quomodo euenit re aliena vendita: nam & rem alienam vendi quoque posse placuit *leg. rem alienam* 28. *infr. de contr. empt.* quamuis ex venditione aliquo casu dominium transferatur, nempe si venditor sit ipse dominus *leg. exempto* 11. §. 1. *infr. de action. empt. leg. traditio* 20. *de acquir. rer. domin.* adeò vt non possit videri ea res vendita de cuius dominio actum est, ne emptori acquiratur *leg. penultim. in fin. de contr. empt.* cùm è contrario non possit dici res commodata, si aliquo casu de dominio in commodatarium transferendo conuenerit *dict. leg. rei commodatæ* 8. *& seq. supr.* neque in eo quicquam fit contra bonam fidem, tametsi alienam rem quis commodet, quam sciat alienam. Bona enim fides in hoc contractu, vt & in cæteris omnibus bonæ fidei contractibus æstimatur ex negotio ipso, quod geritur inter contrahentes, non ex eo quod alteruter contrahentium extrà causam contractus in bona vel mala fide fuerit. Nam nec quicquam prohibet eum, qui respectu domini sit in mala fide, respectu tamen illius cum quo contrahit, bonam fidem habere, puta si quod ex alieno habet, apud ipsum deponat, vel ipsi vendat aut commodet. Nemo enim rem alienam deponendo, vel commodando fur fit, aut prædo, sed eam contrectando inuito domino, quod fit priusquàm commodatum, vel depositum, vel venditio contrahatur.

16. MARCELLVS libro 5. Digestorum.

ITa vt, si fur, vel prædo commodauerit, habeat commodati actionem.

Ad l. Ita vt, si fur 16.

RAT. DVB. Nemo ex improbitate sua potest sibi acquirere actionem, vt neque lucrum aliud vllum. Est enim lucri species acquirere sibi actionem, cùm ex eo locupletior quis fieri existimetur *leg. si quid possessor* 31. *in princip. supr. de hered. petit.* Vnde est quod fur agere furti non potest, *leg. itaque fullo* 12. §. *primo infr. de furt.* Ergo nec si rem furtiuam commodauerit, permittendum ei est, vt commodati agat, multòque minùs prædoni & raptori, qui fur improbior esse dicitur *leg. item si cùm* 14. §. *qui intulit supr. quod met. caus. leg.* 1. *infr. vi bonor. rapt.*

DEC. Contractus omnes tam qui ex gentium, quàm qui ex ciuili iure comparati sunt, itémque obligationes, quæ ex iis contractibus, & actiones, quæ ex iis obligationibus proficiscuntur, non aliam rationem habent, quàm vt sibi vnusquisque acquirat, quod sua interest *l. actionum* 25. §. 1. *de oblig. & act. l. stipulatio ista* 38. §. *alteri de verb. oblig.* Atqui etiam furis interest, vt si rem furtiuam deposuerit, vel commodauerit, furti actionem habeat; cùm ad rei restitutionem domino teneatur *leg.* 1. §. *si prædo* 39. *infr. deposit. leg. non à iudice* 64. *supr. de iudic.* Idem est si prædo rem pignori dederit *leg. si pignore* 22. §. *si prædo infr. tit. prox.* Ergo neque commodatarius, neque depositarius, neque creditor pignoratitius, qui rem à prædone accepit, recusare potest, quominùs actione depositi, vel commodati, vel pignoratitia conuentus eam restituat, nisi fortè dominus ille sit, qui cum prædone contraxerit. Non enim bona fides patitur, vt dominus rem suam possessori restituere teneatur *l. bona fides* 131. *in fin. infr. depositi.* Neque verò his casibus fur & prædo ex improbitate sua acquirunt actionem, sed ex contractu quem bona fide inierunt, licet ipsi malę fidei possessores sint, si proximã & immediatã causam respicias, non si remotã, & mediatam, vt iam olim cõtra

Irnerium

BIU Cujas

Imerium Accursius disputauit ad *dict. leg. 1. §. si prædo infr. depos.* Longéq; dissimile est, quod obiecimus furem furti agere non posse *dict. leg. itaque 12. §. sed furti infr. de furt.* Nam vt ibidem Accursius disputat, valde differt actio furti à cæteris, in eo maximè, quòd actio furti ei potissimùm datur, cuius maximè interest, magis autem interest domini, cuius res furto subtracta est etiam furi, quàm furis, actio autem commodati non potest alij dari quàm ei qui contraxit, fur porrò non dominus contraxit. Quãquam ratio hæc si propiùs inspicias, magis probat cur furti actio danda sit domino tum quoque cùm priori furi furtum factum est, quàm cur ipsi etiam furi danda non sit, cùm negari non possit, quin ipsius quoque furis interfit, cùm ad rei restitutionem domino teneatur *dict. leg. 1. §. si prædo infr. depos.* Dicendum itaque est cum Vlpiano in *dict. leg. itaque*, furti actionem ideò furi non competere, quia ex improbitate sua, & delicto suo actionem consequi non debet, consequeretur autem, si actionem furti haberet ob id solùm, quod eam rem furto subtraxisset. Non enim sufficit interesse nisi ex honesta & iusta causa interfit *leg. cuius interfuit 9. eod. tit. de furt. leg. 3. §. sciendum supr. ad exhib.* Tum autem interest furis ex honesta causa, cùm ipse contraxit, & rem furtiuam deposuit vel cõmodauit vel pignori dedit, eámque ex contractu reposcit, vt eandem domino restituat, quamuis non nisi tanquam fur ad restitutionem eius teneatur, quia honesta semper est restitutio rei alienæ tametsi furtiuæ, dum ne ex furto ipso solo actionem sibi paret ille qui furtum fecit. Cùm autem hoc casu de sola possessione agatur, sola possessio æstimanda est non proprietas *l. 3. in fin. infr. vti possid.* nisi cùm æstimatio fit per iusiurandum in litem, vt in *l. 3 §. in hac supr.* aut cùm delictum aliquod interuenit, quo casu proprietas æstimanda est, non possessio *l. non abs re 10. C. vnde vi l conductores 34. C. de locat.* Et ita benè hîc distinguit. Alia quæstio est, si dominus non ex contractu agat cum eo cum quo contraxit, sed rei vindicatione, an dominij quæstionem ei referre depositarius vel commodatarius possit. In qua quæstione veriùs est, posse: quisquis enim agit rei vindicatione, sibi eam legem imponit, vt non aliter possit vincere, quàm si se dominum probet plenissimè, impleátq; intentionem, quia dominum se dicit *l. in rem 23. in princip. & pass supr. de rei vindicat. l. doce 9. l. vlt. Cod. eod.* Nec quærendum est de iure possessoris, nisi postquàm petitor plenè probauerit *leg. 2. infr. vti possid. leg. 4. Cod. de edend.* Neque hoc casu locum habet, quod scriptum est in *leg. si quis conductionis 25. C. de locat.* non priùs esse audiendum conductorem, quàm rei cõductæ possessionem locatori restituerit, quod & ad depositarios, & ad commodatarios, & si qui alij similes sunt, interpretes nostri trahunt, data iis vtili condictione ex *d. l. si quis locationis*, quæ de solo conductore loquitur. Id enim obtinet cùm agitur ex contractu, vt & in *l. nec creditores 10. C. de pignor. act.* non etiam cùm rei vindicatione, nisi ponas possessorem esse prædonem, in quo singulari iure receptum est, vt dominij quæstionem referre nunquam possit, nec si directa rei vindicatione conueniatur: odio scilicet malæ fidei, & spoliationis *leg. si quis emptionis 8. sed hoc super illis Cod. de præscript. 30. vel 40. annor.* Planè etiam cùm ex contractu agitur, potest interdum accidere, vt etiam ille ipse qui contraxit, referre possit quæstionem dominij, nõ equidem negando actorem esse dominum (nihil enim vnquam commune habet ius contractus cum iure dominij dummodò talis contractus sit, qui etiam in re aliena possit consistere, vt emptio, depositum, & commodatum *l. proxim. supr.* non etiam mutuum aut pignus *leg. 2. §. mutui datio supr. de reb. credit. leg. & quæ nondum 15. §. quod dicitur infr. de pignor.* sed dicendo se dominum, iis nimirum casib. quibus obligari dominus eo contractus genere non potest, puta si quis rem suam emerit, aut conduxerit aut depositi vel commodati vel pignoris titulo acceperit. Cùm enim hi contractus ipso iure non valeant *leg. neque pignus 45. de regul. iur.* nulla ex iis actio nasci potest *l. qui rem 15. infr. depos. l. qui rem propriam 20. C. de locat. l. suæ rei 16. inf. de contr. empt.* Itaq; his casibus non tam exceptione dominij actor repellitur, vt in *leg. pen. supr. de Publician.* quàm quia sine actione agit, contra *l. si pupilli 6. §. vlt. supr. de negot. gest.* agendo ex eo contractu qui iure ipso non tenet.

17. PAVLVS libro 29. ad Edictum.

IN commodato hæc pactio, ne dolus præstetur, rata non est.

Ad l. In commodato 17.

RATIO. Contractus omnes ex conuentione legem accipiunt *l. 1. §. si conuenerit infr. depos.* nec refert, an pactum sit adiiciens, an detrahens *l. pacta conuenta 72. de contr. empt.* Ergo quamuis ex natura contractus commodati teneatur commodatarius de dolo, & quidem de dolo tantùm, vt in deposito, quia depositum deponentis solius gratia fit, cõmodatum autem regulariter solius commodantis causa, vt diximus ad *l. 5. §. nunc videndum supr. hoc tit.* dicendum est fieri posse per expressam conuentionem, vt ne quidem de dolo commodatarius teneatur. DECID. Eæ demùm pacta dant legem contractui, cùm ab initio aut incontinenti non ex interuallo adhibita sunt, quæ nec legibus nec bonis moribus aduersantur *l. iuris gentium 7. §. ait prætor supr. de pact. l. pacta quæ contra 6. C. eod.* Nam neq; contractus stricti iuris eiusmodi conuentiones patiuntur *l. stipulatio hoc modo concepta 61. de verb. oblig. l. 4. C. de inutil. stipulat.* quia primum iuris præceptũ est, vt honestè viuamus *l. iustitia 10. §. 1. supr. de iustit. & iur.* honestum autem nõ est, ideóq; nec possibile esse creditur, quicquid est contra bonos mores *l. filius 15. & præced. infr. de condic. instit.* Atqui cõtra bonos mores est, si conueniat, vt in actione cõmodati dolus non præstetur, quia inuitat commodatarium ad delinquendum, dolúmq; admittendũ, quem sciat fore impunitum, qui tamen impunitus manere nunquã debet *l. procurator. 11. §. 1. infr. de doli mal. except.* Ergo non potest in cõmodato valere pactio, ne de dolo futuro agatur, vt nec in alio vllo cõtractu, maximè verò qui sit bonæ fidei, vt puta depositi *l. si vnus 27. §. illud nulla sup. de pact.* Quãuis in dolo præterito aliud sit. Nec. n. doli præteriti remissio inuitat ad delinquẽdũ, sed delicti cõdonatio est. Planè quẽadmodũ

BIU Cujas

valet pactio, ne depositi agatur, quamuis, qui sic paciscitur, vt ipsa pactus videatur ne de dolo agat, cùm de dolo tantùm depositarius teneatur *dict. §. illud nulla*, (expressa enim nocent, quæ non expressa non nocent, vt habet iuris regula,) ita & in commodatario idem dicendum est, cùm vtriusque ratio eadem sit, & vtriusque contractus eædem præstationes ratione doli, tametsi non æquè ratione culpæ, quam depositarius nunquam præstat, nisi sic conuenerit *dict. §. si conuenerit.* commodatarius verò semper etiam leuissimam, nisi contraria pactione sibi prospexerit, non enim contra bonos mores pactio illa est, ne commodatarius de culpa teneatur, quandoquidem culpa multùm distat à delicto etiam lata, quippe quæ prope dolum esse dicitur non dolus, vt diximus ad *leg. in actionibus 5. supr. de in lit. iur.*

1 ¶ Contraria commodati actio etiam sine principali moueri potest: sicut & cæteræ, quæ dicuntur contrariæ.

Ad §. 1. Contraria.

RAT. DVB. Actiones contrariæ dicuntur ex comparatione directarum, nec possunt vel intellectu ipso percipi, quin concipiantur directæ, quibus contrariæ sunt. Ergo non possunt vltrò moueri quin etiam principales & directæ moueantur.

DEC. Comparatæ sunt actiones contrariæ, vt ei qui actione directa conuenitur, quique directam actionem nullam habet, succurratur, si quid ei ex bona fide vicissim præstari oporteat. Nec enim cõtrariarum actionum vsus vllus est, nisi in negotiis, & contractibus bonæ fidei. Non est autem ex bona fide, vt qui satisfacere alij tenetur, ob id minùs cõueniri possit, quòd agere ipse nolit. Est enim in cuiusque potestate quando agere velit, non etiam quando conueniatur *leg. purè 5. §. vlt. infr. de doli mal. except. leg. petenda 6. Cod. de tempor. petend. in integr. restit.* Ergo nihil vetat contrariam actionem commodati etiam ab eo exerceri, qui directa nondum conueniatur *leg. prox. §. vlt. infr. hoc tit.* Idémque in cæteris omnibus contrariis actionibus iuris est *leg. sed an vltro 10. supr. de negot. gest leg. 1. §. vlt. infr. de contrar. tutel. & vtil. action. leg. vlt. in fin. C. eod. de contrar. iudic. tutel.* Itaque quamuis contrariæ actiones præsupponant directas competere, non tamen præsupponunt neque requirunt exercitium directarum. Hoc verò accidit in iis contractibus, qui sunt vltro citróque obligatorij quidem, sed non æquè principaliter. Directa enim actio contra eum competit de quo principaliter obligando actum est, contraria verò aduersus eum qui non principaliter, sed per quasdam tantùm consequentias obligatur, vt ei quem principaliter obligatum habet, indemnitatem præstet, si quid ei ex causa eius contractus absit: id enim est quod dici solet, in contrariis actionibus non agi de fide rupta, sed de calculo, ideóque in iis non iurari in litem *leg. ei apud quem 5. infr. deposit.* neque ex eis infamiam irrogari *leg. furti 6. §. vlt. supr. de his qui notant. infam.* Quòd si æquè principales sint obligationes quæ nascuntur vtrimque, ambæ sunt directæ nulla contraria, siue diuersa nomina habeant, vt actiones empti, venditi, locati, & conducti: siue idem omnino nomen, vt in actione pro socio. Nam quemadmodum tam socius est vnus ex sociis, quàm alius, ita tam directa est actio, quæ vni ex sociis competit, quàm quæ alteri. Neque petenda est ratio diuersitatis ex variatione, & deriuatione nominum, quomodo ratiocinatur Bartolus, sed ex qualitate, ac diuersitate negotiorum. Illud planè minùs verum est, quod idem Bartolus notat, contrariam actionem easdem habere præstationes doli & culpæ, quas habet actio principalis, quoties, inquit, contractus vtriusque gratia fit: nullus enim contractus dari potest, qui vtriusque gratia fiat æquè principaliter ex quo nascatur actio contraria, cùm hoc casu nascantur semper duæ directæ, vt diximus. Proinde nullus casus est, in quo non sint aliæ præstationes actionis contrariæ, aliæ verò actionis directæ, quia & aliam atque aliam causam habent, & originem non minùs ex contrahentium voluntate, quàm ex iuris ratione *leg. proxim. §. penult. & leg. penult. infr. hoc titulo.* Sunt quidem omnes bonæ fidei contractus vltrò citróque obligatorij (aliud enim est in stipulatione, mutuo & donatione, qui sunt contractus stricti iuris, *leg. Labeo 19. de verb. signific.*) non tamen sunt omnes vltro citróque obligatorij æquè principaliter.

2 ¶ Si ex facto heredis agatur commodati: in solidum condemnatur, licèt ex parte heres est.

Ad §. 2. Si ex facto.

RAT. DVB. Ob rem quæ defuncto commodata fuit, actio commodati, quæ ex eo contractu aduersus defunctum cõpetebat, transit contra heredes commodatarij iure hereditario, cùm sit hereditaria. Hereditaria enim actio dicitur quæcunque contra defunctum exerceri potuit *l. hereditarium 7. infr. quib. ex caus. in possess. eat. leg. hereditariarum 40. de oblig. & action.* At qui hereditariæ actiones & actiuę & passiuę diuiduntur inter heredes pro hereditariis portionibus *l. 1. C. si cert. petat. l. vlt. C. de heredit. action.* Ergo si plures heredes commodatarius reliquerit, non potest vnus eorum in solidum conueniri, licèt ex facto suo conueniatur, puta si rem commodatam corruperit, aut quouis modo deteriorem fecerit, cùm actio commodati, quæ in eum dirigitur ex facto defuncti, contractúq; per eum inito primùm ac potissimùm descendat. Nec enim ex personis heredum prima obligationis causa & condicio immutatur *l. 2. §. ex his infr. de verb. obligat.* Dec. Factum cuique suum nocere debet, non alteri *l. factum 55. de regul. iur.* ne alteri per alterum iniqua condicio inferatur contra *l. non debet alteri 71. eod. tit.* Ergo si vnus ex commodatarij heredibus rem commodatam corruperit, vel deteriorem fecerit, solus ille in solidum teneri debet, quia solus facit ne res amplius reddi possit, cùm non videatur reddi, quæ deterior

BIU Cujas

deterior redditur *l.3.§.si reddita supr. hoc tit.l.1.§.si res deposita infr. depositi.* Quemadmodum & si vnus ex heredibus totam rem commodatam penes se haberet, is vtique in solidum eam restituere teneretur *d. l.3.§.heres.* vbi diximus *supr.l.si duo 22.infr.depositi.iunge l.ex pollicitatione 9.infr.de pollicit.l.3.in princip.de alim. legat.l.in executione 85.de verbor.oblig.* Extra hos casus, nisi heredes omnes consentiant in ipsa re commodata restituenda, non potest commodator ab iis aliud consequi quàm æstimationem, ab vnoquoque scilicet ipsorum pro portione hereditaria, præterquàm si omnes simul cogeret litigare, vt notat Bartolus ex *l.quod si nolit 31.§.si plures.infr.de adilit.edict.* quia nec si ageret contra vnum ex heredibus, partis solutio pareret liberationem, ne quidem pro parte, donec ab aliis heredibus vel reliquæ partes solutæ essent, vel quanti eo nomine commodatoris interesset, inquit idem Bart. ex *l.si non sortem 26.§.si centum de condict.indeb.d.l.si duo depos.d.l.in executione 85.§.pro parte de verb.oblig.l.stipulatus 9.§.1.infr.solut.*

3 ¶ Sicut autem voluntatis, & officij magis, quàm necessitatis est commodare: ita modum commodati, finémque præscribere, eius est, qui beneficium tribuit. cùm autem id fecit (id est, postquàm commodauit) tunc finem præscribere, & retrò agere, atque intempestiuè vsum commodatæ rei auferre, non officium tantùm impedit, sed & suscepta obligatio inter dandum accipiendúmque. geritur enim negotium inuicem: & ideò inuicem propositæ sunt actiones: vt appareat, quod in principio beneficij, ac nudæ voluntatis fuerat, conuerti in mutuas præstationes, actionésque ciuiles, vt accidit in eo, qui absentis negotia gerere inchoauit. neque enim impunè peritura deseret. suscepisset enim fortasis alius, si is non cœpisset. voluntatis est enim suscipere mandatum: necessitatis, consummare. Igitur si pugillares[a] mihi commodasti, vt debitor mihi caueret, non rectè facies, importunè repetendo. nam si negasses, vel emissem, vel testes adhibuissem. Idémque est, si ad fulciendam insulam tigna commodasti, deinde subtraxisti: aut etiam sciens vitiosa commodasti. adiuuari quippe nos, non decipi, beneficio oportet. Ex quibus causis etiam contrarium iudicium[b] vtile esse dicendum est.

Ad §.3. Sicut autem.

RAT. DVB. Non tantùm in commodato, sed & in cæteris quoque contractibus omnibus id obtinet, vt ab initio sint voluntatis, ex postfacto autem necessitatis *l.sicut 5.C.de oblig. & action.* Atqui contractus cæteri ex postfacto, & per solam pœnitentiam reuocari non possunt. Est enim ius illud proprium contractuum innominatorum, vt ex pœnitentia reuocentur re integra necdum secuto implemento *l.si pecuniam 5.* vbi diximus *supr.de condict.caus. dat.* Ergo nihil causæ fuit, cur in commodato Vlpianus specialiter moneret, quod contractibus omnibus nominatis conuenit generaliter: aut si quis in commodato speciale ius aliquod constituere velit, ex eo quod à beneficio & liberalitate causam habeat, quid absurdius dici potest, quàm si non liceat commodatori liberalitatem suam reuocare? *l.2.infr. de precar.* Permitti ergo debet commodanti reuocare commodatum ad nutum & libitum non adhibita distinctione illa, an tempestiuè an intempestiuè reuocatio facta sit.

DEC. Commodatum non fit, nisi ad certum rei vsum, certúmque tempus aut expressum, aut tacitum, alioqui precarium est non commodatum *l.5.§.sed interdum.supr.l.vltim.infr.hoc tit.iunct.l.Lucius 32.infr.de donat.l.2.C.de precar.* Ergo neque permittendum est commodatori, vt ante illum vsum, illúdve tempus elapsum reuocet commodatum, ne sit in eius potestate à contractu recedere, neque prohibendum, vt finito illo vsu & tempore commodatum reuocet, ne in potestate commodatarij sit, rem commodatam inuito commodatore retinere. Ita fit, vt contractus, qui ab initio fuit voluntatis & officij, ex postfacto fiat necessitatis *d.l.sicut*, & liberalitate commodatoris vltra vsum, & tempus ab ipso præscriptum, vti commodatarius non possit. Et quamuis hominem beneficio adfici interfit hominis *l.seruus ea lege 7.infr.de seru.export.* seruanda tamen liberalitas est arbitrio illius qui eam exercet *l. cùm plures 12.§.pen.infr.de admin.tutor.* non vltra tempus siue expressim siue tacitè præstitutum extendenda, ne contra voluntatem fiat, quod ex voluntate proficiscitur *l.Imperator 8.supr.de postul.l.Thais 41.§.intra certa tempora.infr.de fideic.libert.* Ideóque si non commodatum, sed precarium interceserit, id est, nullo certo vsu, nullóque certo tempore præfinito, poterit liberalitas quandocunque reuocari, id est, etiam intempestiuè *l.1.& 2.l.cùm precario 12.l.& habet 15.infr.de precar.* Nec videretur is decipi qui precario accepit, cùm in hoc nihil fiat aduersus conuentionem, quomodo fieret, si commodatario permitteretur ante præstitutum tempus finitúmve vsum rem commodatam reposcere: potuisset enim commodatarius, si commodator negasset, ab alio commodatum accipere. Beneficio autem iuuari oportet eum qui accipit, non decipi. Et hæc quidem ratio æquitatis est, quia officium suum nemini debet esse captiosum: sed adest tamen ratio alia iuris quæ fortior est, & quæ impedit reuocationem intempestiuam commodati, nempe quòd inter commodantem & commodatum accipientem negotiũ geratur, cùm fiat commodatum per traditionem certa lege factam, quæ semper aliquod *συνάλλαγμα* includit: non enim nudum pactum est, quoties aliquid certa lege datur vel traditur *l.in traditionibus 48.supr.de pact.l.si dominus 8.infr.de præscr.verb.l.vlt.C. de rer.permu.* Et consequenter ex contractu commo-

BIU Cujas

dati inuicem propositæ sunt actiones: vt appareat id, quod principio beneficij ac nudæ voluntatis fuerat, conuerti in mutuas præstationes, actionésque ciuiles: quemadmodum Paulus hîc scribit. Ex quo nostri vulgò inferunt actionem commodati esse ciuilem, sed malè. Est enim prætoria, & hoc prætoris edicto introducta, vt docuimus ad *l.1. supr.* vbi & ad textum hunc respondimus. Cuius longè aliam esse sententiam apparet ex eo quod statim Paulus subiicit, *vt accidit in eo qui absentis negotia gerere inchoauit, neque enim impunè peritura deseret. Suscepisset enim fortasse alius si is non cœpisset.* Nemo enim dubitat, quin his verbis actio negotiorum gestorum significetur, quæ indubitanter prætoria est *l.1. 3. & pass. supr. de negot. gest.* mutuáque præstationes habet *l.2. eod.* & quum nemo vnquam dixit ciuilem, & quæ competit contra eum qui cœpit negotia gerere, nec perfecit, quamuis in aliis negotiis inchoandis non habeat locum *l. tutori* 20. *C. de negot. gest.* nisi cùm alius gesturus fuerat, qui huius gestoris contemplatione non accessit *l. si pupilli 6. §. vlt. sup. eod. ill. tit.* vbi diximus. Nec pugnat quod sequitur *voluntatis enim est suscipere mandatum, necessitatis consummare*, quasi præcedentia etiam intelligi debeant de eo qui interueniente mandato aliena gessit negotia, quíque ideo mandati nõ negotiorum gestorum actione conueniendus sit. Cùm enim actiones mandati & negotiorum gestorum sint prorsus incompatibiles, quia implicat contradictionem, vt mandatum interesserit, & vt non interesserit *l. si remunerandi 6. §.1. l. ex mandato* 20. *§.1. inf. mandat.* quis credat eandem clausulam de vtraque actione intelligi posse, vel debere? Proinde non dubito, quin delenda sit à supradictis verbis dictio *mandatum* & tota clausula de eo intelligenda qui aliena suscepit negotia gerenda sine mandato. Quamquam non nego in mandato idem iuris esse, vt mandatum suscipere ab initio sit officij & nudæ voluntatis, consummare autem necessitatis *d. l. si remunerandi 6. §.1. l. si mandauero tibi* 22. *§. vlt. eod.* Nam & mandatum contractus est, adeóque nominatus à quo resilire inuito aduersario nunquam licet. Depositi alia ratio est. Fit enim depositum solius deponentis gratia non etiam depositarij, & idcirco reuocari quandocunque potest ab eo, qui deposuit *l.1. §. penult. infr. deposit.* Quærit autem Bartolus si finitum sit tempus, quo potuisti perficere vsum ad quem commodaui, idque absque culpa tua, quia fortè infirmus fueris an possim repetere commodatum. Et respondet recte, me posse: nec enim casus hic qui tibi contigit, non mihi, nocere debet mihi qui certo de damno vitando, vt profit tibi qui certas de lucro captando, ex *l. item illa* 18. *supr. tit. proxim. l. ex conducto* 15. *alias l. si vno. §. item cùm quidam. infr. locat.*

a *Igitur si pugillares.* Duobus exemplis probat Paulus quod dixit, non esse audiendum commodantem, si commodatum intempestiuè reuocare velit. Primum est, si pugillares, id est, tabulas cereas mihi commodaueris, vt debitor meus mihi caueret, id est, cautionem, & chirographum in iis conscriberet, non est tibi permittendum vt importunè repetas. nam si negasses vel emissem, vel testes adhibuissem. Quæ verba notanda sunt contra eos qui putant scripturam priuatam, si nullis testibus suffulta sit, non valere: quod non minùs falsum est, quàm quod alij quidam addunt non valere, si scripta sit non adiecto die & Consule, contra *l. cùm tabernam* 34. *§.1. infr. de pignor.* Alterum exemplum est, si ad fulciendam insulam commodaueris tigna, deinde retraxeris, aut etiam sciens viciosa commodaueris. Vtroque enim casu me beneficio tuo deceperis, non adiuueris; adiuuari autem nos beneficio, non decipi oportet.

b *Ex quibus causis etiam contrarium iudicium.* RATIO DVB. Non indiget actione is, qui possidet, cùm exceptione tutus est: tantundem enim præstat exceptio quantum actio, nec multiplicanda sunt entia, vt aiunt Philosophi, præsertim verò actiones sine necessitate. *§.1. Instit. de actio. l. in naue Saufeij* 31. *inf. locat.* Frustra ergo est, dare hoc casu contrarium iudicium commodatario, qui repetitionem commodati suo iure impedire potest, si ad restitutionem vrgeatur, vt proximè diximus.

DEC. Non est nouum, vt eiusdẽ rei nomine actionem quis habeat, & exceptionem. Solemus enim dicere, ei qui actionem habet, multò magis dandam esse exceptionem *l.1. §. is autem. inf. de superfic. l. inuitus* 156. *§.1. de reg. iur.* quamuis difficilius sit, vt non possidenti detur actio, quàm possidẽti exceptio & retentio *l.1. infr. de pignor.* Nihil ergo prohibet, quominus & exceptio detur commodatario, & actio contraria aduersus commodantem, qui commodatum intempestiuè reuocauit. Iunge *l. si mandauero* 22. *§. vlt. infr. mandat. l. prox. §. item qui sciens hoc tit.*

4 ¶ Duabus rebus commodatis, rectè de altera commodati agi posse Viuianus scripsit. quod ita videri verum, si separatæ sint, Pomponius scripsit. nam eum, qui carucham puta, vel lecticam commodauit: non rectè acturum de singulis partibus.

Ad §.4. Duabus.

RATIO DVB. Contractus omnes sui natura indiuidui sunt, vt & cæterarum rerum omnium substantiæ & essentiæ indiuisibiles existimantur *l. cùm ex causa* 139. *infr. de verbor. oblig.* Nemo enim pro parte contracturus fuisse credendus est *l. tutor* 47. *§.1. supr. de minor. l. si quis aliam* 46. *infr. de solut. l. si non sortem* 26. *§ si centum supr. de condict. indeb.* Ergo duabus rebus pariter ac simul commodatis, non de altera sola commodati agi potest, sed vel de vtraque simul agendum est, vel de neutra.

DEC. Quemadmodum in stipulationibus dici solet, tot esse stipulationes, quot sunt res *l. scire debemus* 29. *de verb. oblig.* & in venditionibus tot esse venditiones, quot sunt venditæ res separatæ *l. etsi vno* 33. *infr. de action. empt.* & in procurationibus tot esse mãdata, quot sunt res separatæ, quæ mandato continentur *l. vlt. §.1. supr. de procurat.* & in depositio, tot videri deposita, quot sunt res depositæ, etiamsi in cista depositæ sint *l.1. §. si in cista infr. deposit.* ita & dicẽdum est, tot esse commodata, quot sunt res commodatæ, si modò separatæ sint, quamuis non separatim commodatæ. Ergo pluribus rebus commodatis nihil vetat de singulis rebus, & de vnaquaque earum agi separatim, cõmodati, si modò ita separatę sint,

BIU Cujas

sint, vt vsum quoque separatum præbere possint. Nam vt Paulus ex Pomponio subiicit in hoc §. is qui carrucam puta, vel lecticam commodauit, non rectè aget de singulis partibus, quia licèt singulæ partes per inuicem sint separatæ, vnum tamen corpus carrucæ & lecticæ efficiunt, cuius nullus esse vsus poterit, si separatim habeantur. Est enim corpus individuum, nec qui lecticam aut carrucam commodat, singulas partes ex quib. carruca aut lectica constat, commodare intelligitur *arg. leg. eum qui ædes 23. infr. de vsucap.* Itaque vel carruca & lectica tota commodati actione repetēda est, vel pars eius nulla, vt in alia re qualibet contingeret, quæ vna simpliciter esset, neque commodam diuisionem reciperet, vt in *l. planè 3. supr. famil. erciſc. l. quid tamen* 10. §. *vlt. supr. quib. mod. vſuf. amitt.* vbi diximus *leg. peculium 65. §. quadrigæ de legat.* 2. Neque obstat, quod contrà scriptum videtur in *l. si seruus* 13. §. *boue supr. de condict. furt.* boue subrepto & occiso condictionem & bouis & corij, & carnis domino competere. Nam, vt Accursius & hîc & ibi benè explicat, intelligi locus ille debet, cùm singulæ partes illæ bouis occisi sunt separatim contrectatæ: quo tempore tot sunt res & corpora, quot sunt partes, quæ cùm bos viueret, non nisi vnum bouis corpus efficiebant. Miror verò Bartolum hîc subiicere quæstionem de eo cui centum debentur, an viginti ex illis petere possit. Non enim eadem quantitatis, quæ speciei hac parte ratio est, cùm quantitas minor in quantitate maiore contineatur, non etiam pars vna speciei in altera *l. 1. §. si stipulanti de verb. oblig. l. cùm quædam puella* 19. *in fin. sup. de iurisd.* Nec verum est meo iudicio quod putat Bartolus posse peti hęc viginti non tanquam sint debita, sed tanquam ex centum debitis. Cui enim centum debētur, etiam viginti quinque deberi dubium non est. Illud sanè non improbo quod addit Bartol. si ab eo qui centum debet, viginti ex centum petantur, posse illum iustè postulare, vt de totis centū vno eodémque iudicio agatur, ne eiusdem debiti nomine in plura diuersaque iudicia distringatur, quod ne fiat non tantùm ipsius interest, ne multiplicatis litibus maiores ac grauiores sumptus patiatur *l. minoribus 6. supr. de minor. leg. 1. Cod. de admin. tutor.* sed etiam reipublicæ, vt litium numerus minuatur *l. quidam existimauerunt* 21. *supr. de reb. credit. l. non tamen* 38. *supr. de procurat. & l. 3. supr. famil. erciſc. l. 1. & 2. supr. de quib. reb. ad eund. iudic. eat. l. 2. infr. de exercit. act. l. quod si nolit* 31. §. *si plures infr. de ædilit. edict.* dummodò iurisdictionis modus hoc patiatur, inquit Bart. ex *dict. l. cùm quædam puella in fin.*

5 ¶ Rem commodatam perdidi, & pro ea pretium dedi, deinde in potestatem tuam venit. Labeo ait, contrario iudicio, aut rem mihi præstare te debere, aut quod à me accepisti, reddere.

Ad §. vlt. Rem commodatam.

RATIO. Sicut actio directa commodati non datur, nisi ad ipsius rei, quæ commodata est, restitutionem, ita nec cōtrarium commodati iudicium ad aliud dari potest, quam vt commodatario restituatur, quod ei abest ex causa commodati *l. prox. §. possunt & §. vlt infr.* Atqui cùm rem mihi à te commodatam perdidi, & pro ea precium dedi, deinde res in potestatem tuam peruenit, nihil mihi abest præter eam pecuniam quam pro precio solui: res enim tua quam commodaueras, non abesse mihi intelligitur, cùm & tua sit, & tibi eā restituere debuerim, si in potestate mea fuisset. Consequens igitur est, vt solū precium quod dedi, repetere abs te præcisè debeam contrario iudicio, non autem alternatiuè agere, vt vel rem mihi præstes, vel quod accepisti restituas. DEC. Contrariæ actiones omnes comparatæ sunt ex æquitate, ne alter ex alterius iactura locupletetur, & vt præstationes ex vtraque parte ad suā æquitatem reuocentur, atqui locupletaretur commodator ex iactura cōmodatarij, si postquam commodata res quā commodatarius perdiderat, in cōmodatoris potestatem rediit, nō cogeretur aut rem ipsam commodatario præstare, aut precium quod accepisset reddere: nam & ipsam rem & ipsius precium haberet, quod esset contra bonam fidem *l. ex empto* 11. §. *qui autem, & l. bona fides* 50. *infr. de act. empt.* Contra verò non locupletatur commodator ex iactura commodatarij, siue rem ipsam commodatam ei præster, siue precium quod accepit, restituat. Habet enim vtroque casu commodatarius id quod ei abest, tum quoq; cùm res ipsa ei præstatur. Etsi enim non rem dedit, sed æstimationem, longéque aliud res ipsa est, aliud verò rei æstimatio *l. fialij* 42. §. 1. *sup. de vſufruct.* attamen certum est, in re ipsa rei quoque æstimationem eminenter contineri, vt qui rem habet, eius quoque precium habere videatur *l. huiusmodi* 84. §. *qui seruum de legat.* 1. §. *si res aliena Instit. de legat.* Commodatori verò similiter nihil abest, quia vel rem ipsam retinet, quam commodauerat, & quam ponimus in eius potestatem rediisse, vel æstimationem quam pro re ipsa accepit. Nec habet quod conqueratur, cùm in eius arbitrio & electione sit vtrum velit reddere, vt benè Accursius concludit: est nāmque in alternatiuis electio debitoris *l. plerunque* 11. §. *vlt. infr. de iur. dot.* Fit autem debitor is, qui prius fuerat ex commodati causa creditor, ex quo & rem & rei precium habere cœpit, cùm ab eo tēpore fuerit obligatus alterutrum reddere. Quid? nónne litis æstimatio facit emptionem? *leg. 2. §. vltim. & leg. 3. infr. pro emptor. leg. si vt certo* 5. §. 1. *supr. hoc tit.* Ergo, inquies, omnimodo restituenda res est commodatario, tanquam domino, quíque eius vindicationem habere possit, etiam inuito commodatore, qui imputare sibi debet, cur pro re commodata oblatam litis æstimationem susceperit *d. l. 5. §. 1. supr.* Sed respondendum est, tum verè id dici cùm tempore solutæ æstimationis præsens res fuit, quæ pro tradita haberi possit, nec enim sine traditione transfertur regulariter dominium *leg. traditionibus* 20. *Cod. de pact.* nec rursus alia res tradi potest, aut haberi pro tradita, quàm præsens sit *leg. hac si præsens* 47. *iunct. leg. præced. supr. de rei vindic.* Ponimus autem æstimatam hîc fuisse rem perditam, aut quæ saltem quòd non inueniretur, perdita credebatur, & præterea non tam rem ipsam fuisse æstimatam, quàm culpam per quam fuerat perdita, vt subtiliter Accursius noster obseruat. Quo casu non id agitur, vt rei dominium in eum qui culpæ suæ æstimationem præstat, transferatur, quamuis receptum sit in his commodati & depositi iudiciis,

BIU Cujas

ac aliis huiusmodi qui bonæ fidei sunt, tametsi non tantùm culpa, sed etiam dolo aduersarij res absit, vt condemnato succurri soleat, hactenus scilicet vt ei suis actionibus dominus cedat *l. in depositi 12. infr. de re iudic.* Quod in eo diuersum est, qui cùm rem alienam possideret cuius nomine per vindicationem conueniri poterat, dolo malo possessionem eius amisit, ne ipsam restituere cogeretur *leg. si culpa 63. supr. de rei vindic.* Nulla enim bonæ fidei ratio suadet, vt ei succurri oporteat, quomodo succurrendum est illi qui ex bonæ fidei contractu conuenitur *d. l. in depositi.* Quanquam in eo vicissim melioris condicionis est possessor, qui rei alienæ possessionem non dolo & fraude, sed culpa tantùm amisit, quod etiam illo ipso qui litis æstimationem accepit, possidente adiuuari debet per Publicianam, vt rem ipsam habeat cuius æstimationem soluit: ita vt nec facilè audiendus sit dominus, si malit posteà pecuniam quam ex sententia iudicis periculo iudicati recepit restituere *d. l. si culpa in fin.* nec proinde habet dominus electionem, quam Paulus hîc dat commodatori. Ideò fortasse, quod in specie *d. l. si culpa* fuerat soluta æstimatio ex sententia iudicis, & authoritate iudicati, quæ sicut impedit condictionem *l. 1. C. de condict. indebit.* ita & difficilius admittit solutæ pecuniæ restitutionem. Præter id quod dici potest, fauorabiliorem esse eum, cui ex causa contractus præstita æstimatio est pro re, quæ reddi ipsi debuerat, quàm eum cui æstimatio soluta est, non ex contractu, sed ex necessitate ob amissam culpa possessionem, quam si amissa non esset, restituere petitori teneretur. Cùm enim ex bonæ fidei contractu actio venit, omnia ex bona fide constituenda & temperanda sunt. Quòd si commodatarius agere malit condictione sine causa ad restitutionem precij, quia re commodata inuenta & in potestatem commodatoris reuersa, quæ perdita credebatur, precium sine causa datum reperitur, potest quidem id suo iure facere *l. 2. supr. de condict. sin. caus.* sed ad precium solum competet ea condictio, non vt actio commodati alternatiuè ad rem aut precium, sed ad precium præcisè, quia non aliud condici potest, quàm quod datum fuit: precium autem datum est, non res ipsa. Itaque falsum est quod vult Bartolus quacunque actione per commodatarium intentata posse dominum eligere, quod vult. Si enim commodatarius proponat condictionem, nulla domini electio est, quin precium ipsum restituere omnimodò teneatur *d. l. 2. de condict. sin. caus.* sed & alius Bartoli error in eo est, quòd putat actionem intentari posse ante litem contestatam. Non enim datur actio nec dictatur iudicium, nisi post contestationem. Item in eo, quod ait, post litem contestatam cogi dominum soluere secundùm naturam actionis intentatæ, id est, in quit, rem ipsam si actum sit in rem, aut æstimationem si condictione sine causa, quasi verò non etiam æstimatio præstanda sit per actionem in rem, siue rei restitutio ideò fieri non possit, quòd eius possessio per culpam amissa sit, siue quod per dolum & fraudem *d. l. si culpa 63. & l. qui restituere 68. de rei vindic.* semper enim & quacunque actione proposita lis æstimanda est, nec vnquam fit condemnatio ad rem dandam aut restituendam præcisè, ne quidem in actionibus in rem, licèt aliter atque aliter lis æstimetur, nonnunquam per iusiurandum in litem, nonnunquam etiam citra iusiurandum & officio iudicis *d. l. qui restituere*, sicut in actionibus personalibus, aliquando inspecto tempore litis contestatæ, vt in strictis, excepta condictione triticaria, in qua inspicitur tempus condemnationis *l. pen. & vlt. supr. de condict. triticar. l. vinum 22. leg. cùm fundus 32. supr. de reb. credit.* aliquando etiam inspecto tempore moræ aut rei iudicandæ vtro tempore pluris res fuit *leg. 3. §. si per venditorem infr. de action. empt. l. 3. §. in hac*, vbi diximus *supr. och tit.*

18. CAIVS libro 6. ad Edictum Prouinciale.

IN rebus commodatis talis diligentia præstanda est, qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet: ita vt tamen eos casus non præstet, quibus resisti non possit: veluti mortis seruorum, quæ sine dolo, & culpa eius accidunt: latronum, hostiúmve incursus, piratarum insidias, naufragium, incendium, fugas seruorum, qui custodiri non solent. Quòd autem de latronibus [a], & piratis, & naufragio diximus: ita scilicet accipiemus, si in hoc commodata sit alicui res, vt eam rem peregrè secum ferat. alioquin si cui ideo argentum commodauerim, quod is amicos ad cœnam inuitaturum se diceret, & id peregrè secum portauerit: sine vlla dubitatione, etiam piratarum, & latronum, & naufragij casum præstare debet. Hæc ita, si duntaxat accipientis gratia [b] commodata sit res. At si vtriusque, veluti si communem amicum ad cœnam inuitauerimus, túque eius rei curam suscepisses, & ego tibi argentum commodauerim: scriptum quidem apud quosdam inuenio, quasi dolum tantùm præstare debeas. Sed videndum est, ne & culpa præstanda sit: vt ita culpæ fiat æstimatio, sicut in rebus pignori datis, & dotalibus æstimari solet.

Ad l. In rebus 18.

RAT. DVB. Quemadmodum dolo & fraude non caret is, qui alienis rebus, siue commodatis, siue depositis seruandis minorem quàm in suis adhibet diligẽtiam *l. quod Nerua 32. infr. depositi.* ita extra omnem culpam esse videtur is, qui non minorem in alienis, quã in suis rebus conseruandis præstat diligentiam, licèt nec in suis rebus diligens sit, ad eum modum quem hominum natura desiderat vt Celsus loquitur in

tur in *l. quod Nerua.* imputare namque sibi debet, qui amico minus diligenti rem suam cõmodauit: sicuti solemus dicere de eo qui penes amicum non satis diligentem res suas deposuit *§. præterea Instit. quibus mod. re contr. oblig. l. 1. § is quoque apud quem infr. de oblig. & action.* Ergo non est onerandus commodatarius, vt in rebus commodatis talem diligentiam præstet, qualem diligentissimus quisque paterfamilias suis rebus adhibet: ita enim fieret, vt omnes casus, qui accidere possunt, præstare teneretur, extra eos quibus resisti non potest, quíque vis maioris appellatione continentur, vt sunt hostium latronúmve incursus, piratarum insidiæ, naufragium, incendium, fugæ seruorum, qui custodiri non solent: quos casus omnes Caius hîc enumerat.

Dec. Commodatum fit solius accipientis & commodatarij gratia, vt subiicitur in hac lege. Est igitur æquissimum ab eo præstari omnem diligentiam, id est, exactissimam *d. §. is quoque apud quem versic. & ille quidem*, ac proinde non qualem ipse suis rebus adhibere solitus est, sed qualem diligentior alius quilibet paterfamilias adhibiturus esset, ne alioquin is qui commodauit ex beneficio suo & liberalitate periclitetur *arg. l. ne ex liberalitate 52. infr. de re iudic.* & quantulacunque negligentia, quæ in propriis rebus tolerabilis est, in alienis culpanda est, & coercenda *l. si constante 24. § si maritus in fin. infr. solut. matrim. l. à procuratore 13. C. mandat.* Nec audiendus est commodatarius, si commodatori velit imputare, quòd minus diligenti amico rem suam commodauerit, cùm ex eo facto lucrum ipse & commodum sentiat *l. si extraneus 32. l. cùm in fundo 79. §. quòd si mulier. infr. de iur. dot.* quod secus est in depositario, qui non suo commodo, sed solius deponentis gratia depositum accipit. Planè casus fortuitos præstare commodatarius non tenetur, quos nec alius quisquam præstat *l. quæ fortuitis 6. l. pignus 9. C. de pign. act. l. contractus 23. de reg. iur.* nisi cùm culpa præcesserit casum, vt hîc subiicitur. Iunge *l. 1. C. hoc tit. l. 5. §. nunc videndum 1. supr.*

a *Quod autem de latronibus.* Rat. dvb. Commodatarius non tenetur de casu fortuito, nisi speciali conuentione periculum omne amissionis in se susceperit *d. l. 1. C. hoc tit.* Ergo non est distinguendum, an culpa aliqua casum præcesserit, necne: nec enim culpa præcedens facere potest possibile quod per rerum naturam impossibile est. In quo genere sunt omnia quæ per vim maiorem contingunt, & quib. nullo humano consilio resisti potest, quam ideò Græci θεοβίαν vocant, quasi vim diuinam, cui vim omnem humanam cedere necesse est *l. si merces 25. §. vis maior infr. locat.*

Dec. Quoties culpa præcedit casum, non tam casui quàm culpæ adscribẽdum est, quicquid postea accidit, quia non accidisset, si culpa casum non præcessisset. Atqui de omni culpa tenetur commodatarius, etiam de leuissima, vt proximè diximus. Ergo & de casu fortuito eum teneri æquum est, si culpa casum præcesserit *d. l. si vt certo 5. §. sed interdum 7. & §. si me rogaueris 13. supr. hoc tit. l. item quæritur 13. §. si quis infr. locat. l. siue hereditaria 22. sup. de neg. gest.*

b *Hoc ita si duntaxat accipientis gratia.* Rat. dvb. Etiam cùm vtriusque, id est, & commodantis & cõmodatarij gratia commodatum fit, non debet esse impunita culpa commodatarij, ne quidem leuissima, cùm non eo minus verum sit, beneficio adfectum esse commodatarium à commodante. Ergo non de culpa leui tantùm, & de dolo teneri debet commodatarius, sed etiam de culpa leuissima: aut si prodesse debet commodatario, quòd non tantùm ipsius, sed etiam commodantis gratia factum sit commodatum, quidni sequimur veterum illorum sententiam, quos Caius refert existimasse commodatarium eo casu præstare duntaxat dolum debere?

Dec. Cùm quæritur quid præstare debeat is, qui rei debitor est ex contractu, illud vnum inspiciendum est, cuius gratia contractus celebratus sit, vt si eius tantùm qui obligatus est, is non modò præstare dolum debeat, sed etiam culpam adeóque leuissimam, quomodo euenit in commodato: si verò eius tantùm causa qui alium sibi obligat, dolus tantùm præstandus sit, non etiam culpa, nisi lata quæ ad dolum proximè accedit, & passim dolo æquiparatur, vt contingit in deposito, si denique gratia vtriusque, sic res temperetur, vt & dolum & culpam latam leuémque præstari oporteat, sed non leuissimam. Exempla Caius hîc adfert in reb. pignori datis, & in dotalibus. Nã & in actione pignoratitia, & in actione rei vxoriæ, non tantùm doli, sed etiam culpæ leuis æstimatio fit, quia contractus illi in vtriusque contrahentium gratiam fiunt *l. si vt certo 5. §. nunc videndum 1. supr. hoc tit. d. l. contractus 23. de regul. iur. l. etiam 18. §. 1. infr. solut. matr.* Ergo si communem amicum ad cœnam inuitauerimus, túque eius rei curam susceperis, & ego tibi argentum commodauerim, dicendum est, cùm vtriusque nostrûm gratia hîc contractus celebratus sit, te mihi de culpa quidem leuissima non teneri, sed tamen de lata & leui non minus quàm de dolo teneri. Est autem superioribus consequens, vt in mandato quoque eadem distinctio adhiberi debeat, id est, vt quamuis mandatarius regulariter omnem culpam præstare debeat etiam leuissimam *d. l. à procuratore 13. C. mandat.* si tamen mandatum vtriusque gratia fiat, quod plerunque contingit, non nisi de culpa leui teneatur. Atque ita veteres quidam glossatores, quos Azo apud Accursium refert, existimarunt: sed quos tamẽ Azo reprobat, existimans omni casu mandatarium teneri de omni culpa etiam leuissima ex *d. l. à procuratore*, quæ non nisi fortuitos casus excludit. Mihi Azonis sententia magis probatur, quia quod dicitur in *d. l. à procuratore*, omnem culpam præstari debere à procuratore, non etiam casum fortuitum, sic omnino accipiendum est, vt non tantùm de leui teneatur, quomodo nonnullos interpretari video, sed etiam de leuissima. Etsi enim culpam cùm nostri dicunt, leuem non leuissimam intelligunt, vt vel vnus hic locus clarè demonstrat, qui tamen dicit *omnem culpam* proculdubio etiam leuissimam comprehendit, maximè verò cùm sequitur exclusio casus fortuiti, vt in *d. l. à procuratore & in hac lege.* Inclusio enim vnius, exclusio est alterius. Quamuis quòd dicimus de culpa etiam leuissima teneri eum cuius solius gratia contractus fit, non possit cadere in mandatum, quod nunquam fit gratia solius mandatarij. Consilium enim illud esset non mandatum, & cõsequenter non obligatorium *l. 2. §. vlt. infr. mandat.* Ergo non potest obligationem mandatarij diminuere, vel augere, quod mandatum vtriusque gratia factum proponatur, alioqui dicendum esset eo casu futurum, vt non teneretur mandatarius nisi de dolo non etiam de culpa, quod esset ridiculum, neque enim procurator quisquam fit, nisi vt in re aliena tantam præstet diligentiam, quantam in suis

BIU Cujas

diligentissimus quisque præstare solet. Ex quo fit, vt non modò de leui culpa teneri semper debeat, sed etiam de leuissima, cum alienis rebus maiorem, quàm suis seruandis diligentiam, licèt pro alieno tantum commodo præstare debeat. Nec imputari potest ei qui minus diligentem procuratorem elegit, cur non diligentiorem elegerit, quia diligentissimum se profitetur quisquis ab alio mandatum suscipit exequendum. Hoc ipso enim offerre se vltrò intelligitur, suscipiendo mandatum quod recusare posset, si vellet. Idque probatur etiam ex *dict. leg. contractus 23. de regul. iur.* vbi post enumeratos contractus, qui dolum duntaxat & culpam scilicet leuem recipiunt, addit Vlpianus *in his quidam & diligentiam*, vt scilicet includat culpam etiam leuissimam. Quæ tamen verba in plurali numero concepta sicut ad commodatum solum referri non possunt, ita nec ad alium vllum contractum ex enumeratis præter commodatum, quàm ad mandatum.

1 ¶ Siue autem pignus, siue commodata res, siue deposita deterior ab eo, qui acceperit, facta sit: non solùm istę sunt actiones, de quibus loquimur, verùm etiam legis Aquiliæ. sed si qua earum actum fuerit, aliæ tolluntur.

Ad §. 1. Siue autem.

Huius §. sentẽtiam & omnes quæ ad eam adduci possunt, dubitandi & decidendi rationes adduximus, partim ad *l. 3. §. si reddita, sup. hoc tit.* partim ad *l. vnde quæritur 7. §. 1. eod.* Nec quicquam hic adnotãdum supereſt, nisi quod adnotat Gothofredus post Accursium, vna actione proposita ex pluribus, quæ commodatario & depositario pignoratitio competunt, tolli quidem cæteras, sed non vsque adeò vt non supersint de eo, quod plus in illis est, quàm in priore actione fuerit: cùm non aliam ob causam comparatæ sint, quàm vt actoris indemnitati plenissimè satisfiat, licèt vtraque actio sit rei persecutoria. Hoc ipsum enim est, quod facit, vt non possint videri sublatæ omnes actiones rei persecutoriæ quandiu aliquid rei persecutioni deest, & rei persequendæ supereſt *d. l. vnde quæritur in fin. l. qui seruum 34. de obligat. & action. l. si is cui 71. l. si quis egerit 88. inf. de furt.*

2 ¶ Possunt iustæ causæ interuenire, ex quibus cum eo, qui commodasset, agi deberet: veluti de impensis in valetudinem serui factis, quæve post fugam requirendi, reducendíque eius causa factæ essent. nam cibariorum impensæ naturali scilicet ratione ad eum pertinent, qui vtendum accepisset. Sed & id quod de impensis valetudinis [a] aut fugę diximus, ad maiores impensas pertinere debet. modica enim impendia verius est, vt sicuti cibariorum, ad eundem pertineant.

Ad §. 2. Possunt iustæ causæ.

RAT. DVB. Nemo ex contractu potest obligari præter voluntatem & intentionem contrahentium *l. in omnibus negotiis 57. de oblig. & action.* vt nec actus quisquam operari vltra intentionem agentium *vulg. l. non omnis 19. & præced. supr. de rebus credit.* Atquin cùm fit commodatum, id agitur inter contrahentes, vt commodatarius obligetur commodatori, non autem commodator commodatario. Actio autem non potest nasci nisi ex obligatione *l. licèt 42. §. ea obligatio supr. de procurat.* Ergo fieri nequit, vt cùm eo qui commodauit, agere commodatarius debeat, præsertim verò ex contractu illo commodati, qui non nisi ad commodatarium obligandum interponitur.

DEC. Plerunque accidit, vt etiam extra id quod agitur, tacita obligatio nascatur, ex natura scilicet negotij quod tractatur *leg. is qui 13. in fin. supr. hoc titul.* Atqui possunt iustæ causæ intercedere, propter quas æquum sit, commodatorem obligari commodatario, & ab eo conueniri actione commodati, non quidem directa, sed tamen contraria. Quemadmodum si impẽsas in valetudinem serui ad eum curandum, commodatarius fecerit, vt in *l. penul. inf.* aut post fugam requirendi, reducendíve serui gratia: ne alioqui ex commodatarij iactura commodator locupletetur, quod contingeret, si eo nomine conueniri non posset, *l. nam hoc natura 14. supr. de condict. indeb. l. iure naturæ 206. de reg. iur.* Ergo quamuis nullam fidem commodator dederit commodatario, in ipso contractu ineundo, non eò minus tamen teneri debet commodati actione contraria, in qua scilicet non agitur de fide rupta, vt in actionibus directis, sed tantùm de præstanda indemnitate *leg. ei apud quem 5. infr. depos.* & de calculo qui ferè sine iudicio dirimi solet, quomodo Vlpianus secundùm emendationem nostram loquitur in *l. furti 6. §. vltim. supr. de his qui notant. infam.* Planè cibariorum impensæ nunquam sunt restituendæ, vt Caius hîc subiicit, quia naturali ratione ad eũ pertinent, qui vtẽdum accepit, scilicet quæ compensandæ sint cum operis & ministerio serui, vt benè Accursius explicat, ex *l. item si serui 30. §. vlt. infr. de ædil. ed.* vbi Paulus ex Aristone negat, data seruo cibaria esse imputanda, quia, inquit, nec ab ipso qui cibaria præstitit, exigitur & repetitur, quod in eius ministerio seruus fuit. Iunge *l. si id quod 28. §. vlt. infr. de donat. int. vir. & vxor. leg fructus 7. aliàs l. diuortio. §. vlt. solut. matrim.*

a *Sed & id quod de impensis valetudinis.* RAT. DVB. Non debet quisquam ex aliena iactura locupletari, ne quidem in minimo: repugnat enim id iuri naturæ *d. l. iure naturæ 206. de regul. iur.* Vnde est, quòd in actione negotiorum gestorum repetit gestor, quicquid ei abest ad vltimum vsque quadrantem: non adhibita distinctione, an impensa modica sit, an magna *leg. omnino 12. de impens. in rebus dot. fact.* adeóque licèt euentus non sit secutus *leg. sed an vltrò 10. §.*

BIU Cujas

10. §. *vlt. l. successori* 12. §. *vlt. supr. de negot. gest.* Ergo & in actione commodati ius idem esse debet, vt indistinctè impensa omnis quam cõmodatarius in rem commodatam fecerit ei restituenda sit, cùm eadem iuris ratio in hac quoque actione locum habeat, ne scilicet commodator ex aliena iactura locupletetur *vulg. l. illud* 32. *supr. ad leg. Aquil.* DEC. Actiones omnes bonæ fidei, quamuis in hoc cõueniant, quòd bonæ fidei sunt, habent tamen singulæ propriam quandam æquitatis rationem ex natura ipsius negotij, vnde nascuntur, dependentem, quæ facit, vt alias atque alias habere debeant præstationes. Itaque aliter in iudicio negotiorum gestorum, aliter in actione de dote obseruatur *d. l. omnino*, aliter etiam in actione cõmodati. Nõ enim qui ad aliena negotia gerenda accedit, eo animo est, aut esse debet, vt ex alienis negotiis commodum vllum percipiat, quod cum impensis à se factis compensare possit. At in actione de dote & commodati, & si quæ aliæ sunt similes, commodum aliquod percipitur ab eo, qui in rem alienam impensas fecit, quas proinde cum eo commodo compensare potest & debet: nimirum si sint modicæ. Alioqui contrario iudicio commodati, aut etiam actione de dote restituendæ sunt, vt proximè diximus. Et hæc loci huius sententia & ratio est, nõ quam nostri post Accursium & Bartolum adferunt, quòd de modicis expensis curandum non sit. Nam quod vulgò iactari solet, de modicis non curare Prætorem ex *leg. scio* 4. *supr. de in integr. restit.* ad hunc casum nõ pertinet, in quo minimæ illæ expensæ compensantur, non neglíguntur. Iunge *l. si proprietarius* 42. *infr. de damn. infect.*

3 ¶ Item qui sciens vasa vitiosa commodauit, si ibi infusum vinum, vel oleum corruptum effusúmve est, condemnandus eo nomine est.

Ad §. 3. Item qui sciens.

Aliud exemplum est eius, quod in §. *proxim. præced.* dictum est, posse iustas causas interuenire, propter quas permittendum sit commodatario agere commodati aduersus commodantem. Est enim hæc vna ex iustis illis causis, si quis sciens vasa viciosa commodauerit, & infusum vinũ, vel oleum corruptum effusúmve sit, quo casu condemnandus eo nomine est commodator, in id omne scilicet, quod interest commodatarij. RAT. DVB. In commodato venit culpa etiam leuissima, vt scriptũ est initio huius legis, & in *l. si vt certo* 5. §. *nunc videndum supr. hoc titul.* Atqui non potest fieri, vt non sit saltem leuissima culpa is, qui etiam ignorans vasa viciosa commodat, cùm priusquàm commodaret, debuerit diligentiùs explorare an essent viciosa, necne, ne alioqui eueniret, vt pro conferendo beneficio inferret iniuriam. Ergo indistinctè dicendum est commodatorem, qui vasa viciosa commodauit, teneri commodatario, id est, non adhibita distinctione illa, quam Caius hîc adhibet, an à sciente vel ignorante commodatore id factum sit. Nam in sciente videtur lex esse de indubitabili cũ scientia illa dolum inducat, qui semper puniendus est, tum quoque cùm illi ipsi nocet, qui eum admisit *leg. procurator* 11. §. 1. *infr. de doli mal. except.* maximè verò in contractibus bonæ fidei, in quibus idcirco placuit vindicari dolum ipso iure, & æquitate ipsius iudicij *leg. sed si ideò* 21. *infr. solut. matrim. leg. huiusmodi* 84. §. *qui seruum de legat.* 1. *leg. in hoc iudicium* 14. §. 1. *sup. commun. diuid.* cùm nihil tam contrarium sit bonæ fidei quàm dolus *leg. non debet* 11. *in fin. supr. de dolo leg.* 3. *in fin. infr. pro socio leg. si dolo* 5. *Cod. de rescind. vendit.* DEC. Ex parte quidem commodatarij venit in commodato culpa omnis etiam leuissima: sed non ex parte commodantis, quem satis esse visum est teneri de dolo & lata culpa, quoniam non commodantis, sed solius commodatarij gratia fit commodatum *d.* §. *nunc videndum & l. si seruus* 61. §. *circa commodatum infr. de furt.* vbi ob hanc causam additur, quod summopere notandum est, etiam circa dolum remissiùs faciendam esse in commendato interpretationem, id est, vt non tam facilè præsumatur commodatarius dolum admisisse. Est enim duplex dolus malus, minor vnus, vt ita dicam, maior alius, qui maiorem machinationem exigit *l. quid enim* 14. *supr. de dolo.* Qua ratione tentari etiam non improbabiliter potest, commodatorem delata culpa non teneri, licèt contrà sentiat hîc Bartolus, quia tametsi lata culpa prope dolum sit *l. quod Nerua* 32. *infr. depos.* dolus tamẽ non est, tantum distat, vt sit maior dolus. Atqui non est in dolo commodator, qui vasa quâuis viciosa ignorans commodat, licèt non careat culpa. Nec enim dolus esse potest sine scientia, quæ coniunctam habeat calliditatem & machinationem *l. 1. & pass. eod. tit. de dolo malo.* Ergo ex ea causa teneri non debet contrario iudicio, sed ita demùm si sciens commodauerit, & ex vasorum vicio damnum aliquod cõmodatario acciderit *l. pen. infr. hoc tit.* Commodatũ enim beneficium est, beneficio autem iuuari commodatarium oportet non decipi *l. prox.* §. *sicut in fin. supr.* In deposito, locato, & vendito secus est, quia contractus isti non fiunt in gratiam accipientis, sed vel dantis solius, vel vtriusque, & ideo, vt benè notat Accursius, æquum est indistinctè teneri eum, qui vasa viciosa vel deposuit, vel locauit, vel vendidit, id est, siue vicium sciuerit siue ignorauerit *l. 3.* §. *sed si vas infr. de action. empt. leg. sed addes* 19. §. 1. *locat. leg. si seruus communis* 61. §. *quod verò infr. de furt.* Neque verò æquum esset prætextu ignorantiæ locatorem impunè mercedem retinere, & venditorem precium, quod acceperit. Quamuis non eo minùs adhibenda sit distinctio, an sciens, an ignorans locator, aut venditor contraxerit, quia sciens tenetur in omne id quod aduersarij interest, ignorans verò nõ nisi ad restitutionem precij vel mercedis, vt ex supradictis locis apparet. Alia serui locati ratio est. In eo namque adhibentur distinctiones, de quibus in *l. si tibi domum* 45. §. 1. *l. antep.* §. *antepen. infr. locat.* Etsi enim à bona fide longè alienum est, vt quid patiaris detrimenti per eam rem quam conduxeris, attamen extra conductionis causam est crimen, quod seruus locatus admiserit, vt scriptum est in *dict.* §. *antepen.* quod non similiter dici potest de damno, quod vicio rei venditæ vel locatæ contigit.

4 ¶ Quod autem contrario iudicio consequi quisq; potest, id etiam recto iudicio, quo cum eo agitur, potest saluum habere iure pensationis. sed fieri po-

BIU Cujas

test, vt amplius esset, quod inuicem aliquem consequi oporteat, aut iudex pensationis rationem nō habeat, aut ideò de restituenda re cum eo non agatur, quia ea res casu intercidit, aut sine iudice restituta est. dicemus necessariam esse contrariam actionem.

Ad §. vlt. Quod autem.

RAT. DVB. Compensatio vim solutionis obtinet, ideóque liberationem parit ipso iure *leg. 4. l si ambo* 10. *in princip. & §. 1. infr. de compensat. l. si constat* 4. *C. eod. l. amplius non peti* 15. *in fr. rat. rem haber.* Ergo dicendum est commodatarium vel nō posse compensare quod sibi debetur, si directo iudicio conueniatur, vel non posse contrario iudicio consequi, quod directo iudicio conuentus saluum habere potest iure compensationis. Cur enim vltro agere permittamus ei, qui sit tutus ipso iure? Compensatio siquidem fit ipso iure in iudiciis bonæ fidei, quale est iudicium commodati, adeóque etiam in strictis hodie post *leg. vltim. Cod. de compensat.* quamuis olim nō fieret in strictis, nisi opposita exceptione doli post constitutionem diui Marci §. *in bonæ fidei Instit. de action.* DEC. Nihil prohibet actionem dari etiam ei, qui tutus sit exceptione *leg. 1. §. is autem infr. de superfic. leg. inuitus* 156. §. 1. *de regul. iur.* & cōpensatione *leg. sed an vltro* 10. *supr. de negot. gest.* Ac pręterea fieri facilè potest, vt necessaria sit commodatario actio ad cōsequendam indemnitatem, nec sufficiat auxilium compensationis, vt in tribus illis casibus, quos Caius hîc enumerat, quorum primus est, si amplius sit, quod inuicem consequi commodatarium oportet, quàm quod directo iudicio debet. Neque enim compensatio fieri potest, nisi ad concurrentem vsque quantitatem *dict. leg. si ambo dict. leg si constat* 4. *& pass. C. de compensat.* Quemadmodum si quod amplius est, consequi velit cōmodatarius, reconuentione opus est, vt sequi possit condemnatio non sufficiente in eam rem compensatione, vt Bartolus hîc docet ex *l. cùm Papinianus* 34. *C. de sentent. & interloc. omn. iudic.* Secundus casus est, si iudex compensationis rationem non habuerit, non quidem reprobata compensatione, (eo namque casu obstaret exceptio rei iudicatæ *l. quod in diem* 7. §. 1. *infr. eod. ill. tit. l. si autem* 8. §. *si quocunque supr. de negot. gest.*) sed simpliciter non admissa compensatione, id est, nulla circa eam pronunciatione facta, aut ita simpliciter facta mentione compensationis, vt iudex nullam eius rationem habere se dixerit, quod pragma ici nostri sic exprimunt *sans auoir esgard à la compensation requise.* Nec enim verendum est, vt huiusmodi pronunciatione pariat exceptionem rei iudicatæ, cùm neque absolutionem contineat, neque condemnationem, quorum alterutrum interuenire necesse est ad inducendam rem iudicatam *leg. 1. infr. de re iudic.* Tertius casus est, si directo iudicio non possit agi cum commodatario, ideò fortasse quòd res commodata non culpa aliqua commodatarij, sed casu interciderit, aut sine iudice restituta sit. His sanè casibus compensationi locus esse non potest, cùm per modum exceptionis semper opponatur, exceptionem non possit locum habere vbi nulla actio proposita est. Proinde fatendum est, his casibus necessariam esse contrariam actionem, vt & in specie *leg. 1. §. vltim. cum seqq. infr. de contr. iudic. tutel.* Huic tamē §. in eo quod aduersus actionem commodati dat exceptionem compensationis valde obstare creditur quod scriptum est in *leg. vltim. Cod. hoc titul.* prætextu debiti, restitutionem commodati non probabiliter recusari. Scio Cuiacium apud Paulum *lib. 2. sentent. tit. 12. §. vltim.* legere *commendati* id est, *depositi* pro *commodati*, quòd in actione depositi singulare sit, vt non possit ei obiici compensatio *l. pen. C. depos. l. vlt. C. de compensat.* Sed falsam & improbabilem esse correctionem titulus ipse demonstrat: & in eo vir doctissimus meritò à Fornerio & aliis reprehensus est. Etsi enim non cuiuslibet debiti prætextu restitutio rei commodatæ recusari potest, attamen pro eo debito, quod ex ipsius commodati causa proficiscitur, & quod per commodati actionem contrariam peti posset, recusari probabiliter potest, non quidem ad hoc, vt res commodata desinat deberi, quasi exinde habenda ipso iure pro restituta, sed quantum ad hoc duntaxat, vt commodatarius habeat ius retentionis, opposita velut compensationis exceptione, aut quasi pignoris loco, vt Accursius loquitur ex *l. si quis rem* 20. *infr. de acquir. poss. l. creditoris* 25. §. *vlt. & l. si is qui rem* 59. *infr. de furt.* ne alioqui denegemus retentionem & exceptionem ei cui contra eundem agentem daremus actionem, quod pugnaret cum iuris regula *d. l.* 1. §. *is autem infr. de superfic. d. l. inuitus* 156. §. 1. *de regul. iur.* Itaque minùs propriè compensatio hæc dicenda est, cùm non pariat ipso iure liberationem, quomodo solet parere vera compensatio, sed tantùm retentionem, nec eam absolutè, sed in id vsque tempus, quo satisfactum sit commodatario de iis omnibus, quæ ei debentur, & quę contrario iudicio commodati petere posset si rem ipsam penes se non haberet. Quod in actione depositi diuersum est contra quam nec retentio vlla competit depositario, post Iustiniani constitutionem in *d. l. pen. C. depositi.* Sicut & idem Iustinianus contra veteris iuris rationem sustulit retentiones omnes, quæ olim dabantur marito propter res amotas, vel ob impensas in rebus dotalibus factas, sola ei reseruata actione *leg. vnic. §. taceat vers. sed nec retentio & vers. sed nec ob impensas Cod. de rei vxor. action.* Quamquam alia etiam ratio suadere videbatur, ne actioni commodati obiici compensatio olim posset, nimirum quia non habebat locum compensatio nisi quantitatis ad quantitatem, non autem quantitatis ad speciem, sicuti nec speciei ad speciem ante *d. l. vlt. C. de compens.* quæ primùm induxit, vt etiam in actionibus in rem compensatio ipso iure fiat. Qui autem directo commodati iudicio conuenitur, speciei debitor est, qui verò contrario, quantitatis duntaxat & pecuniæ: cùm in iudiciis contrariis agatur tantùm de indemnitate, & de calculo *leg. ei apud quem* 5. *infr. depositi. leg. furti* 6. §. *vltim. supr. de his qui not infam.* Sed compensationem, vt dixi, minùs propriè hîc accipimus pro retentione, cui locum facere solet compensatio, aut deductio, aut doli mali exceptio *dict. leg. penultim. Cod. depositi. leg. 1. infr. de pignor.* Omnis compensatio inducit retentionem, sed non omnis retentio ex compensatione fit, si propriè compensationem accipias: minùs propriè tamen compensatio dici aliquo-

aliquomodo potest, quoties vnum debitum siue speciei siue quantitatis pro alio debito etiam dissimili retinetur, quamuis ex neutra parte liberatio inducatur, vt in specie huius §. nisi dicas, quæ secũda Accursij interpretatio est, intelligendum esse hunc §. de ea re quæ culpa commodatarij perierit, & quæ proinde restituenda sit in pecunia quæ cõpensationẽ possit admittere, quã species ipsa, si adhuc extaret, neq; deterior facta esset, non admitteret: & ita conciliandum hunc §. cum *d. l. vlt. C. hoc tit.* Sed tamen, vt dicam liberè quod sentio, probabilius arbitror, vt quod in hoc §. scriptũ est, de vera compensatione intelligatur, nec minùs de illo casu quo res commodata extet adhuc, neque vllomodo deterior facta sit, sed petita fuerit per actionem cõmodati. Etsi enim verum est, speciem ab initio debitam fuisse, & in ipso tempore litis contestatæ, nõ pecuniam, certum tamẽ est, exinde cœpisse deberi pecuniam, litémque æstimari in pecunia debuisse, vtro tempore pluris res fuisset vel litis contestatæ, vel rei iudicandæ adhibito etiam iureiurando in litem, si dolus malus, vel culpa commodatarij interuenerit *l. 3. §. in hac supr. hoc tit. iunct. l. 3. §. si per venditorem infr. de action. empt.* indéque fieri, vt quoniam litis æstimatio semper sit in pecunia numerata, perinde actioni cõmodati possit obiici compensatio, atque alij cuilibet actioni per quam pecunia non species petatur. Itaq; non sunt ista contraria prætextu debiti restitutionem commodati, non probabiliter recusari, vt scriptum est in *d. l. vlti. C. hoc tit.* & nihilominùs commodatori agenti quocunq; casu actione commodati, compensationem obiici eius pecuniæ, quæ cõtrario iudicio peti posset, tanquam scilicet quantitatis ad quantitatẽ: facta nimirum per contestationem nouatione prioris debiti, id est, speciei commodatæ, & transfusione in debitum pecuniariũ *l. aliam 29. inf. de nouat.* Ergo idem dicendũ est, etiãsi ex alia quã cõmodati causa aliquid commodator debeat commodatario: eadem namque iuris ratio vtroque casu locum habet. Quod & Cuiacius sensit *lib. 9. Obser. cap. 37. ex l. Lucius 38. mandat.* quamuis alia ratione motus quam quæ à nobis adfertur. Nec enim vir doctissimus de litis æstimatione cogitauit. Atque ita certè locus hic omnino explicandus est. Iunge quæ scripsi ad *leg. præced. §. 1. supr.*

19. IVLIANVS libro 1. Digestorum.

AD eos, qui seruandum aliquid conducunt, aut vtendum accipiunt, damnum iniuria ab alio datum non pertinere, proculdubio est. qua enim cura, aut diligentia consequi possumus, ne quis damnum nobis iniuria det?

Ad l. Ad eos 19.

RAT. DVB. Commodatum fit gratia solius commodatarij regulariter, vt diximus ad *l. si vt certo 5. §. nunc videndum supr.* Ergo præstare commodatarius damnum debet, etiam quod iniuria ab alio tertio datum est, rei commodatæ penes commodatarium existenti, quod datum non fuisset, si commodatum nullum præcessisset *arg. l. si seruus 61 §. quod verò infr. de furt.* DEC. Non tenetur cõmodatarius nisi de dolo, & culpa etiam leuissima, vt dictũ est ad *d. §. nunc videndum* & ad initium legis proximè præcedentis. Cæterùm de casu fortuito non tenetur, qui neque præuideri, neque impediri vlla diligentia potuit *§. vlt. l. prox. supr.* Atqui nulla cura aut diligentia consequi possumus, ne aliquis dãnũ nobis iniuria det. Nam & verũ est quod Seneca quodã loco scribit, dominum esse vitæ alienæ omnem qui propriam negligit. Ergo ad eos qui aliquid vtendũ accipiunt, damnum iniuria ab alio datum non pertinere, proculdubio est. Nec aliud iuris est in iis, qui seruandum aliquid conducunt, eãdem scilicet ratione, quòd nulla sit culpa, ne quidem leuissima eius, qui damnum iniuria datum ab alio passus est, ideóque non ad alium pertinere fortuiti casus damnum possit, quàm ad dominum *l. quæ fortuitis 6. Cod. de pignor. act. l. contractus 23. in fin. de regul. iur. l. si ea res 31. infr. de action. empt.* Exceptio tamen subiicienda est, quam nec Azo nec Accursius prætermisit, nisi culpa casum præcesserit ex *l. si merces 25. §. culpa infr. d. l. prox. in princip. supr.* vbi diximus, item nisi casus ille potuerit, & debuerit præcaueri, vt in *leg. nauta 5. §. 1. iunct. leg. vltim. in princip. supr. naut. caupon. stabul. leg. sed de damno 41. infr. locat. leg. damni 43. in princip. inf. de damn. infect.*

20. IDEM libro 3. ad Vrseium Ferocem.

ARgentum commodatum, si tam idoneo seruo meo tradidissem ad te perferendum, vt non debuerit quis æstimare futurum, vt à quibusdam malis hominibus deciperetur: tuum, non meum detrimentum erit, si id mali homines intercepissent.

Ad l. Argentum 20.

RAT. DVB. Commodatarius tenetur de culpa qualibet etiam leuissima, vt proximè diximus & ad *l. in reb. 18. in princip. sup.* Atqui culpa est, si quis minùs idoneum hominẽ & facilẽ, vt deciperetur, elegerit ad commodatam rem restituendam, & perferendam *l. qui non tam idoneum 11. supr. hoc tit.* Ergo & in huius legis specie teneri cõmodatarius debet, si argentũ commodatũ seruo siue suo siue alieno perferendum dederit, & ille perferendo à malis hominib. interceptus sit & deceptus, atq; ita argentum perierit: culpã enim eius cui rẽ custodiendã & perferendam dedit, præstare debet *l. apud Labeonem 20. inf. de præscript. verb.* DEC. Nulla malæ electionis culpa est, quoties electus tam idoneus fuit, vt non debuerit quis existimare futurum, vt à quibusdã malis hominibus deciperetur. Id enim alius quilibet etiam diligentissimus paterfam. fecisset: & pro idoneo hac parte habendus est etiã is, qui passus est se decipi, si credebatur non fuisse passurus. Est enim hic casus ex eorum numero, in quib. plus est in opinione, quàm in veritate *l. si à bona fide 21. sup. de rei vindic. l. is qui putat 15. & seq. infr. de acqu. hered.* Ac proinde casui fortuito potiùs quàm culpæ cõmodatoris adscribendũ est damnum, quod per huiusmodi serui siue facilitatem, siue imprudentiam contigit, quod hic textus omnium optimè probat, & nostri notant ad *l. 1. C. depos.* & Canonistæ in *ca. 1. de commod.* Ergo in proposita specie amissi argenti detrimentum cõmodatoris esse debet, nõ cõmodatarij.

BIU Cujas

21. AFRICANVS libro 8. Quæstionum.

REm mihi commodasti. eandem subripuisti. deinde cum commodati ageres, nec à te scirem esse subreptam: iudex me condemnauit, & solui. postea comperi à te esse subreptam: quæsitum est, quæ mihi tecum actio sit? respondi, furti quidem non esse, sed commodati contrarium iudicium vtile mihi fore.

Ad l. Rem mihi 21.

RAT. DVB. Quod ex causa iudicati solutum est, repeti non potest, neque per condictionem indebiti *l. 1. C. de condict. indeb. l. si fideiussor 29. §. in omnibus infr. mandat.* neque per condictionem sine causa, quia non potest videri sine causa solutum, quod ex iudicato solutum est. Ergo si rem tibi commodauerim, & posteà subripuerim, & nihilominùs egerim commodati, túque nesciens à me subreptam condemnatus fueris & solueris, dicendum est, sicuti agere furti contra me non potes, quia meum potiùs receperim, quàm tuum subtraxerim *l. si is qui 59. infr. de furt.* ita nullam tibi contra me actionem competere ad repetendum quod soluisti: præsertim verò actionem commodati contrariam, cùm directa nulla amplius sit, ex cuius comparatione contraria subsistere ac retineri possit. Vbi enim directa actio nulla est, nec aliqua contraria intelligi posse videtur, siquidem per relationem ad directas actiones & comparatæ sunt & nominatæ actiones contrariæ. Quod si qua actio in eam rem, id est, ad soluti repetitionem superesse videtur, non alia esse potest quàm condictio sine causa *l. 2. supr. de condict. sin. caus.* cùm negari non possit, quin pecunia, quam ex condemnatione mihi soluisti, sit penes me sine causa, siquidem soluisti eam pro re commodata, quasi ea mihi abesset, quam tamen per furtum iam receperam. Nec enim melior condicio mea ob id esse debet, quòd per furtum & ignorante te rem meam receperim, quàm si voluntate tua & per manus tuas recepissem. DEC. Cõdictio quidem indebiti locum habere non potest ad repetitionem solutæ ex iudicato pecuniæ *d. l. 1. C. de cõdict. indeb.* quia impugnaret iudicatum, cuius authoritas salua semper esse debet *l. seruo 65. §. cùm Prætor infr. ad SC. Trebell.* Eadémq; ratio facit, vt neq; condictio sine causa locum habere hoc casu possit, quia æquè impugnaret iudicatum, quandoquidem probandum esset causam fuisse iniustam tempore sententiæ, vt benè Bartolus contra Accursiũ hîc disputat. Aliud esset si post sententiam causa quæ tempore sententiæ suberat, deuenisset ad non causam vt in *d. l. 2. de condict. sin. caus.* Tum enim actio illa iudicatum non impugnaret: consequens igitur est, vt nulla tibi actio aduersum me possit competere ad repetitionem pecuniæ, quam soluisti præter contrarium iudicium commodati, per quod scilicet non impugnatur sententia, sed res ad suam æquitatem reuocatur, cùm actiones contrariæ non minùs sint bonæ fidei, quàm directæ, nec sit ex bona fide, vt & rem meam, quam tibi commodaueram, penes me habeam, & propterea rei meæ precium, quod tu ignorans, rem à me subreptàm mihi solueris *leg. ex empto 11. §. qui autem l. bona fides 50 infr. de action. empt.* Neque quod directa actio sublata & extincta est, facere debet, vt contraria quoque sublata sit. Dicuntur enim actiones contrariæ per relationem quidem ad directas, sed ad eas quæ sunt, aut fuerunt, quemadmodum non eo minùs quis filij nomen retinet, quòd pater iam decesserit. Et sicuti actiones contrariæ proponi, & exerceri possunt, etiam priùs quàm directæ instituantur *l. in commodato 17. §. 1. supr. commod. l. 1. §. vlt. infr. de contrar. tutel. & vtil. action.* ita & post quàm extinctæ sunt. In eóq; differunt actiones contrariæ ab exceptionibus, nõ solùm quòd per modum exceptionis non opponuntur *l. in rebus 18. §. vlt. supr.* sed quòd proprium habent naturam, & æquitatem ex eodem bonæ fidei contractu proficiscentem, ex quo & directa proficiscitur. Nec bona consecutio est, vt quia nihil iam commodatori præstare cõmodatarius debet, vicissim nihil quoque commodatario præstare cõmodatorem oporteat, qui omnimodo indemnitatem præstare commodatario cogitur, ne beneficiũ quod ex commodato sensit, fiat ei captiosum *d. l. in commodato 17. §. sicut in fin. supr. l. Paulus notat 8. infr. de prætor. stipulat.* Cæterùm si qua ratio esset, quæ impedire posset, ne contrarium iudicium hoc casu locum haberet, danda vtiq; tibi esset contra me actio de dolo, quàm mihi permittendum, vt ex dolo & furto meo lucraret, & ex iactura tua locupletaretur: id enim nunquam ferendum est *l. ne ex dolo 12. & pass. supr. de dolo.* Iunge *d. l. in commodato 17. §. vlt. sup.* Ex quo loco infert Accursius, nec malè, contrariũ iudicium in hac specie competere, non ad hoc præcisè, vt precium rei meæ quod à te accepi restituam, sed vt alterutrum cogar facere, vel rem meam pro qua precium soluisti, præstare tibi, vel precium quod dedisti reddere.

1 ¶ In exercitu contubernalibus vasa vtenda communi periculo dedi, ac deinde meus seruus subreptis his ad hostes fugit, & postea sine vasis receptus est. habiturum me commodati actionem cum contubernalibus constat pro cuiusque parte. sed & illi mecum furti nomine serui agere possunt, quando & noxa caput sequitur. Et si tibi rem periculo tuo vtendam commodauero, eáq; à seruo meo subripiatur: agere mecum furti posses serui nomine.

Ad §. 1. In exercitu.

RAT. DVB. Commodatarius non tenetur de casu fortuito, vt diximus ad legem præcedentem. Atqui inter casus fortuitos est, si furtum fiat à seruo fugituro ad hostes, qui nec fugere solitus erat, nec custodiri *dict. leg. præced. iunct. l. si à bona fidei 21. supr. de rei vindic.* Ergo si pluribus in exercitu contu-

contubernalibus vasa vtenda dederim, ac deinde seruus meus ea subripuerit, & ad hostes profugerit, qui posteà sine vasis receptus sit, dicèdum est commodatarios eo nomine actione commodati teneri non debere mihi, qui ex contrario propter furtum serui mei teneor ipsis noxali actione furti, cùm noxa caput sequatur, vt scriptum est in hac lege. Quid enim absurdius est, quàm illum agere, qui ipse teneatur ei, contra quē agit, præstare indemnitatem? An non dolo facit, qui petit quod statim eidē redditurus est, licèt alia actione? *l. dolo facit 8. infr. de doli mal. except. l. in condemnatione 173. §. vlt. de regul. iur. l. si socer. 44. §. Lucius infr. solut. matr.* DEC. Sicut incendium nunquam fit sine culpa inhabitantium aut saltem perraro *l. 3. §. 1. de offic. præfect. vigil.* ita neque furtum sine culpa eius qui rem præsertim alienam, & sibi commodatam custodire diligentius debuit *l. cùm duobus 52. §. damna infr. pro socio l. videamus 11. §. vlt. infr. Locat.* Perdifficile enim est, vt diligenti patrifamilias furtum fiat, nisi à famulis & coniunctis personis, quæ si non sint suspectæ, furtum eo casu inter fortuitos casus numerandum est, non aliter, vt ad legem proximam scripsimus. Meritò igitur placuit commodatarios in hac specie teneri actione directa commodati, præsertim cùm id actum sit, vt commodatariorum periculum commune esse deberet. Quisquis enim de periculo tenetur, etiam de casu fortuito tenetur, nec de culpa hoc casu quærendum est, nec eo minùs tenentur commodatarij quòd ipsi quoque vicissim furti actionem noxalem habeant, cùm actio hæc nascatur ex delicto, illa ex contractu, nec semper tantum sit in actione vna, quantum in altera, vt proinde altera per alteram non tollatur. Potest enim minùs esse in noxali actione furti, quàm in directa commodati, si fortè minus sit damnum, quod seruus dedit, quàm quanti seruus ipse est. Ergo teneri hoc casu commodatarios æquum est directa commodati actione. Nec possum probare, quod nostri vulgò post Accursium putant intelligendum hunc §. de illo casu, quo commodans quoque perinde in culpa sit, vasaque sua contubernalibus commodauerit, tā suo periculo quàm commodatariorum. Nam quod ponit Africanus, commodata fuisse vasa contubernalibus *communi periculo* ad solos contubernales eósq; cōmodatarios referri debet, qui plures erant, non ad cōmodatorē. Contubernales enim iidémq; cōmodatarij soli tenentur, quod ostendunt verba illa *pro cuiusque parte* idq; vir doctissimus Iacobus Cuiacius ad Africanum sentire videtur. Quamuis eo quoque posito, vt commodatariorum & commodatoris periculum commune esse deberet, & communi omnium culpa furtum factum esset, satis punita esset culpa cōmodantis, in eo quod furti admissi periculum pro sua parte agnoscere cogeretur, vt Accursius & Castrensis docent, nec nisi pro duabus tertiis aduersus commodatarios actionem habere posset. Illud sanè verum est, quod interpretib. placet. cōmodatarios hoc casu singulos teneri non in solidum, sed in viriles portiones, ob illa verba *cōmuni periculo* quæ hoc ipso quod periculi cōmunionem inducunt inter commodatarios, inducunt etiam diuisionē, vt diximus ad *l. 5. §. si duob. vehiculum sup. hoc tit.* Nec illud quoq; improbo, quod Castrensis notat, aliud responsurū fuisse Africanū, si cum vasis seruus quoque commodatus fuisset, & cum subreptis vasis profugisset, nisi fugæ culpam commodator præstitisset, vt scriptum est in *d. l. 5. §. si me rogaueris in fin.* vbi diximus *supr.* Sequitur,

a *Sed & illi mecum furti serui nomine agere possunt.* Intellige cum Accursio, vt noxaliter agere possint, non aliter: neq; enim ex delictis seruorum tenentur vnquam domini nisi noxaliter, præterquàm si iis scientibus delictum admissum proponatur *l. 1. 2. & pass. supr. de noxal. action.* Posset tamen etiam commodati actio contraria in hanc rē competere, non quidem ad damnum omnimodo sarciendum in solidum vt in *l. prox. seq.* sed vt vel damnum pro fure decidatur, vel seruus pro noxæ dedito relinquatur, quasi potestas noxalis actionis etiam bonæ fidei iudicio insit, vt subtiliter docet Cuiac. ex *l. inter causas 26. § sed cùm infr. mandat. l. si seruus 61. in princip. infr. de furt.* sicut, inquit, & actio arbitraria *l. in bonæ fidei 7. supr. de eo quod cert. loc.* & actio de dolo *l. si quis adfirmauit supr. de dol.* Rursum intellige cum eodem Accursio, nisi commodatarij sint in dolo: nam quoties is cui commodaui, dolo aliquid fecit circa rem commodatam, agere mecum furti non potest, ne ex dolo suo & improbitate actionem sibi acquirat *l. eum qui 14. §. item Pompon. iunct. l. itaq; 14. §. 1. de furt.* Secus est si culpa tantùm interuenerit etiam lata, quamuis Cuiacius contrà putet: nec enim culpa delictū est & in commodato facienda est remissior interpretatio etiam circa dolum quàm in mandato, vel deposita *d. l. si seruus §. circa commodatum & seq. de furt.* vt diximus ad *l. in reb. 13. §. item qui sciens sup.* Planè quod Accursius requirit culpam aliquam commodatariorū interuenisse, vt furti actionē aduersus commodantē habeant, quoniam alioqui nihil eorum interesset, actio autem furti non alij datur, quàm ei cuius interest, non puto ad rem pertinere, quandoquidem nulla etiam culpa interueniente in specie huius §. interesset tamē commodatariorum qui ea lege commodatum accepissent, vt etiam de periculo tenerentur, quod vtique nihil cum culpa commune habet: imò verò tum maximè conuētionis huius potestas elucet, cùm neque dolus, neque culpa præcessit. Alioqui si neq; conuentio hæc neque culpa vlla intercesserit, furti certè agi non potest *d. l. eum qui 15. §. idem scribit infr. de furt.*

22. PAVLVS libro 12. ad Edictum.

SI seruus, quem tibi commodauerim, furtum fecit: vtrum sufficiat contraria commodati actio, quemadmodum competit, si quid in curationem serui impendisti: an furti agendum sit, quæritur: & furti quidem noxalem habere eum, qui commodatum rogauit, proculdubio est: contraria autem commodati tunc eum teneri, cùm sciens talem esse seruum, ignoranti commodauit.

Ad l. Si seruus meus 22.

RAT. DVB. Actionibus bonæ fidei etiam noxales actiones insunt, vt ex Cuiacio diximus ad legem præcedētē ex *l. inter causas 26. §. sed cū seruus inf. mādat. l. si seruus 61. in princip. infr. de furt.* Ergo in specie huius legis, si seruus meus quem tibi cōmodaueram,

BIU Cujas

furtum tibi fecerit, non debuit Paulus distinguere, an sciente me, an ignorante furtum factum sit, vt, si sciente me competat tibi tunc contraria actio commodati, si verò me ignorante, & tibi ignoranti, noxalem furti contra me habeas actionem.

DECID. Contrariam actionem siue commodati siue aliam quamlibet cùm dicimus, eam intelligimus quæ de indemnitate in solidum competit, non quæ ad noxæ deditionem. Nec enim contrariæ actiones sui natura sunt noxales, quamuis noxales insint contrariis, sicut in eo quod plus est, continetur quod est minus *leg. in eo* 110. *de regul. iuris.* ideóque noxales contrariis opponuntur, non tamen quasi contrariæ, sed quasi diuersæ tam in hac *leg.* quàm in *leg. si seruus pignori* 31. *infrà titul. proxim.* Cùm ergo quæritur, an pro furto, quod seruus commodatus fecit, danda sit commodatario actio contraria aduersus commodantem, an noxalis, meritò adhibenda distinctio est, an sciente domino eodémq; commodatore furtum factum sit, an eo ignorante, vt priore casu contraria commodati actio necessaria sit, ad plenissimam indemnitatem consequendam, sicuti si quid commodatarius in serui curationem impendisset *leg. in rebus* 18. §. *possunt supr. hoc titulo.* posteriore verò noxalis tantùm competat, vel, quod effectu idem est, contraria quidem, sed alternatiuè, in id vt commodator vel damnum decidat, vel seruum pro noxæ dedito relinquat: quæ noxalis actionis natura & condicio est *leg. miles* 6. §. *decem infr. de re iudic. & tor. titul. de noxal. action.* Iunge *dict. leg. inter causas* 26. §. *sed cùm seruus infr. mandat. leg. si tibi domum* 45. §. *primo infr. locat.* vbi tamen dicitur extra conductionis causam esse furtum à seruo conducto admissum, & in propriam persecutionem cadere, id est, in actionem furti, quæ tamen sit noxalis. Actio enim bonæ fidei tum quoque cùm noxalem in se continet, non ideò tamen noxalis propriè dicitur, sed quasi noxalis, vt scriptum est in *dict. leg. si seruus* 61. *in princip. infr. de furt.*

23. POMPONIVS libro 21. ad Quintum Mucium.

SI commodauero tibi equum, quo vtereris vsque ad certum locum: si nullâ culpa tua interueniente, in ipso itinere deterior equus factus sit: non teneris commodati. nam ego in culpa ero, qui in tam longum iter equum commodarim, qui eum laborem sustinere non potuit.

Ad l. Si commodauero vlt.

RAT. DVB. & DEC. ad hanc legem eadem est, quæ ad *leg. eum qui* 10. *sup.* Nam cùm de culpa qualibet etiam leuissimâ teneatur commodatarius *leg. in rebus* 18. *in princip. supr.* non videbatur carere culpa is qui in tam longum iter vsus esset equo commodato, vt is ex itinere deterior factus esset. Sed contrà respondetur, imò verò nullam ipsius culpam esse, qui commodato equo in eam ipsam rem vsus est, in quam accepit *dict. leg. eum qui*, & culpam, si qua est, totam eius esse, qui commodauit, quippe qui non debuerit in tam longum iter equum commodare, vt eum laborem sustinere equus non posset. Planè si qua alia in re commodatarij culpa aliqua intercesserit, propter quam equus deterior factus sit, non faciet culpa præcedens commodatoris, quominùs de sua propria commodatarius teneatur *dict. leg. eum qui iunct. leg.* 3. §. *si reddita supr.* Adde *leg. si seruus seruum* 27. §. *penultim. & leg. vltim. supr. ad leg. Aquil.*

DE PIG-

BIU Cujas

DE PIGNORATITIA ACTIONE, VEL CONTRA.

TIT. VII.

VLPIANVS libro 40. ad Sabinum.

PIgnus contrahitur non solùm traditione, sed etiam nuda conuentione, & si traditum non est.

Ad l. Pignus contrahitur.

RATIO DVBIT. Pignus est ex numero eorum contractuum, qui re tantùm, id est, traditione, non etiam nudo consensu perficiuntur *leg. 1. §. creditor quoque. infr. de oblig & action. §. creditor. Instit. quibus modis re contr. oblig.* quamuis consensus in hoc quoque contractu, vt in omnibus cæteris necessarius sit *l. in omnibus negotiis 57. eod tit. de oblig. & action.* In eóque differt pignus ab hypotheca, quæ consensu nudo contrahitur *l. 4. infr. de pignor l. si tibi 17. §. de pignore. supr. de pact. l. iusto 43. §. non mutat. infr. de vsucap.* quamuis extra hanc causam non possit constitui ius in re citra traditionem *l. traditionibus 20. C. de pact. l. 3. §. 1. supr. de vsufr. l. si partem 19. quemadmodum seruit. amitt.* Vnde est quod pignus contractum esse dicimus, cùm manente penes debitorem proprietate possessio sola transit ad creditorem, hypotheca verò cùm nec possessio transit *l. si rem alienam 9. §. propriè, & l. cùm & sortis 35. §. 1. infr. hoc tit.* id est, cùm nulla traditio interuenit: nec enim vlla traditio sine possessionis translatione, aut esse aut intelligi potest *l. 3. inf. de action. empt. l. claudus 74 de contr. empt.*

DEC. Pignoris appellatio & significatio duplex est, vna propria, altera impropria. Propria illa est, quæ traditionem exigit *dict. l. si rem. §. propriè,* & ad res mobiles tantùm pertinet, quæ pugno teneri possunt. Pignus enim dictum est à pugno, quia res quæ pignori dantur, manu traduntur *l. plebs est 138. §. pignus. infr. de verb. signific.* Impropria rursus est duplex, vna, quæ traditionem quidem perinde requirit, sed ad quascunque res etiam immobiles refertur: nam & res immobiles æquè ac mobiles tradi possunt, licèt non pugno. Sic passim nostri prudentes tractant de fundo & prædio pignori dato in *l. 1. §. cùm prædium. l. si fundus 16. & pass. infr. de pignor.* Altera est, quę nec traditionem exigit, sed nudo consensu & simplici pacto etiam nudo contenta est, quam rectiùs & magis propriè hypothecam appellamus *§. item Seruiana. Instit. de action.* Et hoc est, quod ait Marcianus in *l. res hypothecæ 5. infr. de pignor.* inter pignus & hypothecam nominis tantùm sonum differre, scilicet quantum ad effectum actionis hypothecariæ, vt Iustinianus explicat in *d. §. item Seruiana.* Perinde enim dat Prætor actionem ex nudo pacto hypothecæ, atque daret ex stipulatione alióve contractu ciuili: non quia pignus sit modici præiudicij, vt putat Bartolus, sed propter publicam hominum vtilitatem, & quia hypothecæ obligatio semper accessoria est, ideóque fauorabilior nunquam principalis, vt dixi ad *l. 1. supr. de constit. pecun.* Quam actionem interpretes vulgò hypothecariam vocant, prudentes elegantiùs, quasi Seruianam, quòd inducta sit ad exemplum actionis Seruianæ, quæ primùm à Prætore Seruio proposita est de rebus coloni in prædium rusticum inuectis, & pro pensione domino prædij nuda conuentione obligatis *d. §. item Seruiana,* interdum etiam pignoratitiam, vt in *l. rem alienam 41. hoc titul. l. si à Titio 22. infr. de pignor.* & alibi sæpe. Etsi pignoratitiam actionem simpliciter cùm nostri dicunt, eam intelligunt, de qua in hoc tit. id est, quæ debitori competit soluto debito contra creditorem, vt pignus quod acceperat, pro debito restituat, non illam quæ datur creditori, siue contra debitorem, siue contra quemlibet alium pignoris possessorem ad pignus vindicandum. Hæc enim, de qua in *tit. de pignor.* in rem est, non in personam, & aduersus quemcunque possessorem datur *l. pignoris 17. infr. ill. tit. l. pignoris 15. Cod. eod.* ideóque vindicatio pignoris appellatur *l. si fundus 16. §. in vindicatione. infr. ill. tit.* At illa, de qua in hoc tit. merè personalis est, nec arbitraria, qualis est hypothecaria *§ præterea. Instit. de action.* sed bonæ fidei *§. actionum eod. tit.* datúrque non contra possessorem, sed contra debitorem solum, etiamsi rem pignoratam non possideat, heredémve ipsius. Hypothecaria directa actio est, nec vllam habet contrariam: pignoratitia verò, de qua nunc agimus, duplex est, vna directa, quæ debitori aduersus creditorem competit de pignore dato restituendo postquàm solutum est, aut aliter satisfactum creditori *dict. l. si rem alienam 9. §. omnis pecunia. infr.* Altera contraria, quæ vicissim datur creditori contra debitorem ad sumptus repetendos, quos in rem pignoratam fecit, aut si quid aliud ex ea causa impenderit *l. tutor 16. §. contrariam. infr.* Ex quo apparet, quod scripsit Iustinianus in *l. 2. §. sequentem 5. C. de veter. iur. enucl.* actionem hypothecariam non longè admodum ab actione pignoratitia distare, non alium sensum habere posse, quàm quòd vna alteri quodammodo consequens esse videatur: conuentio enim pignoris, sicut inducit hypothecariam fauore

creditoris, vt pignus persequi & vindicare possit, ita & soluto quandocunque debito inducit pignoratitiam fauore debitoris, vt pignus à se datum recuperare possit. Ob idque Papinianus in *l.pen.infr.* hanc actionem vocat iudicium, quod de pignore dato proponitur, scilicet reddendo, non vindicando. Cæterùm pignoratitia de qua in hoc tit. non competit, nisi de pignore tradito & cuius possessio in creditorem translata sit: nec enim posset creditor restituere pignoris possessionem, quam nunquam habuisset. Hypothecaria verò contrà non competit nisi de pignore non tradito, sed nuda conuentione obligato, vt pignoris possessionem quam nondum habuit, nanciscì possit *dict.l.si fundus 16.§.in vindicatione de pignor.* Nam si pignus propriè contractum sit, hoc est, ita vt rei obligatæ possessio translata fuerit in creditorem, nulla prorsus actio creditori competere potest, id est, neque pignoratitia neque hypothecaria, quia pro rebus corporalibus nulla possessori actio prodita est §.1.*Instit.de act.* quoniam nec actione indiget is qui possidet, cùm sibi consulere possit per retentionem *l.1. in princip. infr. de pignor.* Sed debitori omni casu necessaria est actio, vt rem à se datam pignori & pro debito obligatam possit soluto debito recipere: cùm non fuerit ei permittendum, vt rem pignoratam propria authoritate recuperet, nec si vinculo & nexu pignoris liberata sit, quemadmodum nec creditori hypothecario permittitur sua authoritate vel debitum exigere, vel pignus vindicare, nisi de eo expressa conuentio facta sit *l.extat 13.supr.quod met.causs.l.3.C. de pignor. l.miles 6.§.qui iudicati.infr.de re iudic.* Scio debitorem qui rem suam pignori datam, soluendo aut aliter satisfaciendo liberauit, posse, si malit eam quasi suam, & iure dominij vindicare, nec proinde personali actione ista indigere, vt rem suam recipiat. Sed dico incommodam plerunque esse directam rei vindicationem, quia exactam & concludentem dominij probationem exigit, quæ vt plurimùm difficillima est *§.commodum. Instit. de interd.* cùm tamen pignoratitia nihil nisi conuentionis & solutionis aut satisfactionis probationem requirat, adeóque interdum sola oblatione contenta est, quæ modò in iudicio facta sit etiam post institutam actionem *d.l.si rem 9.§.vlt.infr.* Præter id quod actio pignoratitia bonæ fidei est, habétque plenissimas præstationes, vindicatio autem omnis, id est, siue dominij siue pignoris arbitraria est *l. & ex diuerso 35. §.1.l.qui restituere 68.supr. de rei vindic.* & idcirco non tam facilè nec nisi per ambages expediri potest. Facti enim cognitionem & de rei dominio priùs pronunciari oportet, deinde arbitrium ferri de restituenda, vt ad sententiam & condemnationem perueniatur. Sed & interdum euenit, vt quis rem alienam pignori dederit: quo casu licèt pignoris obligatio ipso iure non teneat, nisi aut ex domini voluntate facta sit *l.aliena 20.hoc tit.& tot.tit. C.si alien. res pignor.dat.sit.* aut pignus pignori datum proponatur *tit.C.si pignus pignor.dat.sit.* non eò minùs tamen tenetur creditor, cui solutum debitum, aliterve eo nomine satisfactum est, vt rem pignoratam cuiuscunque sit debitori restituat, qui tamen eam tanquam alienam vindicare, etiamsi maximè vellet, non posset. Est igitur non solùm commodior, sed etiam latiùs patens actio pigneratitia, quæ ex contractu nascitur, quàm vindicatio dominij, quæ non nisi dominium ex parte actoris pro causa habet, & ex parte eius qui conuenitur, præsentem possessionem *l.non aliàs 24.§.sed si postulatur.supr. de iudic.l.vnic. C.de alienat.iudic.mut.causs.fact.* Hæc ad pignus conuentionale pertinent, de quo & totus hic titulus est. Nam de prætorio, de quo Accursius & Bartolus hîc latiùs tractant, accommodatior erit dicendi locus ad *l.non est mirum 26.§.1.infr.*

1 ¶ Si igitur contractum sit pignus nuda conuentione: videamus, si quis aurum ostenderit, quasi pignori daturus, & æs dederit, an obligauit aurum pignori. & consequens est, vt aurum obligetur, non autem æs: quia in hoc non consenserunt.

Ad §.1. Si igitur.

RATIO DVBIT. Ad obligationem pignoris constituendam, siue propriè pignus accipias, siue impropriè pro hypotheca præsenti consensu opus est, non qui ad futurum tempus referatur *l.qui autem 14. §.1. supr. de constit. pecun. l.in omnibus negotiis 57. infr. de oblig.& action.* At qui cùm quis aurum ostendit, quasi daturus pignori, & nihilominus æs dedit, non videtur debitor consensisse in auro dando, sicut nec creditor in accipiendo ære, quin potius fatendum est, debitorem animum habuisse decipiendi creditoris, propter quam causam etiam de stellionatu teneri eum scribit Vlpianus in fine huius legis: nec præsens consensus est, cùm quis ostendit aurum quasi pignori daturus, nisi det in tempore præsenti: aliud enim est dare rem pignori, aliud verò pignori dare velle: sicuti diximus ad *l.vlt.supr.de condict. causs. dat.* aliud esse vendere, aliud verò pacisci de vendendo, denique aliud est pacisci, aliud decipi *l. qui cum tutoribus 9.§.1.supr.de transact.* Ergo quamuis hodie post inductam à Prætore hypothecariam ex nudo pacto pignoris nascatur iure honorario & obligatio & actio, non tamen consequens est, vt aurum pignori obligatum sit, non solùm quia traditum non est, (ea namque ratio concludit tantùm pignus propriè non esse secundùm ea, quæ proximè scripsimus) sed etiam quia nō habuit debitor animum auri obligandi, qui pro auro æs subiecit & tradidit, sicut neque æs obligatum est, quia in accipiendo eo creditor non consensit.

DEC. Neque pignus neque hypotheca specialiter contrahi potest, nisi certi corporis: genus enim nunquam obligatur, ne tum quidem cùm generaliter bona debitoris omnia pignori sunt obligata: resoluitur namq; generalitas in suas singularitates *l.falsa 33.§.vlt.infr.de condic. & demonstr.* quia pignoris obligatio rem ipsam afficit quæ obligata est, & tribuit creditori ius non solùm ad rem, sed in re *l.l. pignoris 17.& pass.infr. de pignor.l.si creditor 7.§.vlt.infr. de distract.pignor.* affici autem genus non potest, vt neque tradi neque tangi cùm sit incorporale *l.1.§.vlt. supr.de rer.diuis.* & apud Iustinianum *tit.de reb.corpor.& incorp.* Sufficit ergo vt sit consensum in corpore de quo obligando actum est, quemadmodum & in stipulatione dici solet *l.si id quod 22. infr. de verb.oblig.* Alioqui deciperetur creditor qui nō fuerat sine pignore creditur us, si neque aurum ostensum, neq; eo quod

quod traditum fuit, obligatum esse dicere mus. Etsi enim traditione pignus proprie constituitur, non tamen ita accipi debet, vt incipiat pignus à traditione: inutilis siquidem traditio est, nisi præcesserit consensus de re obliganda: quo consensu præcedente inutilis quoque traditio est ad pignoris obligationem constituendam, quæ iam satis nudo consensu constituta est. Venditionis alia ratio esse creditur ex *l. quid tamen 14. infr. de contr. empt.* Valet enim venditio etiam generis, quia non sicut per pignus, ita & per venditionem res afficitur, sed persona tantùm obligatur *l. rem alienam 28. eod. tit.* Quod tamen an verum sit, quoniam obstare videtur, quod scriptum est in *l. cùm ab eo 41. §. vlt. eod. tit.* dicendum erit latiùs ad *d. l. quid tamen.* Illud non improbo, quod ex hoc loco nostri notant, quoties ob vtilitatem alterutrius contrahentium, siue ex causa doli, siue ex alia, contractus nullus aut inutilis est, habendum tamen esse pro valido, si is velit, qui deceptus est, ne quod eius fauore cõstitutum est, in ipsius odium retorqueatur. Hoc enim fauor decepti postulat, & odium decipientis, vt hîc Bartolus notat ex *l. & eleganter 7. in princip. supr. de dolo. l. sub prætextu 19. Cod. de transact. l. creditoribus 5. C. de seruo pignor. dat. manum. l. non eò minùs 14. C. de procurat. l. penult. C. ad SC. Trebell.* quamuis extra hunc casum non debeat esse in potestate vnius contrahentium, vt contractus valeat, aut plus minúsve comprehendat *l. si vina emerim 6. infr. de peric. & commod. rei vendit.*

a *Si quis tamen cùm æs pignori daret.* RAT. DVB. & DECID. eadem est quæ ad sententiã præcedentem, nisi quòd cùm debitor adfirmauit æs, quod dabat pignori, aurum esse, tantò magis apparet nõ in hoc consensisse contrahentes, vt æs daretur pignori, sed vt aurum, ideóque tanquam deficiente consensu pignus non tenere videbatur, licèt secuta traditione, quia nec aurum, sed æs traditum fuit. Sed magis esse Vlpianus ait, vt pignoris obligatio teneat, quia verum est consensum esse in corpore, non in qualitate & substantia materiæ. Quid enim aliud exigimus ad obligationem pignoris in eo corpore quod ostenditur constituendam, quàm vt consensum sit in corpore? Nec quod dolus debitoris hoc casu euidentior sit, ad rem facit. Tantò magis enim dicendum est, contractum tenere fauore decepti creditoris, si id malit, iuxta ea quæ proximè scripsimus.

b *Tenebitur tamen pigneratitia contraria actione, qui dedit.* RAT. DVB. Pignoratitia actio contraria non potest latiùs patere quàm directa: dicitur enim contraria ex comparatione directæ. Atqui non potest directa actio pignoratitia competere soluto debito, nisi ad restitutionem eius corporis, quod pignori datum est æneum, licèt conuenerit, vt daretur tanquam aureum. Pignoratitia enim cùm nomen sumat à pignore, non potest latiùs patêre quàm pignus ipsum: & absurdum esset debitorem dato ære in pignus, reposcere aurum quod non dedisset. Ergo neque contraria actione pignoratitia teneri potest debitor, qui dedit æs pro auro, vt præstet quanti creditoris interest aurum pignori datum fuisse. Et quamuis debitor in dolo fuerit qui falsò adfirmauit aurum esse, quod dedit pignori, cùm æs esset, videtur tamẽ ea res inducere debere actionem subsidiariam de dolo potius, quàm actionem contrariam pignoratitiam, ne dolus maneat impunitus.

DEC. Actiones contrariæ sicuti inductæ sunt ex æquitate & bona fide, ita tã latè patent, quàm æquitas ipsa quæ illas inducit: nullis enim aliis finibus aut dilatantur aut coercentur quàm æquitatis, quæ circa ipsum negotium versatur, ex quo proficiscuntur. Itaque licèt directa actio non competat, contraria tamen non eò minùs danda est, si eius dandæ aliqua subsit æquitas, quæ semper subest, quoties indemnitati eius qui contrariam actionem exercere vult, consulendum est *l. ei apud quem. infr. deposit. l. in commodato 17. §. 1. & l. seq. §. vlt. supr. tit. prox.* Atqui cùm debitor pro auro dedit æs pignori, quod affirmauit aurum esse, non potest consultum esse indemnitati creditoris, nisi præstetur ei quanti ipsius interest, aurum pignori datum fuisse, quò magis ei cautum sit, non enim datur pignus, vt neque fideiussor, nisi vt debitum magis sit in tuto *l. si mandatu 59. §. vlt. infr. mandat. l. 4. §. addici. infr. de fideic. libert.* Ergo nihil causæ est, cur non hoc nomine danda sit creditori actio contraria, per quam fiat, vt plenissimam indemnitatem consequatur. Nam quod debitor in ea re dolum admiserit, non inducit necessitatem proponendæ actionis de dolo, cùm sufficere possit contraria pignoratitia, quæ sicut bonæ fidei est, ita de dolo actionem non minùs quàm exceptionem vi ipsa in se continet *l. si quis affirmauit 9. supr. de dolo.* Nunquam enim Prætor dat actionem de dolo, quę quoniam damnato infamiam irrogat, semper odiosa est, nisi alio quolibet auxilio, siue ordinario, siue extraordinario deficiente *l. 1. §. 1. & §. idem Pomponius & paß. eod. tit.*

c *Præter stellionatum quem fecit.* RAT. DVB. Quod in causis ciuilibus est actio de dolo, hoc in criminalibus est stellionatus persecutio *l. 3. §. 1. infr. de crimin. stellion.* Atqui in proposita specie, licèt dolus commissus sit, actio tamen de dolo non habet locum, quia contraria actio pignoratitia potest sufficere, vt proximè diximus. Ergo neque persecutio stellionatus hoc casu locum habere potest.

DEC. Actio quælibet competens siue ordinaria siue extraordinaria excludit actionem de dolo, quę non nisi subsidiaria est: sed non excludit accusationem & persecutionem stellionatus, quæ etsi nec ciuilis & priuata nec publica est, cùm stellionatus iudicium publicum non sit, tamen extraordinariam habet coercitionem *l. 1. l. 2. & d. l. 3. §. 1. de crimin. stellion.* quamuis cum *dict. l. 2.* pugnare videatur, quod scriptum est in *l. quid ergo 13. §. vltim. supr. de his qui notant. infam.* vbi scripsimus. Publicè autem interest extra ordinem puniri eos, qui contra legum ordinem & præscriptum deliquerunt *l. ita vulneratus 51. §. vlt. supr. ad leg. Aquil. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. 1. de solut.* Ergo quod actio pignoratitia contraria competat creditori, non debet ei adimere accusationem & persecutionem stellionatus, quæ in eo fauorabilior est, quàm actio de dolo. Quamuis non negem fauorabilius esse creditori, vt habeat contra debitorem contrariam actionem, quàm vt stellionatus persecutionem: quia de stellionatu agi non potest, nisi probato dolo, sine quo nec delictum vllum esse potest, dolum autem semper excludit ignorantia, & consequenter stellionatum, at non æquè contrariam actionem pignoratitiam, quæ nihil aliud exigit, nisi vt ex æquitate indemnitas creditori præstanda sit, nec tam ad puniendum debitoris dolum datur, quàm ad indemnem seruandum creditorem *l. tutor 16. §. 1. infr. hoc titul. dict. leg. ei apud quem 5. infr. deposit.* Iunge *l. si quis in pignore 36. infr. hoc titul.*

BIU Cujas

2. POMPONIVS libro 11. ad Sabinum.

SI debitor rem pignori datam vendidit & tradidit, túque ei nummos credidisti, quos ille soluit ei creditori, cui pignus dederat, tibíque cum eo conuenit, vt ea res, quam iam vendiderat, pignori tibi esset: nihil te egisse constat: qui rem alienam pignori acceperis. ea enim ratione emptorem pignus liberatum habere cœpisse. neque ad rem pertinuisse, quòd tua pecunia pignus sit liberatum.

Ad l. Si debitor 2.

RAT. DVBIT. Is, ex cuius pecunia creditor pignoratitius dimittitur, hoc ipso succedit in ius & locum prioris creditoris, dummodò conuenerit ipse de pignore, & vt pecunia ad priorem illum creditorem perueniret *l.1.2.& 3.C.de his qui in prior.credit.loc. succed.* quemadmodum & is cuius pecunia peruenit ad creditorem chirographarium tantùm, sed habentem priuilegium inter chirographarios, succedit in priuilegium anterioris, non solùm si pecunia statim profecta sit ab inferiore creditore ad priuilegiarium, sed etiamsi per mediam creditoris personam, si modò non post aliquod interuallum id factum sit *l.si ventri 24.§.vlt.infr.de reb.author.iudic.possid.aliàs l.9.§.vlt.de priuileg.credit.* Ergo si debitor rem pignori datam vendiderit & tradiderit, túq; nummos ei credideris, quos ille soluerit creditori, cui pignus dederat, tibíque cum eo conuenerit, vt ea res quam iam vendiderat, pignori tibi esset, dicendum est, te in locum creditoris successisse, cùm in tua persona duplex illa ratio concurrat, quòd & tua pecunia dimissus est prior creditor, & speciali conuentione eadem res pignori data tibi est, quæ priori data fuerat.

DEC. Aliena res pignori dari non potest, nisi accedente domini voluntate *l. aliena 20. hoc tit. l.1. & tot.tit.C.si alien.res pignor.dat.sit. l.& quæ nondum 15.§. quod dicitur. & pass. infr.de pignor.* aut sub condicione, si quandoque res illa fiat debitoris *l. si fundus 16.§. aliena res eod.tit.* Atqui res debitoris ab eo pignorata creditori, deinde alij vendita & tradita, cœpit esse aliena, factáque emptoris per traditionem ex causa venditionis factam *§. venditæ. Instit. de rer.diuis. l.traditio 20.l.nunquam nuda 31. de acquir. rer.domin.* Ergo conuentio pignoris postea secuta cum creditore ex cuius pecunia prior creditor dimissus est, nullum ius pignoris dare potuit nouo creditori in re facta iam aliena. Verum igitur est, quod Pomponius hic scribit, posteriorem hunc creditorem tali conuentione nihil egisse, quia rem alienam pignori acceperit: ea namque ratione emptorem cœpisse liberatum pignus habere, vt proinde creditor ea pactione emptori magis quàm sibi profuerit, licèt non id inter ipsum & debitorem ageretur, vt emptori prodesset conuentio. Nec enim ad hunc casum pertinet quod dici solet, actus non operari vltra intentionem agentium *vulg.l.non omnis 19. & præced. supr. de reb.credit.* Fit namque hoc ex necessitate negotij, cùm non possit manere pignus obligatum soluto debito *l.si rem 9.§.omnis pecunia & seq.infr.* Et quemadmodum plerunque accidit, vt extra id quod agitur, obligatio aliqua tacita nascatur *l. is qui 13. in fin. supr.tit.proxim.* ita & multò facilius admitti potest, vt ex eo actu, qui fit ad inducendam obligationem, nascatur liberatio. Quāquam verum est, liberationem hoc casu induci, non extra id quod agebatur, sed ex parte secundùm id quod agebatur. Quid enim aliud agebat debitor, cùm pecuniam mutuam à posteriore creditore accipiebat, eamque priori soluebat, quàm vt pignus à priore creditore liberaret, idémque posteriori obligaret? Alterum verò facere potuit, id est, pignus à priore creditore liberare, alterum non potuit, id est, pignus illud à priore creditore liberatum posteriori obligare. Itaque non operatur actus hoc casu vltra intentionem agentis, sed minùs quàm fuerit in agentis intentione, quod vtique non est nouum, quoties potestas iuris cum voluntate hominis non concurrit, vt in *l.quoties 9.in princip.infr.de hered.instit.l.multùm interest 8.C.si quis alter.vel sib.l.4.* vbi Baldus notat *inf.de acquir.hered.* Minùs obstat si quis obiiciat pignus pignori dari posse, quo casu rem alienam pignori dari necesse est, cùm pignus rei propriæ non consistat *l.vnic.C.si pignus pignor.dat.sit.l.neque pignus 45.de reg.iur.* Etsi enim pignus respectu primi creditoris aliena res est, cùm tamen dat illud pignori, non tam rem alienam obligat, quàm ius pignoris quod habet in ea re, quódque suum est. Cæterùm pignus quod ei à primo debitore datum est, necesse est fuisse in dominio prioris debitoris eo tempore. Alioqui non posset tanquam pignus dari pignori ea res, quæ nullo pignoris vinculo teneretur. Neque verò in hac lege ponimus datum fuisse pignus pignori à pignoratitio creditore, sed à debitore ipso, & quidem eo tempore quo neque dominij neque pignoris ius vllum amplius in ea re habebat. Fateor posse accidere, vt posterior creditor in prioris locum succedat hoc ipso, quod ex pecunia ipsius creditor prior dimissus est, siue prior ipse creditor posteriori soluerit, nulla etiam alia pactione interueniente, siue posterioris creditoris pecunia ad ipsum debitorem prius peruenerit, sed ea lege vt ex illa pecunia prior creditor dimitteretur *d.l.1.2.& 3. C.de his qui in prior.credit.loc. succed.* Eius qui pignus à debitore emit, alia ratio est: licèt enim precium ad creditorem peruenerit, non ideò tamen succedit in pignus & ordinem creditoris, nisi conueniat ipse primùm de pignore *l.Aristo 3. infr.quæ res pignor. oblig.poss.* In eóque melior est condicio creditoris quàm emptoris soluentis. Emptor enim siue debitori eidémque venditori suo soluat, siue creditori venditoris, non aliam ob causam soluere intelligitur, quàm vt se liberet, non etiam vt aliquod sibi ius & actionem à creditore acquirat, quia debitor ipse est, eíque debet sufficere, quod soluendo acquirat sibi liberationem, non etiam actionem. At cùm posterior creditor soluit anteriori, cùm non sit ipse debitor, non alia mente potest videri id facere, quàm vt anterioris creditoris ius sibi acquirat. In chirographariis creditoribus, cùm ex posterioris pecunia prior priuilegiarius dimissus est, facilius est vt hoc ipso non priuilegiarius succedat in locum priuilegiarij *d.l.si ventri. §.vlt.de reb.author. iudic.possid.* quia facilius est, vt priuilegium causæ acquiratur quàm priuilegium temporis, & ordo priuilegij quàm pignoris.

3. IDEM

3. IDEM libro 18. ad Sabinum.

SI quasi recepturus à debitore tuo comminus pecuniam, reddidisti ei pignus, isque per fenestram id misit, excepturo eo, quem de industria ad id posuerat: Labeo ait, furti te agere cum debitore posse, & ad exhibendum. & si agente te contraria pigneratitia, excipiat debitor de pignore sibi reddito: replicabitur de dolo & fraude, per quam nec redditum, sed per fallaciam ablatum id intelligitur.

Ad l. Si quasi 3.

RATIO DVBIT. Soluto debito sicut liberatur pignus, ita & nascitur actio pignoratitia *leg. si rem 9. §. omnis pecunia. infr. hoc tit. l. item liberatur 6. infr. quibus modis pign. vel hypoth. solvit.* Atqui nihil interest, an soluta sit pecunia debita, an verò fides habita sit de solutione *l. quod vendidi 19. l. vt res 53. infr. de action. empt. l. 5. §. sed si dedi. l. penult. infr. de tribut. action.* Porrò satis habet fidem de soluto debito creditor, qui quasi comminus & statim accepturus pecuniam debitam, reddit pignus creditori: nam & pro facto haberi solet, quod in eo est, vt proximè fiat *l. penult. infr. de testam. milit.* Ergo licèt postea contigerit, vt pecunia nulla creditori soluta sit, non eò minùs tamen liberatum pignus intelligi debet: & consequenter non est danda creditori actio furti aut ad exhibendum contra debitorem, licèt ipse creditor vt pignus redderet, illud per fenestrã miserit, excepturo eo quem debitor de industria ad id posuerat. Sed imputare sibi potius debet creditor, qui pecuniam sibi debitã habuerit pro soluta, priusquàm solueretur. Multò minùs dicendum est agente debitore pignoratitia actione dandam creditori replicationem de dolo, cùm nihil possit videri dolo malo factum à debitore, qui non modò ex creditoris voluntate, sed etiam per ipsas creditoris manus pignus receperit.

DEC. Dolus & mala fides abesse debet ab omni contractu *l. bonam fidem 4. C. de obligat. & act.* sed maximè à contractu bonæ fidei, cui nihil tam contrarium est, quàm dolus *l. si dolo 5. C. de rescind. vendit. l. 3. in fin. infr. pro socio.* Atqui contractus pignoris bonæ fidei est *§. actionum. Instit. de action. l. quæ fortuitis 6. C. de pignor. action.* Ergo bonam fidem in eo adesse oportet, siue de contrahendo siue de dissoluendo pignore tractetur, & siue de tradendo eo, siue de reddendo. Atqui non potest videri debitor bona fide versatus in dissoluendo pignore, & recipienda re obligata, cùm receperit quasi pecuniam statim soluturus, quam tamen neque tum incontinenti, neque postea ex interuallo soluerit. Non enim pignus creditor reddidisset, nisi se pecuniam statim accepturum speraſſet. Proinde non tam redditum hoc casu pignus aut remissum, quàm per fraudem & fallaciam ablatum intelligitur, vt Pomponius hîc scribit. Cúmque non ex voluntate libera creditoris, sed ex proprio suo dolo pignus debitor receperit, consequens est, vt ex ea causa furti quoque actione teneatur, itémque ad exhibendum, quæ actio furti actionem semper concomitatur quandiu idem fur & rei furtiuæ possessor est *l. si pro fure 7. §. 1. sup. de condict. furt.* Nec enim nouum est, vt quis etiam rei suæ furtum faciat, si modò eam abstulerit, & contrectet inuito eo, qui iustam eius retinẽdæ causam habuisset *l. si is qui rem 59. l. si is qui rem pignori 66. in princip. infr. de furt. §. vnde constat. Instit. de oblig. quæ ex delict. nascunt.* Ergo non potest hoc casu recusare creditor, quin & furti & ad exhibendum actione teneatur, multò magis si agat pignoratitia, vt pignus quasi iam redditum persequatur, quod fortè ad creditorem redierit, doli replicationem pati debet, quia dolo facit qui & pignus habere vult, nondum soluto debito *d. l. si rem 9. §. vlt. infr.* & debitum haberi pro soluto, quod ipse nunquam soluerit. Non tam enim videtur fidem creditor habuisse de solutione pecuniæ, quàm solutionem speraſſe promissam sibi à debitore, quod sanè ad pignoratitiam inducendam sufficere non potest. nam nec remissum debitum intelligitur ex sola pignoris redditione, adeóque nec pactum de non petendo inducitur ex pignoris cautione, quomodo ex cautionis & chirographi restitutione induceretur *l. 2. & 3. supr. de pact.* Vt non malè Bartolus hîc, & hinc notet, eum fidem de precio soluto non habere, qui putat statim sibi solui, sed eum solum, qui spe futuræ aliquando solutionis habet pecuniam pro soluta, accepto in eam rem fideiussore aut expromissore, aut facta etiam vt fieri solet debiti nouatione *d. l. quod vendidi, & d. l. vt res de contr. empt.* Iunge *l. si quasi accepturi 7. C. de non numer. pecun.*

4. VLPIANVS libro 41. ad Sabinum.

SI conuênit de distrahendo pignore, siue ab initio, siue postea: non tantùm venditio valet, verùm incipit emptor dominium rei habere: sed etsi non conuenerit de distrahendo pignore: hoc tamen iure vtimur, vt liceat distrahere: si modò non conuenit, ne liceat: vbi verò conuenit, ne distraheretur[a]: creditor, si distraxerit, furti obligatur: nisi ei ter fuerit denuntiatum[b], vt soluat, & cessauerit.

Ad l. Si conuênit 4.

RATIO DVBIT. Nemo plus iuris in alium transferre potest, quàm ipse habeat *l. nemo plus iuris 71. de regul. iur.* neque traditio quælibet transfert dominium, sed ea tantùm quæ fit à domino, & quidem ex præcedente titulo habili ad transferendum dominium *l. traditio 20. l. nunquam nuda 31. inf. de acquir.*

BIU Cujas

rer.domin.l.clauibus 74.de contrah.empt. Atqui creditor pignoratitius non est dominus pignoris, cùm neq; pignus rei propriè consistere possit *l.neque pignus 45. de regul.iur.* nec tursùm titulus pignoris est habilis ad transferendum dominium, quia non id agit creditor, qui pignus accipit, vt eius dominium sibi acquirat, sed tantùm vt pro pecuniâ sibi debita cautum habeat, & debitum sit in tuto *l.si mandatu 59.§. vlt.infr.mandat.l.4.§.addici 8.de fideic.libert.* Ergo si pignoratitius creditor pignus distrahat, siue ex conuentione cum debitore facta, siue citra conuentionem, non potest emptor incipere dominium habere eius rei, quam à non domino comparauit. Non enim pactis & conuentionibus, sed traditionibus tantùm, & quidem à vero domino factis rerum dominia transferuntur *l.traditionibus 20.C.de pact.*

DECID. Quemadmodum aliquando accidit, vt is qui dominus est, tradendo tamen dominium non trãsferat, vt cernere est in marito fundum dotalem distrahente contra legem Iuliam, & in prodigo vel minore aduersus legis aut Prætoris prohibitionem distrahente *Instit.quib.alien.licet vel non. l.si ab eo 12.inf. de vsucap.* ita è contrario interdum euenit, vt qui nõ est dominus, rei tamen alienæ dominium transferat in accipientem, si modò titulus habilis præcedat ex quo transferri dominium possit, puta venditionis. Id verò euenit maximè in specie huius legis, id est, creditore pignus distrahente *l. non est nouum 46. de acquir.rer.domin.* non solùm si ex voluntate debitoris eiusdémque domini id faciat, quod contingit, si conuentio præcesserit de distrahendo pignore, quo casu perinde habenda traditio est, ac si à domino ipso facta esset (nihil enim refert, an quis per se contrahat, & tradat, an per alium *l.quia perinde 42.ad SC.Trebell.l.5.§.1.de admin.tutor l.qua ratione 9.§.nihil autem interest.l.si procurator 35. de acquir.rer.domin.*) sed etiam si nulla conuentio præcesserit, quia in omni pignoris datione id semper agitur, vt creditor pignus possit vendere, quoniam alioqui pignus esset inutile, quod vendi non posset *l.mulier 11.& tot.tit. C.de distract.pignor.* Cur enim datur pignus, nisi vt ex eius venditione possit creditor sibi satisfacere, & pecuniam sibi debitam explicare? *l.à Diuo Pio 15.§.si pignora & pass.de re iudic.* Mirum igitur non est ex pignoris venditione per creditorem quoquomodo facta, id est, siue ex conuentione, siue citra conuentionem transferri dominium in emptorem, quasi facta omni casu & venditione, & traditione ex domini voluntate saltem tacita §.1. *Instit.quib.alien.licet vel non, & d.l. non est nouum.* Sed hoc tamen ita accipiendum est, si creditor bona fide pignus distrahat. Intelligitur autem ita demùm distrahere bona fide, si & priùs denunciauerit debitori vt solueret *l.vlt. §.1.C.de bon.author.iudic.possid.* & eo non soluente pignoris venditionem proscripserit, & publicè fecerit *l.si eo tempore 6. l si hypothecas 8. C.de remiss.pignor.l. 1.2.3.& 4.C.si vendit.pignor.agat.* Sunt enim hæ solemnitates non tantùm iuris noui, vt malè putat Accursius, sed etiam veteris *l.criditor 4. l.quæ specialiter 9.C. de distract.pignor.* nimirum cùm creditor ex necessitate iuris distrahit, non ex pacto & conuentione, vt dicemus ad *l.eleganter 24.§. penult.infr.hoc tit.* Facta verò pignoris venditione bona fide, vsque adeò transfertur dominium in emptorem, vt de proprietate vinci non possit *l. qui à creditore 18. C. de distract. pignor.* si modò traditio secuta sit, aut quod effectu idem est, si emptor inductus sit in vacuam rei obligatæ possessionem *l.qui prædium 13.eod.tit.* Adeóque plus iuris habet, qui à creditore non domino emit, quàm qui à debitore eodémque domino, quod ei offerre debitum posterior creditor nõ potest, quomodo posset ei offerre qui à debitore ipso comparasset *l.1.& 2.C.si antiq.credit.pignor.vendid.* vnde est quòd creditor de euictione non tenetur, nisi hactenus, vt se præstet creditorem potiorem & bona fide venditorem *l.1.& 2.C.credit.euict.pignor.non deber.* siue aliena res pignori data proponatur, quam dominus euincat postea, siue quæ alij creditori anteriori pignoris iure fuerit priùs obligata: duæ enim sunt hæ causæ, ex quibus euictio sequi solet *l.si quis mancipium 34.§.vltim.& l.seq.infr.de euict.* Cùm autem dicimus eum qui à creditore emit, non posse vinci de proprietate, de eo creditore intelligimus, qui rẽ debitoris pignori acceperit, non de eo qui alienam, quia nec pignus rei alienæ tenet *l.2.sup.* Prius autem est, vt iure teneat, quàm vt iure vendi possit: de ea siquidem venditione tractamus, quæ facta sit à creditore iure creditoris. Ergo quæ facta sit iure: ad differentiam scilicet illius quæ fit officio & imperio iudicis, licet vrgente ipso creditore, cuiusmodi sunt ferè omnes venditiones quæ hodie fiunt: non tam enim à creditore, quàm à debitore ipso fieri intelliguntur, quia factum iudicis est factum partis *l.1.& 2.C.si in caus.iudic.pign. capt.sit.d.l.1. Cod.si antiq.credit. pign.vendid.* Indéque fit quod hoc casu debitor, cuius res vendita est, & cui solutio proficit, de euictione tenetur, non creditor, qui rem vendi postulauit *l.si ob causam 13. Cod.de euict.* Huiúsque rei argumentum fortissimum est, quod hodie cùm pignus authoritate iudiciali, & postulante creditore distrahitur, non solùm potest creditor illud emere, sed etiam officio iudicis cogitur, vt emat vice extranei emptoris *d.l.2. C.si in caus.iudic.pign.capt.sit.* quod facere non posset, si venderet ipse iure creditoris. Nec enim potest idem esse emptor & venditor, cùm necessario debeant esse distinctæ personæ venditoris & emptoris *l.1.infr. de rer.permut.* adeò vt si creditor qui pignus vendit iure creditoris, emat illud per suppositam alterius personam, nihil agat, eáque venditio nullius sit momenti *l.& qui sub imagine 10. Cod.de distract.pignor.* Ex quo apparet, quàm grauiter decipiantur nostri pragmatici, qui leges omnes & Rubricas Pandectarum, & Codicis de distractione pignorum loquentes, ad eas venditiones accommodant, quæ hodie sub hasta fiunt postulantibus creditoribus authoritate iudicis, cuius de ea re notio est, quæ tamen non ad alium titulum pertinent, quàm ad supradictum, *si in caus.iudic.pign.capt.sit, & ad dict.l.à diuo Pio 15. de re iudic.* Omnia enim pignora venduntur hodie tanquam iudicialia, quoniam hodie pignora omnia etiam conuentionalia iudicis authoritate capiuntur, vt distrahantur, nec priuata pignoris venditio & extraiudicialis ferè vlla fit, sed omnes fiunt publicè, & authoritate iudicis interueniente. Ideò fortassis, vt arbitror, quòd plerique creditorum inhient acquirendis & emendis debitorum bonis, quæ tamen sibi acquirere & emere non possent, si ipsi venderent, nec si alterius emptoris personam supponerent *d.l.& qui sub imagine.* Separanda igitur est pignoris venditio conuentionalis à iudiciali, etiam cùm pignus conuentionale est (nihil enim vetat pignus esse conuentionale, & tamen distrahi iudicialiter) conuentionalis semper priuata est, iudicialis semper publica. Et huius distinctionis ignoratio mirum est, quàm multos in praxi errores circa pignorum materiam inuexerit.

BIU Cujas

xerit, quos obseruauimus & refutauimus fusiùs in *Chiliade de error. pragmat.*

a *Vbi verò conuenit ne distraheretur.* RAT. DVB. Seruanda sunt pacta omnia, quæ nec contra leges sunt, nec contra bonos mores, neque contra Senatusconsulta *leg. iuris gentium* 7. §. *ait prætor suprà de pact. leg. pacta quæ contra* 6. *Cod. eodem* etiamsi sint præter leges: aliud enim est fieri quid contra leges, aliud præter leges *leg. nec non* 28. §. *quoad eius supr. ex quibus caus. maior. leg. cum sponsus* 12. §. *si res supr. de public. in rem action.* Et quamuis secundùm leges sit conuentio de distrahendo pignore, non tamen contra leges est conuentio de non distrahendo. Ergo si conuenerit, vt pignus omninò non distrahatur, seruanda conuentio est, nec permittendum, vt etiam trina denunciatione præmissa possit creditor pignus vendere aduersus conuentionem: nam & specialiter constitutum est, vt valeant pactiones omnes, quæ fiunt circa venditionem pignoris in *leg. vltim.* §. 1. *Cod. de iur. domin. imper.* Quidni verò cùm liceat cuilibet iuri suo renuntiare *leg. penult. Cod. de pact.* nec iura sua remittentibus dandus sit vllus ad ea regressus? *leg. quæritur* 13. §. *si venditor infr. de euict.* Et verò negari non potest, quin plus iuris habeat debitor in pignore, cuius est verè dominus, quàm creditor pignoratitius, qui non habet nisi ius in re. Plus enim longè est habere ius dominij, quàm vinculum pignoris, quod cùm iure dominij nulla societate coniungitur *leg. iusto errore* 44. §. *non mutat. infr. de vsucap. leg.* 1. §. *cùm prædium infr. de pignor.* Atqui valet conuentio, ne liceat debitori pignus vendere, ita vt si contra pactionem venditum sit pignus à debitore, nulla sit venditio, vt pactioni stetur *leg. si creditor* 7. §. *vltim. infr. de distract. pignor.* quamuis regula iuris sit, neminem posse eam sibi legem dicere, ne alienare rem suam possit *leg. penult. supr. de pact.* cùm nihil sit tam naturale, quàm voluntatem domini rem suam in alium transferre volentis, ratam haberi *leg. qua ratione* 9. §. *hæ quoque res infr. de acquirend. rer. domin. vulg. leg. in re mandata* 21. *Cod. mandat.* cùm tamen creditori nil noceat alienatio contra pactionem facta à debitore, quippe quæ facta intelligitur cùm sua causa & saluo iure pignoris *leg. qui prædium* 13. *Cod. de distract. pignor. leg. debitorem* 15. *Cod. de pignor. leg. vnic. Cod. rem alien. gerent. non interd. rerum suarum administr. leg. alienatio* 67. *de contr. empt.* Quanto magis ergo dicendum est, valere conuentionem, ne omninò liceat creditori pignus distrahere, nec si ter debitori denuntiet, vt soluat, sibi námque imputet creditor, qui talem adhibuit conuentionem, vt ius suum læderet. Proinde dicendum est, hoc quoque casu creditorem, qui contra fidem contractus pignus distraxit, non modò furti crimine & actione teneri: si pignus datum sit rei mobilis, & traditio facta sit, aut specialis obligandæ rei pactio præcesserit *leg. si is qui rem pignori* 66. *in princ. inf. de furt.* tanquam qui inuito debitore eodémque domino id fecerit, sed etiam distrahendo nihil prorsus egisse, nullámque venditionem esse, vt pactioni stetur *argum. dict. leg. si creditor* 7. §. *vltim. infr de distract. pignor.* DEC. Non est pignus quod vtilitatem pignoris adferre creditori nullam potest. Tota verò pignoris vtilitas in eo consistit, vt cautum sit creditori pecuniæ debitæ nomine ad eam consequendam inuito etiam debitore, si cesset ille in solutione *leg. si mandatu* 59. §. *vltim. infr. mandat. leg.* 4. §. *addit* 8. *infr. de fideicommiss. libert.* Atqui non potest ex corpore obligato eligi pecunia *leg. cogi* 16. §. *inde quæritur infr. ad Senatusconsultum Trebellian.* quoniam pecunia non ex re, sed ex negotiatione percipitur *leg. venditor* 21. *infr. de hered. vel action. vendit.* Ergo implicat contradictionem, vt pignoris datio valeat, & vt conuentio quoque valeat, ne vllomodo pignus distrahatur, éstque conuentio hæc directò contra naturam contractus, vt & illa, de qua in *leg. cùm precario* 12. *infrà de precar. leg. vbi ità donatur* 27. *de mort. caus. donat.* Neque tamen idcirco est omnino inutilis conuentio, per quam scilicet fit, vt ad pignus ritè rectéque distrahendum tribus denuntiationibus opus sit, quarum vna alioquin sufficeret, æquissimo sanè temperamento, vt neque conuentio de non vendendo pignore omnino reiiciatur, neque ei præcisè ac omnimodo stetur. Trina igitur denuntiatione præmissa si creditor pignus distrahat, non solùm furti non obligatur, sed etiam valet venditio: ita enim locus hic accipi debet, vt per trinam denuntiationem non modò furti actio excludatur, sed etiam venditio pignoris confirmetur. Longéque alia ratio est debitoris pignus inuito creditore distrahentis. Non enim lædit ea venditio ius creditoris, quod vtique ex conuentione de non vendendo pignore prorsus læderetur. Nec quod iuri suo renuntiare quilibet possit *dict. leg. penult. Cod. de pact. leg. si iudex circumuento* 41. *supr. de minor.* ad rem facit. Id enim ad ea pertinet, quæ priuatam contrahentium vtilitatem respiciunt, non ad ea quæ publicam. Inter quæ illud est, vt pignus & dari & distrahi possit, ne alioqui vel nulla vel longè incommodior sit miseris debitoribus ratio conquirendæ pecuniæ, cùm fideiussoris datio non semper sit in expedito *leg.* 2. §. *penult. supr. de iudic.* & plerunque plus cautionis sit in re, quàm in persona *leg. plus cautionis* 25. *de regul. iur.* Quotus enim quisque est creditor, qui pecuniam credere vellet sub pignore, quod distrahere nullomodo posset? Ea nimirum vtilitas est pignorum quam irrepsisse Vlpianus scribit in *leg. qui autem* 14. §. 1. *supr. de pecun. constitut. leg vnic. Cod. si pignus pignor. dat. sit leg. si conuenerit* 18. *in princip. infr. hoc titul.* Denique venditio pignoris est ex iure publico, cui derogari priuata conuentione nunquam potest *leg. ius publicum* 38. *leg. inter debitorem* 42. *supr. de pact.* Quid ergo si pignus à debitore datum sit creditori in antichresim, id est, ea lege, vt quandiu debitor pecuniam creditoris retinebit vicissim creditor fructus rei pignoratæ etiam suprà modum legitimum vsurarum, eóque commodo creditor contentus esse cogatur, nec vnquam vendere pignus possit? Quis dicat inutile esse pignus creditori, qui ex eo tam ingens lucrum percipiat? *leg. si pecuniam* 33. *inf. leg si is qui* 11. §. *primo infr. de pignor. leg. si ea pactione* 14. *leg. si ea lege* 17. *Cod. de vsur.* Quòd si pignus hoc casu non est inutile, cur non valebit conuentio, ne vnquam distrahatur? Puto tamen nec hoc casu valere conuentionem præcisam & absolutam de non vendendo pignore, quia nunquam est cogendus cre-

BIU Cujas

ditor, vt perpetuò inhæreat pignori, si pecuniam suam habere malit, quàm antichresim retinere. Est enim pignoris causa semper temporalis, nunquam perpetua, ideóque non est titulus habilis ad transferendum dominium, quod ex causa perpetua tantùm transfertur, nunquam ex temporali *leg.1. infr.de iur.dot.* Quod autem obiicitur ex *dict. leg. si creditor 7.§.vltim. infr. de distract. pignor.* quoniam difficilius est, explicandum erit ad eum locum. Interim videnda sunt, quæ de illius loci sententia & emendatione scripsimus in parte vltima Chiliadis nostræ *de error.pragmat.in error.2.3.4.decad.87.*

b *Nisi ei ter fuerit denunciatum.* RAT. DVB. Qui iam est certus, non debet magis certiorari, vt scriptum est in regula iuris Pontificij & in *leg.1. §.vltim. infr. de action. empt.* Atqui tam fit certus debitor per primam, & vnicam, atque per trinam denunciationem. Inutile igitur & superfluum est, tres denunciationes exigere, cùm vna sufficiat. DEC. Denunciatio cùm fit ad finem certificationis tantùm, &, vt loquuntur, notificationis, vna sufficit, vt in specie *leg. Titia Seio 87.§.vsuras de leg.2. leg mora 32.infr.de vsur.leg.traiectitia 23. infr. de oblig.& action.* sed cùm ad implendam solemnitatem aliquam à lege præscriptam, quæ tres denunciationes requirat, vt in casu proposito, tribus denunciationibus opus est, vt legis solemnitati satisfiat: quam nec sine causa introductam esse credendum est: nihil enim lex facit vnquam frustra, vt nec natura. In proposita autem inducendæ solemnitatis trium denunciationum ratio euidens illa fuit, vt hoc saltem adhibito temperamento aliqua conuentionis ratio haberetur, quæ de non vendendo pignore interposita absolutè fuisset, atque ita tardiùs ad pignoris distractionem procederetur, tantóque longius temporis spatium misero debitori ad luendum pignus daretur. Trina igitur denunciatio hoc casu necessaria est, & quidem ita, vt non sufficiat creditori, vna eadémque hora vel die denunciare debitori vt soluat, dicendo, Solue, solue, solue, vt ponit Accursius: quoniam qui sic denunciaret, non tam denunciaret sæpiùs, quàm loqueretur sæpius, vt eleganter ait Bartolus ex *leg. Mauius 66.§. cum qui de legat.2.* Sed interuallum aliquod intercedere necesse est, nec id vnius diei, ita vt pro tribus denunciationibus triduum possit sufficere, quomodo Accursius & Bartolus existimant ex *dict.leg.inter accusatorem*, sed tantitemporis quantum conueniens videatur debitori ad explicandam pecuniam, arbitrio quidem iudicis constituendum pro qualitate personarum, & quantitate debiti, sed tamen quod regulariter non minùs esse debet, quàm decem dierum *leg. promissor 21. in princ. supr. de pecun. constit.* nisi malis modicum tempus intelligere, quod post condemnationem reis indultum est ex *leg. si debitori 21. supr. de iudic.* quod mihi probabilius videtur. Quod autem quærit Bartolus post Accursium, an post has denunciationes debeat currere biennium, non videtur mihi ad huius legis sententiam pertinere. Tunc enim de biennio tractandum est, cùm agitur de iure dominij impetrando, idque ex noua Iustiniani constitutione in *leg. vltim. Cod. de iur. domin. impetr.* Hæc autem lex est de pignore vendendo. Qui tractatus longè diuersus est, sicut & ille de pignore addicendo creditori, hoc est dando ei in solutum, vt in *leg. à Diuo Pio 15.§. si pignora infr. de re iudic.* Denique effectus dationis pignorum in eo maximè consistit, vt vel distrahantur, vel addicantur in solutum, vel dominij iure impetrato possideantur, vt dicemus ad *l. eleganter 24. in princip. infr.*

5. POMPONIVS libro 19. ad Sabinum.

IDémque iuris est: siue omnino fuerint pacti, ne veneat: siue in summa, aut condicione, aut loco contra pactionem factum sit.

Ad l. Idémque iuris est 5.

RAT. DVB. Debent seruari pactiones, quæ inter debitorem & creditorem interpositę sunt de distrahendo pignore, id est, quemadmodum distrahi pignus debeat, siue in tempore, siue in aliis facti circumstantiis *dict leg. vltim. §.1. Cod. de iur. domin. impetr.* puta circa summam, vel condicionem vel locum, de quibus in hac lege agitur. Ergo si conuenerit, vt non nisi certo loco, vel certo tempore, vel certa condicione, vel denique pro certa summa pignus vendere possit creditor, non est ei permittendum, vt alio loco, vel tempore, vel aliis legibus vendat, nec si denunciatio trina præcesserit. DEC. Ad obligandum actione furti creditorem, qui pignus contra pactionem vendidit, nihil interest, an conuenerit, vt pignus omnino non veneat (nisi hoc casu trina præcesserit denũciatio, vt proximè diximus ad legem præcedentem) an verò vt certo loco, & tempore veneat: omni enim casu quo fit venditio aduersus pactionem lege non permittente, furtum facit creditor, qui contra debitoris eiusdemque domini voluntatem contrectat rem obligatam. Sola enim conuentio siue expressa, siue tacita de vendendo pignore illa est, quæ facit ne debitor pignus distrahendo furtum faciat *l. si is qui rem pignori 66. in princip. infr. de furt.* Quid autem refert, an distrahat nulla præcedente conuentione, an verò contra initam conuentionem? nisi quod longè intolerabilior est creditor, qui aduersus conuentionem vendit, quàm qui citra, & præter conuentionem *leg. nec non 28.§. quo ad eius supr. quib. ex caus. maior. l. cùm sponsus 12.§. si res supr. de public. in rem act.* Sed quod pertinet ad validitatem venditionis pignoris, multum interest, an conuenerit, ne omnino veneat, an verò vt certo loco & tempore & modo fieri venditio possit. Priore casu venditio pignoris interdum valet, interdum non valet. Valet si trina denunciatio præcesserit, non valet si aut nulla aut pauciores, quàm tres denunciationes interuenerint, posteriore autem casu, nunquam potest valere venditio contra pactionem facta, nec si præcesserint tres pluresve denunciationes. Et ratio diuersitatis euidens illa est, quia hoc posteriore casu non tam impeditur absolutè venditio pignoris, quam eius faciendæ libertas restringitur, quæ tamen priore casu omnino impediretur, nisi triplicis denunciationis tempetamentum pro remedio adhiberetur. Itaque posteriore

riore casu aliqua potest esse vtilitas pignoris, priore verò nulla esset, nisi triplici denuntiatione interueniente venditio pignoris permitteretur. Alia porrò causa nulla est, ob quam permitti debeat à conuentione, quæ de non vendendo pignore facta est, discedere, quàm cùm ex necessitate ita ius constituendum est, ne alioqui conuentio & datio pignoris prorsus inutilis efficiatur. Et ita locus hic accipiendus est, non quomodo ab Accursio & Bartolo explicatur.

6. IDEM libro 35. ad Sabinum.

QVamuis conuenerit, vt fundum pigneratitium tibi vendere liceret: nihilo magis cogendus est vendere, licèt soluendo non sit is, qui pignus dederit: quia tua causa id caueatur. sed Attilicinus ex causa cogẽdum creditorem esse ad vendendum dicit. quid enim, si multò minùs sit, quod debeatur: & hodie pluris venire possit pignus, quàm postea? melius autem est dici[a], eum, qui dederit, pignus posse vendere: & accepta pecunia soluere id, quod debeatur, ita tamen, vt creditor necessitatem habeat, ostendere rem pigneratam, si mobilis sit: priùs idonea cautela à debitore pro indemnitate ei præstanda. inuitum enim creditorem cogi vendere satis inhumanum est.

Ad l. Quamuis 6.

RAT. DVB. Conuentioni inter debitorem & creditorem factæ non minùs stare creditor tenetur, quàm debitor. Sunt enim mutuæ conuentiones, quæ fiunt in contractu vltro citróque obligatorio, & ex iis vterque contrahentium perinde obligatur, cùm generaliter verum sit, conuentiones in contractu præsertim bonæ fidei factas dare legem, & causam contractui *l. 1. §. si conuenit infrà depositi. leg. si vt certo §. nunc videndum 1. supr. tit. prox.* Ergo si in dando pignore conuenerit, vt creditori liceat illud vendere: quemadmodum creditor ex ea conuentione pignus vendere inuito debitore potest, ita & cogendus est, etiamsi nolit vt vendat, si fortè id expediat debitori, cuius interdum potest interesse, si fortè ipse soluendo non sit, nec enim tam facilè cogendus est, vt alias rationes quærat explicandæ pecuniæ, quas nec inuenire facilè potest is, qui soluendo non est. Deinde quid si multo minùs sit, quod debeatur, & hodie pluris venire possit pignus, quàm posteà? Cur eo commodo priuandus est miser debitor, cui non possis imputare cur non luat pignus, cùm ponamus non esse illum soluendo? Alioqui videbitur contractus claudicare, quod extra certos casus ferendum non est *leg. Iulianus 13. §. si quis à pupillo infr. de action. empt. l. cum te 6. Cod. de pact. int. emptor. & vendit.* Nec quod creditoris causa fiat conuentio, vt liceat ei pignus vendere, ad rem facere videtur, vt constat ex *l. si vina emerim 6. infr. de peric. & commod. rei vendit.* vbi Pomponius scribit, si vina emerim exceptis acidis & mucidis, & mihi expediat acida quoque accipere, quamuis id mea causa exceptum sit, tamen acida & mucida non venisse: nam quæ inuitus emptor acciperet, inquit, non cogeretur, iniquum esse non permitti venditori, vel alij ea vendere.

DEC. In conuentionibus omnibus interpretandis semper sequimur id quod actum est *leg. semper in stipulationibus 34. de regul. iur.* Cùm autem quæritur quid actum sit, illud potissimùm & maximè inspiciendum est, cuius gratia conuentio facta sit, & cui legem dictam esse contrahentes voluerint *leg. in ratione 30. §. tametsi infr. ad legem Falcidiam leg. Lucius 40. in fin. de fideicomm. libert. l. ea lege 51. infr. locat.* ne alioqui eueniat, vt quod vnius fauore constitutum est, in eius odium retorqueatur, quod absurdum & iniquum esset *l. quod fauore 6. Cod. de legib. leg. nulla 25. supr. ill. tit. leg. pen. Cod. ad Senatusconsultum Trebellianum.* Atqui conuentio, de qua in specie huius legis, vt liceat creditori pignus vendere, apertè apposita est in fauorem creditoris, qui vtique ea conuentione legem debitori dicere voluit, non sibi. Ergo fauore creditoris interpretanda conuentio est, vt possit pignus vendere, si velit, non etiam vt cogatur, tametsi nolit. Quid enim tam absurdum est, quàm quod arbitrio & potestati creditoris permissum est, id transferre ad iuris necessitatem? *argum. leg. non quicquid 40. supr. de iudic.* Hoc ita si de conuentione contractui adiecta tractemus, quæ non tam contractus substantiam respiciat, quàm adminicula, & consequentia contractus, vt in proposito. Nam si quæratur, quid in contractum veniat, id est, an plus minúsve, vt in specie *dict. leg. si vina*, non debet esse in arbitrio & potestate alterutrius contrahentium, etiam cuius fauore conuentum aliquid & exceptum sit, vt id veniat in contractum, quod velit venire, & quod non veniret tamen, si nollet. Quod enim à venditione aut pignore exceptum est, quamuis fauore emptoris aut creditoris, non potest creditoris, aut emptoris voluntas facere, vt vnquam pro vendito vel pro pignorato habeatur, ne alioqui contractus claudicet, quod absurdum esset, vt diximus ex *dict. leg. Iulianus 13. §. si quis à pupillo de action. empt.* Benè igitur putabat Attilicinus, quem Pomponius hîc refert, non esse cogendum creditorem pignus vendere, licèt soluendo non sit debitor, quia creditoris non debitoris causa id caueatur, vt & in *l. à Diuo Pio 15. §. quod si res inf. de re iudic.* sed tamen addendam exceptionem, nisi ex causa. Quid enim, inquit, si multo minus sit quod debeatur, & hodie pluris venire pignus possit, quàm posteà? Hoc nimi-

BIU Cujas

rum casu non dubitabat Attilicinus, quin cogendus sit creditor quoque pignus vendere.

RAT. DUB. Nemo cogitur uti iure suo si nolit, nec ea conuentione, quæ ipsius tantùm fauore adposita sit, licèt aduersarij quoque interfit, vt proximè dictum est *ex dict. leg. in ratione* 30. §. *tamen si infr. ad leg. Falcid. dict. leg. Lucius* 40. *in fin. de fideicommiss. libert.* Atqui conuentio hæc vt creditori pignus vendere liceat, non nisi creditoris fauore adhibetur. Ergo nullo casu cogendus est creditor vendere. Quemadmodum enim iure suo vtitur, si vendat, ita & si non vendat *leg. si iudex circumuento* 41. *supr. de minor.* præsertim cùm venditio sit facti *leg. consilio* 7. §. *vltim. infr. de curat. furios.* nemo autem præcisè cogi possit ad factum *leg. si quis ab alio* 13. §. *vltim. de re iudic.* neque ad venditionem rei suæ propriæ *leg. nec emere* 16. *Cod. de iur. delib.* Quanto minùs ad venditionem rei alienæ, & ad explicandam pecuniam, quæ debitori ipsi magis quàm creditori sit profutura? *leg. si ob causam* 13. *Codice de euict.* Nam neque cum creditore sic tractandum est, quasi sit ipse procurator debitoris *leg. si pignori* 29. *supr. famil. erciscund. leg postulante* 44. §. *vltim ad Senatusconsult. Trebellian.* Precium enim rei venditæ non tam ex re ipsa, quàm ex negotiatione percipitur *leg. venditor.* 21. *infr. de hered. vel action. vendit.* Non est igitur cogendus creditor vt vendat, & ita debitoris nomine negotietur.

DEC. Non est debitori denegandum id, quod sine ipsius creditoris dispendio futurum est *leg. in creditore* 38. *in fin. de euict.* & ex quo debitor commodum aliquod, creditor verò nullum damnum, aut incommodum sentire possit. Atqui nullum est incommodum creditoris, etiamsi cogatur pignus vendere, cùm pignus pluris est, quàm quod debetur, & pluris hodie potest vænire quàm posteà, si modò debitor inueniat emptorem, quomodo in proposita specie ponendum est inuenisse. Alioqui quomodo sciri posset, an pluris hodie vendi res possit, quàm posteà? Neque verò vlla in eo fit iniuria creditori, qui solutionem ab ipso emptore acceptarus est, nec priùs pignoris sui ius dimissurus *dict. leg. à Diuo Pio* 15. §. *quòd si res pignorata infr. de re iudic.* Cur non ergo cogendus sit ex hac causa vendere? Nam nec nouum est, vt quis ex causa etiam rem suam vendere cogatur *leg. Iulianus* 13. §. *idem Celsus* 17. *infr. de action. empt.*

a *Melius autem est dici.* Totus hic versiculus ad §. vsque proximum Triboniani esse semper mihi visus est, non admittentis Attilicini sententiam, quasi satis inhumanum sit, vt ille postea loquitur, creditorem inuitum cogi pignus vendere: quasi magnum aliquod in eo sit incommodum, aut damnum creditoris, cùm debitor ipse emptorem inuenit. Quid ergo est, quod melius dici posse Tribonianus existimat? Eum, inquit, qui dederit pignus, posse vendere, ex accepta pecunia soluere id, quod debeatur. Ac quoniam non potest debitor pignus vendere, quin sibi à creditore exhibeatur, subiicit Tribonianus, *ita tamen vt creditor necessitatem habeat ostendere rem pignoratam si mobilis sit*, & rursum, quia non potest debitor pignus vendendo precium eius accipere, nisi rem tradat *leg. Iulianus* 13. §. *offerri de actio. empt.* nec rursus rem tradere, si non prius eam possideat, nec denique eam possidere quin creditori possessio sua auferatur. Addit idem Tribonianus *prius idonea cautela à debitore pro indemnitate ei præstanda.* Quæ verba etiamsi aliud nihil esset, Triboniani manum satis meo iudicio per se proderent. Sed eiusdem Triboniani ingenium fit manifestius ex eo, quòd omnia, quæ in hoc versiculo scribuntur, pugnant euidenter cum iuris ratione. Quid enim absurdius est, quàm auferri creditori possessionem pignoris, vt possit illud debitor vendere, & pro retentionis iure, quod habet creditor, cautionem de indemnitate ipsi præstare; aut, vt loqui Tribonianus solet *idoneam cautelam?* Cur enim pignus creditor acceperat, nisi quod sciret plus cautionis fore in re quàm in persona? *dict. leg. plus cautionis* 25. *de regul. iur.* §. *furti autem vers. vnde constat Institut. de oblig. quæ ex delict. nascunt.* Quod si in executione quoque iudicati non patitur prætor obligationes ex obligationibus fieri *leg.* 4. §. *ait Prætor infr. de re iudic.* ne parta ex causa iudicati persecutio ad initium alterius petitionis redigatur, vt scriptum est in *leg. minor* 40. *in princip. supr. de minor.* quanto minùs ferre debebit, vt ius retentionis, quod per pignoris possessionem habet creditor, inuito ei auferatur, & in nouam actionem personalem commutetur? idonea enim cautela est, siue fideiussor siue pignus offeratur, vt notat Accursius ex *leg. si mandatu* 59. §. *vltim. infr. mandat.* Opponitur enim idonea cautio nudæ & simplici, quæ sola repromissione contenta est *leg.* 3. *Cod. de verb. significat.* Tum verò quid si creditor à debitore idoneam illam cautelam præstare volente stipulari nolit? Quis, obsecro, eum coget vt stipuletur? An non perinde facti est stipulari, atque vendere? An fortè dicemus inuito ei actionem personalem acquiri citra stipulationem? Aut cur eum stipulari cogamus, potiùs quàm vendere? Sed & cùm tradere, non minùs quàm vendere sit facti *dict. leg. consilio* 7. §. *vltim. de curat. furios.* qua fronte, aut qua arte cogamus creditorem eundémque possessorem pignoris ad traditionem, ad quam nec tenetur emptori venditor, si malit præstare id quod emptoris interest *leg.* 1. *infr. de action. empt. leg. si traditio* 4. *Codice eod.* nec possessorem rei alienæ, vt eam rem domino restituat, nec si vendicatione conuentus sit *leg. eius rei* 46. *& sequent. supr. de rei vendicat. leg.* 1. *leg. tutor.* 8. *supr. de in lit. iurand.* An non multo durius est, creditorem cogi antequàm solutionem debiti acceperit à creditore, pignus ei tradere? Et tamen pignoris traditionem à creditore fieri necesse est, vt pignoris venditio sequi possit. Quomodo enim faciet debitor emptorem dominum sine traditione? Et quomodo tradet pignus emptori, nisi traditum sibi priùs à creditore; quem ponimus ex natura proprij pignoris factum esse rei obligatæ possessorem? Alioqui nemo dubitat, quin possit debitor etiam ignorante, adeóque inuito creditore nulla quoque cogente necessitate, pignus vendere saluo creditori iure suo pignoris *dict. leg. debitorem* 15. *Codice de pignor. dict. leg. qui prædium* 13. *Codice de distract. pignor.* Sed debet id intelligi de eo, qui possessor pignoris est, quique tradendo transferre dominium potest, ac proinde de pignore minùs propriè sumpto pro hypotheca. Ex quo apparet longè probabiliorem & expeditiorem esse Attilicini sententiam illam, vt creditor ex causa pignus vendere, ac eiusmodi venditionis faciendæ incommodum subire co-

gatur

gatur, quàm sit ista Triboniani, quæ per tam longas ambages & circuitus, potestatem facit debitori, vt pignus inuito creditore vendat, longéque grauiore non tantùm incommodo, sed etiam damno afficiat creditorem, quod certè multo inhumanius est. Sed & Triboniani insciti am illud valde prodit, quod sic loquitur, Græcismo satis ei familiari, *ita tamen vt creditor necessitatem habeat ostendere rem pignoratam: ostendere* namque dixit pro *exhibere* quod est ridiculum. Etsi enim rem ostendit quisquis exhibet, quia exhibere propriè est extra secretum habere, non tamen exhibet quisquis ostendit: plus siquidem est exhibere, quàm ostendere. Exhibere est, non tantùm videndæ tangendæque rei facultatem præbere, sed etiam in publicum eam producere, vt aduersarius, siue rei vindicatione, siue interdicto, experiri de iure suo possit *leg. 2. supr. ad exhib. leg. 3. §. ait Prætor infr. de homin. liber. exhibend.* Quod autem addit *si res mobilis sit* rectè quidem dicitur, quia res immobiles non exhibentur, cùm seipsas satis exhibeant *leg. 2. §. sed vbi Codice quando & quibus quart. pars debeatur lib. 10. titul. 34.* Sed tamen debuit Tribonianus de immobilibus quoque aliquid addere. Nam & immobilis res pignorata, vt à debitore vendi possit, eiusque dominium transferri in emptorem, qui vtique non nisi planè stultus precium aliter soluturus est, necessariò perinde ac mobilis tradenda est à creditore, cui proinde necessitas tradendi æquè imponenda est, quod ipsum tamen cùm citra vim, & impressionem fieri non possit, nullis certè machinis tentari iure potest, nisi manum militarem adhibeas, cuius auxilium idem Tribonianus æquè imperitè ac inuita Iurisprudentia implorare ausus est in *leg. qui restituere 63.* vbi scripsimus *supr. de rei vindic.* Hinc verò intelligimus, non sibi temperasse Tribonianum, quin multa in hoc titulo ex suo ingenio immutauerit, & corruperit, quod fiet certius, & probabilius ex iis quæ ad alias pleraque huius tituli leges obseruaturi sumus.

1 ¶ Si creditor pluris fundum pigneratum vendiderit, & id fœneret, vsuras eius pecuniæ præstare debet ei, qui dederit pignus, sed & si ipse vsus sit ea pecunia[a], vsuras præstare oportet. quòd si eam depositam habuerit[b], vsuras non debet.

Ad §. 1. Si creditor.

RAT. DVB. Per liberam personam quæ iuri nostro subiecta non est, nihil acquiri nobis potest *leg. solutum 11. §. per liberam infr.* Atqui creditoris persona libera est, neque subiecta iuri & potestati debitoris. Ergo si creditor fundum pignoratum pluris vendiderit, & id quod plus fuit in precio fundi quàm in debito fœnerauerit, non ideò tamen vsuras præstare debet ei, qui pignus dedit: præsertim, cùm non debitoris nomine, sed suo pecuniam fœneraße proponatur; nec rursus pecuniæ debitæ fœnus citra stipulationem debeatur *leg. 3. Codice de vsur. leg. Titius 24. infr. de præscript. verb.* Nam nec si creditor vsuras illas debitori stipulari voluisset, tamen potuisset *leg. stipulatio ista 38. §. alteri infr. de verb. oblig.* Etspeciale ius est pupilli, vt ex stipulatione tutoris qui aliquid ex re ipsius pupilli stipulatus est, vtilis actio acquiratur *leg. 2. infr. quando ex fact. tutor.* DEC. Non debet creditor ex re pignorata lucrum aliquod facere, vt nec tutor ex tutela *leg. qui negotiationem 58. in fine principij infr. de adminiſt. tutor.* nec procurator aliúsve mandatarius ex mandato *leg. qui proprio 46. §. procurator. supr. de procurator. leg. idemque 10. §. si procurator infr. mandat. leg. si pignore 54. §. 1. de furt.* datur enim pignus creditori, vt de debito suo cautum habeat, non vt inde lucri occasionem capiat. Adeò vt quos fructus ex pignore percipit, licèt suos faciat, quia percipit eos ex debitoris eiusdemque domini voluntate *leg. si seruus 61. §. locauit infr. de furt.* in sortem tamen imputare cogatur *leg. 1. & pass. Cod. hoc titul.* nisi cùm antichresis contracta est, quo casu non tam lucratur fructus, quàm compensat cum vsuris pecuniæ sibi debitæ *leg. si is qui 11. §. si antichresis infr. de pignorat. leg. cùm debitor 8. in quibus caus. pignor. vel hypothec. tacit. contra.* Atqui vendito pluris pignore, quàm sit, id quod debeatur, si creditor id quod plus est, fœneratue-

rit, nec fœnus reddat ei, qui pignus dedit, procul dubio lucrum sentiet ex pignore, cùm debitoris sit pecunia ex qua fœnus redactum est. Ergo quemadmodum contraria actio pignoratitia debitori competit aduersus creditorem, vt quod ex pignoris venditione plus percepit, quàm debebatur, restituat debitori *Paulus libr. 2. sentent. titul. 13. §. primo leg. qui occidit 30. §. primo supr. ad leg. Aquil. leg. si inter 21. §. vltim. infr. de pignor. leg. creditoris 15. de furt. leg. vltim. Codice de distract. pignor.* ita & vt fœnus quod ex pecunia debitoris percepit, eadem actione contraria pignoratitia restituat debitori, teneri eum necesse est. Itaque habet hoc casu debitor fœnus à creditore perceptum, non quasi acquisitum sibi ex stipulatione creditoris, sed quia quod ex re debitoris sine causa habet creditor, id eum debitori reddere bonum & æquum est, *leg. si & me & Titium 32. supr. de reb. credit.* Vnde fit, vt etiamsi nullum fœnus creditor perceperit, nihilominùs tamen vsuras debeat, si ea pecunia ipse vsus sit, vt sequitur in textu. Id enim est quod ait Pomponius:

a *Sed & si ipse vsus sit ea pecunia.* RAT. DVB. Pecunia sterilis res est, nec aliam pecuniam gignit, vt scribit Aristoteles in Ethicis, quia non natura, sed iure, & negotiatione vsura percipitur *leg. si natis 62. supr. de rei vindic.* Ergo etiamsi creditor qui pignus pluris vendidit, vsus sit ea pecunia, quæ amplius fuit in precio quàm in debito, nihilo magis vsuras eius pecuniæ præstare debet, quas non percepit, ne alioqui in damnum incidat, dum id agimus ne ex pignore lucrum sentiat. DEC. Lucrum est, si quis aliena pecunia vtatur, vt suum negotium gerat, adeóque species quædam furti esse creditur, si ea pecunia vtatur ignorante vel inuito domino *leg. si pignore 54. §. primo infr. de furt.* Ergo est ex bona fide, vt pro illo lucro creditor præstet vsuras debitori, non quas percepit, sed quas percipere debitor potuisset, si eam pecuniam alij vten-

BIU Cujas

dam dedisset: idque contraria actione pignoratitia, quæ cùm bonæ fidei sit, perinde ac directa æquè omnes bonæ fidei præstationes admittit. Itaque ad rem non pertinet, si quis obiiciat, vsuras non deberi citra vinculum stipulationis *l.3. C. de vsur. l. Titius* 24. *infr. de præscript. verb.* Id enim ad pecuniæ creditæ vsuras spectat, non ad eas quæ bonæ fidei iudicio præstantur, nec tam quòd in obligatione sint, quàm officio iudicis *l.4. C. depositi. l. qui per collusionem* 49. §. 1. *de action. empt. l. quæro* 54. *infr. locati*, nam in bonæ fidei iudiciis, quod ad vsuras attinet, tantundem potest officium arbitri quantum stipulatio *leg. Lucius* 24. *infr. depos. leg. si pupilli* 6. §. *vltim. & leg. seq. supr. de negot. gest.* Nec rursus mouere debet, quòd etiam ex bonæ fidei iudiciis vsuræ non nisi à die moræ præstantur *l. mora* 32. §. *in bonæ fidei leg. vsuræ* 34. *& seq. l. & in contraria* 37. *infr. de vsur. leg. Titia Seio* 87. §. *vsuras de legat.* 2. *l. in minorum* 3. *C. in quib. caus. non est necess. in integr. restit.* Etsi enim regulare est, vt vsuræ non tam propter lucrum non petentium, quàm ob moram non soluentium infligantur *l. cùm quidam* 17. §. *si pupillo de vsur.* plerunque tamen accidit, vt mora contrahatur re ipsa, & citra interpellationem, siue ob fauorem & priuilegium minoris ætatis vt in *d. l. in minorum, & d.* §. *vsuras*, siue quòd in vicem & compensationem fructuum debeantur vt in *l. euictis* 18. §. 1. *de vsur. l. Iulianus* 13. §. *veniunt* 20. *infr. de action. empt. l. curabit* 5. *Cod. eod.* siue denique quòd aliena pecunia quis vsus sit, ex qua lucrum sperare citra furtum non potuisset *l. die* 25. §. 1. *l. quintus* 28. *infr. depositi. l. 3. & 4. Cod. eod.* Nam & boni consulere debet is qui aliena pecunia vsus est, quòd furti actione non conueniatur, qua vtique conueniri etiam posset *d. l.* 3. vbi est textus omnium apertissimus, & accommodatissimus, nec minùs ad speciem huius §. pertinens, quàm ad pecuniam depositam.

b *Quòd si eam depositam habuerit.* RAT. DVB. Depositio & obsignatio pecuniæ non potest habere vim solutionis, nisi precedente oblatione, quam creditor sine causa accipere recusauerit *leg. acceptam* 19. *Cod. de vsur. leg. nec creditores* 10. *leg. vlt. Cod. hoc tit.* Ergo non eo minùs debebit creditor vsuras superflui precij, quòd eam pecuniam obsignatam in causam depositi habuerit, quamuis ea vsus non sit, si modò eam debitori suo, qui hac parte creditor est, non obtulerit vt in *l. 2. C. de vsur.* DEC. Vsuræ non debentur citra stipulationem, ne quidem in bonæ fidei iudiciis, nisi ex die moræ quæ contracta sit, vel per interpellationem, vel reipsa, vt proximè diximus. Atqui cùm creditor pignus pluris vendidit, nec precium superfluum debitori restituit, non idcirco moram contrahere videtur, si neque interpellatus sit, vt pecuniam redderet, nec ea pecunia vsus sit. Non autem potest videri vsus esse, si eam pecuniam penes se obsignatam & depositam habuerit, licèt oblatio nulla præcesserit. Obsignatio igitur hoc casu sola sufficit, id est nulla etiam oblatione præcedente, quia tunc oblationem præcedere necesse est, cùm id agitur, vt obsignatio vim solutionis obtineat, vt in *d. l. acceptam leg. obsignatione* 9. *C. de solut.* In proposito autem obsignationem factam ponimus, non ad inducendam liberationem, sed ad impediendum duntaxat ne debitum ex non vsurario fiat vsurarium; quod multo facilius est, quàm vt ex vsurario fiat non vsurarium. Purganda enim hoc casu mora est, quæ porrò per obsignationem non purgatur, sed per oblationem *leg. si seruum* 91. §. *sequitur infr. de verb. oblig. l. qui decem* 72. *in princip. &* §. 1. *infr. de solut.* quemadmodum & minus est purgari moram, quàm induci liberationem. Nihil enim prohibet debitorem extra moram esse, & manere nihilominùs debitorem: mora siquidem sequitur debitum, non concomitatur. Itaque & oblationem præcedere, & obsignationem subsequi necesse est, vt debiti liberatio inducatur. Quòd si iam mora cõtracta sit, siue per interpellationem, siue re ipsa, & idcirco purgari eam oportea t, vt in specie *d. l. 2. C. de vsur.* quia emptor post traditam sibi possessionem rei venditæ fructus ex ea perceperat, tunc oblatio necessaria est, nec tantùm oblatio, sed etiam obsignatio in specie *d. l. 2. d. l. euictis* 18. §. 1. *de vsur. leg.* 1. *C. de pact. int. empt. & vendit.* ne alioqui perpetuo moram emptor contrahat, quandiu in ea causa est, vt & rei venditæ fructus percipiat, & venditionis precium penes se retineat *d. l. Iulianus* §. *veniunt iunct. l. ex empti* 11. §. *qui autem l. bona fides* 50. *eod. tit.*

7. PAVLVS libro 2. Sententiarum.

SI autem tardiùs superfluum restituat creditor id, quod apud eum depositum est: ex mora etiam vsuras debitori hoc nomine præstare cogendus est.

Ad l. Si autem tardiùs 7.

RAT. DVB. Obsignatio & depositio pecuniæ debitæ impedit, ne vsuræ eius pecuniæ deberi possint, vt proximè scripsimus ex *leg. euictis* 18. §. 1. in illis verbis *precij quod in causa depositi non fuit infr. de vsur.* Ergo quamuis pecunia deposita tardiùs soluta sit, cùm tamen deposita semper maneat, eius vsuræ quasi ex mora deberi non possunt. DEC. In bonæ fidei iudiciis debentur vsuræ ex mora, siue regulari, siue irregulari, vt diximus ad *leg præcedentem ex l. 3. Cod. in quib. caus. non est necess. in integr. restit. leg. mora* 32. §. *in bonæ fidei infr. de vsur. leg. Titia Seio* 87. §. *vsuras de legat.* 2. nec minùs in contrariis iudiciis, quia sunt bonæ fidei, quàm in directis *l. & in contraria* 37. *de vsur.* Atqui actio pignoratitia bonæ fidei est tam cõtraria quàm directa. Ergo etiam in contraria veniunt vsuræ ex mora: quæ porrò contrahitur per interpellationem cõgruo loco & tempore factam *d. l. mora in princ. leg. qui Romæ* 122. *in princip. l. si pupillus* 127. *infr. de verb. oblig.* Ergo quemadmodum si deposita sit & obsignata simpliciter pecunia, quam creditor ex pignoris pretio redegit supra eam quantitatem, quæ debebatur, nullas vsuras eius pecuniæ debet, quasi nulla contracta mora re ipsa cùm pecunia obsignata vsus nõ sit, ita dicendum est, si obsignationem mora aliqua creditoris subsecuta sit, quod euenit si interpellatio creditor, congruo loco & tempore cessauerit in superfluo illo precij restituendo, non impediri moram per eiusmodi obsignationem. Nam quemadmodum purgatur mora iam contracta per subsequentem oblationem, ita & inducitur mora per subsecutam interpellationem, quia semper nocet posterior mora *l. si seruũ* 91. §. *sequitur infr. de verb. oblig. leg. qui*

BIU Cujas

l. qui decem 72. in princ. & §. 1. de solut. Et præcedens obsignatio, quemadmodum non prodesset ad contractam moram purgãdam, si nulla oblatio præcessisset *l. 2. C. de vsur.* ita neque prodesse potest ad impediendam moram, quæ contrahatur per subsequentem interpellationem, nisi addatur oblatio quæ interpellationis vim & effectum impediat. Facilius siquidem est, vt obsignatio & depositio pecuniæ impediat moram, quæ alioqui reipsa induceretur ex sola præsumptione iuris, & de iure, quòd creditor ea pecunia vsus esset, quàm vt impediat morã contrahendam per expressam interpellationem. Expressa namque interpellatio non nisi per expressam oblationem posteriorem elidi potest. Aliud iuris est in ea obsignatione, quæ post oblationem congruo loco & tempore facta rite secuta sit, de qua in *leg. acceptam 19. C. de vsur.* Nam cùm ea obsignatio vim solutionis habeat *l. obsignatione 9. C. de solut.* non potes is qui iam liberatus est, amplius in mora constitui, cùm mora quælibet supponat obligationẽ præexistentem *l. nulla 88. de reg. iur. dict. leg. si pupillus 127. de verb. oblig.* dummodo depositio duret in eodem statu depositionis, alioqui nec deposita pecunia videretur, sicuti nec videtur in rem versum, quod non durat versum *leg. si pro patre 10. §. versum infr. de in rem verſ. iunct. l. euictis 18. §. 1. infr. de vsur.*

8. POMPONIVS libro 35. ad Sabinum.

SI necessarias impensas fecerim in seruum, aut in fundum, quem pignoris causa acceperam, non tantùm retentionem, sed etiam contrariam pigneratitiam actionem habebo: finge enim medicis, cùm ægrotaret seruus, dedisse me pecuniam, & eum decessisse. item insulam fulsisse, vel refecisse, & postea deustam esse, nec habere, quod possem retinere.

Ad l. Si necessarias 8.

RAT. DVB. Facilius est, vt detur retentio quàm actio *l. 1. infr. de pignor.* nec videtur quicquam interesse creditoris, qui habet retentionem, vt etiam debeat habere actionem: cùm plus cautionis sit in re, quàm in persona *l. plus cautionis 25. de reg. iur.* nec debeat desiderare id quod minus est, qui iam habet quod plus est *l. 1. sup. de Public. in rem act.* Et verò sicuti non sunt multiplicandæ actiones sine necessitate *d. l. 1. l. in naue Saufeij 31. infr. locat.* ita neque inducendæ *§. 1. Inſtit. de actio.* Atqui pro impensis necessariis, hoc est, quæ si factæ non essent, res peritura vel deterior futura fuisset *l. impensæ 79. de verb. signif. l. impensa 14. de impens. in reb. dotal. fact.* habet creditor retentionem pignoris, vt antequam ei satisfactum sit, pignus restituere non cogatur, ne alioqui debitor ex ipsius iactura locupletetur, quod esset contra naturam & bonam fidem *l. nam hoc natura 14. supr. de condict. indeb. l. iure naturæ 206. de reg. iur.* Ergo nil necesse est, vt eo nomine demus ipsi contrariam pignoratitiam actionem. DEC. Interest eorum omnium qui habent retentionem, vt eo nomine habeant, si fieri possit, etiam actionem, non solùm ne si fortè per errorem aut per imprudentiam omittant retentionẽ, omni alio auxilio destituantur, per quod indemnitati suæ possint consulere *l. si in area 33. supr. de cond. indeb. l. in hoc iudicium 14. §. 1. supr. commun. diuid. leg. heres 21. infr. ad SC. Treb.* sed etiam quia fieri facilè potest, vt nihil sit quod retineri possit: quo tamen casu æquum non est, manere in damno creditorem qui in pignus impendit, & quidem eo animo, vt alium sibi obligaret, quod sufficit, vt contra ipsum possit, & debeat habere actionem *d. l. in hoc iudicium §. 1. iunct. l. si quis cum 29. eod. titul. commun. diuid.* actio enim requirit præcedentem aliquam obligationem, quam retentio nullam requirit. Quæ ratio facit vt multò facilius sit habere retentionem quàm actionem vllam siue directam, siue contrariam. Sed finge factã esse impensam à creditore ad curandum seruum ægrotum oppigneratum, qui postea decesserit, aut ad fulciendam insulam, quæ postmodum sine culpa vlla creditoris combusta sit. Nihil certê est, quod his casibus retinere creditor possit. Frustrà ergo de retentione quæratur, & necessariò ad actionem pignoratitiam contrariam recurrendum est, per quam indemnitati creditoris cõsulatur: vt quod per viam retentionis haberi non potest, habeatur per viam actionis. Similis ratio est, nec valde dissimilis species in *leg. in rebus 18. §. vltim. supr. titul. proxim.* vbi licet tractetur de compensatione, compensatio tamen ipsa retentio est, tametsi non omnis retentio perinde sit compensatio. Nec distinguemus an magna summa sit, an modica, quam creditor in pignoris conseruationem impendit. Tum enim distinctioni huic locus est, cùm de eo contractu agitur, qui factus sit in gratiam solius accipiẽtis, vt puta de commodato, vt benè docet Accursius ex *d. l. in rebus 18. §. possunt & seq.* Sed & cibaria quæ creditor seruo pignorato præstitit, repetet, quæ commodatarius non repeteret *§. sed & id quod d. l. in rebus*, quia scilicet commodatarius habet vsum rei commodatæ, creditor autem non habet vsum rei pignoratæ. Et ita Bartolus hîc, cessante, inquit, ratione posita in *l. vlt. §. vlt. infr. hoc titul.*

1 ¶ Si pignori plura mancipia data sint, & quædam certis pretiis ita vendiderit creditor, vt euictionem eorum præstaret, & creditum suum habeat: reliqua mancipia potest retinere, donec ei caueatur, quòd euictionis nomine promiserit, indemnem eum futurum.

Ad §. 1. Si pignori.

RAT. DVB. Neque retentio, neq; contraria actio pignoratitia competit creditori, nisi pro indemnitate consequenda, cùm quid & abest propter causam

pignoris, vt proximè diximus. Atqui cùm creditor, qui plura mãcipia pignori acceperat, quędam ex iis certo preçio ita vendidit, vt euictionem eorum prę-ſtaret, atque ita ex eo precio creditum ſuum integrũ conſecutus eſt, nihil ei abeſt, quandiu euictio ſecuta non fuit, cùm fieri poſſit, vt nec vnquam ſequatur *l. habere licere 57. infr. de euict.* Vnde eſt quod nec ſtipulatio de euictione tam facilè committitur, licèt per ſententiam res iam euicta ſit, vt ſcriptum eſt in *d. l. habere.* Ergo non eſt permittendum creditori, vt eo prætextu reliqua mancipia retineat donec ei caueatur de indemnitate eius, quod pro euictione promiſerit: præſertim cùm ei poſſit imputari cur de euictione ſe obligauerit, cùm ex iuris ratione creditor, qui iure creditoris pignus diſtrahit, ad id non teneatur *tot. tit. Cod. credit. euict. pignor. non debere.* Nec enim aut facilitas, aut ignorãtia creditoris debitori damnoſa eſſe debet *l. non debet 71. l. factum 55. de regul. iur.* Dec. Abeſſe creditori intelligitur etiam id in quo creditor obligatus eſt *l. ſi quis mandatu 28. in fin. de neg. geſt.* Atqui ponimus eum obligatum eſſe emptori pignoris de euictione, & quidem nullo dolo malo vel culpa interueniente, ſed quia diligens quilibet alius paterfamilias ita contracturus fuerat, ſiue quòd aliter emptorem inuenturus non fuerit, aut quòd certè non tanti venditurus. Quibus caſibus commodum huius conuentionis etiam ad debitorem pertinet, qui tanto citius ac facilius debito liberatur, vt in *l. ſi pignore 22. §. vlt. & l. ſeq. infr.* vt taceam, quòd etiamſi debitor ipſe venderet ſiue creditori ipſi, quod vtique facere poteſt, tanquam dominus *leg. reſcriptum 12. in princip. infr. de diſtract. pignor.* ſiue alij, magiſtratu fortaſſe id in cauſa iudicati exequente debitoris nomine, perinde debitor de euictione teneretur *l. ſi ob cauſam 13. C. de euict.* Non ergo recuſare poteſt debitor, quominus cætera mancipia nondum vendita creditor retineat, quouſque cautum ei ſit de indemnitate ipſi præſtanda pro euictione quam promiſerit. Non enim damnum dũtaxat, ſed etiam periculum omne creditoris amouendum eſt, vt Paulus loquitur, licèt in alia ſpecie in *l. cùm mulier 55. infr. ſolut. matrim. iunct. leg. heredes 25. §. idem iuris eſt ſup. famil. erciſc.* Denique in ſumma debiti computantur omnia, quæ abſunt creditori ſiue propter pignus, quid præſtiterit, ſiue ſe obligauerit *l. in ſumma debiti 6. C. de pignor.* Ergo quemadmodum non poteſt debitor agere pignoratitia, vt pignus auferat creditori, quouſque debitum totum ſoluerit *l. ſi rem prox. §. omnia pecunia infr. leg. quandiu 6. C. de diſtract. pignor.* ita neque recuſare, quominus creditor totum pignus retineat, quandiu aliquid ex cauſa pignoris ei abeſt.

2 ¶ Si vnus ex heredibus debitoris portionem ſuam ſoluerit, tamen tota res pignori data venire poterit: quemadmodum ſi ipſe debitor portionem ſoluiſſet.

Ad §. 2. Si vnus ex heredibus.

Rat. dvb. Inter plures vnius debitoris heredes, obligatio defuncti diuiditur per legem duodecim tabularum pro hereditariis portionibus *l. 1. C. ſi cert. petat. leg. vlt. C. de heredit. action.* Ergo vno ex heredib. ſoluente debiti partem ſuam hereditariam, fatendum eſt, pro ea parte liberatum eſſe pignus, & conſequenter pignoratitiam competere. Nec enim poteſt obligatio pignoris, cùm ſit acceſſoria, ſubſiſtere ſine perſonali, quæ principalis eſt, & quæ ſit ſaltem futura *l. 5. infr. de pignor. l. cùm principalis 178. de regul. iur.* Pignoratitia porrò competit ſtatim atque ſolutum eſt, & liberatum pignus, vt conſtat ex toto hoc titulo. Dec. Ex perſonis heredum immutari non poteſt condicio obligationis, neque diuidua fieri obligatio, quæ in perſona defuncti indiuidua fuit *l. 2. §. ex his infr. de verb. oblig.* Atqui obligatio pignoris indiuidua eſt in perſona ipſius debitoris *l. rem hereditariam 65. infr. de euict.* ita vt nihil profit debitori ad liberandum pro parte vinculũ pignoris, quòd partem debiti ſoluerit *l. quandiu 6. C. de diſtract. pignor.* Ergo nec vnus ex heredibus debitoris ſoluendo eam debiti partem, quę perſonali actione peti ab eo potuit, res obligatas in ſolidum diſtrahendi facultatem creditori adimit *l. vnus ex multis 16. eod. tit. l. 1. & 2. C. ſi vnus ex plurib. hered. debit.* Non quaſi perſonalis obligatio per ſolutionem partis pro parte ſublata non ſit, ſed quia hypotheca ſemel contracta vtiliter, & obligatio quælibet pignoris, habet tacitam ſuam condicionem, ſi debitum ſolutum ſit, aut aliter eo nomine ſatisfactum: qua condicione ceſſante tenet *leg. prox. §. omnia pecunia infr. l. grege 13. §. etiam de pignor. leg. debitor 59. ad SC. Trebell. l. penult. §. 1. infr. de except. rei iud. c.* Idem iuris eſt in pluribus heredibus creditoris *l. ſolutum 11. §. ſi creditori infr. hoc tit.* condicio enim omnis indiuidua eſt *l. cui fundus 56. D. de cõd. & demonſtr.* Itaque quamuis non poſſit obligatio pignoris ſubſiſtere, vt contrahatur ſine principali, cõtracta tamen durat etiam poſt ſubmotam principalem obligationem *l. 1. & 2. C. de luit. pignor. l. heredes 25. §. idem obſeruatur ſupr. famil. erciſc. leg in executione 85. §. penult. inf. de verb. oblig.* Cur autem indiuidua ſit cauſa pignoris, ratio ex eo petenda eſt, quòd non alia de cauſa pignus datur, quàm vt cautum ſit debitorinõ pro parte debiti, ſed pro toto debito. Inde namque fit, vt integrũ debitũ ſolutum eſſe neceſſe ſit, vt pignus aliqua ex parte liberetur: nec enim quicquam vetat pluris eſſe pignus, quàm debitum, imò non eſt prudens creditor, ſi pro pignore rem accipiat, quæ non multo pluris ſit, quàm quod debetur, vt ſi vſurarũ acceſſione vel qua alia occaſione, debiti quantitas augeatur, adhuc poſſit creditori eſſe cõſultum. Pignus enim ſimpliciter acceptũ tenetur etiam ad vſuras, tanquam acceptum in omnem cauſam *l. 2. C. debit. vendit. pignor. imped. non poſſe l. quaro 54. infr. locat.* Eadem ratio facit, quod hîc notat Bartolus, vt ſi ex plurib. emphyteutæ heredib. vnus penſionem non ſoluerit, cæteri verò omnes ſoluerint, non eo minus tota res cadat in commiſſum, quia æquè ius domini directi inuiduum eſt, licèt non pignoris ius ſit (nec enim res ſua domino poteſt eſſe obligata *l. neque pignus 45. de reg. iur.*) ſed dominij, quod & potentius & fauorabilius eſt *l. communi 7. in princ.* vbi diximus *ſup. commun. diuid.* Denique lex duodem tabularum diuidit quidem perſonalem obligationem inter heredes pro hereditariis portionibus, vt initio diximus, ſed non diuidit obligationem pignoris *d. l. 1. & 2. C. ſi ex plurib. hered. debit. vel credit.* quia nec poteſt, vt Paulus loquitur in *d. l. heredes §. an ea ſtipulatio ſup. famil. erciſc.* Eas namque obligationes ſolas diuidit lex duodecim tabularum, quę diuidi poſſunt, & diuiduæ ſunt, non indiuiduas.

3 ¶ Si annua

3 ¶ Si annua, bima, trima, die triginta stipulatus, acceperim pignus: pactúsq; sim, vt nisi sua quaque die pecunia soluta esset, vendere eam mihi rem liceret: placet, antequam omnium pensionum dies veniret, non posse me pignus vendere: quia eis verbis omnes pensiones demonstrarentur. nec verum est, sua quaque die non solutam pecuniam, antequam omnes dies venirẽt. sed omnibus pensionibus præteritis, etiam si vna portio soluta non sit, pignus potest venire. Sed si ita scriptum sit, *Si qua pecunia sua die soluta non erit*, statim competit ei pacti conuentio.

Ad §. 3. Si annua.

RAT. DVB. Cùm quis annua, bima, trima, die triginta dari stipulatus est, diuiditur solutio per tres pensiones *l. sed Celsus 6. §. 1. inf. de contr. empt. l. Seia 12. de vsur.* Ergo & si conuenerit, vt nisi sua quaque die pecunia soluta sit, vendere pignus liceat creditori, poterit creditor etiam priusquam omnium pensionum dies venerit, pignus vendere, vt secunda conuẽtio ex priore interpretationem recipiat, nec eueniat, vt vna diuidua sit, altera indiuidua. Verum enim est, sua quaque die nõ esse solutam pecuniam, cùm prima pensio sua die soluta non est. DEC. Multum interest quibus verbis concepta sit conuentio de vendendo pignore. Nam si quidem ita scriptum sit, vt si qua pecunia sua die soluta non erit, liceat creditori pignus vendere, id sanè obtinet quod modò diximus, quia singulæ pensiones separatim demonstratæ intelliguntur, & sufficit vel in prima soluenda cessatum esse, vt conuentioni de vendendo pignore locus fiat tanquam existente condicione. At si pactus sim, vt nisi sua quaque die pecunia soluatur, liceat creditori pignus vendere, omnes pensiones huiusmodi conuentione demonstrantur, quia nec verum est, sua quaque die nõ esse solutam pecuniam, priusquam dies omnes venerint *argum. l. quicquid adstringendæ 99. §. 1. infr. de verb. oblig.* Ergo nec permittendum est creditori, vt antequam pensionum omnium dies venerint, pignus vendat; alioqui si aduersus conuentionem vendat, non solùm nihil agit, nec transfert dominium, sed etiam furti se obligat *l. quamuis 6. §. vlt. supr.* Nam cùm sic oratio & condicio aliqua concipitur, vt significatio sumatur ex vniuerso, si quid in oratione falsum sit vel minimum, totam orationem falsam efficit *l. si is qui ducenta 13. §. vtrum ita infr. de reb. dub.* Planè pensionibus omnibus præteritis, si vna portio soluta nõ sit, etiamsi aliæ omnes solutæ proponantur, potest creditor pignus vendere, quia verum est, sua quaque die nõ esse solutam pecuniam, cùm nõ omnes solutæ sunt, & indefinita hoc casu, vt aliàs ferè semper æquipollet vniuersali *leg. si pluribus 44. de legat. 2.* (eadem scilicet subsistente ratione omnium sub indefinita comprehensorum, vt hîc Castr. notat) sicuti pluralitas resoluitur plerumque in suas singularitates *leg. falsa 33. §. vltim. de condict. & demonstr. l. si seruus 9. §. 1. sup. si quis caution.* Notat etiam Bartolus ex hoc §. vniuersalem negatiuam non posse dici falsam, priusquã in quolibet particulari suo sit impossibilis, item orationem distributiuam verificari in quolibet distributorum. Nec malè, nam dictio *quisque* distributiua est vniuersalis, non vt dictio *quisquis* distributiua particularis *leg. qui liberis 8. §. 1. de vulg. & pupill. substit.* Et quod dicimus hoc articulo *quisque* omnes significari *leg. hoc articulo 29. de hered. instit.* verum quidem est in sensu distributiuo, sed non in collectiuo. Neque verò in prima specie huius §. ait Pomponius orationem esse vniuersalem collectiuè, sed distributiuè, vt proinde nil necesse sit dicere cum Bartolo Pomponium hîc loqui, non secundum propriam significationẽ verborum, sed iuxta rudem, vt ille loquitur, & grassum verborum significatum ex mente contrahentium. Apertè enim nititur Pomponius propria verborum, quibus condicio vendendi pignoris concepta est, significatione, à qua si recedere sine causa iureconsulto liceret, nihil in iure nostro certum esse aut dici posset *l. non aliter 69. de l. 3. l. ille aut ille 25. §. 1. eod. l. Labeo 7. in f. de supel. legat.* Fortior illa obiectio est, quam adfert Bartolus ex eo, quod sicuti oratio ista nõ est vera *omnibus diebus & terminis solutum esse* quando in aliquo cessatum est, ita neque illa vera esse potest *omnibus terminis non esse solutum*, si in aliquo sit satisfactum. Cur ergo permittit creditori Pomponius hoc casu pignus vendere, cùm pactio & condicio vendendi pignoris defecisse videatur? Respondet Bartolus, secundùm propriam significationem verborum posse hanc obiectionem procedere: sed in proposita specie, vt & in cæteris stipulationibus omnibus pœnalibus, aliter verba intelligi debere ex mente contrahentium, quæ illa fuit, vt omnibus terminis debitum solueretur, & consequenter, vt si in aliquo terminorum cessatum esset, pignus vendi posset. Mihi verò magis placet, vt dicamus, ea potius ratione moueri Pomponium, quòd ad impediendam pignoris venditionem nihil prosit debitori partem debiti soluisse, si non totum soluerit, vt diximus ad §. *præcedentem*. Itaque quod distinguit Pomponius, quomodo verba condicionis concepta sint, non ita accipiendũ est, quasi aliquo casu possit impediri vẽditio pignoris, ex eo quod in aliquo termino fuerit pro parte satisfactum, sed vt intelligamus aliquo casu contingere posse, vt quamuis nulla adhuc ex parte solutum sit, debitum nondum tamen peruenire possit ad venditionem pignoris, quandiu tempora conuentionis largiuntur, vt satisfieri conuentioni, & totum debitum intra tempus præstitutum solui possit. Denique differri venditio pignoris interdum potest, non solùm si pars debiti suo tempore soluta sit, sed etiamsi nihil, dummodo verba conuentionis non repugnent, nec totum tempus iam elapsum sit, intra quod solui totum debitum adhuc possit: sed præcisè impediri venditio pignoris non potest per partis solutionem, licet vel minimum ex sorte aut vsuris desit *l. quandiu 6. C. de distract. pignor. l. 1. & 2. C. debit. vendit. pignor. imped. non poss.* scilicet si totum tempus præterierit, intra quod totum debitum solui debuit, aut si conuentionis verba nihil nisi vnius aut alterius termini lapsum exigant, in quo cessatum sit, & ita intelligi Pomponius hîc debet. Par-

BIU Cujas

ticularis enim oratio etiam in vno verificatur. Nec rursus prohibendus est debitor soluere in vltimo termino, quod in prioribus duobus soluere potuerat, & debuerat: ne alioqui nulla ei superesset ratio moræ purgandæ ad impediendam venditionem pignoris, cuius faciendæ nec alia causa est, quàm vt ex precio satis facere sibi creditor possit. Toties enim purgatio morę impeditur, quoties interest eius qui moram passus fuit *l. & si post tres 8. supr si quis caution. l. si ita quis* 135. §. *Scia in fin. de verb. oblig.* Atqui non solùm non interest creditoris moram non purgari, quæ per cessatam in prioribus terminis solutionem contracta fuit, sed è contrario ipsius interest purgari, vt tanto citiùs & expeditiùs debitum suum per solutionem consequatur, quod alioqui multo tardiùs & incommodiùs per venditionem pignoris consequeretur. Differtur ergo pignoris venditio in id vsque tempus, quo terminus vltimus elapsus sit, non quasi condicio pactionis de vendendo pignore, non priùs extiterit, sed quia non debet nocere debitori, quòd extiterit, cùm etiam post impletam cõdicionem vtiliùs & commodiùs futurum sit creditori solutionem accipere, quàm ex conuentione pignus vendere. Itaque non est quod quis hoc casu obiiciat, frustrà exspectari euentum cõdicionis, cuius nihil operatur euentus ex *l. aliquando 13. §. vlt. infr. ad SC. Velleian. l. si quis ita 33. de hered. instit.* Nam qui in hac specie euentus exspectatur, prodesse potest, & verò omnimodo profuturus est, & debitori ad purgandam moram, & creditori ad consequendam solutionem: qua secuta nihil iam erit, quod de vendendo pignore tractari vel possit, vel debeat.

4 ¶ De vendendo pignore in rem pactio concipienda est, vt omnes contineãtur. Sed, & si creditoris duntaxat persona fuerit comprehensa, etiam heres eius iure vendet, si nihil in contrarium actum est.

Ad §. 4. De vendendo.

RAT. DVB. Non alius potest pignus vendere, quàm creditor pignoratitius heréve ipsius *leg. 4. sup. & tot. tit. de distract. pignor. infr. & Cod.* Atqui etiam cùm in personam creditoris conceptum est pactum de vendendo pignore, nihilominùs heres eius potest vendere, nisi in contrarium expressim actum sit, ne possit, vt subiicitur in hoc §. Ergo frustrà est quærere, an pactum de vendendo pignore in personam conceptum sit, an in rem, cum vtroque casu prodesse debeat creditori, eiusque heredi. DEC. Est hæc vna ex pactorum diuisionibus, vt alia sint in rem, alia in personam *leg. iuris gentium 7. §. pactorum supr. de pact.* Quæ in personam sunt, adeò cohærent personæ, vt eam egredi non possint, ne quidem fauore heredis aut patris, quæ verò in rem, prosunt omnibus, quorum potest interesse *leg. & heredi 21. in princip. & §. vlt. & l. seq. l. idem in duobus 25. §. 1. leg. tale pactum 40. in princip. eod.* Nec ad rem pertinet, quod quisquis sibi paciscitur, in dubio etiam heredi suo paciscí intelligatur *leg. si pactum 9. infr. de probat.* siue quòd heredis & defuncti vna eadémque persona esse videatur *leg. heredem 59. de regul. iur. Nouell. 48. in princip. de iureiur. à morient. præstit.* siue quòd heredis quoque persona pro adiecta habeatur: id enim fit, quia in dubio pactum censetur esse in rem, non in personam, vt nimirum non tantùm creditori prosit, sed & creditoris heredi: alioqui licèt pignoris vinculum rem ipsam obligatam afficit, non personam solam obligantis, *leg. pignoris 17. infr. de pignor. l. pignoris 18. C. eod.* non ideo tamen consequens esset, vt pactum ipsum de vendendo pignore omnimodo in rem videri deberet non in personam: quia posset esse personale, si id actum esset, quod tamen in dubio præsumendum non est, vt diximus. Est enim odiosa interpretatio, & quodammodo maligna, quæ facit vt ius alicui ex pacto ipsius quæsitum cum paciscentis persona intercidat *d. l. si pactum 9. de probat.* sicut & ne onus alicui iniunctum ad eius quoque heredes pertineat *leg. annua 20. §. 1. de ann. legat. leg. alimenta 16. in princip. infr. de alim. legat.* Nec quod in pacto certa persona demonstrata sit, ad rem facit. Id enim plerumque fit, vt appareat, cum quo pactum initum sit, non vt personale pactum fiat *d. leg. iuris gentium 7. §. pactorum d. leg. tale pactum 40. in princip. supr. de pact.* Itaque si cum creditore pactum sit de vendendo pignore, ita vt solius creditoris persona demonstrata sit, poterit fieri vt adhuc pactum in rem sit non merè personale. Hactenus nimirum vt creditoris heres quoque possit vendere, at non etiam alius quilibet singularis successor, nempe quia creditoris hæres perinde creditor est, cùm ex lege duodecim tabularum actiones omnes hereditariæ & actiuæ & passiuæ transeant in heredem *leg. 1. C. si cert. petat. leg. vlt. C. de hered. act. leg. 1. & 2. Cod. si vnus ex plurib. hered. debit.* At cæteri successores creditoris singulares, non æquè sunt creditores, quia personalis obligatio siue actiua, siue passiua nunquam transit in singularem successorem *leg. vlt. §. 1. infr. de contr. empt. leg. 1. §. si heres ad SC. Trebell.* Proinde videtur pactum hoc esse mixtum ex reali & personali. Est enim reale quod pertinet ad heredem creditoris, quoniam pacti verba non repugnant quod sufficit *l. talem institutionem 51. §. 1. in fin. de hered. instit.* personale verò quod ad cæteros. Quòd si in rem conceptum expressim esset, vtique singularibus etiam successoribus prodesset. Heredem porrò hîc cùm dicimus, non eum solum intelligimus, qui verè ac iure ciuili heres sit, sed omnes iuris successores siue honorarij sint, siue ciuiles, cuiusmodi sunt bonorum possessor, is cui restituta est ex Trebelliano hereditas & cui libertatis causa bona addicuntur, & si qui alij sunt, qui cùm verè non sint heredes, tamen heredum loco habentur. In priuilegiis eadem quæ in pactis distinctio adhibetur, an scilicet personalia sint, an realia, id est, an personæ, an rei & causæ cohæreant, vt personalia ad alium non transeant, ne quidem ad heredem, realia verò transeant *l. quia tale 14. infr. solut. matrim. leg. ex pluribus 42. in fin. de admin. tutor. leg. vnic. Cod. de rei vxor. act. leg. 1. C. de priuileg. dot. iunct. l. assiduis 12. C. qui potior. in pign. hab.*

5 ¶ Cùm pignus ex pactione venire potest: non solùm ob sortem non solutam venire poterit, sed ob cætera quoque, veluti vsuras, & quæ in id impensa sunt.

Ad §.

Ad §. vlt. Cum pignus.

RAT. DVB. Non solent attendi quæ fiunt per consequentias *l. 1. l. quod dicitur 7. infr. de author. tutor.* Inspiciendum enim est in conuentionibus omnibus quid principaliter actum sit, non quid per consequentiam euenire possit. Atqui cùm sit pactum de vendendo pignore, id maximè ac potissimum agitur, vt ex ea venditione sortis quantitas redigatur, quæ scilicet purè & absolutè debetur, non autem vt eadem vsurarum quæ sortis ratio constituatur. Nec enim vsuræ simpliciter & absolutè debentur, sed per accidens & secundùm quid sub conditione illa *si sors soluta non erit leg. Seiâ 12. & pass. infr. de vsur.* maximè verò si vsuræ non sint in obligatione & stipulatione, vt in *l. centum Capua 8. supr. de eo quod cert. lot. l. 3. C. de vsur.* sed officio tantùm iudicis præstentur, vt in *l. 4. C. depositi. l. qui per collusionem 49. §. 1. de act. empt. l. quæro 54. infr. locat.* Denique omni casu vsuræ sunt accessiones. Ergo si sors pro qua pignus datum fuerat, soluta sit, non debet pignus vendi pro vsuris *arg. l. solutum 11. § si in sortem infr.*

DEC. Pignus dari solet, vt cautum sit creditori, non tàtum pro sorte, sed etiam pro vsuris, quia nec aliter indemnis seruari creditor potest; quàm si & sortem & vsuras sibi debitas siue ex stipulatione, siue ex mora debitæ sint, consequatur. Ergo non minus pro vsuris etiam naturaliter tantùm debitis quã pro sorte debita pignus vendere creditor potest: nimirum cùm pignus ex pactione vẽditur. Qui enim paciscitur, vt liceat sibi pignus vendere, de omni sua vtilitate paciscitur intelligitur, nec proinde distinguendum est, an vsurę ex stipulatione, an officio iudicis debeantur, sed tantùm an in eas quoque pignus obligatum fuerit nec ne *d. § si in sortem vers. siue autem.* In dubio tamen dicendum est, pignus in omnem causam datum videri, id est, non minus in vsuras quàm in sortem *l. 2. C. debit. vendit. pignor. impèd. non poss.* quemadmodum dicimus fideiussorem simpliciter acceptum in omnem causam acceptum intelligi *l. quæro 50.* vbi dicemus *inf. locat.* Planè si in sortẽ dũtaxat pignus obligatum sit, nulla ratio est, vt propter vsuras id vendere liceat creditori: nam eo soluto propter quod pignus obligatum fuerat, siue in sortem duntaxat, siue in vsuras tantùm, habet locũ pignoratitia *d. § si in sortem.* Porrò quo casu pignoratitia locum habet, certum est venditionem pignoris habere locum non posse, quia pignoris vinculum tenere necesse est, vt res obligata vẽdi possit. Quid? Nõnne etiam ob chirographariam pecuniam pignus retineri potest? *tot. tit. Cod. etiam ob chirogr pecun. pign. retin. poss.* Vtique retineri, scilicet contra debitorem ipsum, sed non vendi, siue de distrahendo pignore conuenerit siue non. Ita enim titulus ille intelligẽdus videtur, de quo tamen latius alibi scribemus. Et notandus est tanquam singularis hîc casus, in quo pignoris retentio sic datur, vt tamen vẽditio non permittatur. Non tantùm autem pro vsuris, quæ principali debito accesserunt, pignus vẽdi potest, sed etiam pro iis omnibus, quæ in causam conseruandi pignoris impensa sunt. Nam & pro iis impensis pignus datum videri debet, pro quibus etiam retentio pignoris competit, non minus quàm contraria actio pignoratitia, vt initio huius legis vidimus. Quamuis tempore dati pignoris nihil dum eo nomine deberetur. Nec enim nouum est, vt etiam futuræ obligationi pignus accedat, sicut & fideiussor *l. 5. infr. de pign. l. 6. § 1. de fideiuss.* Iunge quæ dicemus ad *d. § si in sortem.*

9. VLPIANVS libro 28. ad Edictum.

Si rem alienam mihi debitor pignori dederit, aut malitiosè in pignore versatus sit: dicendum est, locum habere contrarium iudicium.

Ad l. Si rem alienam 9.

RAT. DVB. Actio pignoratitia, siue directa, siue contraria, locum habere non potest, nisi constituto & interueniente aliquo pignore, à quo & nomen sumpsit. Vnde & dicitur à Papiniano iudiciũ, quod de pignore dato proponitur in *l. pemul. infr hoc tit.* At quin alienæ rei pignus non subsistit, nisi vel ex voluntate domini datum sit, vel per dolum & dissimulationem domini *l. alienas res 20. infr. tot. tit. C. si alien. res pignor. dat. sit leg. mulier 11. C. de distract. pignor.* Ergo pignoratitia contraria locum habere hoc casu non potest, non magis quàm directa. In eóque alia causa est pignoris, alia venditionis. Res enim aliena vendi potest, licèt eam dominus auferre postea, & vindicare quandoque possit *l. rem alienam 28. infr. de contr. empt.* At res aliena pignori dari vtiliter non potest extra eos casus, quos diximus.

DEC. Alia ratio constituenda est actionis hypothecariæ, alia verò pignoratitiæ personalis, siue directa illa sit, siue contraria. Nam & si vtraque actio præsupponit pignoris aut hypothecæ constitutionem, attamen hypothecaria exigit omninò, vt pignus rectè ac vtiliter constitutum sit, quia in rem actio est, quæ proinde supponit affectam esse rem vinculo pignoris, quæ porrò affici non potest, nisi pignoris constitutio efficaciter teneat. Pignoratitia verò personalis actio est, ad quam inducendam sufficit præcessisse conuentionem pignoris, licèt ab eo factã qui ius rei obligandæ nullum habuerit. Quod enim dicimus, rem alienam pignori dari non posse, non eò pertinet, vt qui rem alienam ignoranti sciẽs dedit, non obligetur (quidni enim obligari debeat ex suo mendacio & dolo, cùm ignorantem creditorem deceperit? *l. rem alienam 41. inf hoc titul.*) sed vt creditor tale pignus per hypothecariam persequi non possit. Cæterum si debitor, qui etiam sciens rem alienam pro suo debito pignori dedit, postea creditori suo debitum soluerit, nulla dubitandi causa est, quin perinde pignoratitiam actionem directam habere debeat ad rei in pignus datæ repetitionem, atque si rem suam propriam pignori dedisset: ne alioqui plus iuris habeat creditor ex inutili constitutione pignoris, quàm habiturus fuerat, si vtilis præcessisset. Quod certè absurdum & ridiculum esset *arg. leg. in bello 12. § qui seruum infr. de capt. & postlim.* Quidni ergo habebit etiam creditor contrariam, si de dolo debitoris velit conqueri, quòd rem alienam ignoranti sciens pignori dederit? Nam quod ad obligandas personas debitoris & creditoris, nihil aliud requirimus, nisi vt inter eos conuenerit de pignore, non etiam illud exigimus,

BIU Cujas

vt res pignori data iure obligata sit. Neque in eo differentia vlla est inter pignus & venditionem rei alienæ: nam quemadmodum qui rem alienam vēdit, & se obligat de euictione, & emptorem ad solutionem precij *d.l.rem alienam l.si quis alienam 46. de act.empt.* ita & qui rem alienam dedit pignori, obligat accipientem creditorem, vt soluto quandocunque debito eam rē actione pignoratitia illi ipsi qui dedit, restituere teneatur §. *is quoque infr.* (nec enim actio pignoratitia vllā habet implicitā dominij quęstionem, cū sit merè personalis) & seipsum vicissim obligat, vt ob dolum suum & mendacium actione cōtraria pignoratitia cōueniri possit: quomodo & si malitiosè versatus esset circa pignus, vt sequitur in textu, aut etiā si quid in illam rē pignori datam impēdisset. Qua enim fronte recusaret debitor earum impensarum restitutionem, quā recusare nō posset, si propriam rem pignori dedisset? An ideò fortè melioris condicionis esse debet, quòd rem alienam sciens tanquam suam dederit pignori?

a *Aut malitiosè in pignore versatus sit.* Exempla duo adfert Accursius. Primum ex Azone, si debitor rem quidem suam obligauerit, & pignori dederit, sed quam sciebat obligari non posse, fortè ob expressam prohibitionem testatoris, vt in *l.pater 38. §. fundum à filio de legat. 3. l. vlt. C. de reb. alien. non alienand.* Alterum ex Ioanne, si quis sciens obligauerit seruum furem, qui postea creditori furtum fecerit vt in *leg. si seruus 31. inf. hoc titul.* Vtrumque exemplum rectum est, sed tamen alij plerique casus sunt, & quotidie occurrunt, in quibus euenit, vt in pignore dando malitiosè versetur debitor, vt proinde teneri debeat actione pignoratitia in id omne quod interest creditoris. Si tamen idem creditor etiam fideiussorem acceperit, nō ideò fideiussorem habebit obligatum, quippe qui non pro pignore, sed pro pecunia debita fideiusserit, vt eleganter Paulus noster respondit in *l.si in pignore 54. infr. de fideiuss.*

1 ¶ Non tantùm autem ob pecuniam, sed & ob aliam causam pignus dari potest: veluti si quis pignus alicui dederit, vt pro se fideiubeat.

Ad §.1. Non tantùm.

RAT. DVB. Pignus non alia de causa datur, quàm vt si pecunia debita non soluetur, possit creditor pignus distrahere, atque ita indemnitati suæ consulere, vt diximus ad *leg. 4. supr.* Atqui ex pignoris venditione nihil nisi pecunia redigi potest. Venditio enim non fit sine precio, quod porrò in pecunia numerata consistere necesse est *leg. 1. infr. de contr. empt. l. 1. de rer. permut. §. precium Instit. de empt. & vendit.* Ergo non nisi pro pecunia debita pignus dari potest. DEC. Omni obligationi accedere pignus potest, sicut & fideiussor *leg. res hypothecæ 5. infr. de pignor. l. 1. de fideiussor.* id est, non tantum sine ciuilis siue honoraria, siue denique naturalis duntaxat obligatio sit, & siue præsens, siue futura, sed etiam cuiuscunque rei obligatio proponatur. Debitor enim est quisquis ex quacunque causa aliquid debet, sicut & creditor ille cui ex quacunque causa debetur *l. creditores 10. & seqq. l. condicionales 54. & seq. de verb signif.* & obligationem diffinimus iuris vinculum, quo necessitate adstringimur, non tantùm pecuniæ, sed generaliter alicuius rei soluendæ causa *Instit. de oblig.* Nemo autem nescit rei nomen latiùs patēre, quàm pecuniæ *l. rei appellatio 5. de verb. signific.* quamuis pecuniæ appellatio sit etiam generalis, vt omnia omnino, quæ in cuiusque patrimonio esse possunt, cōprehendat *l. pecuniæ 178. eod.* Et hoc sensu accipi certè debet, quod scriptum est in *leg. debitor 108. eod. tit.* debitorem intelligi eum à quo inuito exigi pecunia potest. At Vlpianus in hoc §. cùm de pecunia loquitur, de pecunia numerata intelligit, quæ opponitur cæteris rebus omnibus quæ sunt extra pecuniam numeratam *d. l. pecuniæ.* Denique ex qua causa potest quis esse alterius creditor, etiam pignoratitius esse potest *d. l. res hypothecæ.* Proinde si quis fideiussorem quærat, nec facilè inueniat, nisi dato pignore, etiam ex hac causa pignus dare poterit. Iusta enim & honesta hæc causa est dandi pignoris, vt inuitetur ad fideiubendum is qui alioquin fideiussurus non esset, cùm necessitas dandi fideiussoris aliqua subest, vt in *l. 2. §. vlt sup. de iudic. & tot. titul. qui satisd. cogant.* Nec enim liberatur dando pignus qui satisdare cogitur *l. 1.* vbi diximus *ill. tit.* Planè honestam causam esse oportet ob quam pignus detur, non turpem, vt benè hîc notat Accursius ex *l. 1. & 2. C. de condict. ob turp. caus.* Hoc enim fit ex primo illo iuris principio, quo iubemur honestè viuere *l. iustitia 10. §. 1. supr. de iustit. & iur.* ex quo & cætera proficiscuntur omnia, quæ ratione publicæ honestatis fieri vel iubentur vel prohibentur, vt docuimus in iurisprudentiæ Papinianeæ scientia ad *§. penult. eod. ill. tit. de iustit. & iur.*

2 ¶ Propriè pignus dicimus, quod ad creditorem transit: hypothecam, cùm non transit, nec possessio ad creditorem.

Ad §.2. Propriè pignus.

RAT. DVB. Rem simpliciter cùm dicimus, rei proprietatem & dominium significamus, non nudam possessionem. Vnde est quod Vlpianus scribit in *l. 3. §. vlt. infr. vti possid.* aliud esse rei precium, aliud possessionis, & separatam esse causam proprietatis & possessionis in *l. 1. §. huius autem edicti eod. titul. l. naturaliter 12. §. nihil commune & l. pen. in princip. de acquir. poss.* Atqui pignus etiamsi sit rei mobilis, & quæ pugno contineatur, quam magis propriè pignus appellamus *l. plebs est 238. §. pignus de verb. signific.* nunquam transfert dominium, nec si traditio secuta sit; quia non omnis traditio, quamuis à domino facta transfert dominium, sed ea tantùm quæ fit ex iusta causa, id est, iure ciuili cognita & adprobata, & habili ad dominium transferendum *leg. nunquam nuda 31. de acquir. rer. domin. l. 3. supr. si vsusfruct. per.* Ergo verum non est, quod hîc Vlpianus scribit, propriè pignus dici, quod transit ad creditorem: semper enim manet proprietas debitoris, & sola possessio pignoris transit ad creditorem *l. cùm & sortis 35. §. 2. infr. hoc*

BIU Cujas

infr. hoc titul. Dec. In vna quaque re duo potissimùm consideranda sunt, proprietas & possessio. Itaque etiam res transire in alium dicitur, cùm possessio sola transit, licèt proprietas non transeat. Et verò cùm res corporales eæ dicantur, quæ tangi, videri, aut alio corporis sensu percipi possunt *l.1. §. quædam sup. de rer. diuis.* & apud Iustinianum *tit. de reb. corpor. & incorp.* apparet possessionem illam solã esse, quæ tangi potest, quia in corpore consistit non proprietatem quę tota iuris est, nec nisi intellectu percipi potest, & à possessione secerni. Ergo cùm Vlpianus hîc scribit, pignus propriè esse, quod transit ad creditorem, sic necessariò accipi debet, vt quantum ad possessionem solam transeat, non quantum ad proprietatem, vt constat non solùm ex *d. l. cùm & sortis* §.1. sed etiam ex eo, quod idem Vlpianus noster hîc subiicit, hypothecam esse propriè non pignus, cùm nec possessio ad creditorem transit. Nulla tamen inter pignus & hypothecam differentia est, quod pertinet ad actionem hypothecariam *l. res hypothecæ 5. §. pen. infr. de pign. §. item Seruianæ Instit. de action. l.1. sup.* vbi diximus, & cætera quæ ad huius §. interpretationem adferri possent explicauimus.

3 ¶ Omnis pecunia exsoluta esse debet, aut eo nomine satisfactum esse, vt nascatur pigneratitia actio. satisfactum autem accipimus [a], quemadmodum voluit creditor, licèt non sit solutum. siue enim aliis pignoribus sibi caueri voluit [b], vt ab hoc recedat, siue fideiussoribus [c], siue reo dato [d], siue pretio aliquo [e], vel nuda conuentione [f], nascitur pigneratitia actio. Et generaliter dicendum erit, quoties recedere voluit creditor à pignore: videri ei satisfactum, si is, vt ipse voluit, sibi cauit: licèt in hoc deceptus sit [g].

Ad §. 3. Omnis pecunia.

Rat. dvb. Sicuti pecunia numerata per se diuisibilis est numero, ita & pecuniæ obligatio & solutio *l.2. in princ. stipulationes non diuiduntur 72. de verb. oblig.* Et quamuis creditor, cui certa summa debetur, non sit cogendus per partes accipere solutionem, quia solutio per partes habet magna incommoda ex parte creditoris *leg. 3. in princ. sup. famil. ercisc.* si tamen creditor accipiat vltro partis solutionem, constat liberationem pro ea parte debitori contingere *l. stipulatus sum 9. §.1. infr. de solut.* sibi enim debet imputare qui vltro accepit, cùm non cogeretur. Atqui sublata personali obligatione, pro qua pignus datum fuerat, pignoratitia actio nascitur, quia cùm pignoris obligatio sit accessoria, vt sæpius diximus, non potest manere pignus obligatum pro quantitate iam soluta, nec tantùm si solutio vera sit & naturalis, sed & si ficta & imaginaria, puta per nouationem *l. nouatione 18. inf. de nouat.* Ergo quemadmodum si tota pecunia debita exsoluta sit, nascitur in totum actio pignoratitia pro toto pignore repetendo, vt scriptum est in hoc §. ita & parte duntaxat soluta, dicendum est pro ea parte nasci pignoratitiam, vt eadem sit ratio partis ad partem, quæ totius ad totum *vulg. l. quæ de tota 76. supr. de rei vendic.* Dec. Pignoris causa indiuidua est, cùm pignus contrahitur *l. rem hereditariam 65. inf. de euict.* ita vt creditori competat hypothecaria in solidum aduersus res obligatas, etiamsi maior pars debitæ pecuniæ soluta sit, si modò aliquid desit ex debito siue sortis siue vsurarum *l. quandiu 6. & pass. C. de distract. pignor. l.1. & 2. C. debit. vendit. pignor. imped. non poss.* Ergo & in dissoluendo pignore eadem iuris ratio facere debet, vt causam pignoris indiuisam esse oporteat, & quemadmodum totam pecuniam exsolutam esse oportet, vt inhibeatur creditori hypothecaria, ita & vt nascatur debitori pigneratitia: & quamuis solutione partis debiti tollatur pro parte personalis obligatio, & consequenter pro summa soluta tollatur vinculum pignoris, attamen pro ea parte, quæ remanet debita, pignus totum & in solidum durat, quia indiuiduum est: sicut & conditio tacita quæ tam hypothecariæ quàm pignoratitiæ actioni inest indiuida est, vt sunt cæteræ omnes conditiones *l. cui fundus 56. infr. de condic. & demonst.*

a *Satisfactum autem accipimus.* Rat. dvb. Non potest liberari pignus, nec proinde nasci pignoratitia, nisi principalis obligatio soluta sit, vt proximè diximus. Atqui non potest contingere liberatio, nisi soluto eo ipso quod debetur, non etiam si aliud pro alio *l. eum à quo 16. & seq. Cod. de solut.* Ergo nec potest videri satisfactum creditori, cui pecunia debebatur, si aliud ei solutum sit, quàm pecunia, maximè verò cùm satisfactio pro solutione sit *l. satisfactio 52. inf. de solut.* Vt proinde non aliud venire debeat in satisfactionem, quàm quod veniret in solutionem. Dec. Etiam solui aliud pro alio potest volenti creditori, *l.2. §. mutui datio sup. de reb. credit.* Quid enim agit prætor, cùm dictat actionem creditori, nisi vt ei satisfiat? Ergo si creditori satisfecerit debitor aliter quàm per solutionem eius ipsius quantitatis quæ debebatur, dummodo satisfactum sit eo modo, quo creditor voluit, dicendum est, perinde nasci pignoratitiam, ac si solutum esset illud ipsum quod debebatur. Id enim est, quod dicimus, satisfactionem pro solutione esse non quidem oblatam, sed factam *d. l. satisfactio, iunct. l.1. §. inde quæritur inf. de oper. noui nunciat.* Satisfacere enim velle, nihil prodest, sed satisfeciſſe prodest, vt subiicitur in *l. seq.* & apertiùs in *l. item liberatur 6. §.1. infr. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.* Is enim qui satisfecit, semper habet quod obiiciat petitori *l. si pupillus 45. in fin. de admin. tutor.* Oblationem siquidem satisfactionis iustè recusare potest creditor, qui aliud pro alio accipere nec vult, nec cogitur, sed facta postquàm fuit sera & inutilis recusatio est, neque potest videri facta iniuria ei qui semel voluit, licèt hodie nolit *l. in diem 9. §.1. de aqua & aquæ pluu. arcend.* neque rursus potest obligatio iure extincta ex nuda creditoris voluntate & pœnitentia reuiuiscere *vulg. leg. qui res 98. §. aream infr. de soution. leg. ob eam causam 9. infr. de præscr. verbor.*

b *Siue aliis pignoribus siue caueri voluit.* Rat. dvb. Non patitur prætor in executione iudicati obligationes fieri ex obligationibus. *l. 4. §. ait*

BIU Cujas

prætor infr. de re iudic. Ergo neque ad inducendam actionem pignoratitiam permittendum fuit pignora ex pignoribus fieri, & pro vno pignore aliud pignus dari, ne ita facilè res abeat in infinitum.

Dec. Alia ratio est satisfactionis, quæ offertur in executione contractus, vt hæc, de qua agimus, alia illius, quæ in executione iudicati, de qua *in d. §. ait prætor.* Quæ prioris generis est, nullum adfert creditori, nec reipublicæ incommodum: solius enim creditoris interest, vt quomodo velit, ei satisfiat. Quę verò posterioris est generis, & creditori & reipublicæ plerunque non modò inutilis, sed etiam damnosa est: creditori quidem, quoniam si pro pecunia sibi ex iudicato debita obligationem acciperet, partam sibi iam ex causa iudicati persecutionem ad initium alterius petitionis redigeret, quod non leue incommodum est, vt etiam hoc solo prætextu minor restitui in integrum possit *l. minor annis 40. in princip. supr. de minor.* reipublicæ verò, quia si obligationes ex obligationibus fierent, necesse esset fieri etiam de lite lites, vt scriptum est in *d. §. ait prætor*, quod à publica vtilitate valde alienum est, quæ lites execratur *l. 4. §. 1. supr. de alien. iudic. mut. caus. fact.* & nefas esse credit litem alteram consurgere ex primæ litis materia *l. 13. Cod. de fructib. & lit. expens.* Ergo aliud pignus pro alio dari nihil prohibet. Quamuis enim hoc casu principalis obligatio duret, quæ alia ad hunc versiculum dubitandi ratio est, ipsum tamen vinculum pignoris sublatum esse sufficit, vt pro illa re, quæ antea pignori obligata fuerat, & hodie liberata est, actionem pignoratitiam inducamus. Qui enim agit pignoratitia, non hoc intendit se liberatum esse, sed liberatam esse rem, quam obligauerat à vinculo pignoris, quo antea tenebatur, siue sublata sit personalis obligatio, siue adhuc duret *d. l. item liberatur in princip. l. 2. C. de luit. pign.*

c *Siue fideiussoribus.* Rat. dvb. In satisdatione quæ nihil nisi fideiussoris dationem significat, *l. 1. supr. qui satisd. cogant.* non vtimur Atilicini sententia, qui putabat, si satisdetur alicui certæ pecuniæ nomine, recedere illum à pignorib. debere *d. l. item liberatur 6. in fin. infr. quib. mod. pign. vel hyp. soluit.* Ergo ex sola datione fideiussoris quantumlibet idonei non potest nasci actio pignoratitia. Dec. Multum refert, an fideiussor pro pignore offeratur inuito creditori, an volenti: si inuito, non ideò pignus liberatur: sed si volenti & expressim consentienti, vt per fideiussoris dationem à pignore recedatur (hoc enim omnino exigitur, nec fideiussorem volenti creditori datum esse sufficeret) aliud est, quia sufficit satisfactum esse creditori eo modo quo voluit, vt scriptum est in hoc §. Liberatur ergo hoc casu pignus, non quia satisdatum sit creditori, sed quia satisfactum ei fuerit. Latiùs enim patet nomen & potestas satisfactionis, quàm satisdationis, vt ex hoc §. apparet. Satisfieri quoquomodo potest dum creditor consentiat, sed satisdari non potest nisi datis fideiussoribus *d. l. 1. qui satisd. cogant.*

d *Siue reo dato.* Expromissorem intelligit, cuius obligatio differt in eo à fideiussoria, quòd semper principalis nunquam accessoria est. Obligat enim se expromissor pro non obligato, siue is obligatus aliquando fuerit, deinde per nouationem liberatus, siue nunquam obligatus fuerit *leg. & eleganter 7. §. seruus supr. de dolo leg. aliquando 13. in princip. infr. ad SC. Velleian. leg. vt res 53. infr. de contr. empt.*

Rat. dvb. etiam expromissore per debitorem dato verum est conuenisse de pignore, nec tamen solutam esse pecuniã. Ergo nec hypothecaria, nec pignoratitia locum habere hoc casu potest, vt argumentatur Caius in *d. l. aliquando §. 1.* Dec. Cùm expromissor datur ab eo qui iam obligatus fuit, expromissio facit nouationem, nouatio autem liberat pignus, nisi conuenerit, vt pignus repetatur *leg. solutum 11. §. 1. inf. hoc tit. l. nouatione 18. de nouat.* Atqui tractamus de expromissore dato ab eo qui iam erat obligatus: alioqui pignoris, quod dedisset, obligatio non teneret. Ergo per expromissionem non minùs quàm per aliam quamlibet nouationis speciẽ pignus liberatur, & consequẽter pignoratitia perinde atq; per solutionem inducitur. Nam quod ad obligationem perimendam attinet, tantum potest nouatio, quantum solutio, nisi quòd solutio naturalis modus est tollendæ obligationis, nouatio autem ciuilis & fictitius *l. pen. infr. de solut. & apud Instit. tit. quib. mod. oblig. tollit. l. 1. & pass. infr. de nouat.*

e *Siue precio aliquo.* Rat. dvb. Cùm pignus reddit creditor accepto à debitore precio, non ideò videri potest accepisse, quod sibi debebatur: aliud enim est debitum pro quo pignus datum est, aliud verò precium pignoris pro debito dati *l. si in pignore 54. infr. de fideiuss. l. soluitur 5. §. si conuenerit infr. quibus mod. pign. vel hyp. soluit.* Ergo non potest ea res inducere pignoratitiam actionem, quia precij loco non solutionis nomine accepta est *d. §. si conuenerit.*

Dec. Contractus pignoris bonæ fidei est. Ex bona autẽ fide non est, vt creditor & pignus retineat, & pignoris precium, sicuti de venditore & emptore scriptum est in *l. ex empto 11. §. qui autem l. bona fides 50. infr. de action. empt.* Ergo si creditor accipiat à debitore precium pignoris, licèt non ideo pecuniam sibi debitam accipere videatur, idcircóq; personalis obligatio, cui pignus accessit, non perimatur, vinculum tamen ipsum pignoris necessariò solutum & sublatũ intelligitur. Hoc verò sufficit ad pignoratitiam inducendam. Ergo & hoc casu pignoratitia nascetur debitori ad pignus repetendum, quia hoc quoque casu verum est, voluisse creditorem à pignore recedere, eíque satisfactum esse quantum ad pignoris causam attinet, eo modo quo creditor voluit. Aliud est in specie *d. §. si conuenerit.*

f *Vel nuda conuentione.* Rat. dvb. Nihil tam naturale est, quàm dissolui vnumquodque eo modo quo colligatum est *vulg. l. nihil tam naturale 35. de regul. iur. l. prout 80. de solut.* Atqui pignus non tantùm nuda voluntate, sed etiam traditione contrahitur *leg. 1. supr.* Ergo nec nuda voluntate dissolui potest, saltem eo casu quo per traditionem contractum sit: & verò constat certos esse ac legitimos quosdam modos, vt contrahendæ, ita & dissoluendæ cuiuslibet obligationis *leg. obligationum ferè 44. §. placet de oblig. & action.* inter quos modos nuda voluntas non est, vt neque ad amittendum dominium, quod non nisi certis quoque modis & acquiritur & amittitur *l. si quis vi 17. §. differentia infr. de acquir. poss.* Nam & liberatio ab obligatione quædam veluti alienatio est, cùm is qui liberat debitorem, eum alienare videatur *§. at ex contrario Instit. quib. alien. licet vel non* sicuti ex alia parte species acquisitionis est ab ipsa obligatione liberari *leg. species 11. de acceptil. l. si pupilli 66. in fin. de solut.* Dec. Pignus non tantùm traditione, sed etiam nuda voluntate debitoris constituitur, nec magis traditio pignoris rem obligatam afficit, quàm nuda conuentio de pignore *d. l. 1. supr.* Ergo quemadmodum si nulla tra-

ditione

ditione interueniente pignoris vinculum sola conuentione contractum esset, æquè nuda voluntate dissolui posset ex regula *dict. leg. nihil tam naturale.* ita & cùm traditio interuênit, perinde dicendum est, eâdem nihilominùs facilitate pignus dissolui posse, cùm ad eius obligationem constituendam nihil adiiciat traditio, sed tantùm prosit ad hoc vt in creditorem possessio transferatur §. *propriè* vbi diximus *supr.* Et quemadmodum nuda voluntas debitoris pignus constituit etiam absente & ignorante creditore, vt cernere est in pignore testamẽtario *leg. non est mirum 26. infr. hoc titul. leg. Lucius 12. de alim. & cibar. legat.* ita & nuda quælibet voluntas debitoris sufficere debet ad pignus dissoluendum *leg. soluitur 5. & seqq. & pass. quibus modis pign. vel hypothec. tollit.* Et hæc vera germanáque huius iuris ratio est, non quam vulgò nostri adferunt, quòd obligatio pignoris accessoria tantùm sit, & modici momenti. Si tamen alicui contractui creditor consenserit, vt ex ea causa pignus remississe videatur, sciendum est, non aliter sublatum intelligi vinculum pignoris quàm si contractus ille effectum habuerit *leg. sicut 8. §. si voluntate & l. voluntate 10 eod. tit.*

g *Licèt in hoc deceptus sit.* RAT. DVB. Dolus malus abesse debet ab omnibus contractibus, præsertim ab iis qui bonæ fidei sunt *leg. bonam fidem 4. Cod. de oblig. & action.* ita vt sola æquitate iudiciorum bonæ fidei dolus, si ex alterutra parte admissus sit, vindicetur *leg. sed si ideo 21. solut. matrim. leg. huiusmodi 84. §. qui seruum de legat. 1.* Atqui contractus pignoris bonæ fidei est, vt proximè diximus. Ergo & dolus ab eo abesse debet *leg. 3. supr.* nec ferendum est, vt pignus remissum intelligatur à creditore, qui deceptus fuit.

DEC. Vnicuique sua nimia facilitas & credulitas imputanda est *leg. 1. §. dolum supr. de eo per quem fact. erit.* nec enim hîc, tam ab alio, quàm à seipso decipitur, cautiúsque negotiari debuit, vt in *leg. 2. Cod. de furt. & seru. corrupt.* Neque verò existimandum est, deceptionis nomine dolum semper significari, vt constat ex *leg. in causa 16. §. idem Pomponius supr. de minor. leg. item si precio 22. §. vltim. infr. locat.* Atquin is qui pro pignore aut aliud pignus accipit minoris precij, aut fideiussorem minùs idoneum, aut etiam nuda voluntate discessit à pignore, cùm falsò crederet, nullum sibi ex eo damni periculum imminere, cùm se locupletiorem debitorem habere putaret, non eo minùs censendus est creditor à pignore in perpetuum discessisse, vt pignoratitia actio inde nascatur. Non enim debuit creditor tam facilis esse ad satisfactionem pro solutione admittendam. Dolus itaque hoc casu est, non tam in persona, quem vulgò dolum ex proposito appellant, quàm in re ipsa vt in *dict. §. idem Pomponius & dict. §. vltim. leg. si quis cùm aliter 36. de verbor. obligat.* ideóque & in contractum bonæ fidei cadere potest, nec magis actione de dolo, quàm æquitate ipsius iudicij bonæ fidei vindicari debet. Denique pignoris remissio, neque alienatio, neque donatio est *l. 1. §. 1. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit. leg. etsi pignus 28. infr. quæ in fraud. credit.* Vnde est, quod etiam constante matrimonio mulier iura hypothecarum dotalium remittere potest *d. l. etsi pignus l. etiam constante 11. leg. iubemus 21. C. ad SC. Velleian.* Ex his apparet, quod Accursius & Bartolus hîc benè notant, pignoratitiam actionem nasci quidem ex contractu pignoris mediatè, sed tamen immediatè non tam nasci ex contractu, quàm ex solutione & satisfactione: solutionem enim & satisfactionem præcedere necesse est, vt pignoratitia nasci possit, etsi Bart. non insubtiliter distinguit, an quæramus vnde nascatur hęc actio, an verò quando nascatur, vt nascatur quidẽ ex contractu dudum anteà inito & celebrato, tanquam ex materia antiqua, vt ipse loquitur, sed tamen non nisi à tempore solutionis, aut potiùs satisfactionis. Adfert exẽpla similia Accursius in mutuo recõciliato per consumptionem. Nascitur enim condictio illa certi ex cõtractu mutui, sed ex die consumptionis tantùm *l. nam & si fur 13. & l. præced. supr. de reb. credit. l. si quis pro eo 56. §. si nũmos infr. de fideiuss.* item in actione tutelæ quæ nascitur ex susceptione tutelæ, nec tamen nisi à die malæ administrationis *l. si tutor 13. & seq. infr. de tutel. & Ration. distr.* item in actione de dote, quæ non nascitur, nisi soluto matrimonio aut superueniente mariti inopia, non tamen ex diremptione matrimonij *l. 1. C. de repud. l. sed si alia 5. infr. de bon. damnat. l. si constante 24. infr. solut. matr. l. vbi adhuc 29. Cod. de iur. dot.* Nec verum est, quod quidã crediderunt, quos Accursius refert, in supradictis casibus nasci quidem statim actionem, sed non statim exerceri posse *arg. l. serui & filij 17. infr. de furt.* Non enim potest nasci actio, priusquã casus euenerit, qui actioni causam præbet. Hinc verò quærit Accursius: an ergo actioni pignoratitiæ præscribi possit, antè quàm nata sit? Et rectè respondet non posse ex *l. 1. in fin. C. de annal. except.* Priùs enim est ordine naturæ, temporis, & intellectus, vt nata sit actio, quàm vt extingui possit *l. 4. de iustit. & iur. l. si partem 19. in princip. supr. quem seruit. amitt.* Priuatio siquidem præsupponit habitum *l. decem 116. de verb. oblig.* Sed tamen addit Accursius, & Bart. probat, iuri offerendi & soluendi præscribi posse *arg. l. plures apochis 19. C. de fid. instrum. l. cùm notissimi 8. §. eodem iure C. de præscr. 30. vel 40. annor. l. si finita 15. §. posteaquàm autem inf. de damn. infect.* Pro qua sententia facit, quod habet iuris regula, eũ qui potest facere, vt possit, iam videri posse *l. qui potest facere 174. de regul. iur.* Qua tamen ratione posset quis etiã tentare, pignoratitię quoq; actioni præscribi posse, cùm sit in potestate debitoris facere, vt possit agere pignoratitia, soluendo scilicet debitum, aut aliter satisfaciendo, atq; ita implendo condicionem, ex cuius implemento pignoratitia nascitur. Verùm sicuti priorem Accursij propositionem veram esse arbitror, quia non sufficit nasci posse actionem ad hoc, vt præscribi possit, sed natam eam esse omnimodo necesse est, non minùs quàm vt possit exerceri *§. vlt. huius legis.* ita posteriorẽ non probo, quia ius offerendi & soluendi ex quo nascitur pignoratitia, non tã iuris est, quàm meræ volũtatis & facultatis, perinde atque vt alij cuilibet condicioni sibi adscriptæ quis pareat. Quæ autem meræ voluntatis & facultatis sunt, præscribi nunquam possunt *vulg. l. viam publicam 2. infr. de via public.* Iura enim illa sunt quæ spatio triginta, vel ad summum quadraginta annorum perimi posteriores Imperatores voluerũt in *l. 3. & 4. C. de præscrip. 30. vel 40. annor.* In eóq; ius hoc offerendi quod debitori cõpetit aduersus creditorem ad inducendam pignoraticiam actionem, differt maximè ab eo de quo in *d. l. cùm notissimi 8. §. eodem iure Cod. de præscript. 30. vel 40. annor.* id est, quod creditori posteriori competit aduersus anteriorem ad confirmandum ius sui pignoris. Consistit enim illud in iure non in facultate, & idcirco præscribi iure potest. Concludamus igitur neque pignoratitiam actionem priusquàm nata sit, neque

BIU Cujas

ius offerendi ad eam inducendam, competens vllo temporis spatio præscribi posse. Alioquin fieret, vt creditor alienam rem sibi datam pignori sciens vsucaperet ac sibi acquireret, si non directò, saltem per indirectum, quod esset contra iuris rationem: Titulus enim pro suo, vt in omnibus vsucapionibus concurrat necesse est, nunquam autem titulus pro alieno *l. pignori 14. infr. de vsucap. l. 1. pro suo.*

4 ¶ Is quoque, qui rem alienam pignori dedit, soluta pecunia potest pigneratitia experiri.

Ad §. 4. Is quoque.

RAT. DVB. Is qui alienam rem pro suo debito pignori dat, nullum pignus contrahit, nisi de ex voluntate domini, aut expressim consentientis, aut subdolè dissimulantis *leg. aliena 20. infr. & tot. tit. C. si alien. res pignor. dat. sit.* Ergo fieri non potest, vt soluto debito pignoratitiam habeat, cùm pignoratitia non possit esse sine pignore. DEC. Conuentio de pignore, quamuis rei alienę, sufficit ad inducendam pignoratitiam actionem, tam directam ex parte debitoris aduersus creditorem soluto debito, vt in hoc §. quàm contrariam ex parte creditoris aduersus debitorem, vt in principio huius legis diximus. Aliud enim est rem ipsam affici & obligari, quod per conuentionem pignoris rei alienæ fieri non potest, aliud verò personas ipsas obligari, quæ de pignore conuenerunt, quòd æquè fit data pignori aliena atq; propria: quomodo etiam in venditione alienæ rei contingit *l. rem alienam 28. infr. de contr. empt.* vt scripsimus ad initium huius legis. Aliud iuris est in hypothecaria, quæ non potest nasci ex sola conuentione pignoris, nisi res ipsa obligetur, & afficiatur, quoniam actio illa in rem est, non vt pignoratitia in personam. An autem data pignori re aliena, eáque vendita, debitor liberetur, alia quæstio est, de qua in *l. rescriptum 12. §. 1. infr. de distract. pignor.* vbi si Deus volet, dicemus.

5 ¶ Qui ante solutionem egit pigneratitia, licèt non rectè agit: tamen, si offerat in iudicio pecuniam, debet rem pigneratam, & quod sua interest, consequi.

Ad §. vlt. Qui ante.

RAT. DVB. Non potest sequi condemnatio ex actione malè instituta, non magis quàm ex actione nulla. Quid enim refert an viciosè quid fiat, an nullomodo? *l. quoties 6 supr. qui satisd. cogant. l. 2. infr. de auth. tutor.* sicuti nec sine actione agere quisquam potest *leg. si pupilli 6. §. vlt. de negot. gest.* Atqui malè instituit actionē is, qui agit pignoratitia antequàm debitum soluerit, aut aliter eo nomine satisfecerit, cùm pignoratitia non nisi ex solutione aut satisfactione nascatur §. *omnis pecunia supr.* Imò verò non tam malè agit, quàm sine actione, cùm eam actionē instituat, quæ nondum nata est, neq; competit vt & in *leg. vnic. in fin. sup. quand. dies vsufr. legat. ced.* Fieri ergo non potest, vt ex eiusmodi actione nullomodo competente, támque malè instituta, sequi possit condemnatio. Nam & hodie post sublatas actionum impetrationes & formulas à Theodosio, actionem tamen quæ instituitur, necesse est cōpetere *l. 1. & 2. Cod. de formul. & impetr. act. sublat.* nec quod ex postfacto, & pendēte iam lite iusaliquod actori superueniat, facere debet, vt possit vincere, quia sicuti contractus ita & actionis cuiusque initium spectandum est *l. si procuratorem 8. in princip. infrà mandat. l. non tantùm 12. de SC. Maced.* Non enim potest videri in iudicium venisse id, quod post iudicium acceptum accidit. Ideóq; alia interpellatione opus est *l. non potest videri 22. supr. de iudic.* nempe cùm actio personalis est. Nam in actionib. in rem aliud iuris esse constat, siue specialis in rem actio sit, siue generalis, adeóq; si in rem actio scripta sit *l. quæsitum 30. infr. de pecul.* Quamquam & hoc casu ex parte actoris requirimus, vt dominium ei acquisitum pendēte lite, sit acquisitum ex causa de præterito, vt puta si extiterit condicio legati, quomodo Bartolus bene disputat contra Azonem.

DEC. Multum interest, an ius superueniat pendente lite ex causa de præterito, quæ iam deducta sit in iudicium, an ex causa de futuro. Priore casu potest sequi condemnatio ex actione præmaturiùs instituta *leg. si mandauero tibi 17. infr. mandat. l. si Titius 9. infr. de verb. oblig.* Posteriore verò non potest *l. l. non potest.* vbi vide quæ scripsimus *supr. de iudic. l. si ponas 23. §. vlt. l. si non mortis 25. in fin. supr. de inoffic. testam.* Atqui cùm debitor dat pignus creditori, ius sibi statim acquirit, vt quandocunque soluto debito pignoratitia actio nasci possit cōtra creditorem. Ergo si egerit debitor pignoratitia ante solutionē, licèt malè egerit, ac præmaturè ante natam actionem, si tamen postea pecuniam offerat in iudicio, perinde haberi debet, acsi benè ritéque egisset, vt & rem pignoratam, & quod sua interest ex natura actionum bonæ fidei consequatur, quia ius illud causam habet de præterito, non de futuro. Sufficit enim per creditorem stetisse, quominus pecunia ei soluatur, vt nascatur pignoratitia *l. aliena res 20. §. si per creditorem infr.* Ita vt non sit necessaria obsignatio, nec magis si extra iudicium, quàm si in iudicio fiat obligatio: quicquid dicat Bartolus. Tunc enim obsignatio necessaria est, cùm fit oblatio ad inducendam liberationem tollendámq; obligationem, non etiam cùm ad moram solùm impediendam *l. si per te non stat 9. l. acceptam 19. C. de vsur.* Quod tamen hîc Vlpianus scribit de oblata in iudicio pecunia, noli cum pragmaticis nostris intelligere de nuda oblatione verbali, cuius in iure nostro effectus nullus esse vnquam potest, sed de vera & reali quā recusare creditor probè non possit, & quæ etiam citra obsignationē vim habeat solutionis: quomodo & cùm prudentes nostri de eo loquuntur, qui paratus sit soluere, aut satisfacere, aut fideiussorē dare, de eo semper intelligunt, qui in manu habeat pecuniam, aut præsentem fideiussorē, aut quid aliud quod pro satisfactione esse possit vt in *l. si reus 73. sup. de procurat. l. si debitori 21. supr. de iudic. l. item liberatur 6 §. qui paratus infr. quib. mod. pign. vel hypoth. solvit.* Noli rursum intelligere de oblatione, quæ facta sit ante litem contestatam, quomodo intelligit Bartolus ad *leg. item illa 18. in princip. supr. de pecun. constit.* Ponit enim Vlpianus factam esse oblationem in iudi-

BIU Cujas

in iudicio pignoratitiæ actionis, ac proinde post litem contestatam, nec enim dabat prætor iudicem, nisi lite apud se contestata *leg. 1. Cod. de pedan. iudic.* Quod à Bartolo cæterisque vulgatibus interpretibus ignoratum esse mirum non est, quibus iudiciorum vetus mos & ritus fuit omnino incognitus. Idem Bartolus notat condemnandum esse hoc casu debitorem ad expensas litis ob malè institutam actionem, exinde verò condemnandum esse creditorem tanquam ab eo tempore malè ac temerè litigantem, cùm in pœnam temerè litigantium condemnatio expensarum infligatur *l. eum quem temerè 79. supr. de iudic. l. qui solidum 78. in princip. & §. 1. de legat. 2. l. si quis inficiatus 13. depositi.* Moribus tamen nostris expensarum compensatio potiùs fieret ob mutuam victoriam.

10. CAIVS libro 9. ad Edictum Prouinciale.

QVòd si non soluere, sed alia ratione satisfacere paratus est, fortè si expromissorem dare vult: nihil ei prodest.

Ad l. Quòd si non soluere 10.

RAT. DVB. & DECID. eadem est ad hanc legem, quæ ad §. *omnis pecunia versic. satisfactum autem accipimus l. prox. supr.* Nam cùm satisfactio pro solutione sit *l. satisfactio 52. infr. de solut.* videbatur non minùs per satisfactionem quàm per solutionem nasci pignoratitia. Sed aliud iuris est, quia cùm aliud pro alio solui inuito creditori non possit *l. 2. §. mutui datio supr. de reb. credit.* satisfacere velle nihil prodest, quamuis satisfeciſſe prosit *leg. item liberatur. 6. §. 1. infr. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit. l. statuliber. rationem 5. in fin. infr. de statulib. l. promissor 21. in fin. supr. de pecun. constit.* Omnis enim solutio satisfactio est, sed non satisfactio quælibet solutio: quamuis vtroque nomine actum perfectum significemus, non solam & nudam oblationem, & soluendi aut satisfaciendi voluntatem. Denique is qui quoquomodo satisfecit liberatur, quia semper habet quod obiiciat petitori *leg. si pupillus 45. in fin. de adminiſt. tutor.*

11. VLPIANVS libro 28. ad Edictum.

SOlutum non videtur, si lis contestata cum debitore sit de ipso debito: vel si fideiussor, conuentus fuerit. Nouata autem debiti obligatio pignus perimit: nisi conuenit, vt pignus repetatur.

Ad l. Solutum 11.

RAT. DVB. Nouata debiti obligatione pignus perimitur *leg. nouatione facta 18. infr. de nouat.* nisi conuenerit expressim vt repetatur, vt Vlpian. hîc subiicit. Nam cùm pignoris obligatio accessoria sit, certum est, non posse illam subsistere sine principali, ex regula *leg. cùm principalis 178. de regul. iur.* Porrò principalem obligationem, cui pignus accesserat, per nouationem extingui nemo dubitat. Quid enim aliud est nouatio, quàm prioris obligationis peremptio, & in sequentem transfusio? *leg. 1. infr. de nouat.* Atqui per litis contestationem fit nouatio, adeóque delegatio *leg. delegare 11. §. 1. eod.* Ergo si lis contestata sit cum debitore de ipso debito, dicendum est, nouatione peremptam esse obligationem, & consequenter natam esse pignoratitiam actionem, non minùs quàm solutione: cùm nouatio solutionis potestatè & effectum obtineat perinde ac satisfactio, quæ similiter pignoratitiam inducit *l. prox. supr. §. præterea Instit. quib. mod. tollit. oblig.*

DEC. Alia ratio est nouationis voluntariæ, alia necessariæ, cuiusmodi illa est, quæ fit per contestationem *l. aliam 29. infr. de nouat.* Nouatio voluntaria extinguit obligationem omnem, & principalem & accessoriam, vt fideiussorum, & pignorum, sistitque cursum vsurarum *d. l. nouatione leg. emptor 27. eod. tit. l. vnic. Cod. etiam ob chirogr. pecun. pign. retin. poss.* debet enim sibi imputare qui vltrò nouauit obligationem, cùm non cogeretur. At nouatio necessaria non similiter, quia ex eo quod iuris aut facti necessitate fit, nulla coniectura voluntatis aut remissionis sumi potest *l. seruum quoque 33. §. vlt. sup. de procurat.* neque verò contestando facit quis condicionem suam deteriorem *leg. non solet 86. & seq. de regul. iur.* Inde est, quod dicimus lite contestata vsuras currere *l. lite contestata 35. infr. de vsur.* id est, non desinere deberi, si anteà debebantur, neque earum cursum fisti, vt explicauimus in *error. 2. decad. 1. de error. pragmat.* Eadem ratio facit vt etiamsi creditor iudicatum, id est, cõdemnatum fecerit debitorem, nihilominus hypotheca maneat obligata *leg. vnic. Cod. etiam ob chirogr. pecun. pign. retin. poss. l. grege 13. §. etiamsi infr. de pignor.* quamuis æquè fiat nouatio per condemnationem *l. si fundus 16. §. si pluris eod. l. vlt. C. de vsur. rei iudic.* quia nouatio illa æquè necessaria non voluntaria est.

1 ¶ Si quasi daturus tibi pecuniam, pignus accepero, nec dedero: pignoratitia actione tenebor, & nulla solutione facta. Idémque & si acceptò lata sit pecunia [a], vel condicio defecerit, ob quam pignus contractum est [b], vel si pactum, cui standum est [c], de pecunia non petenda factum est.

Ad §. 1. Si quasi daturus.

RAT. DVB. Actioni pignoratitiæ locus fit, cùm obligatio pignoris sublata & finita est *leg. si rem 9. §. omnis pecunia supr.* Atqui non potest finiri pignoris obligatio, quæ nec initium accepit *leg. Titio vsusfructus 96. de condic. & demonstr.* Porrò cùm quis quasi daturus pecuniam, pignus accepit, nec postea pecuniam dedit, nulla dici potest contracta pignoris obligatio, quippe quæ sine principali

BIU Cujas

subsistere nequit, cùm sit accessoria. Principalis autem nulla est, cùm nulla fuit secuta numeratio, ex qua nimirum principalis obligatio nasci potuit, & debuit, nulla interueniente stipulatione *leg. cùm enim 7. infr. de nouat.* Ergo non potest videri hoc casu finita pignoris obligatio, quæ nec initium vllum habuit, & consequenter non potest locum habere pignoratitia.

DEC. Pignoratitiam actionem inducit sola conuentio, & datio pignoris, quoties illud prætereà concurrit, vt retinendi pignoris causa nulla subsit, vt diximus ad *leg. si rem 9. in princip. & ad §. is quoque supr.* Atqui ponimus & conueniisse de pignore, & traditam fuisse rem pignori, quasi pro futuro debito, quod tamen posteà secutum non sit. Ergo si pecunia nulla data sit, nec proinde contracta aliqua obligatio principalis, perinde nascitur pignoratitia, atque si pecunia ei numerata fuisset, qui pignus dedit, posteà verò ab eo soluta. Quid enim refert, an pignus obligatum nunquam fuerit, an hodie non sit, id est, an personalis obligatio finita sit, an verò imperfecta, nec initium vnquam habuerit? *l. nihil refert 4. supr. de condict. sine caus.* Nec nouum est, vt nulla facta solutione pignoratitia nascatur, tum quoque cùm pecunia numerata fuit, nec reddita, vt in specie *l. eleganter 24. §. vlt. infr.* Sic vbi finitum est pignus, inquit Accursius, datur pignoratitia *l. pen. §. 1. de except. rei iudic.* Sic interdum vbi finitum est mandatum, datur mandati actio *leg. inter causas 26. in princip. l. si præcedente 58. in princip. inf. mandat.* Sic denique etiam post finitam emptionem durat aliquando ex empto actio *l. ex empto 11. §. is qui vina de action. empt.*

a *Idémque & si accepto lata sit pecunia.* RAT. DVB. Nihil tam naturale est, quàm vnumquodque dissolui eo modo, quo colligatum est *vulg. leg. nihil tam naturale 35. de regul. iur. l. prout 80. infr. de solut.* Atqui pignoris obligatio aut re contrahitur, aut nuda conuentione *l. 1. supr.* Acceptilatio autem non fit nisi verbis, cùm fiat per stipulationem *leg. 1. & pass. infr. de acceptilat.* Ergo per acceptilationem pignoris obligatio dissolui non potest, per acceptilationem, inquam, pecuniæ debitæ. Nam cùm per stipulationem tantùm fiat acceptilatio, vt diximus, certum est in stipulationem non venire, nisi quantum, & quatenus verbis stipulationis comprehensum est *l. quicquid adstringendæ 99. de verb. oblig.* Aliud autem est pecunia debita, aliud verò pignus pro pecunia datum. Proinde cùm ponamus pecuniam duntaxat accepto latam esse, nihil causæ est, cur pignoris obligatio, quæ longè diuersa est, finita esse videatur. Quod tamen ad pignoratitiam inducendam necesse est. DEC. Acceptilatio vim solutionis habet, quoniam imaginaria solutio est §. 1. *Instit. quib. mod. tollit. oblig.* Atqui solutio pecuniæ debitæ parit pignoratitiam actionem *l. si rem 9. §. omnis pecunia supr.* Ergo & acceptilatio pecuniæ debitæ eundem effectum habere debet: præsertim cùm per acceptilationem fiat semper nouatio, priore scilicet stipulatione interposita animo nouandi, vt obligatio prima, quæ aliter fortasse quàm verbis contracta fuerat, verbis dissolui possit *l. & vno 18. & l. seq. §. 1. infr. de acceptilat.* Atqui iam diximus nouatione facta legitimè & hypothecas liberari & pignora ex *l. nouatione 18. de nouat.* Consequens igitur omnino est, vt accepto lata pecunia quæ debebatur, pignus finiatur, ac proinde vt nascatur pignoratitia.

b *Vel condicio defecit ob quam pignus contractum est.* RAT. DVB. Pecunia sub condicione promissa, si posteà condicio deficiat, perinde habenda est, ac si promissio nulla præcessisset *l. pecuniam 36. supr. de reb. credit.* Atqui si nulla pecuniæ facta fuisset promissio, neque pignus dari potuisset, neque nasci proinde pignoratitia vnquam posset. Ergo neque cùm datum pignus est pro pecunia promissa sub condicione, quæ posteà defecerit. DEC. Etiam pro futura obligatione pignus dari potest *l. 5. infr. de pignor. sicut & fideiussor l. 6. §. 1. infr. de fideiuss.* Atqui ex condicionali promissione ac stipulatione sperari potest futura obligatio in casum scilicet euenientis condicionis *l. cedere diem 213. de verb. signific.* Adeò vt etiam pendente condicione, condicionalis creditor dicatur creditor, transmittátq; spem stipulationis & euenturæ condicionis in heredem, ad differentiam eius cui ex testamento aliquid sub condicione debetur *l. is cui 42. de oblig. & action. §. ex condicionali Instit. de verb. oblig.* Ergo etiam pro debito cõdicionali pignus dari potest, ac proinde ab eo tempore incipit nasci ius competituræ quandocunque pignoratitiæ, quoties in eum statum res deducetur, vt omnis spes futuræ obligationis extinguatur: nihil enim est, quod soluere debeat is, qui pignus dedit, cùm nihil debet: deficiente autem condicione, neque debet, neque debere quicquam potest is, qui pignus anteà dederat, quasi aliquo casu sub condicione debiturus. Perinde igitur nascidebet ex condicionis defectu pignoratitia, atque si pecunia fuisset aliquando purè debita, ac deinde soluta, vt defectus condicionis pro solutione sit, quandoquidem faciendæ vnquam solutionis & necessitatem & metum extinguit.

c *Vel si pactum cui standum est.* RAT. DVB. Pactum nudum de non petendo nõ tollit actionem, neq; obligationem ipso iure, sed tantùm per exceptionem *l. si tibi 17. §. de pignore l. si vnus 27. §. pactus ne peteret supr. de pact.* Atqui non potest nasci pignoratitia actio, nisi sublata & extincta personali obligatione cui pignus accesserat *l. si rem 9. §. omnis pecunia supr. hoc titul.* & apparet ex supradictis exemplis. Ergo etiamsi pactum de nõ petenda pecunia factum sit, cui stari oporteat, non tamen statim consequés videtur; vt pignoratitia actio locum habeat. DEC. Nihil interest quod ad rei effectum pertinet, an actio aliqua sublata sit ipso iure, an tolli possit ope exceptionis *l. nihil interest 112. de regul. iur.* adeò vt neq; creditor dici debeat is qui actionem aliquam habet, si ea possit exceptione perpetua summoueri *l. creditores 10. l. creditor 55. iunct. l. debitor 106. de verb. signific.* Ergo & qui perpetuam exceptionem habet, qualis illa est, quæ competit ex pacto de nõ petendo, quoties in rem est, & sine temporis vlla præfinitione, non in personam aut temporale *l. soluitur §. infr. qui potior. in pignor. hab.* perinde pignoratitiam habere debet, ac si iure ipso liberatus esset. Effectũ enim rei Prætor inspicit, tanquam æquitatis custos & magister, non meram iuris subtilitatem, maximè verò in actione pignoratitia, quæ tota prætoria, & ex æquitate est *l. debitor 59. infr. ad SC. Trebell.*

1 ¶ Si in sortem duntaxat, vel in vsuras obstrictum est pignus: eo soluto, propter quod obligatum est, locum habet pigneratitia. Siue autem vsuræ in sti-

pulatum

pulatum deductæ sunt, siue non: si tamen pignus & in eas obligatum fuit[a]: quandiu quid ex his debetur, pigneratitia cessabit. Alia causa est earum, quas quis supra licitum modum[b] promisit. na mhæ penitus illicitæ sunt.

Ad §. 2. Si in sortem.

RAT. DVB. Etiam ob chirographariam pecuniam pignus pro alio debito datum retineri potest, & quidem per doli mali exceptionem, vt scriptum est in *l. vnic. C. etiam ob chirog. pecun. pign. retin. poss.* quia dolo malo facit debitor, nec audiendus est, qui solam pecuniam illam offert, cuius nomine pignus dederat, nisi pro illa etiam satisfaciat, quam simpliciter, id est, sine pignore mutuam accepit, vt in eadem lege scriptum est. Ergo etiamsi in sortem duntaxat, non etiam in vsuras pignus datum sit, dicendum tamen est, etiam pro vsuris chirographariis retineri illud posse: & consequenter etiam soluta sorte propter quam datum fuerat pignus, pignoratitiam tamen locum non habere. Propter quam causam, & ne hic locus cum supradicta Gordiani constitutione pugnaret, existimauit aliquando vir doctissimus Iac. Cuiacius, hunc §. corruptum esse in illis verbis *vel in vsuras*: & pro *vel* legendum esse *nec*: sic enim docuit *lib. 5. obseru. cap. 28. & lib. 15. c. 22.* quamuis ab ea sententia & emendatione tandem recesserit *lib. 19. obseru. cap. 27.*

DECID. Pignus quamuis sine traditione contrahi possit, non tamen sine consensu & voluntate debitoris *l. 1. sup.* Ergo nec in aliam causam teneri potest, quàm pro qua conuênit vt pignori res esset. Et consequenter si in sortem duntaxat pignus datum proponatur, nulla ratio est, vt soluta sorte, pro vsuris licèt eiusdem sortis, retineri adhuc possit, siue præcedentis siue subsequentis temporis vsuræ sint, quæ debentur. Ac similiter si pro vsuris duntaxat sortis, quamuis adhuc debitę pignus datum fuerit, solutis vsuris retineri pignus pro sorte non poterit, quod ad exclusionem sortis pro vsuris duntaxat datum fuit, ac proinde soluto eo pro quo pignus obligatũ fuit, necesse est nasci pignoratitiam actionem, vt scriptum est in hoc §. *iunct. l. per retentionem 4. l. si vsuras 21. & seq. C. de vsur.* Nec ad hunc casum pertinere constitutionem Gordiani credendum est in *d. l. vnic.* quæ vult etiam ob chirographariam pecuniam pignus retineri posse, sed ad illum duntaxat quo pignus datum sit simpliciter, non in certam aliquam causam nominatim, siue sortis siue vsurarum, cum dictione taxatiua. Tunc enim verissimum est, quod ex hoc §. plerique notant, pignoris constitutionem pro certo duntaxat debito factam, suos fines nunquam excedere. Sed si pignus simpliciter, ac sine taxatione vlla datum sit, tum verò maior dubitatio est, an in vsuras quoque cedat. Probabiliùs tamen arbitror si iam tum vsurarium fuit debitum, cùm pignus daretur, etiam in vsuras pignus cedere, tã quæ iam erant debitæ, quàm quæ deberi postea cœperunt, nec minùs si vel officio iudicis mercenario vel naturaliter tantùm quàm si etiã ciuiliter debebantur, licèt nostri putent requiri hoc casu specialẽ pro vsuris obligationem. Sicq; intelligo, quod scriptum est in *l. si necessarias 8. §. vlt. supr. hoc tit. & in l. creditor 22. §. alias l. si prior. §. sciendum & l. Lucius 18. infr. qui potiores in pignor. hab.* Credibile namque est, in omnem causam datum pignus fuisse, quod simpliciter datũ est *l. 2. C. debit. vendit. pignor. imped. non poss.* in eóque diuersam esse causam pignoris & fideiussoris. Fideiussor enim acceptus simpliciter non in omnem causam acceptus intelligitur, nisi nominatim ita cõuenerit *l. quæro 54. inf. locat. l. fideiussores magistratuum 68. §. 1. infr. de fideiuss. iunct. l. vlt. eod.* Nempe quia fideiussoris obligatio augetur, si in omnem causam, id est, etiam vsuratum acceptus esse dicatur, cùm tamen non nisi sortis mentio facta sit in fideiusione. Absurdum enim esset fideiussorem, qui ex stipulatione tantùm obligari potest, in plus obligari quàm verbis ipsis stipulationis obligari se velle significauerit *l. 5. §. satis acceptio & l. quicquid 99. de verb. oblig. l. blanditus 12. C. de fideiuss. & d. l. fideiussores. §. 1. & d. l. vlt. de fideiuss.* cùm fideiusio sit stricti iuris. At nihil additur obligationi eius qui pignus dat, etiamsi dicamus videri eum in causam quoq; vsurarum dedisse, quoniam qui pro maiori quãtitate pecuniæ pignus dat, non ideò magis aut in plus se obligat, sed efficaciorem duntaxat exigendæ pecunię facultatem præbet creditori, & contractus hic bonæ fidei est, qui proinde ampliorem ex bona fide recipit interpretationem. At si cùm pro debito nõdum vsurario pignus datum esset, conuenerit postea, & ex interuallo de vsuris præstandis, nec adiectum sit quicquam de pignore, nulla ratio est, vt pro iis quoque vsuris pignus datum intelligatur, quæ scilicèt tempore dati pignoris in eo erant, vt neque deberentur, neque deberi sperarentur *dict. l. 4. C. de vsur.* Hoc enim adiiciendum est, ne quis fortè putet nos existimare, pignus etiam pro vsurario debito datum, ad vsuras tamen, quę post dationem pignoris accesserũt, porrigi non debere: quod certè falsum est, quia sufficit causam & originem obligationis earum præcessisse *d. §. sciendum & d. l. Lucius.* Nec distinguendum est, an pacto nudo promissæ sint vsuræ, an per stipulationem, id est, an naturaliter tantùm fuerint debitę, an etiam ciuiliter. Huic enim distinctioni tum demũ locus est, cùm de petendis vsuris agitur, non cùm de retinendis *d. l. 4. C. de vsur.* Tantundem enim prodest naturalis obligatio ad retentionem, quantum ciuilis *l. 3. §. vlt. supr. quod quisq; iur. l. naturales 10. de oblig. & action. l. fideiussor 16. §. naturales. infr. de fideiuss.* Neque sententiæ nostræ obstat supradicta Gordiani constitutio, quæ pignus retineri posse ait etiam ob chirographariam pecuniam. Intelligi enim debet de sorte chirographaria, non de sortis pignoratitię, nec tamen ab initio, vsuratiæ vsuris chirographariis posteriore conuentione promissis, denique de duabus sortibus vna pignoratitia, alia chirographaria, nõ de sorte pignoratitia, & vsuris chirographariis, vt Cuiacius loquitur *d. cap. 27. lib. 19. obseruat.* quod & verba ipsa constitutionis demonstrant. Quamquam non probo, quod idem Cuiacius addit, nouam esse constitutionem illam, ideóq; non facilè vltra fines suos extendendam. Illa siquidem verba *iure enim contendi* ostendunt satis nihil noui iuris ea constitutione induci, sed vetus tantùm conseruari. Etsi autem verum est quod diximus, pignus pro sorte datum simpliciter, ac sine taxatione etiam pro vsuris datum intelligi, non tamen statim fit consequens, vt etiam pro vsuris pignus vendi possit, nisi vendatur ex pacto, vt in *d. l. si necessarias. §. vlt.* Aliud enim est retineri

BIU Cûjas

posse pignus, aliud vendi, vt ad *d. §. vlt.* docuimus. Alioqui dicendum esset, etiam pro vsuris naturaliter tantùm debitis pignus vendi posse, perinde atq; retineri *d.l.4.C.de vsur.* quod tamen verum non esse ex eo apparet, quod vsurę naturaliter tãtùm debitæ peti nullomodo possũt, nec proinde exigi quomodo possunt illæ quæ ciuiliter & ex stipulatione debentur *d.l.4. & l.3 eod.* Exigerentur autem si pro iis quoque vendi pignus posset, sicut exigi pecunias diximus, quæ in iudicati executione ex pignorũ venditione percipiuntur *l.à Diuo Pio 15.§.si pignora & seqq. infr.de re iudic.* At cùm ex pacto pignus venditur, id certè actum intelligi debet, vt non minùs pro vsuris quoquomodo debitis vendi possit, quàm pro cæteris omnibus quæ in pignus impensa sunt *d.l.si necessarias.§.vlt.* ne alioqui creditor paciscendo, vt pignus vendere sibi liceat, retentionis ius hoc ipso sibi ademisse videatur, si non magis ex precio venditi pignoris vsuras naturaliter tantùm sibi debitas retinere possit, quàm ex ipso pignore quod vendidit, & ex venditionis causa tradidit. Planè quod ad vsuras etiam ciuiliter debitas pertinet, dubitari minùs potest, quin pro iis & retineri pignus, & vendi possit, etiamsi pactio nulla de pignore vendendo intercesserit, quia cùm possint peti, etiam per actionem ex stipulatione, multò magis per venditionem pignoris exigi possunt. Estque hęc differentia inter vsuras ex stipulatione debitas, & eas quæ ex pacto nudo, vt quæ sequuntur in hoc §. apertè demonstrant. Id enim duntaxat monet Vlpianus in hoc §. nullam esse differentiam, vtrum vsuræ ex stipulatione, an ex pacto nudo debeantur, quantum ad hoc, vt vtroq; casu si in eas tantùm, & cum hac taxatione pignus datũ sit solutis vsuris, possit pignus repeti per actionem pignoratitiam, quamuis nondum soluta sorte. Vt intelligamus extra hunc casum & in aliis quibusdam differentiam esse, vt melioris condicionis sint, quæ ciuiliter quàm quæ naturaliter duntaxat debentur, non vt pro naturaliter tantùm debitis requiratur specialior obligatio pignoris, vt nostri existimant: sed vt pro iis vendi pignus non possit, pro vsuris autem ciuiliter debitis possit. Nec Accursius, nec Bartolus, nec Cuiacius, neque Cuiacij reprehensores hinc extricare se potuerunt.

a *Si tamen pignus & in eas obligatum fuerit.* Intelligе siue expressè, siue tacitè: sufficit enim pignus simpliciter datum esse pro debito iam vsuratio, vt non tantùm pro sorte, sed etiam pro vsuris, siue naturaliter duntaxat, siue ciuiliter quoque debitis, datum esse intelligatur: solúsque casus ille excipiendus est, vt diximus, quo in sortem tantùm vel in vsuras tantùm pignus obligatum sit. Cæterùm siue in sortem & vsuras, siue in vsuras duntaxat pignus obligatum fuerit, quandiu aliquid ex vsuris debetur, pignoratitia cessat, quia verum est, nõdum esse solutam omnem pecuniam pro qua pignus datum fuit *l.sirem 9. §.omnis pecunia supr.* Ponendum igitur est vsuras istas aliquomodo debitas fuisse, id est, aut ex pacto nudo, aut ex stipulatione, aut saltem ex mora, vt in bonæ fidei iudiciis, quomodo & Accursius noster hîc bene notat *l.mora 32.§.in bonæ fidei. infr.de vsur.* Itémque in causis minorum, & in legatis ac fideicommissis *l.in minorum 3. C.in quib. caus. non est necess.in integr.restit.l.Titia Seio 87.§.vsuras de legat.2.*

b *Alia causa est earum quas quis supra licitum modum,* RAT. DVB. Vsuræ promissæ quamuis supra legitimum modum & licitum, tamen promissæ sunt, siue per stipulationem, siue per nudum pactum promissæ proponantur. Ergo cùm non eò minùs naturaliter tantùm sint debitæ, (naturalis enim obligatio ex pacto etiam nudo nascitur *l. Stichum aut Pamphilum 95.§.naturalis.infr.de solut.*) etiam propter eas pignus retineri poterit. DEC. Non omnia pacta tuetur Prætor, vt ex iis det exceptionẽ & retentionem, sed ea tantùm quæ nec contra leges sunt, nec contra bonos mores *l.iuris gentium 7.§.ait Prator.supr. de pact.l.pacta quæ contra 6.C.de pact.* & quę ideò iusta dicuntur à Papiniano in *d.§.naturalis.* Sicuti neq; omnes stipulationes aut ius ciuile aut Prætor ratas habet, sed similiter eas tantùm quæ nec legibus nec bonis moribus aduersantur *l. stipulatio hoc modo concepta 61.de verb.oblig.l.1. l.ex eo 4.& pass. C. de inutil.stipulat.* Atqui contra leges sunt pacta & stipulationes vsurarum illicitarum. Ergo propter eas retentio nullo casu dari potest, quia penitus illicitæ sunt: & quod vsuratum nomine supra legitimum modum etiam per stipulationem promissum est, pro non adiecto, & non promisso haberi debet *l.pecunia 9.l. placuit 28.infr.de vsur.* Tantúmque abest, vt vel peti, vel retineri possint, vt etiamsi solutæ fuerint, condicantur tamen tanquam indebitæ *l.si non sortem 26. §.1.supr. de condict.indeb.* vbi diximus.

3 ¶ Si creditori plures heredes exstiterint, & vni ex his pars eius soluatur: non debent cæteri heredes creditoris iniuria adfici: sed possunt totum fundum vendere, oblato debitori eo, quod coheredi eorum soluit. quæ sententia non est sine ratione.

Ad §.3. Si creditori.

RAT. DVB. & DECID. ad hunc §. eadem est quæ ad *§.si vnus ex heredibus.l.si necessarias 8.supr.* Nam obligatio personalis siue actiua siue passiua diuiditur ipso iure per legem duodecim tabularum inter plures heredes debitoris vel creditoris *l.1. C. si cert.pet. l.vlt. C.de heredit.action.* Sublata verò personali obligatione pro parte hereditaria illius ex coheredibus, qui soluit, aut cui solutum est, pignoris quoque obligatio tanquam accessoria pro eadem parte extincta videbatur. Sed contra est, quia pignoris obligatio, non sicuti personalis diuidua est, sed indiuidua *l. rem hereditariam 65. infr.de euict.* ideóque nec per legem duodecim tabularum diuiditur *l.1.& 2. C.si vnus ex pluribus hered.debit.vel credit.* nec magis ex parte creditoris, quàm ex parte debitoris, vt hîc locus omnium apertissimè probat. Est enim de pluribus heredibus creditoris quorum vni debitor partem ipsius hereditariam soluerit: textus verò *d.§.si vnus*, de pluribus heredibus debitoris, quorum vnus partem suam debiti soluerat creditori. Ergo quemadmodùm si vnus ex heredibus debitoris portionem suam soluerit, attamen tota res pignori data vendi adhuc potest, perinde ac si debitor ipse partem debiti soluisset *d.§.si vnus.* ita & dicendum est, si creditori plures heredes extiterint, & vni ex eis pars eius soluatur, posse nihilominus cæteros coheredes totum

totum fundum vendere, ne alioqui afficiantur iniuria si totum pignus distrahere prohibeantur, ob solutionem coheredi factam: sed hoc tamen adhibito temperamtẽo, vt debitori antè offerre debeant id, quod ipse coheredi soluerit, ne alioqui debitor in damno maneat, si posteaquàm partem debiti soluerit vni ex heredibus creditoris, adhuc tamen totum debitum aliis offerre cogatur, vt impediat totius pignoris distractionem: nec enim expectandum esset, vt coheredi, cui partem debiti primùm soluisset, solutum condiceret tanquam indebitum. Nam indebitum quicquam accepisse videri non potest, qui partem tantùm suam debiti hereditarij verè sibi debitam accepit. Ita res omni ex parte ad suam æquitatem bellissimè reducitur: & partis debiti solutio quæ pignus liberare pro parte nullomodo potuit, neque debitori qui soluit, neque coheredibus eius cui solutum fuit, damnosa est.

4 ¶ Solutam autem pecuniam accipiendum, non solùm si ipsi, cui obligata res est, sed & si alij sit soluta voluntate eius: vel ei, cui heres exstitit, vel procuratori eius, vel seruo pecuniis exigendis præposito. Vnde si domum conduxeris [a], & eius partem mihi locaueris, egóque locatori tuo pensionem soluero: pignoratitia aduersus te potero experiri [b], nam Iulianus scribit, solui ei posse, & si partem tibi, partem ei soluero: tantundem erit dicendum. planè in eam duntaxat summam inuecta mea & illata tenebuntur, in quam cœnaculum conduxi: non enim credibile est, hoc conuenisse, vt ad vniuersam pensionem insulæ friuola mea teneantur. videtur autem tacitè & cum domino ædium hoc conuenisse: vt non pactio cœnacularij proficiat domino, sed sua propria.

Ad §. 4. Solutam.

RAT. DVB. Omnis actio pignoratitia tacitam habet condicionem, si pecunia soluta sit creditori *l. si rem 9. §. omnis pecunia supr.* Atqui condiciones omnes implendæ sunt in forma specifica, quantum fieri potest *l. qui heredi 44. l. Mauius 55. l. cui fundus. infr. de condic. & demonstr.* Ergo vt habeat debitor pignoratitiam, necesse est solutam esse pecuniam ipsi creditori, nec sufficit, quòd ex eius voluntate alij soluta sit, vel ei cui heres ipse extitit, vel procuratori eius, vel seruo exigendis pecuniis præposito.

DEC. Nihil refert quid ex æquipollentibus fiat *l. vlt. §. 1. infr. mandat.* tum quoque cùm de implenda condicione tractatur *l. mulier 22. infr. ad SC. Trebell. l. si statulibera 6. §. si filiusfamilias. infr. de statulib.* Atqui solutio facta alij quàm ipsi creditori dũmodo ex creditoris volũtate, æquipollet solutioni factæ ipsi creditori *l. restituta 37. l. quia perinde 42. ad SC. Trebel.* item illa quæ facta est vero procuratori *l. vero procuratori 12. l. hoc iure 86. infr. de solut.* item quæ facta est ei, cui creditor heres extitit, licèt acceptæ solutionis tempore nullum ille à creditore mandatum haberet. Heres enim factum defuncti præstare debet *l. ex qua persona 149. de regul. iur. l. cùm à matre 14. C. de rei vind. tot. tit. C. de heredit. action.* & adeundo hereditatem illius, qui non suo, sed ipsius creditoris nomine solutionem accepit, (hoc enim omnimodo requiritur *l. si pupilli 6. §. sed si ego. supr. de negot. gest.*) hoc ipso ratam videtur habere solutionem: nisi adierit cum beneficio legis & inuentarij, inquit Bartolus, & hereditas non sit soluendo *leg. vlt. §. & si præfatam. C. de iur. delib.* item quæ facta est seruo exigendis pecuniis præposito *l. si quis seruo 18. de solut.* aut quod magis est, negotiis omnibus creditoris *leg. qui hominem 34. §. si Titius eod. tit.* Ergo his quoque omnibus casibus perinde nascitur pignoratitia, ac si creditori ipsi pecuniam debitor soluisset. Quod enim per alium quis facit, per seipsum facere intelligitur, quoties tale quid est, quod mandari, & per alium expediri possit *l. si quis id quod 7. §. vlt. sup. de iurisdict. l. ita autem 5. §. quòd si quis tutelam. infr. de admin. tutor.* Idque ad publicam etiam vtilitatem, priuatámque debitoris & creditoris pertinet, vt etiam per alium possit quis & soluere & solutionem accipere: ita enim fit, vt commodiùs & expeditiùs fiat solutio acquirendæ liberationis gratia, quę semper fauorabilis est *l. Arianus 41. infr. de oblig. & action.* Idem est si creditori creditoris solutum sit, vt in exemplo quod statim subiicitur,

a *Vnde si domum conduxeris.* Proponitur in loco versic. alius nouus casus, in quo potest debitori cõpetere pignoratitia, etiamsi neque creditori soluerit, neque alij ex ipsius voluntate expressa, puta si soluerit creditori creditoris sui. Finge te domum Sempronianam conduxisse à Titio conuenta pensione aureorum decem, me verò eiusdem domus partem à te subconduxisse pro quinq; aureis: posteà eam pensionem quinque aureorum soluisse me Titio. Pignoratitia aduersus te potero experiri, vt ea omnia quæ in partem illam domus inuecta & illata à me sunt, possim recipere, perinde ac si ea quinque non Titio, sed tibi ipsi soluissem.

RAT. DVBIT. Non nascitur pignoratitia, nisi debitor qui pignus dedit, vel soluerit, vel aliter satisfecerit ipsi creditori, aut alij ex eius voluntate, vt in exemplis, de quibus initio huius §. Atqui in proposita specie quod soluitur creditori creditoris, non soluitur ipsi creditori, qui scilicet quamuis debitor sit sui creditoris, non tamen facit debitorem eum cuius ipse solus creditor est, nisi interueniat delegatio. Ergo nec pignoratitiam habere potest cõductor posterior ob solutam pensionem locatori sui locatoris: nec enim creditor creditoris est creditor inferioris debitoris. Estque hic casus longè diuersus à superioribus. Hîc enim quod solutum est locatori posterioris locatoris solutum est ei, qui non solùm voluntatem expressam veri creditoris non habuit, sed neque veri creditoris nomine solutionem accepit, sed suo proprio, cùm esset ipse creditor posterioris locatoris. Constat autem non aliter posse liberationem contingere, quàm si solutio facta sit vero creditori, aut ex eius voluntate *leg qui hominem 34. §. si Titium & seqq. infr. de solut. l. creditoris 8. C. de condict. indeb. l. inuito 12. C. de solut.*

BIU Cujas

DEC. Nihil refert, an solutio facta sit ex creditoris voluntate expressa, an ex tacita. Solet enim plerunque eadem esse vis taciti quæ expressi *vulg. l. cùm quid 3. supr. de reb. credit. l. is qui 13. in fin. supr. tit. prox. l. penult. infr. de euict.* Atqui cùm posterior conductor pensionem à se debitam soluit primo locatori, credendus est eam soluere ex voluntate sui locatoris, eiusdémque posterioris locatoris, nempe quia per eam solutionem posterior locator liberatur à primo locatore, eodémque suo creditore pro rata solutę pensionis, licèt posterior conductor non prioris nomine soluerit, sed suo, quia nec adeò nomine suo soluere potuit, quin etiam locatoris sui nomine solueret *l. soluendo 39. supr. de negot. gest. leg. solutione 21. infr. de solut.* Cùm igitur per eam solutionem prior conductor à suo creditore liberatus sit, atque ita factus locupletior *leg. si pupilli 66. in fin. eod. tit. l. species 11. de acceptilat.* facit certè dolo malo si ratam nolit habere solutionem creditori suo factam, licèt mandato nullo interueniente *l. si opera 6. infr. de doli mali except.* Idémq; iuris est, si ei soluerim, qui creditor erat eius, cui non alia de causa tenebar, quã quod ipse alij teneretur, vt addit Bartolus ex *l. si liber homo 36. supr. de neg. gest.* Dices, non ergo fieri liberationem hanc ipso iure, sed tantùm opposita doli exceptione *d. l. si opera*, & consequenter nõ nasci posse ex huiusmodi solutione pignoratitiam. Sed non est bona cõsecutio. Sufficit enim ad inducendam pignoratitiam, vt personalis obligatio, quæ ipso iure sublata non est, elidi possit per exceptionem: vt in eo vidimus, qui per exceptionem tantùm pacti de non petendo liberatus est, de quo in §. 1. *huius legis*, vbi diximus. Illud verò in proposito casu amplius est, quod etiam posterioris conductoris bona primo locatori pro pensione sunt obligata, vt Vlpian. hîc docet, cùm subiicit, *Planè in eam duntaxat summam inuecta mea & illata tenebuntur, in quam cœnaculum conduxi.* Vt proinde non possit absolutè dici locatoris mei locatorem, meum creditorem non esse, qui inuecta & illata mea obligata sibi habeat, quæ nec nisi soluta pensione liberare ab eo possim, adeóque qui ad solutionem cogi posset vtili actione *l. nomen 4. C. quæ res pign. oblig. poss. l. si conuenerit 18. infr. hoc tit.* Proinde cùm vnica solutio mihi proficiat ad vtramque liberationem, vt in *l. in numerationibus 44. de solut.* omnino consequens est, vt non minùs contra te quàm contra locatorem tuum nasci debeat mihi pignoratitia, cùm nec illata & inuecta mea alio iure tibi obligata sint, quàm quia pensionem tibi debeo, pro qua æquum est, tacitè obligata intelligi domino ædium omnia quæcunque in eius ædes inuecta sunt, cùm eam pensionem tu quoque ipsi debeas pro qua essent æquè obligata inuecta per te & illata omnia, si tua essent. Nec enim recusare debeo, quominus eodem iure tenear, quo tu tenereris tuo locatori, licèt cum eo non contraxerim, quandoquidem in tuum quodammodo locum volui me substitutum, cõducendo abs te partem domus, quam tu primùm ab eo totam conduxeras. Facit igitur bonorum meorum obligatio, quæ locatori tuo taciti pignoris iure tenebantur, vt ei soluendo liberauerim me ipso iure à te, bona verò mea non tantùm à te, sed etiam à tuo locatore: iniquum enim est impunè non soluere eum quem Prætor vt soluat, possit cogere *l. quod autem 6. §. apud Labeonem. infr. quæ in fraud. cred.* Quòd si inuecta & illata mea locatori tuo non essent obligata, equidem perinde liberarer à te, sed non ipso iure, at per doli exceptionem duntaxat, vt concludunt omnes ex *d. l. si opera*, sed tamen non eò minùs pignoratitiam haberem, quia æquè locatori tuo possem soluere, & solutionem ei factam per quam tu liberatus esses, & locupletior factus ratam habere cogereris: imò verò, quod magis est, etiamsi inuito te, locatori tuo soluissem, tui liberandi gratia, liberarem te ipso iure *d. l. soluendo, & d. l. solutione*, quãuis eo casu non perinde abs te ipso iure liberarer, adeóque nec per doli exceptionem *l. si pro te præsente 40. infr. mandat. d. l. inuito 12. C. de solut.* quia imputare mihi deberem, quod contra voluntatem & prohibitionem tuam soluissem *l. vlt. Cod. de negot. gest.* Quæ ratio euidenter cessat, cùm ideò solui etiam te inuito, vt bona mea creditori tuo tacitè obligata liberarem: nec enim debet esse in tua potestate, vt vel me, vel bona mea cõtra voluntatem meam ob contradictionem tuam in obligatione retineas, vt subtiliter Castrensis post Bartolum disputat ex *l. vtrum 27. sup. de pecun. constit.* Illud tamen mirum videri potest, quo iure aut qua tandem ratione inuecta & illata mea primo locatori teneantur, cùm nullomodo ei sim obligatus, sed soli tibi cum quo solo contrari, & pignoris obligatio, quę accessoria tãtùm est, subsistere sine principali non possit. Sed facilis responsio est, etiam pro alieno debito pignus dari posse non minùs quàm fideiussorem, & sufficere, quòd locatori tuo debeas, vt pro tuo debito bona mea sint ei obligata. Vnde illa etiam quæstio apud Vlp. nascitur, an pro ea duntaxat pensione quam debeo tibi, obligata sint creditori & locatori tuo, inuecta & illata mea, an verò pro tota pensione quam tu ipsi debeas. Ponimus enim te à Titio domum totam conduxisse, me verò abs te eiusdem domus nõ nisi partem tantùm. Sed respondet Vlpian. non esse credibile hoc conueniisse, vt ad vniuersam pensionem insulę friuola mea, id est, mobilia inuecta & illata tenerentur, sed tantùm ad eam vsque summam in quam cœnaculum & partem ædium conduxi, ne scilicet aliter posito iure pignoris obligatio, quæ non nisi accessoria est vltra eam summam, quæ principaliter debita est, extendatur. Sicut enim qui soluit simpliciter, id soluere potius intelligitur, quod suo nomine debet quàm quod alieno *l. 4. infr. de solut.* ita & qui pignus dat siue expresè siue tacitè, pro sua potius quàm pro aliena obligatione id dare credendus est: cùm pignoris datio, quamuis solutio non sit, satisfactio tamen quædam sit *l. si rem 9. §. omnis pecunia. sup.* Dubitandi tamen ratio non inelegans ex eo sumi potest, quod Vlpianus subiicit, videri hoc inter me & locatorem tuum eundémq; dominum ædium conueniisse, vt friuola mea taciti pignoris iure ipsi tenerentur. Nam si hoc fit ex tacita quadam pactione, quæ inter me & primum locatorem interueniisse creditur, cur nõ dicimus in vniuersam pensionem, quæ ipsi debetur, obligata conferi inuecta mea & illata? Alioqui non nisi ex parte cautum ei erit, si pro parte tantùm illa pensionis, quæ à me tibi debetur, non pro tota illa quam debes, obligata esse dicantur. Sed ratio decidendi ex eo sumenda est, quòd contractus pignoris qui bonæ fidei est, hanc non patitur interpretationem, vt ego partem duntaxat ædium possideam, nec proinde nisi partem pensionis debeam, & tamen pro tota pensione bona mea mobilia in cœnaculum inducta & illata priori locatori sint obligata. Quamquam enim id fieri expressa cõuentione posset, eo scilicet iure, quo etiam pro alieno debito bona sua quis obligare potest, in dubio tamen non est verisimile id ta-

id tacitè actum esse inter me & primum locatorem, quod nec expressim facilè fuerim conuenturus, vt etiam pro tuo debito bona mea primo locatori tenerentur, quæ satis est pro meo esse obligata. At hîc rursùm illa replicatio occurrit, quod sicuti personalis obligatio & actio acquiri primo locatori ex conuentione inter me & te facta non potuit: ita neque ius pignoris in bonis meis inuectis & illatis, alioqui per liberam personam acquireretur, quæ non esset in potestate primi locatoris, contra iuris regulam, de qua in §. *prox. infr.* Sed ad hanc quoque obiectionem tacitè respondet Vlpianus iis verbis, *videtur autem tacitè & cum domino ædium hoc conuenisse, vt non pactio cœnacularij proficiat domino, sed sua propria.* Quibus verbis ostendit, quamuis inter me ac primum locatorem contractus nullus interceserit, videri tamen me cum eo ita conuenisse, me quidem inferendo mea in eam partem ædium, quam à conductore priore conduxi, ipsum verò primum locatorem patiendo ea inferri. Cur enim passus esset, nisi vt ea obligata haberet? Est itaque hæc tacita quædam conuentio, quæ ex facto conductoris, & patientia locatoris inducitur, vt quemadmodum etiamsi nulla inter primum locatorem, & primum conductorem conuentio de inuectis & illatis obligandis interuenisset, non eò minùs tamen tacitæ cuiusdam pactionis iure illata per primum conductorem tacito iure pignoris obligata censerentur, ita & inter me posteriorem conductorem & primum locatorem eadem tacita pactio interuenisse credatur, si ego in partem illam ædium, quas conduxi, friuola mea intulero, quamuis nihil inter nos de pignore conuenerit. Nam neque illud requiritur, vt primus locator, idémque dominus ædium expressim conuenerit de pignore. Quid verò domini interest, an primi conductoris bona in domum locatoris primi illata sint, an posterioris conductoris? Et rursum quid refert secundi conductoris, an quæ per eum inuecta & illata sunt, priori locatori obligentur tacitè, an posteriori? dum ne pro maiore summa quàm pro ea quæ primo conductori debetur, non quæ primo locatori. Ex quo intelligimus, cur bona secundi conductoris faciliùs quàm ipsius persona obligẽtur primo locatori, nempe quia personalis obligatio difficiliùs nascitur, cùm non nisi ex contractu nascatur, vel ex quasi contractu, & ex delicto, aut quasi delicto, aliísve quibusdam causarum figuris, quàm actio realis, quæ ex re ipsa, & ex facto nascitur, nulla etiam præcedente obligatione §. 1. *Instit. de action. l. non aliàs* 24. §. *sed si postuletur. supr. de iudic. l. 1. C. de alien. iudic. mut. caus. fact.* Itaque illatio bonorum secundi conductoris in ædes locatas primo conductori, obligationem pignoris parere potest ex tacita quadam conuentione *l. 2. 3. & 4. infr. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. contr.* sed personalem non potest. Quamquam & in mobilibus inuectis, & illatis ab inquilino, magna differentia est inter manifestum pignus & tacitum *l. pen. eod. tit.* itemque an primus conductor alij sublocauerit, an verò gratuitam habitationem concesserit. Hoc enim posteriore casu bona secundi inhabitatoris non sunt domino ædium tacitè pro pensione obligata *l. Pomponius 5. eod. tit.* quia nec sunt primo conductori, qui non sublocauit, sed donauit *l. in ædibus 9. inf. de donat.*

Ius autem primi locatoris in bona per secundum inhabitatorem illata pendet ex iure primi conductoris. In conductore prædij rustici aliud est *l. si in lege 25. §. si colonus infr. locat. l. certi 6. C. eod.*

b *Pignoratitia aduersus te potero experiri.* RAT. DVB. Pignoratitia actio re contrahitur §. *vlt. Inst. quib. mod. re contr. oblig.* Atqui inuecta & illata per me in domum Titij quam primus conductor mihi sublocauit, nunquam fuerunt à me aut primo locatori aut conductori primo tradita. Ergo pro iis etiam post solutam pensionem contra neutrum dari mihi actio pignoratitia potest.

DEC. Illatio bonorum meorum mobilium pro facta traditione habenda est, non quasi faciat aut primum aut secundum locatorem possessorem (alioqui non haberent illi interdictum quasi Saluianum ne quidem vtile quod est adipiscendæ possessionis, sed potius recuperandæ, si ab initio possedissent, vt subtiliter Bartolus disputat ex *l. 1. infr. de Saluian. interd. l. 1. C. eod. §. interdictum. Inst. de interd.*) sed quia potest traditio fieri etiam citra possessionis translationem, vt cernere est in precario, deposito, & commodato, quæ tamen traditio quantumcunque simplex sufficit ad inducendam pignoratitiam, & ad rem obligatam recipiendam, quocunque modo detenta fuerit, etiamsi non possessa à creditore. Planè si pro solutione pensionis mobilia mea locator incluserit, quod tam primus, quàm secundus facere potest, defendi rectè poterit ab eo tempore creditorem, qui incluserit possidere, cùm exinde & alienatio quælibet mobilium inclusorum, & manumissio etiam seruorum prohibita sit *d. l. pen. infr. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. contrah.* Antea enim quomodo possideret eas res, quas neque vidisset vnquam, neque tetigisset? *l. 3. §. Neruafilius. infr. de acqu. poss.* His consequens est, vt cùm vterq; locator tam primus quàm secundus possit res in domum locatam illatas includere, tanquam sibi obligatas, vt constat ex hoc §. possit similiter pignoratitia actione vterque conueniri, licèt hic textus de secundo tantùm conductore loquatur non de primo. Vbi enim iuris ratio eadem est, idem quoque ius constituendum est, si diuersitatis causa adferri nulla possit *vulg. l. illud 32. ad leg. Aquil. l. 3. §. vnde etiam. infr. de iniust. rupt. l. à Titio 108. in fin. princip. de verb. oblig.* Adeò autem tacitè obligata sunt, quæ inuecta & illata fuerunt per secundum inquilinum, vt non tantùm pro pensione retineri possint, sed etiam pro qualibet alia pecunia, si qua ab eodem secundo conductore debeatur primo vel secũdo locatori: maximè verò si deteriorem habitationem secundus inquilinus culpa sua fecerit *l. 2. in quib. caus. pign. vel hypoth.* Et in eo nostri consentiunt ex *l. vnic. C. etiam ob chirogr. pecun. pign. retin. post.* Notandum autem est, quod mobilia inuecta & illata per inquilinum, Vlp. hîc *friuola* appellat, quasi quæ modici sint momenti. Etsi enim possunt preciosa esse mobilia, solet tamen eorũ possessio parui pendi & negligi *l. si rem mobilem* 47. *infr. de acq. poss.* vbi additur faciliùs eam amitti ob hãc causam. Vnde & *fribusculum* quidam dictum putant in *l. cùm hic status* 32. *§. quòd si diuortium. infr. de donat. int. vir. & vxor.* pro dissensione breui, ac leui iurgio inter coniuges superueniente quod à diuortio multùm distat *l. quòd si non diuortium* 31. *de iur. dot.*

5 ¶ Per liberam autem personam pignoris obligatio nobis non adquiritur: adeò, vt nec per procuratorem plerunque, nec tutorem adquiratur. & ideo ipsi

actione pignoratitia conuenietur. sed nec mutat, quod constitutum est ab Imperatore nostro, posse per liberam personam possessionem adquiri: nam hoc eò pertinebit, vt possimus quidem pignoris nobis obligati possessionem per procuratorem, vel tutorem adprehendere: ipsam autem obligationem libera persona nobis non semper adquiret.

Ad §. 5. Per liberam.

RAT. DVB. Pignoris obligatio per traditionem & possessionis translationem propriè constituitur *leg. si rem alienam 9. §. propriè sup. l. cùm & sortis 35. §. 1. infr. hoc tit.* Atqui nihil prohibet acquiri nobis possessionem per liberam personam. Id enim non modò vtilitatis publicæ causa receptum, sed etiam disertè constitutum fuit ab Imper. Alex. in *l. 1. Cod. per quas person. nob. acquir. l. possessio quoque 49. §. etsi possessio infr. de acquir. poss.* Ergo nec quicquam vetat pignoris obligationem acquiri nobis per liberam personam, puta procuratoris aut tutoris *l. 2. C. quand. ex fact. tutor. l. eum qui 5. §. si actori supr. de pecun. constit. l. quod procurator 68. supr. de procurat.* præsertim cùm non tantùm possessio, sed etiam dominium acquiratur æquè per liberam personam *l. per procuratorem 8. C. de acquir. poss.* Cur enim difficiliùs obligatio, quàm dominium per liberam personam acquireretur? DEC. Obligationes omnes ad hoc comparatæ sunt, vt vnusquisque sibi acquirat quod sua interest *l. stipulatio ista 38. §. alteri de verb. obl.* Vt autem alij acquiratur, in cuius non sim potestate, nihil interest mea, vt ibidem Vlpianus scribit. Vnde est hoc, quæcunque gerimus, cùm ex nostro contractu originem trahant, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt: vt Paulus scribit in *l. quæcunque 11. de oblig. & action.* Ergo non magis obligatio pignoris quàm alia vlla nobis acquiri per liberam personam potest *l. & licèt 15. supr. de constit. pecun.* Aliáque ratio hac parte est dominij, alia obligationis, non quia obligatio acquiratur per actum ciuilem, possessio autem & dominium per actum naturalem: vt Bartolus docet ex *l. ea quæ ciuiliter 53. infr. de acquir. rer. domin.* (nam & dominium Quiritarium ciuile est, & per actus ciuiles sæpe acquiritur, vt tractat Vlp. in *fragmentis tit. 19. de acquisit. rer.*) sed quia dominium adeò pendet à possessione, à qua & dominia cœperũt *l. 1. de acquir. poss.* vt à possessione non facilè separari possit. Quod cum accidit, non potest nobis per liberam personam acquiri possessio naturaliter, quin dominium etiam cum possessione acquiratur *d. l. per procuratorem 8. Cod. eod.* Quòd si à possessione dominium separari possit, quod plerisque casib. euenit, quia nihil cõmune habet proprietas cum possessione *l. naturaliter 12. §. nihil commune & l. pen. infr. eod. ill. tit.* certum est non magis dominium, quàm obligationem acquiri posse per liberam personam. Denique dominij acquisitio, quæ per alium fit iuri nostro non subiectum, nunquam potest incipere à dominio, sed vt à possessione semper incipiat necesse est, à qua tamen incipere obligatio nunquam potest, siue personalis obligatio sit, siue realis. Excipitur sola obligatio pecuniæ creditæ, & quæ ex ea nascitur cõdictio, quam acquiri per liberam personam posse iam olim placuit *l. si ita stipulatus 126. §. Chrysogonus vers. respondi & seq. infr. de verb. oblig. l. certi condictio 9. §. si nummos* vbi diximus *supr. de reb. credit. l. 2. C. per quas person. nob. acquir.* vbi Iustinianus contra iuris veteris rationem constituit, vt quo casu personalis obligatio per aliũ nobis acquiritur, etiam pignoris obligatio nobis acquiratur, nulla quoque cessione interueniente, quæ olim erat necessaria. Et ad hanc nimirum constitutionem respexit proculdubio Tribonianus in hoc §. cùm adiecit dictionem *plerunque* valde incõcinnè in illis verbis *adeò vt nec per procuratorem plerunque vel tutorem acquiratur:* itémque in postremis illis verbis huius §. *ipsam autem obligationem libera persona nobis non semper acquiret.* Cur enim *non semper* nisi vt eum casum excipiat quo pignoris obligatio cum personali nobis acquiritur ex dicta Iustiniani constitutione? Tractat siquidem Vlpianus in fine huius §. de pignoris obligatione, nõ de personali, vt verba ipsa ostendunt: & ad rationem dubitandi, quam attulimus, respondet, aliud esse si quis dicat acquiri nobis per procuratorem, aut tutorem possessionem pignoris vtiliter constituti, quod fieri potest: aliud verò ipsam pignoris obligationem, quę extra casum *d. l. 2.* acquiri per liberam personam nunquam potest. Non desunt tamen varij casus, in quibus ex stipulatione tutoris vel procuratoris actio vtilis domino acquiratur, vt puta si tutor cùm pecuniam pupillarem crederet, siue administrationem eius pecuniæ haberet, siue non (nec enim placet distinctio Accursij) ipse eam reddi stipulatus sit *d. l. 2. C. quando ex fact. tutor. l. 2. infr. eod. ill. tit.* aut si procurator ex re domini stipulatus fuerit vt in *d. l. quod procurator 68. supr. de procurat.* aut etiam præsente, & vel expressim vel tacitè mandante domino vt in *l. si procuratori 79. infr. de verb. oblig. l. si inter colonum 21. in princip. infr. de pignor.* Aliud est, si procurator nõ ex re, sed obrem & vtilitatem domini ab alio stipuletur: tunc enim acquirit sibi actionem, qua deinde ipsi domino actione mandati cedere cogitur *d. l. possessio 49. §. etsi possessio infr. de acquir. poss.* Cæterùm quibus casibus procurator si stipulatus esset, non domino, sed sibi actionem acquireret, iisdem casibus si quid promittat, quamuis nomine domini, non tamen dominium obligat, sed obligatur ipse solus & conuenitur, vt benè probat Bart. ex hoc §. *& ex l. Iulianus 13. §. si procurator infr. de action. empt. l. procurator qui pro euictione 67. supr. de procurat.* Obligationes enim personales tam actiuæ quàm passiuæ inhærent ossibus contrahentium, vt loquitur Bartolus, magis quàm iura realia *l. quis ergo casus 16. infr. de pecul. l. 3. pro socio.* Obligatio autem hypothecaria licèt sit realis, quia tamen accessoria est ad personalem & principalem obligationem, plurimùm ex ea mutuatur, vt nõ insubtiliter idem Bart. ratiocinatur ex *l. & an eadem 14. §. vlt. infr. de except. rei iudic.* vbi scriptum est, eum qui ponit actionem hypothecariam debere causam actionis exprimere, sicut accidit in eo qui personalem actionem exercet: quod in reali diuersum est.

6 ¶ Sed si procurator meus, vel tutor, rem pignori dederit: ipse agere pigne-

ratitia

ticia poterit. quod in procuratore ita procedit, si ei mandatum fuerit pignori dare.

Ad §. vlt. Sed si procurator.

Sic malo legere, quàm vt in *Pand. Florent. si procurator.* Est enim tractatus hic connexus superiori, & sensum habens aduersatiuum. Nam cùm proximè dictum sit per liberam personam tutoris vel procuratoris, neque obligationem pignoris, neque proinde actionem pignoratitiam acquiri nobis posse, consequens erat, vt adiiceret Vlpianus, quid ergo iuris esset, si tutor vel procurator meus rem meam pignori dedisset, ac deinde pecuniam debitam soluisset? Respondet verò ad hanc quæstionem, tutorem ipsum vel procuratorem, qui pignori dederit acturum pignoratitia tanquam sibi non alij quæsita actione.

Rat. dvb. Actio pignoratitia nascitur ex pignore, & pignoris dationem subsequitur: ideoque solet Papinianus pignoratitiam actionem vocare iudicium, quod de pignore dato proponitur in *l. pen. hoc tit.* Ergo is qui rem alienam domini nomine pignori dedit, siue tutor ille sit, siue procurator, pignoratitiam habere proprio nomine non potest.

Dec. Hæc actio nascitur ex contractu, & ad eam inducendam non tam inspiciendum est, cuius sit res quæ pignori data est, quàm quis eam pignori dederit *leg. si rem 9. §. is quoque supr. hoc tit.* Atqui ponimus à tutore vel procuratore pignus datum esse licèt tutorio vel procuratorio nomine. Ergo dicendum est pignoratitiam actionem, quæ ex eorum contractu acquiri pupillo vel domino non potest, tutori ipsi vel procuratori acquiri debere. Idque in tutore quidem indubitatè procedit, & indistinctè, quia omnimodam potestatem tutor habet in bonis pupilli, quod ad eorum administrationem pertinet, neque requirimus vt à pupillo mandatum vllum habeat, quod habet à lege, neque vt vniuersorum bonorum tutor sit, qui certarum rerum tutor fieri non potest *l. certarum 12. infr. de testam. tutel.* Est enim tutor loco domini in omnibus quæ ad causam administrationis spectant, cùm benè & ex bona fide administrat *leg. qui fundum 7. § si tutor. infr. pro emptor.* ideóque dicimus, non malè contrahi cum tutoribus, tum quoque cum soluendo non sunt *l. 4. §. 1. infr. de minor. l. 4. § illa etiam quæstio de doli mal. except.* Sed in procuratore, id est, in eo qui mandatum aliquod à domino habet, necessaria est distinctio, an illud quoque mandatum ei sit, vt eam rem pignori daret, necne: quia mandati fines diligenter custodiendi sunt *l. diligenter 5. infr. mandat.* & in mandato, vt in cæteris ferè omnibus inclusio vnius est exclusio alterius *vulg. l. cùm Prætor 12. in princ. supr. de iudic.* Quòd si mandatum fuit generale, per quod libera rerum omnium administratio procuratori concessa sit, non puto dubitandum, quin etiam pignus dare possit, sicut & debitum exigere, & nouare, & aliud pro alio permutare *leg. procurator cui generaliter 58. cum seqq. supr. de procur.* non item si procurator simpliciter datus sit etiam totorum bonorum. Nam cùm is neque res mobiles, neque immobiles, neque seruos alienare sine speciali mandato possit *leg. procurator totorum 63. eod.* consequens est, vt neque pignori dare possit, quandoquidem per dationem pignoris etiam ad alienationem peruenitur, ideoque prohibita alienatione etiam pignoris datio prohibita intelligitur *leg. vlt. Cod. de reb. alien. non alienand.* Plus enim est habere liberam & generalem administrationem, quàm habere vniuersorum bonorum, vt ex supradictis locis apparet, & ex *leg. si conuenerit 18. §. vltim. & l. seq. infr.* Quod Bartolus ad hunc §. non benè videtur percepisse. Non enim admittit, vt qui habet generale mandatum, pignori dare possit, nisi mandatum habeat ab homine consueto pignorare. Cadit namque hæc distinctio in procuratorem vniuersorum bonorum de quo in *l. seq.* non in generalem. Vnus siquidem hic casus est, in quo permittitur ei cui vniuersorum bonorum administratio, quamuis non libera permissa est, vt etiam det pignori, scilicet si mandatum habeat ab eo, qui solebat sub pignoribus mutuas pecunias accipere, de quo in *l. seq.* Planè quo casu procuratori permittitur, vt pignoret, nemo dubitat quin & luere pignus possit, & pignoratitia agere, quoniam duo hæc posteriora priori omnino consequētia sunt, ita vt vno mandato cætera quoque non modò permissa, vt Bartolus loquitur, sed etiam mandata esse videantur *l. quod seruus 11. infr. depos. it. l. quod seruus 35. de solut. l. si vnus 27. circa princip. supr. de pact.*

12. Caivs libro 9. ad Edictum Prouinciale.

VEl vniuersorum bonorum administratio ei permissa est ab eo, qui sub pignoribus solebat mutuas pecunias accipere.

Ad l. Vel vniuersorum 12.

Pendet hęc lex à superiore: continet enim casum alterum, in quo valet datio pignoris à procuratore facta, etiam si speciale mandatum in eam rem non habuerit, nec generale cum libera administrādi potestate, quod potentius & efficacius esse solet, sed tantùm procurator sit vniuersorum bonorū, si modò etiam illud concurrat, vt ab eo patrefamilias mādatum habeat, qui mutuas pecunias sub pignoribus accipere solebat. Consuetudo enim patrisfamilias in hoc attendenda est, vt & in aliis plerisque attendi solet & debet: quomodo Accursius noster notat ex *leg. 3. C. de Episcop. audient. l. fin. infr. quod cum eo qui in alien. potest. l. item si 7. alias leg. sed Iulianus §. quod dicitur infr. de Senatusconsulto Maced. leg. qui semisses 13. §. vltim. infr. de vsur. l. heredes palam 21. §. 1. infr. qui testam. facer. poss. l. cùm seruus ita 82. in fin. de condic. & demonstr.* Nam ex consuetudine illa inducimus præsumptionem mandati specialis contenti in mandato totorum bonorum de re pignori danda. Sed obseruandum semper est, aliud esse mandatum habere pro administratione vniuersorum bonorum, aliud verò habere vniuersalē administrationem bonorum. Prior casus vniuersalitatem tantùm bonorum continet, quæ nisi liberam administrandi potestatem adnexam habeat pignoris dandi facultatem non continet, vt ad finem legis proximæ scripsimus ex *l. procurator totorum 63. supr. de procur. iunct. l. procur. cui 58. eod.* Posterior verò casus vniuersalitatem admini-

BIU Cujas

strationis exprimit, in qua etiam ius dandi pignoris continetur, & cætera omnia, quæ alioqui speciale mandatum non exigerent, quale est ius faciendæ transactionis, diminuendi causa interpositæ, & alia huiusmodi *l. mandato generali* 60. vbi diximus *cod. tit. de procurat.* Planè qui liberam administrationem habet, omnia hæc facere potest, ac proinde etiam pignus dare, nec indiget, vt speciale mandatum proferat, aut vt patris familias consuetudinem probet *l. si conuenerit* 18. §. *vlt. inf.*

13. VLPIANVS libro 38. ad Edictum.

SI cùm venderet creditor pignus, conuenerit inter ipsum & emptorem, vt si soluerit debitor pecuniam pretij emptori, liceret ei recipere rem suam: scripsit Iulianus, & est rescriptum, ob hanc conuentionem pigneratitiis actionibus teneri creditorem, vt debitori mandet ex vendito actionem aduersus emptorem. sed & ipse debitor, aut vindicare rem poterit, aut in factum actione aduersus emptorem agere [a].

Ad l. Si cùm venderet 13.

RAT. DVB. Per liberam personam, quæ iuri nostro subiecta non sit, neque actio, neque exceptio acquiri nobis potest *leg. solutum* 11. §. *per liberam supr.* Ergo si creditor cum pignus venderet, conuenerit cum emptore, vt liceret debitori precium reddendo quandocunque pignus recipere, potest quidem ea conuentio acquirere creditori vendenti actionem ex vendito aduersus emptorem, quam deinde cogatur præstare debitori conuentus ab eo per pignoratitiam actionem, vt in cæteris casibus euenire solet, in quibus procurator acquirit sibi actionem ex re domini *leg. possessio* 49. §. *etsi possessio infr. de acquir. poss.* (est enim creditor in venditione pignoris quodammodo procurator debitoris *leg. si pignori* 29. *in fin. supr. famil. erciscund.*) sed vt acquirat actionem ipsi debitori, siue vindicationem, siue in factum, non videtur fieri posse, quin vis fiat legibus & regulis iuris: præsertim cùm nulla sit necessitas eiusmodi inducendæ actionis, cùm debitori satis superque consuli possit per actionem pignoratitiam, per quam indemnis fiat cessa ei actione ex vendito. Alioqui paullatim eò absurdi deueniendum erit, vt vendito per creditorem pignore necdum soluto precio, danda sit debitori etiam sine cessione contra emptorem ex vendito actio ad solutionem precij consequendam: quod tamen vtique absurdum foret. An non enim multo æquius & facilius est, vt ex pignoris venditione, quam creditor fecerit, agat debitor ad precium, quàm ex pacto in venditione appositio ad rem ipsam recipiendam? Et verò quî fieri obsecro potest, vt vindicationem siue directam, siue vtilem habeat debitor aduersus emptorem, qui licèt à creditore, eodemque non domino emerit, dominium tamen ex ea emptione acquisiit §. 1. *Instit. quibus alien. licèt vel non* adeò vt de proprietate vinci non possit *leg. qui à creditore* 18. *Cod. de distract. pign. leg. si conuenit* 4. *supr. hoc titul. leg. non est nouum* 46. *infr. de acquir. rer. domin.* Aut quis vnquam audiit vindicationem, siue directam, siue vtilem nasci ex pacto, cùm è contrario proditum sit nasci eam ex præsenti possessione *leg. non alias* 24. §. *sed si postulatur supr. de iudic. leg. vnic. Cod. de alienat. iudic. mut. caus. fact.* & dari contra eum, qui nullomodo sit obligatus? §. 1. *Instit. de action.* Deinde quid si emptor pignoris rem pignoratam à se emptam alij vendat, aut ex alia causa tradat posteà? An fortè vindicationem adhuc dabimus contra primum emptorem, ob pactum ab eo interpositum de re pignorata debitori, quoties precium offerret, restituenda? An potiùs vindicationem extendemus contra possessorem, qui tamen pactus non est? Atqui si ex pacto nascitur huiusmodi vindicatio, vt vulgò nostri putant, cur aduersus eum dabitur, qui pactum nullum interposuit? Sin ex præsenti possessione, cur contra eum, qui hodie non possidet? Quod autem pertinet ad actionem in factum, quam lex hæc dat similiter debitori contra emptorem pignoris, quis nescit esse illam subsidiariam, ac proinde non posse cum alia concurrere, siue vindicatio vtilis illa sit, siue directa actio mandati? Quis rursum ignorat actiones illas in factum nasci semper ex contractu & negotio aliquo, ac proinde in eius duntaxat fauorem qui contraxit, & negotium gessit, non alterius, nec si contrahentis interest, alteri actionem quæri *leg. cùm res* 22. *Cod. de donat.* Atqui nil debitor pactus est, sed solus creditor cum emptore siue in suam, siue in ipsius debitoris vtilitatem. Ergo neque vindicatio, neque actio in factum competere debitori contra emptorem potest.

DEC. In traditionibus rerum quodcunque pactum sit, id valere manifestissimum est *leg. in traditionibus* 44. *supr. de pact.* ne alioqui decipiatur is qui non aliter rem suam traditurus fuit *leg. vltim. Cod. de pact. int. empt. & vendit.* Et quamuis ea iuris propositio ad casum illum maximè pertineat, quo quis rei suæ legem dicit *leg. ei fundo* 19 *supr. de seruit. leg. venditor* 13. *commun. præd.* attamen ad eum quoque casum accommodari potest, quem tractamus de creditore pignus distrahente iure creditoris, quia licèt rem alienam vendat, vendit tamen ex voluntate domini §. 1. *Instit. quibus alien. lic. vel non leg. non est nouum* 46. *infr. de acquir. rer. domin.* & tam ad suam vtilitatem, vt pecuniæ sibi debitæ solutionem consequatur, quàm ad commodum debitoris, cui ea solutio proficit, vt à creditore liberetur *leg. si ob causam* 13. *Cod. de euict. l. si pupilli* 66. *iunct. l. si creditor* 26. *infr. de solut.* Ergo cùm inter creditorem pignus vendentem & emptorem conuenit, vt si debitor pecuniam precij soluerit emptori, liceat ei rem suam recipere, dicendum est, & pactum valere & ex eo tanquam incontinenti & in ipsa rei traditione appositio nasci actionem paciscenti creditori, nec tantum præscriptis verbis, quomodo nasceretur, si talis pactio in contractu stricti iuris & in traditione ex eo facta adhibita proponeretur *l. vltim. Cod. de rer. permut. & præscr. verb. leg. si dominus* 8. *leg. si tibi* 13. & *pass. infr. de præscr. verb. leg. legem* 9. *Cod. de donat.* sed etiam ex vendito *leg.* 2. *Codice de pact. int. empt. & vendit.* quoniam

niam pacta incontinenti post contractum bonæ fidei apposita, non solùm insunt contractui, sed etiam contractum informant, & actionem ex contractu descendentem *l. iuris gentium 7. §. quinimò & seq. supr. de pact. l. in bonæ fidei 13. Cod. eod.* Ac proinde quemadmodum si debitor pecuniam creditori soluisset, haberet hodie actionem pignoratitiam aduersus creditorem ad rem suam recipiendam *leg. si rem 9. §. omnis pecunia & seq. supr. & pass. hoc tit.* ita & si conuenerit inter creditorem & emptorem pignoris, vt si precium reddat emptori debitor, perinde illi rem suam recipere liceat, dicendum est actione pignoratitia teneri perinde creditorem, vt quam ex pacto suo acquisiit actionem ex vendito, eam præstet debitori. Cui enim non æquum videatur id saltem eum præstare, quod sine ipsius dispendio futurum sit? *l. in creditore 38. infr. de euict.* Nec quod creditor suum debitum consecutus sit, facere debet, vt creditoris desierit interesse, ideóque actionem, quam priùs habuit, amisisse videatur. Nam imò verò interest adhuc creditoris, vel ob hoc ipsum, quòd obligatus est, vt eam actionem præstet. Abesse enim cuique videtur id, in quo alij est obligatus *l. si quis mandatu 28. supr. de negot. gest.* Proinde actionem ex pacto suo sibi quæsitam adhuc retinet, quousque à debitore suo sit omnino liberatus. Aliaque ratio est actionis per solutionem extinctæ, quam certum est cedi ex interuallo non posse *l. Modestinus 76. infr. de solut.* sed quæ extincta non est ex post facto quoque & ex interuallo cedi potest *l. si res obligata 57. in fin. de legat. 1.* Illud magis mirari quis possit, quomodo ex pacto creditoris apposito in fauorem debitoris detur actio creditori, qui quanquam pactus ipse est, non tamen ad suam sed ad debitoris vtilitatem pactus fuit. Sed iam diximus ex pacto in rei traditione apposito dari actionem paciscenti, tum quoque cum ei pactum inutile est ex *d. l. ei fundo 19. iunct. leg. quoties 15. de seruit.* itemque non esse pactum inutile creditori, per quod acquirit sibi actionem, quam posteà præstare possit debitori, in cuius vtilitatem pactum interuenit. An verò aliquid interest, an pactus sit creditor cum emptore in propriam suam vtilitatem, an in vtilitatem debitoris? Ita putat Bartolus ad *l. si creditor 7. in princip. infr. de distract. pignor.* vbi ait, si creditor pactus sit, vt liceat sibi recuperare pignus, quod vendidit, nullam ex hoc pacto quæri actionem debitori contra emptorem, sed tantùm contra creditorem, pignoratitiam scilicet vt eam præstet, quam contra emptorem habet; si verò pactus sit, vt ipsi debitori rem obligatam recuperare liceat, posse debitorem ex hoc pacto agere suo nomine aduersus emptorem pignoris ex *d. l. si creditor §. 1.* id est, recta & sine cessione, adeóque & vindicationem habere vtilem, & in factum actionem, vt Castrensis, & alij addunt ex hac lege. Mihi tamen posterior pars huius distinctionis probari non potest, qui video ex iuris ratione fieri nullomodo posse, vt ex pacto vnius alteri quæratur actio, nec si paciscentis interfit, vt suprà diximus ex *l. cùm res 22. Cod. de donat. l. ex conuentione 11. l. cùm proponas 21. Cod. de pact. d. l. quæcunque 11. de oblig. & action. l. stipulatio ista 38. §. alteri de verb. oblig.* extra casum *l quoties 3. Cod. de donat. quæ sub mod.* nec esse simile quod scriptum est in *l. pen. Cod. ad exhib.* ex pacto illius qui res meas apud te deposuit, vel tibi commodauit pactúsque est, vt mihi restituantur, acquiri mihi vtilem depositi, vel commodati actionem. Id enim si quam rationem habere potest, illam certè habet, quòd ea lex & pactio apposita est in traditione rei meæ, & quæ etiam post traditionem durat, mea, vt Batolus loquitur, ac cuius directam vindicationem habere possum meo iure, ad vrgendam eius restitutionem tanquam rei meæ, nulla etiam pactione interueniente. Quid enim possessoris interest, an rem meam cogatur mihi restituere directa vindicatione, an vtili actione depositi vel commodati? Quanquam ex parte mea valde interest vtra actione experiar, quoniam in exercenda vindicatione directa dominium meum probare debeo, cuius probatio plerunque difficilis est §. *commodum Instit. de interd.* in exercenda verò actione personali nihil nisi pactionem. At in specie huius legis, cùm creditor meus datum à me pignus vendidit tibi ea lege, vt mihi liceat precium soluere, & rem meam recipere, appositum est pactum in venditione rei meæ quidem, sed quæ mea esse desinit per venditionem, & quam creditor vendit eo penè iure quo si rem suam venderet, cùm vendat eam ex mea voluntate *Instit. quib. alien. licet vel non in princip.* Itaque non est tanta ratio, vt ex eius pacto acquiratur mihi actio aliqua personalis, siue præscriptis verbis, siue in factũ eam velis dicere, multo minùs vindicatio siue directa, siue vtilis, quæ, vt diximus, non ex pacto nascitur, sed ex dominio actoris, & possessione illius qui conuenitur. Nec rursus possis cum Bartolo dicere, per creditorem posse hoc casu acquiri actionẽ debitori, quasi per procuratorem paciscentem ex re domini *arg. l. quod procurator 68. de procur. iunct. l. si pignori 29. supr. famil. ercisc.* Non enim acquirit creditor tanquam procurator ex re domini, cùm paciscitur, vt liceat debitori precio soluto rem suam recipere, sed ex sua negotiatione, magisq; circa rem debitoris paciscitur quàm ex re ipsius debitoris *arg. l. si heres pecuniam 73. iunct. l. postulante 44. ante fin. infr. ad SC. Trebell.* Et quamuis possit creditor videri procurator debitoris in vẽdendo pignore, nõ æquè tamen in paciscendo de redẽptione pignoris. Est enim ea pactio quodammodo contraria venditioni pignoris, adeò vt dubitatũ sit, an pignoris vẽditio rectè cõtracta sit, quę sub ea conuentione cõtracta est *leg. si creditor 7. in princip. infr. de distr. pignor.* Quare vt tandem dicam quod sentio, valde suspectum mihi est quod in hac lege scriptum lego,

a *Sed & debitor aut rem vindicare poterit, aut in factum actione aduersus emptorem agere.* Cùm & ratio iuris repugnet, & præcedentia adiectionem hanc nõ patiantur. Quid enim necesse est, scribi à Iuliano, & rescribi ab Imperatore, ob huiusmodi conuentionem pignoratitiis actionibus teneri creditorem, vt debitori mandet ex vendito actionem aduersus emptorem, si poterat ille agere suo iure, ac citra cessionem, vel vindicatione, vel in factum? Et verò in *dict. leg. si creditor 7. in princip. infr. de distract. pignor.* vbi eadem omnino species proponitur, nisi quod ibi confertur pactio in vtilitatem creditoris, hîc verò in vtilitatem debitoris, eadem Iuliani sententia refertur à Marciano, quę hîc ab Vlpiano, (vt intelligamus nihil referre, an sibi pactus sit creditor an debitori) de cedenda per creditorem actione ex vendito aduersus emptorem, nec quicquam additur de danda debitori vindicatione, aut in factum actione: quod tamen non magis in illa specie, quàm in hac prætermittendum erat, si verè dici & adiici potuisset: cùm nec illud Marcianus prætermiserit, quod minoris erat momenti, minorisque dubitationis, sententiam Iuliani, quamuis non nisi de pignore locutus ille sit, tamen etiam in hypotheca

BIU Cujas

locum habere. Atqui dicat aliquis, cùm pactio in personam & vtilitatem debitoris concepta est, nempe si pignus ita venditum sit, vt soluta à debitore pecuniâ intra certum tempus emptio rescindatur, competit ius debitori soluendæ pecuniæ, & rescindendæ venditionis, vt scriptum est in *dict. leg. si creditor* §. 1. vbi nulla fit mentio cessionis hoc casu per creditorem faciendæ: quasi nec possit creditor vlla actione cedere, tanquam qui nullam habeat ex pactione quam non in suam, sed in ipsius debitoris fauorem & vtilitatem apposuerit, sed non ita est. Etsi enim in *dict.* §. 1. scriptum est ex Marciano, soluta per debitorem intra præstitutum tempus pecuniâ posse debitorem intra illud tempus soluendo pecuniam, hypothecam recipere, id tamen intelligi debet, vt verba sonãt, cùm emptor precij pecuniam vltro accepit, nec secum de ea re litigari passus est. Non enim potest soluta esse pecunia ex parte debitoris, quin accepta sit ex parte emptoris. Sed si emptor pignoris solutionem precij accipere recusaret, in eamque rem debitor contra eum agere cogeretur, indigeret vtique cessione actionis ex vendito ad rescindendam venditionem, cùm & ad id necessaria sit actio ex vendito *leg. ex empto* 11. §. *is qui vina infr. de action. empt. leg. qui ea lege* 3. *& seq. Cod. de pact. int. empt. & vendit.* & inauditum sit, alij competere actionem ex vendito, quàm ei ipsi qui vendidit *dict. leg. quæcunque* 11. *de oblig. & action.* Vindicationem sanè hoc casu siue directam, siue vtilem non posse competere, ante rescissam venditionem certum est *dict. l. 3. & 4. C. de pact. int. empt. & vendit.* Quanto minùs ergo in specie huius legis, vbi pactum non in rem de rescindenda venditione interpositum est, sed in personam debitoris, vt liceat ei solutâ pecuniâ rem suam recipere. An non enim aliud est recipere, aliud vindicare? Est igitur hîc versiculus *sed & ipse debitor aut vindicare rem poterit, aut in factum actione cõtra emptorem agere* totus à Triboniano additus, cuius certè magis, quàm aut Iuliani, aut Vlpiani sapit iurisprudentiam, vt ex superioribus apparet. Quæ me res mouet, vt putem nec sibi temperasse Tribonianum, quin Marciano perinde manus intulerit in *d. l. si creditor* 7. §. 1. *& seq. de distract. pignor.* vt jam alibi scripsimus, & latiùs ad eam legem, si Deus volet, scribemus. Hæc verò ad legem hanc sufficiant, nisi quod addendum est, malè pragmaticos hac lege passim abuti, vt probent, ex pacto de retrouendendo inter alios apposito dari posse actionem tam in personam quàm in rem contra tertium rei retrouendendæ possessorem, itemque ex recognitione vnius emphyteutæ perinde agi posse cõtra tertium quemlibet emphyteuticę rei possessorem, etiam qui ab ipso emphyteuta causam non habeat, non tantùm vt canonem annuum soluat, sed etiam vt recognoscat. Quod vtrumque ex iuris ratione falsum certè est, non enim personalis obligatio etiam quæ ratione fundi nata sit, sequitur singularem successorem, quamuis fundi possessorem *leg. vltim. §. 1. infr. de contr. empt. l. 1. §. si heres infr. ad SC. Trebell.* Ideoque vtrumque quod diximus, duobus statutis Sabaudiæ nominatim cautum est publicę vtilitatis gratia, cùm iuris ratio sufficere in eam rem non posset.

1 ¶ Venit autem in hanc actionem & dolus, & culpa, vt in commodato. venit & custodia. vis maior non venit.

Ad §. 1. Venit autem.

RAT. DVB. Larga est differentia inter pignus & commodatum, pignus enim fit gratia vtriusque tam debitoris quàm creditoris, commodatum verò gratia solius accipientis. Non est igitur bona comparatio, quæ hîc fit ab Vlpiano, vt quia in commodato venit non tantùm dolus, & culpa, sed etiam custodia, idem quoque dicendum sit de pignore. Alioqui sequeretur in pignore culpam omnem venire etiam leuissimam, sicut in commodato: quod tamen falsum est *leg. si vt certo* 5. §. *nunc videndum & §. interdum l. in rebus* 18. *in princip. supr. titul. prox. leg. contractus* 23. *de regul. iur.* §. *vltim. Instit. quib. mod. re contr. oblig.*

DEC. Dolus in omnibus bonæ fidei iudiciis præstatur etiam ex iis contractibus, qui solius dantis gratia fiunt, quia nihil tam contrarium est bonæ fidei, quàm dolus *leg. si dolo* 5. *Cod. de rescindend. vindit. leg.* 3. §. *vltim. infr. pro socio*, vt in deposito cernere est. Culpam verò cùm dicimus leuem, intelligimus non leuissimam, vt neque latam, quemadmodum diximus ad *dict.* §. *nunc videndum.* Proinde quod hîc scribitur in pignore non tantùm dolum venire, sed etiam culpam sicut in commodato, non tollit differentiam, quæ est inter pignus & commodatum, quod ad culpam leuissimam pertinet. Custodiam verò ideo præstat creditor æquè ac commodatarius, quia rem sibi à debitore traditam accipit, & quidem restituendam suo tempore: ergo & interim custodiendam. Quomodo enim rem amissam, nec benè custoditam restitueret? Aut quis alius rei custodiam præstare possit, aut debeat, quàm qui rem penes se habet? Adeò vt neque depositarius à custodia rei depositæ excusetur, nisi quod sufficit, vt in re custodienda talem diligentiam adhibeat, qualem in rebus suis adhibet, etiamsi in rebus suis negligens esse soleat *leg. quod Nerua* 32. *infr. depos.* quia imputare sibi debet, qui negligenti amico rem suam custodiendam tradit *leg.* 1. §. *is quoque apud quem de oblig. & action.* cùm tamen ea diligentia requiratur à creditore, quam paterfamilias non quilibet, sed diligens in rebus suis præstare solet, vt scriptum est in *leg. seq.* non tamen quam diligentissimus. Id enim culpam leuissimam includeret, quam commodatarius quidem præstat, sed creditor non præstat *dict.* §. *nunc videndum*, quia non solius creditoris gratia pignus contrahitur, vt commodatum fauore solius commodatarij, sed etiam gratia debitoris. In eoque differt commodatum à pignore, non etiam in eo quod ad vim maiorem spectat: illa enim à nemine præstatur, quia neque ex bona fide est, vt præstatur *dict. leg. contractus in fin. leg. si merces* 25. §. *vis maior. infr. Locat.* nec magis resisti vt maiori potest, quàm Deo, vnde & à Græcis Θεοβία appellatur *dict.* §. *vis maior.* Sed hæc quidem in pignore conuentionali obtinent, vt & dolum & culpam non modò latam, verùm etiam leuem, non tamen leuissimam præstare debeat. In pignore autem prætorio, quod permissionem in possessionem constituitur *leg. non est mirum* 26. §. 1. *infr. hoc tit.* aliud est, quia in eo creditor, qui in possessionem missus

missus est dolum duntaxat non etiam culpam præstare tenetur *l. prætor ait 9. §. est prætereà quæsitum infr. de reb. author. iudic. possid.* quia non ex voluntate, sed ex iuris necessitate pignus illud contrahit creditor, vt solutionem à fugiente & latitante debitore consequatur.

14. PAVLVS libro 29. ad Edictum.

EA igitur, quæ diligens paterfamilias in suis rebus præstare solet, à creditore exiguntur.

Ad l. Ea igitur 14.

Pendet huius legis interpretatio ex iis quæ proximè diximus ad legem præcedentem, iisdémque dubitandi & decidendi rationibus concluditur. Iunge *d. l. in rebus 18. in princip. supr. tit. prox.*

15. VLPIANVS libro 28. ad Edictum.

CReditor cùm pignus reddit, de dolo debet debitori repromittere: &, si prædium fuerit pigneratum [a], etiam de iure eius repromittendum est, ne fortè seruitutes, cessante vti creditore, amissæ sint.

Ad l. Creditor 15.

RAT. DVB. Creditor pignoratitius, & cùm accipit pignus & cùm reddit, nihil dolo malo facit: vtrumque enim facit ex voluntate debitoris. Ergo nihil causæ est, cur de dolo repromittere debeat in pignore reddendo. DEC. Creditor tenetur dolum præstare in re pignorata, vt proximè scripsimus, adeóque etiam culpam, & latam quæ dolo æquiparatur, & leuem quæ dolo caret, & à dolo longè dissita est. Nec enim quod ex debitoris voluntate creditor pignus possidet, facere debet vt liceat ei in re aliena siue dolum, siue culpam impunè admittere, cùm dolus semper excluſus esse debeat ne quis facilè inuitetur ad delinquendum *l. si vnus 27. §. illud nulla supr. de pact.* culpa autem quæ in rebus propriis culpanda est, in alienis sit coercenda *l. si constante 24. §. si maritus infr. solut. matr.* Atqui potest fieri, vt creditor quandiu pignus penes se habet, dolo malo versetur, & per culpam multa faciat, aut negligat, quæ rem pignoratam fecerint deteriorem. Ergo æquissimum est, creditorem pignus reddentem de dolo repromittere, vt hîc scriptum est, nec tantùm de dolo, sed etiam de culpa, vt in marito Paulus tractat in *l. si filiofamilias 25. §. maritum eod. ill. tit.* de suo enim facto ac multo magis de dolo suo quemque teneri æquum est, etiam eum quem aliter teneri non oporteret *l. de tuo 9. infr. mandat. l. metum 9. §. Iulianus & §. ex hoc supr. quod met. cauſ. l. si post acceptum 18. supr. de rei vindic.* Et quod scriptum est in *l. debitor 40. §. vlt. infr.* creditorem cui soluta pecunia est, possessionem pignoris quæ corporalis apud eum fuerat restituere debere, nec quicquam amplius cogi præstare, non excludit hanc repromittendi necessitatem, quæ & ipsa generali restitutionis appellatione continetur *l. videamus 38. §. in Fauiana infr. de vſur. l. 3. §. si reddita supr. tit. prox.* Illud tamen obseruandum est, quòd Vlpianus hîc obligat creditorem non vt caueat, quomodo in specie *d. l. si post acceptum*, id est, dato fideiussore. [generaliter enim satisdatur in omnibus prætoriis stipulationibus *l. 3. de stipul. prætor.*] sed vt tantùm repromittat, id est nuda cautione ac sine fideiussore promittat *l. si dictum 56. in princip. infr. de euict. l. pacta conuenta 72. de contr. empt.* nam & cautionis nomine extra causam prætoriarum stipulationū nuda repromissio significatur *leg. 3. C. de verb. signific.* Porrò nuda repromissio non valde onerat promittentem, quomodo satisdatio onerat satisdantem. Nec enim tam facile est inuenire fideiussorem *l. 2. §. sed si dubitetur*, vbi diximus *supr. de iudic.* Planè si per errorem aut per imprudentiam debitoris repromissio petita non sit, non eo minùs poterit iudex creditorem condemnare, vt vel repromittat vel tantundem præstet, quantum si repromisisset, vt de stipulatione duplæ dicitur in *l. 5. verſ. communes de verb. oblig.* quod & Accursius noster hîc notat.

a *Et, si prædium fuerit pignoratum.* RAT. DVB. Non fit locupletior creditor qui accepto in pignus prædio cui seruitutes debebantur, seruitutibus vsus non est, eásque amisit non vtendo. Nec enim modus acquirendi est, amittere, & in amittendo nullum factum intercedit amittentis, magísque à lege fit, quàm ab homine, vt seruitutes non vtendo amittantur. Ergo æquum non est, vt de iure prædij pignorati creditor cùm pignus reddit, repromittat, aut vt ob amissas seruitutes quicquam debitori præstet. DEC. Tenetur creditor in re pignorata eam diligentiam præstare, quam diligens paterfamilias in rebus suis adhibere solet, vt scriptum est in *leg. prox. præced.* Atqui diligens paterfamilias non patitur amitti, non vtendo seruitutes prædio suo debitas. Est enim species alienationis, si quis rem suam aut sibi debitam vsucapi, aut præscribi patiatur *leg. alienationis 28. de verb. signific. l. si fundum 16. infr. de fund. dotal.* nempe quoniam & vsucapiones & præscriptiones omnes in odium negligentium comparatæ sunt *leg. 2. leg. vltim. in fin. Cod. de annal. except.* Qui autem est negligens, cùm non faciat id quod facere debet, hoc ipso facit, contra id quod facere debet, secundùm iuris regulam, de qua in *leg. qui non facit 121. de regul. iur.* Ideóque solemus dicere non minùs culpam contrahi in omittendo, quàm in committendo, & quamuis regulariter multo leuiùs, interdum tamen etiam grauiùs: quàm enim multa sunt, quæ non modò sine culpa, sed etiam sine scelere prætermitti non possunt. Itaque cùm dicimus teneri creditorem de non facto suo, quòd eo cessante vti seruitutibus seruitutes non vtendo amiserit, hoc ipso satis dicimus teneri eum de facto suo quamuis minùs propriè. Opponit enim ista Vlpianus quasi diuersa: repromittere creditorem de facto suo, & repromittere de iure prædij. Nec quod creditor ex seruitutum amissione locupletior factus non sit, ad rem facit. Sufficit enim miserum debitorem ea ratione ex facto aut negligētia creditoris fieri pauperiorem, vt offendatur iuris naturalis & ciuilis regula, quæ non patitur alteri per alterum, iniquam condicionem inferri *vulg. leg. non debet alteri 71. leg. factum*

BIU Cujas

175. *de regul. iur.* Idcirco autem loquitur Vlpianus in hoc versiculo nominatim de prædio, quia cæteræ res mobiles neque amittuntur ipsæ non vtendo, neque ius aliquod habent, quod non vtendo amittatur. Seruitutes enim rerum mobilium nullæ sunt, si vsumfructum & vsum excipias, quæ seruitutes personarum sunt, & quæ licèt etiam non vtendo amittantur *tot.tit.quib.mod.vsusfr.vel vsus amitt.* perinde ac seruitutes siue vrbanorum, siue rusticorum prædiorum *tit.quemadm.seruit.amittant.* non possunt tamen amitti non vtendo ab eo à quo possidentur, quomodo seruitutes prædiorum amittuntur, etiam ab eo, qui prædium possidet. Aliud enim est, prædium possidere, aliud verò vti seruitutibus prædio debitis. Cùm verò teneatur hoc casu creditor ob suam negligentiam, consequens est, quod Accursius noster ex Azone monet, non ad alium creditorem hoc pertinere, quàm ad eum, qui sciuerit prædio pignorato seruitutes deberi. Negligentia enim omnis supponit scientiam, & excludit ignorantiam §.1.*l.prox.infr.l.cùm sex* 55.*de ædilit.edict.l.si fideiussor* 29. §.*si cùm debitor infr.mandat.* Alioqui si creditor ignorauerit seruitutes, quas deberi sciebat debitor, est magis quod debitori quàm quod creditori imputetur *leg.in vendendo* 66. §. 1. *de contr.empt.* Est enim hoc casu deceptus creditor, qui si prædio pignorato seruitutes deberi sciuisset, iis vtique vsus fuisset, atque ita non solùm debitoris ius integrum conseruasset, sed etiam suum auxisset, tantóque plus commodi ex pignore pro suo iure percepisset, sicin *leg.*1. §.1.*l.si sterilis* 21. §.1.*infr.de act.empt. leg. qui libertatu* 69. *de euict.*

16. PAVLVS libro 29. ad Edictum.

TVtor, lege non refragante, si dederit rem pupilli pignori, tuendum erit: scilicet si in rem pupilli pecuniam accipiat. Idem est & in curatore adulescentis, vel furiosi.

Ad l. Tutor 16.

RAT. DVB. Non valet pignus rei alienæ & à non domino datum, nisi ex domini voluntate datum sit *leg.aliena res* 20.*infr. hoc tit.l.*1. *& tot.tit. C.si res alien.pignor.dat.sit.* Debet enim creditor, qui pignus accepit, probare rem obligatam in debitoris dominio, aut saltem in bonis eo tempore fuisse *leg.& quæ nondum* 15. §. *quod dicitur infr. de pignor.* Atqui tutor non est dominus rerum pupillarium, sunt enim sicut diuersæ personæ ita & diuersa patrimonia tutoris & pupilli, vt nemo non videt. Ergo non est tuendum à prætore pignus, quod à tutore datum est, quamuis pro debito pupilli. Nec enim bona consecutio est, vt quisquis alium obligare potest, etiam ipsius bona pignori dare possit *l.3.infr. quod iuss.*

DEC. Tutor non tantùm vice, & loco domini est *l.is qui in puteum* 11. §. *an ignoscitur infr. quod vi aut clam.* sed etiam dominus rerum pupillarium, cùm benè & ex fide tutelam administrat *l.qui fundum* 7. §. *si tutor infr. pro emptor.* Ideóque dicimus non malè contrahi cum tutoribus, siue pupillum simul ad contrahendum adhibeant, cui authoritatem ad contrahendum præstent, siue soli contrahant absque pupillo *l.* 4. *in fin. de euict.* Atquin ad pupilli vtilitatem pertinet, vt possit mutuas pecunias accipere, aut ad creditores dimittendos, aut ad alia sua negotia gerenda, quas porrò sine pignoris alicuius oblatione inuenturus non sit, sine quibus tamen de maiore damno periclitari possit. Ergo si tutor in rem pupilli mutuam pecuniam acceperit, ex eaque causa pignus dederit rei alicuius pupillaris, tuendum est pignus à Prætore tanquam rectè, riteque cõstitutum. Idque adeò verum est in tutore, vt nec in furiosi, vel adolescentis curatore aliud sit, si quis eorum in rem vel furiosi, vel adulti, & vtilitate eorum ita exigente pecuniam mutuam acceperit, & pignus dederit, vt Paulus hîc subiungit. Et quidem in curatore furiosi, ius est apertius, quia is parum distat à tutore, cùm æquè detur personæ principaliter, rebus verò non nisi per consequentias *l.*1. *iunct. l. pignus* 11. *infr. de curat.furios.* Sed in curatore adolescentis difficilius id videtur, quia non sicut cæteri datur personæ, sed rebus. Nec solent curatores contrahere soli pro adultis, sed tantùm adultis contrahentibus authoritatẽ præstare, quod longè diuersum est. Sed tamen in hoc casu nulla est inter curatores differẽtia *l.curator* 3. *C.si alien.res pignor.dat.sit.* In iis enim quæ ad rerum administrationem pertinent, æqualis est, vt esse debet eorũ potestas & authoritas, ne si aliud iuris in adolescentis curatore hac parte constituamus, damnum aliquod incurrat minor, quod alioqui non esset incursurus. Nec sanè quod minorum fauore constitutum est, ne ignorantes obligari per curatores suos possint, ad eorum perniciem & iniuriam trahi debet, si fortè ita exigente eorum vtilitate curator sine ipsis contraxerit, & pro mutua pecunia accepta pignus dederit *arg.l.pen.C.ad SC.Trebell.l. non eo minùs* 14. *C.de procur.l.*2. *quando ex fact.tut.infr.* In pignoris autem datione tanto facilius admitti hoc debet, quòd minoris momẽti est, nec facit adultum pauperiorem, quem tamen facere locupletiorẽ potest. Sic dicimus posse curatorem minoris iudicium suscipere pro minore *l.*1. §. *in adultorum infr. de admin. tutor.* quia non posset non onerari maioribus sumptibus minor, si & ipse authore curatore iudicium accipere cogeretur. Quãquam satis mihi suspectum est, vt aliàs monui, quod in eo §. scriptum lego, magisque Triboniani quàm Vlpiani sensum & elegantiam redolere id mihi videtur. Sed de hoc aliàs. Planè quæ de tutoribus & curatoribus furiosi, vel adolescentis diximus, ita accipienda sunt, si lege non refragante pignus dederint, vt Paulus hîc addicit: id est, vt benè Accursius interpretatur, si pignus rei mobilis datum sit, non etiam si rei immobilis & soli. Oratio enim Diui Seueri quæ alienationẽ prædiorum pupilli, vel adulti tam distinctè prohibuit, nisi decreto iudicis interueniente, non tantùm de alienatione locuta est, sed etiam de pignoris datione, vt constat ex *l.*1. *& rubrica ipsa tituli de reb.tut. qui sub tutel.vel cur.sunt sine decret.non alien.vel suppon.* nempe quia per datione pignoris etiam ad alienationem, si non soluatur pecunia, peruenitur *tot. tit. de distract.pignor.l.*4. *& pass.supr. l.vlt. Cod. de reb. alien. non alienand.* Ergo ex quibus causis oratio permittit Prętori decernere alienationem, permittet etiam pignoris dationem, nempe qua permissa non posset alienatio posteà impediri *l.si pupillorum* 7. §. *si pupillus infr. de*

BIU Cujas

infr. de reb. cor. qui sub tutel. Causa autem vix alia vlla est, quàm exsoluendi æris alieni gratia, quod fortè pupillus sub grauioribus vsuris debebat: quamquã totum hoc positum est in cognitione & æstimatione prætoris *l. magis puto 5. §. non passim & §. item prætor eod. tit.* Hodie inter res mobiles & immobiles nulla est hac in re differentia post legem Constantini in *leg. lex quæ tutores 22. C. de admin. tutor.* Ex eò autem quod Paulus hîc scribit, tuendum esse pignus scilicet à prætore, intelligimus non ergo valere ipso iure, sed tuitione prætoria, vt in *leg. si conuenerit 18. infr. leg. 1. supr. quib. mod. vsufr. amitt. l. 1. §. vlt. infr. de superfic.* Verum enim est, neque à domino constitutum fuisse, neque ex domini voluntate. Aliud esset, si pignus à pupillo ipso constitutum esset tutore authore, aut à minore cum authoritate curatoris, non etiam si à furioso ex authoritate sui curatoris. Nihil enim potest facere furiosus ne quidem curatore authore, sed omnia debet facere curator ipse nomine furiosi *l. in negotiis 5. de reg. iur.*

1 ¶ Contrariam pigneratitiam creditori actionem competere, certum est. proinde si rem alienam, vel alij pigneratam, vel in publicum obligatam dedit, tenebitur: quamuis & stellionatus crimẽ committat[a]. Sed vtrum ita demum, si scit, an & si ignorat? & quantum ad crimen pertinet, excusat ignorantia, quantum ad contrarium iudicium, ignorantia eum non excusat, vt Marcellus libro sexto Digestorum scribit. sed si sciens creditor accipiat vel alienum, vel obligatum, vel morbosum: contrarium ei non competit.

Ad §. 1. Contrariam.

RAT. DVB. Pignus datur creditori à debitore, aut ab alio debitoris nomine, vt creditori cautum sit, perinde ac si fideiussorem dedisset: in eam namque rem comparatus est vsus pignorum & fideiussorum *l. si mandatu 59. §. vlt. infr. mandat. leg. 4. §. additi infr. de fideic. libert.* Ergo ex contractu pignoris si aliena res, vel alij obligata pignori data sit, danda est tantùm actio directa creditori, non etiam contraria pignoratitia, directæ si quidem actiones dantur ei, cuius principaliter interest, non cuius accessoriè tantùm & per consequentias. Interest autẽ potissimum creditoris, qui si alienam rem vel alij obligatam ignorans pignori acceperit, deceptus est, cùm eiusmodi pignore non possit ei cautum esse.

DEC. Datur pignus non tantùm vt cautum sit creditori, sed ea quoque mente, vt postquam creditori satisfactum fuerit, reddatur debitori. Id verò fit per pignoratitiam actionem, quæ proinde non nisi directa esse potest ex parte debitoris, cùm pignus ei reddendum sit à creditore, cuius nec quicquam interesse videtur, postquã ei soluta omnis pecunia est, aut aliter plenissimè satisfactum, quo demum tempore nascitur pignoratitia. Sed tamen cùm pignus detur creditori ex fide bona, vt ei cautum sit, æquũ est, si debitor rem alienã aut alij obligatam pignori dederit, accommodari contrariam pignoratitiam creditori, non solũ si deceptus sit à debitore scientẽ rem alienam esse aut alij obligatam, sed etiam si dolo careat debitor, & ex iusta ignorantia id fecerit, dummodò creditor quoque idipsum ignorauerit. Nam si sciuit, non habet de quo conqueratur, cùm ipse se deceperit *l. nam si scit 26. supr. de rei vindic.* siue quòd satisfactum ei sit, quomodo voluit, vt ait Accursius ex *leg. si rem 9. §. omnis pecunia supr.* siue quòd certiorari non debuit, qui iam certus fuit *leg. 1. in fin. infr. de action. empt. l. si tamen 48 §. in ædilitiis infr. de ædilit. edict. l. 1. in fin. quod falsò tutor. author. l. apud Celsum 4. §. atẽ Labeo 5. de dolo mal. except.* Alia ratio est hypothecariæ actionis. Nam cùm hypothecaria nihil sit, nisi pignoris persecutio, & vindicatio *l. pignoris 18. C. de pignor. l. si fundus 16. §. in vindicatione & l. seq. infr. eod. illud*, non potest illa directò competere alij quàm creditori, nec vllam admittit contrariam actionem, sicuti nec actio illa directa quę ex stipulatione competit aduersus fideiussorem. Quod tamen dicimus ea re pignori data, quæ iam alij obligata fuerat, teneri debitorem creditori pigneratitia actione contraria, sic intellige cum Accursio, nisi res illa duob. obligata vtrique debito exsoluendo sufficiat. Alioqui neutri fit iniuria, cùm vtrique satisfieri ex pignore possit *l. si quis in pignore 36. in fin. infr. hoc titul.* vbi latius dicemus.

a *Quamuis & stellionatus crimen committat.* RAT. DVB. Contraria actio pignoratitia, quæ datur creditori contra debitorem, ob id quod alienam rem vel alij obligatam pignori dederit, datur etiam aduersus ignorantem debitorem: stellionatus verò nõ committitur, nisi à sciente, vt sequitur in hoc textu, nempe quia contrariæ actioni causam præbet damnum creditoris, cui indemnitatem præstari à debitore æquum est, & ex bona fide, quæ in hoc quoque contractu, vt in cæteris bonæ fidei contractibus totum facit, extraordinariæ verò persecutioni stellionatus causam dat solus debitoris dolus, cùm stellionatus sit delictum, quod nunquam fit sine dolo, quod enim priuatis in actionibus est actio de dolo, id in criminibus est stellionatus persecutio *l. 3. §. 1. infr. de crimin. stellion.* Porrò dolus esse non potest in eo qui ignorat: quamuis cõstet ex Aristotele peccantem omnem esse ignorantem in actu, scilicet practicè practico cùm ipse peccat: dolum enim & scientiam adesse oportet, vbicunque crimen est. Ergo non debuit Paulus crimen stellionatus cum pignoratitia contraria actione coniungere, tractans de debitore, qui rem alienam vel obligatam pignori dedit. DEC. In debitore qui sciens rem alienam vel iam alij obligatam pignori dedit, nulla dubitatio est, quin vtraque actio contra eum competat, & contraria pignoratitia ciuilis, & de stellionatu criminalis. Et ad hunc casum restringendus est hic versiculus. In eo verò debitore qui ignorauit distinctio adhibenda est, vt contraria quidem pignoratitia actione nihilominus teneatur, quoniã culpa quoque sola citra dolum hoc iudicio vindicatur *l. si cùm venderet 13. in fin. supr.* culpa autem semper est, quamuis non semper dolus adfirmare id quod nescias *l. & eleganter 7. §. vlt. supr. de dolo l. Iulianus 13. §. quid tamen inf. de action. empt.* at stellionatus crimine non teneatur, quia contrariam pignoratitiam ignorantia non excusat, quæ tamen stellionatum excusat. Se-

BIU Cujas

cundùm quam distinctionem intelligi debet quod scriptum est in *l.1.in fin supr. & in dict.l. si quis in pignore 36.infr. & in l.vlt.inf.de crimin stellion.* Non enim quisquis iurauit falsò pignora sua esse, alia de causa tenetur de stellionatu, quàm quia peierauit, vt ea lex ait. Nemo autem peierat, nisi sciens, vt constat ex vulgari iurisiurandi formula *si sciens fallo l.qui iurasse 26.§.1.supr.de iureiur.*

2 ¶ Etiam vectigâle prædium pignori dari potest. Sed & superficiarium: quia hodie vtiles actiones superficiariis dantur.

Ad §.vlt.Etiam vectigâle.

RAT.DVB. Non valet pignus quod à non domino datum est, nisi ex domini voluntate datum proponatur, vt sæpius diximus ex *l.si rem 9.supr.leg.alienare res 20.infr tot.tit. C.si alien.res pignor.dat sit.* Atqui possessor fundi vectigalis nullũ habet dominium, nec bonitarium, nec Quiritiarium, nec vtile, nec directum, licèt aliter nostri vulgò existiment, quos & in posterioribus Coniecturarum libris refutauimus & ad *l.1.supr.si ager vectigal petat.* Ergo vectigale prædium pignori dari non potest, eadémque ratione multo minùs superficiarium, cùm & ciuili & naturali iure superficies solo cedat *l. 2.infr. de superfic.leg. qui res 98.§.aream.de solut.*

DEC. Quisquis aut vectigalis aut superficiarij prædij possessor est, licèt nullomodo sit prædij dominus, ne quidem vtilis, ius tamen habet retinendę rei etiam inuito domino quandiu paratus est conuentum vectigal soluere, aut promissam superficiei mercedem *l.2.& 3.ill.tit.si ager vectig.pet.* Ideóque dat ei prætor actiones omnes vtiles, quas domino dat directas scilicet in rẽ non solũ aduersus quemlibet possessorem, sed etiam contra dominum ipsum *d.l. 1.& tot.tit.si ager vectig.l.1.§.1.de superfic.leg.superficiario 74.& seq.supr.de rei vindic.* adeóque quod magis est, seruitutes à superficiario constitutas, quamuis non nisi à domino constitui possint, tuetur prætor, data similiter vtili actione in rem de seruitute *d.l.1.§.vlt. de superfic.* Quidni ergo etiã ab eo constitutũ pignus valebit? *l.etiã superficies 15.infr. qui potior. in pignor. hab.* hactenus saltem vt hypothecariam vtilem creditori, qui tale accepit pignus, dari oporteat, & consequenter vtilem quoque pignoratitiã debitori, si soluto debito recipere pignus velit, itémq; vtilẽ contrariam creditori, si qua de causa indemnitas ei præstanda sit. Planè si ob non solutũ vectigal, aut canonem annuum ius possessoris fundi superficiarij aut vectigalis, aut aliter extinctum sit, pignus quoque ab eo datum extinguetur. Id enim est quod dici solet, resoluto aut finito iure datoris resolui aut finiri ius acceptoris *l.leg.vectigali 29.infr. de pignor.l.4.alias l.si ex duobus §.sed & Marcellus in fin.de in diem addict.*

17. MARCIANVS libro singulari ad Formulam hypothecariam.

SAnè Diui Seuerus, & Antoninus rescripserunt, vt sine deminutione mercedis soli obligaretur.

Ad l.Sanè Diui 17.

RAT.DVB. Inter creditores quidem hypothecarios & pignoratitios ita obseruatur, vt qui prior est, tempore potior sit iure *l.si fundum 4.& pass.C.qui potior.in pignor.hab.* nisi cùm ex aliqua causa posterior habet ius prælationis, vt in *l.interdum 5.infr.eod.ill.tit. l.assiduis 12.C.eod.* Atqui in proposita specie dominus fũdi vectigalis, vel superficiarij cui merces pro fundo debetur, non est creditor pigneratitius, cùm sit dominus: nec.n. potest ei res sua esse obligata *vulg.l. neque pignus 45.de reg.iur.* Nihil igitur causæ est, cur domin⁹ præferri debeat pro mercede creditori, qui fundum vectigalem vel superficiarium pignori accepit. DEC. Possessor fundi vectigalis vel superficiarij, nullum habet ius retinẽdi, multo minùs verò obligandi eius fundi, nisi quia & quatenus mercedem pro eo debitam soluit. Alioqui neq; actionẽ, neque retẽtionem vllam habere potest, cùm eo casu expellere illũ dominus propria authoritate possit *d.l.1.in princ.& l.2.sup.si ager vectig.petet.* Ergo fieri nequit, vt in eo fundo creditor præferatur domino, qui cũ sit dominus, plus certè iuris habet in re sua, quã si esset creditor pignoratitius, quia & plus quã creditor est. Prior igitur causa est domini soli, si non soluatur ei salariũ: quomodo scriptum est, & legendum non vt vulgò *salariũ in l.etiam 15.infr.qui potior. in pign.hab.* Sic dicimus, in actione de peculio nullũ priuilegium præponi posse patri vel domino, cùm ex persona filij vel serui de peculio conueniuntur *l. ex facto 52.infr.de pecul.* & similiter, in liberto nõ posse antiquiorem contractum vllum esse contractu operarum, sine quo libertas ei data non esset *leg. in liberto 77.infr.de solut.leg.3.C. an seruus ex suo fact.*

18. PAVLVS libro 28. ad Edictum.

SI conuenerit, vt nomen debitoris mei pignori tibi sit: tuenda est à prætore hæc conuentio: vt & te in exigenda pecunia [a], & debitorem aduersus me, (si cũ eo experiar) tueatur. ergo, si id nomen pecuniarium fuerit [b]: exactam pecuniam tecum pensabit. si verò corporis alicuius [c], id quod acceperis, erit tibi pignoris loco.

Ad l.Si conuenerit 18.

RAT.DVB. Nomen debitoris mei nõ est meum, nec si ex pecunia mea contractum sit, multo minùs autem per pignoris dationem fieri meum potest, cùm pignoris datio non sit modus habilis ad transferendum dominium, quia nec perpetuam causam habet,

BIU Cujas

habet, sed temporalem *l. grege* 13. *§. etiam inf. de pignor.* Dominium autem, vt sæpius diximus, ex temporali causa non transfertur *l. 1. de iur. dot.* Imò, quod magis est, creditor, licèt sit dominus nominis, non tamen dominus est rei debitę, sed ipse debitor *l. 1. de liberat. legat.* Atqui non alius potest dare pignori, quàm qui dominus est, aut qui saltem habet domini voluntatem *l. aliena res* 20 *infr.* nec rursus actionem alius habere potest contra debitorem, quàm qui ipse creditor est, nec aduersus alium, quã suum debitorem *l. cum cui mutuam* 13. *C. de oblig. & action. l. 3. C. de hered. action.* Ergo si debitor meus nomẽ sui debitoris mihi pignori dederit, neque pignus valere potest, neque actio vlla mihi competere aduersus debitoris mei debitorem cum quo non contraxi. Personales enim obligationes, & quæ ex obligationib. nascuntur, actiones ideò dicuntur personales, quia personis cohærent, & vt nostri loquuntur, inhærent ossibus, nec ad alias personas siue actiuè siue passiuè transferri ipso iure possunt *l. vlt. §. 1. de contr. empt. l. 1. §. si heres infr. ad SC. Trebell.* neque si nomen debitoris aut venditum, aut in solutum, aut in dotem datum sit *leg. 2. l. si in solutum* 6. *C. de oblig. & act. l. pen. & vlt. C. quand. fisc. vel priuat.* DEC. Vtilitatis publicæ gratia, & ad ampliandam commerciorum libertatem multa ex æquitate inducta sunt contra strictam iuris rationem: maximè verò in pignoribus *l. sed an via* 12. *in fi. de pignor. iunct. l. ita vulneratus* 52. *in fin. supr. ad leg. Aquil. l. quòd si minor* 24. *§. 1. de minor. l. si quis mancipio* 17. *§. si impubes infr. de Instit. act. l. cùm plures* 12. *§. 1. de admin. tut. l. qui autem* 14. *§. 1. supr. de pecun. constit.* Inter cætera verò illud ex æquitate contra stricti iuris rationem inductum est, vt nomen quoque debitoris à creditore pignori dari possit. Id enim est quod Imp. Alex. ait in *l. nomen* 4. *C. quæ res pignor. dar. poss.* iam pridem placuisse, id est, ex æquitate receptum fuisse, vt nomen quoque debitoris pignorari & generaliter & specialiter possit. Nam à quo tempore pignorum irrepsit vtilitas, vt loquitur Vlpianus in *d. l. qui autem* 14. *§. 1. de pecun. constit.* an non fuisset iniquum vtilitate illa priuari eos, qui nihil nisi nomina debitorum in bonis habuissent? Nec alius Imperatorum Diocletiani & Maximiani sensus est in *l. postquam* 7. *C. de hered. vel act. vendit.* eò tandem decursum esse, vt cautiones quoque debitorum pignori dentur, traditis scilicet instrumẽtis, in quibus scripta sunt nomina debitorum, vt sit propriè pignus quod per traditionem constituitur *l. si rem* 9. *§. propriè supr. hoc titul.* Fit autem hæc traditio, nõ vt creditor creditoris fiat creditor debitoris inferioris, & vt contra eum possit agere directa actione competente ex contractu, multo minus autem vt dominium rerum debitoris pro nomine obligatarum transeat in creditorem, quod nec in emptorem nominis transiret *l. ex nominis* 8. *C. de hered. vel act. vendit.* sed tantùm, vt exemplo eius qui nomen emit, cui actiones vtiles ex propria ipsius persona accommodatæ sunt, rescripto Diui Pij, etiam ei cui nomen pignori datum est, æquè vtiles actiones accommodari debeant *d. l. nomen*, nec ipsi tantùm, sed ei quoque qui tale nomẽ pignoraticium à creditore pignoratitio emerit *d. l. postquam l. emptor* 5. *& d. l. ex nominis* 8. *eod. tit. iunct. l. si cum emptore* 16. *supr. de pact. d. l.* 2. *C. de oblig. & action. d. l. vlt. C. quando fisc. vel priuat.* Directas enim actiones neq. pignus, neque datio in solutum, neque venditio nominis transferre in alium potest, nisi mandatas, & ita vt mandantis nomine exerceri eas oporteat, vt ex supradictis legibus apparet, & ex *l. 1. C. de oblig. & act. l. qui stipendia* 9. *C. de procurat.* neque verò haberet vtiles, nisi prudentum interpretatio ad rescriptum Diui Pij ius paullatim, & quasi irrependo induxisset. Vnde est, quod cessante conuentionali pignore nominis, non aliter potest nomen debitoris capi pignori in executione iudicati, quã si alia bona nulla sint, quæ pignori capi possint. Adeò vt in eam rem necessarium fuerit Imperatoris rescriptum de quo Vlpianus in *l. à Diuo Pio* 15. *§. sic quoque iudices infr. de re iudic.* nec tam pignori, quàm pignoris loco capi dicuntur hoc casu nomina debitorum *leg. 2. & leg. penult. C. quando fisc. vel priuat.* nempe quia stricta iuris ratio resistit, ne debitorum nomina pignori vel dari vel capi possint. Non solent autem nec debent prudentes à summo iure recedere, nisi vbi manifesta vrget æquitas, & publica vtilitas, quæ vt plurimum ex necessitate æstimatur. Itaque benè hîc Paulus ita loquitur, vt dicat, si conuenerit, vt nomen debitoris mei sit tibi pignori, tuendam esse à prætore hanc conuentionem, vt intelligamus nõ ergo valere pignus ipso iure, sed tuitione prætoria, quemadmodum in specie *leg tutor* 16. *in princip.* vbi diximus *supr. iunct. l. si pupillorum* 7. *§. 1. infr. de reb. eor. qui sub tutel. leg. 1. supr. quib. mod. vsufru. amitt. leg. 1. §. vlt. infr. de superfic.* tuendam tamen esse conuentionem à prætore, ne alioqui magno incommodo afficiantur debitores, si nõ iis liceat nomina quoque debitorum suorum pignori dare, cùm fructus rei sit vel pignori dare licere *l. vlt. infr. de vsur.* Ergo aliorum bonorum excussio facienda est, antequam nomen debitoris pignori capi possit in executione iudicati *d. l. pen.* at non vt ex conuentione pignori dari possit. Latius enim patet voluntas contrahentium, quàm potestas iudicis iudicatum exequentis, nec ob id minus potest debitor nomina debitorum suorum dare pignori, quòd alia bona habeat. Cęterùm nec hodie cogitur creditor agens contra nomen debitoris sui alia eius bona excutere, siue quod iura non possideantur, & beneficium illud solis possessoribus datum sit. *Authent. hoc si debitor C. de pignor.* siue quòd nihil intersit debitoris, qui à creditoris sui creditore conuenitur, cui soluat, cùm æquè sit liberationem cõsecuturus, nec proinde verendum sit, ne ex ea cautela aliqua noua insurgat: quomodo in possessore conuento cõtingeret, vt Bart. hîc disputat. Multum tamen interest, si quis partitè loqui velit, an nomen pignori datum sit, an hypothecæ. Nam is qui pignori accepit, cùm pignoris datio nominis includat ex se traditionem instrumenti quo nomen continetur *dict. l. si rem 9. §. propriè supr. & l. cùm & sortis* 35. *§. 1. infr. hoc tit.* & quod ipsius etiam instrumenti, puta chirographi appellatione significatur *l. qui chirographum* 59. *de legat. 3.* hoc ipso censetur habere mandatas à creditore actiones directas, quandoquidem traditio instrumenti ex se mandatum actionum continet *l. 1. C. de donat.* Qui autem accepit nomen hypothecæ, id est, nuda pignoris conuentione citra traditionem contentus fuit, speciali & expresso mandato indiget directarum actionum, vt eas debitoris sui nomine exercere possit.

a *Vt & te in exigenda pecunia.* RAT. DVB. Non potest is qui creditor non est, plus iuris habere aduersus debitorem, quàm is qui verè creditor est, cùm ius agendi non aliunde pendeat, quàm ex iure creditoris. Atquin is qui nomẽ sui debitoris pignori dedit, non ideò desinit esse creditor, quia certi sunt modi, vt inducendæ ita & extinguendæ obligationis *l. obligationum ferè* 44. *§. placet infr. de oblig. &*

BIU Cujas

action. inter quos non est pignoris datio nominis. E contrario autem is qui nomẽ debitoris pignori accepit, non idcirco fit creditor inferioris debitoris, contra quem agit, & cum quo nil contraxit. Ergò agentem illum non debet prætor tueri in exigenda pecunia, multo minus debitorem debitoris contra verũ & proprium suum creditorẽ si ab eo cõueniatur. Facit enim suo iure quisquis contra suũ debitorem experitur, qui autem iure suo vtitur, neque dolo facere quicquam videtur, neque vlli infert iniuriam *l. si duorum 52. infr. de act. empt.* Nec sanè in prætoris arbitrio esse potest aut debet, vt ex non creditore faciat creditorem, aut ex nõ debitore debitorem. Contractibus enim id fieri oportet, non authoritate & iurisdictione prætoris, quia voluntates contrahentium audire prætor debet, non iubere, vt de se Imperatores aiunt in *l. omnium 19. C. de testam.*

Dec. Postquam placuit creditori, cui nomen debitoris pignori datum est, vtiles actiones contra debitorem debitoris accommodari, exemplo emptoris nominis, vt suprà diximus, ídque partim ex rescripto Diui Pij, quod de nominis emptore locutũ est, partim ex prudentum ad rescriptum illud interpretatione, non potest prætor recusare quin eum tueatur in exigenda pecunia, ne alioqui faciat contra Imperatoris constitutionem, & contra ius ciuile, si non ei det vtilem actionem *leg. necnon 28. §. quoad eius supr. ex quib. caus. maior. l. cùm sponsus 12. § si res de Publician. in rem action.* quæ porrò non potest esse vtilis, quin sit efficax, vt suam habeat vtilitatẽ. Idcirco enim vtiles actiones dicuntur, quòd vtilitate sua nũquam destituãtur ad differentiam directarum, quæ licèt ipso iure competant, non tamen semper sunt efficaces *leg. ita tamen 27. §. qui ex Trebelliano & leg. si heres 70. in princip. infr. ad S C. Trebell.* Et quemadmodum in duorum dominorum concursu, quorum vnus sit bonitarius, aliter quiritiarius, potior in effectu causa est bonitarij, vt Vlpianus refert *titul. 19. de acquisit. rer. leg. doce 9. C. de rei vindic. iunct. l. quamuis 75. de iur. dot. infr.* ita in concursu actionum directarum & vtilium semper vtiles, quamuis minus dignę, minúsque nobiles directis præferuntur, quoniam scilicet non nisi ex summa æquitate inducuntur, cuius potiorem quàm stricti iuris rationem esse conuenit *leg placuit 8. C. de iudic. l. in omnibus quidem 90. de regul. iur.* Cùm verò cogatur prætor creditorẽ creditoris tueri in exigenda pecunia aduersus debitorem debitoris, vt eum præferat proprio & immediato creditori, eo iure quo is qui habet vtiles actiones præferendus est habenti directas: consequens etiam illud est, vt conuentum debitorem à creditore creditoris tueri debeat aduersus proprium & immediatum creditorem, data ei scilicet doli mali exceptione contra creditorem, qui debitoris sui nomen pignori dedit, non alia vtique mente, quàm vt creditori pignoratitio exigere illud liceret, ac proinde agere in necessarium antecedẽs. Etsi enim non semper actio præcedit exactionem (quid enim si debitor vltro soluat, & ante vllam interpellationem?) agendi tamen ius & potestatem præcedere semper necesse est, vt sequi possit exactio, quæ ideò ab actione ipsa nomen sumpsit. Itaque cùm agat superior creditor ex volũtate inferioris aduersus inferiorem debitorem, non est audiendus inferior creditor aduersus proprium debitorem agens, si solutionem ab eo extorquere velit, ad quam ab alio cogi possit facto & voluntate ipsius creditoris: alioqui debitor inferior duobus in solidum singulis soluere cogeretur, quod perabsurdum & periniquum esset, ac contra naturalem æquitatem. Quæ ratio sola fuit inducendæ primum exceptionis doli: ne cui per occasionem iuris ciuilis contra naturalem æquitatem dolus suus prodesset ad lucrum captandum ex dãno alieno *l. 1. de doli mal. except.* In proposito autem, prætextu iuris ciuilis, & per occasionem directarũ actionum creditor inferior captat lucrum ex damno sui debitoris, vt ex duplici solutione locupletetur, cùm tamen vnum duntaxat sit debitum. Etsi enim creditoris creditor, cui nomen debitoris à debitore suo pignori datum est per vtilem actionem, quam habet, exigit pecuniam ad suam non ad debitoris sui vtilitatem (in quo differunt actiones vtiles à directis, quæ vt plurimum in vtilitatem mandantis exercentur, licèt interdum etiam ad vtilitatem mandatarij *l. qui stipendia 9. C. de procurat. l. 1. C. de oblig. & action.*) hoc ipso tamen locupletior fit inferior creditor, quod à creditore suo liberatur *leg. si pupilli 66. in fin. de solut. leg. species 11. de acceptilat.* & consequenter bis locupletior, si à debitore suo aliam iterum solutionem consequi velit. Sic dicimus, si creditor à debitore suo fideicommissum reliquerit, valere fideicommissum non quidem, vt ipso iure debitor fideicommissario teneatur, sed vt si conueniatur ab herede, quomodo conueniri summo iure potest, tutus sit per doli exceptionem, quę exceptio vtile fideicommissum facit, vt ait Vlpianus in *l. si pecunia 77. de leg. 1. l. cùm quis decedens 38. §. pater in fin. de legat. 3.* Solent autem nostri quærere, an actio quæ datur creditori creditoris contra debitorem debitoris sit personalis an hypothecaria. Sunt qui putẽt esse hypothecariam, per quam intendat actor nomen esse sibi obligatum. Alij putant esse personalem per quam intendat actor sibi deberi eam quãtitatem, quæ debitori suo debeatur. Alij denique, inter quos Bartolus ad *l. heredem 3. C. de heredit. actio. & addict. leg. nomen*, vtramque opinionem reprehendunt, & personalem quidem actionem hanc esse volunt, sed vtilem ex contractu inferioris creditoris ex quo superior creditor haberet directam. Et hæc receptior nostrorum sententia est, vt quod scriptum est in *d. l. nomen* & in *l. grege 13. §. cùm pignori infr. de pignor.* concilient cum *d. l. heredem*, quæ personalem actionẽ diserte denegat mulieri aduersus mariti debitores, quamuis mariti bona omnia mulieri pro dote sint tacitè obligata *l. vnic. C. de rei vxor. act.* Nisi quod non desunt, qui cum Azone defendant ex illa *l. heredem*, differentiam esse hac parte inter hypothecam expressam & tacitam, quasi nomina debitorum etiam in generalem expressam hypothecam bonorum veniant, in tacitam verò non item. Quod euidenter certè falsum est. Etsi enim nomina debitorum neque immobilium neque mobilium appellatione continentur, sed tertiam bonorum speciem constituunt, siue ad rem mobilem dentur, siue ad rem immobilem *leg. quam Tuberonis 7. §. in peculio infr. de pecul. leg. à Diuo Pio 15. §. in venditione infr. de re iudic.* quis tamen nescit generali appellatione bonorum etiam nomina debitorum comprehendi? *leg. bonorum 49. de verb. signific.* Quidni ergo in generalem quamuis tacitam bonorum hypothecam veniant? Nec moueri debuerunt interpretes ex *dict. leg. heredem*, quæ etsi de dotis repetitione loquitur, non tamen de tacita generali hypotheca, quæ hodie dotis nomine competit, quippe quæ illius legis temporibus nulla adhuc competere poterat, cùm inducta sit à Iustiniano in *dict. leg. vnic. Cod. de rei vxor. act.*

Ante

BIU Cujas

Antequam habebat quidem dos iam olim priuilegium prælationis inter chirographarios creditores *l. quæstum 17. §. si sponsa & l. seq. infr. de reb. author. iudic. possid. aliàs l. 2. & 3. de priuileg credit.* sed priuilegium tacitæ hypothecæ non habebat. Proinde quod scriptum est in *d. l. heredem* de actione personali denegãda marito aduersus mulieris debitores, non de illa vtili actione potest intelligi, quam creditori creditoris dandam esse dicimus contra debitorem debitoris, sed de mera personali, quæ ex contractu debitoris tantùm nascitur: & quæ in eo differt ab vtili, quòd vtilis non ex solo debitoris contractu nascitur, sed potissimũ & immediatè ex contractu superioris creditoris, qui nomina debitorũ sui debitoris habet obligata: nec aliã causã admittere potest, quàm quia nomen, in quod agitua, sit obligatum, quamuis non ideò sit hypothecaria, sed merè personalis. Aliud enim est dicere, esse illam hypothecariam, quod falsum est: aliud verò habere conuentionem pignoris pro causa, vel saltem pro cõdicione sine qua & non pro medio, vt loquuntur, actionis. Quare nec illud probo, quod quidam putant, creditorem creditoris non prius agere posse personali actione contra debitorem debitoris, aut hypothecaria in bona debitoris inferioris pro eo debito obligata, quàm egerit hypothecaria in ipsum nomẽ debitoris, vt pronuncietur obligatum. Quid enim huiusmodi circuitu opus est? *vulg. l. dominus 53. supr. de condict. indeb l. 3. §. si debitorem de donat. int. vir. & vxor.* Aut quidni sufficiat dicere, ac probare nomen debitoris obligatum esse, & eodem iudicio actionem vtilem aut in personam inferioris debitoris, aut in pignora ab eo data instituere? Idque probatur satis ex hac lege & *d. l. nomen & d. §. cùm pignori.*

b *Ergo si id nomen pecuniarium fuerit.* RAT. DVB. Compensatio non potest habere locum, nisi cùm idem eiusdem debitor est & creditor *l. 1. & pass. infr. de compensat.* Atqui creditoris creditor, qui actione vtili exegit nomen inferioris debitoris, non tam factus est per eiusmodi exactionem debitor, quàm desiit esse creditor, cùm eam solutionem & suo nomine perceperit, & ad suam vtilitatem. Ergo quamuis pecuniarium debitum fuerit, compensationi locus esse hoc casu non potest.

DEC. Creditor qui per distractionem pignoris solutionem sibi debitæ quantitatis cõsequitur, hoc ipso fit debitor precij ex distractione percepti, teneturque eo nomine tanquam debitor pignoratitia actione. Ergo cùm sit etiam creditor, compensatio locum habere potest & debet ad concurrentem vsque quantitatem, nec nisi superfluum actione pignoratitia reddere cogitur *l elegánter 24. §. penul. infr. leg. vlt. C. de distract. pignor. l. vlt. C. si vendit. pignor. agat.* Atqui cùm nomen debitoris à creditore creditoris exactum est, quod pignori datum fuerat, perinde pignus perit debitori, qui dedit, ac si distractum esset, quia & distrahi nomen debitoris posset *leg. postquam 7. & seq. & tot. tit. C. de hered. vel act. vendit.* Amittit enim creditor debitorem suum, contra quem si directa actione vellet agere, doli exceptione summoueretur, vt suprà diximus. Idem igitur hoc casu dicendum est, vt exacto per creditoris creditorem debitoà debitore debitoris compensatio fiat vsque ad concurrentem quantitatem, & si quid superfluum est, debitori reddatur.

c *Si verò corporis alicuius.* RAT. DVB. Nomina & actiones consistunt in iure, non in corpore *leg. 1. §. quædam supr. de rer. diuis. & titul. de reb. corpor. & incorp.* Ideóque constituunt tertiam bonorum speciem à rebus mobilibus & immobilibus, quæ corporales sunt, differentem *l. quam Tuberonis 7. §. in peculio infr. de pecul.* Ergo pignus nominis, licèt nomen sit alicuius corporis, non idcirco in pignus corporis transire potest. Æstimatur enim pignus ex conuentione, siue traditio secuta sit, siue non, nec aliud potest esse in pignore, quàm de quo cõuênit, vt pignori esset, nec si factum sit ex materia pignorata *§. si quis caueris infr. hac lege.* Proinde cùm aliud sit nomen, quod pignori datum est, aliud verò corpus, quod ex nomine debetur, dicendum est, si creditoris creditor exegerit actione vtili corpus quod debebatur, nihilo magis tamen pignoris loco esse corpus, quod exactum est.

DEC. Cùm nomen datur pignori, non tam de iure nominis cogitatur, quàm de vtilitate quæ ex nomine redigi potest, quandoquidem datur pignus, vt cautum sit & consultum creditori. Vtilitas autem nominis obligati tota consistit in exactione eius, quod debetur, siue in pecunia consistat, siue in corpore. Igitur si nomen alicuius corporis fuerit, & corpus exactum sit, atque ita pignus nominis simul cum nomine ipso perierit, fatendum est corpus illud esse pignoris loco, tanquam subrogatum in locum nominis, quod fuerat obligatum. Ideóque nõ potest dici hoc casu, quod superiore diximus, compensationem fieri, quia non sicut quantitatis ad quantitatem fit compensatio, ita corporis & speciei alicuius compensatio fieri potest ad quantitatem, vt benè nostri ex hoc textu colligunt, & ex *l. si non sortem 26. §. vlt. supr. de condict. indeb. & l. grege 13. §. cùm pignori.* vbi eadem ferè quæ hîc quæstio proponitur *infr. de pignor.* Cùm itaque corpus exactum ex nomine corporis non possit compensari cum quantitate creditori debita, consequens omnino est, vt cùm nec pignus propriè sit, quia reuera pignori datum non est, pignoris saltem loco esse intelligatur, vt Paulus hîc loquitur.

1 ¶ Si nuda proprietas pignori data sit: vsusfructus, qui postea adcreuit, pignori cedit. Eadem causa est alluuionis.

Ad §. 1. Si nuda.

RAT. DVB. Non potest pignori esse id de quo, vt pignori esset, non conuênit, sicuti proximè diximus ex *§. si quis caueris infr.* Atqui cùm data est pignori nuda proprietas, non solùm nihil conuênit de vsufructu, sed potius in contrarium conuenisse videtur, vt vsusfructus non sit pignori. Quid enim aliud est nuda proprietas, quàm ea quę est sine vsufructu? *leg. si vsusfructus 8. infr. de vsufr. legat.* adeò vt qui habet nudam imò & plenam proprietatem, vsumfructum habere non possit *leg. quod nostrum 63. supr. de vsufruct.* Nemo enim re sua vtitur fruitur *leg. vti frui supr. si vsusfruct. pet.* Ergo si nuda proprietas pignori data sit, non potest vsusfructus qui postea adcreuit, esse pignori: præsertim cùm is qui dicit rem sibi datã esse pignori, probare debeat eam rem in bonis debitoris fuisse tunc cùm pignus contrahebatur, nisi cùm

BIU Cujas

generaliter bona omnia pignori data sunt præsentia, & futura *l. & quæ nondum* 15. §. *quod dicitur iunct. l.* 3. *inf. de pignor. l. ante omnia* 23. *de probat. l. quæ prædium* 6. *C. si alien. res pignor. dat.* ac præterea tempus contractus inspici soleat & debeat, cùm quæritur quid in contractum venerit, non si quid ex postfacto superuênit *l. Rutilia Polla* 69. *inf. de contr. empt.*

DEC Placuit certis modis vsumfructum finiri de quibus in *tit. supr. quib. mod. vsusfr. amitt.* ne inutiles essent proprietates semper abscedente vsufructu *dict. l. si vsusfructus & §. ne tamen instit. de vsufr.* Finitus autẽ vsusfructus, statim & sui natura recurrit ad proprietatem, tanquam ad suam causam, & quidem ipso iure, nullo scilicet hominis facto in eam rem requisito. Vnde est quod interpretes nostri vsumfructũ illum qui cum proprietate coniunctus est, & in plena proprietate continetur, causalem appellant, tanquam qui cum sua causa sit coniunctus, formalem verò eum qui à proprietate ita seiunctus est, vt per abstractionem & separationem à proprietate constituatur. Quod autẽ naturaliter & per se fit, necessariò fit, vt proinde iã pro facto ferè haberi debeat *l. 1. §. vlt. l. 2. §. apud Namusam infr. de aqua & aquæpluu. arcen. l. filius* 28. §. 1. *in fin. de liber. & posthum.* Dicam amplius, vsumfructum illum formalem, cùm posteaquam finitus est, redit ad proprietatem, redire iure proprietatis. Sic enim Põponius loquitur in *l. si cùm argentum* 21. §. *pen. infr. de except. rei iudic.* proprietatis inquam nudæ. Non enim fit plena proprietas antequam vsusfructus redeat ad proprietatem, neq; tum cùm redit, sed postquã rediit. Cùm ergo nuda proprietas pignori data est, consequens omnino fit, vt vsusfructus quoque si postea finiatur, & ad proprietatem reuertatur, hoc ipso pignori datus existimetur. Eadem namque proprietas est, quæ dati pignoris tempore nuda fuit, nunc plena inuenitur: & quãuis nouus & alius sit vsusfructus, qui ex formali factus est causalis *d. l. si cùm argentum* §. *pen.* eadem tamen proprietas est, quæ ab vsufructu formali antea separata, nunc cum causali coniuncta est. Distinctæ enim illæ qualitates nudæ & plenæ proprietatis, nõ faciunt aliam atque aliam proprietatem, sed tãtùm aliter atque aliter se habentem: cùm tamen vsusfructus formalis differat à causali, nõ qualitate tantum, sed natura etiam ipsa & substãtia. Vsusfructus formalis in iure cõsistit, non in corpore, licèt emolumentum rei contineat *l. cùm filius* 76. §. *dominus l. Mæuius* 66. §. *fundo de legat.* 2. Causalis verò dominij & proprietatis pars quædam est, quæ nec à proprietate separationem recipit, quandiu causalis est, nisi cùm id agitur, vt ex causali fiat formalis *d. l. quod nostrum* 63. *de vsufruct. d. l. si cùm argentum* §. *penult. l. si alij fundum* 19. *de vsufruct. legat. l. rectè dicimus* 25. *de verb. signific.* Et hæc vera huius §. ratio & sententia est, non quam nimis generalem adfert Bartolus, quasi quicquid accedit pignori, pignus sit. Debuerat enim scribere, *id quod naturaliter accedit pignori.* qua dictione *naturaliter* addita, non quæsiuisset, an aucto regno prouincia superaddita iisdem quibus regnum legibus & constitutionibus regi debeat. Non enim naturaliter additur regno prouincia, sed facto aliquo hominis nouáque conuentione intercuniẽte: quod in vsufructu proprietati accedente diuersum est, vt diximus. Quamquam distinctionem illam quam adfert in sua quæstione Bartolus, non improbo, an prouincia regno adiiciatur accessoriè, an quasi principale quid & per se subsistens, vt priore casu regni constitutionib. regatur tanquam pars regni, posteriore verò non item. Sed melius intelligetur ratio huius §. ex alio exemplo, quod Paulus subiicit, de eo quod fundo pignorato adcreuit per alluuionẽ, vt scilicet id quoque pignori sit. Nam cùm alluuio nihil aliud sit quàm incrementum latens, quod ita paullatim adiicitur, vt nesciri possit, quantum quoque temporis momento adiiciatur §. *præterea* 20. *Instit. de rer. diuis.* intelligimus, aliud ergo dicendum esse, si per inundationem fluminis aliquid fundo pignorato accesserit, siue paullatim siue nõ paullatim *l. ergo* 30. §. *alluuio de acquir. rer. domin.* Nec minus tamen accedit fundo pignorato, quod accedit per inundationem, quam quod per alluuionem. Non ergo generaliter verum est, quod vult Bartol. id quod fundo pignorato accedit pignus esse, sed id tantum quod ita accedit, vt non tam nouum pignus, quàm incrementum quoddã pignoris esse videatur: quomodo de dote scribit idem Paulus noster in *l. si proprietati* 4. *infr. de iur. dot.* vbi duo iidem casus proponuntur in dote, qui tractantur hîc in pignore, nempe si nudæ proprietati in dotem datæ vsusfructus accesserit: item si quid per alluuionem. Iunge *leg. si fundus* 16. *in princip. infr. de pignor. l. & puto* 16. §. *id quod amnis supr. famil. erciſc. l. item si fundi* 9. §. *huic vicinus suprà de vsufr. l. quod in rerum* 24. §. *si quis post testamentum de legat. 1.*

2 ¶ Si fundus pigneratus venierit: manere causam pignoris constitit: quia cũ sua causa fundus transeat. sicut in partu ancillæ[2], qui post venditionem natus sit.

Ad §. 2. Si fundus.

RAT. DVB. Conuentio inter alios facta aliis neq; prodesse debet, neq. nocere *leg. si vnus* 27. §. *pacta quæ turpem vers. ante omnia supr. de pact.* Vnde est, quod dicimus, obligationẽ personalem non sequi successorem singularẽ *l. vlt. §. 1. de contr. empt. l. 1. §. si heres ad SC. Trebel.* Atqui pignus constituitur per conuentionem factam inter debitorem & creditorem *l. 1. supr.* Ergo nõ debet nocere emptori, qui à debitore emit, præsertim cũ pignus non faciat, quominus dominium rei pignoratæ quod remanet penes debitorẽ trãseat per traditionẽ in emptorem. Plus autem est habere dominium rei, quã rẽ obligatam. Melior igitur debet esse causa emptoris, quàm creditoris, cùm nihil conuenerit emptor de pignore *l. Aristo* 3. *infr. quæres pignor. oblig. poss.* DEC. Traditio nõ plus iuris in alium transferre potest, quã debeat is qui tradit *l. traditio* 20. *infr. de acq. rer. dom.* Atqui debitor habuit quidem dominiũ rei quam vendidit, & tradidit, sed iure pignoris obligatum creditori, quæ pignoris obligatio non tam afficit personam pignorantis, quàm rem pignoratam. Est. n. persecutio pignoris in rem, non autem in personam *l. pignoris* 17. *inf. de pignor. l. pignoris* 18. *C. eod.* Ergo si debitor rem pignori obligatã vendiderit, aut aliter alienauerit, saluam tamẽ pignoris causam manere necesse est *leg. distractis* 14. *& seq. C. de pignor. l. 3. l. pen. C. de remiss. pignor. l. vnic. Cod. rem alien. gerent. non interd. rer. suar. administr. l. vlt. §. pen. inf. de donat. l. si debitor* 12. *C. de distract. pignor.* ne alioqui sit in potestate debitoris qui rẽ suam pignori dedit, eam postea vendendo alitérve alienando ius creditoris sui lædere, quod absurdum & iniquum esset, ac

contra

contra *l. id quod nostrum* 11 *l. non debet* 71 *de regul. iur.* Deniq; nō potest alienatio fieri, nisi cum sua causa *l. alienatio* 67 *infr. de contr. empt.* Quæstio enim pignoris ab intētione dominij omnino separata est *l.* 1. §. *cùm prædium infr. de pignor.* nec vlla dominij societate cōiungitur *l. iusto errore* 44. §. *non mutat. de vsucap.* Nihil enim vetat rei dominiū vnius esse, & nihilominùs rē esse obligatā alteri, licèt non possit pignus constitui, nisi ab eo, qui cōstituti pignoris tempore dominus reperiatur *l.* 3. *in princip. l. & quæ nondum* 15. §. *quod dicitur infr. de pignor.* Nō enim potest res affici & obligari ab alio quàm qui sit dominus, vbi verò semel affecta esse cœpit, non intercidit obligatio amissione ac mutatione dominij, quia obligatio realis sequitur rē quocunq; ierit, ideóq; transit etiam in singularem successorem, adeóq; quod magis est, etiamsi successor ille singularis dominiū per vsucapionē sibi acquisiuerit *d.* §. *cùm prædium d.* §. *non mutat. l. vsucapio* 7. *C. de pignor.* Eadémq; prætorij pignoris quæ cōuētionalis hac parte ratio est *l. misso* 12. *inf. pro emptor. l.* 2. *pro hered. l. postquam C. vt in poss. legat.*

a *Sicut in partu ancillæ.* Omnino legendū est *secus non sicut* quod docui plurib. in *error.* 9. *decad.* 54. *de error. pragmat.* Etsi enim ancilla pignorata nō eò minùs manet pignorata quòd vēdita sit, partus tamen ex ea editus apud emptorē nō est obligatus *l. Paulus respondit* 29. §. 1. *inf. de pignor.* nec si cōceptus sit apud debitorem, quamuis Accursius ita distinguat. Non enim sufficit ancillam fuisse in bonis debitoris cōuentionis tempore (quamquam hoc quoque ante omnia necessarium est *l. potior* 11. §. *si de futura infr. qui potior. in pignor. hab. l. ante omnia* 23. *infr. de probat.*) nisi etiam partus in dominiū perueniat debitoris, vt scriptum est in *d. l.* 29. §. 1. quod porrò non aliter fieri potest, quàm si partus ex ancilla obligata, non modò conceptus sit, sed etiā editus apud debitorē, vtibidē disertè scriptū est. Partus enim antequam sit editus, cùm nec homo sit, in nullius dominio vel pignore esse potest *l. in Falcidia* 9. §. 1. *ad l. Falcid. l. vlt. inf. de collat. bonor.* Ideóq; nunquam cōceptionis sed ipsius partus tempus semper inspiciendum est *d. l. in Falcidia l. Paulus* 24. *aliàs l. Falcidiæ* §. 1. *eod. l. vlt infr. de acquir. rer. domin.* quæ non vsque adeò ad causam dominij restringenda est, quomodo eam restringit Accursius ad *d.* §. *si de futura*, vt non etiam ad pignoris causam trahi debeat. Dubitandi tamen ratio circa partū ancillæ pignoratæ ex eo sumi potest, quod in prima huius §. sententia scriptum est, si fundus pignoratus venierit, manere causam pignoris, quia cum sua causa fundus veneat, & in emptorem trāseat. Consequens enim videbatur, vt ancilla vendita quæ fuerat pignorata, etiam partus apud emptorem ex ea editus, vinculo pignoris teneri deberet, quoniam & teneretur, si ancilla vendita nō fuisset, & apud debitorē peperisset. Etsi enim partus nondum editus, licèt iam conceptus apud debitorem, nondum in bonis eius est, cùm nec in nominum natura sit, vt diximus, creditori autem pignus persequenti onus incumbat probandi rem in bonis debitoris fuisse conuentionis tēpore *d. l. ante omnia* 23. *infr. de probat.* (quæ dubitandi causa erat in *d.* § *si de futura.*) attamen cùm de partu quæritur, sufficit conuentionis tēpore ancillā in bonis debitoris fuisse, id est, non requiritur præterea, vt partus quoque fuerit in bonis eo tēpore, sed tantùm vt ancilla, quæ si tum in bonis nō fuisset, quamuis posteà esse cœpisset, partus tamen etiam apud debitorē editus pignori esse ex priore cōuētione nūquam posset. Sed decidēdi ratio est, quia multùm hac parte distat pignus ancillæ à pignorato partu. Ancillæ pignus valet, si fuerit illa in bonis debitoris, cùm pignori dabatur, nec eò minùs durat pignorata, quòd alienata sit, quia transit dominium cū sua causa. Sed partus ancillę qui non fuit in bonis debitoris eo tempore, quo vel ancilla sola, vel etiam partus nondū editus specialiter hypothecæ dabatur, (bonis enim omnibus etiam futuris generaliter obligatis, aliud sanè dicendū esset *l. & quæ nondum* 15. §. *quod dicitur infr. de pignor. l. vlt. C. quæ res pignor. oblig. poss.*) non potest obligatus dici, nisi eo saltē tempore quo nascitur in bonis & dominio debitoris inueniatur: alioqui valeret pignus eius rei, quæ in bonis & dominio debitoris, nec tēpore cōstituti pignoris nec postea vnquam fuisset: quod à ratione iuris prorsus alienum esset *d. l. l.* 1. §. *cùm prædiū in fin. infr. de pignor.* Planè vbi partus apud debitorē editus est, atq; ita iure obligatus esse cœpit, si posteà vēdatur siue solus siue cū matre, manebit obligatus, & transibit dominium eius cū sua causa, nec quicquā hoc casu inter ancillā pignoratā, & partū iam pignoratū intererit. Differētia tantū est in oppignerationē ipsa. Ancilla siquidē tū obligatur, cū datur pignori, partus verò ex ancilla siue iā cōceptus sit, siue non sit, nō priùs obligatur, licèt iam tū fuerit in vtero matris obligatæ, quā natus sit & editus: anteà siquidē portio tantū est viscerū matris nō partus *l.* 1. §. 1. *de inspic. ventr.* Tēpus itaq; nō conuentionis inspiciendū est, sed natiuitatis, quòd ad partus oppignerationē attinet: circa personā verò matris ex qua partus editus est, tēpus cōuētionis inspicimus, quia si eo tēpore mater in bonis debitoris nō fuisset, nec partus ex ea postmodū, quāuis apud debitorē editus, pignoris vinculo teneri posset, nisi proponeres bona omnia debitoris generaliter fuisse obligata præsētia scilicet & futura *d. l. & quæ nondū* 15. §. *quod dicitur infr. de pignor.* Valde tamen obstat *l.* 1. *in princip. inf. de Saluian. interd.* quæ dat vtile Saluianū creditori pro partu ex ancilla edito apud emptorem. Sed ille quoq; locus certè mēdosus est, & legēdus negatiuè hoc modo, *nec vtile interdictū reddi oportet.* Nam cū faciliùs sit, vt interdictū vtile detur quàm directū, monet Iulianus nec vtile pro partu apud emptorē edito locum habere: alioqui etiā directū Saluianum habere locū deberet. Quod intellige, etiāsi cōceptus sit apud debitorem. Scripsi latiùs in Chiliade *decad.* 60. *error.* 2 & 4. vbi aliam interpretationem attuli.

3 ¶ Si quis sic cauerit, vt sylua sibi pignori esset: nauem ex ea materia factam non esse pignoris, Cassius ait: quia aliud sit materia, aliud nauis. & ideò nominatim in dando pignore adiiciendum esse ait, *Quæque ex sylua facta, natáve sint.*

Ad §. 3. *Si quis sic cauerit.*

RAT. DVB. Cùm ex sylua mea nauem construo, nauis mea est, sicut & materia: cuius enim alterius esset, cùm nec materiam, nec formam nauis alius dederit? Ergo sicuti materia, ex qua nauis facta est, pignorata erat, ita & nauis quæ ex ea facta est, manebit pignorata. Pignus enim durat, quandiu verum est, solutum non esse debitum, nec aliter eo nomine satisfactum *l. si rem* 9. §. *omnis pecunia sup. leg. grege* 13. §. *etiam infr. de pignor.* DEC. Extinctione ac peremptione rei obligatæ extinguitur vincu-

BIU Cujas

lum & obligatio pignoris: neq; enim non entis vllæ possunt esse qualitates, nec potest obligata esse res quæ nulla est *l. si partem 19. supr. quemadm. seruit. amitt.* Atqui cùm ex sylua mea nauis facta est, desiit esse sylua, & cœpit esse nauis, atq; ita quamuis eadē materia durare videatur, quia tamen forma mutata est, & materia facta est species, ac transiit in materiatum, cœpit alia res esse. Forma enim illa est, quæ dat esse rei & quę mutata propè interimit substantiam rei, vt loquitur Vlpia. in *l. Iulianus 9. §. sed si quis rem supr. ad exhib.* & quod in sua specie non permanet, extinctum quodammodo videtur *l. Seia 6. §. 1. de aur. & argent. legat.* sicut è contrario cuius eadē species est, eadem res esse creditur *l. proponebatur 76. supr. de iudic.* Ergo cùm alia res sit materia nauis, alia verò nauis ipsa, non est bona consecutio, si dicat creditor ideo se obligatā habere nauim, quòd obligatam habeat materiam, ex qua nauis facta est: nec ideò rursus, quòd eiusdem domini sit nauis cuius materia fuerat, priusquàm in nauim redigeretur. Alia enim quæstio est, quæ de dominio fit, alia quæ de pignore. Dominium quod semel meū fuit, meū remanet etiam post rei mutationem, quia etiam quod ex re mea supereſt meum est *leg. solum 49. §. 1. sup. de rei vindic. l. si seruus 14. §. boue sup. de cond. furt.* nec dominium quod semel fuit meum potest desinere meum esse, nisi certis & legitimis modis, inter quos sicuti non est voluntas nuda ipsius domini *l. si quis vi 17. §. differentia infr. de acquir. poss.* ita nec sola formæ mutatio, nisi mutatio facta sit eius materię, quę redigi sæpius in sua initia non possit. Quo casu si ex aliena materia quis speciem fecerit, species eius est, qui fecit non qui dominus fuit materiæ secundùm sententiam Ericiscundorum qua vtimur *l. adeò 7. §. cùm quis ex aliena infr. de acquir. rer. domin. §. cùm quis ex aliena Instit. de rer. diuis. iunct. l quæsitum 78. §. illud de legat. 3.* nempe cùm alius materiæ dominus est, alius verò nō dominus ex ea materia speciem fecit. Qui tamē casus in hoc §. non tractatur, vt & Bart. benè vidit. At pignus non potest manere in ea re, in qua, quoniam noua & alia est, nunquam contractum fuit, & de qua, vt pignori esset, nunquam conuēnit, (nascitur enim ex conuentione ad rem ipsam obligandam relata *l. 1. supr.*) licèt tale quid sit, quod supersit, & factū fuerit ex re obligata, nisi necessariā ab ea dependentiā habeat, vt euenit in ancillæ partu qui matris obligatæ cōdicionē omnino sequitur, si modò apud debitorē editus fuerit, vt diximus in *§. superiore*, & in fructibus qui iure soli non seminis percipiuntur si modò à debitore ipso percepti sint *l. 1. §. cùm prædium infr. de pignor. l. qui scit 25. §. 1. de vsur. l. potior. 11. §. si de futura qui potior. in pignor. hab. l. 3. C. in quib. cauſ pign. vel hypoth. tacit. contr.* Atqui nemo dixerit nauim obligatā esse ob id tantùm, quòd sylua, ex qua nauis compacta est, obligata fuerit, cùm in constituendo pignore nihil de naui dictum sit, sed tantùm de sylua, quæ porrò sylua amplius non est, vbi lignum ex sylua cæsum in nauim cōuersum est. Ergo vetum est quod hîc Paulus subiicit, in dando pignore syluæ adiiciendum esse *quæq; ex sylua facta natáve sint*, vt obligata sylua, etiam nauis, quam ex ea fieri contigerit, obligata existimetur. Sic dicimus, inquit Accursius, legata lana, vestimentum quod posteà ex ea lana factum est, legatum non videri *l. lana 88. de legat. 3.* Sed vereor ne non sit bona cōparatio legati & pignoris. Legatum enim si modò per vindicationem factum sit, titulus habilis est ad dominium transferendum ipso iure, ac proinde facilius est, vt quod factum est, ex ea re quàm testator meam facere voluit, meum sit, si modò testator non mutauerit voluntatem, quàm vt mihi obligatū sit, quod ex re mihi obligata factum est. Quare & contrà ab Vlpiano & Iuliano respōsum est in *l. seruū filij 44. §. si pocula de leg. 1.* quàm à Paulo in *d. l. lana* vbi non tam suam quàm alterius cuiusdā Iureconsulti sententiam referre Paulus videtur, vt innuunt verba illa *non placet: non vindicetur: exigi possint.* Illud sanè prorsus commentitium est, quod affert Accursius, vt Vlpianum cum Paulo conciliet, tractari ab Vlpiano eum casum, quo ante mutationem formæ dies legati iam cesserit: cùm è contrario ponendum necessariò sit, ex lana legata factum esse vestimentum à testatore ipso: itémq; massam ex poculis legatis, non autem ab herede, aut à legatario. Nec minùs quod Bartol. post Iacobum Butrigarium, agi in *d. §. si pocula* de dominio iam quæsito. Etsi enim verum est, quod diximus ex legati causa dominium acquiri ipso iure etiam citra traditionem *leg. 1. supr. de Public. in rem act. l. legatum 80. de leg. 2. l. à Titio 64. infr. de furt.* non tamen viuo adhuc testatore, sed eo demùm mortuo *d. l. legatum.* Itaque cùm de legato tractatur in vita testatoris, tractatur vtique de dominio quærendo non de quæsito. Ac proinde falsum etiam est, quod hîc subiicit idem Bartolus, cū agitur de iure dominij quærendi in futurum, adhibendam esse distinctionem illam, vtrum res quæ transit in aliā formam, sit reducibilis ad primā suā materiam, nécne, vt priore casu duret ius idē quod priùs cōpetebat, posteriore verò extinguatur. Repugnat enim & contradicit apertissimè Vlpian. ex Iuliano in *d. §. si pocula.* quod Bart. ipse nec audet negare. Neq; verò supradictæ distinctioni locus est, nisi in quæstione *d. §. cùm quis ex aliena*, id est cùm ex vnius materia, nouā speciem alius conflauit. Nam in quæstione de pignore non idem est. Et quod in hoc §. scribitur, nauim factam ex sylua obligata nō esse obligatam, non eam rationem habet, quod ex naui sylua iterum fieri nequeat, (idem enim esset quamuis ex massa auri vel argenti facta essent pocula aurea vel argentea, vt euenit in legato vsufructu massæ aureæ conuersæ in pocula conuersa subinde in massam *l. qui vsumfructum 36. supr. de vsufr.* & in actione ad exhibendū *d. l. Iulianus 9. §. sed si quis rē supr. ad exhib.*) sed quia vt Paul. hîc docet, aliud sylua est, aliud verò nauis, quæ ratio, vt nemo non videt, perinde locum haberet in naui argentea vel aurea quæ ex massa auri vel argenti facta esset, vt & in cæteris omnib., nisi cùm alia & noua illa res iure subrogationis in alia rem eiusdem speciei & qualitatis, pro eadem re accipi potest, vt in mercibus tabernæ obligatæ, de quib. in *l. cùm tabernam 34. in princip. inf. de pignor.* aut cū ex re pignorata solū supereſt, quod est immutabile, nec mutatio nisi in superficie superuenit, vt in *l. si fundus 16. §. si res l. Paulus respōdit 29. §. domus eod. tit. iunct. l. prox. inf.* Et quod scriptū est in *d. l. quæsitum 78. §. illud de legat. 3.* Quę talis naturæ sūt, vt sæpiùs redigi in sua possint initia, ea materiæ potētia victa nunquā vires eius effugere, ad causā dominij siue quæsiti siue quærēdi pertinet, nō ad causam pignoris, vel vsus fructus, vel exhibitionis, vt ex supradictis legib. apparet. Quærit adhuc Bartolus, an creditor cui sylua obligata fuit, prohibere possit debitori ne syluā cædat, vt ex ea nauim faciat, cùm nō possit ex sylua obligata nauis fieri, quin creditoris ius lædatur, & pignus diminuatur, quòd tamen inuito creditore per debitorē diminui non potest. Sed re-

Sed respondet rectè, creditorem non aliter posse vti pignore, quàm quomodo bonus & prudens paterfamilias vteretur *l. ea igitur 14. supr.* Ergo si sylua erat cædua, nullum prohibendi ius habebit, sin cædua non erat, habebit, quia nec aliter bonus paterfamilias eiusmodi sylua vteretur. Nam & circa vsufructuarium eadem distinctio ex eadem iuris ratione adhibetur *l. item si fundi 9. §. vlt. supr. de vsufr.*

4 ¶ Seruus rem peculiarem si pignori dederit: tuendum est, si liberam peculij administrationem habuit. nam & alienare eas res potest.

Ad §. vlt. Seruus.

RAT. DVB. Pignus rei alienæ & à non domino constitutum non valet, vt sæpiùs diximus ex *l. si rem 9. supr. l. rem alienam 41. infr. & tot. tit. C. si alien. res pignor. dat. sit.* nisi constitutum sit sub condicione, si res debitoris esse cœperit *l. si fundus 16. §. alienare res infr. de pignor.* Atqui peculium filiofamilias aut seruo concessum à patre vel domino etiam cum libera administratione, licèt sit filij & serui, magis tamen est patris aut domini, nec tam filij aut serui, quàm patris aut domini interest *l. 3. § sed vtrum ante finem l. patri 27. in princip. supr. de minor.* Ergo non est permittendum filiofamilias aut seruo, vt inscio patre vel domino rem vllam peculiarem obliget, nec si liberam eius peculij administrationem habeat. Et ita Marcianus apertè scribit in *l. 1. §. 1. inf. quæ res pignor. vel hypoth. dat. oblig. non poss.* DEC. Etiam aliena res pignori dari potest accedente domini voluntate *leg. aliena res 20. infr.* Atqui cùm filiofamilias vel seruo pater aut dominus peculij administrationem præsertim liberam concessit, negari non potest, quin si rem aliquam peculiarem pignori dederit, habeat pro se domini vel patris voluntatẽ. Quid enim est, quod in concessione liberæ administrationis contineri non possit? *l. procurator cui 58. & seq. supr. de procur. l. si liberam 10. C. quod cum eo qui in alien. potest.* Vnde etiam est, quod res istas peculiares alienare seruus hoc casu potest, itémq; filiusfamilias, vt subiicitur in hoc textu & in *l. seq.* cùm tamen longè plus sit alienare, quàm pignorare, siquidem alienatio transfert dominium *l. si fundum 16. infr. de fund. dotal. l. 1. C. eod.* pignoris autem datio non item *l. cùm & sortis 35. §. 1. infr. hoc tit.* Ideóq; quicquid venditionẽ emptionémq; recipit, multo magis pignorationem recipere potest *l. sed & quod 9. §. 1. inf. de pignor.* Quidni ergo etiam pignorare res peculiares poterit filiusfamilias aut seruus, cui pater vel dominus liberam peculij administrationem concesserit? Sed hoc ita, si ex causa aliqua peculiari pignoris datio huiusmodi facta sit: quomodo in specie huius §. & legis sequentis factam esse ponendum est. Nam si ex alia causa, non idem probandum erit *d. l. 1. §. 1. quæ res pignor.* Non enim ad hoc datur filiofamilias vel seruo libera peculij administratio, vt peculium perdat & dissipet, puta vt donet *d. §. 1. & l. filiusfamilias 7. in princip. inf. de donat.* sed vt peculiũ augeat suáq; libera administratione patrem vel dominum faciat tanto locupletiorem. Denique pignus dari necesse est ex ea causa, ex qua etiam pater vel dominus actione de peculio propter contractum filijfamilias vel serui teneretur *l. contrà 28. §. vlt. l. in persona 30. §. 1. supr. de pact.* Idque Accursius quoque noster benè vidit.

19. MARCIANVS libro singulari ad Formulam hypothecariam.

EAdem & de filiofamilias dicta intelligimus.

Ad l. 19. Eadem & de filiofamilias.

RAT. DVB. & DECID. eadem est ad hanc legem quæ ad *§. vlt. legis præcedent.* Nec enim hac parte discrepat filiusfamilias à seruo, quamuis in aliis pleriſq; discrepent, in eo maximè, quòd filiusfamilias ex multis causis erat iam olim acquisitionis capax non volente patre sibi per filium acquiri *leg. 4. §. sed & filiusfamilias supr. de edend. l. Aemilius 38. §. 1. supr. de minor. l. is qui heres 13. §. vlt. l. cùm heres 52. infr. de acquir. hered. l. cogi 16. §. si pater filio 11. l. Imperator 50. ad Senatusconsultum Trebell.* at seruus non item. Vnde est, quod etiam inuitis dominis serui ex omnibus penè causis, id est, excepta causa successionis hereditariæ *l. etiam 32. de acquir. rer. domin. iunct. l. qui in aliena 6. de acquir. hered. l. seruo 65. ad Senatusconsultum Trebell. l. seruus vetante 62. de verb. oblig.* non etiam filijfamilias parentibus *l. 1. C. qui admitt. ad bonor. possess. poss.* Sed de his alibi & sæpiùs atq; accommodatiùs scripsimus.

20. PAVLVS libro 22. ad Edictum.

ALiena res pignori dari voluntate domini potest: sed & si, ignorante eo, data sit[a], & ratum habuerit: pignus valebit.

Ad l. Aliena res 20.

RAT. DVB. Pignus contrahitur etiam nuda conuentione *l. 1. supr.* ita vt is quoque, qui rem alienam siue sciens siue ignorans pignori dedit, dummodò ignoranti, contraria actione pignoratitia teneatur *l. si rem alienam 9. l. tutor 16. §. 1. supr. hoc tit.* Ergo etiam rei alienæ pignus valet, quemadmodum & venditio *l. rem alienam 28. infr. de contr. empt.* Non enim res aliena quæ venditur, per venditionem afficitur, vt neque res aliena pignori data, nec eò minùs tamen valet venditio, hactenus scilicet vt venditor ex contractu suo teneatur actione ex empto ad euictionem emptori præstandam. Quidni ergo valebit etiam oppignératio? Præsertim cùm diximus in præcedentibus ad *§. vltim. leg. si conuenerit 18. supr.* id quod emptionem venditionémque recipit, etiam recipere oppignerationem *leg. sed & quod 9. §. 1. infr. de pignor.* maiórque subesse videatur ratio prohibẽdæ venditionis rei alienæ, quàm obligationis, quia nec venditio facta videri potest, si id actum sit ne dominium ad emptorem transiret *l. pen. §. vlt. infr. de contr. empt.* Hoc verò non potest non agi ab eo maximè, qui sciẽs venditẽ alienam,

BIU Cujas

cùm nemo per traditionem plus iuris in alium transferre possit, quàm ipse habeat *l. traditio 20. de acquir. rer. domin. l. nemo plus iuris 54. de regul. iur.* Quòd si dicamus alienæ rei pignus nullomodo valere, consequens videtur, vt nec adiuncta domini voluntas quicquam faciat, cùm dominium non sit ex earum rerum numero, quæ nuda domini voluntate amitti possunt *leg. si quis vi 17. §. differentia infr. de acquir. poss.* Cur ergo dicimus alienam rem ex domini voluntate pignori dare posse?

Dec. Pignus eo animo & datur, & accipitur, vt sit cautum creditori *l. si mandatu 59. §. vlt. inf. mandat.* quia plus est cautionis in re quàm in persona *l. plus cautionis est 25. de regul. iur.* Proinde nihil agitur per dationem pignoris, si non effectus ille sequatur, vt res pignori data obligetur, & quidem tali támque firmo vinculo, vt rem ipsam persequi cõtra quemlibet possessorem creditor possit. In quo differt pignus à venditione: per quam è contrario non id primò & principaliter agitur, vt dominium in emptorem omnimodò transferatur, sed tantùm vt venditor emptori ex contractu obligetur: per consequentias autem vt emptor per traditionem subsecutam fiat dominus, si dominium rei venditę penes emptorem fuit, sin minùs obligetur venditor de euictione ad restitutionem precij & quanti præterea emptoris interest *leg. ex empto 11. §. 1. iunct. l. 1. in princip. & pass. infr. de action. empt. l. si traditio 4. C. eod. l. si in venditione 60. infr. de euict.* Atqui per conuentionem adeóq; traditionem factam à non domino, affici non potest neq; obligari res, quæ alterius sit, ne alteri per alterum iniqua cõdicio inferatur contra regulam *l. non debet alteri 74. de regul. iur.* nisi proponas fructuarium, vel creditorem pignoratitium esse illum, qui inscio domino rem alienam pignori dederit. Fructus siquidem rei est, vel pignori dare licere *leg. vlt. infr. de vsur.* vsumfructũ scilicet non proprietatem *l. interest 6. C. de vsufr.* & pignus licèt non nisi alienæ rei possit consistere *leg. neque pignus 45. de regul. iur* pignori tamen dari potest inuito quoque debitore *l. grege 13. §. cùm pignori infr. de pignor. & hot. tit. Cod. si pignus dat. sit.* Habent enim isti aliquod ius in re inuito quoq; domino, propter quod possint rem illam etiam eo inuito afficere. Sed extra hunc casum fieri certè nequit, vt aliena res pignori data obligetur & afficiatur, si non accedat voluntas domini. Itaq; quod dicimus, ea quæ emptionem venditionémq; recipiunt, etiam oppignerationem recipere: sic intelligi omnino debet, si termini sint habiles, nec quicquam magis obstet oppignerationi, quàm venditioni. Nec eò minùs tamen damus cõtrariam actionem pignoratitiam creditori contra debitorem, qui alienam rem pignori dedit *d. l. si rem & d. l. tutor. §. 1. supr.* non quia pignus valuerit ex quo actiones pignoratitiæ directa & contraria nasci solent, sed quia re ipsa deceptus est creditor, cui per eiusmodi pignus nullomodo cautum fuit, siue animum decipiendi debitor habuerit, siue non habuerit, id est, siue alienam rẽ debitor sciuerit, siue ignorauerit. Non enim magis decipi potest creditor, quàm si pignori accipiat rem à debitore tanquam debitoris propriam, quæ tamen quòd aliena esset, pignori dari non potuerit. Voluntatem igitur domini accedere omnino necesse est, vt pignus valere possit vt in *l. petenti 27. infr. l. quæ prædium 6. & l. pen. & vlt. C. si alien. res pignor. dat. sit.* Etsi enim non facit accedens voluntas domini, vt eò minùs verum sit alienam rem pignori datam esse, facit tamen vt per inde haberi pignus debeat, ac si à domino ipso datum fuisset, cùm & nuda voluntas domini sufficiat ad rem suã pignori obligandam *l. 1. sup.* & nemo dubitet quin etiã pro alieno debito rẽ suam obligare quilibet possit. Idq; adeò verum est, vt interdũ sola domini scientia sine expressa voluntate in eam rem sufficiat, si modò per dissimulationẽ tacuisse probetur, quia dissimulatio illa carere dolo nõ potest *l. 2. C. si alien. res pignor. dat. sit. l. mulier 11. C. de distract. pignor. l. si sine voluntate 5. C. ad SC. Velleian.* Deniq; volenti nunquam fit iniuria *leg. in diem 9. §. 1. de aqua & aquæ pluu. arcend.* Idcirco autem maximè rẽ alienam pignori dare prohibemur, ne iniuria dominus afficiatur si inuito vel inscio eo res ipsius obligetur.

a *Sed & si ignorante eo data sit.* Rat. dvb. Quod ab initio non valuit, ex postfacto conualescere non potest *l. quod initio 29. de regul. iur.* Atqui pignus rei alienæ ab initio non valuit, vt proximè diximus. Ergo nec per subsecutam domini ratihabitionem potest conualescere: præsertim cũ ratihabitio non possit meum facere negotiũ, nisi illud demũ quod meo nomine gestum est *l. si pupilli 6. §. sed si ego supr. de negot. gest.* Ponimus autẽ datã fuisse pignori rem alienam à non domino suum negotiũ gerente, non negotium domini. Quid ergo facere hîc ratihabitio potest? Dec. Ratihabitio in omnib. iis quæ à volũtate ratum habentis dependent, mãdato æquiparatur *l. vlt. C. de SC. Macedon. l. 1. §. sed & si quod infr. de vi & vi armat. l. donationes quas parentes 25. C. de donat. int. vir. & vxor.* Atqui certũ est mandato domini præcedente posse rem alienam oppignerari, haud aliter quàm si in datione ipsa pignoris voluntas domini interueniret. Nec enim res hęc ex earũ numero est, in quib. necesse sit voluntatem in ipso negotio interuenire, aut præcedere, vt in specie *l. si quis mihi 15. §. iußum infr. de acquir. hered.* sed sufficit, vt vel præcedat, vel in ipso negotio interueniat, vel post perfectum demũ negotium. Ratio enim pręcipua propter quam exigimus voluntatem domini, quoties aliena res pignori datur, illa est, vt suprà diximus, quòd nõ alius quã dominus afficere rẽ ipsam possit, quódq; aliter posito iure esset in potestate cuiuslibet alienam rẽ pignori dando, veri dominium lædere: quod manifestam vtique haberet iniuriam. Atqui nulla fit iniuria ei qui semel voluit, aut qui nunc tandem velit *d. l. in diem 9. §. 1. de aqua & aquæ pluu. arcend.* Nihil ergo hac parte refert, an mandatũ pręcesserit domini, an ratihabitio subsequatur. Nec tam vitiosum est pignus rei alienæ datũ ignorante domino, quàm inualidum defectu potestatis ex parte dantis, faciliúsq; est, vt quod ab initio fuit inualidum ex postfacto confirmetur, puta si quid accidat, quod causam & rationẽ inualiditatis perimat vt in specie *leg. adoptio non iure facta 38. supr. de adopt.* quàm vt id quod ab initio vitiosum fuit, de quo solo supradicta iuris regula loquitur, quãuis generaliùs eam ab interpretib. vulgò intelligi nõ ignorem. Difficilius enim est, vt tollatur vitium quod inest actui subsistente nihilominùs actu, quàm vt inualiditas emẽdetur *l. quoties 6. sup. qui satisd. cogant.* nisi cùm ab ipsa lege vitium tollitur, vt in *l. 1. decondic. instit.* aut à prætore vt in *l. quæ sub condicione 8. eod.* Et aliud est fieri quid vitiosè, aliud verò fieri inutiliter *l. cùm vitiosè 25. infr. de pignor.* Sed & sic eam accipi debere probabile est, vt id quod ab initio non valuit, solo tractu temporis non conualescat, vt explicat regula iuris pontificij, possit tamen conualescere, si quid ad tractum temporis extrinsecus accedat,

BIU Cujas

accedat, quomodo ponimus hîc accedere ratihabitionem domini, qui ipse ab initio rem suam pro alieno debito pignorare vtique potuisset *l. si fundus 16. §. 1. infr. eod. ill. tit.* Vbi obseruandum est quod Marcianus ait, ratihabitionem hanc facere, vt recurrat pignus ad id tempus quo de pignore conuênit, id est, vt pignus, quod ab initio reuera fuit inutile, perinde habeatur, ac si ab initio fuisset vtile ob accedentem domini voluntatem, quod haud dubiè sic accipiendum est, vt in præiudicium eius tantùm qui ratum habuit hoc obtineat, non etiam in præiudicium cæterorum, si qui fortè medio tẽpore cum eodem debitore contraxerint, idémque pignus acceperint. Alioqui non potest in pignore potior esse iure is, qui prior quidẽ tempore, sed non prior benè rectéq; pignus accepit. Nihil enim penitus interest, an viciosè ac inutiliter pignus datum sit, an nullomodo *d. l. cùm viciosè l. 2. de author. tutor.* Nec ratihabitio potest vnquam retrotrahi in præiudicium iuris interim quæsiti tertio, quia hic casu medium est inhabile, quod impedit coniunctionẽ extremorum, vt benè hîc Bartolus docet ex *l. si partem 19. §. si per fundum supr. quemad. seruit. amit. l. potior 11. §. si colonus infr. qui potior. in pign. hab. l. pen. infr. rat. rem haber.* Etsi autem ratihabitio non potest meum facere negotium, quod non meo nomine gestum est, vt ex eo negotio actionem habeã negotiorum gestorum, mihi tamen nocet quantum ad hoc, vt pignus quod fuerat inualidum confirmetur *d. l. si fundus 16. §. 1. infr. de pignor.* Facit enim, vt qui rem meam pignori dedit, nulla me iniuria affeciſſe videatur *d. l. in diem §. 1. de aqua & aquæ plu. arc.*

1 ¶ Si pluribus res simul pignori detur, æqualis omnium causa est.

Ad §. 1. Si pluribus.

RAT. DVB. Qui res suas pluribus obligant, incurrunt crimen stellionatus, si scientes id faciant, quoniam eadem res pluribus obligari non potest, nisi vtique debito exsoluendo pignus sufficiat *leg. tutor 16. §. contrariam sup. l. si quis in pignore 36. §. sed etsi quis infr. hoc tit. l. & quæ nondum 15. §. qui res suas infrà de pignor.* quoniam cùm res vni obligata est, non potest obligari alteri, quin prioris creditoris ius quodammodo lædatur, aut minuatur: ideóque secundus creditor priori offerre cogitur, ad confirmandum pignus suum *l. prior quidem 5. Cod. qui potior. in pignor. hab.* Vt intelligamus inutile esse & infirmum pignus, secundo loco datum, nisi confirmetur per pignoris liberationem à priore creditore *d. §. qui res suas l. diuersis 8. Cod. qui potior. in pign. hab.* Ergo non potest esse verum, quod Paulus hîc scribit, si pluribus res simul pignori detur æqualem omnium causam esse. Qui enim fieri potest, vt pluribus eadem res pignoretur, quin vni detur potiùs quàm alteri? Nec enim nominari omnes simul possunt, & qui priore loco nominatus est in conuentione pignoris, præferendus cæteris videtur *l. generaliter 24. §. quid ergo si pluris infr. de fidei. libert. l. quoties 34. supr. de vsur. l. si quis habens 24. infr. qui & à quib. manum. l. qui soluendo 60. de hered. instit.* Accedit quòd priuilegia creditorum non ex tempore æstimantur, sed ex causa *l. priuilegia 32. infr. de reb. author. iud. possid. aliàs l. 18. de priuileg. credit.* Quomodo igitur fieri potest, vt par & æqualis omniũ causa sit, si creditores sint diuersi tituli, quorum alter altero fauorabilior esse videatur? DEC. Multùm interest, an simul & pariter eadem res pluribus pignori detur, vt in hoc §. an diuersis temporibus, vt in *dict. l. diuersis.* Priore casu valet datio pignoris, & quidem ita, vt par sit & æqualis omnium causa, nec priùs vni quàm alteri res obligata esse creditur, licèt alios ante alios & nominari & scribi necesse sit, quia in coniunctionibus ordo nullus est *l. quidam 14. de pecul. legat.* magísque inspiciendum est, quid actum quàm quid dictum sit, aut scriptum *l. semper in stipulationibus 34. de regul. iur.* Id autem proculdubio agitur, cùm vna eadémq; res pluribus simul pignori datur, vt par omnium causa sit, nec alter alteri præferatur, nec si fauorabiliorem crediti causam vnus habeat, quàm alius. Nã quod suprà obiecimus, priuilegia creditorum non ex tempore æstimari, sed ex causa, ad chirographarios creditores pertinet, non etiam ad pignoratitios, in quibus è contrario ita ius est, vt qui prior est tempore, sit etiam potior iure *d. l. prior leg. 2. & pass. C. qui potior. in pignor. hab.* ac proinde vt qui pares sunt tempore, sint etiam pares iure, nisi cùm ex aliqua iusta causa ius prælationis etiam posteriori creditori dandum est contra priorem. Id enim contingit interdum *l. assiduis 12. eod. tit. l. interdum 5. infr. eod. ill. tit.* sed ita demum si alius anterior sit, alius posterior. Nam inter eos qui simul & pariter idem pignus acceperunt, vix est vt prælationi locus esse vnquam possit, cùm ex omnium consensu & voluntate pignus eodem tempore accipiatur, nec fieri possit, vt hoc casu vnius ex creditoribus pecunia saluam faciat alieni pignoris causam, nec quicquam vetat plures habere simul eãdem rem obligatam pro æquis partibus, itémq; in solidum prout actum est inter contrahentes *l. si debitor 10. l. si fundus 16. §. si duo infr. de pignor.* vbi latius dicemus.

2 ¶ Si per creditorem steterit, quominùs ei soluatur: rectè agitur pigneratitia.

Ad §. 2. Si per creditorem.

RAT. DVB. Non competit actio pignoratitia debitori, nisi soluto priùs omni debito *leg. si rem 9. §. omnis pecunia & leg. solutum 11. supr. hoc tit.* Atquin etiamsi per creditorem steterit quominùs ei soluatur, non eò magis tamen verum est, solutam esse pecuniam. Non enim sola oblatio quamuis in iudicio facta, sed obsignatio illa est, quæ solutionis vim obtinet *leg. obsignatione 9. Cod. de solut. l. acceptam 19. Cod. de vsur.* Ergo ad pignoratitiam inducendam non sufficit, vt per creditorem steterit, quominùs ei solueretur, si non præterea illud concurrat, vt recusante creditore pecunia deposita & obsignata sit, quomodo apertè scriptum est in *l. nec creditores 10. & l. vlt. Cod. hoc tit. Iunct. l. tutor. pro pupillo 28. in fin. infr. de admin. tutor.* DEC. In omnibus causis pro facto accipitur id, in quo per alium mora sit quominùs fiat *leg. in omnibus 39 de reg. iur.* Ergo solutio à debitore oblata, & sine causa à creditore recusata, pro facta haberi debet, & consequenter inducit pignoratitiam actionem, per quam possit cogi creditor, vt pignus reddat, dummodo duret oblatio, & perseueret etiã in iudicio: alioqui nõ videtur oblatũ quod nõ durat oblatũ, sicut nec obsignatum,

quod non durat obsignatum, neque in rem versum, quod non durat versum *l. si pro patre* 10. §. *versum inf. de in rem verſ.* Porrò sola oblatio etiam in iudicio tantùm facta sufficeret, vt quamuis malè ac præmaturè instituta esset pignoratitia, ritè tamen instituta videretur *d. l. si rem* 9. §. *vlt. supr.* Idem ergo est multo magis si ante iudicium facta sit oblatio, quæ etiam in iudicio perseuerauerit. Non enim potest debitor minùs iuris habere ob id, quòd extra iudicium obtulit, quàm si nihil obtulisset. Sed perseuerantia in offerendo, vt dixi, hoc casu requiritur, quæ tamen non requireretur, si ante acceptum iudicium secuta oblationem esset obsignatio & depositio. Pignus siquidē hoc casu liberatum intelligeretur, non minùs quàm solutione *d. l. nec creditores* 10. *& l. vlt. C. hoc tit.* Et omnino ita est, vt si de sola mora vel inducenda vel purganda tractetur, sufficiat congruo loco & tempore factam esse oblationem, & à creditore sine causa recusatā *l. si seruum* 91. §. *sequitur de verb. oblig. l. qui decem* 72. *in princip. &* §. 1. *de solut.* Verum enim est hoc quoque casu per creditorem stetisse, quominùs ei solueretur, & hodie quoque stare agente pignoratitia debitore. At cùm oblationem obsignatio & depositio secuta est, non tantùm ad inducendam vel purgandam moram id prodest, sed etiam ad inducendam totius debiti ac multò magis pignoris liberationem *d. l. nec creditores & d. l. vlt. l. si per te non stat.* 9. *d. l. acceptam* 19. *C. de vsur. d. l. obsignatione* 9. *Cod. de solut.* Neque hoc casu perseuerantia vlla in offerendo exigitur. Quod enim iam pro soluto habetur, cur iterum à debitore quasi adhuc debitum offeratur? Interest itaque an debitor agens, aut acturus pignoratitia, pecuniam debitam obtulerit duntaxat, an verò etiam deposuerit oblatam & obsignauerit, non quidem quod ad inducendam pignoratitiam (ad hoc enim sufficit per creditorem stetisse, quominùs ei solueretur, vt scriptum est in hoc §.) sed quantum ad hoc, vt pignus liberatum dici possit. Plus enim est, liberatum esse pignus, quàm competere pignoratitiam, quæ scilicet interdum potest competere prius etiam, quàm pignus liberatum sit quemadmodum & è contrario interdum & si soluta sit, pecunia, tamen pignoratitia actio inhibenda est, veluti si creditor pignus suum emerit à debitore, vt subiicitur in *verſic. sequ.* qui cum hoc ita coniungendus videtur. Non est igitur verum quod Accursius hîc notat, oblationem solam non sufficere ad inducendam pignoratitiam, nisi depositio & obsignatio sequatur.

3 ¶ Interdum & si soluta sit pecunia, tamen pigneratitia actio inhibenda est: veluti si creditor pignus suum emerit à debitore.

Ad §. vlt. Interdum.

RAT. DVB. Actio pignoratitia nascitur ex totius debiti solutione *l. si rem* 9. §. *omnis pecunia supr.* vbi additur ad inducendam pignoratitiam sufficere, vt creditori quoquomodo satisfactum sit, nec alia id de causa, quàm quia satisfactio solutionis loco est, vt ibi diximus ex *l. satisfactio* 52. *infr. de solut.* Ergo nullus casus interuenire potest quo inhibenda sit hypothecaria post factā totius debiti solutionem.

DEC. Regulariter quidem ita est, sed interdum tamen euenire aliter potest, vt licèt debitum totum solutum sit, inhiberi tamē pignoratitiam oporteat, vt in specie quam hîc exempli causa Paulus ponit, si creditor pignus suum emerit à debitore. Hoc enim casu is qui creditor erat, fit debitor precij pro pignore vendito conuenti, & ita cùm diuersis respectibus debitor sit & creditor, compensatio facienda necessariò est ad concurrentem vsq; quantitatem: cuius compensationis potestate fit, vt & debiti & precij solutio vtrimque facta intelligatur, ac proinde vt creditori auferri res obligata non debeat, quam non iam pignoris vt anteà, sed emptionis titulo cœpit possidere. Cúmque per eam emptionem factus sit dominus, etiam citra vllam traditionem, quia rem emptam & iure pignoris à domino traditam penes se habuit *l. qua ratione* 9. §. *interdum de acquir. rer. domin.* an non esset absurdum cogi eum rem factam suam reddere debitori, à quo possidente vindicare illam posset? Nam si etiam Publicianæ actioni obstat exceptio iusti dominij *leg. pen. & vltim. supr. de Public. in rem act.* quanto magis obstabit pignoratitiæ? Idémque iuris est, si pignus, vt plerunque fit, non venditum, sed in solutum creditori datum sit, aut addictum vt in *leg. à Diuo Pio* 15. §. *si pignora infr. de re iudic.* §. 1. *C. si antiq. credit. pign. vendid.* Nam & hic cōtractus vicem venditionis obtinet *l. si prædium* 4. *C. de euict.* Denique toties inhibenda est pignoratitia etiam soluto debito, quoties per solutionem, aut potiùs per actum solutioni similem dominium pignoris ad creditorem pertinere cœpit, ex causa & iure superueniente finisque pignoris initium fuit acquirendi dominij creditori, potest enim creditor à debitore pignus emere, quia in dominio remanet debitoris *l. rescriptum* 12. *in princip. infr. de distr. pignor.* Nec aliud admittendum puto, si alia de causa interfit creditoris pignus liberatum retinere, puta ob chirographariam pecuniā ex *tit. C. etiam ob chirogr. pecun. pign. retin. post.* Dixi *ex causa & iure superueniente*, quia creditor conuentus pignoratitia non aliter posset referre quæstionem dominij, sicut nec conductor *l. si quis conductionis* 25. *Cod. de locat. l. si pignore* 22. §. *si prædo infr. l. commodare* 15. *& seq. supr. tit. prox.*

21. IDEM libro 6. Breuium.

Domo pignori data, & area eius tenebitur. est enim pars eius. & contrà, ius soli sequitur ædificium.

Ad l. Domo 21.

RAT. DVB. Aliud est domus, aliud area, vt nemo non videt, sicut & aliud est materia ex qua nauis cōpacta est, aliud nauis ipsa. Ergo si domus pignori data & exusta sit, area eius nō tenebitur *arg. l. si conuenerit* 18. §. *si quis cauerit. supr.* DEC. Area pars domus est & quidē maxima, cui etiā superficies cedit, vt

BIU Cujas

dit, vt inquit idem Paulus noster in *l. qui res* 98. §. *aream in fin. de solut.* nec subiacet area ædibus quomodo mare nauibus, id est, tanquam quid separatum, sed tanquam pars inferior superiori *l. solum* 49. *supr. de rei vindic.* Ergo pignori data domo etiam area tenebitur, sicuti legata insula, si ea combusta esset, area nihilominùs vindicari posset *l. si gregē legato* 22. *in fin. de legat.* 1. E contrario siue area sola pignori data sit, siue domus tota, quæ postmodum exusta sit, & ad aream redacta, & in area ædificatum postea sit, tota domus pignoris vinculo tenebitur, quia & naturali & ciuili ratione superficies cedit solo *l. Paulus* 29. §. *domus. iunct. l. si fundus* 16. §. *si res. infr. de pignor.* Ius enim pignoris hoc casu sequitur ius dominij tanquam ab eo dependens. Quod cùm euenit, fatendum est, quemadmodem id, quod ex re mea supereſt, meum est *dict. l. solum.* §. 1. ita & quod ex re mihi obligata supereſt, mihi obligatum esse. Iunge quæ scripsi ad *d. §. si quis cauerit. d. l.* 18. *supr. & ad l.* 3. §. *vlt. supr. quib. modis vsusfr. amitt.*

22. VLPIANVS libro 20. ad Edictum.

SI pignore subrepto furti egerit creditor: totum, quidquid percepit, debito eum imputare Papinianus confitetur. & est verum, etiam si culpa creditoris furtum sit factum. multò magis hoc erit dicendum [a] in eo, quod ex condictione consecutus est. Sed quod ipse debitor furti actione præstitit creditori [b], vel condictione [c]: an debito sit imputandum, videamus. & quidem non oportere id ei restitui, quod ipse ex furti actione præstitit, peræquè relatum est, & traditum. & ita Papinianus libro nono quæstionum ait.

Ad l. Si pignore 22.

RAT. DVBIT. Creditor pignoratitius cui pignus subreptum est, habet furti actionem suo nomine. Ideo enim furti agit, quia ei expedit pignori incumbere, potiùs quàm in personam debitoris agere, quantumuis debitor idoneus proponatur, vt ait Iustin. in §. *vnde constat. Inst. de oblig. quæ ex delict. nascunt.* Nec tamen creditor tenus duntaxat creditoris interest, sed in solidum, id est, quanti pignus est, quia id quod debitum excedit, actione pignoratitia debitori præstare cogitur *l. creditoris* 15. *l. creditori* 87. *infr. de furt.* Ergo quod actione furti creditor ab extraneo consecutus est, neque debitori restituere, neque debito imputare, quod effectu idem est, debet. Præsertim verò si proponas furtum creditoris culpa, quod sæpius euenit, factum esse. Nam cùm creditor pignoratitius teneatur, non tantùm de dolo & lata culpa, sed etiam de leui *l. si cùm venderet* 13. §. 1. *sup. l.* 5 §. *nunc videndum* 1. *supr. tit. prox.* vtique periculo & damno eius cederet, si neque fur, neque furtum adprehendi vsquam potuisset, aut si fur inops & non soluendo fuisset. Atqui secundùm naturam est, vt cuius damnum & periculum est, eius sit etiam lucrum *l. secundùm naturam* 10. *de regul. iur. l. vnic. §. pro secundo in fin. Cod. de caduc. tollend.* Ergo quod actione furti creditor consecutus est, maximè qui in culpa fuit, lucro eius cedere debet, nō debitoris, (sic enim verba hæc Vlpiani explicari debent *etiamsi culpa creditoris furtum sit factum*, nō quomodo Accursius post Azonem explicat, quasi propter culpam, debitorem à debito cadere oporteret, quod est ridiculum *arg. l. eum qui* 14. §. *is autem, & seq. infr. de furt.*) quemadmodum de commodatario, cui furtum factum fuit, scriptum est in *l. vlt.* §. *sed cùm in secunda. C. de furt.* & de conductore in *l. is qui rem* 6. *infr. locat.* Cur non enim magis faueamus creditori, qui verè pignus possidet quantum ad omnes causas excepta vsucapione *l. serui* 16. *infr. de vsucap.* quàm commodatario & conductori, qui nullomodo possident, sed tantùm sunt in possessione? quod longè diuersum est *l. quis ante* 10 *iunct. l.* 3. §. *sed si is qui* 20. *de acquir poss. l. certè* 6. §. *is qui rogauit. infr. de precar.*

DEC. Pignus non datur creditori ea mente, vt ex eo lucrum aliquod faciat, cùm nec eo vti possit inscio debitore citra furtum *l. si pignore* 54. *in princip. inf. de furt.* sed tantùm, vt ei cautum sit & consultum, ne quo casu si fieri potest debiti iacturam patiatur, *leg. si mandatu* 59. §. *vlt. infr. mandat. l.* 4. §. *addici de fideic. libert.* Nihil ergo interest creditoris vnde suum debitum consecutus sit, & qua actione, an furti, an ea potius qua debitor tenebatur, & an à fure an à debitore. Vbi enim consecutus est, iam eius interesse desiit. Ei porrò cuius nihil interest, neq; actio danda est, neque exceptio *l.* 3. §. 1. *infr. de verbor. oblig. l. stipulatio ista* 38. §. *alteri eod.* Neque quod eius damno & periculo res cedere poterat, sicut per ipsius culpam furtum factum fuisset, ad rem facit. Nam nec illum damnum sensisse videri posset, si quod ex culpa sua sensisset *vulg. l. quod quis* 203. *de reg. iur.* Nec rursum bona est hac parte damni & lucri comparatio. Damnum enim sentiret ex culpa sua, lucrum verò ex culpa & delicto furis, quod iniquum esset. Nec enim pœna vnius, lucrum & præmium alterius esse debet *l. si sequens* 15. *in princip. infr. de SC. Silan.* Deniq; alia ratione datur actio furti creditori pignoratitio, aliâ verò & commodatario & conductori. Pignoratitio creditori datur ideò tantùm, quia eius interest pignori incumbere potius quàm in personam agere, vt diximus ex §. *vnde constat. Inst. de oblig. quæ ex delict. nascunt.* Quæ ratio eò tantùm pertinet, vt furti agere suo nomine creditor possit, non etiam vt ea actione quicquam lucrari supra debitum suum possit, quia vltra quantitatem debiti nihil eius interest, nisi quòd superfluum totum per actionem pignoratitiam debitori restituere cogitur *d. l. creditoris.* Est enim creditor in pignore quasi procurator debitoris, cuius longè magis interest subreptum pignus non esse, cuius est dominus, quàm creditoris qui custodiam tantùm pignoris habet, non etiam vsum nedum dominium *l. si pignori* 29. *in fi. supr. famil. erciſc.* At commodatario & conductori datur actio furti non tantùm proprio eorum nomine, sed etiam ad solam ipsorum vtilitatem, tanquam quorum interſit, propria quadam ratione, quia per furtum rei commodatę, vel locatæ amittunt vsum quem habebant, & commodum quod haberent etiam hodie si furtum factum non fuisset. Est enim furtum inter-

BIU Cujas

uersio non dominij, sed vsus tantùm vel possessionis *l.1.§.vlt.infr.de furt l.qui iumenta* 40. *eod.* Nec igitur eadem ratio est condemnandi commodatarij, vel conductoris, vt quod per actionem furti ab extraneo fure consecutus est, reddere debeat commodatori vel locatori. Alioqui nullum ex furti actione commodum isti sentirent, qui tamen furtum proprio nomine quamuis in re aliena passi fuissent, furtique actionem suo quoque nomine exercuissent. Ergo in depositario, & in eo cui res vendenda datur, idem dicendum est, quod in creditore pignoratitio, quia non magis illi quàm iste vsum vllum habere poterant rei subreptæ, quin hoc ipso furtum facerent, vt bene hîc Bartolus notat. Vide tamen quod paullo aliter scripsi in *error.2. decad.81. de error. pragmat.* In actione legis Aquiliæ si seruus pignori datus occisus sit, idem ferè iuris est *l. qui occidit* 30.§. 1. *supr.ad legem Aquil.* sed in vtili duntaxat, de qua ibi Paulus, non in directa: nam directa soli domino competit *l.item Mela* 11. §. *legis autem. l.liber homo* 13. *in princ.& §.si seruus eod.tit.* Creditor autem pignoratitius nunquam eodem tempore & creditor & dominus esse potest *l.pen.§.1.ad fin.infr. de except.rei iud. l.neque pignus* 45. *de regul.iur.*

a *Multò magis hoc erit dicendum.* RAT. DVB. Condictio furtiua non datur nisi domino *l.1.supr. de condict.furt.* Atqui creditor pignoratitius nunquam dominus esse potest, quandiu creditor manet, vt proximè diximus. Ergo nec condictione furtiua contra furem experiri potest, vt proinde superflua & otiosa sit quęstio, an quod creditor ex condictione consecutus est, restituere debeat debitori.

DEC. Non omnis condictio, quæ contra furem datur, quamuis ex causa furti furtiua est, quæ semper certi est condictio *l.certi condictio* 9.§.1. *supr. de rebus credit.* sed aliquando datur etiam condictio incerti, non ad rem ipsam furtiuam, sed ad id quod interest eius qui furtum passus fuit *l.& ideo* 12.§. *vltim. supr. de condict.furt.* vbi hæc ipsa species tractatur de subrepta re, quæ pignori data fuerat. Dicitur autem condictio incerti, quia id quod interest, quod per eam petitur, semper incertum est, quoniam in facto non in iure consistit *l.quatenus* 24. *de reg.iur.l.vltim. de stipulat.prætor.* Res autem furtiua ipsa semper certa est, (nec enim incertum potest esse corpus quod subripitur *l.certum* 6. *supr. de reb. credit.*) ideoque per condictionem incerti nunquam peti potest. Denique condictio incerti furtiua nulla est, vt scripsimus ad *d.l.*12.§. *vlt. de condict.furt. & in error.*6. *decad.*81. Sed cur ait Vlpianus multò magis hoc dicendum esse in condictione incerti, quàm in furti actione? Nempe quia condictio siue certi siue incerti etiam cùm ex causa furtiua descendit, tota rei persecutoria est, nunquam pœnalis. Actio autem furti tota pœnalis est, ideóque difficilius videbatur, vt quod actione furti consecutus esset creditor redderet, quàm vt quod per condictionem percepisset.

b *Sed quod ipse debitor furti actione præstiterit creditori.* RAT. DVB. Non debet esse melior condicio creditoris, ob id solùm quòd debitor ipse furtum fecerit. Quid enim refert, an à debitore ipso, an ab alio furtum factum sit, quod pertinet ad pœnam dupli, vel quadrupli? Atqui si alius quàm debitor furtum pignoris fecisset, ac per furti actionem creditor duplum, aut quadruplum ab extraneo fure consecutus esset, totum id debito suo imputaret, quod autem supra debitum esset, debitori ipsi restitueret *l. creditoris* 15. *l.creditori* 87. *infr. de furt.* Idem ergo dicendum est, tum quoque cùm debitor furtum fecit. Adde quod Bartolus obiicit, ex qua causa quærendo ab alio mihi quæris, ex ea causa obligari me tibi non posse ex *l.sed & si quid* 24.§. *idem Iulianus, alias l.si seruo supr. de vsufr. l.liber homo* 118. *de verb. oblig.* Creditorem ergo qui recipiendo pecuniam ab extraneo acquirit eam debitori, non posse illam à debitore exigere.

DECID. Nemo dubitat, quin deterior esse debeat condicio debitoris, qui furtum ipse fecit, quamuis rei suę, quàm si alius furtum fecisset. Cùm enim tam verè ac propriè furtum faciat, quàm si rem alienam subripuisset *d.§. vnde constat. Instit. de oblig. quæ ex delict. nascunt. l. in actione* 19.§. *pen.& vlt. eod.tit. de furt.* consequens est, vt delictum & admissum eius impunitum esse non debeat *l.ita vulneratus* 51. §. *vlt. supr. ad legem Aquil. l. Stichum aut Pamphilum* 95. §.1. *de solut.* Atqui esset impunitum, si quod is furti actione creditori præstitisset, ab eo per actionem pignoratitiam reciperet. Non enim alienantur nummi, qui sic dantur vt recipiãtur *l.qui sic soluit* 55. *de solut.* Vnde est quod dicimus pœnas depensas non repeti *l.pœnæ* 42. *supr. de condict. indeb. l.quod à quoquo* 46. *de regul. iur. l. id quod pœnæ* 74. *de solut.* Neque enim essent pœnæ, si solutæ repeterentur. Et quemadmodum delictum quod semel admissum est, nunquam haberi potest pro non admisso, ita neque pœna quæ delicto irrogata & præstita est, haberi vnquam potest pro non irrogata, aut pro non debita. Ergo quod debitor furtiactione creditori præstiterit, à creditore id eirestitui non oportet. Longéque aliud est creditorem acquirere debitori pœnam, & actionem furti, quod falsum est, aliud verò id ipsum quod exegit, cogi restituere per pignoratitiam actionem: quod nec Bart. ignorauit. In actione redhibitoria aliud iuris est, si Bartolo credimus ex *l.cùm autem* 24.§. *vlt. infr. de ædilit.edict.* Idque ob rationem positam in *l.facta redhibitione* 60. *eod.tit. cum similib.*

c *Vel condictione.* Puto hæc verba esse interpretis, existimantis condictionem furtiuam sicuti competit creditori aduersus extraneum furem pignoris, ita & aduersus debitorem ipsum competere. Quod certè non ita est. Condictio enim incerti, de qua proximè diximus, licèt detur etiam non domino contra furem, attamen contra debitorem ipsum, eúmque dominum dari nunquam potest, non magis quàm condictio furtiua, quæ ex contrario non nisi domino aduersus non dominum datur. Scripsi pluribus in *error.3. & 5. decad.*81. *de error. pragmat.* vbi vide, est enim amplior tractatus, quàm vt in hosce commentarios referri debeat. Et verò si proposita fuisset quæstio de eo quod creditor à debitore, eodémque fure siue per condictionem siue per actionem furti consecutus esset, cõsentaneum fuerat, vt ad eam quoque quæstionis partem quæ de condictione erat, responderet. Et tamen nihil aliud respondet Vlpianus, nisi quod ad furti actionem pertinet, non oportere debitori restitui quod ipse furti actione præstitisset. Obseruandum autem est, ideò Vlpianum Papiniani authoritate niti in hac quæstione, & initio legis ita scribere *Papinianus constituit*, quoniam in hac quæstione, præsertim circa personam cõmodatarij Papinianus variauit, vt Iustinianus testatur in *l.vlt.§. sed cùm in secundam. C. de furt.* & nos monuimus in *error.1. dictæ decadis* 81. vbi plura inuenies noua nec insubtilia ad tractatum hunc pertinentia, quæ alioquin essent hîc tractanda, præsertim an quod Vlpianus negat restituendum esse debitori à creditore id quod creditor ab eo actione furti

furti exegerit, sic accipiendum sit, vt neque debito imputari id oporteat. Aliter enim atque aliter de hoc senserunt interpretes, vt apud Accursium videre est. Nos quid nobis videatur contra Cuiacium & Azonem docuimus in *dict error. 3. decadis* 81. Extat autem Papiniani sententia quæ hîc postremo loco refertur in *l. si debitor* 79. *infr. de furt.*

1 ¶ Idem Papinianus ait, & si metus causa seruum pigneratum debitori tradiderit, quem bona fide pignori acceperat. nam si egerit, quod metus causa factum est, & quadruplum sit consecutus: neque restituet ex eo, quod consecutus est, nec debito imputabit.

Ad §. 1. Idem Papinianus ait.

RATIO DVBIT. In quadruplo quod per actionem quod metus causa ex Prætoris edicto præstandum est, simplum continetur *l. item si cùm* 14. §. *sed & si quis &* §. *quatenus. l. si mulier* 21. §. *qui possessionem. supr. quod metus caus.* Simplum autem nihil nisi rei ablatæ æstimatio est, quæ scilicet succedit loco rei. Ergo quemadmodum per actionem pignoratitiam cogeretur creditor debitori pignus reddere, si per metum aut per vim ei ablatum non esset, ita & cùm per actionem quod metus causa quadruplum consecutus est à debitore ipso, cui seruum pignoratum metus causa tradidit, quem bona fide pignori acceperat, (si enim illato metu pignus accepisset, aliud dici oporteret, quia nec damnum vllum, quod ad illius edicti causam pertinet, sensisse videretur *l. sed & partus* 12. § *vltim. eod.*) dicendum est saltem simplum restituere eum debitori per actionem pignoratitiam, aut quod effectu idem est, debito imputare debere.

DECID. Quadruplum quod per actionem quod metus causa præstandum est ei, qui vim aut metum passus fuit, etiamsi contineret simplum, vt Tribonianus voluit, (aliter certè quàm prudentes veteres sensisse videantur) contineret tamen per modum pœnæ, quia quadrupli condemnatio vnica & indiuidua est, ideóque tota per modum pœnæ irrogatur, licèt non tota sit pœna, vt scripsi pluribus in *error. 2. decadis* 81. Atqui non solent pœnæ depensæ repeti, vt ad huius legis initium scripsimus ex *l. pœnæ* 42. *supr. de condict. indeb. l. id quod pœnæ* 74. *de solut. l. quod à quoquo* 46. *de regul. iur.* Ergo ex quadruplo quod creditor per actionem quod metus causa ab ipso debitore consecutus est, nihil restituere per pignoratitiam cogendus est, neque debito imputare. Itaque melius fecerit, si rem ipsam pignoratam creditori reddat, quam ei per vim aut metum abstulerat, vt agens pignoratitia, rem ipsam recipere possit, cùm æstimationem quam nec pignori dedit, recipere non possit. Simile quiddam est in *leg. seruum filij* 43. § *si statuliberum. infr. de legat.* 1.

2 ¶ Si prædo rem pignori dederit: competit ei & de fructibus pigneratitia actio: quamuis ipse fructus suos non faciet: à prædone enim fructus & vindicari extantes possunt, & consumpti condici. proderit igitur ei, quòd creditor bona fide possessor fuit.

Ad §. 2. Si prædo.

RATIO DVB. Non est nouum, vt quis ex alterius persona consequatur, quod ex sua non posset *l. Aristo* 7. *in fin. quæ res pign. oblig. poss. l. cum hereditate* 55. *de acquir. hered. l. si is qui duos* 29. *de liberat. legat.* At qui bonę fidei possessor facit fructus suos omnes quos ex re aliena percipit. Interim scilicet, id est, quandiu fundus euictus non est *l. bonæ fidei* 48. *de acquir. rer. domin. l. qui scit* 25. §. *vlt. de vsur.* Ergo si bonæ fidei creditor fuit, cui alienam rem prædo pignori dedit, dicendum est prædonem ex creditoris persona consequi debere, quod ex sua non posset, vt fructus illos rei dominus neque vindicare extantes vnquam possit, neque condicere consumptos: vt proinde ei profuturum sit, quòd creditor bona fide pignus rei alienæ acceperit & possederit: nec enim dubiũ est, quin etiam is qui rem alienam pignori dedit pignoratitiam habeat *l. si rem* 9. §. *pen. supr.* tametsi debitor soluendo sit, vt Marcianus scribit in *leg. cum debitore* 32. *infr. hoc tit.* Atque ita Vlpianum in hoc §. sensisse vulgò putant interpretes, moti ex eo quod initio huius §. scriptum est, si prædo rem pignori dederit, competere ipsi nõ tantùm de pignore, sed etiam de fructibus pignoratitiam actionem, exemplo scilicet actionis redhibitoriæ *l. cùm autem* 24. §. *vlt. l. fact. ared hibitione* 60. *infr. de ædilit. edict.* Iuncto eo quod in fine §. Vlpianus cõcludit his verbis, *Proderit igitur ei quod creditor bona fide possessor fuit.* Quod verò interiectum est *quamuis ipse fructus suos non facit*, (sic enim legunt, non vt in *Pand. Florent. faciet*) *A prædone enim fructus & vindicari extantes possunt & consumpti condici* sic accipiunt, quasi hæc verba loquantur de fructibus à prædone ipso perceptis, siue extantibus, siue consumptis, non de iis quos à creditore pignoratitio bona fide perceptos per pignoratitiam actionem receperit, de quibus solis initio §. tractatur. Omnino malè. Sensus enim Vlpiani proculdubio ille est, vt in ea ipsa specie quam tractat de prædone qui creditori suo rem alienam bona fide accipienti dedit pignori, & fructus ab eo perceptos simul cum ipso pignore per pignoratitiam actionem recepit, prædo ne quidem fructus istos suos faciat, sed eos dominus vindicare possit extantes, consumptos verò condicere, perinde ac si prędo ipse eos per se percepisset, nõ à creditore accepisset. Id enim est quod Vlpianus ait, *quamuis ipse fructus suos non faciet*, vt intelligamus loqui eum de his ipsis fructibus à creditore perceptis & redditis, nec esse bonam consecutionem, vt quia percepti sunt à creditore, eodémque bonæ fidei possessore non à prædone, magis eos lucrifacere prædo possit. Quid enim refert, an eos prædo per seipsum & immediatè, an per mediam creditoris personam perceperit? Aut quid ab-

BIU Cujas

sui dius, quàm existimare meliorem prædonis ob id condicionem esse debere, quod alienam rem scienter pignori dando etiam stellionatum admiserit? *l. tutor 16. §. 1. supr. iunct. l. si rem alienam 9. in princip. supr. eodem.* Fateor creditorem, qui fructus pignoris rei alienæ percepit, eos nihilominùs suos facere, si bona fide eos perceperit, id est, putans habere se ius à vero domino, rémque pignori datam esse debitoris, eo nimirum iure, quo bonæ fidei possessores omnes faciunt fructus suos, etiamsi à prædone alióve quolibet malæ fidei possessore causam habeant. Nec enim mala fides dantis, malę fidei possessorem facit eum, qui accipit. Quisquis autem accipit rem pignori, licèt hoc ipso sciat se rem alienam possidere *l. pignori 14. de vsacap.* quia rem suam propriam pignori habere non posset *l. neque pignus 45. de regul. iur. l. pen. §. 1. ad fin. de except. rei iudic.* non eò minùs tamen bonę fidei possessor dicendus est, si modò credat debitorem à quo pignus accepit, esse dominum, quia percipit eos ex domini voluntate *l. si seruus 61. §. locaui. infr. de furt.* Quomodo enim malæ fidei possessor dici potest is, qui ius habet à domino, aut ab eo quem errore probabili dominum esse arbitratur? *l. si quis cùm sciret 8. infr. pro emptor.* Nec tamen consequens est, vt eos fructus creditor lucretur. Nam neque alius quilibet bonæ fidei possessor facit suos absolutè, sed interim, vt ait *d. l. bonæ fidei*, id est, donec consumpti sint aut vsucapti. Consumptos enim, aut vsucaptos lucratur *l. 4. §. post litem. sup. fin. regund. d. l. 4. §. lana de vsucap.* Extantes verò nec vsucaptos domino restituere officio iudicis cogitur, vt tractat Iustin. *de offic. iudic. Instit.* Creditor autem quamuis bonæ fidei possessor in hoc deterioris condicionis est, quàm cæteri bonæ fidei possessores, quod etiam cõsumptos bona fide fructus, quos ex pignore percepit, in debiti sortem imputare cogitur *l. 1. 2. 3. & paß. hoc tit.* nec eos vllo casu lucratur, ne quidem eos qui soluto per eiusmodi imputationem debito supersunt, quippe quos actione pignoratitia restituere cogitur, non tamen si consumpti sint bona fide, sed etiam si extent quantocunque tempore eos possederit, quia vsucapere illos nullo tempore potest, nec quominus eos restituat prescriptione temporis etiam longi vlla se defendere *d. l. 1. & l. vlt. C. hoc tit.* non modò, quia vsucapere non potest creditor, qui scit se alieno nomine possidere, vt diximus ex *d. l. pignori*, sed etiam quia nec possidere intelligitur, quod ad vsucapionis causam pertinet *l. serui nomine 16. eod. tit.* Sine possessione autem nulla procedere potest vsucapio *l. sine 25. eod.* Vtrumq; autem hoc, vt creditor fructus quos percepit, non lucretur, sed debito imputet, quamuis consumptos, superfluos autem siue extantes siue consumptos restituat, ex eo fonte proficiscitur, quòd non facit fructus suos, nisi ex domini eiusdémque debitoris voluntate, quæ sicut illa est, vt creditor, quamuis sciens rem alienam fructus suos faciat, ita nec illa vnquam est, vt creditor fructus vllo casu lucretur: neque enim pignus datur creditori ea mente, vt aliquod ex ipso lucrum faciat, sed tantùm, vt sibi suęque indemnitati cautum habeat, nisi cùm antichresis cõtracta est aut expressa, vt in *l. si pecuniam. 33. infr. l. si is qui 11. §. 1. infr. de pignor. l. si ea pactione 14. l. si ea lege 17. Cod. de vsur.* siue tacita, vt in *l. cùm debitor 8. infr. in quibus caus. pign. vel hypoth. tacit. contr.* Soluto enim priorem fructuum imputationem toto debito, consequens est, vt creditor qui hoc ipso creditor esse desiit, nullam percipiendorum reliquorũ fructuum quos postea percepit, causam habuerit. Et creditoris bona fides, quæ ex crediti acceptique bona fide pignoris iure pendebat, extincto credito finitóque pignore statim euanescit. Quod in cæteris bonæ fidei possessoribus diuersum est. Quî ergo fieri potest, vt prædoni ad lucrandos fructus prodesse debeat, quod creditor bona fide possessor fuit, qui nec si debitor dominus fuisset, fructus tamen ipsos lucraretur? Ita namque posito iure, melior esset condicio prædonis, qui mala fide alienam rem pignori dedisset, quàm creditoris, qui bona fide accepisset, quíque reuera bonæ fidei possessor fuisset. Et hæc vera decidendi ad hunc §. ratio est, cum aliis iam supradictis coniungenda. Non proderit igitur prædoni, quòd creditor bona fide possessor fuit, quomodo in fine huius §. addita negatione legendum est, aut totus hic versiculus imperito interpreti adscribendus, malè inferentis ex superioribus contra quàm Vlpianus senserit, sicut & in *l. debitor 59. infr. ad SC. Trebell.* malus quidam interpres totum illum versiculum adiecit *remanet ergo propter pignus naturalis obligatio*, vt pluribus docui in libris Coniect. Fit autem probabilior hæc nostra emendatio ex eo, quod proximè monuimus verba illa post initium huius legis posita *vel condictione* esse interpretis, nec sibi temperasse malum interpretem, si non is potius Tribonianus fuit, quin Vlpiani sensum & verba corruperit. Accursium verò & interpretes fefellit vulgata lectio, quæ sic habet, *quamuis ipse fructus suos non facit*, aut, vt alij legunt *faciat*, cùm tamen legendum sit, vt in Florentinis *faciet*. Cæterùm si debitor qui à prędone pignus accepit, possessor malæ fidei fuisset, id est, si rem pignoratam alienam esse sciuisset, vtique non faceret fructus suos, ne quidem interim, vt nec alius quilibet malæ fidei possessor. Cur enim plus iuris haberet, qui alienam rem sciens pignori accepisset, quàm qui emisset? Siquidem pro alieno possidet, qui pignus accepit, *dict. l. pignori*, pro suo autem qui rem emit *l. 3. §. genera possessionum. infr. de acquir. possess. l. 2. pro suo.* At cùm creditor bona fide possessor fuit, licèt rem suam non esse sciat, sed debitoris sui esse putet, facit fructus suos, vt faceret alius quilibet creditor: cùm tamen eos non lucretur, perinde restituere debet prædoni, atque restituere ei teneretur, qui aut bona fide rem alienat, aut rem suam pignori dedisset. Dices, Atqui restituendo fructus quos suos fecit, transfert dominium eorum in prædonem ex *l. traditio 20. de acquirend. rerum domin. l. clauibus 74. de contrah. empt.* Qua ergo ratione fieri potest, vt dominus eos vel extantes vindicet, vel consumptos condicat? Nemo enim vindicare potest, nisi id quod suum dicere possit *l. Quintus Mucius 27. §. argento, de auro & argent. legat. l. in rem 23. & paß. supr. de rei vindic.* neque condicere etiam prædoni, nisi is qui dominus fuit *l. si vrbana 55. in fin. supr. de condict. indebit.* Sed respondendum est, fructus quos creditor idémque bonæ fidei possessor prædoni restituit, non tanquam prædoni acquisitos, sed tãquam ei debitos per actionem pignoratitiam restitui, nec id aliquo dominij iure, sed sola conuentionis potestate. Proinde non esse consequens vt prædo, idémque debitor eos fructus sibi restitutos retineat, quasi acquisitos ab eo qui fuit ipsorum dominus, cùm eadem iuris & æquitatis ratio, quæ fauebat creditori, vt suos faceret, nempe quòd bonæ fidei possessor esset, eadem noceat prædoni, ne possit illos sibi acquirere, quia malæ fidei possessor est, nec interrumpitur malæ fidei pos-

BIU Cujas

dei possessio prædonis eiusdémque debitoris per bonæ fidei possessionem creditoris, cùm non tam creditor ipse possideat, quàm prædo debitor per mediam creditoris personam. Aliud nempe est possidere, aliud verò alieno nomine possidere *l. quod meo 18. de acquir. poss.* sicut & aliud est possidere, aliud verò esse tantùm in possessione *l. si quis ante 10. eod.* Denique deficiente bona fide eius qui fructus percipit, non ad alium pertinere fructus possunt, quàm ad dominum, quia non iure feminis percipiuntur, sed iure soli *l. qui scit 25. §. 1. de vsur.* Et tamen fructus percepti à creditore, qui bona fide possessor pignoris fuit, eóque iure fructus percipiendo suos fecit, extenuant debitum prædonis, & creditori in solutionem sortis imputantur *dict. l. 1. 2. 3. & vlt. C. hoc tit.* Non enim plus iuris habere potest creditor ad non imputandos fructus pignoris, quos à prædone accepit, quamuis bona fide, quàm si à vero domino aut à bonæ fidei possessore idem pignus accepisset. An ergo ad vulgatam lectionem retinendam dicemus cum Accursio, hactenus prodesse prædoni, quòd creditor bona fide possessor fuit, vt extenuent debitum? Minimè verò. Nam nec bonæ fidei possessori, eidémque debitori id prodesse posset. Cùm enim locupletior fiat debitor quisquis à creditore suo liberatur *l. si pupilli 66. in fin. de solut. l. species 11. de acceptilat.* & quidem turpissimo acquisitionis genere, cùm extincta semel obligatio reuiuiscere nunquàm possit *l. qui res 98. §. aream de solut.* apparet non posse dici consumptos fructus ex quibus solutum sit creditori, quamuis nec extent: ideóque etiam à bonæ fidei possessore restitui debere, quia in corpore patrimonij retinentur *l. idem seruandum 72. de legat. 2. l. sed etsi 25. §. consuluit. & pass. supr. de hered. petit.* Ergo restitui debent, perinde ac si extarent, non quidem vindicationis iudicio, quia in eos non potest cadere hæc vindicationis formula *hanc rem ex iure Quiritium meam esse aio*, sed officio iudicis ex quo etiam à bonæ fidei possessore percepti fructus præstantur *dict. tit. de offic. iudic. iunct. l. nam etsi 13: supr. de rebus credit. l. si procurator 14. in fi. de condict. caus. dat. l. 3. Cod. de condict. ex leg.* Proinde cùm non cedant lucro bonæ fidei possessoris, nec si creditor quoque pignus bona fide possederit, multò minùs possunt cedere lucro prædonis, nec ei prodesse bona fides creditoris, nisi hactenus vt à creditore ipso eatenus liberetur, quatenus fructus qui à bonæ fidei possessore eodémque creditore percepti sunt, extenuant debitum: sed ita tamen vt quatenus à creditore suo liberatur, eatenus fundi domino ad paris quantitatis restitutionem pro fructuum à creditore perceptorum æstimatione teneatur. In eo quoque deterioris conditionis est prædo, nec ei prodest quòd creditor bona fide possessor fuit, quod cùm creditor non alios fructus per actionem pignoratitiam aut imputare, aut restituere teneatur quàm quos percepit, prædo tamen omnes reddere cogitur, nec solùm perceptos à creditore, sed & alios qui ab eo aut à domino ipso percipi potuerunt *l. si nauis 62. in fin. supr. de rei vindic.* Est tamen melioris conditionis, propter bonam fidem creditoris in eo quod per mediam creditoris bona fide possidentis personam fructus suos interim facit, eorúmque imputatione liberatur. Quod diuersum esset, si prædo ipse fructus percepisset, & ex iis creditori soluisset. Nemo enim alienam rem soluendo consequitur liberationem *l. is qui alienum 60. l. si alieni 78. infr. de solut.*

3 ¶ Si post distractum pignus debitor, qui precario rogauit, vel conduxit pignus, possessionem non restituat: contrario iudicio tenetur.

Ad §. 3. Si post distractum.

RAT. DVBIT. Iudicium contrarium pignoratitium non datur creditori pignoratitio, si non eius interest. Agitur enim in contrariis iudiciis omnibus de calculo *l. furti 6. §. vlt. supr. de his qui notant. infam.* id est, quantum ex bona fide actori præstare æquum sit *l. ei qui 5. infr. depos.* Atqui post distractum à creditore pignus, nihil iam interest creditoris qui soluto ab emptore precio debitum suum consecutus est, quique vendendo fecit emptorem dominum *l. 4 supr. l. qui à creditore 18. C. de distract. pignor.* Ergo non est ei dandum pignoratitium iudicium contrarium, nec rursus emptori, qui pignus ipse non accepit. Præsertim verò cùm creditor, si in rem pignoratam agere velit aduersus debitorem, qui precariò rogauit, vel conduxit possessionem pignoris, possit creditor non modò hypothecariam exercere, ac pignus ipsum vindicare *l. si fundus 16. §. in vindicatione. infr. de pignor.* sed etiam interdictum de precario, vt bene Azo apud Accursium ex *leg. 2. l. interdictum 14. infr. de precar.* itémque interdictum vnde vi, quasi videatur creditorem debitor expellere, cùm denegat ei possessionem *l. vim facit 11. & seq. de vi & vi armat.* Idemque tractari potest, si post contractum pignus, & ante distractum illud debitor pignoris possessionem precariò rogauerit, vel conduxerit: vt proinde nil necesse sit cum Francisco Hottomano textum hunc emendare, & pro *distractum* reponere *contractum*, vt ille scripsit in Obseruation. cùm eadem sit vtroque casu iuris ratio.

DEC. Contraria actio pignoratitia competit creditori ex bona fide, quoties decipitur à debitore, qui in omnibus ad pignoris causam pertinentibus bonam fidem præstare debet, vt & creditor debitori. Sunt enim actiones omnes pignoratitiæ bonæ fidei, nec minùs quæ contrariæ sunt, quàm quæ directæ. Atqui decipitur à debitore creditor, quoties possessionem pignoris, quam precariò rogauit, aut conduxit à creditore debitor, non vult restituere creditori. Qui enim precariò rogauit, non possidet, sed apud eum qui concessit possessio remanet *l. certè 6. §. is qui precario. infr. de precar.* ea scilicet quæ in animo consistit non quæ corpore. Hæc enim penes eum est, qui rogauit *l. & habet 15. §. eum qui. eod.* & sine qua inutiliter & frustrà is possidet, qui rogatus est. Commoda enim possessionis & fructuũ qui ex possessione percipiuntur, omnia pendent à corporali & naturali possessione. Idémq; iuris est in conductore. Qui enim conduxit, licèt verè non possideat, quia non animo domini, sed alieno nomine possidet *d §. is qui rogauit & l. communi 7. §. neque coloni. supr. de acquir. rer. domin.* in possessione tamen est *l. si quis antè 10. de acquir. poss.* Meritò igitur cõtrarium iudicium hoc casu dandum est creditori, per quod consequatur quanti sua interest deceptum nõ esse, sibíque restitui pignoris possessionem. Interest autem etiam post distractum pignus, quia tenetur cre-

BIU Cujas

ditor transferre dominium pignoris in emptorem *dict.l.4.supr. l.non est nouum 46.infr.de acquir.rer.domin.* quod porrò non potest transferri citra traditionem *l.traditio 20.eod.tit.l.traditionibus 20. Cod. de pact.* nec rursus fieri traditio à non possidente, cùm nihil aliud sit traditio quàm datio possessionis, *l.3.in princ. de action. empt.* & quidem naturalis ac corporalis à qua scilicet rerum dominia cœperunt *l.1. de acquir. poss.* Rectè autem Vlpianus in vulgata editione qui *precariò rogauit vel conduxit pignoris possessionem*, quia rem propriam neque precariò accipere, neque conducere quisquam potest, sed eius duntaxat possessionem *l.neque pignus 45. de regul. iur. l.4. §.pen.infr. de precar.* Quòd si quis editionem Florentinam sequi malit, quæ habet, *qui precariò rogauit vel conduxit pignus*, eadem tamen interpretatio facienda est, vt de sola pignoris possessione verba illa intelligantur. Etsi autem in hoc contrario iudicio agitur de fide rupta, vt Accursius & Bartolus monent contra quàm regulariter in contrariis iudiciis obseruari soleat *d.l.furti 6.§.vlt.supr.de his qui not.infam.d.l.ei apud quem.5.infr.depos.* non puto tamen verum, quod iisdem placet in hoc eodem contrario iudicio etiam iurari in litem aduersus regulam *dict.l. ei apud quem.* quia vt iurari possit in litem, non illud tantùm exigimus, vt is contra quem iuratur, sit in dolo, vel saltem lata culpa, sed etiam vt is qui iurare vult sit dominus, qui rem suam repetat, & qui per contumaciam nolentis restituere inuitus cogatur rem suam vendere *l.si filiofamilias 25.§.maritus. inf.solut.matrim. l.non enim 9. rer. amot.* quod in specie proposita non contingit, cùm creditor neque contrahendo, neque distrahendo pignus fiat dominus. Plus dico, nec infamem fieri hoc casu debitorem licèt ob fidem ruptam contrario isto iudicio condemnetur proprio nomine ex *d.l.furti.§.vlt.* quia licèt ob fidem ruptam contrarium huiusmodi iudicium detur, in eo tamen non de rupta fide agitur, neque de perfidia, sed de calculo, & de eo quod interest. Alioqui etiam is qui interdicto de precario condemnatus esset, infamis fieret, nam & is fidem rumpit, qui rem quam precariò accepit, non vult reddere *l.2.de precar.* & tamen constat nullum interdictum famosum esse ne quidem Vnde vi *l. neque 13.infr. vnde vi.* Itaque quod scriptum est in *d.l.furti.§.mandati.* Verbis edicti notari non solùm eum qui mandatum susceptit, sed & eum qui fidem quam aduersarius secutus est, non præstat, non ita generaliter accipiendum est, vt quisquis fidem rumpit, infamis fiat, sed vt ita demum si præterea illud concurrat, vt mandati iudicio alióve directo conueniatur, vt ex exemplo apparet, quod Vlpianus ibidem subiicit in hæc verba, *vt puta fideiussi pro te & solui, mandati si te condemnauero, famosum facio.*

4 ¶ Si creditor, cùm venderet pignus, duplam promisit. nam vsu hoc euenerat, & conuentus ob euictionem erat, & condemnatus: an haberet regressum pignoratitiæ contrariæ actionis? & potest dici esse regressum, si modò sine dolo, & culpa sic vendidit, &, vt paterfamilias diligens, id gesit: si verò nullum emolumentum talis venditio attulit, sed tanti vendidit, quanti vendere potuit, etiam si hæc non promisit, regressum non habere.

Ad §.vlt. Si creditor.

RATIO DVBIT. Non debet esse in potestate creditoris etiam cui permissum est pignus vendere, vt deteriorem faciat condicionem debitoris, quàm futura erat, si debitor vendidisset, alioqui non videtur bona fide versatus creditor in vendendo pignore, in quo tamen, vt & in cæteris omnibus ad pignoris causam pertinentibus, bonam fidem præstare debet *l.1.3.& 4.C.si vendit.pignor.agat.* Atqui debitor si rem pignoratam vendidisset, duplum tamen ex causa euictionis promittere coactus nõ fuisset, præstare autem euictione secuta, multò minùs: quia quoties in venditione dictum non est, quantum venditorem pro euictione præstare oporteat, nihil præstare debet euictionis nomine præter simplam, & ex natura actionis ex empto id quod interest *l.si in venditione 60.l.euicta 70.infr. de euict.* Et quod contrà scriptum videtur in *l.2. eod.tit.* si dupla non promitteretur & eo nomine ageretur, dupli condemnandum esse reum, sic proculdubio accipi debet, si ante venditionem & in tractatu ipso venditionis conuenerat, vt dupla promitteretur. Erat enim frequens eiusmodi promissio *l.si dictum 56.eod.* & vsitata atque assidua duplæ stipulatio *l. quòd si nolit 31.§. quia assidua de ædilit.edict.* Ergo si creditor cùm pignus venderet vltro duplam in casum euictionis promiserit, & secuta euictione ad duplam præstandã condemnatus sit, eámque præstiterit, non debet eo nomine per pignoratitiam actionem regressum habere aduersus debitorem, vt eum de dupla indemnem præstet. Sibi námque imputet, qui cùm non cogeretur, duplam vltrò promiserit. Neque verò damnum vllum sentire videtur in eo quod ex culpa sua sentit, ex regula *l.quod quis 203.de regul.iur.* Præsertim cùm nec pignoris euictionem creditor debeat, si eam non promiserit, sed tantùm vt præstet se potiorem creditorem *l.1.& tot.tit. C. credit.euict pignor.non deber.l.si mandatu Titij 59.§.creditor.infr.mandat.* Nam & cùm in causa iudicati postulante creditore pignus distrahitur, quod postea euictum sit, non tenetur de euictione creditor, sed debitor, cui solutio proficit *l.si ob causam 13.C.de euict.* Fit enim debitor ea solutione locupletior, cùm à suo creditore liberetur *l. si pupilli 66. in fin. de solut. l. species 11. de acceptilat.* Creditor verò non fit locupletior, qui nihil nisi suũ consequitur. Quid ergo cogebat creditorem, vt non modò euictionis periculum in se susciperet, sed etiam duplam ex ea causa promitteret?

DECID. Nihil potest imputari creditori, qui sine dolo malo & culpa vlla pignus vendidit, & in eo vendendo sic negotium gessit, quomodo alius quilibet bonus & diligens paterfamilias gesturus fuit, nã hoc ipsum à creditore exigimus, vt debitori pignoratitia actione non teneatur, alioqui in culpa esse videtur *l.si cùm venderet 13.§.1.& l.seq.supr.* Atqui diligentis & boni patrisfamilias est, cùm rem aliquam vendit, sic vendere, vt quàm cariùs facere potest ven-

BIU Cujas

test, vendat *l. si voluntate 8. C. de rescind. vendit.* In eo namque licet contrahentibus naturaliter se decipere *l. in causa 16. §. idem Pompon. supr. de minor. l. item si precio 22. §. vlt. infr. locat.* Vnde est, quod dicere solemus, precium venditionis non tam ex ipsa re percipi, quæ venditur, quàm ex negotiatione *l. venditor 21. infr. de hered. vel action. vendit.* Atqui certum est, & quotidiano vsu compertum tanto pluris vendi res solere, quanto commodioribus & emptori vtilioribus condicionibus fit emptio: cùm pacta, quæ in venditionibus & emptionibus adiiciuntur, faciant partem precij *l. fundi partem 72. infr. de contr. empt. l. si sterilis 21. §. si tibi fundum de action. empt. l. si venditor 6. §. 1. in fin. infr. de seru. export.* quia emptor non aliter empturus fuerat *l. vlt. Cod. de pact. int. emptor. & vendit.* cúmque nihil tanti esse emptori debeat, quàm vt in casum euictionis habeat venditorem de euictione obligatum, ne alioqui facile accidat, vt & rei quam emit, & precij quod soluit iacturam faciat, nemo dubitat, quin multo consultius ei sit venditorem sibi obligare de euictione, etiam de qua non aliter teneretur, & ob eam causam longè pluris fundum emere, quàm quanti fuerat empturus, si promissa ipsi euictio non fuisset. Quod si hoc etiã addat venditor, vt euictionis nomine duplum promittat emptori, qui alioquin aut nullo modo, aut minore precio empturus fuerat, tum verò hac maximè ratione pellicitur emptor, vt maius precium offerat, & præstet. Ergo in proposita specie, si quæratur, an creditor, qui duplam præstitit, regressum habere debeat contra venditorem, necessariò adhibenda distinctio est, non solùm an dolo malo & culpa id fecerit, (non enim sufficeret carere illum dolo & culpa ad obligandum venditorem,) sed etiam vtrum quasi diligens paterfamilias sic vendiderit, vt pignus pluris venderet, an verò per inconsultam facilitatem, non laturus ex venditione maius precium, quàm si duplam non promisisset. Priore casu debet creditor regressum habere pignoratitiæ contrariæ actionis contra debitorem, quia nihil ei potest imputare debitor, cuius etiam negotium gessit vtiliter creditori, quippe qui omne id quod supra debitam quantitatem ex pignoris venditione redegerit, debitori restituere pignoratitia actione teneatur *l. 1. & vlt. C. hoc tit.* Nemo enim alienum factum impugnare potest ex quo ipse lucrum sentiat *l. si extraneus 33. l. cùm in fundo 78. §. quòd si mulier infr. de iur. dot.* Maximè verò, cùm maioris precij lucrum sit certum & indubitatũ, futuræ autẽ euictionis periculum ex futuro euentu pendeat, multóq; magis exactio promissæ duplæ *l. habere licere 57. de euict.* Interdum verò habet creditor, qui de euictione se obligauit ius retentionis pro contraria actione pignoratitia, vt in specie *l. si necessarias 8. §. 1. supr.* qui tamen textus secundùm huius §. distinctionem intelligi debet, vt Accursius bene monet. Posteriore autem casu æquum non est, vt contra debitorem regressum vllum habeat pro ea re, ex qua debitor neq; lucrum vllum senserit, neque sentire vnquam potuerit. Nihil ergo amplius à debitore quàm debiti summam consequi hoc casu creditor potest, vt ex Tryphonino subiicitur in *leg. seq. iunct. l. rescriptum 12. §. 1. infr. de distract. pignor.* vbi vide aliam elegantem Tryphonini distinctionem. In culpa enim est, qui sine causa nullóque aut suo aut debitoris commodo persuasus, vltro duplam promisit, qui nec obligare se de euictione debuerat. Ex quo apparet quàm malè Accursius noster, ac post eum cæteri interpretes ex hoc §. inferant, non esse in culpa illum qui id facit, quod consuetum est fieri, moti ex verbis illis huius §. *nam vsu hoc euenerat.* item ex eo quod tam frequens & assidua olim erat duplæ stipulatio, vt placuerit prudentib. etiam ex empto agi posse si duplam venditor mancipij non caueret *d. l. quòd si nolit 31. §. quia assidua de ædilit. edict.* vbi ratio additur, quòd ea quæ sunt moris & consuetudinis in bonæ fidei iudiciis venire debeant. Nam in cæteris quidem venditoribus, ea ratio locum habere poterat, sed non in creditore, pignus distrahente, quem iam diximus euictionem pignoris non debere, ac longè minùs duplam pro euictione *d. l. 1. & 2. C. credit. euict. pignor. non deber.* Neque verò aliud sibi volunt verba illa, *nam vsu hoc euenerat.* Non enim dixit Vlpianus vsum pro consuetudine, vt illi arbitrantur, sed pro facti contingentia, vt loquuntur, id est, quia ex facto id acciderat, nisi malis, quod ego mallem, pro *vsu* legere *casu.* Euenire enim dicuntur casu quæ sine maturo cõsilio nulláque præuia deliberatione fiunt. Illud planè non nego quod volunt, excusari quem propter consuetudinem ex *l. sine herede 22. §. Lucius de admin. tutor.* Sed nego eam esse huius §. sententiam.

23. TRYPHONINVS libro 8. Disputationum.

NEc enim ampliùs à debitore, quàm debiti summa est, consequi poterit. Sed si stipulatio vsurarum fuerat [a], & post quinquennium forte, quàm pretium ex re obligata consecutus est, victus eam emptori restituat: etiam medij temporis vsuras à debitore petere potest: quia nihil ei solutum esse pro euictione, vt auferri non possit, palam factum est. sed si simplum præstitit, doli exceptione repellendus erit ab vsurarum petitione: quia habuit vsum pecuniæ pretij, quod ab emptore acceperat.

Ad l. Nec enim 23.

Huius legis initium pendet à *§. vlt. legis præcedentis.* nec ampliorem interpretationem desiderat, quã quæ iam à nobis allata est. Adhibita tamẽ ea distinctione, quam idem Tryphoninus noster tractat fusiùs in *l. rescriptũ 12. §. 1. infr. de distract. pignor.* quæ lex sumpta est ex eodẽ Tryphonini *lib. 8. Disputationum.* Sequitur ergo explicandus *versic. sed si stipulatio,* & quæ in eo rursum adhibetur distinctio, quam Bartolus meritò notabilem, & singularem esse dicit.

[a] *Sed si stipulatio vsurarum fuerat.* RAT. DVB. Creditor qui pignus vendidit, cum promissione duplæ, etiamsi post euictionem duplam præstiterit, non eo minùs tamen vsum habuit pecuniæ ex precio redactæ, quod ab emptore accepit. Atqui quoties habuit vsum pecuniæ precij, non est audiẽdus, sed doli exceptione repellendus, si præterea pecuniæ creditæ vsuras pro medio tempore petat ex vsurarum stipulatione, vt in fine huius legis scriptum est. Alioqui duplex cõmodum & lucrum ex

BIU Cujas

eâdem pecunia perciperet contra naturalem æquitatem, quia quemadmodum pignoris venditi precium succedit in locum debiti ad deliberandum debitorem in *d.l.rescriptum* 12. §. 1. *de distr. pignor.* ita & vsus pecuniæ precij succedere debet in locum vsurarum debiti, quando vsurarium fuit debitum, vsuris scilicet in stipulationem deductis, citra quam non potest debitum pecuniæ creditæ fieri vsurarium *l.3.C. de vsur. l. Titius* 24. *infr. de præscript. verb.* Hoc enim est, quod lex ait *si stipulatio vsurarum fuerat.* Ergo in proposita specie de debito quod fuit vsurarium, si creditor post quinquennium fortè, quàm precium ex rei obligatæ venditione consecutus est, victus tãdem in causa proprietatis emptori satisfecerit, non videtur distinguendum, quomodo Tryphoninus hîc distinguit, an creditor duplam emptori præstiterit an simplam, vt priore casu etiam medij temporis vsuras à debitore petere possit, posteriore autem non possit: sed vtroque casu indistinctè admittendum, vt nullas medij & præteriti temporis vsuras petere ipsi liceat, qui vtroq; casu verum est, eum pecuniæ precij vsum habuisse. Dee. Nemo videtur id cepisse, quod necesse habuit alij restituere *l. aliud est capere* 71. *de verb. signific. l. non videtur quisquam* 51. *de regul. iur.* Ergo non videtur creditor vsũ precij habuisse toto illo quinquennio, quod pignoris venditi euictionem præcessit, si post secutam euictionem duplum emptori restituerit. Neq; enim tantum esse potest in vsuris legitimis quinquennij quantum in duplo precij, cum vsura etiam centesima, quæ omniũ grauissima est, non nisi centesimo mense æquet fortè, vnde & centesimæ nomen accepit. Quod certè diuersum est, cum creditor ex causa euictionis nihil nisi simplũ emptori restituit, quia eo casu nihil de suo restituit, sed idipsũ dumtaxat quod accepit ab emptore, quamuis nec simplũ restituere teneretur, si non promisisset (est enim hoc exemplum ad id quod scriptum est in *l. si dictum* 56. *in princip. de euict.* de pactione adhibita in vendendo, vt simplum promittatur,) sed tantum præstare emptori pignoratitiam actionem contra debitorem *l. in creditore* 38. *eod. tit.* Iũge *l.1. & 2. C. credit. euict. pignor. non deber. l. si mandatu Titij* 59. §. *creditor infr. mandat.* Vsum autẽ pecuniæ precij, qua per totũ illud quinquennium vsus est creditor, habet in lucro, quemadmodum & pecuniæ creditæ vsuras cõuentas in lucro haberet, si pignus non vendidisset. Quod enim Paulus scripsit in *l. cùm quidam* 17. §. *si pupillo infr. de vsur.* non propter lucrũ petentium, sed propter moram non soluentium infligi vsuras solere, ad eas tantum vsuras pertinet, quę ex sola mora non etiam ad illas quæ ex conuentione debentur *l. qui Romæ* 122. *in princip. de verb. oblig.* Mero enim creditoris lucro cedunt vsuræ, quoties debitum ab initio fuit vsurarium, qualem illud fuisse ponimus, de quo cum Tryphonino tractamus. Hinc Accursius quærit, Quid ergo si minùs sit in duplo quatenus simplum excedit, quàm in vsuris debiti, fortè si inter venditionem & euictionem pignoris vicenniũ intercesserit, aut aliud longum tempus, minùs tamen & breuius vicennio, cùm etiam quincunces vsuræ, quæ hodie apud nos maximè frequentãtur, vicesimo demũ anno sortis quantitatem adæquẽt? Respondet Accurs. dubitanter, vt plerunq; solet, *Fortè*, inquit, *non consequetur quod est vltra.* Quasi cessante eo casu ratione, quæ Tryphoninũ hîc mouit. Sed Bart. rectiùs & veriùs pro creditore respondet, totius præteriti temporis vsuras quantascunq; eum consecuturum, etiamsi duplum excedãt: sicut enim inquit, damnum sentit creditor, si plus sit in duplo quàm in vsuris, ita & lucrum sentire debet, si è contrario plus sit in vsuris, quàm in duplo, ex regula *l. secundũ naturam* 11. *de regul. iur.* Itẽ quòd nõ sit audiẽdus debitor id petens, cuius contrariũ nõ fuerat in contrarium euentum postulaturus ex *l. pen. C. de solut. l. si pater puellæ* 12. *C. de inoffic. testam.* Adeò autem verum est eo casu, quo creditor duplã emptori præstiterit, nihil eum vice vsurarũ percepisse videri, vt nec preciũ ipsum habuisse existimandus sit. Non enim videtur solutum quod non durat solutum *l. si rem* 20. *l. qui res* 98. *in princip. & §. 1. infr. de solut.* Et ex postfacto apparet secuta pignoris euictione non fuisse liberatũ debitorẽ, qui propter precium creditori solutum ab emptore, liberatus credebatur, vt subtiliter Tryphoninus disputat in *d. l. rescriptum* 12. §. 1. *infr. de distract. pignor.* Id enim est quod in hac lege idem Tryphoninus exprimit his verbis, *nihil enim ei solutum esse, vt auferri non possit, palam factum est.*

24. VLPIANVS libro 30. ad Edictum.

ELeganter apud me quæsitum est, si impetrasset creditor à Cæsare, vt pignus possideret, idq; euictum esset[a], an habeat contrariam pignoratitiam? & videtur finita esse pignoris obligatio, & à cõtractu recessum. immo vtilis ex empto accommodata est: quemadmodum si pro soluto ei res data fuerit, vt in quantitatem debiti ei satisfiat, vel in quantum eius interfuit, sed & compensationem habere potest creditor, si forte pignoratitia, vel ex alia causa cũ eo agetur.

Ad l. Eleganter 24.

Iam monui in Codice Fabriano *defin.* 20. *de euict.* & in *postrema Decade Chiliadis de error. pragmat.* mihi valde suspectam esse legem hanc, & Triboniano magis quàm Vlpiano dignam, excepto eo quod scriptum est in §. *vltim.* quem solum Vlpiani esse agnosco. Fiet autem hoc apertius ex iis quæ nunc scribemus. Ac primùm ex primis illis verbis, *Eleganter apud me quæsitum est.* Non enim sic Vlpianus scripsisset, sed vel simpliciter *quæsitum est*, vt in *leg. eleganter* 23. *supr. de condict. indeb.* vel hoc addito *à me*, non *apud me.* Nec rursum in libros ad Edictum quæstionem illam Vlpianus verisimiliter retulisset, sed potiùs in Disputationum libros aut Opinio-

num. Sequitur *si impetrasset creditor à Cæsare.* Est igitur hic casus fictitius & commentitius non qui ex facto re vera acciderit. Alioqui scribendum fuerat *cùm impetrasset creditor*, vt in *leg. debitor* 59. *infr. ad SC. Trebell.* Addit *vt pignus possideret.* Sed prætermittit, quod maximè addi debuerat *iure dominij*, vt in *d. l. debitor*, & in *leg.* 1. 2. & 3. *Cod. de iur. domin. impetr.* Aliud enim est pignus in creditum possidere, aliud verò addictum habere in solutum, vt in *l. à Diuo Pio* 15. §. *si pignora infr. de re iudic.* aliud verò iure dominij possidere, quod ipsum nihil aliud est quam ius dominij impetrare, quod difficilius est, nec nisi à Cæsare cõcedi olim poterat, quia intẽtio pignoris adeò separata est ab intẽtione dominij, vt loquitur *l. 1.* §. *cùm*

BIU Cujas

§. cùm prædium infr. de pignor. vt causa pignoris nunquam conuerti per se possit in causam dominij, ne quidem authoritate iudicis interueniente. Nihil siquidem aliud facere iudex potest, quàm vt pignus distrahi iubeat *leg. antep. §. 1. infr. de euict. l. si ob causam* 13. C. *eod. l. 1. & 2. C. si in caus. iudic pign. capt. sit.* aut pignus à creditore possideri in creditum aut addici ei in solutum *d. §. si pignora.* Sequitur,

a Idq; euictum esset. Hoc verò rectè. Non enim aliter fieri posset locus quæstioni, cùm pignus, quod creditor iure dominij possidere cœpit, si posteà euictum non sit, desinat ipso iure pignus esse, nec proinde pignoratitię actionis vsum & quęstionem admittat. Non enim potest pignus perseuerare domino constituto creditore, vt ait Paulus in *l. pen. §. 1. de except. rei iudic.* tanquam quod peruenerit ad eum casum, à quo incipere non potuit, quia nemini res sua obligata esse potest *l. neque pignus* 45. *de regul. iur.* Euictio secuta illa est, quæ locum facit quæstioni de pignoratitia actione, quia potestas euictionis tollit intellectum dominij acquisitionis vt in *leg. si patroni* 15. *§. vlt. infr. ad SC. Trebell.* Quæstio igitur in eo est, an creditor qui à Cæsare impetrauit, vt sibi pignus iure dominij possidere liceret, si posteà pignus euictum sit, habeat contrariam actionem pignoratitiã aduersus debitorẽ, in id scilicet quod sua interest, alienam rem pignori datam non esse, quemadmodum iure certissimo eandem actionem pignoratitiam eo nomine haberet, si ius dominij nunquam impetrasset *l. si rem alienam* 9. *in princip. & l. tutor* 16. *§. 1. supr. hoc tit.* In quo errasse nos agnoscimus in allegationibus nostris ad dictam *defin.* 20. *num.* 26. ab illis verbis, *sed longè inelegantior* ad illa vsque *sed responsio* quæ omnino tolli volumus & deleri. Videamus ergo quid ad propositam quæstionẽ Tribonianus respondeat. Ait autem, *Et videtur finita esse pignoris obligatio & à contractu recessum.* Hîc verò Tribonianus se prodit apertiùs, hęsitando primùm in ea re, in qua hæsitandi causa nulla suberat. Scribere namq; potuerat & debuerat, quomodo vtiq; Vlpianus scripsisset intrepidè, finitam esse pignoris obligationem, & à contractu recessum per impetrationem dominij rei obligatę. Quid enim certius, quàm quod iam diximus, confusione pignus extingui statim atq; creditor factus est pignoris dominus? *d. l. penult. §. 1. de except. rei iudic. l. si rem alienam* 29. *infr.* Nemini enim obligata res sua esse potest, vt neq; seruire *l. vti frui* 5. *supr. si vsusfr. pet. l. in re communi* 26. *vrban. præd.* Quid porrò aliud est, finitã esse pignoris obligationem, quàm extinctum esse pignus? Quanquam si subtiliùs rem totã inspicere velimus, in proposita specie dici potest, nõ esse finitum, aut extinctum pignus, quod nec initium vnquam habuit *l. si in diem* 46. *l. Titio vsusfructus* 96. *de condic & demonstr.* Nam cùm alienæ rei pignus non consistat, si non ex domini voluntate datum sit *l. 2. l. si rem alienam* 9. *l. aliena res* 20. *supr. & tot. tit. C. si alien. res pignor. dat. sit.* Consequens est, vt si aliena res data sit pignori, nulla penitus contrahatur obligatio, cùm res ipsa non obligetur. Ideóq; nec hypothecariam actionem in eam rem exercere creditor potest, si fortè possessionem eius amiserit quam per pignoris dationem acceperat, vt in *l. si creditor* 28. *infr. hoc tit.* quia ad hypothecariam inducendam non sufficit conuentio sola pignoris, nisi talis conuentio sit per quam res ipsa afficiatur & obligetur, cùm pignoris persecutio in rem sit, non in personam *l. 1. l. pignoris* 17. *infr. de pignor.* Quamuis sola illa conuentio pignoris rei alienę sufficiat ad inducendam pignoratitiam actionem personalem siue directam siue contrariam, quoniam ad personam tantùm obligandam siue eius qui pignus dat, siue eius qui accipit, nihil omnino refert, an quis alienam rem pignori dederit, an suam *d. l. si rem* 9. *in princip. & §. penult. tutor* 16. *§. 1. supr. hoc tit.* Potest enim hoc casu, id est, re aliena data pignori, pignoratitia actio cõpetere, tũ quoq; cùm obligatio pignoris nulla est: nihil siquidem commune habet obligatio pignoris cum nuda conuentione, nisi cùm à domino facta conuentio fuit. Et hoc vnum est maximè ni fallor quod inscitiam Triboniani detegit, si sensit de pignore dato rei alienæ, quæ postmodũ euicta sit, vt solet prima euictionis causa illa esse, si quis rei dominium petierit, & euicerit. Quamquam enim per Seruianam quoq; actionem fundus euincitur, non tamen præcisa & absoluta euictio ista est, sed causatiua, vt loquuntur, nisi malit possessor pignoris satisfacere creditori *l. si mancipium* 34. *§. vlt. & l. seq. infr. de euict.* Putauit autem Tribonianus, non posse tractari de pignoratitia actione personali, quin supponatur obligatio pignoris, quasi in necessariũ antecedens, cùm scribat videri finitam esse pignoris obligationem, quod ridiculum est. Nam quod diximus finiri & extingui pignus dominio creditori acquisito, ita verum est, si supponantur termini habiles, id est si pignus ab initio ritè contractum fuit, rei scilicet propriæ, non alienæ: quæ species est *d. l. pen. §. 1. de except. rei iudic.* vbi agitur de fundo pignori dato à domino, sed qui anteriori creditori fuerat iam antè obligatus: ex qua causa euictio fundi fuerat secuta. Ergo fatendũ est, vel restringendã legem hanc ad eum casum quo fundi euictio secuta sit, ex causa pignoris nõ dominij, vel ineptum esse, quod lex ait de finita pignoris obligatione. Nec alio casu potest fieri locus quęstioni, an ius pignoris quod per acquisitionẽ dominij iure quodã confusionis extinctũ fuerat, resuscitetur propter subsecutã euictionẽ quàm cùm ab initio pignus cõstitit. Restitui enim quomodo posset pignus quod nunquã fuisset? *l. si partem fundi* 19. *iunct. l. si locus* 14. *supr. quemadm. seruit. amitt. l. si ager* 23. *& seq. supr. quib. modis vsusfr. amitt.* Planè cùm pignoris vinculum ab initio constitit, dicimus subsecuta euictione pignus restitui, quod interciderat, quia ex postfacto apparet nõ fuisse acquisitum creditori dominium, quod ei ex anteriore causa ablatum est, vt Tryphoninus dicebat in lege proximè præcedente, & in *l. rescriptum* 12. *§. 1. infr. de distract. pignor.* Quemadmodum nec videtur solutum, quod non durat solutũ *l. si rem meã* 20. *l. si quis aliam* 46. *l. qui res* 98. *in princip. & §. 1. de solut.* De illo tantùm quæri potest, an euicta re quæ in solutum data fuerat, duret ac maneat pristina actio, an verò noua detur, id est, vtilis ex empto, ad exemplum directæ, quæ daretur euicta re vendita *l. ex empto* 11. *& pass. de action. empt. l. si in venditione* 60. *l. euicta* 70. *de euict.* Sunt enim plerique iuris loci quibus probatur manere pristinam obligationem, nec videri vnquam liberatum debitorem, qui rem aut alienam, aut iam alij obligatã in solutum dedit *d. l. si rem meam*, vbi Pompon. sic loquitur, vt ostendat ad impediendã liberationẽ nõ illud exigi, vt res in solutũ data sit euicta, sed sufficere quòd euinci res possit, & auocari ab eo cui data est, putà si pignoris nomine anteà fuerat alij obligata. Cui cõsentit Tryphon. in *l. præcedente* in illis verbis *quia nihil ei solutũ esse vt auferri nõ possit, palã factũ est*, & in *d. l. rescriptũ* §. 1.

BIU Cujas

ibi *interim quidem nihil à debitore peti posse, sed in suspenso labori liberationem*, & in fine legis *quia apparuit non esse liberatum*. Sed apertius Marcianus in *d. l. si quis aliũ 46. de solut.* ait, si quis aliam rem pro alia nolenti soluerit, & ea euicta sit, manere pristinam obligationem, & si pro parte fuerit euicta, pro solido tamen durare obligationem, & paulò pòst, sed etsi duos fundos verbi gratiâ pro debito dederit, euicto altero fundo remanere integram obligationem. Denique tunc rem vnam pro alia solutam præstare liberationem, cùm pro solido facta est accipientis. Sic & in *l. si creditor 26. cod. tit.* Pomponius scribit, si seruus pignoratus à creditore venditus sit, quandiu in ea causa est, vt possit redhiberi, non liberari debitorem. Et Paulus non minus apertè quàm elegãter in *l. qui res 98. cod. tit.* ait, Rerum quæ in solutum datæ sunt, solutionem non posse, nisi ex euentu liberare, scilicet eo casu quo certum erit illas apud accipientem remansuras. Adde *l. libera 8. C. de sentent. & interloc. omn. iudic.* At in contrarium vrget valde quod ab Imp. Antonino rescriptum est in *l. si prædium 4. C. de euict.* Si prædium tibi pro soluto datum sit, quod aliis creditorib. fuerat obligatum causam pignoris mutatam non esse, id est, non eo minus creditorum anteriorum ius & pignus perseuerare. Sed si hoc iure creditoris & pignoris fuerit tibi euictum prædium, vtilem tibi actionem contra debitorem competere, quòd huiusmodi contractus vicem venditionis obtineat. Cui conuenit quod in hac lege scribitur, accommodatam esse creditori vtilem actionem ex empto: quemadmodum si pro soluto data ei res fuerit. Quibus verbis alludere videtur ad rescriptum illud Antonini. Quasi verò cùm creditor impetrauit à Cæsare, vt sibi liceat iure dominij pignus possidere, dici possit contractum illum esse venditioni simillimum, qui tamen ne quidem contractus est. Torquẽt se nostri summoperè in his locis conciliandis, tanquam si essent ista contraria & incompatibilia, euicto pignore manere pristinam debitoris obligationem incorruptam; & vtilem ex empto actionem dari creditori qui euictionem passus est. Nec habent quod respondeant, nisi quod Accursius primus docuit, multùm referre, an species data sit in solutum pro alia specie, an pro debito pecuniario. Quod tamen ridiculum est, pugnátque apertè cũ *d. l. qui res in princip.* Sed quoniam longior hic tractatus est, vt ex iis constat, quæ scripsimus in *error. 7. 8. & 9. Decadis vltimæ totius Chiliadis nostræ de error. pragmat.* longè meliùs ac subtiliùs quàm in allegat. ad *dict. diffin. 20. de euict.* plura hîc non scribemus. Nam & cætera omnia quę ad huius loci interpretationem, & ad Triboniani manũ & insitiam detegendam pertinent, tam copiosè & fusè ibi explicauimus, vt nihil nunc addi posse existimemus.

1 ¶ Qui reprobos nummos soluit creditori, an habeat pignoratitiam actionem, quasi soluta pecunia, quæritur. & constat, neque pignoratitia eum agere, neque liberari posse, quia reproba pecunia non liberat soluentem: reprobis videlicet nummis reddendis [a].

Ad §. 1. Qui reprobos.

RAT. DVB. Etiam aliud pro alio solui volenti creditori potest, contingítque ex ea solutione liberatio, quia debet sibi imputare is qui accepit, nec vlla fit volenti iniuria, *leg. manifesti 17. Cod. de solut. l. si non sortem 16. §. si centum supr. de condict. indeb. l. in diem 9. §. 1. infr. de aqua & aquæ pluu. arcend.* Ergo etiam is qui reprobos nummos pro bonis & probis soluit, liberatur, cùm volenti soluerit non inuito, & consequenter tanquam liberatus debet habere directam pignoratitiam actionem. DEC. Reproba pecunia non potest liberare soluentem, quia nec vllam habet æstimationem, nisi quæ constituta est à legislatore & magistratu, cuius de ea re notio & iurisdictio est, probis autem duntaxat nummis non reprobis aut æroſis æstimatio directa est *l. 3. supr. de in lit. iur. l. 3. de eo quod cert. loc. l. creditor 102. infr. de solut.* Æstimatur enim nummus quilibet ex materiæ suæ bonitate & qualitate, quæ in Repub. benè constituta semper vna & eadem esse debet, vt vna quoq; semper & vbique ac certa sit æstimatio *d. l. 3. de in lit. iur.* Qua de re plura scripsimus in tractatu nostro de variis nummariorum debitorum solutionibus. Et verò is qui reprobos nummos pro bonis & probis ignorans accipit siue in solutum, siue in creditum, aut qua alia de causa, nõ tam paciscitur quàm decipitur, vt Vlpianus loquitur in *l. qui cum tutoribus 9. §. qui per fallaciam, supr. de transact.* neque errantis voluntas vlla, vel consensus vllus est, *l. sed hoc ita 20. de aqua & aquæ pluu. arcend. l. nihil consensui 116. §. vlt. de aqua & aquæ pluu. arcend.* Fieret ergo ipsi iniuria si debitor reprobos nummos soluendo liberaretur, qui nec alienos, quamuis probos dando liberari posset, *l. si alieni 78. infr. de solut.* Minus siquidem est reprobos nummos dare quàm alienos, quoniam alieni habent suum vsum, suámque æstimationem, adeóque suum dominum, & sunt ex earum rerum numero, quæ recipiunt functionem in suo genere. Nummi verò reprobi non modò vsum nullum habent, nullámque æstimationem, vt diximus, sed neque dominum vllum ne quidem rempublicam. Reprobos enim nummos intelligo qui lege publica sunt reprobati siue ex proba materia sint, siue ex improba. Quòd si nec ille liberatur, qui rem ipsam reddit debitam quidem, sed deteriorem factam, *l. 3. §. si reddita supr. tit. prox. l. 1. §. fin. 16. infr. depos. l. qui sibi 33. §. in fin. de solut.* quanto minùs liberari debet, qui probos nummos debens, reprobos soluit? Nec aliud est, si pecunia reproba fuerit à campsore adprobata, vt Bartolus post Accursium concludit, quia erratum est in substantiali qualitate *arg. l. in venditionib. 9. §. inde quæritur infr. de contr. empt. l. 2. in fin. de opt. legat.* Imò verò etiamsi is qui reprobos nũmos in solutum accepit, eos expẽderit, pro bonis & probis, adhuc idẽ dicendũ est, non quasi eorum æstimationẽ, vt Accursius tentat, præstare possit, quæ nulla est, vt diximus, sed quia licèt reprobos nummos non possit reddere, quos iam expendit, tamẽ nec ipse liberatus est ab iis creditoribus quibus soluit, vtidẽ Accursius, & post eũ Bart. docet. Ideóq; nec videri potest captare lucrũ ex damno alieno, cùm ipse nullum lucrum sentiat. Longéque diuersa species est, si quis alienos nummos soluerit, quorum dominium posteà nactus sit. Conualescit enim per hanc dominj acquisitionem solutio *l. indebiti 15. §. sed etsi nũmi supr. de condict. indeb.* Pecunia verò reproba, quæ tanquam proba expensa est, nõ eo magis fit proba, & quòd expẽsa est ne-

BIU Cujas

est negotiationi dantis acceptum ferri debet aut stultitiæ accipiētis, vt in *l. venditor 11. de hared. vel act. vendit. l. 3. ad l. Falcid.* Planè si creditor sciens reprobos nummos pro bonis & probis acceperit, liberabitur debitor, quia non potest videri decepisse creditorem à seipso deceptum *l. tutor 16. §. 1. vers. sed si sciens supr. hoc tit. l. nam si scit 26. supr. de rei vindic.*

a *Reprobis videlicet nummis reddendis.* RAT. DVB. Qui sciens indebitum soluit, non repetit, quia donasse videtur *l. cuius per errorem 53. de regul. iur. l. indebitum 9. Cod. de condict. indeb.* Ergo nec repetet is qui sciens reprobos nummos soluit, tanquam qui sciēs indebitum soluerit, cùm sciret non reprobos nummos se debere, sed probos. DEC. Non habet animum donandi qui habet animum decipiendi, inquit Bartolus ex *l. si cùm aurum 50. de solut.* Sicut & de eo dicimus, qui animo deprædandi aliena negotia inuasit, & in ea aliquid expendit *l. si pupilli 6. §. sed & si quis supr. de negot. gest.* Sed tamen verum est, quod Accursius notat repetere hūc non posse, qui sciens reprobos nummos soluit, quia sciens hoc fecit, vt Paulus respondet in *d. l. si cùm aurum.* nō quasi donauerit, sed quia per errorem fecisse dici nō potest, quod sciens fecit. Condictio autem indebiti nunquam locū habere potest, nisi probato errore facti, vt sæpiùs diximus ad *tit. supr. de condict. indeb.* An ergo sequemur temperamentum illud quod Paulo placuit in *d. l. si cùm aurum.* vt petentem te nummos probos quos tibi debeo exceptione doli summoueā, si non reddas reprobos quos accepisti? Sic putat Accursius motus ex his postremis verbis huius §. *& ex d. l. si cùm aurum.* Sed hoc probare vix possum, qui video non fieri locupletiorem ex alieno damno eum qui reprobos nummos retinet, & probos petit, cùm reprobæ pecuniæ nullus sit vsus, vt diximus, nullaque æstimatio. Neque verò quicquam videri potest interesse illius, qui reprobos nummos dedit, vt eos recipiat, quippe quibus nunquam nisi in alterius damnum sit vsurus, sicut de malis medicamentis & venenis, & libris magicis aliisque huiusmodi rebus damnatis scriptum est in *l. 4. §. 1. sup famil. erciſc.* Non enim solùm interest hominis beneficio adfici hominem *l. si venditor 6. §. 1. & l. seq. infr. de seru. export.* sed etiam prouideri quantum fieri potest, ne cuiquam mortalium iniuria & damnum inferatur: multo magis ne libertati & vtilitati commerciorum. Itaque cum iudex quilibet boni & innocentis viri officio fungi debeat, protinus corrumpenda sunt ista omnia, quorum vsus non nisi malus esse potest, vt scriptum est in *d. l. 4. §. 1.* & consequenter tollendi penitus nummi reprobi non reddendi, *d. l. creditor 102. de solut.* Nec aliter Vlpianum hîc scripsisse, aut sensisse arbitror, magisq; esse puto, vt postrema hæc huius §. verba Triboniano adscribi oporteat, quem supradictum Pauli responsum in *d. l. si cùm aurum* fefellerit. nō animaduertentem, longè aliam esse rationem eius qui reprobos nummos soluit, & illius qui cùm aurum promisisset, soluit æs pro auro ignoranti. Æris enim & vsus aliquis est, & aliqua æstimatio, cuius commodum si sibi retinere velit auri creditor, & nihilominùs aurum petere, dolo certè facit qui per iuris occasionem captat lucrum ex damno alieno, ideóque doli mali exceptione repellendus est *leg. 1. infr. de doli except.* quam accommadari ei quoque æquum est qui decipiendi animo æs pro auro soluit, quoniam & ipsius interest saltem æs habere. At reprobos nummos habere, nihil planè interest eius qui soluit, nec si ignorans soluerit. Nec ad rem pertinet si quis obiiciat, posse quemlibet etiam id habere, quod ei non expediat habere *leg. ei fundo 19. supr. de seruit.* Id enim tum verè dicitur, cùm nulla in eam rem aut actio aut exceptio necessaria est: cùm actiones aut exceptiones omnes comparatæ sint ad hoc, vt sibi quisque acquirat quod sua interest *l. stipulatio ista 38. §. alteri l. 3. §. 1. de verb. oblig. l. ille à quo 13. §. 1. ad SC. Trebell.* non autem possit dici interesse cuiusquam, nisi cùm ex iusta & honesta causa interest *l. 3. §. sciendum supr. ad exhib. l. cuius interfuit 10. infr. de furt.* Aliud sanè est, repeti quid posse, aliud verò reddi debere. Repetitio fit per viā actionis, redditio autem extorqueri potest, etiam per viam exceptionis. Sed illud tamen vtriq; commune est, quòd nō magis exceptio, quàm repetitio dari vnquam potest ei cuius nihil interest, & quidē ex iusta & honesta causa, vt diximus. Et hoc est quod ad initiū huius legis scripsimus, Tribonianū in hac lege sub Vlpiani nomine loqui sæpiùs contra sensum Vlpiani, certámque iuris rationem. Erit autem Triboniani manus manifestior in §. *seq.*

2 ¶ Si vendiderit quidem creditor pignus pluris, quàm debitum erat, nondum autem pretium ab emptore exegerit: an pignoratitio iudicio conueniri possit ad superfluum reddendum, an verò vel exspectare debeat, quoad emptor soluat, vel suscipere actiones aduersus emptorem? & arbitror non esse vrgendum ad solutionem creditorem: sed aut exspectare debere debitorem, aut, si non exspectat, mandandas ei actiones aduersus emptorem, periculo tamen venditoris. Quòd si accepit iam pecuniam, superfluum reddit.

Ad §. 2. Si vendiderit.

RAT. DVB. Creditor vendens pignus non præsenti pecunia, sed ea lege, vt post certum tempus precium soluatur, vtique habet fidem de precio, ideóque transfert dominium pignoris venditi in emptorem *l. 4. supr. l. non est nouum 46. infr. de acquir. rer. dom.* quod dominium transferre alioqui non posset *leg. quod vendidi 19. leg. vt res 53. de contr. empt.* Ergo perinde est, ac si totum precium iam inde ab initio solutum ei fuisset. Sibi namque imputet, qui fidem emptoris quam secutus est, pro præsenti pecunia habuit. Atqui si totum precium percepisset, nemo dubitaret, quin superfluum precij, id est, quod plus in precio quàm in debito esset, creditori restituere pignoratitia actione deberet, vt Paulus *lib. 2. sentent. tit. 13. §. 1.* scribit *leg. qui occidit 30. §. 1. supr. ad leg. Aquil. leg si inter 21. §. 1. infr. de pignor. l. creditoris 15. infr. de furt. l. vlt. Cod. de distract. pignor.* Idem ergo est etiam hoc casu in quo emptori fidē habuit creditor de precio, dicendū est, vt superfluum precij ex pignoris vēditione redacti, creditor debitori restituere teneatur, nec sit audiendus si cogere debitorem velit, vt vel debiti soluendi diem expectet, vel mādandas sibi per creditorē actiones etiā inter-

BIU Cujas

posita delegatione suscipiat. Et ita Papinian. apertè respondit in *l.penult.infr. hoc tit.* creditorem scilicet iure cogi posse iudicio, quod de pignore dato proponitur, id est, actione pignoratitia, vt superfluum precij etiam cum vsuris restituat, nec audiēdum esse, si emptorem qui nondum soluerit, delegare velit, addita etiam ratione, quòd in venditione quæ fit ex pacto (sic enim legendum arbitror, non vt Florent. *ex facto* quod & Cuiacius ante nos bene obseruauit) suum creditor negotium gerat. Nec sanè dici potest, quantopere se torqueant interpretes post Accursium in *d.l pen.* vt responsum illud Papiniani cum hoc §. concilient. Neq; tamē puto quēquam adhuc dixisse id quod oportuit, quódque nos pro ratione decidendi statim subiiciemus.

DEC. Multùm interest, an creditor pignus vendat ex pacto, id est, iure conuentionis vt in *leg.4.in princip.supr.* & apud Papinianum in *d.l.penult. & in l. cùm prior 3.infr.de distract.pignor.l.vlt.infr.de pignor.* an verò citra pactum, & iure tantùm creditoris non conuentionis *d.l.4.supr.* in illis verbis *sed etsi non cōuenerit de distrahendo pignore, hoc tamen iure vtimur, vt liceat distrahere.* Vtroq; casu creditor vendit iure creditoris, sed priore casu iure creditoris & conuentionis, legémq; venditionis exercet. Posteriore verò, iure creditoris tantùm & non reluctante lege pignoris, vt loquitur *l.si cessante 7.cum seq. C.de distract. pignor.* Priore casu venditio fit ex voluntate expressa creditoris, cui sufficit vt soluendæ pecuniæ dies iam venerit, (nec enim aliud quicquam requiritur *arg.l.cùm soluendæ 4. de distract.pignor.*) Posteriore autem fit venditio ex necessitate *l. quæsitum 9.in princip.eod.titul.* Priore casu creditor vendit per se, nec adhibet iudicis authoritatem, aut denūciationum & programmatum solemnitates, quas posteriore casu adhiberi necesse est, vt ritè, ac solemniter, & bona fide non per collusionem facta venditio dici possit *l.quæ specialiter 9.l.si in hoc 14. C.de distract.pignor.& tit.C.si vendit.pignor.agat.* Priore casu creditor non debitoris, sed suum negotium gerit, quia ius pacti sui & suæ conuentionis exequitur *d. l.pen.infr. l.fideiussor 32.sup.de negot.gest.* Posteriore verò negotiū debitoris magis quàm suum gerere videtur, cùm id faciat ex necessitate, vt ab inuito debitore solutionem extorqueat, quam alioquin consequi non posset *d.l.pen.& d.l.quæsitum 9.* Sicut & cùm in executione iudicati postulante creditore pignora vendūtur iussu & officio iudicis iudicatum exequentis, quo casu dicimus factum iudicis esse factum debitoris non creditoris *l.1.& 2.Cod.si in caus. iudic.pign. capt.sit l si ob causam 13.C.de euict.* Deniq; quod ad rē nostram pertinet, priore casu creditor qui pignus conuentionis iure vendidit, & emptori fidem habuit de precio, non eò minùs tenetur statim superfluum precij cum vsuris reddere, priùs etiā quàm precij pecuniam perceperit, quia cùm suum negotium gesserit, imputare sibi debet, si malè gessit *d.l. penult.* Sensus est, delegationem tunc pro iusta præstatione esse, cùm is qui delegationem offert, non alia de causa tenetur, quàm quòd alium habeat obligatum, vt idem Papin. ait in *l.quod debetur 51.inf. de pecul.* Hîc autem creditor non tam ideò tenetur quòd emptorem habeat obligatū, quàm quia suum negotiū gesserit. Posteriore verò non tenetur, quia cùm debitoris non suum negotium gesserit, eiusmodi venditio tanquam ex necessitate facta non potest liberare debitorē nisi pecunia demum percepta *d.l. quæsitum.* Est autem præposterum vt debitor antequàm liberatus sit, pignoratitiam habeat actionem *l.si rem alienam 9.§.omnis pecunia & l.solutū 11.sup.* Simile est quod dicimus venditionē rei obligatæ transferendi in alium pignoris causa factam, non adimere posteriori creditori ius offerēdi *l. cùm secundus 5.§.1.& l.seq.infr.de distract.pignor.l.si mandatu 59.§.1.infr.mandat.* Nempe quia non nisi ex necessitate iuris fieri solet, vt idem Papinianus ait in *l.2.in fin.de distract.pignor.* Ergo quod in hoc §. scriptum est. Si pignus creditor vēdiderit pluris quàm debitū erat, nondum autē preciū ab emptore perceperit, non debere illum pignoratitio iudicio ad reddendum superfluum conueniri, sed vel expectare debitorem debere, aut si nolit expectare, mandandas ei actiones aduersus emptorem, periculo tamen venditoris, de ea pignoris venditione accipiēdum est, quam creditor fecerit non ex pacto, sed ex iuris necessitate, quæ venditio non nisi totâ pecuniâ solutâ liberat debitorē. Quā interpretationē nostram illud adiuuat, quod nulla hîc pacti mentio fit, quo cessante certum est non posse fieri venditionem ex pacto: nec eò minùs tamē fieri posse à creditore, & quidem iure creditoris, tum quoq; cùm conuenit nihil de distrahendo pignore, adeóq; cùm conuēnit ne creditori liceat distrahere, quia nec per pactū auferri potest creditori facultas distrahendi pignoris, quod alioqui esset inutile: quamuis eiusmodi pacto difficultas augeatur distractionis propter trinam illam denunciationem, quam præcedere necesse est, priusquā distrahi pignus hoc casu possit *d.l.4.supr.hoc tit.* Obseruauimus quidem antehac interpretum & pragmaticorum errorem, qui venditionem pignoris à creditore factam iure creditoris confundunt cum ea, quam vel debitor ipse fecerit, vel nomine debitoris magistratus postulante creditore. Sed nondum obseruaramus, quod nunc docemus: aliud esse iure creditoris vendere, aliud verò vendere iure conuentionis. Hoc plus est, illud minus. Vendit iure creditoris etiam is, qui non vendit iure conuentionis, sed ex necessitate iuris. At è cōtrario non vendit iure conuentionis, quisquis vendit iure creditoris. Tametsi quisquis emit à creditore distrahente iure creditoris, siue ius etiam conuentionis concurrat, siue nō, perinde fiat dominus nec de proprietate vinci possit *l. qui à creditore 18.& tot.tit.C.de distract.pignor.* Pignoris iudicialis, hoc est, quod in causa iudicati capitur & distrahitur, alia ratio est, quia nō nisi præsenti pecunia vendi debet, non sic vt post tempus pecunia soluatur *l.à Diuo Pio 15.§.sed si emptor de re iudic.* quia noluit prætor ex obligationibus obligationes fieri, & ex litibus decisis nouas lites *l.4.§.ait Prætor eod.tit.* quod tamē vt plurimùm euenire necesse esset, si emptor pignoris iudicialis ad licitationem nulla præsenti pecunia admitteretur. Proinde in id genus pignoris dubitatio huius §. cadere nunquam potest, sed tantùm in pignus conuentionale in quo prætor non se interponit, nisi hactenus, vt contrahentium pacta & conuentiones tueatur *l.in conuentionalib. 52.infr.de verb. oblig.* Atq; hæc quidem omnia ex mera rectáq; ratione iuris, verissimè, ni fallor, disputantur. Sed tamen non facilè possum mihi persuadere quæstionē huius §. ab Vlpiano ita conceptam & explicatam fuisse. Explicasset enim haud dubiè Vlpian. extricandæ omnis dubitationis gratia, de ea pignoris venditione se intelligere, quæ ex necessitate iuris facta esset, de qua & Paulus in *d. l.quæsitum.* Sicuti Papinian. in *d.l.pen.* de ea nominatim tractat quę ex pacto fa-

pacto facta sit. Deinde dictiones illæ *quidem, autem*, Triboniano certè familiariores sunt quã Vlpiano: quemadmodum & interrogatiunculæ illæ ineptæ, quibus hic totus §. scatet ab illis verbis *an pignoratitio iudicio conueniri possit ad superfluum reddendum, an verò vel expectare debeat, quoad emptor soluat, vel suscipere actiones aduersus emptorem?* Quid verò illud est, quærere, an expectare debitor debeat, quoad emptor creditori soluat? Quid enim si nunquã velit soluere? Quid si nec creditor ipse agere, an interim prohibebitur debitor pignoratitia experiri aduersus creditorem? Sed videamus quibus verbis Tribonia. ad quæstionem propositam respondeat, *Et arbitror, inquit, non esse vrgendum ad solutionem creditorem.* in quo solutionem dixit pro restitutione, non enim datur pignoratitia debitori contra creditorẽ, vt soluat aliquid creditor, sed tantùm vt reddat & restituat id, quod ex pignoris venditione plus debito accepit. *Sed aut expectare debere debitorem*, (video κακοφωνίαν) *aut si non expectat, mandandas ei actiones aduersus emptorem periculo tamen venditoris.* Relinquit ergo Tribonianus in arbitrio & potestate debitoris, an expectare velit, necne, vt dies soluendi precij veniat. Quod est ridiculum. Nec enim iuris authoritas in potestate & arbitrio cuiusquam esse potest *l.* 11. *§. sed non vtique. in fin. infr. ad SC. Turpill. l. ordo* 15. *ad municip.* Sed quid illud est *si non expediat* pro eo quod voluit Tribonianus & debuit scribere *aut si expectare nolit.* Quanquam cùm nemo agere possit sine actione *l. si pupilli* 6. *§. vlt. supr. de neg. gest.* & prætoris sit actionem dare vel denegare, vt ex totius edicti perpetui contextu apparet *l. necessariis* 57. *de acquir. hered. & tot. tit. infr. quar. rer.* exactio non dat, (sic enim legẽdum est, non vt vulgò *actio*, vt apparet ex *l.* 1. *§. quæ onerandæ, & §. si libertatis ill. titul.*) planè non video, qua ratione possit quis ex sola sua agendi impatientia nanciscì actionem, cuius exercendæ tempus alioquin expectare deberet. Rursum quis vnquam audiit cogi quem mandare actionem, quæ nondum competat, acproinde quam nondum habeat? Priùs siquidem est, vt qui vult mãdare actiones possit petere, quàm vt eas mandet *l. quòd si in diem* 16 *§. Idem Iulianus ait de hered. petit. l. si ea res* 31. *infr. de action. empt.* Delegatione in eam rem opus est, non mandato actionis, vt qui iam obligatus quidem est, sed tamen à delegante conueniri nondum possit, obliget se nouo stipulatori, cui delegatio fit, vt vel statim vel post id tempus quod delegationi præstitutum erit, conueniri possit. Et idcirco benè ac subtiliter Papinianus in *d. l. pen. infr. de delegatione*, non de actionibus mandandis locutus est. At Tribonianus ignoratione principiorum iuris delegationem & mãdatum actionum pro synonymis accepit. Cur verò mãdandas actiones in plurali dixit Tribonianus, cùm non nisi vnica actio sit, eáque ex vendito, quam creditor debitori aduersus emptorem mandare possit, necid tamen priusquam dies præstandæ pecuniæ venerit? Nam & idem Vlpianus noster in *l. in creditore* 38. *inf. de euict.* vbi similiter tractat de creditore, qui pignus vendidit, ait, Re euicta teneri saltem actione ex empto creditorem, vt præstet ei actionem, quam habet contra debitorem, non actiones, quia vnam tãtùm habet, cõtrariam scilicet pignoratitiam actionem. Addit Tribonianus mandandas actiones contra emptorem periculo tamen venditoris. Quod vtique non indistinctè verum est. Illa namque distinctio adhiberi necessariò debet, an in culpa sit creditor, puta si vendiderit non præsenti pecunia, & sine fideiussore ei qui iam tum erat non soluendo, an verò diuiti emptori & idoneo, sed lapso postea facultatibus, quomodo Accursius benè distinguit ex *d. l. quæsitum* 9. *de distract. pignor. l.* 2. *§. si eo tempore inf. de admin. rer. ad ciuit. pertin.* Sed illud omnium maximè stultũ est, & Triboniani inscitiam prodit apertiùs, quod addit, vt quæstionem hanc totam subtiliter, si diis placet, concludat, *Quòd si iam accepit pecuniam, superfluum reddit.* Quid enim erat necesse hoc addere? Aut quid attinebat quærere, de quo ne anus quidem dubitaret, an debitori superfluum reddere pignoratitia actione deberet creditor, qui totius precij pecuniam ab emptore pignoris accepisset? Imò verò proposita quæstio de creditore est, qui precium nondum acceperat, non de illo qui acceperat. Illud certè prætermittendum non est vulgatam lectionem & veterem valde corruptam esse. Sic enim habet, *Quòd si accepit iam pecuniam nec superfluum reddidit, in pignoratitio iudicio venit.* Cùm tamen postrema hæc verba sine quibus sequentium nullus sensus est, initium constituant §. sequentis. De quo iam tempus est, vt dicamus.

3 ¶ In pignoratitio iudicio venit, quemadmodum & si res pignori datas malè tractauit creditor, vel seruos debilitauit. Planè si pro maleficiis suis coërcuit [a], vel vinxit, vel obtulit præfecturæ, vel præsidi: dicendum est pignoratitia creditorem non teneri, quare si prostituit ancillam [b], vel aliud improbatum facere coegit: illico pignus ancillæ soluitur.

Ad §. vlt. In pignoratitio.

RAT. DVB. Pignoratitium iudicium non ad aliud datur debitori contra creditorem, quàm vt creditor idipsum pignus quod accepit reddat. Ideóque dicitur iudicium quod de pignore dato proponitur à Papiniano in *l. pen. infr. l. fideiussor* 32. *supr. de negot. gest.* vt scilicet reddatur. Atqui eandem rem reddit qui rem obligatam, quamuis deteriorem factam reddit, puta seruum debilitatum. Non enim ob id minùs idem seruus est, qui pignori datus fuerat, quòd debilitatus reddatur. Ergo in pignoratitio iudicio non debet venire, si creditor res pignori datas malè tractauerit, puta seruos, quos ex ea causa debilitauerit. DEC. Non videtur reddi res obligata quæ deterior redditur *l.* 3. *§. si reddita. supr. tit. proxim.* neque fit ea redditio ex bona fide, cùm interceserit factum & culpa eius qui debet reddere, nisi præterea offerat æstimationem quanto deterior res facta est *l. pen. supr. de condict. tritic.* Imò potest dici dolo malo, non reddi, quod deterius redditur *l.* 1. *§. si res deposita* 16. *infr. deposit. l. qui sibi* 33. *§.* 1. *in fin. de solut.* Quid autem tam contrarium bonæ fidei, quæ in omnibus maximè bonæ fidei iudiciis dominatur, & consequenter in iudicio pignoratitio, quod ex hoc numero est, quàm dolus malus? *l.* 3. *in fin. infr. pro socio. l. si*

BIU Cujas

dolo 5. C. de rescind. vendit. Ergo in hoc iudicio etiam id venire debet, quo deterior facta est res pignorata, cùm creditoris culpa, & factum aliquod seu negligentia interuênit, negligentia, inquam, non quidem minima, sed quæ in diligentem patremfamilias non caderet, quæque culpam nec latam nec leuissimam inducit, sed leuem. Non enim tenetur creditor de culpa leuissima, sed tantùm de leui, quia cõtractus fit gratia vtriusque *l. si cùm venderet* 13. §. 1. *& l. seq. supr. l.* 5. §. *nunc videndum. sup. tit. prox.* Multò magis tamen de lata, quæ ipsa dolus est, aut saltem propè ad dolum accedit *l. magna negligentia* 226. *de verb. signific.* Et sanè quemadmodum impensæ quas creditor bona fide in vtilitatem & meliorationem rei obligatæ fecit, sunt ei restituendæ, vt dicemus ad *l. seq. ex leg. Paulus* 29. §. *domus. infr. de pignor.* ita & si qua in re deterior facta sit, aut quia creditor in ea malè sit versatus, siue faciendo id quod non debuit, siue quod effectu idem est, nõ faciendo quod debuit, æquum est indemnitatem ab eo præstari debitori actione pignoratitia directa *l. creditor* 7. *C. hoc tit. d. l. prox. vers. sicut enim. inf.* Nam sæuitia domini quæ in propriis seruis culpanda est, in alienis est coercenda *l. si constante* 24. §. *si maritus in fin. infr. solut. matrim.* nec cuiquam permittẽdum est, vt re aliqua abutatur etiam sua multò minùs vt aliena §. *sed hoc tempore. Instit. de his qui sui vel alien. iur. sunt.*

a *Planè si pro maleficiis suis coercuit.* RAT. DVB. Permittitur quidem domino seruum suum occidere si eum in facinore deprehenderit, aut facinoris conscium repererit, nec eo nomine tenetur, licèt seruũ hunc alij debeat, siue ex testamento, siue ex stipulatione *l. quid ergo* 53. §. *si heres de legat.* 1. *l. qui seruum* 96. *de verbor. oblig.* Sed alij quàm domino, & in seruum alienum sæuire nemini permissum est, vt modò dicebamus ex *l. si constante* 24. §. *si maritus in fi. solut. matrim.* Quod si quid malè ac perfidè à seruo alieno admissum est, consuli potest non modò indemnitati, sed etiam vindictæ illius qui damnum aut iniuriam passus est, si seruus detur præfecturæ, vt præfecto vrbi in vrbe, aut Præsidi in prouincia castigandus, aut etiam præfecto vigilum, cui datum est seruos etiam vltimo supplicio afficere *l. 1. de offic. præfect. vrb. l. ex omnibus* 10. *de offic. Præsid. l. vlt. de condict. caus. dat.* Ne alioqui videatur sibi & in causa sua ius dicere, vel sine iudice se vindicare: quod extra casus certos, in quibus hic non est, nemini facere licet *tot. tit. C. ne quis in caus. sua iudic. vel ius dic. & tit. C. quando lic. vnic. sin. iudic. se vindic.* Atqui creditor pignoratitius pignoris dominus non est, nec esse potest, manente pignore, vt sæpius diximus ex *l. neque pignus* 45. *de reg. iur. l. pen.* §. 1. *ad fin. infr. de except. rei iudic. l. si rem alienam* 29. *infr.* Ergo si seruum pignoratum pro maleficiis suis coercuerit, vel vinxerit creditor, dicendum est actione pignoratitia directa eum teneri.

DEC. Creditor licèt non sit dominus pignoris, tamen vice & loco domini quodammodo est, tanquã ipsius procurator in rem suam *l. si pignori* 29. *in fin. sup. famil. erciscund.* faceréque non tantùm potest, sed etiam debet in pignore quicquid dominus, & diligens alius quilibet paterfamilias facturus esset *l. ea igitur* 14. *supr. hoc tit.* Atqui diligens paterfamilias non pateretur impunitum esse delictum quod seruus admisisset: pertinet enim id ad vtilitatem non modò publicam, sed etiam priuatam dominorum, ne seruorum delicta impunita remaneant, & vt seruilis ingenij nequitia coerceatur. Quam in rem modica castigatio non est deneganda domino *l. vlt. C. an seruus pro suo fact.* dum ne nimia ipsius sæuitia arguatur *l. 1. & 2. supr. de his qui sui vel alien. iur. sunt. d.* §. *sed tempore. Instit. eod.* Adeò vt etiam ex causa, & pro qualitate admissi atque atrocitate delicti possit impunè seruum occidere *d. l. qui seruum* 96. *de verb. oblig. dict. l. quid ergo* 63. §. *si heres de leg.* 1. Ergo neque creditori castigatio leuior deneganda est, quia non magis ei quàm domino licèt contra seruum agere siue ciuiliter siue criminaliter *l. cum seruo* 107. *de reg. iur. & d. l. vlt. C. an seruus ex suo fact.* Et absurdum esset permitti seruo pignorato, vt noceat creditori impunè, cùm datus ei sit, vt magis cautum haberet creditor. Nec habet debitor quod cõqueratur, qui etiam indemnitatem præstare deberet creditori, per actionem contrariam pignoratitiam si quid damni ex serui pignorati malitia & improbitate creditor passus esset *l. si seruus pignori* 31. *infr. l. si seruus* 61. §. *quod verò. infr. de furt.* An non ergo vtilius est debitori eidémque domino serui pignorati, vt delinquentem seruum creditor conueniat domi, quomodo loquuntur Impp. in *d. l. vlt. C. an seruus pro suo fact.* quàm vt debitor ipse eo nomine pignoratitia actione contraria conueniatur? Cùm itaque hoc faciat creditor ex domini voluntate, ac veluti mandato, adeóque iure permittente, nihil causæ est cur ex eo facto quasi malè versatus in pignore pignoratitia actione directa teneatur. Sufficit enim factum quid esse lege permittente, vt pœnam non mereatur *l. Gracchus* 5. *C. ad leg. Iul. de adult.* Planè non dubitatur, quin non modò modestiùs, sed etiam tutiùs creditor facturus sit, si seruum delinquentem præfecturæ, ac Præsidi castigandum tradat, quàm si ipse castiget, vel ob hoc ipsum ne quæstioni locum relinquat, an supra modum sæuierit, quæ res iustam querelæ occasionem creditori daret: quomodo & inter virum & vxorem disputari aliquando solet *d. l. si constante.* §. *si maritus solut. matr.*

b *Quare si prostituit ancillam.* RAT. DVB. Nihil tam naturale est, quàm vnumquodque dissolui eo modo quo colligatum est *l. prout* 80. *de solut. l. nihil tam naturale* 35. *de regul. iur.* Atqui pignus non nisi consensu & voluntate debitoris & creditoris interueniente contrahitur *l. 1. supr.* & quidem quò magis cautum sit creditori eius pecuniæ nomine quæ debetur, quousque solutum ei sit, aut aliter eo nomine satisfactum *l. si rem alienam* 9. §. *omnis pecunia. & l. solutum* 11. *sup.* Adeò vt nec ei prosit ad habendam actionem pignoratitiam, quòd creditori aliter quàm per solutionem satisfacere paratus sit, si non etiam satisfecerit *l. item liberatur* 6. §. *qui paratus. infr. quibus mod. pign. vel hypoth. soluit.* Ergo non est hic legitimus modus soluendi pignoris, si creditor pignoratitius ancillam pignoratam prostituerit, aut quid aliud improbatum eam facere coegerit. Neque verò modus hic computatur inter cæteros, qui proponuntur in *tit. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.* Satisque esse debet domino, eidémque debitori, quòd si creditor ancillam prostituerit, aut quid aliud turpe & contra bonos mores facere coegerit, habet eum per actionem pignoratitiam directam obligatum, tanquam qui malis istis actibus rem pignoratam corruperit, & deteriorem fecerit *l. 1.* §. *persuadere, & §. vlt. & l. 2. & pass. supr. de seruo corrupt.*

DECID. Contractus pignoris bonæ fidei est, vt sæpius diximus. Non potest autem videri factum ex bona fide, quod turpiter & contra bonos mores factum est, contráque verecundiam & publicam honestatem *l. filius* 15. *& l. præced. infr. de condic. instit.* cui legislator

BIU Cujas

legislator ciuilis tantùm defert, vt primùm iuris præceptum constituatur in honestè viuendo *l. iustitia* 10. §. 1. *supr. de iustit. & iur.* Adeò vt neque stipulationes turpes vllius omnino sint momenti, nec vlla sit necessaria doli exceptio ad actiones ex iis elidendas, sed omnimodo Prætoris officio contineatur, vt ex eis actionem deneget *l. generaliter* 26. *& l. seq. l. stipulatio hoc modo concepta* 61. *de verb. oblig. l. ex eo* 4. *C. de inutil. stipulat.* Idémque in condicionibus turpibus iuris est, vt eas prætor ab initio remittere debeat, habendo eas non pro impletis, sed pro nõ impletis *l. condiciones* 14. *& seq. l. quæ sub condicione* 8. *de condic. institut. l. facta* 63. §. *si sub condicione. infr. ad SC. Treb.* Atqui turpissimè facit creditor, qui ancillam sibi pignoratam prostituit, aut ad tale quid aliud probrosum admittendum compellit. Meritò igitur ciuilis legislator constituit, vt pignus hoc casui ipso iure soluatur, ne iuris vinculum superesse aliquod videatur, vbi honestas publica læditur. Nam si non licèt creditori vti pignore, quia hoc ipso furtum committat *l. si pignore* 54. *infr. de furt.* quamuis hoc solum ad soluendum pignus nõ sufficiat, quantò minùs permittendum ei est, vt abutatur contra debitam legibus & honestati verecundiam? Quidni autẽ ex hac causa pignus soluatur, cùm etiã dominica & patria potestas tollatur, si tale quid pater filiæ aut dominus ancillæ imperet? *l. si lenones* 12. *C. de episcop. audient. l. lenones* 6. *C. de spectacul. & lenon. lib.* 11. *tit.* 40. *l. fœdissimâ* 7. *Cod. de postlim. reuers. & redempt.* Indignus enim pater est, indignus dominus, qui potestatem illam in liberos vel seruos retineat, qua tam turpiter improbè ac impiè abutatur. Quamquam non tam ex mera iuris ratione illud fit, quàm ex supradictis Impp. constitutionibus, quod in specie huius §. diuersum est.

25. IDEM libro 31. ad Edictum.

SI seruos pigneratos artificiis instruxit creditor: si quidem imbutos, vel voluntate debitoris, erit actio contraria: si verò nihil horum intercesit, si quidem artificiis necessariis, erit actio contraria. non tamen sic, vt cogatur seruis carere pro quantitate sumptuum debitor, sicut enim negligere creditorem dolus & culpa, quam præstat, non patitur: ita nec talem efficere rem pigneratam, vt grauius sit debitori ad recipiendum. putà saltum grandem pignori datum ab homine, qui vix luere potest, nedum excolere: tu acceptum pignori excoluisti sic, vt magni pretij faceres, alioquin non est æquum, aut quærere me alios creditores, aut cogi distrahere, quod velim receptum, aut tibi penuria coactum derelinquere. mediè igitur hæc à iudice erunt dispicienda: vt neque delicatus debitor, neque onerosus creditor audiatur.

Ad l. Si seruos 25.

Proponuntur in hac lege tres casus de impensis à creditore pignoratitio in rem obligatã factis. Duo priores sunt de impensis vtilibus & permanentibus, tertius de necessariis. Priores duo de sumptibus à creditore factis ex domini eiusdémque debitoris voluntate vel tacita vel expressa, vt Accursius bene obseruat. Ex tacita, si seruos iam imbutos, id est, vt ille interpretatur, imbui cœptos artificiis instruxerit. Videtur enim facere ex domini voluntate quisquis id facit, quod dominus facere consueuit *l.* 5. §. *custodiam. vers. sed an etiam hominis. sup. tit. prox. l. vel vniuersorum* 12. *supr. hoc tit. l. item si* 7. *aliàs l. sed Iulianus.* §. *quod dicitur. infr. de SC. Maced. l. Iulianus* 15. §. *prætereà* 12. *de action. empt. l. si tamen* 48. §. *ei qui de ædilit. edict.* rebus scilicet in eodem statu manentibus, vt Bartolus limitat ex *l. cùm quis* 38. *l. si cùm Cornelius* 82. *in fin. de solut.* & dummodò voluntas iam ad effectum perduci cœperit, non aliter ex *l.* 1. §. *si defunctus. infr. de rebus eor. qui sub tutel.* Ex voluntate verò expressa, si fortè mandauerit creditori, vt eos instrueret, vt in *l.* 3. §. *sed si mutua. infr. de in rem vers.* Tertius verò de sumptibus factis citra vllam debitoris voluntatem siue expressam siue tacitam, sed tamen necessariis, id est, quibus facti non essent, res aut peritura fuerat aut saltem deterior futura. Hæc enim necessariarum impensarum definitio est *l. impensæ* 79. *de verb. signif. l.* 4. *l. impensæ* 14. *de impens. in reb. dotal. fact.* Priores duo casus nullam prorsus habent dubitationem, quin creditori à debitore per contrariam actionem pignoratitiã restitui debeant indistinctè, quia & illud indistinctè verum est, nullam videri posse factam iniuriam ei qui semel voluit *l. in diem* 9. §. 1. *de aqua & aquæ pluu. arcend.* sibique debet imputare cur voluerit. Sed tertius casus dubitabilis est, de impensis necessariis à creditore in pignus factis nulla intercedente domini voluntate, si fortè creditor eas per pignoratitiam contrariam omnino velit repetere, quamuis tam ingentes proponantur, vt iis reddendis impar sit debitor, & seruis suis, ni omnes reddat, carere cogatur. Ait autem Vlpianus sequendum esse hoc temperamentum, vt pro iis quidem impensis danda sit pignoratitia contraria, sed non vsque adeò absolutè, vt cogendus sit debitor re sua carere, & ad reddendas impensas, seruos ipsos, in quos factæ sunt, vendere.

RATIO DVBIT. Impensæ necessariæ illæ sunt, vt modò diximus, quæ si factæ non fuissent, res omnimodo vel peritura vel deterior futura erat. Ideóque dicuntur minuere dotem quantumuis fauorabilem, non quidem ipsa in re nisi cùm dos pecuniaria est, (absurdum enim esset dicere corporum diminutionem ipso iure fieri propter pecuniam *l. quod dicitur* 5. *de impens. in reb. dotal fact.*) sed tamen ipso iure *l. si is qui Stichum* 56. §. *quod dicitur. infr. de iur. dot. l. dote relegata* 5. *de dot. releg.* Quidni ergo minuent etiam pignus, adeóque ita vt totam eius æstimationem absorbeant? Alioqui pateretur damnum & iniuriam creditor, cui minus restitueretur, quàm ipse in rem pignoratam non tantùm bona fide, sed etiam necessariò impendisset. Cùm è contrario nulla fiat in-

BIU Cujas

iuria domino eidémque debitori, cui liberum est se exonerare, si modò velit pignore carere, & rem derelinquere *l. sed an vltro* 10. §. 1. *supr. de negot. gest. l. is cum quo* 7. §. 1. *de aqua & aquæ pluu. arcend.* Nulla enim res siue animata siue inanimata onerare vnquam dominum vltrà quàm quanti est, potest *l. Prætor ait* 7. §. *hoc edictum, de damn. infect.*

DECID. Impensa, quæ ab initio fuit necessaria, talis esse desinit, statim atque ad eam vsque quantitatem ascendit, quæ pluris sit, quàm quanti res ipsa est. Ita enim fit, vt tota res domino pereat, si ad totius impensæ quantumlibet necessariæ restitutionem vrgeatur. Quænam enim dominij vtilitas est, quòd per eiusmodi impensam necessariam res salua facta sit, si domino ipsi perierit? Aut quid eius interest, an absolutè perierit, an soli domino? Cui certè grauius est videre rem suam prætextu impensarum translatam in creditorem, quàm si ob non factas impensas tota res absolutè periisset *arg. l. cùm oportet 6. versic. sic etenim. C. de bon. quæ liber. l. lex quæ tutores* 22. *vers. & tolerabilius. Cod. de admin. tutor.* Neque verò ex bona fide est, vt creditor prætextu impensæ necessariæ pignus sibi retineat, quod ab initio ea lege accepit, vt redderet, quod nec bonæ fidei possessori permittitur, qui in alienam rem impensas bona fide fecit etiam necessarias *l. in fundo* 38. vbi diximus *supr. de rei vindic.* Fateor non posse imputari creditori, cur in pignus impenderit, qui si neglexisset impendere, de dolo aut saltem de culpa leui eo nomine se obligasset *l. quemadmodum* 29. §. *magistratus. supr ad leg. Aquil.* Sed non debet eo prætextu talem facere rem pignoratam, vt grauior fiat debitori pignoris luitio. Id enim iam extra & contra bonam fidem est. Adfert autem exemplum Vlpianus, si saltum grandem pignori dederit debitor tam pauper, vt vix luere vnquam possit, nedum excolere. Creditorem verò, acceptum eum pignori sic excoluisse, vt magni pretij fecerit. An non iniquissimum sit in eas angustias redigi miserum debitorem, vt vel nouos creditores quærere cogatur, & versuram facere, quod vix vnquam vtile, semper verò ferè inhonestum est, vel pro immoderatis sumptibus pignus distrahere, quod receptum & recuperatum velit, vel denique penuria coactum, rem obligatam creditori derelinquere, quod magis miserum, vt diximus, ac onerosum est. Erunt igitur, inquit Vlpianus, omnia hæc mediè dispicienda & temperanda arbitrio boni iudicis, pro personarum, rerum, temporum, & locorum qualitate *d. l. in fundo*, vt neque delicatum debitorem audiat, qui colore paupertatis velit magnum ex damno creditoris lucrum sibi comparare, neque onerosum creditorem, qui pro immodicis impensis ne quid ex iis amittat, totum pignus velit sibi acquirere & retinere. Itaque eliciet bonus iudex & eliget ex duobus contrariis medium temperamentū, vt Accursius hîc notat ex *l. 1. & l. 2. §. si quis tamen supr. si quis caution. l. Quintus* 7. *in fin. infr. de ann. legat. l. continuus* 137. §. *cùm ita. versic. item qui insulam. de verb. oblig. l. quod dicimus* 105. *inf. de solut.* Obseruandum autem est loqui Vlpianum in hac lege de impensis siue necessariis, siue vtilibus (nec enim seruos artificiis aut disciplinis instruere necesse est, sed vtile) quæ quoniam ad animi & ingenij culturam pertinent, tolli nullo modo possunt. Nam si tolli possent, permittendum esset creditori, cui non omnes præstarentur, cæteras tollere quæ sine detrimento rei tolli possent *d. l. in fundo & l. præced. iunct. l. fin autem* 27. §. *vlt. & ll. seqq. supr. de rei vindic. l. vtiles* 39. *in fin. de hered. petit. l. domum* 5. *C. de rei vindic. d. l. Iulianus* 13. §. *præterea. infr. de action. empt.*

26. IDEM libro 3. Disputationum.

NOn est mirum, si ex quacunque causa magistratus in possessionem aliquem miserit, pignus constitui: cùm testamento quoque pignus constitui posse, Imperator noster cum patre sæpissime rescripsit.

Ad l. Non est mirum 26.

RAT. DVBIT. Non valet pignus rei alienæ, nisi quod constitutum sit saltem ex domini voluntate *l. aliena res* 20. vbi diximus *supr.* Atqui pignus quod à prætore, alióve magistratu constituitur, quodque ideò Prætorium appellamus, de quo in *tit. C. de prætor. pignor.* non nisi in re aliena constitui potest, nec enim bona, in quorum possessionem Prætor mittit, sunt Prætoris, sed vel Titij vel Sempronij, nec magistratus quisquam potest dominum se dicere bonorum, quæ ad priuatos pertinent *l. magistratib.* 12. *sup. de iurisdict. l. quemadmodum* 29. §. *pen. ad leg. Aquil. l. nec magistratibus* 32. *infr. de iniur.* Multò minùs dici potest eiusmodi pignus valere propter concurrentem domini voluntatem, cùm & ius & iudicium æquè reddatur in inuitum *l. inter stipulantem* 83. §. 1. *de verb. oblig.* Agimus enim cum inuito, sed non contrahimus cum inuito, quamuis dici soleat, quod & verū est, sed alio sensu, in iure & iudicio quasi contrahi *l.* 3. §. *idem scribit. infr. de pecul. l. delegare* 11. §. 1. *l. aliam* 29. *de nouat. & delegat.* Ergo pignus à Prętore alióve magistratu constitui nullum potest.

DEC. Quemadmodum respublica domina est, & bonorum & personarum omnium quæ sunt in republica, quia reipublicæ prius quàm nobis aut parentibus nostris omnes nascimur *l. 1. §. & generaliter* 15. *infr. de ventr. in poss. mitt.* adeò vt nemo se dominum membrorum suorum possit dicere *l. liber homo* 13. *in princ. ad legem Aquil.* ita & lex qua nihil maius, nihil dignius potentiúsve est in republica, sine qua nec vlla stare respublica posset *l. 1. & 2. l. legis virtus* 6. *sup. de legib.* Atqui lex imperat, vt in republica sint magistratus, qui singulis ius dicant, qui iura reddant in ciuitate, maximè verò Prætores, qui sunt veluti viua vox iuris ciuilis *l. nam & ipsum* 8. *sup. de iustit. & iur. l. 2. §. postea ne diutiùs, & §. quod ad magistratus cum seqq. de orig. iur.* Ergo etiam ad Prætores aliósque magistratus pertinet, quorū ea iurisdictio est, vt quoties ius & æquitas id suggerit, pignus constituere possint in rebus priuatorum, putà rei seruandæ causa, si fortè debitor latitet, nec à quoquam defendatur, ne contra eum sequi condemnatio possit. Nam cùm actionum omnium instituendarum principium ab ea parte edicti proficiscatur, quæ est de in ius vocando, vt Iustinianus scribit in §. *omnium. Inst. de pœn. temer. litig.* qui autem latitat, vocari in ius non possit, quia vocatio fiebat per corporalem prehensionem, vt scripsimus ad *tit. de in ius vocan.* consequens est, vt aduersus latitantem non alio remedio succurri creditoribus

BIU Cujas

ditoribus possit, quàm vt mittatur in possessionem bonorum debitoris, atq; ita in iis bonis pignus prętorium constituatur, vt iisdem postulantibus, ea bona postea vendantur, & ex prętio creditoribus satisfiat *tot. tit. quib. ex caus. in pos. eat. & de reb. author. iudic. possid.* Aliud exemplũ prætorij pignoris est, cùm legatorum vel fideicommissorum seruandorũ gratia mittuntur legatarij vel fideicommissarij in possessionem bonorum defuncti ex *tit. vt in possess. legat. vel fideic. seruand. caus. ess. liceat. l creditoribus* 4. §. 1. *de separat.* qui locus de hoc pignore prętorio accipiẽdus est, non de tacita, vt Bartolus putat hypotheca: nam cùm olim & ante Iustiniani constitutionem, quæ extat in *l. 1. C. commun. de legat.* nulla pro legatis & fideicommissis tacita hypotheca competeret, necessarium erat auxilium pignoris prætorij, vt legata vel fideicommissa etiam conditionalia in tuto collocarentur, & eueniente quandocunque condicione præstari possent. Nec enim poterat iis consuli simul cum cæteris creditoribus, quia legatarius vel fideicommissarius condicionalis nõ est creditor ne quidem condicionalis, ideoque nec quicquam transmittit ad heredem *l. is cui* 42. *de oblig. & act.* quod in stipulatore condicionali diuersum est §. *ex condicionali. Instit. de verb. oblig.* Neque verò mittuntur legatarij vel fideicommissarij in possessionem in pœnã latitantis heredis, vt cæteri creditores in bona latitantis debitoris, sed vt voluntati testatoris satisfiat nisi satisdare paratus sit heres cuiuscunque dignitatis sit, & quantumcunque facultatum *l. 1. & tot. tit. vt legat. seu fideic. seruand. caus. caueat.* Proinde cùm hodie ex supradicta Iustiniani lege legatarij & fideicommissarij omnes tacitam hypothecam habeant, potest defendi nullam amplius superesse necessitatẽ, aut æquitatem retinendi pro legatis vel fideicommissis prætorij pignoris *l. is cui* 5. §. *qui legatorum vt in pos. legat. seruand. caus.* Tertium exemplum est, si ventris nomine missio in possessionem facta sit, ex illa parte edicti quæ est *de ventr. in pos. mitt.* Sunt enim hæ tres ferè causæ ex quibus missio fieri solet in possessionem bonorum, scilicet vniuersorum: nam ex causa damni infecti si non caueatur, missio quidem fit in possessionem, sed eius tantùm rei in qua damnum timetur, vt scriptum est in *l. 1. quib. ex caus. in pos. eat.* Necminùs fit missio in possessionem ex causa damni infecti animo constituendi pignoris, quamuis non fiat in ordine ad venditionem, sed vt is qui missus est in possessionem damni infecti nomine, si duretur non caueri, possit fieri dominus bonitarius ex secũdo decreto quo iubetur sibi possidere, postea futurus quiritiarus si vsucapio sequatur *l. 3. §. 1. de reb. eor. qui sub tutel.* Vbi quod additur *vt procedat iuberi etiam possideri poterit*, mendosum mihi videtur, malóque legere *si procedat* scilicet pignus, nolente nimirum vicino cauere *l. Prætoris* 5. *l. si finita* 15. §. *Iulianus. infr. de damn. infect.* Est tamen hoc commune omnibus qui in possessionem missi sunt, siue rei seruandæ causa, siue legatorum, siue ventris, siue damni infecti nomine, quòd non verè possident, sed habent tantùm custodiam & obseruationem rerum *l. cùm legatorum* 12. *quib. ex caus. in pos. eat. l.* 3. §. *vlt. de acq. pos. l. si in princip. vt in posses. legat. l.* 3. §. *creditores. infr. vti possid.* Prætorium igitur pignus est, quod ex Prætoris imperio & authoritate constituitur, sicut & iudiciale quod in executione iudicati capitur à iudice iudicatum exequente, de quo in *l. à Diuo Pio* 15. *de re iudic. & in tit. C. si in caus. iudic. pign. capt. sit.* Vtrumque tamen sub Prætorij appellatione comprehendi voluit Iustinian. in *l. 2. C. de pignor. prætor.* vbi duplicem tantùm pignoris speciem agnoscit, Conuentionalis & Prætorij. Ideò fortassis quod iudiciale quóque pignus ex prætoris authoritate capi videtur, posteaquàm à Diuo Pio rescriptum est magistratibus populi Romani, vt iudicum à se datorum sententias exequantur *d. l. à Diuo Pio.* non quasi Prætor ipse in executione iudicati capiat pignora, sed quia ad hoc ipsum dat iudicem pro exequendo iudicato, vt quiuis intelligat authoritate ipsius fieri executionem, nõ iudicis pedanei ad hoc dati: nec immeritò, cùm sententiæ vigor in executione consistat *l. pen. Cod. de execut. rei iudic.* Sunt tamen pleræque differentiæ inter pignus prætorium & iudiciale, sicut & inter pignus prætorium & conuentionale, quas nos latiùs prosecuti sumus in libris Coniecturarum, neq; hîc repetere attinet. Hoc tantùm notare placet adeò verum esse quod Vlpianus hîc scribit, Pignus à magistratu constitui posse, vt maioris potestatis illud sit, quàm si ex domini voluntate per pactionẽ constitutum esset, nimirum propter interuenientẽ magistratus & iudicis authoritatem *d. l.* 3. §. 1. *infr. de reb. eor. qui sub tutel.* vbi hanc ob causam scriptum est, pignori capi iussu magistratus vel Pręsidis, vel alterius potestatis, & distrahi fundum pupillarem posse: sed & in possessionem mitti rerum pupillarium à Prætore quem posse, & ius pignoris contrahi siue legatorum seruandorum causa, siue damni infecti nomine. Has enim obligationes & alienationes locũ habere, quia non ex tutoris vel curatoris voluntate fiunt, sed ex magistratuum authoritate.

a *Cùm testamento quoque pignus constitui posse.* RAT. DVB. Testator plus facere potest quàm Prætor, aliúsve magistratus quilibet. Potest enim testator facere non modò ius, sed etiam legem §. *dispònat Nouell.* 22. *de nupt. l. verbis legis* 120. *de verb. signif.* vnde & testamenti factio dicitur iuris publici in *l.* 3. *infr. qui testam. facer. poss.* At neque Prætor, neq; alius vllus magistratus legem facere potest §. *quos autem. Instit. de bonor. poss.* adeoque nec Senatus ipse, sed tantùm similem legi constitutionem, vt ibidem scriptum est. Non enim ambigitur quidem Senatum ius facere posse *l. non ambigitur* 9. *supr. de legib.* At ius facere multò minùs est, quàm facere legem. Nam & prætor ius facit *l. nam & ipsum ius* 8. *de iustit. & iur.* Ergo non est bona consecutio & ratiocinatio Vlpiani, vt pignus à magistratu constitui possit, quia & à testatore potest. Nec enim valet argumentum à maiori ad minus affirmatiuè, sed negatiuè tãtùm. Sicut è contrario à minori ad maius non valet negatiuè, sed affirmatiuè duntaxat.

DEC. Magistratus omnes sunt legum, & iuris ciuilis executores, & quamuis non possint legem facere, faciunt tamen ex præscripto & authoritate legum quo faciunt, ideoque tantam potestatem habent, quantam lex ipsa, cuius viuam quodammodo vocem repræsentant, vt suprà dicebamus ex *d. l. nam & ipsum* 8. *de iustit. & iur.* Itaque non minoris sunt potestatis & authoritatis, quàm testator quilibet. Imò tantò maioris quod personam publicam gerunt, & officium publicum exercent. Testatoris autem persona priuata est, cui nec legem facere licet, nisi ex mera legis indulgentia, legis scilicet duodecim tabularum, quæ testamentorum ius confirmauit iis verbis, *Paterfamilias vti super sua re legassit*, id est, vt ali bi interpretati sumus, *legem fecerit, ita ius esto dict. l. verbis legis.* Quod autem magistratus facit, non ex indulgentia legis facit, sed *propter vim imperij*, vt Pau-

BIU Cujas

lus loquitur in *l.cùm Prætor* 12.§.1.*supr.de iudic.* quamuis imperium illud habeat à lege & à populo qui solus legem facere potest. Habent enim magistratus omnes hãc potestatem iure magistratus, nisi si quid eis specialiter lege, vel Senatusconsultis vel Principum constitutionibus tributum sit *l.*1.*sup.de offic.eius cui mandat.est iurisd.* Quidni ergo magistratibus licebit, quod etiam priuato cuilibet testatori concessum est, vt pignus testamẽto constituere possit? nam testamento constitui pignus posse non dubitatur *l. Lucius* 12.*infr.de alim.legat.* Nõ ergo in codicillis, quia non continent solemnem volũtatem, nisi cùm sunt testamentarij quo casu vires capiunt ex testamento *l.*2.§.1.*de iur.codicill.* Ratio tamen dubitandi illa afferri potest ad hunc versiculum, quòd pignus non constituatur, nisi vel conuentione vel traditione *l.*1. *supr.* quorum tamen neutrum in testamento interuenit. Sed decidẽdi ratio est, quia potest testator rei suæ quam vult legẽ dicere, adeóque rei suæ dominium etiam post mortẽ suam citra traditionẽ transferre *l.*1.*in fin.* & *l.*2.*supr.de public.in rem act.l. legatum* 80.*de leg.*2. Quantò magis nudũ pignus constituere?

1 ¶ Sciendum est, vbi iussu magistratus pignus constituitur, non aliàs constitui, nisi ventum fuerit in possessionem.

*Ad §.*1.*Sciendum est.*

RATIO DVBIT. Missio in possessionem vice traditionis est, quia semper incipit Prætor à missione in possessionem, vt possessionem trãsferat, sine qua nihil in re aliena fieri potest, præsertim verò cùm id agit Prætor, vt dominium bonitarium in aliquem transferat (Quiritiarium enim non magis transferre potest, quàm legem facere §.*quos autem. Instit. de bonor.poss.iunct.*§.*vlt.de hered.qualit.* & *differ.*) aut pignus: vtrumque enim traditionem requirit regulariter, nisi quod ad constituendam hypothecam sufficit nuda conuentio, nec translatio possessionis necessaria est *l.*1.*supr. l.cùm* & *sortis* 35.§.1.*infr.iunct.l. si rem* 9.§.*propriè supr.* Atqui plus potest facere magistratus quàm testator propter authoritatem quam habet à Republica, vt proximè diximus. Testator autem pignus in testamento suo constituere potest nuda voluntate, adeóque etiam absente creditore *l.Lucius* 12.*infr.de alim.* & *cibar.legat.* Ergo & pignus prætorium multò magis constitui poterit sola voluntate & authoritate Prætoris, priùs etiam quàm ventum sit in possessionem.

DECID. Pignora sicut & dominia à naturali possessione cœperunt *l.*1.*infr.de acquir.poss.* Vnde & pignoris nomen deductum est, quasi à pugno *l.plebs est* 238.§.*pignus de verbor.signific.* Vt verò cœperit pignus posse constitui nuda conuentione, factum postea est à Prætoribus ad publicam hominum & commerciorum vtilitatem respicientibus §. *Item Seruiana. Instit.de action.* Atqui cùm Prætor se interponit in constituendo pignore siue prætorio siue iudiciali, nihil aliud agit, nisi vt suppleat & repræsentet factũ debitoris, vt pignus à magistratu constitutum, à debitore ipso constitutum videatur *l.si ob causam* 13.*C. de euict.* Id enim est quod iactari solet factum Prętoris aut iudicis esse factum partis, & in vicem iustæ obligationis succedere authoritatem iubentis, vt scriptum est in *l.*1.*C.si in caus.iudic.pign.capt.sit.* Iusta autem obligatio pignoris, id est, iure ciuili non prętorio introducta, vt in *l.nunquam nuda* 31.*de acqu.rer. domin.* illa est, quæ per intercedentem traditionem contrahitur. Necesse igitur est, vt Prętor aliquid faciat in constituendo pignore prætorio, quod sit vice traditionis. Eiusmodi porrò est missio in possessionem, quam traditioni æquipollere constat *l.*4.§. *duas ergo res* & *seq.l.Prætoris* 5.& *pass.de damn.infect.* Nihil porrò refert quid ex æquipollentibus fiat *l.vlt.* §.1.*infr.mandat.l.mulier* 22.§.*Brasidas ad SC.Treb.* Cur ergo aliud est, inquies, in pignore iudiciali, quod non per missionem in possessionem constituitur vt prætorium, sed per solam capionem *dict.l.à Diuo Pio per tot.de re iudic.* Respondeo, Imò verò capionem pignoris iudicialis pro traditione esse. Quid enim aliud est tradere, quàm facere, vt corporalem possessionem quam quis habet, alius capiat? Sed differentiam in eo tantùm esse, quòd in pignore prætorio constituendo nulla fit capio pignoris, sed in iudiciali tantùm. In iudiciali verò nulla missio in possessionem, vt in prætorio, sed tantùm capio, nempe quia Prętorium constituitur ad dandam custodiam, & obseruationem bonorum, quæ porrò non aliter dari potest, quàm si actor mittatur in possessionem *l.*3.§.*vlt. de acquir.poss.l.cùm legatorum* 12.*de reb.author. iudic.posid.* vt tædio longæ possessionis extorqueat cautionem vel solutionem *d.l.*4.§.*si duretur* & *pass.de damn.inf.l.is cui* 5.*in princip.infr. vt in possess.legat.vel fideic.seruand.caus.* At pignus iudiciale non capitur, nisi vt statim distrahatur, & quidem præsenti pecunia *d.l.à Diuo Pio.*§. *si pignora.*§.*sed si emptor* & *pass.de re iudic.* Vt autem venditio fiat ex eiusdem magistratus authoritate, ex qua & capio fit, non est necessaria missio in possessionem, quæ etsi non esset impedimento venditioni, *Tit.de reb.author. iudic.posid.* venditionis tamen differendæ & retardandæ causam ac materiam præberet. Iunge *l.cùm vnus* 12.*de reb.auth. iudic.posid.* vbi dicitur pignus prætorium acquiri non tantùm personæ creditoris postulantis se mitti in possessionem, sed creditoribus omnibus quasi in rem facta concessione.

27. IDEM libro 6. Opinionum.

PEtenti mutuam pecuniam creditori, cùm præ manu debitor non haberet, species auri dedit, vt pignori apud alium creditorem poneret: si iam solutione liberatas, receptásque eas, is, qui susceperat, tenet: exhibere iubendus est. quòd si etiam nunc apud creditorem creditoris sunt[a]: voluntate domini nexæ videntur: sed, vt liberatæ tradantur, domino earum propria actio aduersus suum creditorem competit.

Ad l.Pe-

BIU Cujas

Ad l. Petenti 17.

RAT. DVB. Actio pignoratitia directa competit debitori aduersus creditorem statim atque finitum est pignus, & liberatum per solutionem pecuniæ pro qua datum fuerat, *l. si rem 9. §. omnis pecunia & l. solutum 11. & pass. supr.* Atqui ponimus in specie huius legis species auri quas repetenti mutuam pecuniam creditori debitor cùm præ manu non haberet, dederat, vt pignori apud alium creditorem poneret, iam solutione liberatas receptasque à secundo debitore, qui eas creditori suo pignori dederat. Ergo ad eas recuperandas pignoratitia actio competit primo debitori aduersus proprium creditorem, nec necesse est, vt agat ad exhibendum. Habet enim actio illa hoc incommodum, quod etsi datur omnibus quorum interest, non tamen contra alium datur, quàm qui possidet *l. 3. §. sciendum §. vlt. & l. seq. supr. ad exhib.* cùm tamen pignoratitia actio quæ tota personalis est, nec in rem scripta, detur etiam contra non possidentem. DEC. Non potest actio pignoratitia ei competere, qui ipse pignori non dedit, nec similiter contra eum qui pignori non accepit: nec enim nisi de pignore dato proponitur *l. penult. infr. l. fideiussor 32. supr. de negot gest.* Atqui has species auri de quibus tractamus, neque primus debitor pignori dedit, neque primus creditor accepit in pignus, sed in hoc tantùm vt eas ipse alteri pignori obligaret: quod longè diuersum est. Non igitur potest inter has personas actio pignoratitia locum habere. Actio igitur ad exhibendum necessaria est contra primum creditorem, si is res debitoris sui datas pignori suo creditori possideat liberatas iam à secundo creditore. Sed & vindicatio earum rerum habere locum potest, vt bene Accursius notat. Quod enim ponimus debitorem has auri species dedisse suo creditori, non sic accipi debet quasi eatum dominium in creditorem suum transtulerit, quæ propria dandi significatio est *l. vbi autem 75. §. vlt. de verb. oblig.* (nulla enim hîc subest satis iusta causa transferendi dominij, sine qua tamen nunquam dominium transfertur *leg. nunquam nuda 31. de acquir. rer. domin.*) sed ita vt simpliciter tradiderit suo creditori ad dandas eas pignori, & vt in iis pignus constitui posset à primo creditore per traditionem. Neque verò vt valeat pignus, necesse est translatum fuisse rerum dominium in eum qui pignoravit, sed satis est vt nexæ sint res & obligatæ ex voluntate domini, quomodo scriptum est in hac lege, & in *l. aliena 20. supr. hoc tit.* Sed & obseruandum est, non loqui hîc Vlpianum de pignore pignori dato, siquidem eo casu per solutionem factam primo creditori, pignus liberatum esset à secundo *l. debitor 40. §. vlt. infr. l. 1. & 2. C. si pign. pignor. dat. sit. l. de accessionibus 14. §. & si mihi infr. de diuers. tempor. præscript.* sed de speciebus auri simpliciter, vt diximus, traditis vt à primo creditore alij creditori darentur pignori. Addit Accursius, nec malè, præter actionem ad exhibendum & vindicationem, competere in hac specie debitori etiam propriam actionem, id est, quæ propriè & ex natura huius contractus nascitur actionem scilicet præscriptis verbis, vt idem Accursius interpretatur. Non quia soleat ea actio competere quoties alia deficit quæ certum nomen non habeat *l. quoties 11. & pass. inf. de præscr. verb.* (competit enim hoc casu etiam nominata actio commodati, vt Accursius concludit, & Bartolus benè probat ex *l. 5. § rem tibi dedi 12. supr. tit. prox. l. 3. C. eod. tit. commod.*) Sed quia nihil vetat actionem præscriptis verbis cum alia quoque competere *l. 2. C. de pact. int. empt. & vendit.* licèt tutius sit agere præscriptis verbis quoties vel minima incurrit hæsitatio an alia competat *l. si gratuitam 17. in princ. l. Titius 24. de præscr. verb.* propter periculum quod subest malè electæ actionis, quamuis eo casu actio præscriptis verbis assumat naturam & præstationes ferè omnes eius actionis nominatæ & bonæ fidei ad quam contractus proximè accedit *d. l. Titius l. eum qui 10. § 1. supr. tit. prox.* quod & Bartolus hîc notat. Quanquam quomodo accipiendum illud sit, dicemus latiùs ad *d. l. Titius & ad l. naturalis §. penult. eod. tit.*

a *Quòd si etiam nunc apud creditorem creditoris sunt.* RAT. DVB. Is qui species istas auri creditori suo dedit, vt eas alij creditori obligaret, non ideò videri potest dedisse illas pignori ei, cum quo non contraxit. Pignus enim siue traditione, siue nuda conuentione contrahatur, mutuam semper voluntatem exigit & eius qui dat, & illius cui datur *l. 1. sup. l. in omnibus negotiis 57. de oblig. & action. l. 1. §. 1. supr. de pact.* Ergo etiam hoc casu, id est, tum quoque cùm species auri apud creditoris creditorem adhuc sunt, dicendum est, æquè contra eum competere actionem, non quidem præscriptis verbis, quæ ex contractu nascitur: sed actionem ad exhibēdum, & vindicationem quæ ex præsenti possessione nascuntur, *l. non aliàs 24. §. sed si postulatur sup. de iudic. l. vnic. Cod. de alien. iudic. mut. cauſ. fact. l. 3. §. vlt. supr. ad exhib.* atque si is possideret cui datæ sunt, vt pignori darentur.

DEC. Quoties pignus à non domino datur ex domini voluntate, perinde tenet in præiudicium domini, atque si ab ipso domino datum esset, nec tantùm si ab initio voluntas domini interuenerit, sed etiam si ex postfacto per ratihabitionem secuta sit *l. aliena 20. supr. hoc tit. l. si fundus 16. §. 1. infr. de pignor. l. pen. & vlt. C. si res alien. pignor. dat. sit.* Atqui ponimus in huius legis specie nexas fuisse & obligatas auri species à non domino quidem, sed tamen ex domini voluntate, qui eas dederat ob hoc ipsum, vt pignori obligarentur. Ergo non est permittendum debitori eidemque domino, vt eas vindicet à creditore creditoris, vel per actionem ad exhibendum eas persequatur quousque solutum sit ei debitum, pro quo sunt pignoratæ, non magis quàm si is ipse dominus illas pignori dedisset. Veniret enim contra factum suum & ad suam vtilitatem, quod nemini vnquam conceditur *l. post mortem 25. supr. de adopt. l. etsi 10. infr. de distract pignor. l. si non sortem 26. §. si filius-familias supr. de condict. indeb.* Superest ergo vt qui res suas creditori suo dedit, vt eas alij creditori pignoraret, contra eundem suum creditorem agere debeat: non quidem vindicatione aut actione ad exhibendum, vt in priore casu, cùm non possideat, sed propria actione ex contractu, id est, vt iam cum Accursio interpretati sumus, præscriptis verbis, quæ ex hoc contractu omnimodo competit, hoc est, siue gratuito, siue accepta mercede, aut qua alia re loco mercedis species illæ auri datæ proponantur: quod in actione commodati diuersum est, quæ licet in hac quoque specie competat si gratuitum cōmodatum fuit, non tamen competeret si gratuitum non esset *dict. l. 5. §. rem tibi dedi supr. titul. proxim. iunct. dict. leg. 3. Cod. commod. leg. si gratuitam 17. aliàs leg. si rem tibi §. si cum vnum bouem infr. de præscr. verb.* dummodò sciamus non eo minùs gratuitum esse hoc commodatum quod à debitore factum sit præ manibus

BIU Cujas

non habente pecuniam quæ ab eo petebatur. Non enim mercedis loco haberi potest quòd huiusmodi siue officio, siue beneficio debitor à creditoris interpellatione se liberauerit, sibique longiorem solutionis faciendæ diem acquisierit. Adeò vt priùs etiam quàm debitor creditori suo soluerit debitam ei pecuniam, nihilominùs agere contra eum possit supradicta actione, vt pignus à se datum creditori suo liberet, tum reddat, quoniam actioni commodati nulla retentio debiti obiici potest, vt rectè concludit Accursius, & post eum Bartolus ex *l. vlt. Cod. commod.* sed tantùm actioni pignoratitiæ *l. si rem* 9. §. *omnis pecunia & §. vlt. sup. hoc tit.* quæ porrò locum habere hîc non potest aduersus eum cui pignus datum non est, sed tantummodò permissum, vt res sibi traditas alij pignori daret.

28. IVLIANVS libro 11. Digestorum.

Si creditor, qui rem pignori acceperat, amissa eius possessione, & Seruiana actione petierit, & litis æstimationem consecutus sit: postea debitor eandem rem petens, exceptione summouetur: nisi offerat ei debitor, quod pro eo solutum est.

Ad l. Si creditor 28.

RAT. DVB. Litis æstimatio similis quidem est emptioni, adeò vt possessor qui litis æstimationem obtulit, incipiat pro emptore possidere *l. 1. l. 2. §. vlt. & l. 3. infr.* & quod magis est, dominium rei nanciscatur, si modò præsens res fuit *l. eius rei* 46. *& seq. supr. de rei vindic. l. sed & si* 7. §. 1. *de Publician. in rem act. l. si propter* 22. *infr. rer. amot.* Sed id intelligi debet, cùm litis æstimatio soluta est domino. Alioqui non potest dominium transferre is qui non habet, sed vsucapiendi tantùm facultatem *l. traditio* 20. *de acquir. rer. domin. l. clauibus* 74. *de contr. empt.* Atqui ponit Iulianus in specie huius legis, solutam fuisse litis æstimationem non domino, sed creditori, qui amissam pignoris possessionem per Seruianam actionem petierat. Non potest igitur ea solutio acquirere dominium vllum possessori, neque exceptionem vllam aduersus debitorem, eundemque dominum rem suam vindicantem, cùm eiusmodi solutione non fuerit debitor liberatus à creditore, quippe cui possessor litis æstimationem soluit non debitoris nomine, sed suo, vt se à proposita actione liberaret *l. Papinianus* 28. *infr. mandat. l. si quid possessor* 31. *in princip. supr. de hered. petit.* DEC. Dolo facit quisquis per iuris ciuilis occasionem contra æquitatem naturalem lucrum captat ex damno alieno *l. 1. infr. de doli mal. except.* Atqui cùm creditor Seruiana, aut potiùs quasi Seruiana actione pignus petiit, ad auocandam à possessore possessionem quam amiserat, & litis æstimationem à possessore consecutus est, hoc ipso fit locupletior debitor ex pecunia possessoris, quoniam ex illa solutione acquiritur debitori exceptio doli aduersus creditorem, si fortè is post acceptam à possessore litis æstimationem pergat debitum petere *l. sicut* 8. §. *vlt. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.* quandoquidem dolo etiam facit, qui bis idem consequi velit, quamuis à diuersis personis *l. si quis dolo* 51. §. 1. *in fin. de re iudic.* Ergo & doli mali exceptione repellendus est debitor, si pignoratâ rem vindicare velit à possessore, qui litis æstimationē obtulit, nec offerat ipse debitum quod pro eo solutū est. Lego enim hîc pro *debitor, debitum*, vt in *l. 2. infr. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.* vbi eadem ex Caio quæ hîc ex Iuliano sententia proponitur. Sed alia tamen atque alia hoc & illo casu concedendæ doli exceptionis ratio est. Creditor qui postquàm litis æstimationem à possessore per Seruianam consecutus est, si contra debitorem agat, ideò doli exceptione repellitur, quia bis idem exigit, vt diximus. Debitor verò qui à possessore rem vindicat, pro qua possessor litis æstimationem obtulit, quam nolit debitor reddere, idcirco doli exceptione summouetur, quia id agit, vt ex aliena iactura locupletetur, & ex alterius pecunia partam exceptionem sibi retineat, vt & in specie *l. emptor* 63. *supr. de rei vindic. leg. communi* 7. §. *inter eos* 12. *commun. diuid.* Cùius exceptionis ope tantundem in effectu consequitur, quantum si ipso iure liberatus esset. Quid enim refert, an liberatus sit ipso iure, an verò acquisiuerit sibi exceptionē perpetuam & fauorabilem, qua tutus possit creditorem suum repellere? *l. nihil interest* 112. *de regul. iur.* Nam & actionem contra eum dandam esse possessori ad repetendum quod pro litis æstimatione soluit, putat Accursius quāuis dubitanter ex *l. quæ vtiliter* 45. §. 1. *sup. de negot. gest.* Quod tamen non puto verum, quia ponimus possessorem hunc litis æstimationē soluisse nō alieno nomine, vt in *d. §. 1. sed suo.* nec vt aliū sibi obligaret, sed vt se liberaret. Proinde exceptionē tantùm habere debet, non actionē, vt Bartolus Accursium reprehendens bene notat, & probatur ex *l. in hoc iudicium* 14. §. 1. *l. si quis cùm* 29. *supr. commun. diuid.*

1 ¶ **Si seruus pro peculiari nomine pignus acceperit, actio pignoratitia aduersus dominum debitori competit.**

Ad §. 1. Si seruus.

RAT. DVB. Non datur actio pignoratitia, nisi ei qui pignus dedit, nec contra alium, quàm eum qui ipse pignori accepit, vt diximus ad *leg. prox. supr.* Atqui cùm seruus accepit pignus licèt peculiari nomine, verum est seruum ipsum accepisse pignus, non autem dominum. Pignoris enim datio sicut & traditio facti est *l. consilio* 7. §. *vltim. infr. de curat. fu-*

rios. Quæ autem facti sunt non transeunt à seruo in dominum *l. qui heredi* 44. *de condic. & demonstr.* Ergo non potest hoc casu pignoratitia actio debitori contra dominum competere.

DEC. Quicquid in re peculiari facit seruus, ex domini sui voluntate facere intelligitur, præsertim cùm meliorem peculij causam facit: quomodo facit quisquis pignus accipit. Nam si agatur de re peculiari quam seruus pignori dederit, adhibenda distinctio

BIU Cujas

stinctio est, an seruus liberam administrationem peculij habuerit, vt eam rem alienare quoque potuerit, cùm per dationem pignoris etiam ad alienationem perueniatur *l. si conuenerit* 18. §. *vlt. & leg. seq. supr.* Ergo cùm seruus peculiari nomine rē aliquam accepit, perinde haberi debet ac si dominus ipse accepisset. Porrò si ipse accepisset, non dubitaretur, quin soluto debito actione pignoratitia teneretur. Consequens igitur est, vt ex contractu serui perinde teneri debeat: cum hac tamen differentia, quòd ex proprio suo contractu teneretur in solidum. Ex cōtractu verò serui non tenetur, nisi de peculio & de in rem verso, & si quid dolo malo ipsius captus fraudatusque actor est *l. in bonæ fidei* 36. *infr. de pecul.* Alioqui nulla superesset actio debitori ad sui pignoris repetitionem, quandoquidem cum seruo ipso nulla actio esse potest *l. cum seruo* 107. *de regul. iur.* Quanquam non hęc vera & germana ratio fuit inducendæ actionis de peculio, (nec enim haberet locum aduersus patrem ex contractu filiifamilias, quippe qui ex omnibus penè causis & agere & conueniri potest *l. filiusfamilias* 39. *de oblig. & act.*) sed quia tā dominus quàm pater concedendo peculium seruo & filiofamilias permittunt iis, vt de re ac negotio peculiari pro arbitrio contrahant, dummodò citra alienationem & oppignerationē, nisi liberam peculij administrationem dederint, vt diximus. Ideoque æquum est, vt ex eorum facto & persona teneantur, non quidem in solidū, sed ad finem vsque peculij *l. si quis cum filiofamilias* 44. *& pass. infr. de pecul.* si tamen actio ex contractu veniat non etiam si ex delicto *l.* 1. § *si filiusfamilias supr. de his qui effud. vel deiec.* Ex delicto enim serui noxalis tantùm non de peculio in dominum actio est, in patrem verò ex delicto filij nulla.

29. IDEM libro 14. Digestorum.

SI rem alienam bona fide emeris, & mihi pignori dederis, ac precariò rogaueris, deinde me dominus heredem instituerit: desinet pignus esse, & sola precarij rogatio supererit [a], idcirco vsucapio tua interpellabitur.

Ad l. Si rem alienam 29.

RAT. DVB. Non potest desinere pignus esse, quod nunquam fuit *l. si in diem* 46. *l. Titio vsusfructus* 96. *infr. de condic. & demonstr. l. non potest videri* 208. *de regul. iur.* Atqui pignus rei alienæ quamuis bona fide possessę datum purè citra domini voluntatem ab initio non valuit *l aliena* 20. *supr. hoc tit. l. si fundus* 16. § *aliena res infr. de pignor.* Ergo nec potest desinere pignus esse ob id solùm, quòd in creditoris dominium venerit. DEC. Ius creditoris pignus accipientis pendet ex iure debitoris pignus dantis. Et ideò quemadmodum si nullum ius in re pignorata debitor habuit, nullum quoque ius pignoris transferre in creditorem potest: ita si ius aliquod habuit, quamuis non veri dominij, sed quasi dominij, dicendum est eum dando rem pignori, ius quasi pignoris in creditorem transtulisse videri *l. tutor* 16. §. *vltim. supr.* Atqui bonæ fidei possessor alienę rei cum titulo iusto, quia eam vsucapere potest, vtique Publicianam habet eius rei nomine ad eam vindicandam, si qua fortè de causa sine culpa sua possessionem eius amiserit, quia Prętor fingit eum vsucepisse, habetque illum interim pro domino §. *namque Instit. de action. & tot. tit. de Publician. in rem action.* Ergo si ab eo qui Publiciana vti potuit pignus acceperim, sic tueri me debet Prætor per Seruianam, quemadmodum debitorem per Publicianam, vt Paulus scribit in *l. si ab eo* 18. *infr. de pignor.* Vtraque enim actio prætoria est, nec haberet Prætor bonæ fidei possessorem pro domino, & pro eo qui iam vsucepisset, si non tueretur pignus ab eo datum, præsertim cùm bonæ fidei possessor quod ad fructus pertinet, penè domini loco sit, vt idem Paulus loquitur in *l. bonæ fidei* 48. *de acquir. rer. domin.* fructus autem rei sit vel pignori dare licere *l. vltim. infr. de vsur.* Idem ergo iuris constitui debet de pignore dato à bonæ fidei possessore, quod constitueretur si à domino ipso datum esset, scilicet quandiu ius bonæ fidei possessoris durat, id est, quandiu euicta res non est: secuta enim euictione non potest durare ius quasi pignoris, quod etiamsi à vero domino datum esset, qui posteà dominus esse desineret ex antecedente causa, hocipso statim euanesceret *l. lex vectigali fundo* 31. *infr. de pignor. l. vbi autem* 4. *alias l. si ex duobus* §. *sed & Marcellus de in diem addict.* Atqui pignus etiam à vero domino constitutum extinguitur, nec potest perseuerare, postquàm creditor factus est dominus irreuocabiliter *l eleganter* 24. *supr. l. penult.* §. 1. *infr. de excepr. rei iudic. l. debitor* 59. *ad SC. Trebell.* Ergo & in huius legis specie si rem alienam bona fide emeris, & mihi pignori dederis, ac precariò rogaueris, deinde me dominus heredem instituerit, desinet pignus esse. Sequitur,

a *Et sola precarij rogatio supererit.* RAT. DVB. Quoties debitor rem pigneratam precariò rogauit, soluta pecunia, non minùs precarium quàm pignus soluitur, quia id actum videtur, vt eo vsque duntaxat & precarium & pignus teneret *l. si debitor* 11. *infr. de precar.* sicut nec precarium magis quàm pignus rei propriæ potest consistere *l. neque pignus* 45. *de regul. iur.* Ergo similiter dicendum est, tùm quoque cùm pignus per acquisitionem dominij à creditore quoquomodo factam extinctum est, non magis rogationem precarij quàm pignùs superesse.

DEC. Nihil commune habet proprietas cum possessione *l. naturaliter* 12. §. 1. *infr. de acquir. poss.* neque harum rerum siue nomina, siue iura permisceri & confundi debent *l. penult. eod. titul.* Proprietas enim iuris est: possessio autem magis facti quàm iuris *l.* 1. §. *si vxor eod. l. denique* 19. *supr. ex quibus caus. maior.* licèt ipsa quoque plurimùm ex iure mutuetur *leg. possessio* 49. *in princip. &* §. 1. *de acquir. poss.* Atqui precarij rogatio non proprietatem respicit, sed possessionem *l. certè* 6. §. *vltim. de precar.* Ergo siue dominus ab initio fuerit debitor, qui pignus dedit, & precariò rogauit, siue cùm bonæ fidei tantùm possessor esset pignus dederit ei, qui posteà dominus effectus sit, dicendum est precarium tenere etiam extincto pignore in posteriore casu. Pignus enim etiam ius proprietatis afficit, non solam possessionem *leg. qui pignoris* 36. *de acquir. possess. leg. qui à seruo* 16. *infr. de oblig.*

BIU Cujas

& action. idque adeò verum est, vt extincto quoque pignore per solutionem pecuniæ debitę, precarium tamen perinde durare dicendum esset, si non illud actum videretur, vt eo vsque duntaxat pignus duraret, vt scriptum est in *d. l. si debitor.* Nempe quia in hoc casu pignoratitia competit, & desinit debitor esse debitor, quem tamen verisimile est, non alia de causa precariò rogasse, quàm vt tandiu possideret precariò, quandiu debitor remaneret, quandoquidem nec vlteriùs extendi pignoris dandi causa potest. At non similiter dici potest id actum videri interdebitorem & creditorem, vt eo vsque precarij rogatio teneret quousque creditor dominus pignoris efficeretur. Non enim de alia dominij acquisitione cogitari potest, cùm pignus bona fide datur & accipitur, id est, eius rei quam contrahentes credũt esse debitoris cùm sit aliena, quàm de illa quæ in pignoribus bene & à vero domino constitutis locum habere potest per dominij impetrationem, de qua in *l. eleganter 24. supr. & tot tit. Cod. de iur. domin impetr.* Quòd si creditor dominus pignoris fiat tanquam institutus heres à vero domino, pignus quidem hoc casu æquè soluitur, sed ex necessitate iuris, vt loquitur Bartolus, non quia de eo actum aliquid aut cogitatum sit. Nam quemadmodum plerunque etiam extra id quod agitur tacita obligatio nasci potest *l. is qui 13 in fin. supr. tit. prox.* ita nec quicquam vetat extra id quod agitur, obligationem siue pignoris, siue alterius rei cuiuslibet finiri certis suis & legitimis modis. Nec quod precarium rei propriæ consistere non possit, ad rem pertinet, vt quis inferat non posse precarij rogationem supereſſe, quæ nunquam constitit: id enim ad eum casum restringi debet quo is qui dominus est, nesciat se dominum, sed errans precariam rei suę possessionem rogauerit, aut si cùm se dominum sciret, non transtulerit ipse possessionem rei suæ in alium: quomodo is sanè transfert, qui dat eam pignori. Creditor enim pignoratitius verè possidet ad omnes causas præterquam ad causam vsucapionis *l. serui nomine 16 infr. de vsucap.* eaque creditoris possessio sicuti iusta est, ita iustam precarij à creditore constituendi in pignore materiam præbet, vt hoc plus iuris in pignore habeat debitor, qui precariò possidet, quàm si extra causam vsucapionis omninò non possideret, vt Iulianus scribit in *d. l. qui pignoris.* Neque priuandus est debitor eo cõmodo possessionis, si creditor consentiat *d. l. certè §. vlt. & l. seq. de precar. l. si aliquam 28. de acquir. poss.* Etsi verò tum consensit, cùm pignus accipiebat, priusquàm dominus fieret rei pigneratę, nihil tamen adfert superueniens dominij acquisitio in persona creditoris, ex alia quàm pignoris causa, propter quod dicendum sit, finiri precarium debere: cùm satis esse debeat creditori, eidemque effecto domino, quod precarium illud reuocare quandocunque potest ex natura precarij *l. 2. & pass. de precar. l. Lucius 32. infr. de donat.* Cæterùm nihil prohibet interim & creditorem esse dominum, & debitorem etiam post amissum dominium pignoris, manere nihilominùs possessorem: nam nec pignoris dandi causa finita est dominio creditori acquisito, quandiu soluta pecunia non est. Quare nec aliud probandum esse, etiamsi creditor à debitore pignus emisset, quod vtique facere pro suo iure potest *l. rescriptum 12. in princ. infr. de distract. pignor.* Habebit ergo hoc casu creditor interdictum de precario aduersus debitorem, si nolit ille precariam possessionem reddere *dict. l. certè §. vlt. de precar.* sed & vindicationem tanquam dominus, & condictionem ex lege, vt bene addit Accursius ex *l. si quis condictionis 25. Cod. de locat.* Nec enim ea constitutio in solo contractu locationis habet locum, sed etiam in precario, commodato, pignore, & similibus, vt rectè post Accursium Bartolus hîc concludit. Maximè verò quod nec pignoratitia debitori competere hoc casu potest aduersus creditorem, qui ex noua causa & post acceptum pignus, dominium rei obligatæ nactus est *d. l. alitha 20. §. vltim. supr.* Itaque quod hîc Iulianus scribit, solam precarij rogationem supereſſe, noli sic accipere, quasi concedat creditori solum interdictum de precario, alias verò actiones, quas diximus, id est, condictionem ex lege, & vindicationem ei deneget, sed vt idem Accursius interpretatur ad exclusionem solius hypothecariæ, & quasi Seruianæ actionis. Hoc nimirum sensu, vt ex contractu pignoratitio, qui duplicem illam conuentionem & pignoris & precarij continebat, sola supersit rogatio precarij post acquisitum creditori dominium: non etiam vlla pignoris obligatio, sine qua tamen competere Seruiana non potest, quæ alioqui competeret iure prætorio, si pignus duraret. Dixi iure prætorio, ex quo scilicet inductum est, non tantùm vt ex pacto nudo hypothecæ citra vllam traditionem, & obligatio nascatur & actio quasi Seruiana ad auocandam iure cuiusdam vindicationis possessionem *d. l. si fundus 16. §. in vindicatione infr. de pignor. l. si cùm venditor 66. infr. de euict.* sed etiam vt obligatione pignoris per traditionem contracta si creditor aliquo casu possessionem rei obligatæ amiserit, eam persequi per eandem actionem quasi Seruianam possit *l. prox. in princip. supr.* Quod iure ciuili non ita erat, quippe ex quo nulla in rem actio prodita est possessori, quinec vlla indiget ad possessionem retinendam, & pro qua etiam recuperanda, si eam amiserit, habet interdicta omnia recuperandæ possessionis.

b *Idcirco vsucapio tua interpellabitur.* RAT. DVB. Creditoris possessio prodest debitori ad vsucapionem *dict. leg. serui nomine 16. infr. de vsucap. leg. qui pignoris 36. de acquir. possess.* Atqui non minus iuris habet debitor, qui precariò possidet, quàm qui extra causam vsucapionis omnino non possidet *dict. leg. qui pignoris in fin.* Ergo siue dicamus eum qui precariò rogauit, nõ possidere, sed possessionem penes eum qui concessit, remanere, vt ab Vlpiano scriptum est in *dict. leg. certè 6. §. is qui precario de precar.* quia precarij rogatio non in hoc interponitur, vt debitor possideat, sed vt ei rem tenere liceat *leg. non solùm 33. in fin. de vsucap.* siue admittamus nanciſci eum possessionem, de quo nec Pomponius dubitat in *leg. & habet 15. §. eum qui eod. titul. de precar.* siue cum eodem Pomponio concludamus penes vtrumque esse possessionem: penes eum quidem qui rogauit, quia possidet corpore: penes eum verò qui concessit, quia non discessit animo possessionis fatendum est, per precarij rogationem factam à debitore, qui iure bonæ fidei possessoris cœperat vsucapere, non interpellari vsucapionem. Quod Iulianus distertis verbis concludit in *dict. leg. qui pignoris.* Nam neque rogatio precarij adimit ei bonam fidem, cùm non roget creditorem tanquam dominum, sed tanquam creditorem eundemque possessorem, cùm possessionis precarium sit, non proprietatis *dict. leg. certè §. vltim.* Neque rursus interrumpitur vsucapio per superuenientem malam fidem, &

BIU Cujas

dem, si modò cum bona fide iustoq; titulo inchoata fuit *l. si aliena* 10. *de vsucap. l. vnic. C. de transform. vsucap.* Multo minùs igitur per superueniens dominium creditori, siue debitor id sciuerit, siue ignorauerit. DEC. Cùm creditor qui iure creditoris possidebat, incipit iure domini rem obligatam possidere, non iam quasi obligatam, vt anteà, sed quasi suã, mutatur ei causa possessionis, quia incipit possidere pro suo, cùm prius possideret pro alieno *l pignori* 13. *de vsucap.* id est, nomine debitoris. Nec obstat si quis obiiciat, nemini licere possessionis causam sibi mutare *l.* 3. §. *illud de acquir. poss. l.* 2. *pro hered.* Id enim exceptionem habet, nisi nouus possidendi titulus superueniat *d. l. non solùm* §. *quod vulgo de vsucap.* Neque mutat hic sibi causam possessionis, sed ex noua iusta causa incipit rem suam sibi possidere. Rectè autem Iulianus hîc loquitur de re aliena pignori data. Nam si rem tuam cum bona fide possiderem, pignori tibi dem ignoranti tuam esse, hoc ipso desino vsucapere, quia non intelligitur quisquam rei suæ pignus contrahere, & per traditionem pignoris factam desij pignus possidere. At si nuda conuentione pignus contractum fuerit, nihilominùs vsucapiam, quia hoc quoque modo nullum pignus contractum videtur, nec rursùs quicquam intercessit, per quod desierim possidere *d. l. non solùm* §. *si rem.* Sic enim locus ille explicandus est. Cui conuenit quod Iauolenus respondit in *d. l. ei à quo* 21. *eod. tit.* Si ei à quo diutiùs pro herede possidendo fundum vsucapturus eram, eum locauerim aut vendiderim, neque locationem, neque venditionem vllius esse momenti, quia rei suæ neque conductio, neque emptio possit consistere, & tamen non durare vsucapionem, aut vt Tribonianus scripsit, *longi temporis præscriptionem* respiciens ad Iustiniani constitutionem in *l. vnic. C. de vsucap. transform.* quia cùm locationem & venditionem sequi debeat traditio, ne possessionem quidem retinui locando fundum domino. Nec enim videri possum hoc casu possidere per conductorem cùm locatio non teneat. Multo minùs per emptorem, qui etiam suo nomine possideret; si venditio teneret, quique possessor factus est per traditionem secutam ex causa venditionis quantumlibet inualidæ. Sine possessione autem nulla procedere vsucapio potest, non magis quàm incipere *l. sine possessione* 25. *eod.* Iunge *l. qui à seruo* 16. *infr. de oblig. & action.*

30. PAVLVS libro 5. Epitomarum Alfeni Vari Digestorum.

QVi ratiario crediderat, cùm ad diem pecunia non solueretur, ratem in flumine sua auctoritate detinuit, postea flumen creuit, & ratem abstulit. si, inuito ratiario, retinuisset: eius periculo ratem fuisse, respondit. sed si debitor sua voluntate concessisset [a], vt retineret: culpam duntaxat ei præstandam, non vim maiorem.

Ad l. Qui ratiario 30.

RAT. DVB. In culpa est debitor qui ad diem non soluit, cùm dies adiecta in contractu interpellet pro homine *l. magnam* 13. *C. de contr. & committ. stipulat.* Adeò vt si pecunia ad diem soluta non sit, cõmittatur pœna etiamsi nullus promissoris heres fuerit, qui soluere potuerit *l. ad diem* 77. *de verbor. oblig.* Ergo si is qui ratiario crediderat, cùm ad diem pecunia non solueretur, ratem in flumine sua authoritate retinuerit, posteaque flumen creuerit, & ratem abstulerit, dicendum est, etiamsi ratiario inuito retinuerit, debitoris periculo ratem esse debere non creditoris. DEC. Non omnis culpa transfert periculum in suum authorem, sed ea demùm, quæ, vt nostri loquũtur, ordinata est ad casum *l. si vt certo* 5. §. *sed interdum*, vbi diximus, *supr. tit. prox.* Atqui culpa illa debitoris, quòd ad diem non soluerit, ordinata non est ad illum casum qui posteà contigit ablatæ per flumen ratis, sed culpa potiùs creditoris qui authoritate sua ratem retinuit, nulla conuentione, aut iussione Præsidis interueniente: quod iuris ratio non permittit *l. pen. C. hoc tit. l.* 3. *l. creditor* 20. *C. de pignor.* Causa enim proxima cur ratis perierit, & per inundationem fluminis sublata sit, non alia fuit, quàm quia creditor ratem in flumine retinuerit, quam si non retinuisset, vtique nõ illa periisset. Neque in hac specie tantum id obtinet, vt in eum qui in culpa fuit, & cuius culpa periculo causam dedit, periculum transferatur: nam vt Accursius notat, in omni violento possessore idem seruatur, vt periculum ad eum qui vim fecit pertineat *l. 1. §. rectissimè & l. vlt. infr. de vi & vi armat. l. 1. C. quod met. caus.* Vis autem est quoties quis per se facit quod per iudicem facere deberet *l. extat* 13. *sup. eod. ill. tit. pen. & vlt. ad l. Iul. de vi priuat.*

a *Sed si debitor sua voluntate concessisset.* RAT. DVB. Etiam cùm ratem debitoris creditor retinuit ex sui debitoris voluntate, non eo minùs verum est, periisse ratem impetu fluminis, quòd eam creditor in loco parum tuto retinuerit. Ergo non minùs in hoc quàm in superiore casu dicendum est, periculum amissæ ratis pertinere ad creditorem debere. DEC. Non est in culpa creditor qui ratem in flumine retinet ex debitoris voluntate, quoniam, vt ait Accursius, voluntas debitoris eum excusat, vt in *l. cùm in plures* 60. §. *lege dicta infr. Locat.* nec potest videri vlla volenti facta esse iniuria *l. in diem* 9. §. 1. *infr. de aqua & aqu. pluu. arcend.* Imò in culpa est debitor qui creditori suo hoc permisit, cum prospicere debuerit futurum, vt hoc posset euenire *l. vlt. sup. tit. prox. l. si quis domum* 9. §. *idem quærit infr. Locat.* Ergo nihil causæ est cur periculum amissæ ratis ad eũ pertinere debeat, nisi in culpa aliqua esse proponatur, quæ porrò nulla argui potest, cùm vi maiore fluminis submersa nauis, aut aliter amissa est. Vim enim maiorem præstare neque creditor, neque alius quisquam debet, sicuti nec suam culpam impunè ferre *l. si cùm venderet* 13. *in fin. supr. l. contractus* 23. *de regul. iur.*

31. AFRICANVS libro 8. Quæstionum.

SI seruus pignori datus, creditori furtum faciat: liberum est debitori, seruum pro noxæ deditione relinquere. quòd si sciens furem, pignori mihi dederit [a],

BIU Cujas

& si paratus fuerit pro noxæ dedito apud me relinquere: nihilo minùs habiturum me pignoratitiam actionem, vt indemnem me præstet. Eadem seruanda esse Iulianus ait [b], etiam cùm depositus, vel commodatus seruus furtum facit.

Ad l. Si seruus 31.

RAT. DVB. Quisquis pignus dat, hoc ipso pignoratitia actione contraria se obligat creditori, ad indemnitatem ei præstandam, vt in hac ipsa lege scriptum est, & in *l. si rem alienam 9. in princip. & l. tutor 16. §. 1. sup.* Indemnitatem, inquam, vt si quid damni propter rem obligatam creditori contigerit, totum id ei à debitore sarciatur. Nec enim æquũ est, damno vllo propter pignus affici creditorẽ, cui nec alia de causa pignus datur à debitore, quàm vt creditori cautum sit & consultum *l. si mandatu 59. §. vltim. infr. mandat. l. 4. §. addici infr. de fideic. libert.* Atqui noxæ deditio non plenam tribuit indemnitatem, sed in tantum duntaxat quanti est seruus qui pro noxæ dedito relinquitur. Nec alius noxæ deditionis vsus est, quàm vt eo remedio sibi dominus consulat, ne ex delicto serui suprà quàm quanti seruus est, teneatur: quod eueniret, si damnum decidere præcisè cogeretur *l. 1. supr. de noxal. action. §. summa autem Instit. eod. l. Prætor ait 7. §. 1. infr. de damn. infect.* Ergo si seruum tuum mihi pignori dederis, qui furtum posteà mihi fecerit, non debet esse tibi liberum, vt euites pignoratitiam actionem contrariam, plenamque litis æstimationem, seruum pro noxæ dedito relinquere, quamuis seruum furem esse ignoraueris.

DEC. Iniquum esset nequitiam seruorum vltra ipsorum corpora dominis damnosam esse *d. §. summa autem.* Satisque est, vt seruis hactenus liceat dominorum suorum condicionem deteriorem facere, quam meliorem efficere semper deberent, ex regula *l. melior 133. de regul. iur. l. soluendo 39. supr. de negot. gest.* Atqui furtum serui tui à te pignorati oneraret te ex suo delicto vltra corporis sui æstimationem, si liberum tibi non esset, eum apud me pro noxæ dedito relinquere. Tibi ergo permitti hoc debet, nec pignoratitia contraria mihi hoc casu danda est præcisè, sed cum exceptione & facultate noxæ deditionis, vt in cæteris actionibus omnibus noxalibus, quæ ex delicto serui contra dominum competunt *l. miles 6. §. decem inf. de re iudic.* Nempe si seruum tuum furem esse ignoraueris. Nam si sciueris, aliud est, vt sequitur in textu,

a *Quòd si sciens furem pignori dederit.* RAT. DVB. Iniquum est, vt modò diximus, nequitiã seruorum vltra ipsorum corpora dominis damnosam & onerosam esse *d. §. summa autem ratione Instit. de noxal. act. d. l. Prætor ait 7. §. 1. infr. de damn. infect.* Atqui etiam cùm sciens debitor furem seruum dat pignori, seruus tamen ille est, qui furtum facit, non dominus. Igitur hoc quoque casu liberũ debitori esse debet, seruum suum pro noxæ dedito apud creditorem relinquere. Nec enim dominus qui scit seruum quem dat pignori, furem esse, hoc ipso fur est, & quamuis ipse quoque fur esset, non ideo tamen furtum fecisse dici posset, nec rursum furtum serui, furtũ domini esset. DEC. Quod quis ex culpa sua damnum sentit, sentire non videtur *l. quod quis 203. de regul. iur.* Atqui in culpa est debitor, adeóque in dolo, qui eum seruum quem dat pignori, scit esse furem, nec tamen admonet creditorem, vt à serui nequitia sibi caueat, qui nec credendus est, accepturus eum pignori si furem sciuisset, aut si accepisset, in custodia eum habuisset. Ergo recusare non potest debitor, quominùs creditori qui à seruo fure sciẽter pignorato furtum passus est, plenissimam indemnitatem præstet per pignoratitiam actionem contrariam. Non quasi fur ipse quoque sit, sed quia in culpa & dolo fuit, si modo ignoranti creditori eum pignori dederit, vt in *l. pen. supr. tit. prox.* Nam si scienti non videbitur fraudasse scientem & consentientem creditorem, qui potiùs à seipso deceptus sit *l. nam si scit 26. supr. de rei vindic. l. tutor 16. §. sed si sciens supr. hoc tit.*

b *Eadem seruanda esse Iulianus ait.* RAT. DVB. Licèt alioquin æquum videatur, non oportere cuiquam plus damni per seruum euenire, quàm quãti ipse seruus sit, multo tamen æquius est, nemini officium suum quod eius cum quo contraxerit, non etiam sui commodi causa susceperit, damnosum esse *l. si seruus 61. §. quod verò infr. de furt.* vbi Africanus hanc ob rationem concludit, depositarium, itemq; mandatarium debere omnino indemnes præstari ab eo qui deposuit, vel mandauit emi seruũ furem, etiamsi furem esse ignorauerit, quamuis in mandato aliud sensisse Neratius videatur, quem Paulus refert in *l. inter causas 26. §. sed cùm seruus infr. mandat.* cum illa scilicet exceptione, nisi mandatarij culpa aliqua interuenerit, quam exceptionem Africanus quoque probat in *d. l. si seruus §. hæc ita puto.* Ergo non eadem seruanda sunt in seruo depositio, quæ proximè diximus, seruanda esse in pignorato. Planè in commodato seruo idem est, quod in pignori dato, quia cùm solius cõmodatarij gratia commodatũ fiat, æquum est, agi mitiùs cum commodante, vt si ignorauerit furem esse seruum quem commodabat, non nisi noxali actione ex furto serui teneatur, aut ex proprio dolo. Et quidem ita vt paulò remissiùs circa doli interpretationem versari nos oporteat *d. l. si seruus 61. §. circa commodatum.* Neque hoc vllam recipit dubitationem, aut dubitandi rationem *d. l. pen. supr. tit. prox.*

DEC. Referendus est hic versiculus ad id quod proximè Africanus scripsit, si sciens furem mihi pignori dederis, etiamsi paratus fueris, eum pro noxæ dedito apud me relinquere, nihilominùs habiturum me pignoratitiam actionem, vt indemnem me præstes. Nam & in deposito quod solius deponẽtis gratia fiat, idem seruandum est, vt qui sciens furem seruum deposuit multo magis in solidum & omnino teneatur contraria depositi actione: cùm in eo hoc amplius sit, quòd etiam ignorans in solidum nihilominùs tenetur, nec sola noxæ deditione liberatur, vt idem Africanus ex eodem Iuliano scribit in *d. l. si seruus §. quod verò.* Vbi quod magis est, eandem hac parte mandanti quam depositi rationem constituit, eâdem nimirum vrgente æquitatis ratione, quòd nec mãdatario, nec depositario suũ officium damnosum esse debeat, quod alieni non sui commodi causa susceperit. Quamuis quod ad mandati actionem attinet, dubitare se dicat, an æquè dicendum sit, omnimodo damnum à mandante præstari debere, id est, nõ adhibita distinctione illa, an sciens an ignorans mandator seruum furem emi mandauerit: ita innuẽs non caruisse hoc dubitatione apud prudẽtes, & Iuliano fortassis idẽ visum fuisse, quod

Neratio

Neratio & Paulo in *d.l. inter causas* 26. §. *sed cùm seruus mandat.* Sed in depositō nemo vnquam dubitauit, quin aliud dicendum esset: id enim est, quod addit Africanus in *d.* §. *quod verò, idque euidentius in causa depositi apparere*, nisi malis cum Cuiacio dicere, cōiungendam esse hanc legem cum *d. l. si seruus*, (est enim vtraque ex eodem Africani libro 8. *quæstionum*) quasi in illa absoluatur sermo cœptus in ista, & res tota tractetur, dirigatúrq. ad summam rationem, id est, æquitatem diligentius, vt summo & stricto iure depositarius perinde ac cæteri nō nisi noxalem actionem habeat contra eum, qui deposuit, si is seruum depositum furem esse ignorauerit, in solidum verò si is sciuerit, quomodo in hac lege scriptum est: ex æquitate verò indistinctè habeat actionem de indemnitate in solidum indistinctè, id est, siue is qui deposuit, sciuerit furem esse seruum, siue ignorauerit. Pro qua interpretatione facit sanè quod Africanus hîc ita loquitur, *Eadem seruanda esse Iulianus ait.* Scribendum enim erat, *idem seruandum esse* si iuxta interpretationem Accursij, versiculus hic ad posteriorem duntaxat prioris sententiæ partem pertineret, quę erat de sciente debitore, non ad anteriorem quæ erat de ignorante: neque tamen probabile est, tam facile támque citò Africanum à seipso dissensisse. Mallem itaque dicere Iuliani sententiam duntaxat referri hac in lege, sicut & Neratij in *d.* §. *sed cū seruus l.* 26. *mandat.* neutram tamen probari, sed vtrāque ab Africano improbari in *d. l. si seruus* §. *quod verò*, & quidem iis rationib. quæ non tantùm æquitati, sed etiam summo iuri conueniant. Nec enim cùm de bonæ fidei iudiciis & contractibus agimus, aliud summum & strictum ius est, quàm quod cum æquitate consentiat *d.l. si seruus* §. *quòd si sciens. & l. bona fides* 31. *inf. depositi.* Nec video, quid huic nostræ interpretationi possit obiici, nisi illud fortè quod grauissimꝰ Cuiacij interpres iactare solet, quoties in Africani responsis legimus, *ait, respondit, existimauit*, non tam de se quàm de Iuliano Africanum intelligi debere, quod tamen vereor ne non semper satis verum sit, & ex hac ipsa lege *iunct. d.l. si seruus*, apertissimè refellatur, vt taceam initium *d.l. si seruus*, vsque ad §. 1. nihil commune habere cum huius legis quæstione. Est enim de seruo communi qui vni ex dominis furtum fecerit, non de seruo pignori dato, de quo tantùm in §. 1. eius legis. Cæterū nō esse nouum apud prudentes nostros, vt quis alterius Iureconsulti sententiam vno loco referat, quā alio improbet, ostendimus sæpius, & apparet ex *l. si fideiussor* 19. *supr. de dolo, iunct. l. Stichum aut Pamphilum* 95. §. 1. *in fi. infr. de solut. & liber.* & ex *l. Papinianus putabat* 23. *de donat. inter vir. & vxor. iunct. l. cùm hic status* 32. §. *siue autem & seq. eod titul.* Sed nec illud quoque verum videtur quod ad hanc legem notat Cuiacius, sententiam Neratij à Paulo relatam in *d.l. inter causas* 26. §. *sed cùm seruus infr. mandat.* & ab Africano improbatam esse in *d.l. si seruus* §. *quod verò de furt.* vt mandator noxali duntaxat actione teneatur eius furti nomine, quod seruus fecerit ipsius mandato emptus, sub illa exceptione *nisi mandatarij culpa id furtum acciderit.* ex *d. leg. si seruus* 61. §. *hæc ita puto de furt.* Ibi. n. non de noxali actione contra mandatorem danda Africanus loquitur, sed de actione in solidum aduersus mandatorem concedenda, etiamsi seruum quem emi mandauit, furem esse ignorauerit. Quæ actio cùm ex æquitate potissimum descendat, facilè hāc exceptionem admittit, nisi mandatarij culpa furto causam dederit, vel saltem occasionem & opportunitatem præbuerit: cùm hoc casu mandatario noceat non officium suum, sed culpa. At noxalem actionem, quę ex furto serui contra dominum competit, sola culpa eius qui furtum passus est, excludere nunquam potest, nec dolus quidem, si tamen fieri queat, vt dolo malo furtum sibi fieri quis patiatur. Semper enim verum est, à seruo furtum factum fuisse quod impunitum remanere nullo casu debeat, quomodo tamen remaneret, si noxalis actio contra dominum ex ea causa non competeret, quandoquidem cum seruo ipso, vt diximus, nulla actio est: semper enim præponderat dolus serui, vt ibi Accursius notat. Planè in domino eius serui qui noxam fecit, necessaria distinctio est, an culpa tantum fuerit, an in dolo. Culpa enim non obligat eum in solidum, solus dolus obligat, id est, si eo sciente & siue mandante siue patiente, cùm prohibere posset, seruus furtum fecerit *l. 2. & pass. supr. de noxal. act.* Quæ me ratio cogit, vt in mea perstem sententia, textúmque illum Pauli in *d.* §. *sed cùm seruus* corruptum esse putem, & ita emendandum, vt pro *tua* legamus *mea*: sequitur enim *quòd si scissem*, eo sensu ac si proximæ exceptionis explicādæ gratia scriptum esset, *nam si scissem*, de quo tamen videnda sunt, quæ pluribus scripsimus *libr. 3. Coniect. cap. 5.* Extra hos casus depositi & mandati, verissimum sanè est, quod Accursius hîc notat, nō solùm in seruo commodato idem dicendum esse, quod in pignoti dato *d.l. penult. sup. tit. prox.* sed etiam in locato *l. si tibi domum* 9. §. 1. *infr. locat. & in vendito l.* 1. *Cod. de ædilit. edict.* & in seruo dato in dotem qui furtum faciat marito *l. si mulier* 21. §. *at si in dotem rer. amot.* & in legato *leg. si heres* 110. §. *generaliter de legat.* 1. In his enim omnibus casus distinguimus scientem ab ignorante, vt sciens quidem omnimodo & in solidum teneatur, ignorans verò non nisi noxali actione.

32. MARCIANVS lib. 4. Regularum.

CVm debitore, qui alienam rem pignori dedit, potest creditor contraria pignoratitia agere, etsi soluendo debitor sit.

Ad l. Cum debitore 32.

RAT. DVB. Contraria actio pignoratitia non est inducta, nisi ad indemnitatem creditori præstādam, si qua ratione damnum passus sit ex causa accepti pignoris, vt sæpius diximus præsertim ad *leg. si rem 9. in princip. leg. tutor* 16. §. 1. *supr.* Atqui nullum damnum videtur pati creditor, cui rem alienam pignori debitor dedit, si debitor ipse soluendo sit. Adeóque nec eius interesse quicquam videtur hoc casu, cùm pleniſſimam indemnitatem à debitore consequi per actionem personalem possit. Ergo pignoratitia actio contraria ex hac causa ei danda nō est, quia nec alij quàm ei cuius interest, aut agere aut excipere vnquam permittitur *leg. 3. §. 1. l. stipulatio ista* 38. §. *alteri de verb. oblig. l. ille à quo* 13. §. *si de testamento infr. ad SC. Trebell.* DEC. Plus cautionis est in re, quàm in persona *l. plus cautionis* 25. *de regul. iur.* Inter-

BIU Cujas

est igitur creditoris incumbere pignori potius quàm in debitoris personam, etiamsi maximè soluēdo sit experiri §. *furti autem Inst. de oblig. quæ ex delict. nascunt.* Nam vt benè Accursius notat, potest fieri, vt qui hodie soluendo est, postea esse desinat, vt in *l. diuortio* 35. *in fine principij supr. de negot. gest.* Quod in dato pignore non similiter timeri potest, nisi fortè quis verēdū putet, ne fundus obligatus chasmate pereat, aut res mobiles pignori datæ incēdio, vel ruina, vel naufragio intercidant. Sed hi casus aduentitij minus frequentes sunt, ideóque nec computandi *l. Iulianus 6. infr. qui & à quib. manum.* Quid rursum si creditori, qui rem alienam ignorans pignori accepit à debitore, etiam chirographaria pecunia debeatur? An non eius interest habere pignus, vt retentionem illam exercere possit? de qua in *titul. C. etiam ob chirogr. pecun. pign. retin. poss.* Nec enim rem alienam pignori datam retinere potest, cùm nexa & obligata non sit à domino, neque ex voluntate domini qui eam vtique vindicare, & creditori quando placuerit auferre iure suo potest *l. vlt. & tot. tit. C. si alien. res pign. dat. sit l. rem alienam* 28. *infr. de contr. empt.* Quid item si naturale tātùm fuit debitum, pro quo pignus rei alienæ datum est, ac proinde quod peti non possit, sed tamen solutum aut pro eo pignus datum retineri possit *l. per retentionem* 4. *C. de vsur.* Quid denique si creditor ex iis sit, quibus pecunia sine peculio res fragilis & lubrica est, vt eam facilius & citius expēsurus sit, quàm rem obligatam distracturus? *l. si chorus* 79. §. 1. *de legat.* 3. His certè casib. omnibus, negari non potest, quin iustissimè interfit creditoris, nec proinde quin danda ei sit cōtraria actio pignoratitia per quam id quod sua interest consequatur, nisi paratus sit debitor aliam rem æquè bonam & suam propriam pignori dare, vt in *l. si quis domum* 9. *in prin. infr. locat.* Sic enim fiet, vt nihil interfit debitoris, tametsi aliena res prius ei data fuerit *l. si heres* 110. §. *generaliter de legat.* 1. *l. qui autem* 14. §. 1. *sup. de pec. constit.* Quamuis non ad hoc posset agere, vt alia res æquè bona pignori detur, vt rectè concludit Bartolus, quoniam is qui cōuenit, vt aliquam certam quamuis alienam rē det pignori, nullomodo est obligatus, vt aliam æquè bonam dare cogatur, nisi se pignus idoneum generaliter & indeterminatè daturum promiserit: quo casu etiam ad hoc conueniri posset, vt aliud æquè bonū & idoneum daret *d. l. qui autem* §. 1. Quomodo igitur id ꝙ interest creditoris hoc casu æstimabitur? Placet quod vult Bartol. tanti interesse videri quāto minoris vendi posset nomen debitoris ob defectū pignoris. Expeditior enim hęc sententia est, multáque difficultates perimit, vt ex Iuliano Vlp. scribit in *l. 1. §. si heres infr. ad SC. Trebell.*

33. IDEM libro singulari ad Formulam hypothecariam.

SI pecuniam debitor soluerit, potest pignoratitia actione vti ad recuperandam ἀντίχρησιν. nam, cùm pignus sit, hoc verbo poterit vti.

Ad l. Si pecuniam 33.

RAT. DVB. Pignoratitia actio non aliunde dicitur, quàm à pignore, vt nomen ipsum sonat, & nos sæpius diximus. Atqui antichresis non est idē quod pignus, nec rursum contractus antichresticus idem cum pignoratitio: alioquin si idem sunt, cur diuersa habent nomina? *arg. l. si idem* 7. *C. de codicill.* Ergo si antichresim debitor contraxerit, id est, pignus ita dederit, vt creditor in vicem vsurarum pignore vteretur, eiúsque fructus sibi perciperet *l. si is qui* 11. §. 1. *infr. de pignor.* dicendum est, soluta pecuniâ, non pignoratitiam actionem debitori posse cōpetere, sed aliam alterius nominis ex contractu ipso antichrestico competentem, quam perinde si voles possis antichresticam appellare, sicut à pignoratitio contractu, pignoratitiam. DEC. Quod prædicatur de genere, prædicatur etiam de specie. Semper enim specialia generalibus insunt, vt habet iuris regula. Atqui pignus & antichresis etiamsi nomine ac re ipsa differant, vt animal & homo, se tamen habent vt genus & species. Pignus generis nomen est, antichresis, speciei. Omnis antichresis pignus est. Sed non vicissim omne pignus possis antichresim dicere, non magis quàm omne animal, hominem. Ergo cùm pignoratitia actio illa sit, quæ de pignore dato redditur *leg. 1. supr. l. pen. infr.* consequens est, vt finita antichresi per solutionem pecuniæ, pignoratitia æquè competat. Et hoc verbo huius actionis debitorem vti nihil prohibet, vt antichresim recuperet à creditore. Atque hæc vera nec obscura huius legis sententia est. Quam tamē vulgares nostri interpretes Græcæ linguæ ignoratione nō intelligētes, multa hîc nugantur de antiphona, vel vt apud Accursium legitur, antiphina. Quo nomine tandem significari nolunt pignus prætorium de quo in *l. non est mirum* 26. *supr.* Vt ex iis potissimum videre est apud Bartolum & Castrensem ad hanc legem, sed apertius ad *d. l. si is qui* §. *si antichresis de pignor.* vbi totam rem hanc subtilius, vt sibi quidem videtur, meo autem iudicio lōgè facetius & suauius explicat, ex antiphonis, quæ in Ecclesia ante Psalmos decāntur. Sed & illud falsum est, quod ex tam absurda huius legis interpretatione nostri inferunt, soluto pignore prætorio competere debitori pignoratitiam actionem. Non enim nisi ex cōtractu potest competere, ideóque inter bonæ fidei actiones numeratur §. *actionum* 25. *Instit. de act. l. si seruus* 61. §. *quod si sciens infr. de furt.* Pignus autem prætorium non per contractū constituitur, sed sola magistratus authoritate *d. l. non est mirum.* Quæ cùm non ad aliud interponatur, nisi vt hoc remedio creditori satisfiat, non indiget actione ista, vel alia vlla debitor qui satisfecit, vt rem suam propria authoritate repetat, aut saltem per iudicem à possessore vindicet, tanquam à nexu & vinculo pignoris liberatam. Nulla siquidem retrotraditione indiget is, qui non ipse tradidit, quamuis creditor in possessionem à prætore missus sit. Quod si hoc quoque casu pignoratitia debitori danda esset directa contra creditorem soluto ei debito, consequens esset, vt perinde creditori pro his quę bona fide in pignus prætorium impendisset, dari deberet pignoratitia contraria, quod tamen falsum est. Comparata enim est à prætore in eam rem specialis in factum actio, de qua in *l. prætor ait* 9. *in princip. & pass. infr. de reb. author. iudic. possid.* maximè in §. *his verbis* §. *generaliter, & §. est prætereà quæsitum,* vbi nominatum Vlpianus addit, meliorem esse conditionem eius qui à prætore missus est in possessionem, quàm sit creditoris in pignore, quia non tenetur si

BIU Cujas

tur si dolo malo careat: cùm tamen creditor in pignore nõ tantũ dolũ, sed etiã culpã præstare debeat, & quidẽ pignoratitia actione directa *l. si cùm vẽderet 13. §. 1. sup.* Ex eo igitur intelligimus prõ pignore prætorio etiã post soluta pecuniã competere pignoratitiam nõ posse, quã nec vspiam scriptũ est cõpetere.

34. MARCELLVS libro singulari Responsorum.

TItius cùm credidisset pecuniam Sempronio, & ob eam pignus accepisset, futurúmq; esset, vt distraheret (eam) creditor, quia pecunia non solueretur, petiit à creditore, vt fundum certo precio emptum haberet: &, cùm impetrasset, epistulam, qua se vendidisse fundum creditori significaret, emisit. quæro, an hanc venditionem debitor reuocare possit, offerendo sortem, & vsuras, quæ debentur? Marcellus respondit, secundùm ea, quæ proposita essent, reuocare non posse.

Ad l. Titius 34.

RAT. DVB. Pactum commissorium, quod vulgò legis commissoriæ vocant, in pignoribus locum non habet, & improbatum est, tãquam asperum & odiosum, quoties ab initio conuenit, vt si ad diem pecunia credita non soluatur, pignus venditum sit creditori pro ea summa, quę debetur, vt sit illa loco precij *l. vlt. C. de pact. pignor.* Atqui pactum de quo in hac lege agitur, quo conuenit, vt quoniam pecunia ad diem non soluebatur, creditor fundum certo precio emptum haberet, si non est verè commissorium, quia ab initio & in ipsa pignoris datione interpositum non fuit, sed ex postfacto, simile tamen est pacto commissorio. Quid enim refert, an ab initio fiat, an ex postfacto? Non nego valere venditionem condicionalem pignoris *l. si fundus 16. §. vlt. infr. de pignor.* Sed non potest videri hæc pactio continere venditionem condicionalem, quia non conuẽnit vt creditor fundum emptum haberet, si pecunia non solueretur, sed quia non soluebatur, vt lex ait, ac proinde nulla hîc condicio est. Ideóque fatendum est pactum hoc esse simile commissorio, & consequenter non magis posse valere, quàm si esset verè commissorium *l. vlt. in princip. infr. de contr. empt.* vbi ille tantùm casus excipitur quo pactum huiusmodi factum sit, fauore tertij puta fideiussoris. Idem enim ferè iudicari solet de pacto vel cõtractu simili, quod de pacto & contractu ipso cuius similitudinem gerit *l. eum qui 10. §. 1. supr. tit. prox. l. naturalis 5. §. pen. infr. de præscript. verb. l. vlt. supr. de condict. causs. dat.* DEC. Non prohibetur creditor pignus emere à debitore, cùm pignoris dominium sit debitoris *leg. rescriptum 12. in princip. infr. de distract. pignor. l. aliena 20. §. vlt. supr.* Atqui pura pignoris venditio est, tum quoque cùm post moram creditoris sua die nõ soluentis conuẽnit inter debitorem & creditorem, vt pignus certo precio sit emptum creditori: omnia enim hîc concurrunt quæ ad venditionem perficiendam cõcurrere necesse est, consensus scilicet emendi & vendendi, & conuẽtio certi precij in pecunia numerata consistentis. Ergo nihil est, quod impediat, quominus hæc cõuentio valeat iure perfectæ venditionis. Et quamuis in venditionibus non soleamus requirere, an iusta fuerit aliqua causa contrahendæ venditionis, quia voluntas vendendi sufficit in vẽditore, & emendi in emptore, hîc tamen iusta illa causa subest, quòd ad diem soluta non fuit pecunia, quæ sub pignore debebatur: poterátque creditor suo iure nulla etiam præcedente conuentione pignus vendere, si non ab emptore ipso id emere maluisset, vt in *l. 1. C. de pact. pignor.* Hanc igitur vẽditionem valere dicendum est, nec abs re aut sine causa emisisse debitorem epistolam ad creditorem, quà significauit se fundum creditori vendidisse. Non quasi contracta sit hoc casu venditio per epistolam, (tametsi hoc quoque fieri possit, vt & in cæteris cõtractibus euenit, qui consensu solo perficiuntur *l. 1. §. 1. infr. mandat. l. 1. §. vlt. de contr. empt. l. 2. de oblig. & act.* sed quia iam tum contracta fuit cùm petiit debitor à creditore, vt fundum certo precio emptum haberet, & id impetrauit. Et consequẽter fatendum est, quod Marcellus in hac lege subiicit, non posse debitorem offerendo postea sortem & vsuras quæ debebantur, venditionem reuocare. Tandiu enim dũtaxat ius offerendi locum habere potest, quandiu pignus durat, quod portò durare non potest post acquisitum ipsius dominium creditori *leg. pen. §. 1. de except. rei iudic.* Malè Accursius in huius legis specie ponit tres personas interuenisse, Titij, Sempronij, & Seij, cùm Marcellus non nisi debitoris mentionem faciat, & creditoris. Secunda igitur casus positio, vt ipse loquitur, est sequenda, quæ duabus personis contenta est. Sed grauius errat Bartolus, qui putat non aliam esse huius loci sententiam, quàm vt pactum commissorium aut commissorio simile quod non valeret, si ab initio interpositum fuisset, valeat tamen cùm interpositum est ex postfacto rationem illam adferens diuersitatis, quòd ab initio debitor cùm eget pecunia, faceret creditori omne pactum, quod vellet ad habendam pecuniam, & ideò, inquit, pactum reprobatur, quasi continens in se quãdam asperitatem & violentiam ex *dict. leg. vltim. Cod. de pact. pignor.* Quæ ratio cessat, quando pactum huiusmodi apponitur ex interuallo. Nam vt ostendimus, neque de pacto commissorio hîc agitur, neque de alio quod sit ei simile, vt neque de pignoris venditione condicionali, quã valere omnes consentiunt ex *dict. l. si fundus 16. §. vlt. de pignor.* sed de puta pignoris venditione de qua nemo vnquam dubitauit, quin valere debeat. Tanquam quæ à pacto commissorio longius recedat, quàm pignoris venditio condicionalis. Est enim omne pactum commissorium condicionale, habens expressam illam cõdicionem, *Si pecunia debita sub pignore, ad diem non soluetur.* Hęc autem venditio, de qua tractamus, pura est, quia condicionem nullam habet, sed causam dũtaxat, eámque collatam in præteritum, quia pecunia non soluebatur, non in futurum, quomodo concipi omnes condiciones debent, vt habeant vim condicionis *l. cùm ad præsens 37. cum duabus seqq. supr. de reb. credit. l. conditio 100. de verb. oblig.* Deinde omne pactum commissorium, per quod scilicet pignus in venditionem conuertitur, non aliud præ-

BIU Cujas

cium venditionis habet, quam ipsam pecuniæ debitæ quantitatem: quæ porrò sicuti vix est, vt ad pignoris æstimationem ascendat, quia semper pluris esse solet pignus, siue vt tanto citius & facilius emptorem inueniat non solutâ ad diem pecuniâ, quãto viliore precio distrahetur, siue vt si contingat vsurarum accessione augeri summam debiti, pleniſſimè tamen cautum habeat creditor de omni eo quod debeatur: ita vix fieri queat, vt summa debita iusto pignoris precio æquipolleat, nec proinde vt non valde in precij quantitate lędatur miser debitor, qui non aliud ex pignoris sui venditione precium sperare possit, quàm illud ipsum quod debet. Neq; est, quod quis replicet, in emptionibus & venditionibus licere naturaliter contrahentibus in precio se decipere ex *l. in causæ 16. §. idem Pomponius supr. de minor. l. item si precio 22. §. vlt. & l. seq. infr. locat.* Id enim tum verè dicitur cùm vendendi emendique animo partes conueniunt, vt in *l. si voluntate 8. Cod. de rescind. vendit.* quod ex præcedente tractatu dignoscendum est *l. si procuratorem 8. in princip. infr. mandat. l. 1. §. si seruus deposuit 30. depos. l. si tantùm 12. de SC. Maced.* In proposito autem non adfuit ab initio vendendi animus, aut emendi, sed pignoris duntaxat contrahendi. Ergo nec ab initio precium iniustum venditionis constitui debuit in futurum euentum, & in damnũ debitoris, qui nihil non concessurus sit creditori, vt vel ab eo pecuniam mutuã ab initio extorqueat, vel ex postfacto longiorem diem ad soluendum, præsertim si talis sit qui ex causa iudicati possit detrudi in carceres, nisi legis Iuliæ beneficium de cessione bonorum, quod per se miserabile ac lugubre est, implorare malit *l. 1. C. qui bon. ceder. poss.* Quare nec improbatum est in pignoribus pactum illud, vt si ad diem pecunia nõ soluetur, creditor iure emptoris possideat rem obligatam, certo precio tunc æstimandam. Hoc enim casu non tam pactum commissorium in pignore factum intelligitur, quàm venditio contracta sub condicione, dilata scilicet conuẽtione precij certi in aliud tempus, nec ad quantitatem sub pignore debitam relata *d. l. si fundus 16. §. vlt. infr. de pignor.* Quod si ita est, quanto magis valebit conuentio ex postfacto interposita, vt creditor qui ob non solutam sua die pecuniam de distrahendo pignore iam cogitabat, habeat sibi emptum pignus certo precio, vt in hac lege, non quia huiusmodi conuentio ex postfacto interposita sit, vt somniat Bartolus, sed quia precium certum nunc primùm constitutum est, aliud quàm ex debitæ pecuniæ quantitate æstimandum. Itaque tota huius legis ratio pendet ex illis verbis *certo precio*, quæ si non essent addita, aut si precium illud certum ex debitæ quantitatis ratione constitutum esset, quamuis ex interuallo, venditio tamen defendi nullo modo neque tanquam pura, neque tanquam condicionalis. Etsi enim neque commissorium pactum hoc dici deberet, esset tamen pacto commissorio non valde dissimile, quamuis nullam habens condicionem, quia eadem rei familiaris angustia quæ miserum adigit debitorem, vt tali támque improbo pacto ab initio consentiat, habendæ pecuniæ gratiâ, eadem vrget eundem debitorem, cogítque vt ex postfacto idem facere etiam inuitus teneatur ad distractionem pignoris impediendam, & declinãdos carceres. Nec enim ob id minus detrudi in carceres potest debitor, quod pignus dederit, siue ad ius quo vtimur respicias, quod non minus corporis quàm bonorum debitoris pignus & obligationem permittit contra iuris veteris rationem *l. obæs alienum 12. Cod. de oblig. & act.* cùm pignus necesse sit à domino constitui, vt valeat *l. vlt. & tot. tit. C. si alien. res pignor. dat. fit.* nemo autẽ dominus sit membrorum suorum *l. liber homo 13. supr. ad leg. Aquil.* Siue ad ius commune ex quo potest quis in executione iudicati detrudi in carceres, etiãsi corpus suum pignori non obligauerit *d. l. 1. C. qui bon. ceder. poss.* Etenim vt solent pragmatici dicere, vna executio non impedit aliam, dum ne creditor bis suum consequatur, & ab initio protestetur nolle se nisi semel cõsequi, quod sibi debetur *l. 1. §. quia autem in fin. quod legat.* Cæterùm obiicit Accursius huic legi, quod scriptum est in *l. quamuis 45. aliàs l. Calippo de solut.* Quamuis stipulanti vxori vir spoponderit, dirempto matrimonio prædia, quæ doti erant obligata, in solutum dare, satis tamen esse si offerat dotis quantitatem, id est, vt idem Accursius explicat, quicquid ex dotis causa debetur, siue sortis nomine, siue vsurarum. Sed bene respondet multum referre, an pignus datum sit in solutum aut venditum (est enim datio in solutum non absimilis venditioni *l si prædium 4. C. de euict.*) an verò dũtaxat dari promissum, vt in *d. l. quamuis.* Sola enim promissio vendendi, aut in solutum dãdi pignus creditori non extinguit pignus, quod per ipsam venditionem aut dationem in solutum propter acquisitionem dominij ratione confusionis extingueretur *d. l. pen. §. 1. de except. rei iudic. l. si rem alienam 29. supr.* Nemo autem dixerit promissionem vendendi aut in solutum dandi, venditionem esse aut dationem in solutum *l. vlt. supr. de condict. caus. dat.* Neque verò ex eiusmodi promissione vnquam sequi potest acquisitio dominij, quia traditionibus non nudis pactis aut promissionibus rerum dominia transferuntur *l. traditionibus 20. C. de pact.* Dices, neque ex venditione sola transferri dominium, si non & traditio sequatur *l. quoties 15. C. de rei vindic. l. nunquam nuda 31. de acquir. rer. domin.* Sed non est bona obiectio. Tractamus enim de creditore pignoratitio, qui proinde possessionem pignoris penes se habeat, vt in *l. si rem 9. §. propriè supr. l. prox. §. 1. inf.* & ita nulla indigeat traditione, sed sola domini volũtate ad dominium rei obligatæ acquirendum *leg. quaratione 9. §. interdum infr. de acquirend. rer. domin. §. interdum Instit. de rer. diuis.* Et hoc fortassis est quod Accurs. noster in vltimæ glossæ fine sensit.

35. FLORENTINVS libro 8. Institutionum.

CVm & sortis nomine, & vsurarum, aliquid debetur ab eo, qui sub pignoribus pecuniam debet: quidquid ex venditione pignorum recipietur, primùm vsuris, quas iam tunc deberi constat, deinde, si quid supereſt, sorti accepto ferendum est. nec audiendus est debitor, si, cùm parum idoneum se esse sciat, eligat, quo nomine exonerari pignus suum malit.

Ad l. cùm

Ad l. Cùm & sortis 35.

RAT. DVB. Pignoris distractio secuta perceptione precij, pro debiti solutione est *l. rescriptum* 12. *§. 1. infr. de distract. pignor.* Atqui debitor ex pluribus causis si soluat, electionem habet in quam causam soluere malit. Quamuis si non eligat, videatur soluisse in duriorem *l. 1. 2. 3. 4. & 5. §. Imperator l. cùm ex pluribus* 97. *de solut. l. 1. C. eod.* Ergo & cùm creditor pignus distrahit ab eo sibi datum, qui & sortis & vsurarum debitor erat, quicquid ex pignoris venditione percipitur, in eam causam imputandum est, quã debitor elegerit, tametsi in sortem solam imputare malit, tantum abest, vt in vsuras solas imputari debeat, quomodo Florentinus hîc scribit. Id enim tũc tantùm verè dici potest, cùm electio à debitore non facta in creditorem translata est *d. l. 1. C. de solut. l. si vsuras* 21. *C. de vsuris.* DEC. Alia longè causa est debitoris soluentis, alia creditoris pignus distrahẽtis. Nam cùm debitor soluit pecuniam in potestate eius est commemorare, in quam causam soluat. Cùm autem creditor pignus distrahit, licèt ei acceptum precium referre etiam in eam quantitatem quæ naturâ tantùm debeatur, & ideò deducto eo totum reliquum debitum peti potest. Verba sunt Pauli in *leg. Paulus respondit* 101. *§. 1. de solut.* vbi licèt ratio diuersitatis non reddatur, illa tamen statim occurrit, quod tam ex ciuilis quàm ex Pontificij iuris regula in alternatiuis electio debitoris est *l. 2. § Scæuola supr. de eo quod cert. l. plerunque* 10. *§. vlt. infr. de iur. dot.* Qui autem soluit, debitor est, & idcirco ad eum electio pertinet. Creditor verò cùm pignus distrahit hoc ipso fit debitor eius quantitatis, quæ ex pignoris venditione redigitur, vnde est, quod nec liberatur debitor per distractionem pignoris, etiam solutione facta creditori, nisi iure cuiusdam tacitæ compensationis, quæ fit per mutuam debiti & crediti inter se cõtributionem, vt diximus ad *l. si conuenerit* 18. *supr. hoc tit.* Æquum igitur est dari ei hoc casu electionem, in quam causam imputare velit precium pignoris, qui alioquin habere electionem non posset, nisi ad se translatam à debitore. Nam & cùm debitor ab initio, id est, in ipso tempore solutionis habet electionem, nec eligit, non alia de causa transfertur in creditorem electio *d. l. 1. C. de solut. d. l. si vsuras* 21. *C. de vsur.* quàm quia ex creditore pecunię fit debitor electionis. Nisi fortè proponas tam stultum creditorem, vt in totum debitum velit imputare solutionem, quæ parti duntaxat debiti exsoluendę sufficiat? Quid ergo si neuter incontinenti eligat? Imputandum erit, quod solutum est in vsuras, prius quàm in sortem *d. l. 1. in fin. C. de solut.* Neque vlla meo iudicio erit hac parte differentia inter debitorem soluentem, & creditorem pignus distrahentem. Fit enim hoc non iure competentis electionis, quam vterque amisit, sed ex mera iuris ratione ac dispositione. Alia causa non est solutionis factæ & acceptæ tam in sortem, quàm in vsuras. Nam & illo casu cedit prius in vsuras, quàm in sortem, licèt non modò sortis mentio facta sit, sed etiam prius quàm vsuratum, vt ex Marcello Vlpianus docet in *d. l. 5. §. vlt. infr. de solut. & liberat.* Quamquam extra hunc casum proprium est copulę, vt ponatur inter diuersa, ac ea coniungat, & ea æquè determinet. An verò distinguemus in specie huius legis, an debitor soluendo sit, nécne? Vt si soluendo sit, electionem habere debeat, in quam causam sortísne an vsurarũ imputari velit precium, quod ex pignoris venditione redactum est. Hoc enim videtur innuere ratio Florentini expressa his verbis, *Nec audiendus est debitor, si cùm parum idoneum esse se sciat, eligit quo nomine exonerari suum pignus malit.* Item quòd nihil videatur interesse creditoris, cùm debitor soluendo est. Sed tamen contrà existimandum est, ob eam rationem quam attulimus, & quia negari nõ potest, quin creditoris intersit, tum quoque cùm debitor soluendo est, vt ius pignoris retineat, & pignoratitius creditor sit potius quàm nudus *l. cùm debitore* 32. vbi diximus *supr.* Idque noster sentit Accursius cùm ad verba illa, *si cùm parum idoneum se esse sciat* supplet *præsertim.* Nam nec nouum est, vt vna eadémque ratio in duobus casibus locum habens, in vno tamen potentior sit quàm in alio.

1 ¶ Pignus, manente proprietate debitoris, solam possessionem transfert ad creditorem, potest tamen & precario[a], & pro conducto debitor re sua vti.

Ad §. 1. Pignus.

RAT. DVB. Possidere nihil aliud est, quàm animo domini & sibi habere, vt diffinit Theophilus in Instit. Atqui creditor non sibi, nec animo domini possidet, sed pro alieno: vnde est, quod nec vsucapit *l. pignori* 14. *inf. de vsucap.* Ergo pignus non magis transferre potest possessionem in creditorem, quàm proprietatem, de qua nemo dubitat quin remaneat in dominio debitoris *l. rescriptum* 12. *in princip. infr. de distract. pignor. l. pignus* 6. *C. hoc tit.* DEC. Pignus propriè illud est, quod non nuda cõuentione constituitur, sed traditione *l. si rem* 9. *§. propriè iunct. l. 1. supr.* cùm inde nomen sumpserit quasi à pugno *l. plebs est* 136. *§. pignus de verb. signific.* Atqui traditio nihil nisi datio & translatio possessionis est *l. 3. in princ. infr. de act. empt. l. 3. supr. si vsuf. pet.* Ergo fieri nequit, vt per dationem pignoris, quod propriè pignus est, possessio non transeat in creditorem *leg. per seruum* 37. *in princip. de acquir. rer. domin.* Neque hoc tantùm verum est in pignoratitium creditorem transire possessionem, sed quod magis est, propriè illum & verè possidere. Nam & in conductorem secuta rei locatæ traditione, & in depositarium, commodatarium similésque personas ius habentes ex contractibus qui traditione perficiuntur, trãsit possessio, & sunt hi omnes in possessione, & tamen non possident *l. certè* 6. *§. is qui rogauit inf. de precar.* Aliud enim est possidere, aliud verò esse in possessione *l. si quis ante* 10. *de acquir. poss.* Et is verè possidet, non qui est in possessione alieno nomine, sed cuius nomine possidetur *l. quod meo* 18. *eod.* Atqui creditor suo nomine possidet & ad suam vtilitatem, licèt possideat pro alieno: ita vt ad omnes causas possit se possessorem verè dicere, præterquam quod ad causam vsucapionis *l. serui nomine* 16. *de vsucap.* Et quod vsucapere tamen non potest, non ex eo fit, quod non possideat, sed quia ad vsucapionem vera possessio sola non sufficit, si non adsit etiã bona fides ab initio, quæ porrò non potest esse in creditore, qui alienam rem esse scit, quę pignori data est, & eam pro alieno possidet *d. l. pignori.* Quid? Nónne traditionibus etiam rerum dominia trans-

BIU Cujas

fermonem *l. traditionibus 20. C. de pact.* Ita est, sed non aliter quàm si præcedat iusta & habilis causa transferendi dominij *l. nunquam nuda 31.* Titulus autem pignoris nō est habilis ad transferendum dominiū, quia nec id agitur inter debitorem & creditorem, vt dominium creditori acquiratur. Nuda igitur hæc traditio est, quæ proinde transferre dominium nullo modo potest, sed tamen possessionem potest *d. l. 3. si vsusfruct. pet.* Indéque fit, vt ex cōtractu pignoris nulla creditori actio in rem competat, quæ scilicet nunquam datur possessori, nisi fortè possessionem amiserit: quo casu incipit habere hypothecariam, & quasi Seruianam *l. si creditor 28.* vbi diximus *supr.* Planè in edicto prætoris de quo in *tit. qui satisd. cogant.* quo satisdare non coguntur ij qui sunt bonorū immobilium possessores, creditor etiam cui fundus pignori obligatus est (nam & immobilium rerum æquè ac mobilium pignus hodie dicitur) non tamen habetur pro possessore, quia eo edicto nihil aliud agit prætor, nisi vt satisdationis incommodo exoneret locupletiores, quales esse creduntur ij qui possessores sunt immobilium *l. sciendum 15. in princip. supr. qui satisd. cogant.* Nemo autem dixerit locupletiorem esse creditorem ob id solùm quòd pignus habeat *d. l. sciendum §. creditor.* vbi diximus, sicuti nec pauperior qui pignus non habet: vnde fit vt pignoris remissio non sit donatio *leg. 1. §. 1. infr. quibus mod. pign. vel hypoth. soluit. leg. etsi pignus 18. infr. quæ in fraud. credit.*

a *Potest tamen & precario.* RAT. DVB. Neque precarium neque conductio esse potest rei propriæ *l. qui rem suam 15. infr. deposit. l. neque pignus 45. de reg. iur.* Ergo nec precariò nec pro conducto potest debitor re sua vti. DEC. Debitor qui rem suam dat pignori dominus quidem rei suę manet, sed tamen eius possessionem in creditorem transfert, vt modò diximus. Nihil ergo prohibet, quominus re sua vti & precariò, & pro conducto possit, dummodò solius possessionis non etiam proprietatis conductio aut precarium rogetur, vt diximus ad *l. si rem alienam 19. supr. ex l. certè 6. §. vlt. infr. de precar. leg. si aliquam 28. de acquir. poss. l. qui pignoris 36. & seq. eod. tit.*

36. VLPIANVS libro 11. ad Sabinum.

SI quis in pignore dando pro auro æs subiecisset creditori, qualiter teneatur, quæsitum est? in qua specie rectissimè Sabinus scribit: si quidem, dato auro, æs subiecisset, furti teneri: quod si in dando æs subiecisset, turpiter fecisse, non furem esse. sed hic puto pignoratitium iudicium locum habere, & ita Pomponius scribit. sed & extra ordinem stellionatus nomine plectetur, vt est sæpissime rescriptum.

Ad l. Si quis in pignore 36.

RAT. DVB. Pignus non nuda conuentione, sed traditione propriè contrahitur, vt diximus ad §. 1. *legis præcedentis ex l. 1. l. si rem 9. §. propriè supr. l. 1. §. creditor quoque infr. de oblig. & act.* Ergo non tam inspiciēdum est quid in pignoris conuētionem deductum sit, quàm quid pignoris nomine traditū. Atqui ponimus debitorem in dando pignore pro auro subiecisse æs creditori. Ergo indistinctè dicendum est, non aurum, sed æs tantùm in hoc casu pignori datum videri, nec proinde vlla actione teneri debitorem, neque pignoratitia contraria, neque stellionatus, quasi creditorem deceperit, siue post aurum pignori datum æs subiecerit, siue in ipso pignore dando id fecerit, quamuis Sabinus ita distinguere soleret, vt priore casu etiam furti debitor teneatur, posteriore verò non tam fur esse, quàm turpiter fecisse existimetur. Vtroque autem casu & ordinaria actione pignoratitia cōtraria, & stellionatus persecutione extraordinaria teneatur. DEC. Perficitur quidem pignus traditione, sed incipit tamen vt cæteri contractus omnes à conuentione. Nec fieri potest, vt pignus per solam traditionem constituatur in ea re de qua priùs vt pignori esset non conuenerit *l. Aristo 3. infr. quæ res pignor. oblig. poss.* scilicet extra eos casus in quib. pignus vel hypotheca tacitè cōtrahitur, in quib. tamen etiam conuentio tacita præcessisse intelligitur. Atqui ponimus expressim conuenisse ab initio, vt aurum non æs pignori daretur, & tamē à debitore traditum fuisse æs pro auro, atque ita deceptum fuisse à debitore creditorem, cui aliud pro alio subiecerit. Fatendum igitur est, teneri eo nomine debitorem indistinctè, & pignoratitia contraria, & extra ordinem actione stellionatus *l. tutor 16. §. 1. supr. l. quæ prædium 6. C. si alien. res pign. dat sit. l. 1. l. vlt. C. de crimin. stellion.* quæ in id maximè comparata est, vt deficiente omni alia criminali actione dolus extra ordinem vindicetur *l. 3. infr. eod. ill. tit.* Neque verò ad has duas actionum species distinctio Sabini pertinet, sed tantū ad actionem furti, de qua sola dubitari poterat, an debitor in proposita specie teneretur. Ad quā quæstionem respondens iam olim Sabinus, dicebat multū referre, an debitor in dando auro pignori, an post aurum datum æs pro auro subiecisset. Quamuis. n. negari non possit, quin debitor vtroque casu æquè turpiter faciat, & improbè, decipiendo creditorem (quæ aduersus Sabini distinctionē ratio dubitandi esse potest) posteriore tamē casu debitor fur est, quia creditoris possessionem, quam per dationem pignoris transtulerat, interuertit. Quid. n. aliud furtum est, quàm interuersio vsus, vel possessionis? *l. 1. in fin. inf. de furt.* Priore verò casu, non potest debitor fur videri, quia nec interuertisse possessionem dici potest, quam nondū in creditorē transtulerit: tantum abest, vt notandus sit tanquam infamis, & sua dignitate priuandus quomodo putat Accursius ex *l. 2. Cod. de dignit. lib. 12.* qua nec fur ipse notaretur, si non lata esset cōtra eum sententia. Sola enim sententia est, quę infamem & notatum facit infamia iuris, vt nostri loquuntur *l. infamem 7. de public. iudic. l. 1. l. furti 6. supr. de his qui not. infam.* Quamuis infamia facti quæ ex delicto solo nascitur, oneret ac suggillet existimationem delinquentis apud bonos & graues viros *l. 4. §. aduersus infr. de doli mal. except.* Neque putandum est huius distinctionis Sabini aut nullum, aut perexiguum effectum esse. Nam quo casu debitorem furem esse diximus, non poterit aurum furtiuum vsucapi, etiamsi bona fide vendatur & ematur,

BIU Cujas

& ematur, vt nec alia quælibet res furtiua, propter legis duodecim tabularum & legis Atiliæ prohibitionē §. *furtiua quoque res Instit. de vsucap.* Quo autem casu debitor non fur est, sed tantùm facit turpiter, nullum vicium in re subest, propter quod impediri possit vsucapio. Quare nec probare possum quod hîc Accursius noster tanquam simile allegat ex *l. 2. §. cùm Stichum infr. pro emptor.* vbi tractans Paulus de eo qui cùm emisset Stichum, attamen per traditionem ignorans accepit Damam, negat eum vsucapturum, quasi in hac specie nec vsucapio vlla sequi possit. Ibi enim subiecerat venditor Damam pro Stichō non in ipsa venditione, sed in traditione, antequam Stichus traditus fuisset. Ideóq; bene negat ex Prisci sententia Damam vsucapi posse, non quia esset furtiuus (nec enim fur erat venditor secundùm positam in hac lege Sabini distinctionem) sed quia, vt lex ait, fieri nequeat, vt vsucapiatur pro emptore id quod emptum nunquam fuerit. Cæterùm si tradito iam Sticho Damas pro Sticho subiectus esset, non tantùm emptor vsucapere illum nō posset pro emptore, sed nec alius quisquam Stichum, tametsi bona fide & iusto titulo acquisitum, quoniam in furtiuam causam incidisset. Et ita Prisci sententia quam Paulus eo loco refert, iuxta Sabini distinctionem ab Vlpiano hîc positam explicanda est.

1 ¶ Sed etsi quis rem alienam mihi pignori dedit sciens prudénsque, vel si quis alij obligatam, mihi obligauit [a], nec me de hoc certiorauit: eodem crimine plectetur. Planè si ea res ampla est, & ad modicum æris fuerit pignerata: dici debebit, cessare non solùm stellionatus crimen, sed etiam pigneratitiam, & de dolo malo actionem [b]: quasi in nullo captus sit, qui pignori secundo loco accepit.

Ad §. 1. Sed & si quis.

RAT. DVB. Etiam res aliena vendi potest *l. rem alienam 28. infr. de contr. empt.* Ergo & oppignerari, quia quod emptionem venditionémque recipit, etiam recipit oppignerationem *l. sed & quod 9. §. 1. inf. de pignor.* Præsertim cùm fieri possit, vt debitor qui oppignerationis tempore dominus pignoris non erat, postea tamen dominus fiat, puta si domino hæres existat, atque ita pignus conualescat: hactenus saltem, vt pigneratitia & hypothecaria vtilis danda sit creditori *l. si Titio 22. infr. de pignor.* Cur enim dicamus inutile pignus esse quandiu in eo est, vt possit conualescere? *arg. l. quod Seruius 8. in fin. supr. de condict. caus. dat.* DEC. Differentia magna est hac parte inter pignus & venditionem. Venditio enim non rem ipsam quæ venditur afficit, sed personam tantùm obligat, vel vt rem tradat & tradēdo transferat dominium si dominus sit, vel præstet euictionem, si dominus non sit, & res euincatur *l. ex empto 11. §. 1. infr. de action. empt.* Rem enim venditam auferre emptori dominus quandocunque potest, si modò venditioni non consenserit *l. 2. l. si fundum 5. C. de rebus alien. non alienand.* At pignus aut ab initio prorsus inutile est, aut rem ipsam pignoratam ita afficit, vt eam nisi soluto priùs toto debito creditori auferre nemo possit, nisi proponas priorem aliquem creditorem, cui eadem res obligata sit, & cui permittatur per actionem quasi Seruianam rem euincere *l. si mancipium 34. §. vlt. & l. seq. infr. de euict.* Et ideò debitor qui rem dat pignori præstare non solùm debet se dominum, sed etiam nulli alij esse rem obligatam, vt sequitur in hoc §. Sed & creditor ipse qui iure creditoris vendit, præstare debet se potiorem & antiquiorem *l. 1. Cod. credit. euict. pignor. non deber.* Denique qui sciens vendit rem alienam ignoranti, non tam emptorem decipit, quàm seipsum, cùm hoc ipso se obliget in id omne quod interest emptoris, nec aliter in crimen falsi incidit, quàm si vendat tanquam suam eam rem quam ipse alij iam vendiderit *leg. qui duob. 21. infr. ad leg. Cornel. de falsi.* Qui autem alienam rem sciens oppignerat, decipit proculdubio creditorem qui non nisi sub pignore aut daturus pecuniam, aut aliter fuerat contracturus, vt cautum sibi haberet. Quænam enim cautio esse potest in re aliena, quam dominus vindicare quandocunque iure suo possit? Nec quod ex postfacto possit pignus conualescere dominio pignoris debitori acquisito secundùm Modestini sententiam in *d. l. si Titio*, ad rem facit. Est enim casus ille aduentitius, qui proinde computari non debet *l. Iulianus 6. infr. qui & à quib. manum.* nec eius ratio haberi aliqua ad stabiliendum ius & vinculum pignoris certa obligatione: nisi expressim datum sit pignus rei alienæ sub illa condicione, si ea res fiet debitoris vt in *l. si fundus 16. §. aliena res infr. de pignor.* Nam & è contrario stipulari quilibet similiter potest rem suam sub ea condicione, si res stipulatoris esse desierit *l. nemo rem suam 82. de verb. oblig.* Etsi enim his casibus incertum est, an extitura sit condicio, quæ nec condicio esset, si non incertum haberet euentum, ius tamen certum est, validam esse iam ab initio conuentionem pignoris, validam quoque stipulationem existente quandocunque condicione. Requirit tamen Vlpianus in hac lege, vt debitor sciens prudénsque rem alienam pignori dederit creditori nec creditorem certiorauerit: nimirùm vt crimine stellionatus plectatur. Ignorantia enim excusat à dolo & crimine: non tamen à pignoratitia actione contraria, de qua initio huius legis, vt scriptum est in *d. l. tutor. 16. §. 1.* vbi diximus & ad *l. 1. in fin. supr.* Nec rursus decipiendi creditoris secundi animum habere videri potest debitor, qui eum admonet, facítque certiorem *l. 1. l. quæro 39. de action. empt.*

a *Aut si quis alij obligatam mihi obligauerit.* RAT. DVB. Nemo rem suam pignori dando desinit eius esse dominus *l. cùm & sortis 35. §. 1. supr. l. pignus 9. C. hoc tit. l. rescriptū 12. in princ. infr. de distract. pignor.* Ergo non potest prior datio pignoris efficere quominus etiam posterior valeat. Aliáque longè causa illius est, qui rem suam vni iam venditam & traditam alij vendit, de quo in *l. quoties 15. C. de rei vindic. d. l. qui duobus 21. ad l. Cornel. de falsi.* DEC. Pignus priore loco datum creditori sic rem obligat & afficit, vt neque debitor, neque qui posteriorem causam ab eo habet, creditori priori auferre id possit, nisi oblato

BIU Cujas

priùs omni debito, non quasi nullum sit pignus, quod secundo loco datum est, sed quia infirmum est, nec aliter prodesse creditori potest, quam si per oblationem illam priori faciendam confirmetur *l. prior. 5. C. qui potior in pignor. hab. l. qui balneum. 9. §. vlt. infr. qui potior. in pignor. hab.* adeò vt audiendus sit posterior creditor, si ante factam oblationem vrgeat distractionem pignoris, quamuis ea lege adiecta, vt non ante cogatur anterior dimittere ius sui pignoris, quàm fuerit ei plenissimè satisfactum *l. diuersis 6. eod.* Id enim locum habet in pignore tãtùm iudiciali *l. à Diuo Pio 15. §. quòd si res sit pignorata infr. de re iudic.* non etiam in conuentionali. Eóque iure vtimur, nisi cùm vidua mulier paupercula pro dote agit hypothecaria contra creditorem anteriorem, nec habet quod ei offerat, vt scripsi in Codice Fabriano *tit. qui potior. in pignor. hab.* Alioqui delendæ essent leges omnes, quæ in libris nostris de iure offerendi loquũtur. Quotus enim quisque est creditor, cui non esset commodiùs & expeditius vrgere venditionem pignoris, quàm pecuniam debitam offerre? Inde nimirum est, quod qui res suas iam aliis obligatas alij rursum obligant, prædicere solent, & debent, nulli alij rem esse obligatam præterquam Titio & Sempronio, expressa etiam quantitate, pro qua sit obligata, vt effugiant periculum quod solent illi incurrere, qui res suas sæpiùs obligant pluribus, *l. & quæ nondum 15. §. qui res suas infr. de pignor.* Cur verò periculum, ac non potiùs crimen ipsum stellionatus, quod hoc casu ipso facto incurritur? Nempe quia potest fieri, vt vel nullum crimen contrahatur, puta si ea res quæ pluribus obligata fuit diuersis temporibus (pluribus enim simul & pariter obligari nihil prohibet *d. l. aliena 20. §. si pluribus supr.*) tam ampla sit, & ad tam modicum æris obligata, vt dicendum sit, cessare non modò stellionatus crimen, sed etiam pignoratitiam contrariam & de dolo malo actionem quasi in nullo captus sit, qui pignus secũdo loco accepit, quemadmodum Vlpianus hîc scribit, vel si quod contractum sit, purgetur & excusetur, debitore ante institutam criminis persecutionem vtrique creditori plenissimè satisfaciente, vt in *l. 1. C. de crimin. stellion.* Nec enim creditori quamuis deceptus ab initio fuisset, danda esset actio siue ordinaria, siue extraordinaria, post quam nihil eius interesse cœpisset. Ex quo inferre soleo, si quando creditor cui bona debitoris omnia obligata sunt, patiatur se præsente eadem bona omnia creditori alij obligari pro ea quantitate cui exsoluendæ post dimissum priorem creditorem non possint sufficere, licèt non subscribat ille in tabulis pignoratitiis, hoc ipso tamen videri ius sui pignoris, aut saltem prioritatis ordinem remisisse, vt in *l. creditor 12. §. si tecũ qui potior. in pign. hab.* quia non modò sua dissimulatione decipit secundum creditorem, vt in *l. si sine 5. C. ad SC. Velleian. l. mulier 11. C. de distract. pignor.* sed etiam adimit ei actionem stellionatus, quam habiturus fuerat, si debitoris præsentia in secunda pignoris datione non interuenisset. Cur verò adimit? Quia non habet secundus creditor, quod conqueratur de debitore, qui licèt pluribus eadem res obligauerit minùs idoneas, ad vtrumque debitum exsoluendum, obligauit tamen posteriori præsente & patiente creditore priore, atque ita credidit futurum, vt neutri facta iniuria videri posset: neque priori, qui imputare sibi debet, cur in posteriore contractu præsentiam suam accommodauerit, cùm protestari posset, & deberet non nisi salua pignoris sui causa se consentire, *in l. 4. §. 1. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.* neque posteriori qui pignus accipiendo præsente priore ordinem prioritatis sibi acquisiuerit, atque ita deceptus non sit. Nec distinguo, an prior creditor in posteriore cõtractu subscripserit, aut quasi testis adfuerit. Etsi enim longè certius est, ius posterioris creditoris eo casu quo vel prior subscripserit, vt in *l. sicut 8. §. non videtur eod. tit.* vel eius præsentia fuit adhibita non tanquam testis, sed tanquam eius ad quem spectabat negotium: idem tamen iuris est, etiamsi neutrum horum interuenerit, ob rationem quã attuli ex hoc §. desumptam, atque ita consului aliquando & obtinui. Iunge quæ dicemus ad *l. Caius 39. infr.* Cur verò in pœnam legis Corneliæ de falsis incidit is qui eandem rem duobus separatim vendit, non etiã qui eãdem rem minùs idoneam separatim pluribus obligat? Respondet Bartolus nec malè, esse hoc iuris constituti non tamen aliquo capite legis Corneliæ, sed à Diuo Hadriano, vt scriptum est in *d. l. qui duobus*, siue ob frequẽtiam contractus emptionis id induxerit, vt idem Bartolus putat *arg. l. 2. in princip. pro emptor.* siue potiùs quod in venditione quæ solo cõsensu perficitur faciliùs sit falsum hoc committere, quàm in cæteris contractibus, qui non nisi traditione perficiuntur. Vix enim est, vt res eadẽ duobus separatim tradatur, quanquam nec in constituẽda pignoris obligatione traditio necessaria est *l. 1 supr.*

b *Et de dolo actionem.* RAT. DVB. Actio de dolo non nisi subsidiaria est, nec datur nisi qualibet alia deficiente, ita vt si qua etiam extra ordinem cõpetat, vel per restitutionem in integrum dari possit, cesset de dolo actio. *l. 1. §. idem Pomponius & pass. supr. de dolo actio.* Atqui in proposita specie cùm debitor eandem rem pluribus obligauit vtrique debito exsoluendo imparem, competit aduersus debitorem non solùm contraria actio pignoratitia, sed etiã extraordinaria stellionatus persecutio, vt proximè diximus. Ergo non est quod de actione de dolo quicquam hoc casu tractemus. Sed neque stellionatus actio videbatur competere, cum quod in priuatis iudiciis est de dolo actio, id in criminibus sit stellionatus persecutio *d. l. 3. §. 1. de crim. stellion.* DEC. Potest pignus nõ tantũ à debitore dari creditori, sed etiam ab alio quolibet pro debitore *l. qui autem 14. §. 1. supr. de constit. pecun. l. 5. §. vlt. infr. de pign.* Atqui cùm pignus ab alio quàm à debitore datũ est, non potest competere actio pignoratitia creditori aduersus eũ qui debitor non est, quamuis ille rem alij obligatã sciẽs prudẽnsque rursus alij obligauerit. Ergo saltem hoc casu potest locũ habere actio de dolo aduersus eum qui posteriorem creditorem decepit, & cuius dolus alia ciuili actione vindicari non possit. Et ita bene Accursius post Azonem locum hunc explicat. Nec ad rem pertinet, quod hoc quoque casu actio stellionatus competat. Est enim illa actio & persecutio criminalis quam nihil vetat cum actione de dolo concurrere, & similiter cum actione stellionatus actionem de dolo. Non enim sunt sibi inuicem subsidiariæ, sed actio de dolo subsidiaria ciuilibus actionibus: stellionatus autem persecutio criminalibus, id est, si aliud crimen nullũ sit, quod obijciatur. Nec enim crimẽ obijcit, qui dũtaxat obijcit dolum, non quia possit vllũ crimẽ esse sine dolo, sed quia nõ vicissim dolus omnis crimẽ est. Itaq; illo etiã casu quo is qui pignus dedit cõueniri potest contraria pignoratitia actione, nõ eo minùs stellionatus persecutio locum

locum habebit, quia ad excludendam stellionatus persecutionem non illud inspicimus, an aliquo actio alia competat, quæ sit ciuilis, aut prætoria, sed an aliud crimen sit quod possit obiici.

37. PAVLVS libro 5. ad Plautium.

SI pignus mihi traditum locassem domino, per locationem retineo possessionem: quia, antequam conduceret debitor, non fuerit eius possessio: cùm & animus mihi retinendi sit, & conducenti non sit animus possessionem adipiscendi.

Ad l. Si pignus 37.

RAT. DVB. & DECID. ad hanc legem eadem est quæ ad §. 1. *l. cùm & sortis 35. supr.* Videbatur enim non valere conductio, quam debitor rei propriæ fecisset à creditore ex regula *l. neque pignus 45. de regul. iur. l. qui rem propriam 20. Cod. de locat.* Sed conductio hæc possessionis tantùm est non proprietatis, ideoque valet dummodò is qui non possidebat, quamuis dominus eam possessionem conducat à possessore *l. si aliquam rem 28. l. qui pignoris 36. & seq. infr. de acquir. possess. l. certè 6. §. vltim. & l. seq. infr. de precar.* Creditor autem pignoratitius vtique verè possidet pignus quod ad omnes causas præterquàm quod ad vsucapionem *l. serui nomine 16. de vsucap. l. per seruum 37. in princip. de acquir. rer. domin.* Ergo nihil vetat, quominùs possit debitor possessionem conducere à creditore, perinde ac potest creditor à debitore proprietatem emere, quia debitoris est *l. rescriptum 12. in princip. infr. de distract. pignor.* Nec enim verendum est, vt debitore eodemque domino conducente rem suam à creditore pignoratitio, fiant duo eiusdem rei in solidum possessores contra *leg. 3. §. ex contrario infr. de acquir. possess. leg. duo in solidum 19. de precar.* Cùm is qui conduxit, non possideat, sed in possessione tantùm sit locatoris nomine *leg. si quis antè 10. leg. quod meo 18. de acquir. possess. dict. leg. qui pignoris & seq. eod. leg. non solùm 33. §. quod vulgò de vsucap. leg. malè agitur 2. Cod. de præscript. 30. vel 40. annor.* nisi quod conductor naturaliter possidet, id est, de facto rem tenet, & eam possessionem, quæ tota facti est, non illam quæ non tantùm facti, sed etiam iuris est *leg. communi 7. §. neque colonis supr. commun. diuid. leg. possessio 49. in princip. & §. 1. de acquir. possess. leg. certè 6. §. is qui rogauit infr. de precar.* Idque est quod in hac lege addit Paulus, *Quia antequàm conduceret debitor, non fuerit eius possessio*, sed creditoris *nunc* (malo enim sic legere quàm *cùm*) id est, facta iam conductione *& animus retinendi sit mihi* creditori, *& conducenti non sit animus possessionem adipiscendi.* Quanquam nec aliud esset si conductor interuertere possessionem locatoris vellet, vt bene notat Accursius ex *d. l. 2. & l. cùm notissimi 8. §. fin. C. de præscr. 30. annor.*

38. MODESTINVS libro 1. Differentiarum.

PVpillo capienti pignus, propter metum pignoratitiæ actionis, necessaria est tutoris auctoritas.

Ad l. Pupillo 38.

RAT. DVB. Etsi ius ita comparatum est, vt pupillus sine tutoris sui authoritate obligari non possit, quia iudicio caret, nec satis quid agatur intelligit *l. more nostræ ciuitatis 8. & l. seq. infr. de acquir. hered.* obligare tamen sibi alium quemlibet etiam sine tutoris authoritate potest acquirendo & stipulando *l. obligari 9. infr. de author. tutor.* Ne alioqui quod pupillorum fauore comparatum est, in eorum odium & perniciem retorqueatur *l. penult. Cod. ad SC. Trebell. l. non eo minùs 14. Cod. de procurat. l. nullâ 25. supr. de legib. l. quod fauore 6. Cod. eod.* Atqui pupillus, vt & alius quilibet accipiendo pignus, acquirit sibi, vinculum scilicet pignoris in re obligata, & quod plus cautionis habiturus est in re, quàm in persona *l. plus cautionis 25. de regul. iur.* non quasi patrimonium suum augeat, fiatque locupletior hoc respectu is qui pignus accipit, sed quia minùs dubitandum & laborandum habet, quòd posteà fieri debitor possit, non soluendo. Denique si non patrimonij hæc accessio & locupletatio, saltem conseruatio est, ne patrimonium ex debitoris inopia superueniente minuatur, quomodo alioquin ex euentu minui facilè possit *l. diuortio 35. in principij fine supr. de negot. gest. l. 3. §. vltim. & l. seq. infr. vt in possess. legat. §. vltim. Instit. de replicat.* Atqui cùm vniuersum ius nostrum aut in acquirendo, aut in conseruando, aut denique in diminuendo patrimonio consistat, *l. vltim supr. de legib.* an non absurdum esset, prohiberi pupillum sine tutoris authoritate patrimonium suum conseruare, cui liberum est sine tutore etiam acquirendo augere? Est enim conseruatio eorum quæ habemus perpetua quædam acquisitio, vt solent Theologi dicere, conseruationem, quæ à Deo fit rerum omnium creatarum esse continuam & perpetuam quandam creationem. Ergo pupillo capienti pignus non est necessaria tutoris authoritas ad constituendum in re debitoris vinculum pignoris ad pupilli vtilitatem. Præsertim cùm nemo sola pignoris acceptione se obliget. Non enim tum nascitur actio pignoratitia directa, cùm datur pignus & accipitur, sed tum demùm cùm creditori soluta fuit omnis pecunia, quæ sub pignore debebatur, aut aliter eo nomine fuit satisfactum *l. si rem 9. §. omnis pecunia supr.* vbi diximus.

DEC. Creditor, qui pignus accepit, re tenetur, quia & ipse de ea ipsa re quam accepit restituenda obligatur *l. 1. §. creditor quoque infr. de oblig. & action.* Et quamuis non priùs nascatur actio pignoratitia debitori, quàm solutum sit creditori aut aliter eo nomine satisfactum *d. §. omnis pecunia & §. vlt. eiusdem*

BIU Cujas

legis. Eo tamen instanti quo pignus datur, incipit obligari creditor de pignore, soluta quandocunque pecunia, restituendo. Atqui pupillus obligari sine tutoris authoritate ex omni contractu non potest *d.l.obligari*, hoc est, ex nullo contractu potest. Ergo neque pignus accipere absque authoritate tutoris. Et ideo bene sic loquitur Modestinus, vt pro ratione addat *propter metum pignoratitiæ actionis*. Non ait propter metum pignoratitiæ obligationis, quæ scilicet iam ex ipso contractu nata est, & ab instanti accepti pignoris, sed propter metum pignoratitiæ actionis, nondum quidem competentis, sed aliquando tamen & omnimodo competituræ. Metus enim futurorum est, non præsentium. Dices fortasse cum Accursio, periculum hoc non tam imminere pupillo, qui pignus accepit, quàm debitori qui sine tutoris authoritate contraxit cum creditore pupillo, quippe contra quem nullam actionem habere possit, nisi in quantum factus sit pupillus locupletior. Idque post rescriptum Diui Pij de quo tam sæpe alibi scripsimus ex *l. vltim. C. pro emptor. & Instit. titul. de author. tutor. in princip.* Sed obiectio hæc ad casum illum pertinet, quo pupillus rem obligatam aut amisisset, aut deteriorem fecisset, fierive passus esset, quo casu non teneretur ex contractu inito sine tutoris authoritate supra quàm locupletior factus esset, ex pignore. Sed quandiu manet pignus integrum penes pupillum, non potest videri pupillus factus locupletior, vt neque pauperior. Et tamen nemo negauerit æquum esse, vt obligetur ad restitutionem pignoris, cuius retinendi causam nullam habeat post solutam omnem pecuniam quæ debebatur. Igitur tutoris authoritas necessaria est, sine qua non patiuntur iuris ciuilis regulæ vt pupillus ciuiliter obligetur *l contra 28. supr. de pact.* Tantoque magis si volet debitor pignoratitiam actionem integram habere contra pupillum, qualem haberet aduersus maiorem de omni damno quod in pignore culpa & negligentia nimia creditoris contigisset. Alioqui claudicaret contractus, nec nisi ex vno latere consisteret *l. Iulianus 13. § si quis à pupillo infr. de action. empt.*

39. IDEM libro 4. Responsorum.

CAius Seius ob pecuniam mutuam fundum suum Lucio Titio pignori dedit. postea pactum inter eos factum est, vt creditor pignus suum in compensationem pecuniæ suæ certo tempore possideret. verùm ante expletum tempus creditor, cùm suprema sua ordinaret, testamento cauit, vt alter ex filiis suis haberet eum fundum: & addidit, *Quem de Lucio Titio emi*, cùm non emisset. hoc testamentum inter cæteros signauit & Caius Seius, qui fuit debitor. Quæro, an ex hoc, quòd signauit, præiudicium aliquod sibi fecerit: cùm nullum instrumentum venditionis proferatur, sed solum pactum, vt creditor certi temporis fructus caperet? Herennius Modestinus respondit, contractui pignoris non obesse, quòd debitor testamentum creditoris, in quo se emisse pignus expressit, signasse proponitur.

Ad l. Caius Seius 39.

RAT. DVB. Subscribens instrumento censetur adprobare omnia quæ instrumento illo continentur, perinde ac si totum instrumentum sua manu perscripsisset *l. si non subscripsisti 15. C. ad admin. tutor. l. sicut 8. §. non videtur, vers. sed si subscribat infr. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit. l. fideiussor 26. §. pater de pign.* Nam & citra subscriptionem sola præsentia eius qui hoc ipso tacitè consentit actui, facit, vt perinde haberi debeat, ac si contraxisset, quoties negotium quod gerebatur ad eum pertinebat *l. quidam ex parte 12. infr. de euict.* Hoc verò maximè obtinet, cùm de iure & vinculo pignoris agitur, quod sicuti facilè ac nuda conuentione contrahitur *l. 1. supr.* ita & facilè nuda aque creditoris voluntate dissoluitur *l. 4. §. 1. l. si consensit 7. l. Paulus respondit 12. l. voluntate 10. iunct. l. præced. in princip. & §. 1. infr. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.* Et quamuis voluntas remittendi pignoris non ex eo solo induci possit, quòd creditor sciuerit, pignus sibi datum alij vendi, aut dari pignori, quia sciuit etiam ius suum sibi durare *d.l. sicut §. non videtur eod.* inducitur tamen ex præsentia sola & taciturnitate creditoris, ne alioqui sua dissimulatione & patientia credulitatem posterioris creditoris decipere voluisse videatur *l. si sine 5. C. ad SC. Velleian. l. mulier 11. C. de distract. pignor.* nisi ipse potiùs deceptus sit, vt in *l 2 C. de reb. alien. non alienand. l. vlt. C. plus valer. quod agit, quàm quod simul concip.* Propter quam causam etiam doli exceptio in similibus casibus accommodari solet, vt in *l. apud Celsum 4. §. quæsitum est 12. infr. de doli mal. except.* Sed multo magis si anterioris creditoris subscriptio interueniat, quæ cõsensum semper continet *d. §. non videtur, vers. sed si subscripserit l. Titius 9. §. 1. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit d. l. fideiussor 26. §. pater de pignor.* DEC. Nemini officium suum debet, esse damnosum siue publicum sit, siue priuatum *l. videlicet 29. supr. ex quib. caus. maior. l. 3. §. vlt. inf. de testib. l. si seruus 61. §. quod verò infr. de furt. l. sed si quis ex signatoribus 7. testam. quemadm. aper.* Atqui in proposita specie ponimus Caium Seium debitorem Lucij Titij tanquam testem signasse testamentum sui creditoris, quo continebatur fundum à Caio Seio pignori datum Lucio Titio fuisse illi vẽditum à Caio Seio debitore, cùm tamen reuera nullum venditionis instrumẽtum proferretur, sed pactum duntaxat inter eos factum, vt Lucius Titius creditor pignus suum in compensationem pecuniæ suæ fundum certo tempore possideret, & fructus pro debito compensando acciperet: quod etsi in conuentionem deductum non esset, ipso tamen iure fieri debuisset, vt Accursius noster bene notat ex *l. 1. & 2. C. hoc tit. l. 1. C. de distract. pignor.* Ergo non debet obesse debitori, quòd testamentum Lucij Titij creditoris sui signauerit, quasi ea ratione omnia in testamento creditoris sui contenta adprobauerit, & exinde fundum suum non tã pignori dedisse quàm vendidisse dicendus

BIU Cujas

dicendus sit. Etsi enim creditor cùm suprema sua ordinaret ante expletum tempus, quo fructus ex pignore percipiendi compensando debito possent sufficere, testamento suo cauerat, vt alter ex filiis suis eum fundum haberet, hoc etiam addito *quem de Cæio Seio emi* (sic enim omnino legendum est, non vt vulgo *de Lucio Titio* quod & Accursius fateri cogitur) non tamen poterat ea testatoris enunciatio facere venditionem, quæ nulla præcesserat, nec vt eo magis valeret voluntas testatoris disponentis de re aliena, quàm non alienam, sed suam esse putaret, nec in præiudicium Caij Seij debitoris eiusdémque domini, pignoratum fundum soluto per fructuum compensationem debito repetentis. Atque ita legem hanc omnes ferè interpretes post Bartolum interpretantur, vt qui se testamento subscribit tanquam testis, non ideò videatur adprobare omnia quæ in testamento apponuntur. Ex quo infert generaliter Bartolus neque præsentiam, neque subscriptionem præiudicare, nec solùm quod ad magnum præiudicium, sed neque ita vt transferat in præsentem & patientem onus probandi, nulla scilicet ex huiusmodi præsentia & patientia insurgente præsumptione, ne quidem ex qua iusiurandum deferri possit: cui simile & consentaneum esse videtur, quod respondit Modestinus in *leg. Titia cùm testamento* 34. §. *Lucia Titia de legat.* 2. Si cùm Sticho seruo Titij domus per fideicommissum relicta esset, fratribus postea iisdémque heredibus ad maternorum bonorum diuisionem accedentibus, diuisioni dominus adfuerit quasi testis, qui subinde fideicommissum petat, non esse illum doli mali exceptione summouendum, nisi euidenter apparuerit eum omittendi fideicommissi causa diuisioni adfuisse. Nec tamen in hac distinctione conquiescit Bartolus, vt neque Accursius, vt hanc legem conciliet cum *dict. leg. fideiussor* 26. §. *pater infr. de pignor.* quæ ex diametro pugnare videtur, sed commodioris & melioris conciliationis gratia, prætermissis aliis solutionibus quas adfert Accursius, an qui adfuit testamento sciuerit contenta in eo, vt in *leg. Titius* 9. §. 1. *quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.* an ignorauerit, vt in *leg. hac consultissima* 21. §. 1. *Cod. de testam.* aut de pignore tractemus, quod solo consensu & contrahitur, & dissoluitur *leg. 1. supr.* an de venditione quæ sine precio contrahi non potest *leg. 2. §. 1. infr. de contr. empt.* item an ius suum durare sciuerit néene ex *dict. leg. sicut* 8. §. *non videtur quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.* denique an de actu morientis agatur, vt in hac lege, an de actu viuentis, vt in *dict. §. pater. ex leg. vltim. in fin. supr. commun. præd.* Tandem perstat Bartolus in vltima solutione, & interpretatione Accursij, cui & alios stare adfirmat, an quis præsens fuerit illi actui, quem contradicendo potuit impedire, an verò illi quem nec si voluisset, impedire tamen potuisset, vt priore casu præsentia & patientia sola etiam sine subscriptione pro consensu habeatur, non etiam posteriore, ex hac lege, & *leg. sæpe* 63. §. 1. *infr. de re iudic.* Itaque, inquit Accursius, si adfuerim venditioni aut legato rei meæ, quia & vendi & legari res mea inuito me potuit, nec præsentia mea, nec subscriptio mihi nocebit: si verò res mihi iam obligata pignori detur alij, & ego pignoris dationi subscripserim, aut etiam duntaxat adfuerim, nocebit mihi, quia poteram prohibere, aut saltem salua pignoris mei causa consentire, vt in *leg. 4. §. 1. infr. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.* Aliter tamen & diffusiùs totam hanc quæstionem idem Bartolus tractat in *leg. quæ dotis* 33. *infr. solut. matrim. à num.* 20. *vsque ad fin.* Quid in tacente siue per contumaciam siue non per contumaciam, & quid in subscribente, quid denique in sigillante. Summa distinctionis hæc est, si talis casus sit in quo nec scientia requiratur, nec ignorantia, taciturnitatem neutri applicari ex *leg. 1. §. scientiam supr. de tribut. action.* si verò necesse sit applicari eam alterutri extremorum, tacentem per contumaciam præsumi consentire vel negare in odium sui *leg. de ætate* 11. §. *qui tacuit supr. de interrog. in iur. fac.* Tacentem & præsentem in actu qui sit vniformis videri consentire, quoties actus eius fauorem respicit, adeóq; etiamsi respiciat eius præiudicium circa personalem actionem ex *leg. si remunerandi* 6. §. *si passus. & leg. qui patitur* 18. *infr. mandat.* Itémque si circa ius reale quod habeat in re tertij, quale est ius pignoris, nisi cùm sciuit ius suum durare, ex notatis ab eodem Bartolo in *l. vltim. Cod. de remiss. pignor.* Quòd si agatur de iure mei dominij vel vsusfructus, tunc adhibendam distinctionem Accursij, an contradicendo potuerim impedire, vt si non potuerim, non inducatur consensus ex hac lege, & *dict. leg. Titia* 37. §. *Lucia Titia de legat. 2. dict. leg. sæpe* 63. §. 1. *de re iudic.* nisi ratione coniunctionis, vt in *leg. seruus* 38. *de donat. int. vir. & vxor.* quæ modò non habeat coniunctam nimiam reuerentiam, per quam induci potiùs debeat dissensus ex *leg. 1. §. quæ onerandæ infr. quar. rer. execut. non det. leg. penult. de furt.* si verò impedire potuerim, & tacuerim, tunc præsumar consentire, ex *dict. l. fideiussor* 26. §. *pater de pignor. & dict. l. sæpe* 63. §. 1. *de re iudic.* Si modò taceat dolo malo non etiam si sine dolo ex *leg. 2. Cod. si alien. res pignor. dat. sit. dict. l. si fine* 5. *Cod. ad SC. Velleian.* si verò agatur de iure personali, tunc tacens non videatur consentire *leg. filiusfamilias* 8. §. *inuitus supr. de procurat.* Nisi fauore pupillorum ex *leg. si filiusfamilias* 7. *infr. de tutel. l. 2. ad muncip.* Quòd si actus respiciat negotium tertij, cuius bona tacentem respiciant cura & sollicitudine, tunc tacens non præsumatur consentire ex *l. 3. infr. de author. tutor.* In actu autem difformi, puta si intras in possessionem meam, inquit Bartolus, vel rem meam accipis præsente me & tacente, siquidem contractus aliquis præcesserit, ex cuius natura tenebar illud pati, videar consentire ex *l. 2. C. de acquir. poss.* Si verò talis contractus non præcedat, non videar consentire si agatur de magno præiudicio *d. l. pen. de furt.* secus si de modico ex *l. quam Tuberonis* 7. §. *sunt quidam infr. de pecul. l. Sabinus* 28. *supr. commun. diuid. l. Labeo* 19. *de aqua & aquæ pluu. arcend. l. qui bonâ fide* 13. §. *si quis iuxta de damn. infect.* Hæc, inquit Bartolus, si negotij gesti tempore scientia adfuerit. Nam si ex postfacto superuenerit, alia quæstio & alius tractatus est, in quo difficilius est, vt tacès pro consentiente habeatur. Quomodo enim taciturnitas illa posset vim habere taciti consensus aut ratihabitionis, cùm nec voluntate expressa possit quis ratum habere negotium quod nó ipsius nomine gestum est? *l. si pupilli* 6. §. *sed si ego sup. de negot. gest.* Quod verò ad subscribentem pertinet, distinguit duntaxat Bart. an quis subscribat tanquam testis, an non, vt priore casu sibi non præiudicet, posteriore verò præiudicet: atque ita supradictos iuris locos, qui de subscribente loquuntur, ne inuicem pugnent,

BIU Cujas

conciliat. De subsignante autem ait videri eum consentire, nisi deceptus sit, vt in *l.2.C.de reb.alien. non alienand. leg.vltim.Cod.plus valer.quod agit.* Nolo ego singulas istarum distinctionum partes sigillatim persequi, non solùm ne sim longior, sed etiam quia maiore ex parte ad huius legis explicationem nil pertinent. Hoc tantùm dicam, magis mihi placere, præsentem & tacẽtem toties sibi nocere, quoties alioquin eueniret, vt alteruter contrahentium deciperetur, qui præsentiam & taciturnitatem illam pro consensu tacito accepisset. Extra hunc casum, sibi non nocere, neque necessariam aut admittendam esse distinctionem, an quasi testis adfuerit, an non, adeóque nec an subscripserit, nécne. Nam & is qui quasi testis interuenit, etiamsi non subscribat, decipiendi tamen animum habere potest, & quamuis non habeat, reipsa tamen decipit hoc ipso quòd interuenit actui, quem contradicendo aut impedire prorsus, aut saltem remorari potuisset. Quod cùm dico, non tam ius quàm factum respicio. Etsi enim alienam rem vendere quis potest inuito quoque domino, vel suam inuito fructuario, quis tamen tam stultus est, qui alienam rem velit emere, sciens alienam? Quis item plenam proprietatem eius rei, cuius vsumfructum sciat ad alium pertinere? Quis denique pignori eam rem accipere quam sciat non esse obligantis? His igitur casibus siue dominus adsit venditioni rei suæ ab alio factæ, siue vsufructuarius venditioni plenæ proprietatis, siue proprietarius pignori & obligationi rei suæ, etiamsi non nisi tanquam testes adfuerint, neque subscripserint, dico hactenus sibi eos nocere, vt neque dominus vindicare rem suam possit ab emptore, qui ipso præsente emerit, neque fructuarius vindicare vsumfructum ab emptore plenæ proprietatis, quin tam hic quàm ille doli mali exceptione repellatur, itémque dominus qui præsens & tacens rem suam ab alio pignerari passus est. An non enim omnibus his casibus decipitur emptor quidem duobus prioribus, posteriore autem creditor, per dissimulationem eius qui si de iure suo emptorem aut creditorem certiorasset, circumueniendi eius materiam & facultatem venditori aut debitori siue scienti siue ignoranti præripuisset? Textus est in hanc rem elegans & apertus in *l.quidam 12.infr.de euict.* vbi licèt coheredes venditoris, precij partem ex fundi hereditarij venditione accepisse proponerentur, Scæuola tamen cùm respondet videri vnumquemque coheredum partem suam vendidisse, nõ ex eo mouetur, quòd precium acceperint, vt malè ad eum locũ notat Accursius, sed quia venditioni præsentes adfuerant, neq; dissenserant, quamuis nec subscriptione sua vel signo vel alia scriptura vlla venditionem comprobassent. Ait enim lex *si coheredes præsentes adfuerunt, nec dissenserunt.* Quid verò si etiam quasi testes adfuissent? Quid si præterea subscripsissent, aut signassent? An non idem multo magis Scæuola respondisset? Loquor enim de eo teste qui ius suum sciuerit, non de eo qui ignorauerit, quem certum est propter suam ignorantiam nec decipiendi, nec dissimulandi animum habere potuisse, quemadmodum nec errantem quemquam rei suæ dominium amittere *l.si procurator 35.infr.de acquir.rer.domin.* Neq; tamen dico his casibus dominum, qui venditioni rei suæ adfuit, aut fructuarium qui venditioni plenæ proprietatis, hoc ipso videri dominium rei suæ amisisse. Scio enim sola voluntate siue acquirẽdi siue amittendi dominij, neque acquiri neque amitti posse dominium absq; traditione *l.traditio 20.l.nunquam nuda 31.de acquir.rer.domin.leg.si quis vi 17.§.differentia infr.de acquir.poss.* Sed hoc contendo, videri his casibus dolo malo facere eum, qui cùm se dominum sciat, patitur tamen rem suam vendi à non domino, à quo nunquam empturus alius fuerat, si eum non dominum esse credidisset, aut etiam suspicatus fuisset. Item eum, qui cùm se fructuarium sciret, præsens tamen & tacens passus est vendi plenam proprietatem à nudo proprietario, quẽ plenæ proprietatis ius habuisse emptor credidit: ideóque accommodandam emptori exceptionem doli mali, vt in *dict.l. apud Celsum 4.§. quæsitum de doli mal.except.dict.leg.si fine 5.Cod.ad SC.Velleian.dict.l.mulier 11. Cod. de distract.pignor.* Quid enim est obsecro, quod his casibus imputare possis misero emptori quem domini patientia & dissimulatio deceperit? An id fortasse quòd non crediderit adeò stultum & supinum fore dominum, vt rem suam præsens & tacens à non domino vendi prudens sciénsque pateretur? An non verò longè stultior dominus ille est, quàm is tutor vel curator, de quo Iustinianus in *l.vlt. Cod. arbitr.tutel.* qui res suas in publico inuentario bonorum pupilli vel adulti tanquam non suas, sed ad pupillum vel adultum pertinentes inscribi patitur? Quòd si etiam tutoribus vel curatoribus hoc imputatur, quibus tamen non magis quàm testibus officium suum damnosum esse debet, tanquam quod & publicum & necessarium sit, ideóque maiore fauore prosequendum ex *l. cùm quadam 26.C. de admin.tutor.* quanto magis in teste idem recipiendum est, cuius officium non modò priuatum est, sed etiam voluntarium? Quis enim cogi potest, vt in alieni negotij testem inuitus adhibeatur? Aut si quis in hoc amici officium implere velit, quid eum vetat protestari, vt saluum sibi sit ius suum? vt in *dict.leg.4.§.1.quib.mod.pign.vel hypoth.soluit.* Quòd si rursum in specie *dict.leg.vltim. Cod.arbitr.tutel.* non potest dominij quæstionem referre tutor vel curator, qui res suas in publico inuentario pupilli vel adulti sui describi passus est, ita vt per consequentias etiam dominium rei suæ amittat, quanto magis admittendum est, vt quisquis rem suam sciens eam à non domino vendi præsens & tacens passus est, licèt rei suæ dominium retineat, si tamen eam vindicare ab emptore velit, aut vsumfructum petere, si fructuarius tantùm fuit, attamen doli mali saltem exceptione repellatur? Mouet me verò in hanc sententiam, præter supradictos textus, illud maximè, quod ab Vlpiano scriptum video in *dict.l. si quis in pignore 36.§.1.supr.* deceptum videri secundum creditorem, id est, qui secundo loco pignus accepit, si debitor ei obligans rem iam alij obligatam non eum ipse certiorauerit de præcedenti pignore: quod vtique dici non potest, cùm res gesta est præsente ac tacente priore creditore. Ipsi enim incumbebat non debitori, vt posteriorem certioraret, ne illum decepisse videretur, vt ad eum locum scripsimus. Nec obstat vnicum illud argumẽtum quod afferre nostri solent ex *dict.l.sicut 8.§.non videtur quib.mod.pign.vel hypoth.soluit.* non videri ius suum remisisse, ne quidem pignoris eum, qui sciuit alienationem rei obligatæ nec contradixit aut de iure suo vt sibi saluum esset protestatus est, quia nimirum sciuit vtiq; ius suum durare. Id enim de eo quidem

quidem verè dicitur, qui rem sibi obligatam aut suam vendi sciuit tantùm, at non etiam de illo, qui non solùm sciuit, sed etiam & præsens fuit & tacuit. Alioqui nec aliud dicendum erit in eo, qui subscripsit tabulis emptionis, si perinde liceat ei dicere ideò se subscripsisse, quòd ius suum durare intelligeret. Quòd tamen supradicto loco Marcianus dicerè negat in *d. §. non videtur. versic. sed si subscripserit.* vbi nec distinguit, an quasi testis, an simpliciter subscripserit. Et quamuis de subscribente loquatur, nõ aliud tamen ipsum sensisse puto in eo qui quasi testis adfuerit venditioni pignoris, tametsi nec subscripserit. Nam & hunc verum est consensisse venditioni quam sciuit, & cui tacens interfuit, eãq; taciturnitate deceptum emptorem pignoris, qui non aliter fuerat empturus si vinculum aliquod pignoris subesse, & post venditionem quoque creditoris ius nihilominus durare putauisset *dict. l. quidam* 12. *de euict. dict. l. seruus* 38. *de donat. inter vir. & vxor.* Neque verò potest subscriptio quicquam addere ad testis præsentiam & patientiam ac taciturnitatem, nisi quòd vtramque per se probat, quæ alioquin per testes probanda esset, quamuis interdum subscriptio etiam pro iussu & mandato sit, vt in *l. 1. §. sed etsi seruus. infr. quod iuss.* Minùs me mouet, quod in hac lege Modestinus scribit, ne quidem eum qui inter cæteros signauit testamentum, quo continebatur emptum à testatore fundum, qui non fuerat ei venditus, sibi præiudicasse, quominus eum fundum possit adhuc suum dicere. Nam præter id quòd non de eo loquitur, qui tanquam testis signauerit, imò potius de eo qui non tanquam testis, sed inter cæteros, vt lex ait, id est, nec vocatus nec rogatus, sed præsens tamen supra solemnem numerum testium, vt in *l. heredes palam* 21. *§. 1. infr. qui testam. facer. poss.* Apparet in specie huius legis cessare rationem illam præsumpti doli quâ potissimùm mouemur. Quomodo enim decipiendi animum habere potest *is*, qui testamentum signat, in quo nesciat quid contineatur, vt & in *l. Titius* 8. *infr. de rescind. vendit.* Tractat siquidem de testamento solemni in scriptis condito, quod subscribi à testibus ac signari necesse erat, ne imperfectum esset *l. hac consultissima* 21. *§. finem autem. Cod. de testam.* cuius nimirum tam frequens olim vsus erat, quàm infrequens nuncupatiui extra militum personas, vt alibi scripsimus. Testamentorum autem solemnium tenor ignorabatur à testibus, cùm nec aperirentur, nec legerentur nisi mortuo demùm testatore *tit. Testam. quemadmodum aper.* Taceo quod in hac lege non de pignoris iure agitur, quod facilè ac nuda voluntate extinguitur, sed de amittendo rei dominio quod vtique difficiliùs amittitur, vt diximus. Quamquam nec pignoris ius extingui potest per subscriptionem, aut subsignationem errantis hominis aut ignorantis, cum neq; sufficiat eum sciuisse, nisi in ipso actu, & præsens fuerit, & tacens *d. §. non videtur.* Magis obstare videtur, quod scriptum est in *d. l. Titia cùm testamento* 34. *§. Lucia Titia de legat.* 2. vbi cùm seruo Sempronij in codicillis ab intestato factis relicta domus per fideicommissum proponeretur, & filij defunctæ, iidémque heredes bona matris diuisissent, inter quę etiam domum fideicommissariam præsente Sempronio quasi teste, & quæreretur, an dominus acquisitam sibi per seruum fideicommissi persecutionem amisisset, ob id quod interfuisset diuisioni: respondet Modestinus neque fideicommissum ipso iure amissum esse, quod ne repudiari quidem poterat, neque doli exceptione summoueri dominum oportere, nisi euidenter apparuerit omittendi fideicommissi causa eum hoc fecisse. Nec enim dici potest in illa specie idem euenisse, quod in casu huius legis, vt testis adhibitus aut ius suum ignoraret, aut quid inter alios gereretur. Diuisioni enim adfuerat factæ eo tempore, quo non solùm aperti iam erant codicilli, sed etiam dominus fideicommissum seruo suo relictum agnouerat, eiúsque persecutionem sibi per eam agnitionem acquisierat: alioqui legatum aut fideicommissum seruo relictum repudiare dominus posset, quod delatum sibi, non etiam acquisitum adhuc fuisset, vt Paulus scribit in *l. legatum 7. de legat.* 1. Placet enim quod Iacobus Cuiacius post Accursium docet *lib. 3. obseruat. cap.* 12. vt Paulum cum Modestino conciliet, loqui Paulum de legato tantùm delato, Modestinum verò de acquisito. Nam quemadmodum præmatura repudiatio est ante delationem *l. si ita sit scriptum* 45. §. 1. *de legat.* 2. ita nimis sera est post acquisitionem *l.* 1. §. *decretalis. infr. de succeff. edict.* Sed respondendum est in *dict. §. Lucia Titia.* non modò tractari de amittendo rei propriæ dominio, quod, vt dixi, difficiliùs amittitur, sed etiam de eo teste qui tametsi millies tanquam testis subscripsisset aut signasset, non tamen videri posset eos, quorum negotio & diuisioni adfuerat, decepisse, cùm ignorare non possent relictum in codicillis iam apertis fideicommissum. Itaque certiorari non debuerunt, cùm iam certi essent *l. 1. in fin. de action. empt.* nec ab aliis quàm à seipsis deceptos se queri possunt, qui domum quam Sempronio per fideicommissum relictam & acquisitam sciebant, inter se tamen quasi hereditariam diuiserint *l. nam si scit* 26. *supr. de rei vindicat.* Proinde cessante ratione illa præsumpti doli quem nos non tam ex præsentia, quàm ex patientia & taciturnitate illius inducimus, qui non certiorauit, cùm certiorare deberet, sola quæstio illa apud Modestinum supererat, an ob id solum quod diuisioni Sempronius interfuerat, partam sibi & competentem fideicommissi persecutionem amisisset. Respondet autem verissimè non amisisse, quia, vt toties diximus, sola præsentia etiam cum patientia & taciturnitate coniuncta non est, legitimus modus amittendi dominij, nec alienæ rei facta diuisio inter coheredes per arbitrum familiæ erciscundæ valere potest, cùm per adiudicationem ab arbitro factam necesse sit dominium rerum adiudicatarum in eum transire, cui adiudicatæ sunt *§. vltim. Instit. de offic. iudic.* Quod autem addit Modestinus nec doli mali exceptione summouendum Sempronium, nisi euidenter appareat eum omittendi fideicommissi causa diuisioni adfuisse, ostendit satis facilius esse, vt inducatur doli exceptio ad summouendum eum, qui alieno negotio tanquam testis interfuit, quàm vt per suam præsentiam ius dominij amisisse existimetur. Loquor de iure dominij, quia quod ad pignoris ius attinet, tam facile est, extingui & dissolui vinculum pignoris ipso iure, quàm aduersus pignoris persecutionem doli exceptionem accommodari, cùm pignus sola nudáque voluntate liberetur, quę modò habeat consensum. Quomodo autem potest doli exceptio locum habere, si nemo sit qui deceperit, aut qui deceptus sit? Verissimum igitur est, quod volumus toties præsentiam cum patientia & taciturnitate coniunctam nocere, quoties is qui præsens fuit, & tacuit, alioqui decepisset contrahentem, & iustam eius ignorantim circum-

BIU Cujas

ueniſſet. Quare nec imputandum eſt, aliud reſponſurum fuiſſe Modeſtinum in ſpecie *dict. §. Lucia Titia.* Si Sempronius non quaſi teſtis adfuiſſet diuiſioni, dum ne ad hoc ipſum, vt fideicommiſſi perſecutionem omitteret, adhibitus fuiſſet. Quo caſu nec ei prodeſſet, quòd tanquam teſtis adhibitus eſſet, vt omnium clariſſimè reſponſum illud Modeſtini demonſtrat: in eo ſummopere notandum aduerſus illos, qui negant fieri poſſe vt ſibi noceat is, qui non niſi tanquam teſtis adhibitus fuit. Contrà verò in ſpecie *dict. l. fideiuſſor 26. §. pater. infr. de pignor.* idem Modeſtinus reſpondit, nec dubitandum eſſe quin filius emancipatus, qui iubente patre mutuam pecuniam accepturo à Septitio creditore, chirographum ſua manu perſcripſerat, cùm pater ipſe impeditus eſſet ſcribere: quo chirographo continebatur, inter cætera domum, quæ ad filium emancipatum pertinebat, pignori futuram creditori, conſenſum ſuum ei obligationi pignoris accommodauerit, quamuis neque ſigno ſuo neque alia ſcriptura puta ſubſcriptione ſua conſenſum ſuum declaraſſet: non enim poterat ignorare quid chirographo contineretur, quod ipſe manu ſua perſcripſiſſet, atque ita decepiſſet creditorem, ſi ea ſcripturâ non conſenſiſſe pignori diceretur. Cùm tamen ex facti circumſtantiis appareret ſcriptum à filio inſtrumentum chirographi iubente patre, idque facilè perſuadente, cùm propter reuerentiam quæ à filio quamuis emancipato debetur patri, contradicere filius non auderet *arg. l. 1. §. quæ onerandæ. infr. quarum rerum exact. non det. l. penult. de furt. l. ſi patre cogente 22. de ritu nupt. l. ſi ſuperſtite 5. C. de dolo.* Nec tamen adhibitum à patre filium ad perſcribendum chirographum ea mente, vt ſibi noceret, aut quod actum eſſet cum creditore, vt ea filij domus pignori daretur: ſed ob id tantùm quòd ſiue infirmitate, ſiue qua alia de cauſa impediretur pater, ne chirographum ſua manu poſſet perſcribere. Quibus circumſtantiis concurrentibus vix ſanè vt puto reperiretur ex pragmaticis noſtris, qui contra filium id reſpondere auderet, niſi Modeſtinus prior reſpondiſſet. Qui porrò non aliam ita reſpondendi cauſam habuit, quàm quia deciperetur Septitius, qui pecuniam veriſimiliter crediturus non fuiſſet, niſi domum filij futuram ſibi pignori ex chirographo didiciſſet. Quantò magis autem fuerat Modeſtinus idem reſponſurus, ſi filius hic manu ſua chirographo ſubſcripſiſſet tanquã teſtis, aut chirographum annulo ſuo ſignaſſet? Id enim ſignificant verba illa, *Cùm neque conſenſum ſuum accommodauerit patri aut ſigno ſuo, aut alia ſcriptura.* Æquius namque eſt, ſibi nocere illum qui ſubſcribit, aut ſignat annulo tanquam teſtis, adeóque qui ſe in teſtem adhiberi patitur, licèt neque ſubſcribat, neque ſignet, quàm is qui ad perſcribendum alieno nomine inſtrumentum manus ſuæ miniſterium duntaxat adhibet, præſertim ſi filius ſit, qui iubenti & imperanti patri non valenti fortaſſe propter decrepitam ætatem, aut valetudinem ſcribere, non poſſit non parere, ſi non patriæ poteſtatis iure, quæ poſt emancipationem nulla ſupereſt, ſaltem reuerentiæ ratione quæ per emancipationem non intercidit nec quicquam cum patria poteſtate commune habet *l. adoptiuum 8. ſupr. de in ius vocand. l. 4. infr. de curat. furioſ. & aliis extr. minor. dand.* Vide elegantem de tota quæſtione hac & latam diſceptationem apud Annæum Robertum *lib. 4. rerum iudicat.* vbi duo celeberrima refert in ſententiæ noſtræ confirmationem, magnæ Curiæ Pariſienſis Senatuſconſulta: quorum authoritate, tantiſque rationum momentis facilè perſuaſus Senatus noſter idem pronunciauit, in cauſa quadam ardua, non aliter in poſterum pronunciaturus, quoties caſus occurret. Nam & interpretum noſtrorum communis hæc ſententia eſt tam Canoniſtarum in *cap. ex literis.* vbi potiſſimùm Abbas *extr. de tranſact.* quàm Legiſtarum, vt refert Anton. Gabriel *lib. 1. Commun. opin. concluſ. 3. de præſumpt. à num. 18. vſque ad numer. 26.* Notat hîc Accurſius, non omnem vocem teſtatoris habere vim legis ex *l. rationes 6. Cod. de probat. l. Seiæ 28. in princip. infr. ad SC. Velleian.* Sicuti nec quælibet vox iudicis habet vim ſententiæ *l. ex ſtipulatione 7. Cod. de ſentent. & interloc. omn. iudic.* Rectè: neque enim lex duodecim tabularum permiſit patrifamilias de rebus alienis teſtari, ſed de ſuis duntaxat *l. verbis legis 120. de verbor. ſignific. l. conficiuntur 8. §. ſi poſt factum. infr. de iur. codicill.* Sed quod addit, erroneam ſubſcriptionem non nocere, tametſi verum ſit, vt conſtat ex *l. vltim. Cod. plus valere quod agit. l. 2. Cod. de rebus alien. non alienand.* ad hanc tamen legem non eſt accommodatum, in qua ſignauerat debitor teſtamentum ſui creditoris, non tam per errorem quàm per meram iuſtamque alieni facti ignoratiam, vt & in *l. Titius 8. infr. de reſcind. vendit.* facta erat ſubſcriptio ab ignorante ius ſuum, qui ſi ſciuiſſet non ſubſcripſiſſet, quique proinde ſubſcribendo emptorem decepiſſe videri non poterat. Æquè impertinens eſt quod idem Accurſius ſubiicit, Plus valere quod eſt in veritate, quàm quod eſt in opinione *§. ſi quis. Inſtit. de legat.* Eſt enim opinio quidem aliqua & ea falſa illius qui errat, ſed non etiam eius qui ignorat penitus: quamuis error quoque habeat in ſe ignorantiam quandam, aut potius imperitiam, vt loquitur Vlpianus in *l. ſi per errorem 15. ſupr. de iuriſdict.* Denique quod ex hac lege infert generaliter Accurſius præſentiam etiam cum patientia & taciturnitate coniunctam (de hac enim ſola loquimur) non haberi pro conſenſu, falſiſſimum certè eſt omnibus illis caſibus quibus alioquin eueniret, vt ex ea præſentia & taciturnitate alius deciperetur, vt probauimus ex *dict. l. quidam 12. de euict. dict. l. ſeruus communis 38. de donat. inter virum & vxor. dict. l. fideiuſſor 26. §. pater de pignor. dict. l. ſicut 8. §. non videtur. verſ. ſed ſi ſubſcripſerit & l. Titius 9. §. 1. quibus modis pign. vel hypoth. ſoluit. dict. l. apud Celſum 4. §. quæſitum 12. de dolo mal. except. d. l. 1. §. ſed & ſi ſerui quoq; iuſ. dict. l. ſi ſine 5. ad SC. Velleian. l. mulier 11. C. de diſtract. pignor. l. ſi eo tempore 6. l. ſi hypothecas 8. C. de remiſſ. pignor. d. l. vltim. C. arbitr. tutel.*

40. PAPINIANVS libro 3. Reſponſorum.

DEbitor à creditore pignus, quod dedit, fruſtra emit: cùm rei ſuæ nulla emptio ſit. nec, ſi minoris emerit[a], & pignus petat, aut dominium vindicet, ei non totum debitum offerenti creditor poſſeſſionem pignoris reſtituere cogitur.

Ad l. Debitor

BIU Cujas

Ad l. Debitor 40.

RAT. DVB. Potest quis vendere ius, quod habet in re aliena, sicut & legare, adeò vt quisquis rem alienam vendit, aut legat, in qua ius aliquod habeat, non aliud quàm illud ipsum ius quod in ea re habeat, legare vel vendere videatur *l. si domus 71. §. pen. & vlt. de legat. 1.* Atqui licèt pignus remaneat in bonis debitoris *l. cùm & sortis 35. §. 1. supr. l. rescriptum 12. infr. de distract. pignor. l. pignus 6. C. hoc tit.* habet tamen creditor in re obligata ius pignoris, reique tandiu retinendæ, quandiu totum debitum solutum non sit, aut aliter eo nomine satisfactum *l. quandiu 6. C. de distract. pignor. l. si rem 9. §. omnis pecunia supr. hoc titul.* Ergo nihil prohibet, quominus possit debitor à creditore pignus emere, vt ius illud saltem creditoris emisse existimetur, & possessionem pignoris quam habet creditor *d. l. si rem §. propriè d. l. cum & sortis §. 1.* Nam si eam possessionem locare creditor debitori potest, & precariò concedere *l. si rem alienam 29.* vbi diximus *supr. hoc tit. l. si aliquam 28. l. qui pignoris 36. & seq. infr. de acquir. possess. l. non solùm 33. §. vlt. de vsucap. leg. certè 6. §. vlt. & l. seq. de precar.* quidni & vendere? Cùm quicquid locari & precario & pignori dari potest, multo magis vendi possit *l. 2. infr. locat. l. sed & quod 9. §. 1. infr. de pignor.* Etsi video Accursium nostrum cõtrà sentire, vt si creditor debitori possessionẽ ipsam pignoris expressè vendiderit, repetere possit debitor quod eo nomine dedit, quasi nihil actum sit ex *l. seruum meum 37. supr. de cond. indeb.* Quæ tamen lex ad rem nil pertinet. Agit enim de domino, qui rem suam insciens emerit, non de debitore qui pignoris possessionem solam emerit à creditore. Sicut enim aliud est proprietas, aliud autẽ possessio, aliud precium rei, aliud possessionis *l. 3. §. vlt. infr. vti possid.* Sic aliud est proprietatem & rem ipsam vendere, aliud verò possessionem, sicut & legare, & locare, & precariò concedere, vt ex supradictis legibus appareat. Ergo non frustrà debitor emit à creditore pignus quod ei dedit.

DEC. Rei suæ nulla emptio est, siue sciens, siue ignorans quis emat *l. suæ rei 16. infr. de contr. empt. l. neque pignus 45. de regul. iur.* Atqui remanet pignus in bonis debitoris, vt diximus. Ergo debitor à creditore pignus quod ei dedit frustrà emit. Nec enim comparatæ sunt emptiones & venditiones, nisi vt qui emit, rem alienam sibi acquirat, non quasi res aliena vendi non possit, quam vendi posse certum est *l. rem alienam 28. de contr. empt.* sed quia non potest videri ea res vẽdita de cuius dominio id actum est, inter emptorem & venditorem, ne ad emptorem transeat, sed hoc aut locatio est, aut aliud genus cõtractus *l. pen. §. vlt. eod. tit.* Id autem quod iam meum est non magis meum fieri potest *§. sic itaque Instit. de action. §. si aliena 6. & §. sed si rem 10. Instit. de legat. l. in bello 12. §. si quis seruum de captiu. & postlim. leg. non vt ex pluribus 159. de regul. iur.* Aliud sane est, si quis non quasi suæ rei emptor, sed quasi debitor ipsum ius pignoris à creditore redemerit, adeóq. pignoris possessionem. Nec enim dubitandum est, quin huiusmodi emptio & venditio valeat. Quod non obscurè innuit Iulianus in *l. si debitor 39. in princ. eod. tit.* vbi ait, si debitor rem pigneratam redemerit à creditore, quasi suæ rei emptor, non teneri eum actione ex vendito & integra esse omnia creditori. Opponit nimirum Iulianus debitorem, qui pignus redimit tanquam debitor à creditore quasi creditore. Hic enim nõ proprietatem, quemadmodum ille, sed solum ius pignoris quod in ea re creditori competebat, emere voluisse intelligitur, ne scilicet debitum pro quo pignus datum fuit, restituere teneatur, sed precium dũtaxat de quo conuenit persoluere, quasi commutato debito in precium, & pignore in venditionem. E contrario non dubitatur, quin creditor indistinctè possit emere pignus à debitore, quia debitor dominus pignoris est *d. l. rescriptum 12. in princ. infr. de distr. pignor.* Planè si debitor velit pignus emere à creditore, in eámque rem supponat personam amici qui emat, licèt mera iuris ratione non magis valeat emptio, quia semper verum est, debitorem emere rem suam, placet tamen mandatum consistere, vt ex eo & qui mandauit, & mandatarius mandati actione ille directa, hic contraria obligetur *l. si mandauero tibi 22. §. si hi quorum infr. mandat.*

a *Nec si minoris emerit.* RAT. DVB. Etiam ex actu nullo declaratur voluntas *l. vlt. infr. de reb. eor. qui sub tutel. l. licèt transferam 20. de adim. legat.* Ergo quamuis debitor à creditore pign⁹ quod dedit, frustra emat, cùm rei suæ emptio nulla sit, si tamen minoris emerit quàm sit debitum, tanti videtur ius suum æstimasse quanti precium, non quanti debitum est. Et consequenter siue pignus repetat per directam actionem pigneratitiam, siue dominium vindicet, quod vtique facere tanquam dominus potest, dicendum est non cogi eum offerre totum debitum creditori, vt creditorem cogat possessionem pignoris restituere, sed sufficere si tantum offerat, quantum precij nomine conuentum fuit. DEC. Non magis potest esse precium aliquod vbi nulla emptio est, quàm aliqua esse emptio vbi nullum precij est, cùm substantia emptionis consistat ex precio *l. 1. 12. §. 1. l. pacta conuenta 72. vers. Paulus notat. inf. de cont. emp. l. 1. de rer. permut.* Ergo cùm rei suæ emptio non consistat, nulla precij cõuenti ratio haberi potest in luẽdo aut vindicando pignore, sed tantũ debitæ quãtitatis, nec minus si debitor pluris pign⁹ emerit, quã in debito sit, quàm si minoris. Id enim tantũ offerre cogetur, quod est in debito, non quod in precio.

1 ¶ Debitoris filius, qui manet in patris potestate frustrà pignus à creditore patris, peculiaribus nummis comparat. & ideo si patronus debitoris contra tabulas eius possessionem acceperit, dominij partem obtinebit. nam pecunia, quam filius ex re patris [a] in precium dedit, pignus liberatur.

Ad §. 1. Debitoris.

RAT. DVB. Qui emit pignus à creditore iure creditoris distrahente, non tãtùm possessionem rei obligatæ nanciscitur, sed etiam dominium *leg. 4. sup. l. non est nouum 46. infr. de acquir. rer. domin.* adeò vt de proprietate vinci non possit *leg. qui à creditore 18. Cod. de distract. pignor.* Atqui ponimus debitoris filium pignus à patre datum emisse à creditore ritè distrahente. Ergo dicendum est dominium rei obligatæ

BIU Cujas

acquiri filio non patri. Et consequenter si debitor fuerit libertinæ condicionis, patronum eius petentem bonorum possessionem contra liberti tabulas ob non relictam ei legitimã portionem (nullo scilicet iam superstite filio vel eo ritè exheredato rectéque, vt querelam proponere, ac in ea obtinere non possit, vel denique abstinente se bonis patris, vt Iustinianus explicat in *tit. de succeſſ. libert.*) nullam dominij partem in eo pignore habiturum, tanquam quod in bonis morientis liberti non fuerit, sed in bonis filij, qui non libertus, sed ingenuus fuit, vtpote ex libero & libera natus *tit. Inſt. de ingen. in princip.* Nec quod filius hic in patris potestate fuerit, emptionis tempore ad rem facere videtur: cùm etiam vetere Pandectarum iure filiusfamilias acquisitionis capax esset, nolente patre aut non valente sibi acquirere, vt contra inueteratum errorem interpretum sæpius docuimus ex *l. 4. §. ſed & filiusfamilias ſup. de edend. l. is qui heres* 13. *§. vlt. l. cùm heres* 52. *infr. de acqu. hered. l. cogi* 16. *§ ſi pater filio* 11. *leg. Imperator* 50. *ad SC. Trebell. l.* 1. *C. qui admitt. ad bonor. poſſeſſ.* Atqui non potest pater pignus suum emere à creditore, ne quidẽ per suppositam filij personam, quia rei suæ emptio nulla est, vt diximus ad initium huius legis ex *leg. ſi mandauero tibi* 22. *§. ſi bi quorum infr. mandat.* Ergo nõ potest patria potestas impedire, quin hoc saltem casu possit filius patris rem sibi emere non à patre, sed à creditore, sicut & alius extraneus quilibet: præsertim cùm nulla in eo fiat iniuria aut patri aut creditori. Minus ad rem facit quod in proposita huius §. specie filiusfamilias ex peculiaribus nummis, id est, vt benè Accursius interpretatur, ex profectitiis pignus paternum cõparauerit. Constat enim quoties de dominio rei venditæ quæritur, cui acquiratur, non tam inspiciendum esse, ex cuius pecunia res empta sit, quàm cuius nomine & empta fuerit, & tradita *l. qui aliena* 8. *C. ſi quis alter. vel ſib.* nisi cùm comparata est ex nũmis pupilli vel militis *l. ex facto* 52. *verſ. planè infr. de pecul. l ſi vt proponis* 8. *C. de rei vindic. l.* 2. *infr. quand. ex fact. tutor.* Ponimus autem & filiumfamilias emisse sibi, & suo nomine, quamuis ex peculio profectitio, & ei non patri traditam rem fuisse, vt taceam peculium profectitium, tametsi sit patris, esse tamẽ etiam filijfamilias, & veluti patrimonium eius censeri *l.* 3. *§. ſed vtrum l. patri* 27. *ſupr. de minor. l. depoſui* 5. *§. peculiũ l. quoties* 47. *§. vl. & paſ. inf. de pec.*

Dec. Filiusfamilias in patris potestate manens quicquid acquirit, etiamsi velit sibi acquirere, acquirit tamen patri, & quidem ita vt ne momento quidem temporis consistat acquisitio in persona filij, non magis quàm in persona serui, si quid seruus acquirat, dummodò velit pater sibi acquiri *l. placet* 79. *de acquir. hered.* Nulla enim hac parte inter filiũfamilias & seruum differentia est, nisi quod seruus acquirit domino etiam inuito *leg. etiam inuitis* 32. *de acquir. rer. domin. l. ſeruus vetante* 62. *de verb. oblig.* extra causam hereditatis *l. qui in aliena* 6. *l. ſi quis mihi* 25. *§. iuſſum de acquir. hered.* filius verò patri non nisi volenti, quia ipse cùm sit liber homo, & habeat caput in ciuitate, acquirere sibi potest, vt diximus. Ergo fatendum est filiumfamilias ementem à creditore pignus à patre datum ex nũmis peculiaribus, vel patri acquirere vel nihil agere. Atquin patri acquirere nõ potest, ne quidẽ volenti, quia nec pater ipse rem suam posset emere, & sibi magis acquirere, cùm id quod iam ipsius est, magis eius fieri non possit §. *ſic itaque Inſtit. de actionib. l. non vt ex pluribus* 159. *de regul. iur.* Ergo, vt Papinianus hîc respondet, filius debitoris in patris potestate manẽs, frustra pignus à creditore patris peculiarib. nummis comparat. Tunc enim filiusfamilias sibi potest acquirere, cùm pater non vult sibi per filium acquiri, non autem cùm acquirere patri non potest, nec si pater velit. Dices, tãto magis permittendũ esse filio, vt sibi acquirat, cũ patri acquirere non potest, nec si ambo cõsentiant. Quid. n. refert, an pater sibi per filium acquiri nolit, an ei acquirere filius non possit? Sed respondeo primam in acquirendo causam esse patris, secundam filij *l.* 1. *C. qui admitt. ad bonor. poſſeſſ. poſſint.* vt proinde quod filiusfamilias patri acquirere etiã volenti non potest, nec sibi possit. Instabis, Cur ergo Papinianus distinguit, an ex peculiarib. nummis, an ex aliis filius paternũ pignus comparauerit? Nam cùm ait frustrà eum cõparare ex nummis peculiaribus, hoc ipso fatetur aliud dicendũ esse, valeréque emptionem, si filius ex aliis quàm ex peculiarib. nũmis cõparauerit. Et sanè ita est. Valet hoc casu emptio, non quia pater rem iam suam acquirere sibi vno casu magis quàm alio possit, sed quia cùm ex aliis quã ex profectitiis & peculiarib. nummis filius paternum pignus à creditore comparauit, emolumentum aliquod emptionis est, quod patri per filium acquiri possit, scilicet vt incipiat pater rem suam habere liberam, quæ antea fuerat pignori obligata: habere, inquam, ex noua causa, id est, ex venditione per creditorem facta, & eodem penè iure quo haberet, si res creditori fuisset, postquam ita receptum est, vt creditor rem sibi obligatam perinde ac suam possit distrahere, eiúsque dominium in emptorem transferre *d. l. 4. ſupr. d. l. non eſt nouum* 46 *infr. de acq. rer. domin.* Quid? inquies, An non & idem euenit, cùm ex peculiarib. nummis filius à creditore pignus emit? Nam & hoc casu pignus liberatur, vt Papin. subiicit. Est igitur aliquod emolumentum patris, hoc quoq; casu ex emptione, quam filiusfamilias fecerit. Respondeo. Imò verò nullũ esse hoc casu patris emolumentum, quia pignus ex ipsius patris, non ex filij pecunia liberatum intelligitur, quandoquidem peculium licèt sit filijfamilias, magis tamen est patris, qui ob hanc causam & de peculio tenetur, & peculium filio adimere, aut in totum ex parte pro arbitrio quandocunque potest, dum ne dolo malo *d. l.* 3. *§. ſed vtrum & dict. l. patri* 27. *de minor. l. quis ergo* 16. *l. ſumma cum ratione* 21. *l. peculium* 40. *in fin. de pecul. l. i. §.* 1. *l. interdum* 14. *de in rem verſ.* Precium autem quod ex causa emptionis soluitur omnino necesse est emptoris esse, vt pecuniæ numeratæ dominium transferre possit in venditorem *l. ex empto* 11. *§.* 1. *infr. de actionem. empt.* Nihil ergo acquirit filius patri, cũ ex nũmis paternis soluit precium rei paternę, quam emit. Et quod hoc quoq. casu pignus liberatur, non ex eo fit, quasi factum filij liberationem patri acquisierit: sed quia perinde esse debet, ac si pater creditori per filium soluisset, quo casu non dubitaretur, quin & parta patri liberatio, & pignus quoque per consequentias necessarias liberatum esset. Cùm verò ex aliis quàm peculiaribus nummis solutio precij facta est creditori, non quidem ab ipso filio (nummi enim quantumuis alieni, si traditi essent filio, æquè patri acquirerentur per filium, nec proinde alio iure censeri deberent, quàm peculiares) sed ab alio qui donatum filio voluerit, vt nunquã videri potuerit pecunia quæsita patri, sed rectà creditori nomine tamen filij pignus paternũ ementis, acquiritur emolumentum emptionis patri per filium, vt pater nõ modò rem suam liberam habere in-

BIU Cujas

incipiat, sed neque creditori amplius neque extraneo qui numerauit pecuniã, teneatur. Itaque quod in specie huius §. Papinian. negat, valere emptionẽ factam à filio, non illam duntaxat rationem habet, quòd filius eo tempore fuerit in patris potestate, sed hanc quoque, quòd ex peculiaribi nummis preciũ soluerit: qua posteriore ratione cessante prior vtique sola non sufficeret, vt emptio impediretur; & frustra facta dici deberet. Illud verò dignũ obseruatione est, quod quãuis Iustin. in *l. eũ oportet 6. & l. vlt. C de bon. quæ liber.* effecerit filiosfamilias capaces acquirendorum sibi aduentitiorum omnium solo patri excepto & concesso vsufructu, incorrecta tamẽ remanet etiam hodie sententia huius §. quia in nũmis peculiaribus, & generaliter in profectitiis omnibus nihil Iustinianus innouauit *d. leg. cùm oportet in princ.* Planè quod diximus in nummis aduentitiis aliud responsurum fuisse Papinianum, si modò non traditi filio fuissent ab extraneo, sed ipsius nomine soluti pignoratitio creditori admittendum hodie est indistinctè, id est, eo quoque casu quo ipsi filiofamilias traditi sint, quia non ideò acquiruntur patri pet filium, vt olim, sed filio soli, ob idq; precium ex eiusmodi nummis solutum non ex patris, sed ex filij pecunia solutum videri omnimodo debet.

2 *Nam pecunia quam filius ex re patris.* RAT. DVB. Non liberatur pignus, nisi tota pecunia quæ debetur creditori soluta sit vel ab ipso debitore, vel saltẽ ab alio ipsius debitoris nomine, vel aliter creditori fuerit satisfactum *l. si rem 9 §. omnis pecunia sup.* Atqui ponimus solutam fuisse pecuniam non à patre debitore, sed à filio emente rem patris; nec patris nomine, sed ipsius filij: nec denique pro debito, sed pro precio emptionis, & quidem quæ ipso iure nulla est, & inualida. Non igitur fieri potest, vt eius pecuniæ solutione pignus liberetur.

DEC. Sufficit ad liberationem pignoris, vt quantum debetur creditori ex ea causa pro qua pignus datum est, tantumdem ex pecunia debitoris ad creditorem peruenerit, cuius pecuniæ retinendæ non aliam causam habeat creditor, quam quia creditor sit, & quę causa si non esset, condictione teneretur creditor ad eã pecuniam restituendam, quia semper bonũ & æquum est, pecuniam meam quæ ad te sine causa peruenerit, mihi abs te reddi *l. si & me & Titiũ 32. in fin. sup. de reb. cred.* Atqui nullã creditor hîc causam habet retinendæ pecuniæ quam filius pro venditionis pretio ex re patris soluit, cùm tanquam vẽditor retinere nõ possit iure precij ex causa eius vẽditionis, quæ non valuit. Superest igitur, vt pecuniã sibi solutam in precium retineat, & imputet in debitũ, pro quo pignus acceperat, & cõsequenter, vt si quantitas precij nõ minor sit quantitate debiti (hoc enim omnimodo exigitur, vt pignus liberari possit, cuius liberãdi causa indiuidua est, vt toties diximus ex *l. heredes 25. §. idem obseruatur sup. famil. erciscun. l. rem hereditariam 65. infr. de euict. l. quandiũ 6. C. de distract. pignor.*) non solùm pater ipse idem debitor iure cuiusdam compensationis liberetur, vt in *l. si conuenerit 18. supr.* sed etiam pignus ipsum extinguatur, non minus quàm si à patre ipso facta solutio proponeretur. Nihil enim refert, vt in superioribus diximus, an creditor pecuniam à patre ipso eodémque debitore acceperit, quo casu nemo dubitaret, quin pignus liberatum esset, an verò à filio soluente ex re patris, quamuis suo non patris nomine, quoties neque solutionis faciendæ causam vllam filius habuit, neque habet creditor pecuniæ retinendæ.

2 ¶ Soluta pecunia, creditor possessionem pignoris, quæ corporalis apud eum fuit, restituere debet: nec quicquam amplius præstare cogitur. Itaque si medio tempore pignus creditor pignori dederit: domino soluente pecuniam, quam debuit, secundi pignoris neque persecutio dabitur, neque retentio relinquetur.

Ad §. vlt. Soluta pecunia.

RAT. DVB. Iure suo facit creditor, qui pignus sibi datum à suo debitore, dat etiam alij creditori seo pignori. Id enim tandem receptum est à prudentibus, contra iuris rigorem, qui aliud suadere videbatur, cùm pignus dari non possit, nisi à domino *l. aliena res 20.* vbi diximus *sup.* creditor autem non sit dominus *l. cùm & sortis 35. §. 1. supr.* sed ex sũma æquitate ob vtilitatem commerciorum, postquam vtilitas pignorum irrepsit *l. qui autem 14. § 1. supr. de pecun. constit.* & illo etiam iuris colore, quòd creditor pignoratitius omnes pignoris fructus suos faciat, quamuis postea imputandos in sortem *l. 1. & 2. Cod. hoc tit.* fructus autem rei sit vel pignori dare licere *l. vlt. infr. de vsurp.* Ergo si creditor pignoratitius pignus sibi datum pro centum alij dederi pignori pro ducentis, non est audiendus debitor, si centum duntaxat oblatis, quæ ipse debet, pignoratitia velit agere ad pignoris à se dati restitutionem: nisi præterea offerat centum alia, id est, integra ducenta, quæ secundo creditori debentur. Quomodo enim fieri potest, vt pignoris vinculum quod pro secundo creditore ritè rectéque cõtractum est, inuito eo dissoluatur, oblata minore summa, quàm quę ipsi debeatur? Quandoquidem voluntate primi debitoris pignus quod ei datum fuerat, etiam creditori creditoris obligatum intelligitur. Quod sufficit, vt non nisi tota summa soluta quæ creditori creditoris debetur, luere pignus possit, *d. l. aliena 20. leg. petenti 27. supr. hoc tit.* Nec vlla in eo fieri videtur iniuria primo debitori, qui vtique aduersus proprium creditorem habere potest regressum pignoratitia actione ad consequẽdam indemnitatem, ob id, quòd pro maiori quantitate pignus alij dederit, quàm pro quanta sibi datum fuisset.

DEC. Resoluto iure datoris resoluitur ius acceptoris, vt solent loqui nostri, & verissimum est ex *l. lex vectigali fundo 31. inf. de pign. l. vbi autem 4. alias l. si ex duobus §. sed & Marcellus inf. de in diem addict.* quia nec plus iuris in alium trãsferre quisquam potest, quàm ipse habeat *vulg. l. nemo plus iuris 51. de regul. iur.* Atqui primus creditor qui pignus sibi à debitore suo datum alij creditori pro maiori quantitate pecuniæ dedit pignori, non habuit ius obligatæ rei retinendæ, nisi quoadusque soluta ei esset pecunia, quæ ipsi non quæ ab ipso debeatur, & quamuis ex tacita ipsius voluntate creditor idem pignus alij suo creditori dedisse videatur, debet tamen eiusmodi tacita voluntas tacitam quoque illam interpretationem admittere, vt neque longiori tempore voluerit secundum pignus durare, quàm quo primum duraturum esset, neque pro maiori quantitate, quàm pro qua ipse pignus dedisset. Denique

BIU Cujas

vt hactenus meliorem suam condicionem facere creditor primus posset, quòd idem pignus creditori suo iterũ dare pignori non prohiberetur, sed tamen deteriorem ac duriorem debitoris sui causam facere ea datione non posset. Ergo dicendum est, quod Papinianus hic respondet, solutâ creditori pignoratitio per debitorem pecuniâ quam ipse debuit, cogẽdum esse creditorem qui priore loco pignus accepit, vt corporalẽ possessionem quam pignus accipiendo nactus est, per actionem pignoratitiam restituat, nec amplius quicquam præstare cogi debitorem, vt pignus à se datum liberet, id est, non etiam ad hoc teneri, vt præterea offerat, vel præstet, quod creditoris creditori amplius debeatur, quamuis primus creditor, qui secundo idem pignus dedit pro maiori quantitate pecuniæ non aliter luere illud possit, quàm si totum offerat quod debet, nec liberetur offerendo, quantum sibi debetur. Nihil enim commune habet pignus primum cum secundo, nisi quod eadem res est, quæ vtroque contractu obligata fuit, cúmque pignoratitia actio nascatur ex contractu pignoris *l. 1. supr. l. pen. infr.* sicuti non potest dari primo debitori contra creditoris sui creditorem, cum quo non contraxit, ita neque æstimanda est ex eo, quod primus creditor pignoratitius creditori suo debeat, sed ex eo tantùm quod suo creditori debet primus debitor, qui pignus dedit: & hic proculdubio Papiniani in hoc §. sensus est, siue dictionem *debitor*, quæ in textu deest, addere velis, siue malis supplere ad verbum *cogitur*. Nam si referas cum Accursio verbum hoc *ad creditorem*, facies omninò ridiculum Papinianum, & respondentem de casu prorsus indubitabili. Quid enim aliud possit debitor à creditore petere per actionem pignoratitiam, nisi vt corporalis possessio pignoris, quam in creditorem transtulit, sibi à creditore restituatur? An fortè Papinianus cùm de corporali possessione locutus est, de naturali tantùm sensit, vt ciuilem excluderet, quomodo apud Accursium quidam interpretãtur? Sed hoc totum nugatorium est, cùm ciuilis possessio naturalem plerumque concomitetur, præsertim verò in iusto creditore pignoratitio, quem constat possidere sibi etiam ciuiliter, quod ad omnes causas præterquam quod ad vsucapionem *leg. serui nomine 16. inf. de vsucap.* Præter id quod, vt idem Accursius disputat *restituendi* verbum, quo hîc Papinianus vtitur, plenissimam habet significationem *leg. videamus 38. §. in Fauiana infr. de vsur. leg. restituere 35. leg. restituere 75. de verborum significat.* vt proinde non minus ciuilem quàm naturalem possessionem continere debeat. Nec minus tamen nugatur idem Accursius, cùm Papinianum sic intelligit, vt creditor pignoratitia conuentus possessionem tãtùm pignoris restituere teneatur, non etiam pignus quod dedit creditori suo liberare. Nam imò verò liberare teneretur, si vellet ipse pignus à se datum luere, aut si secunda pignoris datio ab eo facta posset rem obligatam afficere supra eam quantitatem, cuius debitor fuit dominus, qui pignus dedit. Quòd si Papinianum sic velis intelligere, vt creditor ad nihil aliud cogi possit, quàm ad corporalem possessionem restituendam, vt excludas quanto deterior res obligata facta sit dolo vel culpa creditoris, falsam efficies Papiniani sententiam, cùm neque restitui videatur res, quæ deterior redditur, sed dolo potius facere videatur, qui deteriorem reddit *leg. 3. §. si reddita supr. titul. proxim. leg. 1. §. si res deposita 16. infr. deposit. leg. creditor 7. & seq. Cod hoc tit.* Admittamus ergo, quod res est, Papinianum de debitore loqui non de creditore, cùm ait, nihil eum amplius præstare cogi, scilicet quàm vt soluat id ipsum, quod suo creditori debet, non quod creditor alij suo creditori. Non enim videri potest minus soluisse is, in quem amplioris summæ actio non competit *leg. non potest videri 117. de verborum significat.* Huic verò interpretationi nostræ, aut etiam emendationi, si dictionem *debitor* mecum addere malis, quàm supplere, ne quid obscuri aut ambigui remaneat, quadrant optimè sequentia illa omnia, quæ per illationem Papinianus subiicit his verbis, *Itaque si medio tempore pignus creditor pignori dederit, domino soluente pecuniam quam debuit, secundi pignoris neque persecutio dabitur, neque retentio relinquetur.* Esset enim hæc illatio inepta, si in præcedentibus dixisset Papinianus creditorem pignoratitium, nihil aliud præstare cogendum per actionem pignoratitiam quàm vt corporalem pignoris possessionem restituat creditori. Quid enim hoc cum illo commune habet? Sed erit congruentissima si superior sententia ad debitorem referatur: si enim verum est, vt est, debitorem creditoris qui idem pignus alij creditori pignori dederit, nihil amplius præstare cogi, quàm vt eam pecuniam soluat, quam ipse debeat, non etiam quam creditor suo creditori, prorsus consequens est, vt eâ pecuniâ solutâ, quemadmodum pignoris primi vinculum tollitur, ita secundum pignus quod à primo pender, tanquam accessorium quoddam à principali, æquè pereat, & extinguatur: ac proinde vt neque persecutio pignoris secundo creditori competat, si pignus non possideat, neque retentio si possideat, quia tam persecutio quàm retentio pignoris præsupponit pignus aliquod in necessarium antecedens *leg. 1. infr. de pignor.* quamuis retentio possit locum habere, etiamsi pignus nullum sit, vt in *leg. si in area 33. de condict. indeb. leg. in hoc iudicium 14. §. 1. supr. commun. diuid.* subsistente nimirum alia causa iusta, quæ porrò hîc, nullo subsistente pignore, subesse nulla potest. Iunge his quæ diximus, *titul. Cod. si pignus pignor. dat. sit leg. grege 13. §. cùm pignori infr. de pignor. leg. de accessionib. 14. §. & si mihi pignori infr. de diuers. tempor. præscript.*

41. PAVLVS libro 8. Quæstionum.

REm alienam pignori dedisti, deinde dominus rei eius esse cœpisti. datur vtilis actio pigneratitia creditori. Non est idem dicendum, si ego Titio [a], qui rem meam obligauerat sine mea voluntate, heres extitero. hoc enim modo pignoris persecutio concedenda non est creditori. neque vtique sufficiet ad com-

BIU Cujas

ad competendam vtilem pigneratitiam actionem, eundem esse dominum, qui etiam pecuniam debet. Sed si conuenisset de pignore, vt ex suo mendacio arguatur, improbè resistit, quo minus vtilis actio moueatur.

Ad l. Rem alienam 41.

RAT. DVB. Quisquis agit hypothecaria (de hac enim Paulus hîc tractat, quam postea pignoris persecutionem appellat, licèt eam suo more pignoratitiam vocet, vt in *l. pen. §. 1. inf. de except. rei iudic.*) probare debet præcisè rem in bonis debitoris fuisse eo tempore, quo conueniebat de pignore *l. & quæ nondum 15. § quod dicitur inf. de pignor. l. quæ prædium 6. & l. vlt. C. si alien. res pignor. dat. sit.* Nam cùm pignoris obligatio rem ipsam afficiat, de qua obliganda agitur, certum est non ab alio posse rem obligari, quàm qui eius dominus sit, nisi proponas in contrahenda obligatione voluntatem domini siue expressam siue tacitam interueniisse, aut eius ratihabitionem secutam fuisse, vt in *l. aliena res 20. sup. hoc titul. l. si fundus 16. §. 1. infr. de pignor.* vel obligatam rem fuisse sub hac condicione, si in debitoris dominium quandoque peruenisset, vt in *d. l. si fundus 16. §. alienare s*, vel denique fuisse debitori iam tum debitam cùm eam obligabat *l. 1. in prin. eod. tit.* ex ea scilicet causa, ex qua dominium subinde acquiri per solutionem & traditionem debitori speraretur, puta ex causa emptionis vel stipulationis aliáve simili. Sic enim locus ille intelligendus est, vt constat ex *l. 3. §. cùm ex causa inf. qui potior. in pignor. hab. l. filiam fratribus 56. ad SC. Treb, l. si quis alienam 46. de action. empt.* Ergo si rem alienam pignori dederis, deinde dominus eius rei esse cœperis, non ideò vtilis actio pignoratitia, id est, hypothecaria dari debet creditori. Multum si quidem refert, an quis expressa vel tacita conuentione bona sua omnia generaliter obliget præsentia & futura, an verò specialiter obliget certam rem alienam. Priore casu sufficit dominium quãdocunque postea debitori superueniisse *d. §. quod dicitur*. Posteriore verò non item *d. l. 1. in princip. de pignor.* quia obligationem, quæ ex pacto vel cõtractu aliquo nascitur, cuiusmodi est illa, quæ quasi Seruianam & hypothecariam parit, necesse est nasci vel statim ab initio & ipso pacti aut contractus tempore, vel nunquam. Hîc porrò non potuit nasci statim, cùm tempore conuentionis res certa quæ obligabatur, esset aliena, nec in id tempus conferretur obligatio, quo futura esset debitoris.

DEC. Directa quidem hypothecaria præcisam illam dominij probationem omnino exigit, adeoque inspecto tempore contractus, alioqui non potest pignus consistere, nisi ex superueniente aliqua nõua voluntate domini, quomodo Accursius docet ex *l. cùm res 5. C. si alien. res pignor. dat. sit. l. qui balneum 9. §. Titia infr. qui potior. in pign. hab.* Sed deficiente directa, non est nouum vt vtilis competat, quoties eius dandæ iusta causa non deficit. Inductę sunt enim actiones vtiles tam ciuiles quàm prætoriæ, vt essent subsidiariæ deficientibus directis *l. quoties 21. infr. de præscript. verb.* Atqui cùm debitor ipse qui rem alienam quasi suam, siue sciens, siue ignorãs, pignori dedit creditori ignoranti, conuenitur hypothecaria vtili, summa æquitas contra eum facit pro creditore, quoniam improbus est debitor, si conueniri se posse ideò neget, quòd aliena res fuerit, quam pignori dedit, cùm eo tempore quo dedit, suam esse adfirmauerit, vt proinde ex mendacio suo arguatur, qui non modò contra factum suum venire velit ad suam vtilitatem, quod nunquam ferendum est *l. post mortem 25. supr. de adopt.* sed etiam contra propriam suam adfirmationem, quod semper dolo proximum est *l. si quis adfirmauerit 9. sup. de dolo. l. Iulianus 13. §. quid tamen infr. de action. empt.* Porrò improbitas omnis coercenda est & vindicanda, saltem data vtili aliqua non solùm exceptione, sed etiam, si opus sit, actione *l. si quis dolo 51. §. 1. in fin. infr. de re iudic.* Ergo creditori hoc casu accommodanda est vtilis hypothecaria, ad exemplum scilicet directæ, vt scriptum est in *l. cùm res 5. C. si alien. res pignor. dat. sit.* Et hæc ratio est, quam Paulus noster adfert in fine huius legis, vt postea dicemus. Ex qua ratione intelligimus, tractare Paulum hîc de creditore ignorante rem esse alienam, quæ pignori dabatur. Nam si sciebat, non posset mendacium obiicere debitori, qui vtique scientem decipere non potuisset, quem nec certiorare debuerat *l. 1. in fin. de action. empt. l. tutor 16. §. 1. in fin. supr. hoc tit. l. nam si scit 26. de rei vindic.* Et ita locus hic Pauli conciliandus est cum *d. l. 1. de pignor.* vbi negat Papinianus, in speciem alienæ rei collata conuentione pignoris, posteà quæsito debitori dominio dandam esse vtilem actionem hypothecariam creditori, sed tantùm retentionem si possessor pignoris inueniatur. De illo enim creditore Papinianus disertè loquitur, qui rem alienam esse nõ ignorauit. Ne dubitare quis possit, aliud eum responsurum fuisse in creditore, qui ignorasset. Ignoranti enim & per iustam suam ignorantiam decepto succurrendum est (alieni namque facti semper probabilis est ignorantia *l. vlt. infr. pro suo.*) non etiam sciẽti, ac seipsum decipienti, vt loquitur *d. l. nam si scit.* An verò debitor ipse, qui rem alienam pignori dedit, alienam sciuerit, aut ignorauerit, non distinguimus, quoniam & cùm ignorauit, suamque rem esse credidit & adfirmauit, quomodo adfirmat hoc ipso, quisquis dat pignori, saltem in tacitum quoddam & necessarium antecedens, arguitur posteà ex suo mendacio, si neget se dominum eo tempore fuisse, quo pignori rem quasi suam dabat. Et quamuis iam tum non fuerit in dolo, si rem suam esse putabat, multoque minus si eam bona fide quasi suam possidebat, nunc tamen dolo facit & mẽdacium suum fatetur, cum se negat fuisse dominum: non quia falsa sit negatio, sed quia declarat falsam fuisse adfirmationem, & quidem dolo malo, cùm hodie nihil eius interfit, an vera fuerit, an falsa, si modò bonam fidem vellet agnoscere, nec pignoris controuersiam ei facere, cui & pignus à se datum esse, & debere se non inficietur. Simile quiddam est in *l. 2. §. circa infr. de doli mal. except.* Excipienda tantum est causa libertatis. Vtilis enim libertas nulla est, nisi quæ ab initio competit & efficax fuit *l. si seruo aliuno 20. infr. qui & à quib. manum. liber. non fiant.* Nam si non aliud inspiciendum esset, vt vult Bartolus, nisi an interesset manumissoris, aliud sanè dicendum esset, quia hominem beneficio affici interest hominis *l. si venditor 6. §. 1. de seru. export.* præsertim fauore libertatis quam & competere & conseruari interest etiam reipublicæ. Multum ergo refert an contra debito-

BIU Cujas

rem ipsum, an contra tertium possessorem hypothecaria exerceatur, de re aliena pignori data, cuius dominium posteà fuerit debitori acquisitum. Priore casu non potest debitor quæstionem dominij referre, non magis quàm creditor debitori *l. si pignore 22. §. si prædo & §. si creditor supr.* quia cùm conuenerit pse de pignore, arguit se de mendacio, si neget rem eo tempore suam fuisse, siue bona fide illam possederit, siue possidendi titulum nullum habuerit, ac ne ipsam quidem possessionem, vt Paulus subiicit in fine huius legis: tametsi cùm rem pignori dabat, non adfirmauerit rem suam esse. Sufficit enim id tacitè actum fuisse, vt pro cauto & adfirmato habeatur *l. cum quid 3. supr. de reb. credit.* Nec refert quid dictum fuerit, cùm apparet quid actum sit *l. semper in stipulationibus 34. de regul. iur.* quamuis interfit aliquãdo, an quid nominatim dictum sit, an verò tacitè & in consequentiam tantùm veniat, vt in specie *l. penult. infr. de euict.* At posteriore casu cum aduersus tertium exercetur hypothecaria, non potest actor vincere non solùm si directam proponat hypothecariam, sed nec si vtilem, quin probet rem quæ pignori data fuit, non quidem in dominio, sed saltem in bonis debitoris fuisse eo tempore quo pignori dabatur. Minus enim est ac multo facilius, probare rem fuisse in bonis quàm in vero, & quiritiario dominio, quando dominij probatio plerunque difficillima sit §. *commodum Instit. de interd.* rem autem in bonis esse facilè est probare: cùm ea demùm res in bonis nostris esse dicatur, cuius retinendæ nomine si eam possideamus, exceptionem habemus, aut etiam actionem ad eam recuperandam si eius possessionem amiserimus *l. rem in bonis 52. infr. de acquir. rer. domin.* Itaque si qua res à nobis sic possessa fuerit, vt eius nomine Publicianam habere possimus, nemo dubitat quin & pignori à nobis dari possit, & ad eã vindicandam hypothecaria etiam contra tertium possessorem exerceri, quia sic tuetur Prætor creditorem per Seruianam, quemadmodum debitorem per Publicianam *l. si ab eo 18. infr. de pignor.* Quidni verò cùm vtraque actio sit ex iurisdictione Prætoris? apud quem plus est habere rem in bonis, quàm in dominio quiritiario: cùm si quando concurrant, melior causa sit domini bonitarij, quàm quiritiarij, vt docet Vlpianus in *Fragment. tit. 19. de acquisit. rer.* & constat ex *l. doce 9. Cod. de rei vindic. iunct. l. quamuis 75. infr. de iur. dot.* Et hoc est, quod voluit dicere Bartolus, creditorem agentem hypothecaria directa, contra tertium possessorem, siue habentem titulo singulari causam lucratiuã à debitore, siue onerosam, probare debere dominium directum, vel vtile, vel quasi dominium. Quanquam poterat & expeditiùs & meliùs dicere cum Caio in *d. l. & quæ nondum §. quod dicitur de pignor.* creditori incumbere onus probandi rem fuisse in bonis debitoris. Nam dominium, quod ille vocat vtile, nullum est, vt docuimus in libris Coniecturarum, & ad *l. 1. supr. si ager vectigal. pet.* Rem tamen in bonis habet quisquis aut directum dominium, aut quod ille appellat vtile, aut quasi dominium habet: imò & quisquis rem aliquam bona fide possidet *l. bonorum 49. de verb. signific.* Nec facilè probare possum, quamuis aliàs probauerim, quod idem Bartolus tradit, & cum eo cæteri omnes interpretes, meliorem esse condicionem creditoris agentis Saluiano interdicto ad pignoris possessionem recuperandam: hactenus nimirum, vt sufficiat ei probare debitoris sui possessionem solam, etiam agenti contra extraneum possessorem. Qua ratione vix vllus hodie in tota Italia vsus est actionis hypothecariæ, sed Saluiani tantùm interdicti, ex consilio Pauli Castrensis ad hanc legem, & quidem vtilis, quoties aduersus extraneum agitur, non directi, vt se actor exoneret necessitate probandi dominij, cuius probationem plerique putant esse non modò difficilem, vt Iustinianus loquitur in *d. §. commodum.* sed etiam impossibilem: putant enim cùm Saluiano interdicto, siue directo, siue vtili agitur, sufficere solam possessionis probationem, quòd in eo interdicto, vt in cæteris de possessione tantùm non etiam de dominio & proprietate agatur ex *l. 1. C. de precar. & Saluian. interd.* Ego verò admitto equidem in hoc interdicto, vt in cæteris, de sola possessione agi, alioqui necessarium esse Seruianum iudicium, vt ait *l. 2. infr. eod. ill. tit.* Sed dico, ita hoc intelligi debere, vt qui agit Saluiano interdicto, contendat tantùm de possessione: non etiam vt ei sufficiat sui debitoris possessionẽ probare: cùm nõ aliter Saluianum directum, aut vtile competat, quàm si probetur res coloni, aut alias de quibus agatur pignori datas esse *d. l. 1. infr. de Saluian. interd.* quod & Castrẽsis fatetur. At qui nõ aliter probari hoc potest, quàm si probetur res illas, quæ pignoratæ dicuntur, in bonis debitoris fuisse *d. §. quod dicitur.* Nihil ergo hac in re prodesse creditori potest, quod Saluiano interdicto agat, potiùs quàm Seruiano, aut quasi Seruiano iudicio, vt se grauiori probatione exoneret. Aliudque est tractare de possessione actoris interdictum proponentis, aliud verò de authoris possessione ex qua ius interdicti pendeat, & quam vtique talem esse oportet, vt dubitari nõ possit, quin res ab eo pignoratæ, siue expressè, siue tacitè in bonis eius fuerint, id est, pro qua siue tuenda, siue recuperanda vel actionem, vel exceptionem habere potuerit *d. l. rem in bonis*, aut etiam interdictum: nam & actionis appellatione generali etiam interdicta continentur *l. actionis 37. infr. de oblig. & action.* vt proinde nihil prohibeat, intentari hoc casu hypothecariam, non minùs quàm Saluianum vtile interdictum, licèt Bartolus hic *num. 9.* contrà sentiat. Nec rursus nouum est, vt etiam in interdictis de iure ac proprietate disputetur, si modò talia sint, vt ad rem familiarem pertineant *l. 2. §. quædam sunt infr. de interd.* cuiusmodi est Saluianum. Quare nec valde necesse est, tantopere laborare cum Bartolo, quibus modis dominium probari possit, an proponendo præscriptionem triginta vel quadraginta annorum, aut possessionem longi temporis cum titulo & bona fide in rebus immobilibus: pro mobilibus verò possessionem triennij æquè cum titulo & bona fide, quod tempus à Iustiniano præscriptum est vsucapioni in *l. vnic. C. de vsucap. transform.* an allegando etiam rem à debitore pignoratam, ab eodem possessam fuisse, & occupatam, cùm anteà in nullius bonis esset, vt inferamus factam ergo esse iure gentiũ primi occupantis. Quid enim necesse est de his & aliis acquirendi, aut probandi dominij modis, quærere in actione hypothecaria, cùm sufficiat probare rem in bonis debitoris fuisse, quod facillimę probationis est? Planè in directa rei vindicatione, in qua nõ nisi de dominio quæritur, & quod omnimodo probandum est, vt actor intentionem suam implere possit & vincere *d. l. in rem 23. in princ. supr. de rei vindic. l. vlt. C. eod.* potest Bartoli quæstio esse non inutilis: quãquam & vindicatio directa dominij etiam ei cõpetit, qui rem in bonis habet, quãuis de dominio quiritiario nihil probet *d. l. l. doce 9. C. eod. tit.* dummodò ius habeat à domino, ne

mino, ne quis fortè nobis obiiciat Publicianã, quæ vtilis tantùm & prætoria, non autem directa & ciuilis vindicatio est, quoniam quisquis Publicianam exercet, fatetur se emisse à non domino §. *namque Instit. de act.* Sufficit ergo ad probandum verum & quiritiarium dominium, vt qui agit, dicat, probétq; se titulum habere ab eo, quem dicat fuisse dominũ, licèt authoris sui dominium non aliter probet, quã hoc ipso quòd non probatur emisse à non domino, ne alioqui dãdus sit progressus in infinitum, si probandum sit dominium venditoris & eius similiter à quo venditor comparauit, aut vt dicat, probétque se vel authorem suum tanto tempore possedisse cũ titulo, quantum satis sit ad complendam vsucapionem. Quid enim aliud est vsucapio, quàm adeptio, aut vt alij legunt, adiectio dominij? *leg. 3. infr. de vsucap. l. in bello 12. §. si quis seruum de captiu. & postlim.* Et hæc certior ac faciliior certè est ratio probandi dominij, tum quoque cum quis dicit emisse se à domino. Non enim minus iuris habet, qui iam dominus possedit per tempus legitimum vsucapioni præstitutum, quàm si dominus antea non fuisset *d. §. si quis seruum in fin.* Et hos duos modos probandi dominij exprimunt Imperatores in *l. nullo iusto titulo 24. C. de rei vindic.* Nam quod addit Bartolus de præscriptione 30. vel 40. annorum, falsum est, cùm per illam præscriptionem, si iustus titulus nullus præcedat, non dominium acquiratur, nec directa vindicatio, sed tantùm exceptio, quod & verbum ipsum præscriptionis demonstrat *tit. de diuers. tempor. præscript. l. si duo 13. §. Iulianus ait*, vbi diximus *supr. de iureiur.* Dices, hypothecariam actionem & quasi Seruianam non dari, nisi ad auocandam nudam possessionem *l. si cũ venditor 66. inf. de euict.* Sufficere igitur debere creditori, vt probet possessionem, non etiam dominium debitoris. Respondeo per hypothecariam auocari quidem solam & nudam possessionem, sed ad eum finem, vt auocata possessione creditor possit pignus vendere, & tradere. Quænam enim est alia vtilitas pignoris, nisi vt distrahatur? & quidem ita, vt quamuis aliena res sit, dominium tamẽ à creditore in emptorem transferatur? Rem igitur ipsam quæ pignorata est, affici necesse est, & quidem à domino vel quiritiario, vel saltem bonitario, qui si ipse venderet dominium transferre posset, cùm nec alia causa sit, propter quam placuerit dominium transferri posse à creditore, qui dominus non est, quàm quia vendit ex domini voluntate, vt diximus ad *d. l. 4. supr.* Porrò afficere rem ipsam non potest is, qui eam tantùm possidet, sed is demum qui eius verè dominus est, aut saltem qui eam in bonis habet. Dominium ergo aut quiritiarium aut saltem bonitarium omnimodo probandum est, vt pignus vtiliter datum aut hypotheca constituta videri possit. Quid? An non habet ius saltẽ in possessione is, qui rem possidet? Quidni ergo saltẽ ius illud, quod in possessione habet, obligatum intelligitur, & ipsa possessio quam solã auocat is, qui agit hypothecaria? Obiectio est Bartoli, sed quã respondet nõ insubtiliter, vt sibi videtur, creditorem agentem hypothecaria non auocare possessionem debitoris, quã vtique amisit debitor siue tradendo pignus creditori *l. si rem alienam 9. §. propriè l. cùm & sortis 35. §. 1. supr.* siue vendendo alij, vt interuertat possessionem creditoris. Cùm enim non possint duo simul possidere, ne quidem vnus iustè, alius iniustè *l. 3. §. ex contrario infr. de acquir. poss. leg. duo 19. infr. de precar.* non potest debitor alium possessorẽ facere rei quam obligat, aut obligauit, quin possessionem suam amittat, nemo autẽ dubitat, quin extinctione & peremptione rei obligatę pignus ipsum extinguatur *l. Paulus 29. §. domus de pignor.* Sed quàm futilis & vana sit hæc ad obiectionem responsio, ex eo intelligimus, quòd si pignus nudo pacto ac sine traditione constitutum sit, quam propriè hypothecam appellamus, nulla possessio in creditorẽ translata videri potest *d. l. 9. §. propriè & d. l. 35. §. 1. supr.* Nec eo minus tamen actio hypothecaria ei competit ad auocandam possessionem *dict. l. si cùm venditor.* cùm inter pignus & hypothecam nihil omnino intersit, quantum ad formulam & potestatẽ actionis hypothecariæ *l. 5. §. 1. infr. de pignor.* nisi quod magis propriè hypothecariã dicimus, quæ ex hypotheca nascitur, vnde & nomẽ habet, quàm quæ ex pignore. Atqui non potest dici creditorem hoc casu possessionem suam auocare, quam scilicet necdum habet hodie, nec vnquã habuit. Necesse igitur est, vt auocet possessionem alienam, id est, quę penes eum sit, qui hypothecaria cõuenitur, siue debitor ille sit, siue alius quilibet. Quidni ergo hoc saltem casu sufficiet creditori ad obtinendũ in hypothecaria, etiam contra tertium possessorem, vt debitoris sui possessionem probet? Nã si contra debitorem ipsum agat, iam diximus sufficere probationẽ possessionis, nec requiri probationẽ dominij, quia referre quæstionẽ dominij debitor nõ potest: imò nec possessionis quam dicat se non habuisse tempore contracti pignoris, cùm conuenerit ipse de pignore. Sufficit ergo creditori, vt probet cõuentionem, & præsentem debitoris possessionem, vt in aliis in rem actionib. *l. non aliàs 24. §. sed si postulatur supr. de iudic. l. 1. C. de alienat. iudic. mut. caus. fact.* non autem quod conuentionis tempore debitor possederit. Et hoc superioribus addendum est. Ad obiectionem verò Bartoli respondendum idipsum, quod iam diximus, etsi per hypothecariam nuda possessio auocatur, ad eũ tamen finem auocari, vt creditor vbi eam nactus erit, possit rem obligatam vendere, ac venditam emptori tradere: quod tamen non aliter fieri potest, quàm si per conuẽtionem pignoris res ipsa obligata afficiatur, nec tantùm rei possessio, sed ipsa quoque res & proprietas obligetur, quod non alius facere possit, quàm qui eam rem conuentionis tempore saltem in bonis habuerit. In eóque maximè ac inter cætera differt pignoris & hypothecæ vindicatio à vindicatione dominij, quæ non fit in ordine, vt loquuntur, ad venditionem, sed tantùm ad auocandam & retinendã possessionem. Adhuc instat Bartolus, vt probet sufficere debere creditori hypothecariam contra tertium quoque exercenti, vt doceat de possessione sola sui debitoris, ex eo, quod tum quoque cùm debitor nudam rei quam obligauit, possessionem habuit, & perdidit, auocare tamen illã & recuperare potuit interdicto aliquo ex iis quæ prætor proposuit ad recuperandã possessionẽ. Cur nõ igitur & creditor, inquit Bartolus, recuperare & auocare eandem possessionem poterit, si ponas, vt ponendum est, obligata ei fuisse bona omnia debitoris, ac proinde iura quoque & actiones, de quib. nemo dubitat, quin bonorum appellatione contineantur *l. bonorum 49. in fin. de verb. signific.* Sed respõdet, non cõpetere hoc casu hypothecariam creditori, sed tantummodò Saluianum interdictum. Æquè malè, vt iam ostendimus. Nam & qui Saluiano interdicto siue directo siue vtili experitur de re pignori data, sicuti probare cogitur rem pignori obligatam esse vtiliter, ita & probandum habet omni-

BIU Cujas

modo rem in bonis eius fuisse, qui aut expresè aut tacitè conuênit de pignore. Non enim minus proponitur Saluianum, quàm hypothecaria actio in ordine ad venditionem pignoris, ac proinde nec minus iuris habere debet qui eo interdicto vtitur, quàm qui proponit hypothecariam, nec leuioribus onerari probationibus.

a *Non est idem dicendum si ego Titio.* RAT. DVB. Ex qua persona quis luctum sentit, eius factum præstare debet *l. ex qua persona* 149. *de reg. iur.* præsertim qui luctum sentit tanquam heres defuncti. Censentur enim heres & defunctus vna eadémque propemodum persona, vt Iustinianus ait *Nouel.* 48. *de iureiur. à morient. præstit. in princ. l. h res & hereditas* 22. *infr. de vsucap.* Ergo si Titio, qui rem meam sine voluntate mea obligauerat, heres extitero, dicendum est perinde contra me dandam esse creditori vtilem pignoratitiam, atq; si rem Titij ego pignori dedissem, deinde ei heres extitissem. Vtroque si quidem casu euenit ex postfacto, vt idem sit dominus, qui & pecuniam debet. Et verò qui defuncto succedit, an non hoc ipso rata videtur habere omnia, quæ defunctus gessit? *l. solutum* 11. *§. solutam sup. l. vlt. infr. rat. rem haber.* Non magis igitur permittendũ ei est, vt defunctum, quàm vt seipsum arguat de mendacio: quod & interpretes ad hunc locum ex hoc textu notant, & ex *l. si creditorib.* 5. *C. de seruo pignor. dat. manum.* Atque ita sensit proculdubio Modestinus in *l. si Titio* 22. *infr. de pignor.* vbi hanc ipsam speciem tractans, si Titio qui rem meam ignorante me creditori suo obligauerat, heres extitero, ait, ex postfacto pignus quidem directo non conualescere, sed vtilẽ pignoratitiam contra me dandam esse creditori. Nec dici potest quãtopere se torqueãt interpretes, vt legem illam cum hac, id est, Modestinum cum Paulo cõcilient, vt videre est apud Accursium, qui tam hîc quàm in *d. l. si Titio*, varios adfert cõciliationis modos, quos tamen omnes improbat, vno illo excepto, in quo & consistere tandem videtur, & quem solum Bartolus probat, vt quamuis vterque locus de actione pignoratitia loquatur. Paulus tamen hîc intelligi debeat de hypothecaria, Modestin⁹ verò de personali pignoratitia cõtraria per quam assequatur, vt debitor vel aliud pignus det æquè bonum, vel quãti creditoris ob eam causam interest præstare teneatur. Cùm tamen si titulos inspicimus, sub quibus leges collocatæ sunt, debuissent potius interpretari Paulum de personali actione pignoratitia siue directa, siue cõtraria de qua hic titulus est, Modestinum verò de reali & hypothecaria. Nec melius alij sentẽtiã Pauli ad iuris rigorẽ referunt, Modestini verò ad æquitatem. Nam cùm vtroque loco agatur de pignoratitia vtili, apparet quęstionẽ esse tantùm de æquitate, ex qua scilicet vtiles omnes actiones æstimantur *d. l. quoties* 21. *de præscript. verb. l.* 2. *§. item Varus de aqua & aquæ pluu. arcend.* Inspecta siquidẽ mera iuris ratione, Paulus & Modestinus consentiunt directam hypothecariam competere non posse ex contractu, quo res aliena fuerit pignori data. Fatendũ igitur est, dissentire omnino Modestinum à Paulo. Quod & vir doctissimus Iac. Cuiacius fatetur *libr.* 19. *Obseru. c.* 26. sed ait differentiam, quæ Pauli temporib. inter hos duos casus fuit, & quam, si ei credimus, nec ignorauit Moedstinus, nec prętermisit, postea sublatã fuisse temporib. Modestini, quem ait & Pauli studiosissimum fuisse, & ad Gordiani vsque tempora peruenisse ex *l.* 5. *C ad exhib.* Quasi verò non ad eadem vsq; empora, Paulus quoque & Vlpianus qui co ætanei fuerunt, non peruenerint, quorum vterque admodum senex sub Gordiano prefecturam gessit, in qua & Vlp. per seditionem à militibus interfectus fuit, vt ab iis proditum est, qui de ipsorum vita & obitu scripsere. Satisque probabile est, Modestinum, qui Vlpiani discipulus & sectator perpetuus fuit, dissẽsisse in hac quæstione à Paulo, à quo & Vlpianus tã sæpe tãque facile dissentiebat, sicut & Paulus à Papiniano, quem maiore semper veneratione Vlpian. habuit. Vtut sit, magna hîc & euidens dissentiendi causa suberat. Modestino enim satis esse videbatur ad dandam creditori vtilem pignoratitiam, id est, hypothecariam actionem, vt idem esset dominus pignoris, qui & pecuniam deberet, siue conuenisset ipse de pignore, siue ei qui conuẽerat, iure præsertim hereditario successisset, quia cogendus sit heres omnimodo ratum habere factum defuncti *l. cùm à matre* 14. *C de rei vindic. l. venditrici* 3. *C. de reb. alien. non alienand. l.* 1. *§.* 1. *infr. de except. rei vendit. & tradit.* vbi dicit Vlp. quod ad rem nostram maximè pertinet, nõ solùm si alienum fundum vendideris, & tuum factum postea petas, exceptione rei venditæ & traditę repelli te debere, sed etsi dominus fundi heres ei extiterit, qui alienam rem vendiderat, idem esse dicẽdum. Quo ex loco potest colligi, nullam Vlpianum inter hos casus differentiam constituisse. Paulus verò longè subtilius, vt mihi quidem videtur, negat sufficere ad dandam vtilem hypothecariam creditori, vt idem sit dominus & debitor, sed multùm referre putat, an ille ipse qui conuênit de pignore rei alienæ domino successerit, vt in priore huius legis specie, an verò dominus successerit debitori. Priore casu dat vtilem creditori pignoratitiam actionem. Nam & cùm quis rẽ alienam vẽdidit, si medio tempore, id est, ante traditam eam domino heres extiterit, idem Paulus respondit cogendum eum implere vẽditionem, id est, vt rẽ tradat in *l. si quis alienam* 46. *infr. de act. empt.* At posteriore casu negat idem dicẽdum esse. Et rationẽ diuersitatis adfert, quoniã priore casu improbus est debitor, qui resistit, quominus vtilis actio cõtra ipsum moueatur. Ideò autẽ improbus, nõ quòd nolit creditori satisfacere, cùm sit debitor & dominus, sed quia cũ ipse cõuenerit de pignore, arguit se de proprio mendacio negando esse vtiliter obligatã rem alienã quam ipse obligauerat quasi suam. Posteriore autẽ casu nullũ mendacium est, & cõsequenter nulla improbitas debitoris, tametsi eo tẽpore quo cõuenitur, & domin⁹ & debitor inueniatur. Nõ est igitur hoc modo cõcedenda pignoris persecutio creditori, nõ solũ directa, de qua nemo dubitare possit, cũ pignus ab initio non constiterit, sed nec vtilis, de qua sola Paulus tractat, cũ hanc speciẽ opponat priori, in qua de vtili sola respõderat. Et hanc differẽtiæ rationẽ perstringit eleganter & breuiter, sed subobscurè suo more ab illis verbis *nec vtique sufficit* ad finẽ vsque legis. Vbi quod ait, *sed si conuenisset* faciliorẽ interpretationẽ habuisset, si scripsisset quomodo sensit haud dubiè, *sed cùm conuênit.* Ea nam q; verba totúmq; hunc postremum versiculũ retulissent interpretes, quomodo referri debet ad priorẽ speciem huius legis de debitore qui heres extitit domino, nõ ad posteriorẽ de domino, qui heres extitit debitori, de quo tamen & Accurs. & Bart. totam hanc postremam legis partem intelligunt, quasi totius legis duæ sint partes, prima quãdo dominium superuenit debitori, secũda quando debitum, vt Bartolus loquitur, superuenit domino, qui successerit debitori, sed rursus secunda subdiui-

datur

dàtur in alias duas partes, prima, inquit, quando res fuit obligata simpliciter, secunda, quando ille qui obligauit, expresè se asseruit esse dominum. Indeque nimirum occasionem sumunt quærendi, an liceat heredi arguere mendacium defuncti, tanquàm si verba illa *vt ex suo mendacio arguatur*, duplicem sensum in recta Grãmatica recipere possint, vnum de mendacio heredis, alterum de mendacio defuncti, in quo se non minùs malos Grammaticos, quàm Iureconsultos profitentur. Nam neque de herede, neque de defuncto ea verba intelligi debent, sed de debitore qui rem alienam quasi suam obligauit, ac postea domino heres extitit, vt interpretati sumus. Quòd si cum Cuiacio pro tuenda Modestini sententia obiicias, æquum esse, vt heres ratum habeat factum defuncti: respondebo id quidem verum esse quantum ad hoc, vt heres agens & veniens contra factum defuncti repellendus sit exceptione doli mali *d. l. 1. de except. rei vendit. & tradit. d. l. cùm à matre 14. Cod. de rei vindic. l. venditrici 3. Cod. de reb. alien. non alienand. leg. vindicantem 17. leg. Seia 72. infr. de euict. leg. item si filiusfamilias 7. alias leg. sed Iulianus §. sed et si filiusfamilias infr. de SC. Maced.* sed non vt ideò contra heredem agi possit ex defuncti contractu qui non constitit. Neque rursus verum est successionem habere vim ratihabitionis in iis quæ defunctus gessit suo nomine, sed in iis tantùm quæ gessit nomine heredis sui, puta si eius quoque bona obligauerit, quod facere suo iure potest *leg. Paulus respondit 29. in princip. & §. 1. infr. de pignor.* Negotium enim quod meo nomine gestum non est, non possum ego ratum habendo facere meum *leg. si pupilli 6. §. sed si ego supr. de negot. gest.* Et ita intelligi debet, quod scriptum est in *l. alienàres 20. supr. hoc tit.* pignus in aliena re constitutum per subsecutam domini ratihabitionem confirmari.

42. PAPINIANVS libro 3. Responsorum.

CReditor iudicio, quod de pignore dato proponitur, vt superfluum pretij cum vsuris restituat iure cogitur: nec audiendus erit, si velit emptorem delegare: cùm in venditione, quæ fit, ex facto suum creditor negotium gerat.

Ad l. Creditor 42.

Non est quòd longiores simus in huius legis interpretatione. Est enim à nobis fusiùs explicata in *l. eleganter 24. §. si vendiderit supr.* qui locus pugnare cum hac lege ex diametro videbatur. Ostendimus autem ibi locum illum à Triboniano corruptum fuisse, & legem hanc emendandam esse in illis verbis, *ex facto*, quæ sunt in Pandect. Florent. legendumq; *ex pacto* quod & ante nos Iacobus Cuiacius feliciter obseruauit, non vt in libro Accursij, & vulgata editione *in venditione ritè facta*. Nam cùm dubitandi ratio ad hanc legem illa esset quòd quoties non alia de causa quis tenetur, quàm quòd actionem habeat, delegatio pro iusta præstatione est, vt Papinianus noster cuius hæc lex est, scribit in *l. quod debetur 51. infr. de pecul.* In proposito autem creditor qui pignus vendidit pluris quàm ei debitum esset, non aliam ob causam pignoratitia actione teneri videbatur, vt superfluum precij redderet, quàm quòd eo nomine contra emptorem pignoris actionem ex vendito partam paratamque haberet, videbatur sanè audiendus volens emptorem delegare, Papinianus subtiliter animaduertit, imò verò creditorem qui ex pacto pignus vendidit, id est, non tantùm iure creditoris, sed etiam iure conuentionis non tam debitoris sui quàm proprium suum negotium gessisse: ideóque cogendum eum, vt superfluum precij præcisè ipse restituat pignoratitia actione, hoc est, eam quantitatem qua precium excedit summam debiti. Itaque tota ratio decidendi continetur iis verbis *in venditione quæ fit ex pacto*, vt intelligamus aliud responsurum fuisse Papinianum in venditione, quæ non ex pacto, sed tantùm ex necessitate iuris facta fuisset, quamuis creditore ipso distrahente iure creditoris. Siue autem hoc siue illo modo facta venditio sit, ponendum necessariò est, ritè factam venditionem fuisse. Alioqui non solùm de superfluo precij quærendum non esset, sed neque de precio, quippe quod ex venditione nulla & non ritè facta deberi nullum potest: ideóque nec de emptore delegando, qui debitor non esset, non magis quàm si totum precium soluisset, vt in *leg. vlt. Cod. si vendit. pignor. agat.* nisi fortè paratus esset debitor ratam habere venditionem, quamuis malè factam precium exigendo, vt in *leg. seruum Titij 49. infr. mandat.* Nam & cùm creditor pignus ex pacto vendit, vtique vendit quasi procurator creditoris, licèt sui non alieni negotij gerendi causa *leg. si pignori 29. in fin. supr. famil. erciſc.* ac proinde nihil impedit, quominùs eam venditionem ratam habere debitor possit, ac si eius nomine gesta esset *leg. si pupilli 6. §. item quæritur 9. supr. de negot. gest.* Ex quo apparet Accursianam lectionem, & consequentem interpretationem, non modò mendosam esse, sed etiam improbabilem prorsus, & ineptam: sicut & tot conciliationes quas bonus Accursius conquirit vndique, vt Papinianum cum Vlpiano conciliet, & quas tamen omnes Castrensis hîc congerit, vt ex multis distinctionibus vnam efficiat, quam hîc refellere nihil attinet, cùm ex iis quæ iam diximus ad *dict. §. si vendiderit leg. eleganter 24. supr.* satis superque refutata sit.

43. SCÆVOLA libro 3. Digestorum.

LOcum purum pignori creditori obligauit, eique instrumentum emptionis tradidit: & cùm eum locum inædificare vellet, mota sibi controuersia à vicino de latitudine, quod aliàs probare non poterat, petiit à creditore, vt instrumentum à se traditum auctionis exhiberet. quo non exhibente, minorem locum ædificauit: atque ita damnum passus est. quæsitum est, an, si creditor pecuniam petat, vel pignus vendicet, doli exceptione posita, iudex huius damni ra-

BIU Cujas

tionem habere debeat. respondit, si operam non dedisset, vt instrumenti facultate subducta, debitor caperetur, posse debitorem, si pecuniam soluat, pignoratitia agere: opera autem in eo data, tunc & ante pecuniam solutam, in id, quod interest, cum creditore agi.

Ad l. Pignori 43. & vlt.

RAT. DVB. Non debet creditor recusare quominùs id saltem præstet debitori, quod sine ipsius creditoris dispendio futurum sit *leg. in creditore 38. in fin. infr. de euict.* Atqui nihil interest creditoris, vt emptionis & authoritatis instrumentum sibi à debitore traditum exhibeat, quoties eo indiget debitor, vt suam præsertim & pignoris causam meliorem faciat, puta vt in eo fundo quem pignori dederat ædificet, si fortè mota ei sit à vicino controuersia de latitudine, quam aliàs probare non possit. Ergo si ob non exhibitum à creditore emptionis & authoritatis instrumentum debitor minorem locum ædificare coactus, atque ita damnum passus sit, damni huius rationem in persona debitoris haberi æquum est, vt creditor siue pecuniam petat, siue pignus vindicet opposita doli mali exceptione repellatur, si nō hoc damnum sarcire ac præstare paratus sit. Maximè cùm ex parte debitoris non modò iusta, sed etiam necessaria causa fuerit petendæ exhibitionis, quam nec denegari vnquam oportet iis quorum ex aliqua iusta & honesta causa interest *l. argentarius 10. in princip. supr. de edend. l. si quæ sint cautiones 5. supr. famil. erciſc. l. 3. §. sciendum & pass. ad exhib. l. instrumenta 24. C. de fideic.* Quis verò non videt, interfuisse hoc casu debitoris, cùm is instrumentorum ad pignoris causam pertinentium, non minùs quàm pignoris dominus manserit? Imò etiam creditoris, cui vtique non licuit per huiusmodi exhibitionis denegationem, ius & causam pignoris diminuere *l. creditor 7. Cod. hoc tit.* Quid enim ex ea denegatione sensit commodi, nisi quod debitori nocuit? Atqui malitiis indulgendum non est *l. in fundo 38. supr. de rei vindic.* DEC. Non facilè censendus est creditor exhibitionem instrumenti denegasse dolo malo, ex qua etiam lucrum ipse & commodum aliquod sperare potuisset, meliore facto per debitoris ædificationem pignore, vt non tantùm debitori, sed sibi etiam ipsi noceret. Qui enim dolum allegat, dolum probare debet *l. in exceptionibus 19. §. qui dolo de probat.* nec facilè quisquam suum iactare, & vtilitates suas negligere præsumendus est *l. cùm de indebito 25. eod. tit.* Ergo si non probetur creditor data opera & dolo malo exhibitionem instrumenti denegasse, vt eius facultate subducta debitor caperetur, & in damnum incideret, nihil causæ est, cur non ei licere debeat pecuniam totam petere, aut pignus vindicare, quousque totum ei debitum solutum sit, aut aliter eo nomine satisfactum, quo demùm secuto pignoratitia agere debitor poterit. Potest enim variis ex causis fieri, vt exhibere instrumentum venditionis creditor non potuerit eo tempore, quo exhibitio petebatur, ita vt non modò nullus dolus, sed neque culpa vlla creditori obiici eo nomine possit. Quid enim si habuit in alia prouincia, vnde asportari tam citò non potuerit, vt in *l. ille à quo 13. §. si de testamento infr. ad SC. Trebell.*? Quid si in loco ad quem non pareat liber accessus? Quid denique si tale quid aliud simile, vt in *l. sciendum 21. & seq. infr. de vsur.*? Planè si creditor dolosè ac malitiosè hanc exhibitionem denegauit, aut, quod effectu penè idem est, distulit, tum verò id obtinebit, quod suprà obiecimus non esse malitiis indulgendum, & ex hac causa poterit debitor cum creditore agere in id quod interest, vt plenissimam indemnitatem consequatur, adeoque quod magis mirum est, etiam ante solutam pecuniam, vt Scæuola hîc respondit. Sed quanam actione? An fortè de dolo, cùm ponamus dolum intercessisse? Minimè verò. Non enim ad inducendam actionem de dolo sufficit dolum admissum esse, sed illud præterea concurrere necesse est, vt dolus ille nulla alia actione vindicari possit, ne quidem subsidiaria & extraordinaria *leg. 1. §. ait Prætor & §. idem Pomponius & pass. supr. de dolo.* Atqui in proposita specie competit pignoratitia, & quidem directa, de qua & in proximo versiculo egit Scæuola, in quam cùm etiam leuis culpa veniat, multò magis dolus *l. si cùm venderet 13. §. 1. supr.* cùm dolus omnis in se includat culpam *l. 5. §. nunc videndum supr. tit. prox. l. si seruus 31. supr. hoc tit. l. contractus 23. de regul. iur.* Ratio tamen dubitandi illa hîc suberat, quòd non datur pignoratitia directa debitori contra creditorem, nisi postquàm soluta est omnis pecunia debita, vel aliter eo nomine satisfactum fuit *l. si rem 9. §. omnis pecunia supr. l. quandiu 6. C. de distract. pignor.* Sed id ad vrgendam pignoris restitutionem pertinet, non ad indemnitatem petendam, si quid interim dolo malo creditoris absit debitori, vt bene Bartolus interpretatur. Addit tamen Bartolus, non esse cogendum creditorem, vt venditionis instrumentum debitori exhibeat, tum quoque cùm exhibere & potest, & debet, nisi oblata per debitorem cautione de eo quandocunque creditori restituendo ex *leg. quamuis 6. supr.* Nec improbabiliter si locus ille Triboniani non esset, magis quàm Pomponij, vt ad eum docuimus. Facit tamen non malè pro hac Bartoli sententia, quæ & nobis probatur, quod scriptum est in *l. si quæ sint cautiones 5. supr. famil. erciſc.* in illis verbis *cautione interposita vt cum res exegerit ipsæ exhibeantur: & dict. l. instrumenta 24. Cod. de fideicommiss.* Adde *l. si cùm conuenit 20. infr. de pignor.*

1 ¶ Titius cùm pecuniam mutuam accepit à Caio Seio sub pignore culleorum: istos culleos cùm Seius in horreo haberet, missus ex officio annonæ centurio culleos ad annonam sustulit: ac postea instantia Caij Seij creditoris recuperati sunt. quæro, intertrituram, quæ ex operis facta est, vtrum Titius debitor, an Seius creditor adgnoscere debeat. respondit, secundùm ea, quæ proponerentur, ob id, quod eo nomine intertrimenti accidisset, non teneri.

Ad §. 1. Titius

BIU Cujas

Ad §. 1. Titius.

RAT. DVB. Non videtur reddi dos quæ deterior redditur, siue pignorata fuerit, siue deposita, siue commodata *l. 3. §. si reddita supr. tit. prox. l. 11. §. si res deposita 16. infr. deposit. l. eleganter 24. §. vlt. supr. hoc titul.* Atqui ponimus culleos, sub quorum pignore pecuniam mutuam Titius à Caio Seio acceperat, & sublato à cẽturione, misso ex officio annonæ ad annonam (seruabatur enim vinum & gestabatur in culleis *l. legatum 17. §. 1. infr. de ann. legat.*) ex iis operis deteriores factos esse durante causa pignoris. Ergo quamuis eos postea Caius Seius à cẽturione recuperauerit, dicendum est, Caium Seium intertrituram illam, quæ ex iis operis facta est, aut, vt aliàs loqui prudentes solent, intertrimentum illud agnoscere debere, non Titium debitorem, cui ablati culleis non sunt, quos eo tempore non possidebat.

DEC. Creditor qui pignus à debitore accepit, nõ tenetur, nisi de dolo & culpa leui, si qua ratione pignus interim deterius factum sit *l. si cùm venderet 13. §. 1. supr. hoc tit. l. 5. §. nunc videndum 1. supr. tit. prox. l. contractus 23. de reg. iur. l. creditor 7. & seq. C. hoc tit.* Atqui neque dolus vllus, neque culpa vlla est eius, qui iussu magistratus & ad causam ac vtilitatem publicam annonæ culleos sibi pignoratos tradidit, quamuis ex eo deteriores facti sint, cùm parêre habuerit necesse *l. non videntur data 167. §. 1. de regul. iur. l. si quis 7. §. doli mali supr. de iurisd. l. ait prætor 7. §. sed et si versic. quid tamen supr. de minor. l. vlt. de leg. commiss. l. 4. in princ. de aqua & aquæ pluu. arcend. leg. iniuriarum 13. §. si quis quòd decreto infr. de iniur.* Ergo cùm nihil hoc casu creditori possit imputari, periculum intertrituræ ad eum pertinere non debet, sed ad debitorem, non quia ei aliquid imputari magis possit, sed quia dominus est. Ad quem enim alium potius quàm ad dominum pertinere debeat periculum casus fortuiti? *l. pignus 9. cum l. præced. Cod. hoc tit. & d. l. contractus.* In proposita verò specie illud etiam facit pro creditore, quod ad eius instantiam cullei recuperati fuerant, vt appareret nihil ei posse imputari, quamquam nec erat necesse, vt in recuperãdis culleis diligentiam vllam præstaret: sufficit enim vt nihil ei imputari possit. Itaque si recuperare culleos non potuisset, idem tamen dicendum esset. Erant autem cullei non tantùm vinarij de quib. in *dict. leg. legatum 17. §. 1. de ann. legat.* sed etiam frumentarij de quibus in *l quæsitum 12. §. 1. infr. de instruct. & instrum. legat.* & culleum aut culeum dicebant veteres vtrem ex corio factum, vt ex Isidoro docet hîc Gothofredus, quod nec Accursius noster ignorauit. Hinc verò infert Bartolus nec malè, posse officialem propter vtilitatem publicam capere res priuatorum, data tamen mercede de publico, ex *leg. 2. Cod. pro quib. caus. serui pro præm. libert. accip. l. item si verberatum 15. §. 1. supr. de rei vindic. l. si locus 14. §. 1. quemadm. seruit. amitt.* Quod tamen quantum ad dandam mercedem non seruari de cõsuetudine idem Bartolus post Accursium notat. Plus dicit Bartolus, posse etiam Magistratus authoritate iuberi quem vt condemnato caput amputet, vel eum furca suspendat, si modò, inquit, vtilis persona sit. Hoc enim facit vtilitas publica, cuius gratia constat alia quàm plurima contra iuris ciuilis rationem & constituta & recepta esse *leg. ita vulneratus 51. §. vlt. supr. ad leg. Aquil.* Iuris enim communis ratio sanè repugnat *leg. 1. & 2. Cod. ne liber. aut ingen. lib. 11. & ne oper. à collat. exig. & tit. ne rustic. ad offic. vll. reuoc. per tot.* Iunge *Nouell. de sanctiss. Episc. §. si monachus igitur.*

BIU Cujas



BIU Cujas

ANTONII

FABRI I.C.

SEBVSIANI, SER^mi

SABAVDIAE DVCIS

CONSILIARII AB INTIMIS,

ET IN SVPREMO SABAVDIÆ

Senatu Præsidis Primarij

RATIONALIVM

IN TERTIAM PARTEM

PANDECTARVM

Tomus Quartus.

Cum INDICE *Rerum & Verborum locupletissimo.*



GENEVÆ,

Sumptibus Hæredum Petri de la Rouiere.

M. DC. XXVI.

Cum Priuilegio Christianissimi Regis Galliarum.

BIU Cujas

ANTONII

FABRICII

SEBVSLANI, SER^mi

SABAVDIAE DVCIS

CONSILIARII AVLICI,

ET PRAESIDIS SENATVS

SVI CHAMBERIACENSIS

RATIONALIVM

IN DECIMAM TRACTATVM

PANDECTARVM

Tomus Quintus

Continens Libros Quinquaginta Priores

GENEVAE

Sumptibus Haered. Ioan. Pet. de la Rouiere.

BIU Cujas

BIU Cujas

BIU Cujas

ANTONII FABRI

I.C. SEBVSIANI IN SVPREMO
SABAVDIÆ SENATV PRÆSIDIS
Primarij

RATIONALIA

IN LIBRVM QVARTVM DECIMVM PANDECTARVM

Ad TIT. I.

De exercit. action.

1. VLPIANVS libro 28. ad Edictum.

VTILITATEM huius edicti patere, nemo est, qui ignoret. nam cum interdum ignari, cuius sint condicionis, vel quales, cum magistris propter nauigandi necessitatem contrahamus, æquum fuit, eum, qui magistrum naui imposuit, teneri: vt tenetur: qui institorem tabernæ, vel negotio præposuit, cùm sit maior necessitas contrahendi cum magistro, quàm institore. quippe res patitur, vt de conditione quis institoris dispiciat, & sic contrahat in nauis magistro non ita. nam interdum locus, tempus non patitur plenius deliberandi consilium.

Ad l.1.

INCIPIT Vlpianus à commendatione Edicti prætorij, qua parte actionem exercitoriã proposuit contra exercitorẽ nauis ex facto & contractu magistri. Alius enim est magister nauis, cui cura totius nauis mandata est, vt scribitur §. *prox. infr.* Alius verò exercitor, qui per magistrum exercet nauim, & ad quem reditus & obuentiones quotidianæ omnes pertinent §. *exercitorem 15. infr.* Sumpsit autem hęc actio nomen ab exercitore, qui magistrum præposuit, non vt institoria abeo, qui præpositus est. Non quia Magisterianæ actionis nomen minùs elegans fuisset quàm institoriæ, vt putat Cuiacius, sed potius quia institoria actio non datur, nisi ei qui contraxit cùm institore tanquam institore, cùm priusquàm contrahat quis cum institore, tempus habeat inquirendi, an institor ille sit, & cuius personæ, itémque cuiusnam mercis institor. At exercitoriam actionem ideò comparauit Prætor quòd nauigaturi plerumque ignari sint cuius condicionis, & qualis ille sit cui se suáque vehenda credunt, & pressi necessitate nauigationis, angustiisq; temporis, & loci non possunt capere plenius deliberandi consilium, vt proinde non alterius quàm eius qui dominus, aut alias exercitor nauis est personam secuti fidemq; intuiti esse videantur: non quasi cum ipso quoque Magistro non contrahant, contra quem habent etiam actionem, si malint illum eligere §. *est autem 17. infr.* quæ tamen in magistrum actio nec ideò Magisteriana, nec rursus exercitoria vocatur: sed quia specialiter & proprio quodam iure fuit comparanda actio in exercitorem, qui alioquin cõueniri nulla actione potuisset, cùm non ipse contraxisset, non item contra nauis magistrum, quem ex proprio contra-

BIU Cujas

ctu teneri & conueniri posse etiam ciuili actione non ambigebatur sicut & nautas singulos si cum quolibet eorum contractum sit §.2. *infr.* In eoque vtilitas & necessitas huius actionis ab Vlpiano commendatur, vt ignorantibus magistri condicionem succurratur, nec eis imputetur, quare cum eo contraxerint, cuius condicionem ignorabant, quod cæteris imputari alias solet ex *reg. l. qui cum alio. 19. de regul. iur.* ex qua ad initium huius legis petenda est ratio dubitandi, sed decidendi illa est quam ex Vlpiano iam attigimus, quòd maior necessitas sit contrahendi cum magistro nauis quàm cum institore propter nauigandi necessitatem: & quia tempus patitur, vt qui cum institore contrahere vult, de conditione ipsius ante omnia dispiciat, & diligentiùs inquirat, & sic posteà cõtrahat. At in eo qui nauigaturus est interdum locus, interdum tempus non patitur plenius deliberandi consilium: quæ res fauorabiliorem actionem facere solet *l.1.§.2.infr.depositi.* quamuis non semper ex varietate locorum & temporum inducatur diuersitas rationis, vt hic Bartolus notat ex *l.vlt.C.de tempor. in integr. restit.* nec recusare exercitor potest qui præposuit magistrum quominus ex eius contractu perinde teneatur, atque is qui tabernæ vel negotio institorem. Est igitur actio hæc rectior institoriã, & ad exẽplũ institorię cõparata cùm non posset institoria sufficere. Necenim magister nauis institor dici aut videri potest: sed & alia ratione commendari hæc actio potest. nempe qui aspectat maximè ad summam Reipublicæ, quomodo legendum est in §. *licet autem infr.* id est, ad Rempublicam ipsam conseruandam, ad quam maximè pertinet, vt commerciorum libertas & facilitas terra mariq́ue salua sit, sed maritimæ præsertim negotiationis, qua nihil vtilius est ad Rẽpublicam ex priuatorũ facultatibus locupletandã: vnde est quod tam nulla in iure nostro habet priuilegia negotiatio trãsmarina, & traiectitia pecunia, de quibus in *tit. de nautic. fœnor.* Quibus adiungi etiam illud potest, quòd is qui credidit ad emendã quoque nauem, non minùs quàm qui ad reficiendã eam, vel armandam habet priuilegium inter personales & chirographarios creditores post fiscum *l. qui in nauem 26. l. quod quis nauis 34. de reb. author. iudic. poss.* alias *l. 11. & 19. de priuileg. credit.* Quod priuilegium non habet is, qui credidit ad emendã domum, sed tantùm is qui ad reficiendam *l.1. infr. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. contr. l. creditor. 25.* vbi dixi *supr. de reb. credit. l. interdum 5. infr. qui potior in pignor. hab.* nempe quia Reipublicæ interest restitui ædificia & reædificari, & refabricari, vt loquũtur Impp. in *l. si is contra quem 5. Cod. de ædific. priuat.* ne vrbs ruinis deformetur *l. vlt. infr. ne quid in loc. public. l. prætor. ait 20.§. hoc interdictum prohibitorii est de oper. noui nunciat. l. antep. de damn. infect.* At nihil interest Reipublicę à quo domus ematur, an à Titio, an à Sempronio. Interest verò maximè cuius nauis hæc sit, an eius qui ociosam eam habeat, & sibi reiq́; publicæ inutilem, an illius potiùs, qui emere illã velit, vt eam exerceat. Multum enim plerumque refert, an à Titio, an à Sempronio nauis exerceatur, prout vel hic vel ille diligentior est, & maioris minorisve industriæ. Quamquam nec semper dominum eum esse necesse est, qui nauem exerceat, & qui ex hac edicti parte teneatur, sed sufficit vt ad eum quoque iure ac titulo reditus & obuentiones nauis perueniant, vt iam diximus ex §. *exercitorem infr.*

1 ¶ **Magistrum nauis accipere debemus, cui totius nauis cura mandata est.**

Ad §.1. Magistrum nauis.

RAT. DVB. si magister nauis ille est, cui dominus aut alius exercitor quilibet totius nauis curam credidit, ferè est, vt exercitoris institor esse videatur, aut saltem quasi institor, atque ita nonnulli vocant ex Harmenop. *lib.2. Tit.11.* Nil ergo erat necesse induci à Prætore actionem hanc exercitoriam, cùm posset sufficere institoria, aut saltem, vt aliis plerisque casibus quasi institoria. Nec enim sine causa multiplicandæ sunt actiones *l.1. supr. de Publician. l. in naue Saufeij 31. infr. locat.*

DEC. Is qui magister nauis est, & cui totius nauis cura fuit credita, in eo quidem similis est institori, quod nauis regendæ præpositus est, sicut institor tabernæ, aut negotio, sed tamen nec institor est, nec quasi institor exercitoris, vt contra eum actio institoria vel quasi institoria potuerit sufficere: non ob id solùm, quod dignior sit exercendæ nauis negotiatio, quàm vt negotio tabernæ tractandæ æquiparari debeat (est enim nomen & officium institoris vilissimum *l.5.§. sed & muliones & seq. infr. de instit. act.* & alius institorum vsus est, quàm vt naues exerceant §. *licèt autem 20. infr.*) Sed etiam quia illi qui nauigaturi cum magistro nauis contrahunt, non quasi cum institore contrahunt, nec inquirunt, an pro se, an pro alio nauem exerceat: sed nihil nisi nauem & eum, ad quem nauis pertinet, quisquis ille sit, intuentur: quæ res facit, vt neque institoriam, neque quasi institoriam actionem habere contra eum possint, sed exercitoria eis necessaria sit contra exercitorem, qui magistrum naui præposuit, totiusque nauis regendæ curam ei credidit §. *institoria Instit. quod cum eo qui in alien. potest.* cõtrà verò etiam tabernam exercere quis rectè dicitur *l. habebat 13.§. vlt. infr. de instit. act.* neque tamen tabernæ *exercitorem dicimus, sed dominum.* Ideò autem dixit Vlpianus *totius nauis*, quia nec pro parte regendæ nauis curam, aut suscipere quisquam potest; aut credere, nec si plures magistri nauis facti proponantur, quia & eo casu singuli in solidum præpositi intelliguntur, nisi diuisis officiis præpositi sint §. *si plures 13. infr.* quamuis rarius id sit, vt plures magistri fiant vnius nauis. Malè enim regitur nauis, vt & Respublica si non ab vno regatur. Quamuis minùs malè, si quod plerumque fit ea lex præpositioni dicta sit, vt alter sine altero nihil agat vt in §. *sed etsi sic 14. infr.* Nam & cùm plures exercitores per se nauem exercent, optimum consilium est, vt vnum de suo numero magistrum faciant, ex cuius perinde atque alterius cuiuslibet magistri facto in solidum possint conueniri *leg. 4. in princip. & §.1. infr.*

2 ¶ **Sed si cum quolibet nautarum sit contractum, non datur actio in exercitorem: quamquam ex delicto cuiusuis eorum, qui nauis nauigandæ causa in naue sint, datur actio in exercitorem. alia enim est contrahendi causa, alia delinquẽdi. siquidẽ qui magistrũ præponit, cõtrahi cũ eo permittit: qui nautas adhibet, non contrahi cũ eis permittit, sed culpa, & dolo carere eos, curare debet.**

2 ¶ *Sed*

BIU Cujas

Ad §. 2. Sed si cum quolibet.

RAT. DVB. Qui nautas adhibet ad regendam nauem, perinde iis quasi suis vtitur atque magistro nauis. Nec locus aut tempus deliberandi plenius consilium tribuit ei, qui cum aliquo ex nautis contrahere velit, quàm si cum magistro nauis contraheret. Eadem enim premit necessitas & nauigandi & contrahendi. Ergo nihil causæ est, cur non ex contractu cum aliquo ex nautis habito perinde danda sit exercitoria actio in exercitorem, atque si cum magistro nauis contractum esset. Præsertim cùm & ex dolo cuiusuis eorum qui in naue sunt, exercitor quoque conueniri possit, non tantùm si dominus eorum sit, quo casu vulgari iure noxales actiones competunt: sed etiam si homines liberi sint. Factum enim eorum præstare debet, cùm eos ipso periculo suo adhibuerit, si modò in ipsa naui damnum datum sit, nõ extra nauem *l. vltim. in princip. & §. hac autem actione supr. naut. caupon. stabul. §. Instit. de oblig. ex quasi delict. l. 1. in princip. infr. furt. aduers. naut. caupon. stabul. l. 5. §. vltim. de oblig. & action.* Quidni ergo ex eorum quoque contractibus dominus teneatur? DEC. Alia causa est contrahendi, alia delinquendi: alia item magistri nauis, alia nautarum. Siquidem is qui magistrum præponit, permittit vtique cum eo contrahi. At ille qui nautas adhibet, non permittit cum eis contrahi, sed vt culpa & dolo careant, curare debet. Non enim illos adhibet, vt cum ipsis contrahatur, sed vt eorum opera & ministerio nauigetur. Hinc verò colligo, quàm stulti sint, qui putãt delinquẽtes videri cõtrahere, aut saltẽ quasi cõtrahere cũ legibus & magistratibus, vt pœnas delictis impositas debeant nõ tantũ ex delicto, sed etiã ex cõtractu, & quasi contractu. Quid enim cõmune habet cõtractus cum delicto? Quid commune pœna quæ ob delictum per leges infligitur, cum eo quod ex conuentione vel expressa vel tacita debetur? Nec proinde minùs ridiculi illi qui cõdictionem furtiuam, quàm ex delicto, id est, ex furto nasci, & nomen ipsum, & leges omnes clamant, audent scribere nasci ex quasi contractu. Quo nihil absurdius dici potest, nisi quod iidem addunt, dici etiam posse nasci eum ex sua nescio qua suæ causæ figura. Sed nugas istas iam alibi refutauimus, quamuis indignas, quæ in his rationalibus referantur. Adeò ab omni abhorrent rationis imagine.

3 ¶ Magistri autem imponuntur vel locandis nauibus, vel mercibus vel vectoribus conducendis, armamentísve emendis. sed etiam si mercibus emendis, vel vendendis fuerit præpositus etiam hoc nomine obligat exercitorem.

Ad §. 3. Magistri.

Ostenditur in hoc §. quænam præcipua sint officia & munera magistri nauis: hæc nimirum vt nauem locent, vel ad merces vehendas vectoribus conducant, vel denique armamenta emant, quibus nauis ad nauigandum instruatur. Vnde & instrumenta nauis appellantur non malè *l. nauis 6. infrà tit. prox. iunct. l. 3. §. 1. supr. de rei vindic.* Et his casib. nulla dubitatio est quin exercitoria competat in exercitorem. Hæc enim omnia ad causam & ad vsum pertinent nauigandæ nauis, quæ per magistrum nauis exercetur. Sed quod subiicitur, si magister nauis etiam emendis vendendísque mercibus præpositus fuerit, obligari ex eius contractibus exercitorem, difficiliùs videtur, cùm ea res remota sit ab vsu naturali & proprio nauis, magísque ad institoris munus hoc accedat, quàm ad officium magistri, vt proinde institoriæ actioni locus esse hoc casu debeat potiùs quàm exercitoriæ. Sed tamen dicendum est, cùm maximè propter merces, aut emendas aut vendendas exerceri naues necesse sit, non fuisse prohibendos magistros nauium quominùs & emerent ipsi merces pro arbitrio & venderent, nec consequenter exercitores, quominùs ei quoque negotiationi magistros præponerent, si vellent, ne alioqui ea commercij libertate & opportunitate interdicatur iis, per quos commercij & libertas & opportunitas aliis acquiritur. Tenebitur ergo etiam hoc casu dominus exercitoria, si magistrum nauis mercibus quoque vendendis emendísque præposuerit. Nam neque hoc casu institoria locum habere potest, cùm non quasi institor, sed tanquam magister nauis in eam rem præpositus sit.

4 ¶ Cuius autem condicionis sit magister iste, nihil interest: vtrùm liber, an seruus: & vtrùm exercitoris, an alienus: sed nec cuius ætatis sit intererit [a], sibi imputaturo, qui præposuit.

Ad §. 4. Cuius autem.

RAT. DVB. Aliter tenetur exercitor ex facto hominis liberi, aliter ex facto serui: aliter item ex facto serui sui, aliter ex facto serui alieni. Nam serui sui non etiam alieni nomine tenetur noxali tantùm actione, si quid seruus admiserit, cùm ei sit ignoscendum, si seruos suos quales quales adhibuerit ad regendam nauim, si verò alienos, aut etiam liberos homines explorare priùs debuit cuius fidei essent, & innocentiæ *l. vlt. §. hac autem actione supr. naut. caupon. stabular.* Et sanè in toto ferè iure aliter serui, aliter liberi tractantur. DEC. Distinctio hæc liberorũ hominum & seruorum tùm maximè locum habet, cùm de ipsorum delictis puniendis agitur. Seueriùs enim puniuntur serui quàm liberi, & inter liberos illi qui famosi sunt, quàm qui integræ famæ *l. capitalium 28. §. vlt. infr. depœn.* Item cùm ex eorum delicto dominus aut exercitor cõuenitur, vt in *d. l. vlt. in princip. & d. §. hac autem actione.* At non etiam cùm ex eorum contractu: alia enim causa est delinquendi, alia contrahendi, vt diximus in *§. sed si cum quolibet supr.* Eadémque ratio æquitatis & vtilitatis publicæ facit, vt in solidum teneatur exercitor ex facto magistri nauis siue homo liber ille sit, siue seruus, & si seruus, siue proprius, siue alienus: non enim iure dominij, aut quasi dominij, vel possessionis defertur hæc actio, vt ille de peculio, de in rem verso, [& quod iussu, de quibus in *libr. seq.* sed quia exercitor magistrum hunc præposuit. *§. eâdem ratione Instit.* quod cum eo vt & in institoria dominus seruum institorem, vt ibi descriptum est. Nihil ergo interest, quod ad exercitoriam actionem pertinet, cuius cõdicionis sit magister nauis, an liber, an seruus: & si seruus, an exercitoris, an alienus, quia & liberum hominem & seruum perinde proprium

BIU Cujas

ac alienum naui regendæ præponere exercitor potest. Idem in institore quoque iuris est *l. sed & si quis* 7. §. 1. *infr. de instit. act.* Simile in *l. quamuis* 40. §. *vlt. & l. seq. infr. ad SC. Trebell.*

a *Nec cuius sit ætatis intererit.* RAT. DVB. Non est ferendum, vt alium obliget qui seipsum obligare non potest. Difficiliùs enim semper est, vt quis alium quàm vt seipsum obliget: atquin is qui impubes est, obligare seipsum non potest, sine tutoris authoritate *l. obligari* 9. *& pass. infr. de author. tutor. l. pupillus* 69. *de oblig. & action.* Ergo etiamsi præpositus sit naui regendæ, ab exercitore, non magis exercitorem obligare poterit exercitoria.

DEC. Imputate sibi debet qui impuberem præposuit magistrum nauis, sicut & qui institorem *l. sed & si* 7. §. *vltim. & leg. sequent. infr. de instit. act.* & qui procuratorem *leg.* 3. §. *vltim. supr. de minor.* nec tam his casibus factum pupilli obligat exercitorem quàm electio & præpositio ipsius exercitoris, cui succurreretur non pupillo, si ob id minùs exercitoria teneretur quòd pupillum præposuisset, cùm non pupilli, sed eius damno res cessura sit, planè si pupillus ipse ex contractu suo conueniatur à creditore, qui habet electionem, an cum magistro agere malit, an cum exercitore §. *est autem infr. hoc tit.* (nempe si pupillus liber sit, non etiam si seruus quandoquidem cum seruo nulla actio est *leg. cum seruo* 107. *de reg. iur.*) vtique prætor interueniet data pupillo in integrum restitutione, nec lubricum ætatis ipsi nocere patietur, sed non proderit ea res exercitori, qui pupillum præposuit quominùs exercitoria actione vtiliter, & cum effectu conueniatur. *leg. cùm mandatu* 23. *iunct. leg.* 4. *& 5. supr. de minor.*

5 ¶ Magistrum autem accipimus, non solum quem exercitor præposuit: sed & eum, quem magister, & hoc consultus Iulianus in ignorante exercitore respondit. ceterum si scit, & passus est, eum in naue magisterio fungi: ipse eum imposuisse videtur, quæ sententia mihi videtur probabilis. omnia enim facta magistri debet præstare, qui eum præposuit: alioquin contrahentes decipientur, & facilius hoc in magistro [a], quàm institore, admittendum propter vtilitatem. quid tamen, si sic magistrum præposuit [b], ne alium ei liceret præponere: an adhuc Iuliani sententiam admittamus, videndum est. finge enim & nominatim eum prohibuisse, ne Titio magistro vtaris. dicendum tamen erit, eo vtique producendam vtilitatem nauigantium.

Ad §. 5. Magistrum autem.

RAT. DVB. Magistrum nauis accipere debemus eum cui totius nauis cura ab ipso exercitore mandata est §. *magistrum supr.* non etiam ab alio putà ab ipso nauis magistro, si fortè ignorante exercitore magister nauis illum præposuerit. Nam si eo sciente ac patiente, ferè est, vt præposuisse ipse videatur, quomodo Vlpianus hîc ex Iuliano scribit *l. qui patitur* 18. *infr. mandat.* Sed si exercitor ignorauit, an non absurdum est teneri eum ex facto & contractu illius, quem non ipse, sed magister nauis elegerit? cùm enim Titio puta curam totius nauis regendæ credidisset, debuerat Titius eam curam per se suscipere, non alij mandare, quod nihil aliud quàm negligere est *leg. cũ hi* 8. §. *si prætor aditus supr. de transact.* Alioqui erit in potestate Titij facere, vt per Sempronium ignorans exercitor actione exercitoria obligetur, quod iniquum certè fuerit *leg.* 2. *infr. quod vi aut clam l. non debet alteri* 74. *de reg. iur.*

DEC. Omnia facta magistri præstare debet is, qui magistrum præposuit, ne alioqui contrahentes decipiantur, qui ignari condicionis eius cum quo contrahunt, non tutiùs cum alio possunt contrahere, quàm cum eo cui regendæ nauis curam commissam esse vident, nec inquirendi pleniùs habent spatium, à quo commissa ei cura fuerit, an à magistro, an ab exercitore. Sibique omnino imputare debet exercitor, cur magistrum tam negligẽtem elegerit, qui per aliũ curare maluerit, quod per seipsum facere debuerat. Exemplo eius quod in §. *præced.* scriptum est de eo qui pupillum magistrum præposuit, & de eo qui in arbitrum iniquum compromisit in *l. diem proferre* 27. §. *stari infr. de recept. qui arbitr. recep.* Planè quicquid ex facto Sempronij præstare exercitor tenebitur, dubitandũ non est quin à Titio sit repetiturus vel actione ex locato si mercede operam ei exhibeat, vel si gratuitam mandati §. *sed ex contrario* 18. *infr.* Ita fit vt neque decipiantur qui cum Sempronio contraxerunt *vt & in l. sed si pupillus* 11. §. *condicio in fin. infr. de instit. act.* neque ex facto Titij exercitor lædatur.

a *Et faciliùs hoc in magistro.* RAT. DVB. Si institor tabernæ, aut alij negotiationi præpositus alium institorem præposuerit, certum est ex facto secundi institoris dominum non teneri. Non enim omne quod cum institore geritur, obligat eum, qui præposuit, sed ita demùm si eius rei gratia cui præpositus fuerit contractum sit §. *non autem infr. l.* 1. *Cod. eod. leg. cuicunque* 5. §. *non tamen infr. de instit. act.* Institor autem à domino præpositus fuerat, non vt alium institorem præponeret, sed vt tabernam ipse per se vel aliam negotiationem exerceret. Ergo nec exercitor teneri debet ob id quod magister nauis alium magistrum præposuerit, exercitore scilicet ignorante: solet enim bona esse argumentatio ab institoria actione ad exercitoriam, & contra *leg. sed & si quis* 7. §. 1. *infr. de instit. act. leg. vltim. infr. hoc tit. l.* 4. 5. *& 6. C. eod.*

DEC. Fauorabilior est in quibusdam exercitoria actio, quàm institoria propter publicam vtilitatem, & ob eas rationes quas attulimus ad initium huius legis, id est, maximè propter nauigandi necessitatem, quæ in eas persæpe loci & temporis angustias coniicit eos, qui cum magistro nauis contracturi sunt, vt de ipsius condicione cuius ignari sunt, inquirendi tempus & spatium non habeant, quod in institore diuersum est. Quam-

quam

quam in institore quoque similiter nonnumquam euenit, vt ob vtilitatem publicam & promiscui vsus ac commercij publici, aliter respondendum sit, quàm alioquin ex communibus iuris regulis responderi oporteret *l. si quis mancipiis. 17. §. si impubes de instit. act.* Semper enim publica vtilitas præferenda est priuatæ *l. ita vulneratus 51. ad fin. supr. ad leg. Aquil. Authent. res quæ C. commun. de legat.* Sed fatendum tamen est, actionem exercitoriam magis quàm institoriam ad publicam vtilitatem pertinere: Hícque huius loci sensus est. Vtilitatem enim Vlpianus dixit simpliciter pro publica vtilitate, quam solam ciuilis legislator intueri solet in iure constituendo propter primam illam legem 12. tabular. *Salus populi suprema lex esto.* Itaque non possum videre, cur Accursius noster dicat in institoria quoque idem admittendum esse ex *l. cuicunque 5. §. vlt. infr. de institor.* cùm Vlpianus hoc loco idipsum neget disertè, & alia ratio sit institoris præpositi à procuratore meo vel tutore vel curatore; alia verò eius qui præpositus sit à meo institore.

b *Quid tamen si sic magistrum præposuit* RAT. DVB. Lex præpositionis illa est, quæ dat certam legem contrahentibus cum magistro nauis ad effectum exercitoriæ actionis. §. *igitur 12. infr.* sicut & ad effectum institoriæ *l. sed si pupillus. 11. §. condicio. & l. 5. §. non tamen infr. de instit. act. l. 1. C. eod.* Ergo si exercitor magistrum sic præposuerit, ne alium ei præponere liceret: multò magis si nominatim ei prohibuerit, ne Titio magistro vteretur, dicendum est ex alterius magistri facto conueniri eum exercitoria non posse, ne contra legem præpositioni dictam exercitor obligetur. DEC. Non debent decipi qui cum magistro nauis quisquis ille sit, contrahunt ignari condicionis eius, de qua nec tempus inquirendi & spatium habent. Deciperentur autem facilè, si nocere iis posset lex præpositioni ab exercitore dicta, quam ipsi ignorarent. Nam & in actione institoria idem euenit, *l. sed si pupillus 11. §. de quo palàm & seqq. infr. de instit. action.* sed cum hac differentia, quod in institoria contractum esse oportet, cum eo ipso quem dominus præposuit ad hoc, vt dominus obligetur ipsa præpositione, quomodo Vlpianus loquitur in *d. §. de quo palàm in fin.* In exercitoria verò, eò vsque producenda est vtilitas contrahentium, vt etiamsi cum alio contractum sit, quàm qui ab exercitore præpositus fuit, dummodo præpositus sit ab eo quem exercitor præposuerat, obligetur tamen exercitor, quamuis prohibuisset magistrum alium præponi, si modò prohibitionem illam contrahentes ignorauerunt. Nam si sciuerunt, videri non possunt ab alio decepti, sed à seipsis *l. nam si scit 26. supr. de rei vindicat.* quod in institoria diuersum est *d. l. sed si pupillus 11. §. 1. l. si quis mancipiis 17. §. 1. de instit. act.* Ergo lex præpositionis in magistro nauis seruãda est, quantum ad ea quæ cum illo ipso contrahuntur, qui ab exercitore præpositus ipse est. Sed quantum ad hoc, vt obligatum habeant exercitorem ex facto: secundi quoque magistri, quem primus etiam contra exercitoris voluntatem expressamque prohibitionem præposuerit, seruanda non est lex præpositionis, ne decipiantur contrahentes qui se suáque ei crediderunt, cui totius nauis curam creditam esse viderũt, ignari à quo fuisset ei credita. Omnia enim Magistri facta præstare debet is qui eum præposuit, vt suprà dicebamus, salua ei per actionem ex locato aut mandati repetitione aduersus primum magistrum nauis qui contrà quàm prohibitus erat, fecerit. Vide *l. 1. §. & sunt quidam supr. naut. caupon. stabul. l. procuratoris. 5. §. item parui inf. de tribut. act.* Et sanè durius est ad id contrahentes adigi, vt dubitandum & inquirendum habeant de persona & condicione Magistri à quo siue iure siue iniuria nauem exerceri vident, quàm vt de lege præpositionis si quid specialius cum eo velint contrahere. Alioqui etiam de exercitoris persona laborandum haberent, & an exercitor ille esset, qui magistrum hunc præposuisset, an alius: quod certè à contrahentium & nauigantium vtilitate alienum esset. Itaque casus hic valde specialis est in quo factor meus, vt Castrensis loquitur, vel procurator potest aliquem substituere me inuito propter periculum quod est in mora. Sanè generales administratores & procuratores ad negotia possunt alium substituere etiam sine speciali mandato, quod in procuratoribus ad lites ante litem contestatam diuersum est, *l. cùm quis de procurat. l. si procuratorem 8. §. 1. infr. mandat.* Scientia planè ac patientia domini pro mandato est, vt Castrensis hîc notat post Accursium *ex l. 1. §. scientiam. infr. de tribut. action. leg. cùm plures 60. §. locator horrei infr. locat. iunct. l. item eorum 6. §. 1. supr. quod cuiusque vniuersit. nom.*

6 ¶ Nauem accipere debemus, siue marinam, siue fluuiatilem, siue in aliquo stagno nauiget, siue schedia sit.

Ad §. 6. Nauem accipere debemus.

RAT. DVB. Transmarinæ potissimùm negociationis gratia videtur comparata hæc exercitoria actio, sicut & transmarina negotiatio illa est ex qua plus vtilitatis & commodi accedit reipublicæ, vt nemo nescit. Ergo eam tantùm nauem in hoc edicto accipere debemus quę marina sit, non quæ fluuiatilis, id est, fluuio traijciendo deseruiens. Nam de piscatoriis actuariis, voluptatis causa paratis & similibus, quæ etiam fluuiatilium appellatione continentur, non puto hîc agi, non magis quàm cùm de postliminio tractatur *leg. 2. infr. de capt. & postlim.* quia ad rei & vtilitatis publicæ causam nil pertinent: multò minùs videtur edictum hoc pertinere ad naues, quæ in aliquo stagno nauigant, aut ad schedias. Quo nomine significatur nauigij genus inconditum trabibus tantùm inter se nexis factum, vt bene hîc Gotthofredus interpretatur. DECIS. Etiam fluuiatiles naues ad commercij causam necessariæ sunt, vt traijci flumen possit. Item illæ quæ stagno traijciendo inseruiunt, etiamsi schediæ sint: ergo etiam earum nomine potest exercitoria competere, cùm in omnibus eadem ratio publicæ vtilitatis locum habeat. Sanè differentia in eo est, quòd naues marinæ: quia sunt vtiliores, habent etiam immunitatem, quam non habent fluuiatiles, nisi quæ annonam deferunt Romam *leg. semper 5. §. negotiatores & seq. & §. Diuus Hadrianus 6. infr. de iure immunitatis.* Sed alius de immunitate tractatus est: alius verò de exercitoria actione.

BIU Cujas

7 ¶ Non autem ex omni causa prætor dat in exercitorem actionem: sed eius rei nomine, cuius ibi præpositus fuerit, id est, si in eam rem præpositus sit. vt putà si ad onus vehendum locatum sit: aut aliquas res emerit vtiles nauiganti: vel si quid, reficiendæ nauis causa, contractum, vel impensum est: vel siquid nautæ, operarum nomine, petent.

Ad §.7. Non autem.

RAT. DVB. Non possunt nauigantes scire cuius rei nomine magister nauis præpositus sit, nec angustiæ temporis & loci semper patiuntur, vt exactiùs & indulgentiùs de eo inquirant, vt scriptum est initio huius legis, & diximus iterum ad §. *Magistrum autem supr.* Ergo ne decipiantur, dicendum est omnimodo teneri exercitorem, id est, ex omni causa ex qua cum magistro nauis contractum proponatur, non adhibita illa distinctione, quam Vlpianus hîc adhibet: cuius rei gratia magister præpositus fuerit. DEC. Exercitor qui magistrum præponit non alia mente præponit nisi vt nauim ipse exerceat, & ea tantùm faciat, quæ in eam rem necessaria vel vtilia sunt, non etiam cætera, quæ ad causam instruendę & exercēdę nauis nil pertinent. Nec nisi à seipsis decepti videntur nauigantes, si in aliam causam cum eo contrahant. Itaque si ad onus vehendum magister nauis à nauigante locatus sit (ita enim legendum, non vt vulgò *locatum*) aut si aliquas res emerit vtiles nauiganti, vel si quid reficiendæ nauis causa contractum vel impensum sit, vel denique si quid nautæ operarum nomine petent: ex his omnibus causis, aliisque similibus exercitor rectè conuenietur, quia hæc omnia ad eam rem pertinent, cui præpositus est, id est, ad curam regendæ, & exercendæ nauis, neque necesse est, vt specialiter præpositus sit ad hoc vel illud faciendum: sed sufficit, vt ea faciat, sine quibus id facere cui præpositus esset non posset, *arg. l. 2. supr. de iurisd.* cætera verò non faciat, quæ ad nauim exercendam neque necessaria sunt, neque vtilia. Vt putà si ab aliquo ex nauigantibus pecuniam mutuam acceperit extra eos casus de quibus mox tractabimus, aut si fundum Cornelianum emerit, aut vendiderit, vel aliud tale quid fecerit, quod cum nauis exercitione nihil commune habeat. Et ita hic §. accipiendus est. Idē in institore iuris est, *l. cuicunque 5. §. nec tamen infr. de instit. act.* nisi id fecerit institor, quod dominus erat solitus facere *arg. l. vel vniuersorum 12. supr. tit. prox.* aut nisi videatur dominus eum in omnibus suo nomine præposuisse ac substituisse, vt in *l. vlt. inf. de instit. act.* sed in exercitoria actione hoc amplius est, quod ij qui cum magistro nauis contrahunt, non habent inuestigandum, an magister nauis habeat mandatum, nēcne ad huiusmodi contractum ineundum, non magis quàm vtrùm sit principalis dominus, an factor alterius (in quo videtur mihi Castrensis errasse) sed an hic contractus ad causam nauis exercendæ ac regendæ pertineat *l. vlt. infr. hoc tit.* Iunge §. 9. *infr.*

8 ¶ Quid si mutuam pecuniam sumpserit? an eius rei nomine videatur gestum? & Pegasus existimat, si ad vsum eius rei, in quam præpositus est, fuerit mutuatus, dandam actionem, quam sententiam puto veram. quid enim, si ad armandam, instruendámve nauem, vel nautas exhibendos mutuatus est?

Ad §.8. Quid si mutuam.

RAT. DVB. Mutui datio aut acceptio nihil commune habet cum negotio exercendæ nauis. Ergo ex hac causa teneri exercitoria actione exercitoria non potest, secundùm ea quæ proximè diximus. DECIS. Distinctio hîc adhibenda necessariò est, quam Pegasus adhibebat, an magister nauis pecuniam mutuatus sit ad vsum eius rei cui præpositus fuit, an non: vt posteriore quidem casu exercitoria non competat: priore verò danda sit. Quid enim si ad armandam, instruendámve nauem, vel ad nautas exhibendos mutuatus est? Etsi namque ad hoc ipsum præpositus non fuit, vt pecuniam mutuaretur, cùm tamen præpositus fuerit ad curandam, regendam, & exercendam nauem, quam porrò benè & commodè exercere aliter non potuit, hoc quoque in necessarium antecedens ei non modò permissum, sed etiam commissum esse intelligitur *arg. l. 2. sup. de iurisdict. l. ad rem mobilem 56. l. ad legatum 62. de procurat.*

9 ¶ Vnde quærit Ofilius, si ad reficiendam nauem mutuatus, nummos in suos vsus conuerterit, an in exercitorem detur actio? & ait, si hac lege accepit, quasi in nauem impensurus, mox mutauit voluntatem, teneri exercitorem imputaturum sibi, cur talem præposuerit? quod si ab initio consilium ceperit fraudandi creditoris, & hoc specialiter non expresserit, quod ad nauis causam accipiat, contra esse. quam distinctionem Pedius probat.

Ad §.9. Vnde quærit Ofilius.

RAT. DVB. Magister nauis, qui pecuniam à Titio mutuatus, quasi eam ad reficiendam nauem impensurus, eandem postea in alios vsus suos cōuertit, siue ab initio consiliū fraudandi creditoris habuerit, siue cū id priùs mente gereret, postea mutauerit volūtatē, nō potest videri gessisse negotiū exercitoris, neq. pecuniā impendisse ad vsus eius rei, cui fuit præpositus. Ergo non potuit ex eo cōtractu exercitorē obligare, secundùm ea quæ vidimus in §. *præced.* DEC. In hac quoque specie adhibenda distinctio illa est, quā Ofilio primùm, deinde etiā Pedio placuisse Vlpian. refert, an hac lege nūmos magister mutuos acceperit, quasi in nauē impēsurus, mox verò mutauerit voluntatē, an verò ab initio consiliū ceperit fraudandi credito-

BIU Cujas

creditoris, & hoc specialiter nō expresserit, se in causam reficiendæ nauis accipere. Priore casu dāda est in exercitorē actio exercitoria, quia imputare sibi debet, cur talē præposuerit, id est, tā imprudentē & inconstantē, tamque facilē ad mutuas accipiēdas sine necessitate pecunias, aut ad eas quæ in nauis refectionem erant necessarię in alios vsus impendendas. Quid enim possis imputare creditori, qui bona fide credidit ad reficiendam nauem, quam sciebat in ea causa esse, vt refectione indigeret? Hoc enim sanè ex parte creditoris requiritur, vt exercitoriam habeat, nihilque imputari ei possit *l. vltim. infr. hoc titul.* Primumque propositum inspiciendum est, vt ait Accursius *arg. l. cùm quis* 38. §. 1. *de solut.* nisi cùm mutatur consilium in melius, quo casu placet, quod Bartolus hîc notat bonum euentum sufficere ex *l. item si* 7. *alias l. sed Iulianus* §. *proinde versic. sed & si ab initio inf. de* SC. *Maced.* At posteriore casu, licèt hoc quoque imputari exercitori posse videatur, quòd talem magistrum elegerit, id est, perfidum & fraudatorem, imputari tamen magis creditori potest, cur tam facilis fuerit ad credendam magistro pecuniam non expressa credendi causa, vt ad reficiendam nauem, quę reficienda erat, nec minore pecunia refici poterat, impenderetur *dict. l. vltim. infr.* Quamquam vt verum fatear, non facilè possum ego hanc distinctionem admittere. Nam cùm quæstio ab Ofilio concepta sit de magistro nauis, qui ad reficiendam nauem mutuos nummos acceperat, & vtraque pars distinctionis propositæ quæstioni conuenire debeat, eiusque finibus exerceri, quomodo fieri, obsecro, potest, vt qui ad reficiendam nauem mutuatus est, non expresserit specialiter se ad causam nauis mutuam pecuniam accipere? Aut quomodo fraudandi creditoris consilium habere, eumque fraudare dici potest, qui ab eo mutuam pecuniam sic accipit, vt non exprimat, an in causam nauis accipiat? Fraudat enim is demùm, qui aliud agit, & aliud simulat, & qui cùm fingat, & dicat se nummos mutuari, vt nauem exercitoris reficiat, mutuatur tamen eo consilio & proposito, vt eos in vsum suum conuertat: non etiam is qui simpliciter pecuniam mutuam accipit, nec exprimit in quam causam. Hoc enim casu fraudatur à seipso creditor, qui antequàm magistro nauis credat, si id agit, vt exercitoriam sibi acquirat contra exercitorem, diligentiùs inquirere debuit, an in refectionem nauis eam pecuniam impensurus esset, & quod amplius est, an refectione nauis indigeret. Itaque facilè in suspicionem venio, vt posterior hæc pars distinctionis Triboniano adscribenda sit potiùs, quàm vel Ofilio, vel Pedio, vel denique Vlpiano. Nam præter ea quæ iam diximus, illa adiectio parùm elegans est, *& hoc specialiter non expresserit, quod ad causam nauis accipit.* Sed & illud euidenter falsum est, etiamsi ab initio consilium fraudandi creditoris magister habuerit, eò minùs teneri exercitorem. Nam imò verò teneri eum tanto magis æquum est, qui fraudulentum hominem & dolosum pro ministro elegit. Si modò nihil creditori imputare possis, quomodo certè nihil ei potest imputari, si crediderit ad reficiendam nauem, quæ tum in ea causa fuerit, vt refectione indigeret *dict. l. vltim. infr.* Quid enim eius refert, an magister nauis consilium fraudandi ab initio habuerit, an ex postfacto cœperit? An eo magis fortasse vno casu quàm alio imputare possis aliquid creditori? Alia causa est eius qui contrahit cum filiofamilias vel seruo nullum habente mandatum. Hic enim curiosior esse debet, ac diligentior, vt pecunia in vtilitatem domini conuertatur, vt hic Bart. notat ex *l. 3. §. quid tamen infr. de in rem verſ.* planè si magister pecuniam mutuam simpliciter acceperit, non expressa causa nauis reficiendæ, siue refectione indigebat nauis, siue non indigebat, cùm id animo iam ab initio agitaret, vt eam pecuniam in suos vsus conuerteret, non habebit creditor exercitoriam: At non ratione illa, quam Tribonianus de suo ingenio commentus est, quòd fraudandi creditoris consilium iam ab initio magister habuerit, cùm neque hoc casu fraudatus sit creditor. Sed quia non debuit creditor mutuam ei pecuniam dare, nisi in hanc nominatim causam, nauis vel reficiendæ, vel instruendæ. Nam neque sufficere poterat, vt hoc magister exprimeret, si non etiam illud concurreret, vt nauis refectione vel instructione indigeret *d. l. vlt.* Debuit ergo Vlpianus in proposita quæstione distinctionem Africani admittere, quæ est in *d. l. vlt.* non eam quæ ponitur in hoc §. quam tametsi Ofilio, aut Pedio potiùs quàm Triboniano adscribere quis velit, mancam esse fatendum est: cùm non sufficiat, vt in causam reficiendæ nauis expressim accepta & credita sit pecunia, si non egebat nauis refectione, quod tamen Vlpianus hîc prętermittit.

10 ¶ Sed & si in pretiis rerum emptarum fefellit magister: exercitoris erit damnum, non creditoris.

Ad §. 10. Sed & si in preciis.

Rat. dvb. Cùm magister nauis pecuniam mutuam accepit ad comparanda ea, quæ in refectionem aut instructionem nauis sunt necessaria, & in preciis rerum emptarum fefellit, id est, deceptus est (fallit enim seipsum, qui se ab alio falli patitur) non conuertit pecuniam in rem exercitoris, nisi quatenus facit verum earum precium *l. si res 5. infr. de in rem verſ.* Ergo non est danda in eum exercitoria, nisi ad verum vsque precium. Vt damnum sit creditoris, qui diligentior esse debuit, vt pecunia vtiliter impenderetur.

Dec. Nullam aliam diligentiam prestare debet is qui credit pecuniam magistro nauis, nisi vt credat ad eam nauim vel reficiendam, vel instruendam, & inquirat priùs, an refectione nauis indigeat, vel instructione: at non etiam procurator exercitoris vel magistri esse cogitur, vt inquirere debeat, in quos vsus ea pecunia consumatur, & quàm iusto precio comparentur ea, quæ ad nauem exercendam sunt necessaria, vt eleganter tractat Africanus in *l. vltim. infr. hoc titul.* Damnum igitur quod in precio rerum cariore & iniusto precio comparatarum contigit, exercitoris esse debet, non creditoris, quia exercitor ipse per magistrum contrahere intelligitur, ideoque in solidum obligatur §. 1. *Instit. quod cum eo. l. 1. infr. quod iuſſ.* sibique debet imputare cur minùs cautum negotiatorem elegerit §. *tuius autem & §. prox. supr.*

11 ¶ Sed si ab alio mutuatus, liberauit eum, qui in nauis refectionem crediderat: puto etiam huic dandam actionem, quasi in nauem crediderit.

BIU Cujas

Ad §. 11. Sed si ab alio.

RAT. DVB. Qui ab alio pecuniam mutuatus est, puta à Titio, vt Sempronium dimitteret, qui in refectionem nauis crediderat, non accepit à Titio pecuniam, quasi impensurus in refectionem, non solùm eo casu quo iam refecta esset nauis ex pecunia Sempronij, quod supponi facilè ac probabiliter potest: sed illo etiam casu quo nondum refecta nauis esset. Aliud enim longè est, ex pecunia Titij nauem exercitoris reficere; aliud verò Sempronio soluere. Magister enim nauis soluendo Sempronio quod ei debet, facit se locupletiorem non exercitorem *l. si pupilli 66. in fin. de solut. l. species 11. de acceptilat.* Non igitur hoc casu danda est Titio contra exercitorem actio exercitoria, nisi cessa sit ei actio à Sempronio *arg. l. si res 59. infr. de euict.* DEC. Nihil refert, quid ex æquipollentibus fiat vbi certa faciendi forma præscripta non est *l. si quis pro eo 46. l. vltim. §. 1. infr. mandat. l. mulier 22. vers. Drasidas ad Senatusconsultum Trebell.* Atqui etiam in nauis refectionem credidisse videtur Titius, cùm crediditad soluendam Sempronio pecuniam, quæ in id fuerat credita, vt nauis reficeretur. Sic enim locum hunc intelligo, vt in hoc ipsum credita sit à Titio pecunia, vt ad Sempronium perueniret. Alioqui non potest in causam nauis credidisse Titius, sineque de naui, neq; de Sempronio dimittendo quicquam dixerit, nisi ponas pecuniam Titij numeratam primùm magistro, deinde non post aliquod interuallum à magistro fuisse numeratam Sempronio, vt dici de iis creditoribus solet, quorum pecunia ad creditores priuilegiarios peruenit, vt in eorum locum & priuilegium succedatur *l. si ventri 24. §. vltim. de reb. author. iudic. possid. aliàs l. 9. de priuileg. credit.* Alioquin si neque de naui, neque de Sempronio dimittendo quicquam à Titio dictum sit, non potest videri in causam nauis credidisse, nec proinde habere exercitoriam, ne quidem beneficio cessionis: sera enim cessio est post extinctam solutione obligationem *l. Modestinus 76. de solut.*

12 ¶ Igitur præpositio certam legem dat contrahentibus. quare si eum præposuit naui ad hoc solùm [a], vt vecturas exigat, non vt locet, quòd forte ipse locauerat: non tenebitur exercitor, si magister locauerit, vel si ad locandum tantùm, non ad exigendum: idem erit dicendum. aut si ad hoc, vt vectoribus locet, non vt mercibus nauem præstet, vel contra: modum egressus, non obligabit exercitorem. Sed & si, vt certis mercibus eam locet, præpositus est, puta legumini, cannabæ, ille marmoribus, vel alia materia locauit: dicendũ erit exercitorem non teneri. quædam enim naues onerariæ, quædam (vt ipsi dicunt) ὁπισθαγωγοὶ, i. *vectorum ductrices*, sunt, & plerosque mandare scio, ne vectores recipiant. & sic, vt certa regione, & certo mari negotientur, vt ecce, sunt naues, quæ Brundusium à Cassiopa, vel à Dyrrachio vectores traiiciunt, ad onera inhabiles. Item quædam fluuij capaces, ad mare non sufficientes.

Ad §. 12. Igitur præpositio.

Est hæc illatio, non ex iis quæ proximè dicta sunt in præcedentibus §§. sed ex eo quod scriptum est in §. *non autem.* Ita demùm dari exercitoriam in exercitorem ex eo quod cum magistro gestum sit, si quid eius rei gratia gesserit, cui præpositus fuit: Præpositio enim illa est, quæ certam legem dat contrahentibus, vt ibi diximus. Sed intellige de contrahentibus qui legem præpositionis non ignorarunt, de quibus etiam circa tractatum institoriæ actionis in *l. sed si pupillus 11. §. de quo palam & seqq. infr. de insit. action.* Nam in ignorantibus legem præpositionis, & ipsam quoque præpositionem, separanda est exercitoria ab institoria, & sequenda ea sunt, quæ diximus ad initium huius legis, & ad §. *magistrum autem supr.* ex quib. ratio dubitandi ad hunc §. peti potest, præsertim ex eo quod in fine *dict. §. magistrum.* Vlpianus scribit etiamsi exercitor magistrum præposuerit ea lege ne alium ipse præponeret, imò etiam expresè prohibuerit, ne Titio magistro vteretur, si tamen Titium præposuerit, perinde teneri exercitorem ex facto Titij atque ex contractu primi magistri, quem ipse præposuerat: an non enim id apertè est contra legem præpositionis? Sed habet iscausus rationem specialem, quam nos ibi attulimus.

a *Quare si eum præposuit naui ad hoc solùm* Exempla sunt illationis suprascriptæ, quæ nullam habent nouam, siue dubitandi, siue decidendi rationem. Nec magna indigent interpretatione. In omnibus enim apparet certam præpositionis formã & legẽ ab exercitore præscriptã esse, quã egredi in dãnum exercitoris nec magistro, nec contrahentibus licet: siue igitur præpositus ad hoc solùm sit magister, vt vecturas exigat, nõ vt locet, quòd fortèipse iã exercitor locauerit, non tenebitur exercitor ex locatione à magistro facta (quod exemplum notandum est, vt appareat hic loqui Vlpianum de eo casu, quo non possint contrahentes conqueri se deceptos à magistro) siue ad locandum tantùm, non etiam ad exigendum: idem erit dicendum, vt ex solutione magistro facta exercitor teneri non possit, nec nauigans liberari: mandati enim, & præpositionis forma omnimodo sequenda est, quoties certa est *l. si quis pro eo 46. infr. mandat.* Finge præpositum magistrum vt vectorib. locet, non vt mercibus nauem præstet, vel contrà. Si modum egressus sit, non obligabit exercitorem. Idem est, si præpositus sit magister, vt nauem certis mercibus locet, puta legumini, aut cannabæ, ille marmoribus aut alia materia locauit: non tenebitur exercitor, quia contra præpositionis legem factum est. Quædam enim naues onerariæ sunt, vt Vlpianus hîc ait, quædam, vt vocant ὁπισθαγωγοὶ, id est, vectorum ductrices: aliæ sunt quæ dicũtur ξυλαγωγοὶ, id est, lignorũ vectrices, de quibus in *l. ligni 55.*

BIU Cujas

l. ligni 55. §. lignorum de legat. 3. Nec quæ in certos vsus comparatæ sunt, in alios exerceri debent contra formam mandati. Nam & plerique exercitorum mandant magistris ne vectores recipiant, qui si ea sit omnium incommodissima nauigatio propter multorum aut insolentiam, aut perfidiam. Sunt & qui mandant vt certa regione, certoque mari negotientur, vbi minùs esse periculi, aut quænam pericula, & quomodo cauenda sint, longo vsu compererunt, vt à Dyrrachio vel Cassiopa Brendesium vsque sunt naues quæ vectores traiiciunt, ad onera verò prorsus inhabiles. Sicut & quædam naues fluuij sunt capaces, quas fluuiatiles dixit Vlpianus in §. *nauem supr.* sed ad mare, id est, ad vsum maris non satis sufficientes, vbi maioribus & validioribus opus est.

13 ¶ Si plures sint magistri, non diuisis officiis: quodcumque cum vno gestum erit, obligabit exercitorem. Si diuisis, vt alter locando, alter exigendo: pro cuiusque officio obligabitur exercitor.

Ad §. 13. Si plures sint magistri.

RAT. DVB. Cùm plures magistri eidem naui præpositi sunt non diuisis officiis, ea mente videntur ab exercitore prępositi, vt simul gerant, nec vnus sine alio gerere quicquam possit, nisi proponas fuisse illos expressim prępositos in solidum, singulos, quod tamen hîc Vlpianus non potuit. Nam & cùm plures simul eandem summam promittunt, nec adiectum est, ita vt duo sint correi debendi, constat singulos non nisi in viriles teneri *l. reos* 11. §. *cùm tabulis infr. de duob. reis.* Planè si diuisis officiis prępositi sint, putà vnus locando, alter exigendo, dubitationem res non habet, quin neuter eorum nisi pro suo quisque officio exercitorẽ obligare possit. DEC. Officium exercendæ ac regendæ nauis per se indiuiduum est, vt & cætera facta ferè omnia quorum effectus in partes scindi non potest *l. stipulationes non diuiduntur 72. l. in executione* 85. §. 2. *l.* 2. §. *item si in facto & seq. de verb. oblig.* In eo autem factorum genere, si negotium aliquod faciendum pluribus commissum sit, singulis in solidum commissum esse intelligitur, nisi vel diuisis officiis præpositi sint vel expressim cauerit is qui pręposuit, vt vnus sine alio gerere nihil possit, quod plerique faciunt alterutrius prudentiæ aut fidei diffidentes §. *prox. infr.* Ergo si plures sint magistri non diuisis officiis, quodcunque cum vno gestum erit, obligabit in solidum exercitorem, etiam si duos magistros prępositos esse sciuerit ille qui cum altero solo contraxit. Ita enim locus hic intelligendus est. Sic dicimus, si plures sint, qui nauem exerceant, cum eorum quolibet in solidum agi posse. Ne in plures aduersarios distinguatur qui cum vno contraxerit, scilicet si plures eiusdem nauis exercitores vnum eundemque magistrum pręposuerint §. *vlt. cum l. sequ. infr.* Multa hîc tractat Bartolus, & post eum cæteri. De pluribus tutoribus, curatoribus, procuratoribus & gestoribus, aliisque huiusmodi personis ad idem negotium simul constitutis, an in solidum singuli aliquid gerere possint, annon nisi omnes simul, de quo tamen nihil nos hîc dicimus, ne materias confundamus, & ab instituto nostro longiùs aberremus singula suis locis tractaturi. Vide tamen *l. vltim. Cod. de author. præst. l. consilio 7. §. vltim. infr. de curat. furios. l. 3. de curat. bon. dand. l. si mandatu 59. §. 3. & l. seq. §. duobus infr. mandat. l. pluribus 32. supr. de procurat. l. cùm alicui 26. in fin. de negot. gest. cap. si duo de procurat. in 6.*

14 ¶ Sed si sic præposuit, vt plerumque faciunt, ne alter sine altero quid gerat: qui contraxit cum vno, sibi imputabit.

Ad § 14. Sed si sic præposuit.

RAT. DVB. Pluribus magistris prępositis sine vlla officiorum diuisione, tantum potest alteruter, quantum vterque ad obligandũ exercitorem in solidum, vt proximè diximus. Ergo nihil imputari potest ei, qui cum alterutro contraxerit. DEC. Præpositio certam legem dat contrahentibus §. *igitur 12. supr.* Atqui prępositis duobus non diuisis officiis, lex prępositioni dicta est, ne alter sine altero agere quicquam posset. Ergo imputare sibi debet, qui cum alterutro solo contra legem prępositionis contraxit. Ex qua ratione intelligimus non de alio tractare hîc Vlpianum, quàm qui legem prępositionis sciuerit, aut cui saltem hoc ipsum imputare possit, cur non diligentiùs de prępositionis lege inquisierit, vt & in *l. sed si pupillus* 11. §. *condicio infr. de instit. action.* vbi dicemus.

15 ¶ Exercitorem autem eum dicimus, ad quem obuentiones & reditus omnes perueniunt siue is dominus nauis sit, siue à domino nauem per auersionem conduxit, vel ad tempus, vel in perpetuum.

Ad §. 15 Exercitorem.

RAT. DVB. Hæc actio exercitoria datur ex facto & contractu magistri, qui naui regendæ prępositus est. Ergo indistinctè dari debet contra eum qui magistrum pręposuit, non adhibita distinctione illa, an exercitor nauis ille sit necne, & an dominus nauis, an qui nauem à domino cõduxerit per auersionem, id est, in vniuersio, vt in *l.* 4. §. 1. *infr. de peric. & commod. rei vendit. l. qui officij* 62. §. *vltim. de contr. empt. l. opus* 36. *locat.* (non quomodo Accursius noster explicat) quod Gallicè dicimus *en gros.* vel ad tempus vel in perpetuum. Vtrumque enim fieri potest, neque res hæc ex earum numero est, quæ ad tempus fieri non possunt, cùm ex causa locationis dominium non transferatur *l. non solet* 39. *infr. locat.*

DEC. Is demùm teneri debet exercitoria ex facto magistri nauis, ad quem quotidianus nauis quæstus pertinet, vt loquitur Iustinianus in §. *eâdem ratione Instit. quod cum eo.* Vel vt Vlpianus in hoc §. ad quem reditus & obuentiones

BIU Cujas

omnes nauis perueniunt. Hic verò ille est, qui exercitor appellatur, quia eius & imperio & vtilitate nauis exercetur, nec alius est, qui magistrum possit præponere, id est, qui ius habeat præponendi. Parumque refert, an dominus ipse sit nauis, an à domino ius habeat, quomodo habet ille qui nauem conduxit per auersionem, id est, lucra omnia, quæ nauis exercitio adferre potest. Neque enim hoc casu dominum nauis teneri æquum esset, tametsi naui adhuc frui videatur, qui mercede fruitur sicut & qui precio rei *l. quia qui precio 39. iunct. l. præced. supr. de vsufr.* quia cùm agitur de naui, quæ quotidie exercetur, ille pro domino habendus est ad quem obuentiones omnes quoquo iure perueniunt. Non similiter autem tabernæ exercitor quisquam rectè dicitur, sed ille tantùm qui nauem exercet, quamuis etiam taberna exerceri dicatur in *l. habebat 13. §. vltim. infr. de instit. action.* & mensa nummularia in *l. vltim. eod.*

16 ¶ Parui autem refert, qui exercet, masculus sit, an mulier: paterfamilias, an filiusfamilias, vel seruus. pupillus autem si nauem exerceat, exigemus tutoris auctoritatem.

Ad §. 16. Parui autem refert.

RAT. DVB. Contra sexus verecundiam est, vt mulier nauem exerceat, & contra pudicitiam sexui congruentem, vt nauigantium negotiis se immisceat, & virilibus officiis fungatur *l. 1. §. secundo loco supr. de postul. l. fœminæ 3. de regul. iur. l. vltim. §. vltim. infr. de leg. Iul. de annon.* DEC. Multa per alios facere possunt fœminæ & aliæ personæ, quæ per seipsas non possent. Nec commercium nauis per exercitorem expeditur quisquis ille sit, siue masculus, siue fœmina, sed per nauis magistrum, ex cuius contractu datur exercitoria. Neque rursus existimãdum est, impediri mulieres verecundiæ & puditiæ rationibus ne vllis negotiis se immisceant. Multa enim sunt, quæ nec verecundiam nec pudicitiæ famam lædunt, quibus se immiscere, nec ideò prohibentur. Ideoque nec in actione institoria distinguimus, quis præposuerit, adeoque nec quis præpositus sit, cùm plerique etiam pueros puellasque tabernæ præponant *l. sed & si 7. §. 1. & l. seq. infr. de instit.* Idem ergo & in actione exercitoria iuris esse debet, cùm vtriusque actionis eadem ratio sit & eadem æquitas, vt ait Iustin. in *§. eadem ratione vers. institoriæ Instit. quod cum eo.* siue dicas in institoria ita comparatum esse ad exemplum exercitoriæ, vt in *dict. §. 1.* siue in exercitoria ad exemplum institoriæ, vt in *l. 4. Cod. hoc titul.* Iunge *§. in potestate 21. infr. l. item 57. aliàs l. sed Iulianus §. interdum infr. de SC. Maced. l. 1. §. de eo l. & ancillarum 27. in princip.* vbi dicemus *infr. de pecul.* Pupillus autem si nauem exerceat, inquit Vlpianus, tutoris authoritatem exigemus, scilicet in præponendo magistro, cùm ea prepositione obligetur pupillus qui porro sine tutore obligari non potest *l. obligari 9. de author. tutor. l. verum 9. infr. de inst. act.*

17 ¶ Est autem nobis electio, vtrùm exercitorem, an magistrum conuenire velimus.

Ad §. 17. Est autem.

RAT. DVB. Singulis controuersiis singulæ actiones debent sufficere *l. singulis 6. infr. de except. rei iudic.* Atqui actio exercitoria quæ datur in exercitorem, datur ex persona & ex contractu magistri *§. penult. infr.* quem porrò ex facto suo teneri æquiùs est, quàm alium, qui non contraxerit. Tractamus enim de magistro qui conueniri ipse possit, non de seruo quo cum nulla actio est *l. cum seruo 107. de regul. iur.* Ergo qui cum nauis magistro contraxit, contra eum solum habere debet actionem, non etiam contra exercitorem cum quo non contraxit. Nec proinde electionem habere debet, cum vtro eorum malit agere. DEC. Qui contrahit cum magistro nauis, non tantùm ipsius, sed etiam exercitoris personam & patrimonium intuetur. Ergo exercitorem quoque obligatum habere debet, & quidem in solidum qui per magistrum, quem præposuit, contraxisse ipse quoque intelligitur. Alioqui quid dicemus, si quis seruum siue suum alienum nullum habentem peculium prepositurit, & cum quo, vt diximus, nulla dari actio possit? Meritò igitur etiam contra exercitorem ex contractu magistri datur actio propria, quæ exercitoria dicitur, nec minùs contra magistrum illa quæ ex proprio ipsius contractu nascitur. Hoc enim edicto non transfertur actio, sed adiicitur, vt eleganter Paulus scribit in *l. si eum 5. §. 1. in fin. infr.* Consequens ergo est, vt ei qui cum magistro contraxit electio danda sit, an contra magistrum agere malit, an contra exercitorem, sed ita vt vnius electione alius liberetur *§. penult. infr.* vbi dicemus. Sic in *l. quod in heredem 9. §. eligere de tribut. act. l. cùm filius 66. §. varus de legat. 2.*

18 ¶ Sed ex contrario, exercenti nauem aduersus eos, qui cum magistro contraxerunt, actio non pollicetur: quia non eodẽ auxilio indigebat. Sed aut ex locato cum magistro, si mercede operam ei exhibet: aut, si gratuitam, mandati agere potest. Solent planè præfecti [a] propter ministerium annonæ, item in prouinciis præsides prouinciarũ, extra ordinẽ eos iuuare ex cõtractu magistrorum.

Ad § 18. Sed ex contrario.

RAT. DVB. Quod quisque iuris in alium statuit, ipse eodem vti debet *l. 1. & tot. titul. supr. quod quisq. iur.* Ergo is qui cum magistro nauis contraxit, cùm æquissimum esse putet dari sibi

BIU Cujas

dari sibi ex ea causa & ex eo contractu aduersus exercitorem, exercitoriam actionem recusare non potest, quominùs etiam ab exercitore conueniatur, si quid fortè magistro nauis promiserit, nec præstiterit. Dec. Vbi personæ alicuius condicio locum facit beneficio, ibi deficiente ea siue persona siue personæ condicione, beneficium quoque deficit *l. in omnibus causis 68. de regul. iur.* Atqui exercitoriam actionem ex beneficio Prætoris induxit potissimùm fauor & condicio nauigantium, qui plerunque ignari sunt condicionis eius, cum quo contrahunt, & nauigandi necessitate, quæ non patitur plerunque moras, impediuntur ne possint diligentiùs & pleniùs inquirere de magistro, vt sciant quid consilij capere debeant, vt scriptum est initio huius legis. Exercitoris autem longè alia, diuersaque condicio est: contrahit enim vltro cum magistro, vt nauigantes ille excipiat, & cum iis iuxta legem præpositionis contrahat. Itaque plenissimam indemnitatem consequi à magistro, si magister soluendo sit, potest, aut actione ex conducto (quam hîc actionem ex locato Vlpianus vocat quomodo & Paulus in *l. si eum 5. in princip. infr.*) si nauem exercendam certa mercede conduxerit, aut mandati si gratuitam ei operam magister exhibeat: nulla ergo ratio vel necessitas subest dandæ ei actionis contra nauigantes, cum quibus non contraxit. Quòd si magister fortè soluendo non sit, nec æquum est ei subueniri cùm imputare sibi debeat, cur minùs idoneum magistrum præposuerit §. *cuius autem & §. vnde quærit supr.* Obstat enim illi non nauigantibus regula *l. qui cum alio 19. de reg. iur.* Nulla ergo actio exercitori à Prætore pollicetur, id est, promittitur (verbum deponens est, sumptum in passiua significatione, vt & verbum *tuebitur* apud Papinianum in *l. filio præterito 17. infr. de iniust. rupt.*) quia nullo auxilio indigebat. Promissa verò est aduersus exercitorem contrahentibus cum magistro, quia egebant illi hoc auxilio, vt eorum indemnitati plenissimè consultum esse posset.

a *Solent planè Præfecti.* Rat. dvb. Prætor iuris & æquitatis ciuilis custos est, & magister, nec aliud est ius honorarium, quàm viua vox iuris ciuilis *l. nam & ipsum 8. iunct. §. 1. legis præced. supr. de iustit. & iur.* Ergo quod Prætor æquum non putauit, vt exercitori daretur actio aliqua in eos qui cum magistro nauis contraxerunt, non debuit Præfectus vrbi æquum putare, multo minùs Præses prouinciæ, qui in prouincia ita ius reddit, vt Prætoris potissimùm partibus fungatur. Quod enim edictum Prætoris in vrbe dicitur, in prouinciis edictum Proconsulis aut prouinciale appellatur.

Dec. Ad curam & iurisdictionem Præfecti vrbis ea omnia pertinent, quæ ad salutem & conseruationem vrbis spectant. Inter quæ nemo dubitat quin annonæ præcipua causa sit, & carnis & aliarum huiusmodi rerum omnium, quæ ad vitam sunt maxime necessariæ *l. 1. §. carnis supr. de offic. præfect. vrb. l. vlt. §. vlt. infr. de leg. Iulian. de annon.* Propter quam causam non tantùm negotiatoribus & nauicularis, sed & nauibus ipsis quæ annonæ vrbis seruiunt immunitates quædam datæ sunt *l. semper 5. §. negotiatores & §. diuus Hadrianus infr. de iur. immun.* Fuit autem dignitas & authoritas Præfecti vrbis longè maior quàm Prætoris, cùm à Prætore etiam in ciuilibus causis, de quibus ipse cognoscebat, ad Præfectum appellaretur *l. Aemilius 41. supr. de minor.* Proinde mirum non est, potuisse Præfectum vrbis extra ordinem iuuare exercitorem propter ministerium annonæ, non quidem data ei actione aliqua siue ciuili, siue honoraria, quod facere non potuisset, sed extraordinaria cognitione, vt fieri solebat in causis fauorabilioribus, quoties actio magis quàm æquitas deficeret *l. 1. & tot. titul. de var. & extraord. cognit. l. quòd si minor. 24. §. vltim. supr. de minor.* Nempe si quis casus talis contingeret in quo adiuuari exercitorem æquum esset, vt puta si magister nauis inopinato aliquo fortunæ impetu lapsus facultatibus rem familiarem amisisset, ac non soluendo factus esset, vt in *l. planè 4. infr. vt in possess. legat. l. 1. infr. de instit. act. iunct. l. nam is 6. supr. de dolo.* Nam quæ de nouo emergunt, nouo semper indigent auxilio *l. de ætate 11. §. ex causa supr. de interrog. in iur. faciend.* Quod verò in vrbe licuit Præfecto, id ipsum in prouincia licere debuit etiam Præsidibus, quo generali nomine etiam Proconsules comprehenduntur: quia non tantùm Prætoris, sed etiam Præfecti vrbis cæterorumque omnium Magistratuum, qui in vrbe sunt vice ac partibus Præses in prouincia fungitur *l. 1. l. ex omnibus 10. cum duab. seqq. supr. de offic. Præsid. l. si in aliam 7. §. vlt. cum duab. legib. seqq. supr. de offic. Procons.*

19 ¶ Si is, qui nauem exercuit, in aliena potestate erit, eiusque voluntate nauem exercuerit: quod cum magistro eius gestum erit, in eum, in cuius potestate is erit, qui nauem exercuit, iudicium datur.

Ad §. Si is qui nauem 19.

Rat. dvb. Ex hoc edicto non datur actio exercitoria, nisi in ipsum exercitorem. Vnde & nomen actio sumpsit §. *eâdem ratione Instit. quod cum eo.* Atqui neque pater neque dominus exercitoris exercitor ipse est, sed vel filius, vel seruus. Ergo in eum, in cuius potestate is erit, qui nauem exercuit, actio exercitoria in solidum dari non debet, sed sufficit si ex contractu magistri detur in eos actio de peculio, vt ex aliis eorum qui in potestate sunt contractibus dari solet *l. 1. infr. de pecul.* tametsi ex voluntate patris aut domini filiusfamilias aut seruus nauem exercuerit, maximè cùm filiusfamilias exercitor obligari ex sua persona in solidum possit, vt ex quolibet suo contractu *l. si quis cum filiofamilias 44. eod. titul. l. filiusfamilias 39. de oblig. & action.*

Dec. Cùm filiusfamilias vel seruus nauem exercet ex voluntate illius, in cuius potestate est, ferè est, vt pater ipse vel dominus exercitor esse videatur, cùm ad eum quotidianus nauis quæstus pertineat §. *exercitorem supr. & dict. §. eadem ratione.* Quidni ergo etiam actione exercitoria tenebitur in solidum? Nam & ad summã Rempublicam, vt scriptum est in §. *seq.* aut, vt alij legunt, ad summã Reipublicæ

nauium exercitio pertinet, vt ad initium huius legis scripsimus. Alioqui cùm filij vel serui pater aut dominus non sit verè exercitor, non magis teneretur in solidum exercitoria, quàm tenetur tributoria is, quo etiam sciente & volente filiusfamilias aut seruus merces peculiares exercet, vt dicemus in §. *seq.* Planè si non ex voluntate patris vel domini filiusfamilias nauem exerceat, non nisi de peculio pater aut dominus tenebitur, quia non potest filius vel seruus contrahendo patrem aut dominum obligare vltra peculium. Et in filiofamilias quidem id minùs mirum videri debet, cùm ad eum volente patre quotidianus nauis quæstus pertinere possit *l. Prætor ait* 4. §. *sed & filiusfamilias supr. de edend.* Sed in seruo qui acquirit omnia domino non solùm ignoranti, sed etiam inuito *l. etiam inuitis* 32. *de acquir. rer. domin. l. seruus vetante* 62. *de verb. oblig.* & qui conueniri ipse nulla actione potest *l. cum seruo* 107. *de reg. iur.* difficilius videtur, vt non aliter dominum obliget exercitoria, quàm si eius voluntate nauem exerceat. Annon enim omni casu exercitor est dominus ad quem omni casu reditus & obuentiones nauis omnes perueniunt? Sed dicendum est, ignorantem & inuitum neminem exercitorem aut esse, aut alterius facto fieri posse: nec quod etiam inuito domino per seruum qui nauem exercet acquiritur, facere debere, vt inuitus quoque dominus per seruum exercitoria actione & in solidum obligetur *arg. l. qui in aliena* 6. *in princip. de acquir. hered.* de peculio sanè omnimodo tenebitur. Iunge §. *prox. seq.*

20 ¶ Licet autem datur actio in eum, cuius in potestate est, qui nauem exercet: tamen ita demum datur, si voluntate eius exerceat. Ideo autem ex voluntate in solidum tenentur, qui habent in potestate exercitorem, quia ad summam reipublicæ nauium exercitio pertinet. At institorum non idem vsus est: ea propter in tributum duntaxat vocantur, qui contraxerunt cum eo, qui in merce peculiari, sciente domino, negotiatur. Sed si, sciente duntaxat, non etiam volente domino, cum magistro contractum sit: vtrùm quasi in volentem dabimus actionem in solidum, an verò exemplo tributoriæ: in re igitur dubia melius est, verbis edicti seruire: & neque scientiam solam & nudam patris dominive in nauibus onerare: neque in peculiaribus mercibus voluntatem extendere ad solidi obligationem. & ita videtur etiam Pomponius significare[a], si sit in aliena potestate, si quidem voluntate gerat, in solidum eum obligari: si minùs, in peculium.

Ad §. 20. Licèt autem.

Explicat Vlpianus in hoc §. latiùs quod in præcedente dixerat obligari posse patrem vel dominum exercitoria actione per filiumfamilias aut seruum, id scilicet ita verum esse, si ex voluntate patris aut domini filius aut seruus nauem exerceat. Huiusque iuris rationem subinde reddit quod ad summam rempublicam, aut, vt alij malunt legere, ad summam reipublicæ, id est, ad rempublicam diuitiis cumulandam maximè pertineat nauium exercitio. Ita innuens aliud dicendum fore, si vtilitas reipublicæ cum actionis exercitoriæ æquitate coniuncta non esset. In quo tamen illa dubitandi ratio statim occurrit, quòd ad obligandum patrem vel dominum exercitoria actione in solidum, sufficere videatur, vt eorum voluntate filiusfamilias & seruus nauem exerceant. Quasi sint & ipsi, qui in potestate exercitorem habent, hoc casu exercitores. Sed non ita est. Aliud enim est exercitorem esse, aliud verò exercitori consensum & voluntatem accommodare, sicut dicimus: aliud esse vendere, aliud vendenti consentire *l. aliud est* 160. *de regul. iur.* Non enim sola voluntas facit exercitorem paritque exercitoriam actionem, sed præpositio magistri, ex cuius facto & contractu datur in exercitorem actio. Idque apparet euidentiùs ex institoria actione, vt Vlpianus hîc subiicit. Cùm enim alius sit vsus institorum, quàm vt naues exerceant, non sufficit ad obligandum patrem vel dominum in solidum actione institoria, vt ex eorum voluntate filiusfamilias aut seruus in peculiari aliqua merce negotientur, sed omnimodo requiritur, vt ei negotiationi præpositi sint *l. 1. & pass. infr. de instit. act.* Alioqui si sciente tantùm adeoque volente patre vel domino, sed non tamen expressim præponente, negotientur, obligant patrem, aut dominum tributoria tantùm actione, vt in tributum vocetur pater & dominus, cum iis quibuscum filiusfamilias vel seruus contraxit: id enim est, quod ad finem huius §. Vlpianus subiicit, non debere nos in peculiaribus mercibus voluntatem patris aut domini ad solidi obligationem extendere. Inde quærendi occasionem Vlpianus capit, si sciente duntaxat non etiam volente patre vel domino cum magistro nauis contractum sit. Vtrum in solidum danda sit contra eum actio quasi in volentem. An verò ad exemplum actionis tributoriæ in tributum duntaxat? Ratio dubitandi est quoniam is qui scit & patitur, non tantùm velle videtur, sed etiam mandare *l. qui patitur* 18. *infr. mandat.* Vnde est, quod pupillus pati non posse intelligitur *l. in eo* 110. §. *pupillus de regul. iur.* Ergo non est hac parte constituenda differentia inter nudam scientiam, quæ cum patientia coniuncta sit, & voluntatem. Sed decidendi tamen ratio fortior illa est, quòd potentior esse debeat voluntas expressa, quàm tacita cùm de obligatione & actione in solidum inducenda tractatur. Et expressa nocent plerumque quę non expressa non nocerent, vt habet iuris regula 195. & *l. nonnunquam* 52. *de condic. & demonstr.* Tantum autem distat inter nudam scientiam, etiam cum patientia coniunctam, quantum inter tacitam voluntatem & expressam *l. sicut* 8. §. *non videtur infr. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.* Benè igitur Vlpianus concludit, in re dubia melius esse verbis edi-

BIU Cujas

verbis edicti ſeruire, vt neq; patris dominíve ſcientia ſola & nuda eos in nauibus obliget in ſolidum, id eſt, quantum ad exercitoriam actionem, ſed ea demùm ſcientia, quæ voluntatem quoque ipſorum adnexam habeat, nec in peculiaribus mercibus voluntatem patris aut domini ad ſolidi obligationem extendamus, quia & edictum prætoris de actione exercitoria, de volente tantùm patre aut domino locutus eſt, non de ſimpliciter ſciente. Et è contrario edictum de tributoria, licèt de ſciente tantùm patre dominóve locutum ſit, non tamen in ſolidum actionem dare voluit, nec diſtinxit inter nudam ſcientiam & voluntatem, nec nos igitur diſtinguere debemus *vulg. l. de precio 8. ſupr. de Public. in rem act.* Nempe ſcientis appellatione contineri poteſt, etiã is qui vult, quia nemo velle poſſit, id quod neſciat, volentis verò nomine non poteſt is ſignificari qui nudam ſcientiam habeat ſine voluntate, quandoquidem id quod plus eſt, eo quod minus eſt, exprimi non poteſt, quamuis in iis quæ ſe habent per modum generis & ſpeciei, vt ſcientia & voluntas (ſcientia enim eſt quid generieum; voluntas verò quid magis ſpecificũ) ſub genere etiã ſpecies contineri poſſit, non item pro genere ipſo accipi. Iunge *l. ſi ſeruus 6. in princip. infr. & l. 1. §. ſcientiam.* vbi hoc omnium apertiſſimè exponitur *infr. de tribut. act.*

a *Et ita videtur & Pomponius ſignificare.* Caue ne hunc verſiculum referas ad id quod proximè dictum eſt de filiofamilias vel ſeruo in peculiaribus mercibus negotiante, & de voluntate patris dominíve ad ſolidi obligationẽ eo caſu non extendenda (alioqui ſecum pugnaret Vlpianus, & hic verſiculus cum præcedente) ſed refert ad exercitoriã actionem, in qua Pomponius quoque hoc ipſum quod diximus obtinere voluit, vt qui in aliena poteſtate eſt, ſi voluntate patris aut domini nauem exerceat, obliget patrem dominúmve in ſolidum: ſi minus, obliget eum duntaxat de peculio, licet patre vel domino ſciente tantùm exercuerit, ſi non etiam volente.

21 ¶ In poteſtate autem accipiemus vtriuſq; ſexus: vel filios, vel filias: vel ſeruos, vel ſeruas.

Ad §. 21. In poteſtate.

RAT. DVB. & DECID. eadem eſt, quæ ad §. *parui autem refert. 16. ſupr.* Nam cùm nihil referat, an is qui nauem exercet maſculus ſit, an mulier. Item an paterfamilias ſit, an filiusfamilias, an ſeruus: niſi quod ſi pupillus ſit, exigimus tutoris authoritatẽ, vt ſcriptum eſt in *d. §. parui autem refert*, multò minùs referre poteſt, an exercitor qui in poteſtate eſt, patris aut domini maſculus ſit an fœmina, & an liber, an ſeruus ad obligandum actione exercitoria: & in ſolidum patrem vel dominum, dummodo patris vel domini voluntas expreſſa interuenerit, vt diximus in §. *præced.* de pupillo ſanè tractari hîc nihil poteſt. Nec enim pupillus eſſe poteſt, qui in patris eſt poteſtate, aut in patris eſſe poteſtate is qui cùm ſit pupillus patre caret.

22 ¶ Si tamen ſeruus peculiaris, volente filiofamilias, in cuius peculio erat: vel ſeruo, vicarius eius nauem exercuit: pater, dominúſve, qui voluntatem non accommodauit, dumtaxat de peculio tenebitur: ſed filius ipſe in ſolidum planè, ſi voluntate domini, vel patris exercuit, in ſolidum tenebitur, & præterea filius, ſi & ipſe voluntatem accommodauit, in ſolidum erit obligatus.

Ad §. 22. ſi tamen ſeruus.

RAT. DVB. Filiusfamilias exercitor, cuius voluntate ſeruus peculiaris, qui in eius peculio erat, nauem exercuit, obligatur exercitoria in ſolidum ex edicto prętoris, vt diximus in §. *ſi quis nauem 19. & ſeq.* Atqui nullius fere momenti eſſet ea ſolidi obligatio contra filiumfamilias, non ſolùm propter ipſius quamdiu pater viuit, inopiam, cùm nulla in ciuitate bona habeat *l. lex Cornelia 28. in fin. de vulg. & pupill. ſubſtit.* inanis autem ſit actio quam debitoris eludit inopia *l. nam is 6. ſupr. de dolo.* Sed etiam quia mortuo patre, quo demum tempore poteſt fieri aliqua executio contra filium, iam factum patrem familias & locupletiorem, non poteſt condemnari & vrgeri filius, niſi in quantum facere poteſt *l. 2. infr. quod cum eo l. ſi dubitet 10. §. filiusfamilias infr. de fideiuſſ.* Ergo exercitoriam hoc caſu in ſolidum dari neceſſe eſt, contra patrem, vt ijs qui cum magiſtro contraxerunt, & menti Prætoris ſatisfiat. DEC. Alia eſt perſona, obligatio & voluntas filij, alia patris. Filiusfamilias ex ſuis contractibus & conſequenter ex ſua præpoſitione cùm naui regendæ ſeruum ſuum peculiarem præpoſuit (alium enim quàm peculiarem habere non poteſt) in ſolidum tenetur: pater verò non niſi de peculio *l. ſi quis cum filiofamilias 44. infr. de pecul.* & nulla facta præpoſitione ſi ſciente ac volente filiofamilias exercitore ſeruus ille peculiaris nauem rexerit, perinde obligatur ille in ſolidum, ac ſi ſeruum expreſſim præpoſuiſſet §. *licet autem 20. ſupr.* ſed ea res non poteſt obligare patrem qui voluntatem ſuam non accommodauit: nec bona conſecutio eſt, vt quia filiusfamilias voluit, etiam pater voluiſſe videatur. Non ergo poteſt hoc caſu pater teneri exercitoria in ſolidum, ſed tantùm de peculio, ſi non probetur ipſe etiam voluiſſe. Idemque eſt, ſi ſeruus per vicarium ſuum quaſi magiſtrum nauem exerceat. Nam neque dominus tenebitur exercitoria in ſolidum, ſed tantùm de peculio niſi ſeruo ſuo, eidemq; exercitori voluntatem ſuam accõmodaſſe probetur: eadem enim domini quæ patris hac parte ratio eſt, ſed non eadem ſerui, quæ filij familias. Nõ enim quemadmodum filiusfamilias, quo volente ſeruus eius peculiaris nauem exercuit, obligatur, teneturq; in ſolidum, adeoq; conueniri poteſt *l. filius familias 39. de oblig. & action.* ita & ſeruus qui non niſi naturaliter obligatur, & cum quo nulla eſſe poteſt actio *l. ſerui 14. eodem leg. ſeruus 6. Codic. de iudic. leg. cum ſeruo 107. De regulis iuris.* Sed non eo magis æquum eſt obligari dominum

BIU Cujas

in solidum, ex facto serui sui nec suprà peculij quantitatem, nisi voluntatem suam accommodando, solidi obligationi se vltrò obstrinxerit.

23 ¶ Quanquam autem, si cum magistro eius gestum, sit duntaxat pollicetur prætor actionem: tamen (vt Iulianus quoque scripsit) etiam si cum ipso exercitore sit contractum, pater, dominúsve in solidum tenebitur.

Ad §. 23. Quanquam autem.

RAT. DVB. Ex contractu magistri non pollicetur prætor actionem, nisi in exercitorem, & quidem ita demùm si volente eo magister nauem rexerit, sed non in exercitoris patrem vel dominum ex contractu exercitoris. Ergo non potest hoc casu dari in patrem vel dominum exercitoris actio exercitoria in solidum ex filij vel serui contractu, nec si pater aut dominus voluntatem suam accommodauerit, nouóque in eam rem edicto esset opus, aut saltem noua clausula cùm huius edicti verba deficiant de quo in §. *si is qui supr.* Quæ enim ex hoc edicto datur actio, ex persona magistri, non etiam ipsius exercitoris proficiscitur §. *prox. infr.* DEC. Optimum est, & publicè vtile potestatem edicti ad omnes alios casus etiam omissos protrahere, ad quos mens & propositum prætoris porrigi potest, vt quod verbis edicti deest ex mente prætoris suppleatur, *leg. neque leges* 10. *cum tribus* seqq. *supr. de legibus.* Atqui eadem ratio & æquitas subest dandæ actionis exercitoriæ in solidum contra exercitoris patrem vel dominum ex ipsius exercitoris contractu, cui voluntatem suam pater dominus accommodauerit, quæ subest dandæ in solidum exercitoriæ contra patrem vel dominum ex eo quod cum magistro gestum est. Ergo ad hunc quoque casum potestas edicti extendenda est, vt pater quoque vel dominus exercitoria teneatur in solidum, ob ea quæ filiusfamilias vel seruus gessit. Eo scilicet volente, vt Paulus scribit *libro* 2. *Sententiar. tit.* 6. Maior siquidem ratio est, vt ex contractu exercitorio filijfamiliàs, vel serui pater aut dominus immediatè obligetur, quàm vt ex contractu magistri per mediam filijfamiliàs vel serui personam, sed vtroque tamen casu perinde voluntatem patris vel domini interuenisse necesse est.

24 ¶ Hæc actio ex persona magistri in exercitorem dabitur, & ideò si cum alterutro eorum actum est, cum altero agi non potest, sed si quid sit solutum[a] siquidem à magistro, ipso iure minuitur obligatio. sed si ab exercitore: siue suo nomine, id est, propter honorariam obligationem, siue magistri nomine soluerit, minuetur obligatio: quoniam & alius, pro me soluendo, me liberat.

Ad §. 24. Hæc actio.

RAT. DVB. Cùm ex vno eodémque contractu ad consequendam indemnitatem aduersus plures datur actio, neuter eorum liberari debet sola electione, sed magis perceptione, saltem si maiorem æquitatis quàm stricti iuris rationē habeamus, vt idem Vlpianus noster scribit in *leg. si ex duobus* 32. *vers. sed licèt hoc iure contingat infr. de pecul. l.* 3. *&* 4. *supr. de his qui effud. vel deiec. l. vlt.* C *de fideiuss.* Atqui quoties cū magistro nauis cōtractum est, ex eo contractu nascitur actio propria contra magistrum; exercitoria verò contra exercitorem: non alia de causa, quàm vt habeat electionem à quo potiùs sperare & consequi indemnitatem possit, an à magistro, an ab exercitore, § *est autem supr.* Ergo etiamsi cum alterutro eorum actum sit, quamdiu tamen actor indemnitatem consecutus non est, adhuc tamen cum altero agi potest.

DEC. Vnica tantum causa est actionis, quæ & cōtra magistrum ex contractu competit, & exercitoriæ quæ in exercitorem ex hoc edicto: quamuis alia atque alia actio sit. Quę enim contra magistrum datur ciuilis est, cùm sit ex contractu: quæ verò contra exercitorem honoraria est. Cæterum vtraque ex persona, & facto magistri proficiscitur: atqui actio cùm exercetur, consumitur *l. habebat* 13. *infr. de instit. act. l. si sic stipulatus sim* 133. *de verb. oblig.* Consumi autem nō potest actio, quin ipsa etiam actionis materia consumatur, quæ porrò vbi consumpta est, nec actionem nouam parere, nec partam retinere amplius potest. Consequenter igitur dicendum est, si is qui cum magistro contraxit, atque ita exercitore quoque sibi obligauit, cum alterutro eorum egerit, cum altero agere illum amplius non posse, licet à priore nihil, aut minus quàm ei deberetur, fuerit consecutus. Sibi enim debet imputare, cur malè elegerit, nec habet electionem plurium actionum, vt pluribus actionibus vtatur, sed alterutra earum qua malit, vt in *l. cùm filius* 76. *§. varius de legat.* 2. Electionem enim hanc introduxit prętor ne actor eluderetur, non vt variandi haberet potestatem, vt in *l. electio* 26. *iunct. l. si communis* 9 *supr. de noxal. act.* Lōgéque diuersa species est *d. l. si ex duobus*, propter specialem æquitatis rationem ibi positam, & à nobis explicādam. Et sanè in hac quæstione varij casus distinguendi sunt, cùm aliquando electione sola vnius personæ & contestatione, alia persona liberetur, vt hîc & in *d. l. electio.* Aliquando non nisi perceptione vt in *d. l.* 4. *de his qui effud. vel deiec.* vbi latiùs de hac re scripsimus: eadē ferè quæstio est, cùm aduersus vnā eandémque personam plures actiones competunt, an vnius electio perimat cæteras. De qua dicemus ad *l. quod in harede* 9. *§. eligere infra de tribut. act. & ad l. sed si pupillus* 11. *§. penult. d. l. habebat quis* 13. *de institut. action.*

a *Sed si quid sit solutum.* RAT. DVBIT. Multum interesse videtur an magister actori soluerit, an exer-

BIU Cujas

an exercitor, cùm magister soluit, nemo dubitat quin se liberet ipso iure, soluendo quod ipse debet vero creditori: cùm verò sit ipso iure liberatus, nec dubitandum est, quin exercitorem quoque liberet, cuius obligatio non nisi accessoria est, quandoquidem ex persona & facto magistri, vt diximus, proficiscitur. Quemadmodum & liberato per solutionem reo, fideiussorem quoque liberari diximus, tùm quoque cùm promissum fortè hominem dolo malo occidit, vt in specie *l. si fideiussor. 19. supr. de dolo.* nec enim accessoria obligatio potest consistere sine principali *l. cùm principalis 178. de reg. iur.* At cùm non magister, sed exercitor soluit, si quidem nomine magistri, dubitationem res non habet, quin etiã magistrum liberet principaliter & se quoque per consequentias, quia soluendo quisque pro alio etiam inuito nedum ignorante eum liberat *leg. soluendo 39. supr. de negot. gest. l. solutione 23. de solut.* Si verò suo nomine & propter honorariam suam obligationem qua ex edicto tenetur, non idem dicendum videtur, quoniã qui suo nomine soluit, quod etiam alius debet alium non liberat *l. si quid possessor 31. supr. de hered. petit. l. Papinianus 28. infr. mandat.* Neque hoc casu potest bona videri ratio, quam adfert hîc Vlpianus, *Quoniam & alius pro me soluendo me liberat*, ergo adhibenda fuit hæc distinctio quam tamen Vlpianus reiicit, cùm ait vtroque casu liberationem vtrique contingere & quidem ipso iure. Hoc enim omnimodo probat ratio supradicta si bona est, quam tamen malam esse diximus. Dec. Obligatio exercitoris rectè cõparatur fideiussoriæ, quoniam vtraque accessoria est, & ex principalis debitoris persona factoq; proficiscitur. Atqui fideiussor, etiamsi suo nomine soluat, & propter suam fideiussoriam obligationem, attamen non modò seipsum, sed etiam debitorem principalem & quidẽ per prius liberat. Idemque in omnibus illis qui non nisi accessionis iure obligati sunt, obtinet, si mandatores excipias, de quibus in *d. l. Papinianus*, quia mandatum principalis obligationis causam præbet, non etiam fideiussio. Sed & in pluribus correis debendi, qui omnes æquè principaliter obligantur, idẽ iuris est *l. 2. l. 3. §. 1. infr. de duob. reis.* ergo & exercitor suo etiam nomine soluendo liberat magistrũ ipso iure, quia scilicet suo nomine soluere non potest, quin soluat etiam nomine magistri pro quo ipse est obligatus. Alia ratio est eorum qui suo nomine soluunt, quod debere se putant, & quod alius tamen debet, sed pro quo non sunt obligati, vt in specie *d. l. si quid possessor. de hered. petit.* eoq; pertinet ratio illa Vlpiani, *quoniam & alius pro me soluendo me liberat*, vt intelligamus exercitorem tùm quoque cùm suo nomine soluit, & propter honorariam suam obligationem, tamen id soluere quod magister debet, & quod magis est, magistri quoque nomine: Illud sanè constat, eo quoque casu quo solutione vnius alter non liberetur ipso iure, doli tamen exceptionem nocere ei, qui bis idem consequi velit, quamuis à diuersis personis *l. si quis dolo 51. in fin. de re iudic. d. l. si quid possessor. 31. vers. sed & petitor. Iunct. l. sicut 8. §. vlt. infr. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.* Cæterum in hac specie dubitari non oportet, quin & magistro & exercitori vtroque casu liberatio contingat ipso iure.

25 ¶ Si plures nauem exerceant, cum quolibet eorum in solidum agi potest.

Ad §. vlt. Si plures.

Rat. dvb. Cùm plures nauem exercent vno eodemque præposito ab omnibus magistro (sic enim locus hic intelligi debet) plures simul eodẽq; tempore obligantur actione exercitoria in eam quantitatem quæ debetur his qui cum magistro contraxerunt, non alia ratione quàm quia quotidianus nauis quæstus ad eos pertinet §. *exercitorem supr. §. eadem ratione. Instit. Quod cum eo.* Atqui & pecunia quę pro indemnitate debetur ac petitur, diuiduua est, & quæstus ille quotidiamus etiam diuiduus: nulla ergo ratio est, vt singuli in solidum teneantur, tanquam correi debẽdi: sed pro sua potius quisque virili portione, vt dici solet in pluribus eiusdem summę promissoribus, etiam ex vna eademq; stipulatione constitutis *l. reos. 11. §. cùm tabulis infr. de duob. reis.*

Dec. Iniquum est in plures aduersarios distringi eum, qui cum vno contraxerit, vt scriptum est in *l. seq. & in l. si ex duobus 32. §. vlt. infr. de pecul.* vbi eadem ratione respondetur, si seruus plurium contraxerit, ex eo contractu dandam esse actionem de peculio solido in singulos dominos, quia & in ea specie qui cum seruo communi contraxerunt, non cum pluribus dominis, sed cum vno seruo contraxerunt. Atqui in proposita specie similiter ij qui cũ magistro plurium exercitorum contraxerunt, non nisi vnius magistri personam intuiti sunt, nec cum ipsis exercitoribus, qui plures erant, sed cum magistro, qui vnicus est, contraxerunt. Ergo in plures aduersarios distringi non debent quod contingeret, si non haberent exercitores singulos in solidum obligatos. Hæc enim actio exercitoria etiam quæ in ipsos exercitores datur, non ex personis exercitorũ nascitur, sed ex persona solius magistri, vt scriptum est in §. præcedente. Proinde cum quolibet exercitorum insolidum agi potest: quemadmodum etsi ex serui communis persona conueniantur, qui voluntate dominorum nauem exercuerit *l. si seruus 6. §. 1. infr.* nisi cùm ex persona propria conueniuntur vt in *l. 4. infr.* non est simile quod scriptum est in *l. 1. §. vlt. supr. de his qui effud. vel deiec.* Habet enim aliam rationem quæ ponitur in *l. 2. eod. tit.*

2. Gaivs libro 9. ad Edictum Prouinciale.

Ne in plures aduersarios distringatur, qui cum vno contraxerit.

Ad l. 2. Ne in plures.

Rat. dvb. Passim accidit vt qui cum vno contraxit, in plures tamen aduersarios distringatur, cùm actio quæ contra defunctum contrahentem competebat in solidum diuidatur inter plures heredes pro hereditariis portionibus per legem duodecim tabularum. *leg. 1. Cod. si certum petat. leg. final. & tot. tit. Cod. de heredit. act.* quia hereditas eos obligat *leg. siue à certis 17. infr. de duob. reis.* quæ

BIU Cujas

similiter per legem duodecim tabularum diuiditur *l.1.& 2.C.si vnus ex pluribus heredib.debit.* Quamuis dici soleat ex personis heredum condicionem obligationis non immutari *l.2.§.ex his de verbor.obligat.* Ergo nihil absurdi esset, etiamsi ex contractu habito cum magistro nauis daretur exercitoria in singulos exercitores pro virilibus, aut pro partibus exercitionis, vt in *l.4.infr.* DEC. Qui cum vno contrahit illius duntaxat personam & fidem intuetur, & de eo non per partes, aut pro parte, sed in solidum obligando cogitat. Atqui tam persona quàm fides cuiusque indiuidua est. Obligationem igitur quæ ex eo contractu nascitur, & actionem quæ ex obligatione, pariter indiuiduam esse necesse est, nec minùs si contra plures ex aliqua causa detur quàm si contra vnũ illum qui contraxit, ne alioquin fiat ei iniuria, qui de vno in solidum obligando cogitauit: si defensionis per plures scissæ incommodum pati cogatur, *l. iam tamen 5.§.penult.infr.Iudic.solui.* vbi hanc ob causam dicitur, si plures sint fideiussores iudicatum solui non sufficere, vt parati sint omnes defendere ad impediendum ne committatur stipulatio, nisi vnum etiam dent procuratorem, si hoc actor desideret. Nã & plures heredes rei necesse habent vnum eundẽq; procuratorẽ dare, ne defensio per plures scissa incomodo aliquo afficiat actorẽ, quamuis in actoris heredib. aliud sit: cui congruit quod scriptum est *l.non tamen 38.supr.de procurat.l.si familiæ 48.supr.familiæ erciſc. leg. quod si nolit 31.§.si plures infr.de edilit.edict.* Alia ratio est heredum debitoris, in quos necessariò diuidenda est actio, & dirigenda pro hereditariis portionibus: non solùm propter authoritatem legis 12.tabular.quæ ita constituit, sed etiam quia non habet creditor quod conqueratur, cùm actio quæ contra defunctum competebat in solidum inter ipsius heredes diuiditur. Quippe quæ intercidere omnino deberet morte debitoris, si non per legem 12.tab.salua conseruaretur: inducta per eam legem fictione hereditatis, ad repræsentandam personam defuncti, vt adhuc viuere existimetur. Porrò cùm hereditatem licèt sui natura indiuiduam, quia in iure consistit, necesse sit, in tot partes diuidi, quot sunt heredum personæ, quasi totidem hereditatibus constitutis, *l.in singulis 77.inf.ad leg.Falcid.& §.1.Instit.eod. tit.* Necesse quoque est diuidi in totidem partes actionem: nec verendum est vt incommodo in ea re aliquo adficiatur actor cuius interest, actionem aliquam habere, licèt diuisam potiùs quàm nullam. Exemplo eius quod de annali actione. De peculio scribit Vlpianus *in l.1.§. meritò autem infr. Quando actio de peculio est annal.* Eadem ratio quæ ponitur in hac lege facit, vt si communis seruus voluntate dominorum nauem exercuerit, in singulos dari debeat in solidum actio, *l.si seruus.6.§.1.infr.* sicut & actio de peculio in solidum peculium datur ex contractu serui communis, id est, etiam pro ea parte peculij, quæ apud alium dominum est, *leg.si ex duobus 32.in principio leg.& ancillarum 27.§.vltim.infra de pecul.leg. habebat quis 13.§.vlt. infr.de instit.act.*

3. PAVLVS libro 29. ad Edictum.

NEc quicquam facere, quotam quisque portionem in naue habeat, eúmque qui præstiterit, [a] societatis iudicio à ceteris consecuturum.

Ad l. Nec quicquam facere 3.

RAT. DVB. Non datur actio exercitoria in exercitores ex contractu magistri, nisi quia sunt exercitores, vt nomen ipsum actionis ostendit §.*eâdem ratione Instit. Quod cum eo qui in alien. potest.* Ergo non nisi quatenus exercitores, id est pro quota portione quam quisque in naue habeat. Exemplo eius quod proximè diximus plures vnius debitoris heredes teneri pro hereditariis portionibus, quia hereditas illa est, quæ eos obligat *leg. siue à certis 17.infr.de duobus reis.* DECIS. Plures exercitores tenentur quidem actione exercitoria tanquam exercitores, sed non quatenus exercitores sunt, nec sub illa, vt sic dixerim, formalitate, sed tanquam obligati ex facto & contractu magistri quem præposuerunt, aut qui saltem ex eorum voluntate nauem exercuit, atqui nauis magister vnus tantùm fuit. Ergo quamuis plures sint exercitores, siue paribus, siue disparibus in naue partibus, non debet in plures aduersarios distringi is, qui cum contraxit vt scriptum est in *leg.præced.* longéque alia ratio est exercitoriæ, alia hereditariæ actionis, vt ibidem scripsimus.

a *Eúmque qui præstiterit* RAT.DVB. Quòd vnus ex plurib. exercitorib. in solidum præstitit ei, qui cum magistro cõtraxit, ideò præstitit quia ipse suo nomine debuit, non quia etiam alij exercitores debuerunt. Ergo non est ei concedendum, vt quod in solidum præstitit, ab aliis iudicio societatis repetat & consequatur. Imò videtur esse in hoc gratificationi locus, si malit actor totum ab vno petere, vt cæteri nihil præstẽt, quemadmodũ cõtingit à plurib. correis debẽdi, quorũ vnus si in solidũ cõuentus solidũ præstiterit, nihil repetere ab aliis potest, si nõ antequã soluerit, sibi prospexerit petita & impetrata actionum cessione pro parte, vt sæpiùs docuimus contra omnium licèt interpretum sentẽtiam ex *l.si in rem 12.C.si cert.pet.at.l.rem hereditariam 65.infr.de evict.l.si propatre 10.§.vlt.infr.de in rem verſ l.2.* si iuxta nostram emendationem legas quomodo legendum est, *Nec soluisse* pro *ex soluisse.C.de duob.reis.* DEC. Quod placuit vnumquemque ex pluribus exercitoribus teneri in solidum, non tam ex necessitate iuris, aut odio illius qui in solidum conuenitur, receptum est, quasi possit imputari ei quomodo correo debendi, cur se in solidum obligauerit, quàm fauore actoris, & ex ratione illa æquitatis potiùs, quàm stricti iuris, ne in plures aduersarios distringatur, qui cum vno contraxerit. Itaque non potest negari, quin soluendo solidum liberauerit socios ab ære alieno, quod ab ipsis perinde in solidum exigi potuisset. Quæres inter socios parit actionem pro socio. Inter cæteros verò familiæ erciscundæ vel communi diuidundo, ne alioquin cæteri ex eius qui soluit iactura locupletentur *l.& ancillarum 27.§.vlt.infr.de pecul.* vbi dicitur adeò verum hoc esse, vt ei qui actione de peculio conuentus soluit, solidum danda sit pro indemnitate actio aduersus cæteros siue pro socio, siue communi diuidundo, vt si nihil ab iis consequi possit fortè quia peculium nullum apud eos fuerit, nec æquum sit conueniri eum in solidum, *leg. quare 28.eod.* Quod etsi in actione de peculio tantùm ibi scriptum est, ad exercitoriam tamen, & ad insti-

BIU Cujas

& ad institoriam quoque trahi debet, in quibus idem omnino ius obtinet *l. habebat quis* 13. §. *vlt. infr. de instit. act.* Æquius enim est, si aliter fieri non possit, vt in damno moretur is qui cum magistro nauis aut institore, aut seruo communi contraxit, quam vt vltra partem suam oneretur is qui quod supra partem suam soluisset, repetere à nullo posteà posset. Proinde quod dicimus posse vnumquemque ex exercitoribus in solidum conueniri, non tam ad effectum exactionis, quàm ad agendi facilitatem pertinet, nec tam ne damno vllo actor afficiatur, quàm vti ne illo incommodo scissæ per partes defensionis vt in *l.* 5. §. *penult. infr. Iudic. solui.* Iunge *d. l. habebat quis* 13. §. *vlt. cum l. seq. infr. de inst. act.*

4. VLPIANVS libro 29. ad Edictum.

Si tamen plures per se nauem exerceant, pro portionibus exercitionis conueniuntur. neque enim inuicem sui magistri videntur.

Ad l. si tamen 4.

RAT. DVB. Cùm plures per se, non per magistrum nauem exercent, & aliquis contrahit cum vno ex exercitoribus, maior ratio esse videtur, vt cæteri exercitores ex facto & contractu alterius obligentur, quàm si cum vno eodemque communi magistro contractum esset, siue quòd plus sit exercitorem esse quàm magistrum, siue quòd plures exercitores per se nauem exercentes alij aliis aut magistri, aut saltem magistrorum loco esse videantur.

DEC. Quisquis exercitor nauis est, eam pro arbitrio suo, aut per se, aut per alium exercere potest, in dubio autem nisi se inuicem præposuerint, non est quisquam ex ijs credendus alieno fecisse nomine, quod suo facere potuit *l.* 1. *l.* 4. *l. cùm ex pluribus* 97. *infr. de solut.* ergo siue vnus tantùm ex ijs contraxerit solus ille tenebitur, & in solidum, sed actione propria ex suo contractu non exercitoria, alij verò nullomodo tenebuntur, quia neque per se, neque per alium contraxerunt; siue omnes simul & per se contraxerint, qui casus est huius legis, nullus ex iis in solidum tenebitur, nec rursus exercitoria, quæ non nisi ex cõtractu magistri proficiscitur *l.* 1. §. *pen. supr.* sed propria quisq; ex eo contractu actione & pro partibus exercitionis, non pro viribus. Aliud ergo erit, si conuenerit, vt sint sui inuicem magistri.

1 ¶ Sed si plures exerceant, vnum autem de numero suo magistrum fecerint: huius nomine in solidum poterunt conueniri.

Ad §. 1. *Sed si plures.*

RAT. DVB. Si plures exercitores nauem per se exerceant, nihil facere aut addere posse videtur, quod de suo numero aliquem magistrum faciant. Quorsum enim magister, nisi vt nauem ipse pro alio exerceat? Quomodo autem pro eo qui & ipse quoque exerceat? Ergo hoc quoque casu idem videtur dicendum, quod superiore, vt omnes non nisi pro exercitionis portionibus teneãtur, nisi quod in hac specie, si cum eo contractum sit quem alij magistrum fecerint, & exercitoriæ actioni locus est contra cæteros, qui non contraxerunt: contra eum verò qui contraxit, in solidum ex proprio contractu, non etiam exercitoria, quæ in superiore specie nullo præposito magistro nulla esse potest.

DEC. Commodiùs, tutiùs, & expeditiùs regitur nauis, quæ ex pluribus exercitoribus magistrum vnum habet, quàm si plures exercitores etiam æquè periti, adeoque si voles peritiores eam per se communiter exerceant, vt scripsimus ad *l.* 1. §. 1. *supr.* nec ratio iuris immutari potest ob id solùm quod magister nauis vnus sit ex exercitoribus, quemadmodum nec nauigantis cum eo contrahentis deterior debet esse condicio, quàm si cum alio quolibet magistro contraxisset: quid enim vetat esse vnum eundemque, & magistrum aliorum exercitorum, & pro sua quoque parte exercitorem? Ergo quemadmodum si cum magistro communi contractum esset, daretur exercitoria contra omnes in solidum, ita & cùm cæteri alium ex exercitoribus magistrum præposuerunt, eadem actio contra omnes in solidum danda est, præterquàm contra eum ipsum qui contraxit, qui sicuti magister sui ipsius esse non potest, ita neque ex proprio suo contractu teneri exercitoria, sed propria illa actione, quæ ex eo competierit: si quid tamen ex magistri huius eiusdemque coexercitoris contractu alij præstiterint, vtique ab eo repetent, non actione mandati, aut ex locato, vt in *l.* 1. §. *sed ex contrario* 18. *supr.* Sed iudicio societatis, si socij proponantur vt in *l. prox. præced.* Nec tamen necesse est, vt puto, ad cæteros exercitoria actione in solidum obligandos, vt alium expressè magistrum præposuerint, sed sufficiet, vt vnus ex exercitoribus aliorum voluntate nauem exercuerit *arg. l.* 1. §. *si is qui nauem & seq. supr. &* §. *prox. infr.*

2 ¶ Sed si seruus plurium, nauem exerceat voluntate eorum: idem placuit, quod in pluribus exercitoribus, planè si vnius ex omnibus [a] voluntate exercuit, in solidum ille tenebitur, & ideo puto, & in superiore casu [b], in solidum omnes teneri.

Ad §. 2. *Sed si seruus.*

RAT. DVB. Seruus plurium qui eorum voluntate nauem exercet, non ideo magister ab iis omnibus præpositus esse intelligitur: aliud enim est, præpositum esse, aliud ex eius qui non proposuerit voluntate exercere, vt diximus ad §. *licèt autem l.* 1. *supr.* ergo quod proximè dictum est, Si plures per se nauem exerceant, vnum autem de suo numero magistrum faciant, singulos in solidum eius nomine conueniri posse, non idem probandum

BIU Cujas

est, si seruus plurium voluntate omnium nauem exerceat, vt omnes in solidum teneantur, si non ab omnibus præpositus sit magister. Dec. Quod ad exercitoriam actionem pertinet nihil interest, an præpositus quis sit ab exercitore vno vel plurib., an eorũ volũtate exercuerit ad obligandos eos in solidũ actione exercitoria. An institoria sanè interest ob eam diuersitatis rationem quam attulimus in *d. §. licet autem.* Nos de exercitoria hîc tractamus. Ergo si seruus plurium, voluntate omnium nauem exercuerit, ex eius contractu domini omnes in solidum exercitoria tenebuntur. Idque est quod apertiùs concluditur in fine huius §. & à Paulo in *l. pen. §. 1. infr.*

a *Planè si vnius ex omnibus.* Sensus est, si non omnium dominorum voluntate vt in superiore specie, sed vnius tantùm ex dominis seruus plurium nauem exercuerit, solum illum ex contractu communis serui exercitoria in solidum conueniri posse, cæteros verò non nisi de peculio, quomodo conueniendi omnes essent, si nullus ex dominis voluntatem suam seruo communi accommodasset *l. 1. §. si tamen 22. supr.*

Rat. dvb. Seruus hic communis fuit plurium, & nauem communem exercuit. Ergo quamuis vnius dumtaxat ex dominis voluntate exercuerit, perinde tamen singuli in solidum teneri debent, atque is qui voluntatem suam accommodauit. Dec. Exercitoria nemo vnquam tenetur ob id solùm, quod exercitor sit, sed ob id tantùm, quòd vel præposuerit magistrum, vel nauem exercenti voluntatem suam accommodauerit *d. §. licet autem.* Atqui ponimus seruum hunc communem, neque ob omnibus dominis suis præpositum fuisse regendæ naui, neque ad eam regendam omnium voluntatem, sed vnius tantùm habuisse ergo ex eius contractu solus ille qui voluit, teneri debet, nõ etiam cæteri qui non voluerunt.

b *Et ideò puto & in superiore casu.* Superiorem casum proculdubio eum intelligit, qui initio huius §. propositus est, si seruus plurium nauẽ exerceat voluntate omnium. In qua specie dixerat Vlpianus idem placere, quod in pluribus exercitoribus, nec tamen satis aperuerat, quid his verbis sibi vellet: cùm in præcedentibus duos casus proposuerit, in quorum priore dixerat plures exercitores per se nauem exercentes ex omnium contractu, non nisi pro exercitionis portionibus conueniendos esse. In posteriore verò plures exercitores exercentes per magistrum quem de suo numero fecerint eius nomine in solidum teneri. Ne ergo dubitari posset, quin id quod initio huius §. scriptum erat, si seruus plurium nauem exerceat voluntate omnium, idem placere quod in pluribus exercitoribus ad id referri deberet, quod in posteriore & proximiore præcedentium dictum fuerat, teneri plures exercitores in solidum meritò subiungit Vlpianus, *& ideò puto & in superiore casu omnes in solidum teneri*, eadem, sed apertior Pauli sententia est in *d. l. pen. §. 1. infr.*

3 ¶ Si seruus sit, qui nauem exercuit voluntate domini, & alienatus fuerit: nihilominùs is, qui eum alienauit, tenebitur proinde, & si decesserit seruus, tenebitur [a]. nam, & magistro defuncto, tenebitur.

Ad §. 3. Si seruus sit.

Rat. dvb. Hæc actio ex persona magistri, vel eius qui voluntate domini nauem exercuit in exercitorem datur *leg. 1. §. pen. supr.* Ergo, si magister seruus sit, & alienatus fuerit, cùm fiat in dominio emptoris, danda est actio contra emptorem tanquam dominum, aut saltem danda est electio actori, an cum venditore malit agere, an cum emptore, vt in actione de peculio *l. si noxali 11. §. penult. l. & ancillarum 27. §. si seruus l. si ex duobus 32. §. pen. l. si creditor. 37. §. pen. infr. de pecul.* Nam & actio exercitoria æquiparatur in plerisque actioni de peculio *l. habebat quis 13. §. vlt. infr. de Instit. act.* Fit enim alienatio quælibet cum sua causa *l. alienatio 67. de contr. empt.* nec potest fieri, vt ex contractu serui, cum quo nulla actio est, dominus ipse non conueniatur.

Dec. Dominus cuius voluntate seruus antequàm alienaretur nauem exercuit, non ideò tenetur exercitoria, quòd dominus sit, vt euenit in actione de peculio, sed quia seruo nauem exercenti voluntatem suam accommodauerit, quasi ea voluntas præpositio quædam sit. Et sanè præpositionis loco, atqui alienatio serui non mutat statum, nec veritatem rei, quæ fuit ante alienationem. Et sicuti non facit vt nouus dominus voluisse videatur eo tempore, quo nec velle potuit: ita nec facere potest, vt verum non sit, priorem dominum voluisse. Ergo nihilominùs is qui eum alienauit, tenebitur exercitoria in solidum perinde ac si non alienasset: emptor verò quamuis nouus dominus nullo modo tenebitur, non solùm quia nihil eo volente factum est, sed etiam quia nihil ei noceret volente eo tempore, quo nondum erat dominus *leg. 4. §. si extraneus supr. de noxal. action.*

a *Proinde & si decesserit seruus, tenebitur.* Rat. dvb. Actiones quæ contra dominum competunt ex contractu serui, extingui solent morte serui nisi si quando ex beneficio prætoris iusta aliqua de causa conseruantur, quo casu fiunt annales, vt videre est in actione annali de peculio *l. 1. & tot. tit. infr. quand. act. de pecul. est annal. iunct. l. pen. §. 1. supr. de noxal. act.* Atqui exercitoria actio proficiscitur ex contractu, & facto serui eiusdemque magistri quem post nauem exercitam ponimus alienatam. Ergo si hic idem seruus post alienationem aut etiam antè decesserit, dominus nullo modo tenebitur.

Dec. Actio quam quis semel habere contra dominum cœpit siue ex stipulatu illa sit, siue ex contractu serui, ea nec euictione, nec manumissione, nec morte aut fuga serui amittitur *l. euicta 16. §. si seruus infr. de euict.* Sunt enim quidam modi legitimi actionum vt acquirendarũ ita amittendarum, inter quos mors serui non est, præsertim verò in hac specie, in qua non tam ex contractu serui nascitur, quã ex eo quod seruus hic volũtate domini nauẽ exercuit, licèt nõ fuerit magister, quia nulla fuit expressa præpositio. Ergo quẽadmodũ defuncto nauis magistro nõ eo minùs tenetur exercitoria dominus, ita neq; defuncto eo qui voluntate domini nauem exercuit, quia morte contrahentis nõ idcirco cõtractus extinguitur, quomodo morte delinquentis crimina ferè omnia extinguũtur, nec morte serui desinit ratio, quę viuo eo dominũ obligabat exercitoria, quia scilicet seruo nauẽ exercẽti voluntatẽ suam accommodauerat. Hinc verò intelligimus quã diuersa

ratio

BIU Cujas

ratio sit actionũ noxaliũ, quæ serui morte intereũt, quia ex delicto nascuntur, non ex contractu, vt exercitoria. Et ex lege duodecim tabularum perpetuam comitem habent dedendi serui potestatem *l. miles 6. §. 1. infr. de re iudic. l. 1. & pass. de noxal. act.* quæ potestas moriente seruo intercidit *dict. l. penult. §. 1. eod.* Actio autem de peculio licèt ex contractu nascatur æquè ac exercitoria *l. 1. §. si filiusfamilias supr. de his qui effud. vel deiec.* ideo tamen morte serui aut alienatione finitur, quia ex sui natura & essentia non datur, nisi aliquo existente peculio *l. si seruus 20. supr. de dolo l. quæsitum 30. l. deposui 38. in princip. l. eo tempore 50. & pass. infr. de pecul.* Peculium autem & morte & alienatione serui esse desinit. Ideoque necessarium fuit auxilium & beneficium Prætoris, vt in annum vsque post mortem vel manumissionem, vel alienationem serui actio de peculio produceretur *d. l. 1. §. meritò autem infr. quand. de pecul. act. est annal.*

4 ¶ Hæ actiones perpetuò, & heredibus, & in heredes dantur. proinde & si seruus, qui voluntate domini exercuit, decessit: etiam post annum dabitur hæc actio: quamuis de peculio vltra annum non detur.

Ad §. vlt. Hæ actiones.

Hoc nomine significantur cum exercitoria actione cæteræ quoque similes exercitoriæ, vt institoria, tributoria, quod iussu & de in rem verso. Hæ namque omnes sicut in solidum dantur, non de peculio duntaxat, si tributoriam excipias, quæ in solidum quidem non datur, sed tamen datur vltra quantitatem peculij: ita & heredibus & in heredes dantur, & quidem perpetuo, non intra annum duntaxat *l. nonissimè 15. infr. de instit. act. l. illud quoque 7. §. vlt. & l. seq. inf. de tribut. l. 1. in fin. inf. quand. act. de pecul. est annal.* Idque ex natura prætoriarum actionum, quæ & rei persecutoriæ sunt, & ex contractu descendunt *l. in honorariis 35. de oblig. & act. l. hæc actio 4. supr. si mens. falsum. dixer.* Ratio tamen dubitandi ea fuit, quod hæ actiones omnes proximè accedunt ad actionem de peculio, cui & exercitoria æquiparatur in *l. habebat quis 13. §. vlt. infr. de instit. act.* de peculio autem actio licèt regulariter & sui natura sit perpetua, quoniam & ex cõtractu nascitur, & rei persecutoria est, interdum tamen annalis est, iis scilicet casibus de quibus in *l. 1. & tot. tit. quand. act. de pec. annal. est.* Cæteræ verò de quibus diximus nunquam sunt annales, sed semper perpetuæ, sed decidendi ratio & diuersitatis illa est, quam proximè attulimus, quod actio de peculio cùm sui natura non detur, nisi ad peculium, diutiùs durare non potest, quàm peculium ipsum si non speciali auxilio & beneficio Prætoris in annum vsque porrigatur. Atque hanc dubitandi rationem esse ad hunc locum Vlpianus non obscurè insinuat iis verbis, *quamuis de peculio vltra annum non detur.* Potest etiam dubitandi ratio aliqua, sed leuiuscula ex eo peti, quòd exercitoria & cæteræ similes actiones non aliam causam habeant, quàm voluntatem domini, qui aut magistrum aut institorem præposuit, aut exercitoris, cuius voluntate seruus aut filiusfamilias nauem exercuit, vt diximus in præcedentibus. Voluntas autem morte finitur, nec transit ad heredem *l. si ita legatum 65. §. illi si volet de legat. 1.* Sed quamuis volendi facultas non semper transeat in heredem, vt velle possit, quod velle defunctus potuit. Voluntas tamen ipsa à defuncto declarata, & quæ defunctum obligauit, transit proculdubio ad heredem eumque obligat *l. viam veritatis 10. Cod. de locat.* alioqui contractus omnes non minùs quàm crimina morte contrahentium finirentur: cùm omnes à contrahentium voluntate causam & originem habeant, quod tamen stultum esset dicere.

5. PAVLVS libro 29. ad Edictum.

Si eum, qui in mea potestate sit, magistrum nauis habeas: mihi quoque in te competit actio, si quid cum eo contraxero. idem est, si communis seruus nobis erit. ex locato tamen mecum ages [a], quod operas serui mei conduxeris: quia, & si cum alio contraxisset, ageres mecum, vt actiones, quas eo nomine habui, tibi præstarem, quemadmodum cum libero, si quidem conduxisses, experieris [b]: quòd si gratuitæ operæ fuerint, mandati ages.

Ad l. Si eum 5.

RAT. DVB. Ex contractibus quidem seruorum nostrorum actionem acquirere possumus, quoties cum alio contrahunt, ad eum obligandum *l. 1. infr. de instit. act.* sicut & ex eorundem contractibus obligari possumus de peculio *l. nec seruus 41. infr. de pecul.* adeoque in solidum si voluntas nostra accesserit, vt in exercitoria, & institoria, & quod iussu, vel saltem scientia, vt in tributoria *l. 1. §. licèt autem supr. & Instit. quod cum eo qui in alien. potest.* At vt nosmetipsi contrahentes cum seruis nostris, obligemus alios in solidum, videtur certè difficiliùs, & à iuris ratione alieniùs, cùm ex alieni serui contractu nemo teneri debeat ne quidem de peculio *d. l. nec seruus.* Ergo si eum siue filiumfamilias, siue seruũ qui in mea potestate sit, magistrum nauis habeas, absurdum videtur, vt mihi quoque qui sum pater vel dominus, perinde atque alij cuilibet competat in te actio exercitoria in solidum, si quid cum eo contraxero. Itemque si quid cum eo seruo qui nobis communis seruus sit: nam & qui communis inter nos est, meus est, licèt tuus quoque sit *l. illud 46. infr. de rit. nupt.* DEC. Si eum qui in potestate mea sit, magistrum nauis habeas, & ego cum ipso contraham, videor contrahere tanquam cum seruo tuo & tecum potiùs qui eum nauituæ, vt alium quemlibet, præposuisti, nec tam rursus tanquam eius dominus, quàm quasi alius quilibet, vt in *l. si paterfamilias 15. §. 1. supr. de adopt.* Nam etsi tu alium magistrum quemlibet nauituæ magistrum

BIU Cujas

præposuisses, perinde cum ipso contraxissem. Quidni ergo perinde ex serui siue mei, siue inter nos communis contractu æquè teneberis exercitoria in solidum? Aut quid tua interest, an mihi, an alij ex contractu eius in solidum obligeris? Est enim quod tibi imputes, cur seruum siue meum, siue communem nauis tuæ magistrum elegeris, & præposueris, aut cur non saltem, cùm præposuisti, denunciaueris ei ne mecum contraheret: quo facto vtique non potuisset te mihi nec in solidum nec alio vllo modo obligare.

a *Ex locato tamen mecum ages.* Actionem ex locato dixit hîc Paulus prò actione ex conducto, vt subiecta ratio demonstrat, *quòd operas serui mei conduxeris*: quomodo etiam Vlpianus in *l.1.§.sed ex contrario sup. hoc tit.* nam ex conducto non ex locato actio illa est, quæ conductori datur *l. ex conducto 15. infr. locat.* Sed prudentibus nostris præsertim veteribus familiare fuit, vt his verbis locationis & conductionis sicut & istarum actionum nominibus promiscuè vterentur, itemq; nominibus emptionis & venditionis, itemq; actionum empti & venditi *l. veteres 29. & seq. infr. de action. empt.* Inspiciendum tamen est initium contractus, an locatæ sint merces vehendæ, quo casu locatio fit à domino, qui & idcirco agit ex locato, an verò magister nauis operas suas locauerit, quod cum accidit locator ipse est non conductor *l. 2. infr. tit. prox.*

Rat. dvb. Quod locaui tibi operas serui mei, vt iis quasi serui tui operis vtereris, non debet facere condicionem meam deteriorem, vt si quid cum eo tanquam cum magistro tuæ nauis contraxero, minùs obligatum te exercitoria actione, & in solidum habere debeam, quàm si cum seruo tuo eodemque magistro contraxissem. Ergo etiamsi contra te agam exercitoria, non eo magis permittendum tibi est, vt contra me ex conducto experiaris. Dec. Quicquid seruus meus cuius operas tibi locaui, vt magister nauis tuæ fieret, ab aliis stipulatur, id totum non tibi licèt operas eius conduxeris, sed mihi tanquam domino suo acquirit ipso iure: non enim alij ex ratione iuris potest acquirere, quàm vel domino, vel fructuario, vel bonæ fidei possessori *l. acquiruntur 10. per tot. de acquir. rer. domin.* Tu verò neque dominus, neque fructuarius, neque bonæ fidei possessor es, sed tantùm conductor, nec aliud auxilium tibi superest, nisi vt contra me agas ex conducto, ad hoc vt actiones quas eo nomine quæsitas habui, tibi præstem, quarum scilicet lucrum & commodum penes te manere æquum est, cùm operas eius à me conduxeris: ne alioqui duplici lucro adficiar, si & pro serui mei operis mercedem habeam, quam dedisti, vt ex operis eius acquireres, & præterea quicquid ille tuo nomine, & tanquam magister tuæ nauis, mihi acquisiuerit. Eadem porrò iuris & æquitatis ratio facit, vt quemadmodum si cum alio seruus meus contraxisset, actiones tibi, quas aduersus eum haberem, præstare deberem, ita & si cum ipso contraxero, teque mihi exercitoria actione in solidum obligauero, liberare te debeam, ne quid mihi præstare cogaris, quia magis imputare mihi debeo, cur post locatas tibi serui mei operas, cum eo contraxerim, ad acquirendam mihi contra te actionem: cùm scire debuerim nullam mihi per eum actionem, siue contra te, siue contra alium acquiri exinde posse, quin eius lucrum & commodum præstare tibi debeam ob locatas tibi certa mercede huius serui operas, quibus interim carere tanti habui. Ex conducto igitur mecum ages, non vt actionem aliquam tibi præstem, quam contra te ipsum præstare nullam possum *l. nec cum filiofamilias 16. infr. de furt.* sed vt te liberem. Nec enim nouum est, vt alicui detur vltro actio ad hoc solùm consequendum, vt liberetur, non solùm si ex legato liberationis agatur *l. 3. 5. & pass. infr. de liber. legat.* sed etsi actione ex conducto quod ad rem nostram magis accedit, vt in *l. si fundum 33. in fin. infr. locat. l. si mandatu 45. §. quoties infr. mandat.*

b *Quemadmodum cum libero, siquidem conduxisses, experieris.* Rat. dvb. Per liberam personam acquiri nihil nobis potest excepta causa possessionis *l. & licèt 15. supr. de pecun. const. l. solutum 11. §. per liberam de pignor. act. l. 1. C. per quas person. nob. acquir.* Ergo quod hominis liberi operas conduxeris, prodesse tibi non debet, vt contra eum experiaris ex conducto, quasi per eum acquiri tibi aliquid potuerit, & debuerit. Dec. Aliud est dicere per liberum hominem cuius operas conduxeris, vt nauem tuam exerceret, aliquid acquiri tibi potuisse, quod certè falsum est: aliud verò teneri eum ex conducto, vt quod sibi ex illa nauis tuæ exercitione acquisiit, præstare tibi cogatur per actionem ex conducto, si operas eius conduxeris, aut etiam mandati, si gratuitæ eius operæ fuerunt. Nam hæc ipsa causa est, propter quam necessaria est cessio & præstatio actionum, quia sibi eas ille non tibi acquisiuit. Cùm tamen nullum debeat lucrum sperare ex operis suis siue eas locauerit, siue gratuitum mandatum susceperit, quia vtroque casu tibi rem gessit, & ex bona fide gerere debuit, non sibi *l. possessio 49. §. vltim. infr. de acquir. poss. l. si seruus 61. §. quod verò infr. de furt.* Quod igitur in homine libero iuris est, vt actiones quas sibi acquisiuit, nauem alienam exercendo, aut conductori actione ex conducto, aut mandatori actione mandati præstare cogatur, idem in magistri domino seruandum est, quia quod magister si liber esset seruo acquireret idem, si seruus sit, domino suo acquirit. Nihilque refert, an exercitori actio danda sit cõtra magistrum ipsum, vt in *l. 1. §. licèt autem*, an contra magistri dominum, vt hîc.

1 ¶ Item si seruus meus nauem exercebit, & cum magistro eius contraxero: nihil obstabit, quo minùs aduersus magistrum experiar actione, quæ mihi vel iure ciuili, vel honorario competit. nam & cuiuis alij non obstat hoc edictum, quo minùs cum magistro agere possit. hoc enim edicto non transfertur actio, sed adiicitur.

Ad §. 1. Item si seruus.

Rat. dvb. Si seruus meus nauem alienam permittente me exerceat, isque magistrum aliquem præposuerit, cum quo ego contraxerim, non possum agere exercitoria cum seruo meo, quia nullius actionis, aut exercendæ, aut excipiendæ capax est seruus *l. seruus 6. C. de iudic. l. serui 14. de oblig. & act.* præsertim verò con-

BIU Cujas

verò contra dominum *l. 4. supr. de iudic.* exceptis casibus de quibus in *l. vix certis 53. eod. tit.* Ergo neque cum magistro, quem ipse præposuerit, agere possum, ne deterior sit condicio magistri, quàm exercitoris, qui magistrum adhibet, & ex cuius persona contractuque non minùs in exercitorem quàm in magistrum ipsum actionem Prætor pollicetur *l. 1. §. penult. supr.* Dec. Magister nauis si liber homo sit, conueniri ex omnibus suis contractibus potest, vt & alius quilibet qui bene contraxerit, idque aut ciuili aut honoraria actione, prout vel ciuili vel honorario iure fuerit obligatus. Sicut enim contractus omnis, si modò iustus & licitus sit, obligationem parit, ita & obligatio actionem *l. licèt 42. §. ea obligatio supr. de procurat.* Nec impedimento esse potest, quominus magister à me conueniatur, quod seruus meus idemque exercitor, qui eum præposuit, conueniri à me per exercitoriam actionem non possit. Id enim fit propria quadam ratione, quia seruus meus est. Nam si aut alienus esset, aut liber homo, æquè possem contra eum aut contra eius dominum, agere exercitoria; atque contra magistrum propria ex contractu actione siue ciuili siue honoraria. Et quod duplicem hoc casu actionem habere non possum, facere non debet, vt nec primam quæ contra magistrum competit habere debeam, imò tanto magis, quòd si eam non haberem, in damno me morari necesse esset. Denique vt is qui cum magistro contraxit, agere cum eo possit, non est necesse, vt exercitoria quoque contra exercitorem competat, si quid sit quod obstet, ne possit competere, sed sufficit, vt ex contractu magistri competitura fuerit, si condicio personæ exercitoris, aut alia quæuis ratio aliunde quàm ex contractu ipso procedens non repugnaret. Nam, vt eleganter Paulus hic subiicit, non ea mente Prætor exercitoriam actionem induxit, vt eam, quæ contra magistrum ex contractu suo competebat, perimeret, ac quasi facta nouatione transferret eam in exercitoriam: sed vt priori actioni aliam adiiceret, atque ita ei qui cum magistro contraxisset, pleniùs consuleret, cùm sæpius accideret, vt magister nauis minùs esset idoneus, & non soluendo.

2 ¶ Si vnus ex his exercitoribus cum magistro nauis contraxerit, agere cum aliis exercitoribus poterit.

Ad §. 2. Si vnus.

Rat. dvb. Qui cum magistro nauis contrahit, habet obligatos exercitores omnes, vt cum vnoquoque ipsorum exercitoria experiri in solidum possit *l. 1. §. pen. & vlt. l. prox. §. 1. supr.* Atqui cùm vnus ex exercitoribus, contrahit cum magistro, seipsum obligare sibi ipsi non potest, neque exercitoriam actionem contra seipsum acquirere *l. ne cum filiofamilias 16. infr. de furt.* Ergo neque alios sibi obligare poterit, aut contra cæteros agere. Dec. Non quæ ratio facit, ne ipse sibi obligetur eadem impedire potest, ne alios obligatos habeat: nam ne sibi ipsi obligari possit, non tantùm iuris ratio, sed etiam natura ipsa est impedimento, quæ vult distinctas esse personas debitoris & creditoris *d. l. ne cum filiofamilias l. heres à debitore 21. §. seruo tuo & seq. l. debitori 50. infr. de fideiuss.* at vt alios obligatos habeat, perinde atque haberet alius quilibet, qui cum magistro nauis contraxisset, neque supradicta ratio, neque alia vlla obstat. Ergo si vnus ex exercitoribus cum magistro nauis contraxerit, quamuis cum seipso agere non possit, cum aliis tamen & quidem in solidum agere rectè poterit.

6. Pavlvs libro 6. Breuium.

Si seruus non voluntate domini nauem exercuerit: si sciente eo, quasi tributoria: si ignorante, de peculio actio dabitur.

Ad l. Si seruus 6.

Rat. dvb. Qui scit, nec prohibet, cùm possit, non tantùm velle, sed etiam iubere & mandare intelligitur *vulg. l. qui patitur 18. infr. mandat.* & is tantùm culpa carere dicitur, qui scit quidem, sed prohibere non potest *l. culpa caret 50. de regul. iur.* Ergo si seruus nauem alienam exerceat sciente tantùm & patiente domino, licèt non expressim volente, teneri tamen in solidum debet, non tributoria duntaxat, perinde acsi voluisset & mandasset, ne alioqui sua dissimulatione illos qui cum seruo contrahunt, decipere videatur *l. mulier 11. C. de distract. pign. l. si sine 5. C. ad SC. Velleian.* Dec. Separanda est nuda scientia etiam quæ patientiam coniunctam habeat, à voluntate expressa cuius maiorem potestatem, quàm tacitæ esse rationis est *l. 1. §. licèt autem.* vbi diximus *supr. hoc titul.* vbi separatur institoria actio & tributoria ab exercitoria, & ab actione de peculio. Institoria expressam præpositionem requirit, vt contra eum qui præposuerit in solidum detur *§. eâdem ratione vers. Institoria Instit. quod cum eo qui in alien. potest.* Exercitoria non quidem præpositionem exigit, sed tamen expressam voluntatem: Tributoria verò neque præpositionem, neque voluntatem, sed nudam scientiam, quæ si etiam cum voluntate coniuncta sit, non tamen auget actionem. At de peculio actio neque præpositionem exigit, neque voluntatem, neque scientiam, quia & minore damno dominum adficit. Ergo non est generaliter verum, eum qui scit, & patitur videri mandare aut iubere. Id enim quoties sit, non nisi per interpretationem & fictionem aliquam fit, cui tamen in proposito tractatu locus nullus est, quia verbis edicti inseruiendum est, quæ scientem & patientem à volente distinxerunt *dict. §. licèt autem.* magisque ad delicta quàm ad contractus pertinet supradicta iuris regula, quæ negat culpa cum carere, qui scit, & non prohibet, cùm prohibere possit, vt & locus ille Poëtæ Senecæ ostendit in Troade *Non patiar, in me culpa cunctorum redit, Qui nō vetat peccare cum possit iubet.* Alia enim causa est contrahendi, alia delinquendi, vt vidimus in *l. 1. §. 1. supr.* Iunge *l. si seruus 42. infr. de furt.* Rursus alia longè causa est domini huius, qui à seruo suo nauem exerceri scit, & patitur alia eius qui sua dissimulatione id agit, vt decipiat creditorem, vt in *dict. l. mulier.*

BIU Cujas

Non enim nisi à seipso decipitur, qui tam incautus est, vt cum seruo nauem exercente contracturus non inquirat diligentiùs, an domini voluntate nauem exerceat, an non cùm sciat aut scire debeat, non aliter posse dominum ex hac causa obligari in solidum, quàm si domini voluntate nauem exerceat, ideoque cautius negotiari debuit, vt ait *l.2.C.de furt.* At creditor qui à debitore pignus accepit, præsente ac dissimulante eo, qui vel eius rei dominus sit, vel anteriore iure obligatam eam habeat, decipitur sine dubio, subdola ista creditoris dissimulatione, quia neque illam rem accepturus fuisset pignori, quæ aliena esset, neque eam quæ alteriam obligata, & quæ debito vtrique ex soluendo sufficiens, non fuisset *dict. l. mulier l. & quæ nondum* 15. *§. vltim. infr. de pignor. l.* 4. *§. quæsitum est* 12. *infr. de dol. mal. except. l. Titius* 9. *in princip. & §. 1. l. Paulus* 12. *quib. mod. pign. vel hypoth. solu.* Cætera quæ circa tractatum hunc addi possent, latè prosecuti fuimus ad *l. Cains* 39. *supr. tit. prox.*

1 ¶ Si communis seruus voluntate dominorum exerceat nauem, in singulos dari debebit in solidum actio.

Ad §. 1. Si communis seruus.

RAT. DVB. & DECID. eadem est, quæ ad *§. sed si seruus plurium l. 4. supr. hoc tit.* Est enim vtriusque loci eadem sententia, quæ tamen à Paulo clariùs hîc exprimitur, quàm ibi ab Vlpiano, si communis seruus voluntate dominorũ suorũ omnium nauẽ exerceat, in singulos actionẽ exercitoriã dari in solidũ debere.

7. AFRICANVS libro 8. Quæstionum.

LVcius Titius Stichum magistrum nauis præposuit, is pecuniam mutuatus, cauit se in refectionem nauis eam accepisse, quæsitum est, an non aliter Titius exercitoria teneretur, quàm si creditor probaret, pecuniam in refectionem nauis esse consumptam? respondit, creditorem vtiliter acturum, si, cùm pecunia crederetur, nauis in ea causa fuisset, vt refici deberet. etenim, non oportere creditorem ad hoc adstringi, vt ipse reficiendæ nauis curam suscipiat, & negotium domini gerat: (quod certè futurum sit, si necesse habeat probare, pecuniam in refectionem erogatam esse) ita illud exigendum, vt sciat, in hoc se credere, cui rei magister quis sit præpositus, quod certè aliter fieri non potest, quàm si illud quoque scierit, necessariam refectioni pecuniam esse, quare etsi in ea causa fuerit nauis, vt refici deberet: multo tamen maior pecunia credita fuerit, quàm ad eam rem esset necessaria: non debere in solidum aduersus dominum nauis actionem dari.

Ad l. Lucius Titius vlt.

RAT. DVB. Sufficere videtur ad dominum exercitoria actione obligandum, vt magister nauis dixerit creditori, se in refectionem nauis mutuam pecuniam accipere, licèt ab initio consilium ceperit fraudandi creditoris, vt ex Ofilio Pedio & Vlpiano scriptum est in *l. 1. §. vnde quærit Ofilius supr. hoc tit.* Quid enim creditoris interest, an re vera nauis indigeat refectione, an non? Et si quid in ea re fit dolo malo magistri, an non æquiùs est imputari exercitori, qui talem magistrum præposuit, *dict. l. 1. §. cuius autem. & dict. §. vnde quærit*, quàm creditori, qui etiamsi magistrum mentiri sciat, dissimulare tamen debet, vel ob hoc ipsum ne curiosus videatur *l. doli* 19. *ad fin. infr. de nouat.* Ergo si magister nauis cauerit se in refectionem nauis mutuam pecuniam accepisse, securus est creditor, vt exercitoriam contra dominum eundemque exercitorem habere omnimodo debeat, non solùm etiamsi pecunia in alios vsus impensa sit, sed etiamsi nauis in ea causa non fuerit, vt refectione vlla indigeret: alioqui ex creditore faciemus eum procuratorem exercitoris, si erogatur, & an nauis aliqua & quanta refectione indigeat, & an in nauis refectionem pecunia consumatur, inquirere, quod certè fuerit perabsurdum.

DEC. Equidem non oportet creditorem ad hoc adstringi, vt reficiendæ nauis curam suscipiat, & negotium domini gerat, quod certè futurum esset, si necesse haberet probare pecuniam in refectionem erogatam esse, sed tamen non vsque adeò negligenter tractare rem debet is, qui pecuniam credit magistro dicenti se mutuam accipere ad refectionem nauis, vt non debeat scire in illam rem se credere, cui rei magister præpositus sit. Hoc verò non aliter sanè fieri potest, quàm si illud quoque scierit, necessariam esse refectioni pecuniam: non enim magister quomodolibet contrahendo exercitorem obligat, sed eius rei tantùm nomine cui ille præpositus fuit *l. 1. §. non autem supr. hoc tit.* cui consequens est, vt tametsi in ea causa fuerit nauis vt refici deberet, multò tamen maior pecunia credita fuerit, quàm esset in eam rem necessaria, non debeat tamen in dominum nauis actio in solidum dari, sed tantum pro portione eius pecuniæ quæ in eam rem fuit necessaria, vt eadem iuris ratio sit in toto quæ in parte, & in parte quæ in toto *vulg. l. quæ de tota* 76. *de rei vindic.* Itaque placet quod hîc notat Cuiacius ei, qui credidit ad reficiendam nauim considerandæ hæc esse, vt nominatim mutuet magistro pecuniam ad refectionem nauis, vt nauis in ea causa sit, vt necessariò refici debeat, ne plus quàm necessarium sit credat, & vt magister in

BIU Cujas

gister in eam rem præpositus sit, in quam creditum est, & ex hoc vltimo tria reliqua proficiscuntur, vt diximus. Nec ideò vereri debet creditor, ne nimium curiosus esse existimetur. Id enim facit qualitas & condicio eius personæ, cum qua contrahit, quemadmodum & qui contrahit cum minore, & qui cum ciuitate, & qui cum muliere se obligante cum alio. His enim casibus diligentior esse debet creditor, vt non tantùm inquirat, an eæ personæ iustam contrahendi causam habeant, sed etiam curet quantum facere potest, vt in rem vel minoris, vel ciuitatis, vel mulieris pecunia vertatur, vt habere possit repetitionem *l. vtere 14. Cod. de præd. minor. l. si fundus 13. §. quamquam infr. eod. ill. tit. l. patri 27. §. 1. & seq. supr. de minor. l. 2. Cod. si aduers. credit. l. ciuitas 27. de reb. cred. l. vir vxori 17. in princip. & §. 1. infr. ad Senatusconsultum Velleian. l. 3. §. sed si sic accepit infr. de in rem vers.*

1 ¶ Interdum autem illud æstimandum, an in eo loco pecunia credita sit, in quo id, propter quod credebatur, comparari potuerit. quid enim (inquit) si ad velum emendum in eiusmodi insula pecuniam quis crediderit, in qua omnino velum comparari non potest? & in summa aliquam diligentiam in ea creditorem debere præstare. Eadem fere dicenda sunt[a], & si de institoria actione quæratur. nam tunc quoque creditorem scire debere, necessariam esse mercis comparationem, cui emendæ seruus sit præpositus: & sufficere, si in hoc crediderit: non etiam illud exigendum, vt ipse curam suscipiat, an in hanc rem pecunia eroganda est.

Ad §. 1. Interdum autem.

Eadem ratio dubitandi & decidendi est ad hunc versiculum, quæ ad sententiam præcedentem. Ferè enim est, vt procurator vel negotiorum gestor, exercitoris fiat creditor, si magistro nauis pecuniam ad velum comparandum petente cogatur inquirere, an in ea prouincia velum aliquod sit, quod comparari possit, videturque hoc sufficere debere, vt nauis velo indigeat: sed non ita est, non enim cogitur creditor, aut velum comparare, aut valde curare, an ex pecunia ad velum comparandum credita, velum comparatum sit. Sed cùm cogatur inquirere, an velo nauis indigeat, illud quoque inquirendum ei est, an in ea prouincia, in qua ad id pecunia creditur, velum comparari possit. Quid enim prodest inquirere, an velum sit necessarium in eamque rem pecuniam credere, si ea prouincia sit, in qua velum comparari omnino non possit? Ergo in summa aliquam diligentiam in ea re præstare creditorem oportet, non tamen omnem, nec validè magnam.

a *Eadem ferè dicenda sunt.* RAT. DVB. Institoria actione is demùm tenetur, qui institorem præposuit *§. eadem ratione vers. Institoria quod cum eo qui in alien. potest. est.* Ergo creditor qui agit institoria, nihil aliud curandum, aut probandum habet, nisi quòd cum eo qui præpositus fuit, contraxerit, non etiam vtrum necessaria fuerit comparatio mercis cui emendæ seruus præpositus sit. DEC. Illud commune est institoriæ actioni cum exercitoria, quod neutra competit, nisi pecunia credita sit in eam rem, cui siue magister, siue institor præpositus fuit, nisi quod nulla etiam facta præpositione exercitoria locum habere potest, si quis voluntate exercitoris nauē erexerit *l. 1. §. non autem & §. licèt autem*, vbi diximus *supr. hoc tit.* Ergo quemadmodum in actione exercitoria necesse est creditorem scire in eam rem se pecuniam credere magistro, cui rei magister præpositus fuit: quod porrò non aliter scire potest, quàm si etiam sciat nauem refectione indigere, ita & in institoria fatendum est, non aliter dari eam debere, quàm si is qui cum institore contrahit alicuius mercis nomine, sciat, institorem ei merci comparandæ præpositum esse: hoc verò scire non potest, nisi frustrà, quin sciat etiam esse necessariam mercis comparationem, cui emendæ seruus præpositus fuerit. Ergo in institore quoque institoria agere volente hoc ipsum requiremus, quod in exercitore necessarium esse diximus. Planè sufficiet in hoc creditam esse pecuniam: nec illud etiam exigemus, vt curam ipse suscipiat erogandæ in hanc ipsam rem pecuniæ, quia nec cogendus est, vt eius qui institorem præposuit, negotia gerat. Proinde non tantùm exercitoria actio excipienda est ab illa regula, quæ improbat creditoris curiositatem, *d. l. doli §. vlt. de nouat.* sed etiam institoria, & aliæ de quibus suprà diximus: sanè non tā facilè permittendum fuit magistro nauis, aut institori, siue seruus esset, siue liber homo, vt vel dominum vel alium etiam à quo præpositus esset in solidum omnimodo, ac indistinctè obligaret, ne in eius potestate esset deteriorem facere præponentis condicionem etiam aduersus formā præpositionis, quod certè iniquum esset *d. l. 1. §. non autem & §. igitur præpositio supr. hoc tit. l. sed si pupillus 11. §. condicio autem infr. de instit. act.*

BIU Cujas

DE LEGE RHODIA DE IACTV.

TIT. II.

PAVLVS libro 2. Sententiarum.

LEge Rhodia cauetur, vt, si leuandæ nauis gratia iactus mercium factus est, omnium contributione sarciatur, quod pro omnibus datum est.

Ad l. 1. Lege Rhodia.

POST tractatum De exercitoria actione commodissimè subiicitur Titulus hic *de leg. Rhod. de iact.* quia plerunque ad conseruationem nauium, & ad periculũ præsens euitandum imminentis naufragij, necesse est proijci merces in mare, leuandæ nauis gratia, quæ res innumeras lites excitaret, non tantùm inter nauigantes & magistros, itemq; exercitores nauium, sed etiam inter eos maximè quorum merces fuissent, nisi lege Rhodia de iactu prospectum fuisset, qua cautum est, vt si leuãdæ nauis gratia mercium iactus factus est, omniũ contributione sarciatur damnum, quod pro omnibus datum est. Sic enim lego apud Paulũ in hac lege, adiecta dictione *damnum*, quæ nec deesse integro sensu, nec suppleri commodè potest.

RAT. DVB. Cùm leuandæ nauis gratia mercium iactus factus est, videntur nauigantes & domini mercium, qui in naue fuerunt, eas voluisse merces perdere, eoque veluti precio salutem suam periclitantem redimere: denique tanti habuisse mercibus, illis carere, vt in *l. 4. §. 1. sup. de alien. iudic. mut. caus. fact.* Et quamuis coacti hoc fecerint, maluisse tamen videntur, vt in *l. si patre cogente 22. de rit. nupt.* Quid enim est, quod contemplatione & comparatione salutis certo modo æstimari possit? *l. pen. in fin. infr. de donat.* nec dubitamus quin etiam coacta voluntas sit voluntas *l. si mulier 21. §. vlt. supr. quod met. caus. l. si patre cogente 22. infr. de rit. nupt.* Sibi ergo imputent, qui id voluerunt, & quibus nulla proinde iniuria facta videri potest *l. in diem 9. §. 1. de aqua & aquæ pluu. arcend.* adeoque nec damnum vllum sentire videntur, quod si non ex culpa saltem non nisi ex voluntate sua sentiunt. Quis enim maiorem illam vim & planè diuinam, quam Græci θεοπραν vocant, præstare debeat? *l. si merces 25. §. vis maior l. ex conducto 15. §. si vis tempestatis infr. locat. l. contractus 23. in fin. l. quod quis 203. de regul. iur.*

DEC. Quemadmodum periculum commune est omnium, qui in eadem naue iniquis fluctibus agitata periclitantur. Ita & pro communi omnium salute auxilium commune fuit comparandum, vt quia naues quò magis oneratæ sunt, eò citiùs ac faciliùs in profundum demerguntur, ita mercium earum iactu quæ magis onerant, leuandæ naui atque ita conseruandæ prospiceretur. Quo facto, si nauis appulerit (nam si demersa sit nullus quæstioni locus relinquitur, cùm non possint videri merces iactæ in mare eius nauis leuandæ causa, quæ periit *l. 4. §. 1. in fin. infr.*) annon æquum est, commune damnum communi omnium contributione sarciri, quod pro omnibus datum est? Annon etiam voluntas illa, & cogitatio fuit omnium, qui aut in naue fuerunt, aut merces suas in mare proiecerunt? Nec enim id primò ac per se egerunt, vt mercium damnum incurrerent, adeoque nec vt merces illas pro derelicto haberent *l. 2. §. vlt. l. qui leuandæ 8. infr.* sed vt communi omnium saluti conseruata naue prospicerent, & vexatam fluctibus nauem leui iactura defenderent, vt loquitur *l. 4. C. Theodos. hoc tit.* Nec enim cuiusquam magnum damnum esse potest, quod à multis communi omnium contributione sarcitur, & multo leuius fit onus, quod fertur à pluribus *l. 3. §. antep. de muner. & honor. l. ita vulneratus 51. in fin. ad leg. Aquil.* Aut quis iudex propitiis auribus eum audiat, qui magistro nauis aliisque vectoribus imputare velit, cur non periclitari ac submergi nauem passi sint potiùs quàm merces in mare proiici, vt querelæ causam hodie nullam haberent? *arg. l. si extraneus 33. & l. cùm in fundo 78. §. quod si mulier infr. de iur. dot.* Æquissimè igitur lata est lex Rhodia, vt post superatum commune periculum leuata naue communi etiam omnium damno subleuando prouideret.

2. IDEM libro 34. ad Edictum.

SI, laborante naue, iactus factus est: amissarum mercium domini, si merces vehendas locauerant, ex locato cum magistro nauis agere debent: is deinde cum reliquis, quorum merces saluæ sunt, ex conducto, vt detrimentum prò portione communicetur, agere potest. Seruius quidem respondit, ex

locato age-

BIU Cujas

locato agere cum magistro nauis debere, vt ceterorum vectorum merces retineat, donec portionem damni præstent. Immo, etsi retineat [b] merces magister, vltrò ex locato habiturus est actionem cum vectoribus: quid enim, si vectores sint, qui nullas sarcinas habeant? plane commodius est, si sint, retinere eas [c]. At, si non totam nauem conduxerit, ex conducto aget: [d] sicut vectores, qui loca in nauem conduxerunt: æquissimum enim est, commune detrimentum fieri eorum, qui propter amissas res aliorū consecuti sunt, vt merces suas saluas haberent.

Ad l. 2. si laborante.

RAT. DVB. Cū laborāte naue, iactus merciū in mare factus est, nihil imputari potest magistro nauis, qui neque nauis, neque nauigantium saluti aliter aut melius prospicere potuit. Ergo permittēdū non est amissarū merciū dominis, qui merces vehendas locauerant, vt ex locato cū magistro agant, ne & eo quod ipse ritè rectéq. ac permittēte lege Rhodia fecerit, cōueniatur, & inquietetur *arg. l. Gracchus 4. C. ad leg. Iul. de adult.* Nec n. quod indemnitatē à cæteris postea cōsecuturus sit onerate illū debet, cū id plerūque in dubio incertóque euētu positum sit, vt in *l. quod debetur 51. infr. de pecul.* & nemo ideo cōdemnandus sit, aut obligandus quod postea sit repeturus *l. nemo ideo 171. de reg. iur.* quia cuiuslibet interest, nō soluere potius quàm solutum repetere *l. 3. de compensat. l. si stipulatus 15. in princip. de fideiuss.* DEC. Illi quorū merces ad leuādam nauē in mare proiectæ sunt, nullā eo nomine actionem habere possunt aduersus cæteros, quorū simul cū naue merces saluæ factæ fuerunt. Nullus. n. siue contractus, siue quasi cōtractus habitus est, neq; rursus delictū vllū ab iis admissum, non ob id solum quòd delinquēdi animus nullus fuerit *l. qui iniuria 53. infr. de furt.* sed etiā quia ad magistrū nauis solū pertinet, vt in mare merces proiiciat, vel à nautis proiici iubeat. Id enim est, magistrū nauis esse. Ergo vt qui damnū sensērūt indēnitatis partem aliquam ab aliis quorū merces saluæ sūt, cōsequantur, hic rei gerendę agendique ordo esse necessario debet, vt merciū iactarum domini qui merces suas vehendas locauerant magistro, agāt cū eo ex locato, deinde ipse ex cōducto cū reliquis quorū merces saluę sunt, vt damnū & detrimentū omne pro portione cōmunicetur. Ita fit vt omnibus optimè ac secūdum iuris ordinē consulatur. Omnia enim ex iuris ordine facienda sunt, quantum fieri potest *l. cùm vnus in princ. de reb. author. iudic. possid.* Itaque nō tam agitur cum magistro, vt condemnetur recta, quàm vt cogatur agere cōtra alios ex conducto vt in *l. Iulianus 13. §. pen. de act. empt. l. cū in plures 60. §. messem infr. locat. l. si sic legatū 75. §. vl. de legat. 1. l. 2. §. idem Labeo 28. ad fin. infr. ne quid in loc. publ.* & expressius *in §. penu. huius legis*, quod si nolit agere, tùm verò condemnetur. Sed in his tamen casibus omnibus si malit, is contra quem agitur actionem suam præstare quàm ipse agere, audiendus est, *ex reg. l. quod debetur 51. in fin. infr. de pecul.*

a *Seruus quidem respōdit.* Nouum quoq; & mirū hoc agendi genus est cōtra te, non vt cū alio agas, quem admodū in superiore casu, sed vt quod ex alieno habes retineas. RAT. DVB. Neq; agere, neq; retinere quisquā cogitur *l. vnic. Cod. vt nem. inuit. agere vel accus. cog.* & nos latiùs probauimus in *Error. 1. de cad. 51. de error. pragmat.* in interpretatione *l. diffamari 5. C. de ingen. manum.* & liberum cuiq; est, actiones quas habet remittere *l. quæritur 14. §. si venditor infr. de ædilit. edict.* & similiter retētiones si quib. vti posset, omittere *l. si in area 33. in fin. supr. de cond. indeb. l. hæres 21. ad SC. Treb.* Ergo nō est danda actio cū magistro, vt cogatur ille vel cū reliquis agere quorum merces saluæ sunt, aut eorū merces retinere, quoadusq; portionē dāni præstiterint. DEC. Nemo aut actione aut retēcione sibi cō petere vti inuitus cogitur necessitate præcisa, sed tantū cautiua, id est, nisi malit in pecunia soluere id cuius nomine cōuenitur. Non. n. malitiis indulgendū est, neq; permittendum tibi vt actionem tuā remittas, vel retentionē omittas, nō tam vt ei prosis cōtra quē actio & retentio illa tibi cōpetit, quā vt ei noceas, qui ex actione vel retētione illa iustū cōmodū debitāmq; indēnitatē cōsecuturus esset *arg. l. in fundo 38. supr. de rei vendic.* Cuiq; obligationes & actiones omnes ad hoc cōparatæ sint, vt quisq; acquirat sibi q̄ sua interest. *l. stipulatio ista 38. §. alteri de verb. oblig.* Obligatio autē ciuilis quelibet sit iuris vinculū quo necessitate adstringimur alicuius rei soluēdę aut faciēdæ gratia, vt Iustinianus in *Instit.* diffinit, cōsequens certè est, vt qui indēnitatē præstare obligatus est iis, quorum merces iactu perierūt, siue agēdo cōtra alios quorū naues saluæ sunt, siue retinēdo, nō possit eā exuere obligationem, nisi malit ipse de suo soluere & satisfacere. Sunt. n. hoc sensu iudicia omnia absolutoria *§. vlt. inst. de perpet. & tempor. act.* Est autē lōgè cōmodius, & expeditius magistro nauis, itémq; miseris dominis amissarū merciū, vt magister per earū quę saluę sunt, retentionē sibi cōsulat, quā vt per actionē. Est. n. facilior sēper possidēti retētio *l. 1. in princ. infr. de pign.* plúsque cautionis in re quā in persona, vt habet vulgata iuris regula 25.

b *Immo etsi retineat.* Legēdū omnino est addita negatione, *etsi nō retineat*, vt sequētia illa ostendūt, *quid. n. si vectores sint qui nullas sarcinas habeant?* Et quod statim subiicitur, *planè cōmodius est, si sint, retinere eas.* Sēsus autem est, Nō tantū retentionē hoc casu magistro cōpetere, sed etiā vltro actionem, vt priusquā agāt ipsi & merces suas reposcāt, conueniri à magistro possint, ad cōtributionē faciendā pro communi dāno sarciēdo, nec similē illū esse iis qui retētiones, quas solas habēt, omittūt, quib. exinde alio remedio cōsuli nullo potest *d. l. si in area 33. de condict. indeb. d. l. hæres 21.* si modo legas *similē non esse*, non vt vulgo *similem eū esse*, secundū ea quæ in Chyliade nostra scripsimus. Et certè absurdū est dari vltro actionem ei qui iā per retentionem indēnitati suæ prospexerit, cū iā nihil eius intersit, nec sit probus qui bis idē velit cōsequi præsertim ab eodem *l. si quis dolo 51. in fin de re iudic. vulg. l. bona fides 57. de reg. iur.* RAT. DVB. Qui id quod poterat retinere, maluit reddere, videtur debitū illud omne remisisse, pro quo poterat retinere. Ergo sibi debet imputare, nec permittendum ei est, vt vltro possit agere. DEC. Omissa retētio nō tollit actionē alioqui cōpetentē, cuius exercēdæ potius necessitatem inducit, si qua modo cōperat, neq; verò qui pignus pro debito datū q̄ retinere poterat maluit restituere, condictione certi ex mutuo aut ex stipulatione, aut alia actione sibi cōpetente debitū petere prohibetur *l. 3 supr. de pact.* Nō est igitur bona consecutio vt qui retentionē omisit, agere posteà nō possit. Planè qui rētiones quas solas habent omittūt, debiti sui iacturā culpa sua faciūt. Euenit tamē plerūque ei ex variis causis, vt retētionis quidē ius cōperat, sed tamē nihil sit, q̄ retineatur, vt & in actionibus accidit tā sæpe, vt quis iustam actionem habeat cōtra debitorē, sed quam debitoris inopia eludat *l. nam is 6. supr. de dolo.* Irēque in prætorio pignore vt creditor ius habeat possidēdi bona debitoris ex edicto, inque bonorū possessionē eius missus sit decreto prætoris, & tamen nihil sit in bonis, quod sine cōtrouersia possideatur *l. quamuis 13. infr. de reb. author. iudi. possid.* His certè casib. nihil est quod imputare possis ei, qui nihil retinuit, quia nec habuit, quod retineret. An igitur & ideò agere prohibēdus erit. Etsi. n. cōmodior est retentio, cū nō deest quod retineri possit, si tamē nihil sit quod retineatur, tanto magis actio dāda est, & quidē vltrò, id est non insubsidium deficientis retentionis, sed rectà & primariò. Idque est, ni fallor, quod Paulus insinuat ea interrogatione, *quid enim si vectores sint, qui nullas sarcinas habeant?*

c *Plane cōmodius est, si sint, retinere eas.* RAT. DVB. Etiā pro retētione nō minùs quā pro actione litigatur. Ergo parū aut nihil interest, an per retētionē sibi quis cōsulat, an per actionem, cum neutro casu litis incommoda damnáque effugiat. DEC. Meliore cōditione pro retētione quā pro actione litigatur: quia cū is qui retinere vult possideat, possessionis & rei nō actoris partib. fūgitur, nec proinde probationibus vllis oneratur, quomodo is qui petitoris partes sustinet, *l. si priusquā is in fin. infr. de oper. noui nunciat.* Ideóque vincit facilius, nō solū quia actore nō probante reus absoluēdus est, etiāsi nihil præstiterit *l. 4. Co. de edēd.* sed etiā quia quisquis possidet hoc ipso quid possidet plus iuris habet quā qui nō possidet *l. 2. infr. vti possid.* Neque verò tantū vincit facilius qui retinet, quàm qui petit, sed etiā si quid obscurius est in iure petēdi, aut retinendi, facilius est, vt detur possidēti retētio, quā vt non possidēti actio *d. l. 1. in princ. de pig.* Ratio autē dandę in hoc casu nō tantū retētionis, sed etiā actionis magistro nauis aduersus illos, quorū merces saluæ sunt, ex euidenti illa æquitate proficiscitur, quā Paulus hìc eleganter exprimit, quod æquissimū sit commune detrimentum fieri eorum, qui propter amissas res aliorum consecuti sunt, vt suas saluas haberent.

d *At si non totā nauem cōduxerit, ex conducto aget.* Benè Iacob. Cuiacius locū hunc emendauit & ex Basilicis ita restituit *lib. 3. obser. c. 2. & lib. 21. c. 22. At si non totā nauem conduxe-*

BIU Cujas

rint ex conducto agent, scilicet domini amissarũ merciũ quos prius dixerat agere debere cum magistro ex locato, quia suas merces ei vehẽdas locauerãt, tota naue in eam rẽ conducta. Sed si nõ totã nauẽ, sed partẽ dũtaxat nauis conduxerint, nõ possunt agere ex locato, quia non tam merces suas locasse hoc casu videtur vehẽdas, cũ nec eas vehere magister debuerit, nisi reliqua etiã totã naui locata: sicut & qui loca in naue cõduxerunt vectores sine mercibus, nihil quoq. locasse videri possunt, sed tantũ eam partẽ nauis conduxisse, quæ loca eorum continet. Vno igitur, casu id est conducta tota naue ab his qui suas merces transuehendas locauerunt, actio ex locato competit: alio autem casu si non tota nauis à dominis amissarum mercium conducta est, ex conducto agendum est cum magistro, sed vtriusque actionis idẽ erit effectus vt magister ab iis cõuẽtus actione ex cõducto cogatur agere cũ reliquis, sed actione ex locato vt dãni partẽ prẽstent, si nihil sit ex eorũ mercib. quod magister retinere aut possit, aut velit. Atque ita mihi locus hic exponendus esse videtur: nisi malis, quod malo, verba illa *non totam* delere, & eam interpretationem probare quam adferemus ad §. *cũ in eadẽ 2. infr.*

1 ¶ Si conseruatis mercibus deterior facta sit nauis, aut si quid exarmauerit: nulla faciẽda est collatio: quia dissimilis earum rerum causa sit, quæ nauis gratia parentur, & earum, pro quibus mercedem aliquis acceperit. nam & si faber incudem, aut malleum fregerit: non imputaretur ei, qui locauerit opus: sed si voluntate vectorum, vel propter aliquem metum id detrimentum factum sit: hoc ipsum sarciri oportet.

Ad §. 1. Si conseruatis.

RAT. DVB. Non debet esse deterior causa nauis & earum rerum omnium, quæ nauis armandæ aut aliter instruendæ causa paratæ sunt, quàm mercium pro quibus magister nauis mercedem acceperit, cùm non nisi salua naue potuerint merces conseruari: videturque lex Rhodia de iactu id sensisse, vt magistri nauis perinde atque aliorum indemnitati consuleretur. Ergo si qua in re deterior facta sit nauis conseruatis mercibus, non debent domini conseruatarum mercium recusare, quominus id quoque detrimentum communi contributione sarciant, ne durior alioqui sit condicio magistri & domini nauis, quàm sit vectorum, puta si quid nauis exarmauerit, id est, armamẽtis spoliauerit, cùm amissis vectorũ mercibus etiam dominus nauis pro portione cõferre debeat, vt subijcitur in §. *seq.*

DEC. Dissimilis causa est earum rerum, quæ nauis causa parantur, & earum pro quibus magister mercedem acceperit, quæ prioris generis sunt magistri, ac domini periculo sunt, qui pro eo incommodo exigit mercedem. Nec enim fieri potest, vt non ipso etiam vsu nauis deterior fiat, sicut & res cæteræ: id nempe est nauem exercere. Ergo quemadmodum, si faber incudem aut malleum fregerit, non imputaretur ei qui opus locasset: ita neque earum rerum nomine in quibus nauis deterior facta est collatio vlla fieri debet, nisi, vt Paulus bene subiicit, voluntate vectorum & propter metum aliquem id detrimentum factum sit. Hoc enim casu ipsum quoque sarciri æquum est *l. prox. & l. amisse 5. §. 1. infr.* Fit enim commune damnum quod omnium voluntate datum est. Lex autem Rhodia id demum sarceri damnum voluit, & commune fieri quod omnium voluntate & pro omnium salute datum esset, vt scriptum est in fine principij huius legis.

2 Cùm in eadem naue varia mercium genera complures mercatores coëgissent: prætereáque multi vectores serui, liberíque in ea nauigarent: tempestate graui orta, necessariò iactura facta erat. Quæsita deinde sunt hæc: an omnes iacturam præstare oporteat, si qui tales merces imposuissent, quibus nauis non oneraretur, velut gemmas, margaritas: & quæ portio præstanda est: & an etiam pro liberis capitibus dari oporteat: & qua actione ea res expediri possit. Placuit, omnes, quorum interfuisset iacturam fieri, conferre oportere: quia id tributum obseruatæ res deberent. itaque dominum etiam nauis pro portione obligatum esse. Iacturæ summam pro rerum pretio distribui oportet. Corporum liberorum æstimationem nullam fieri posse. Ex conducto dominos rerum amissarum cum magistro acturos. Itidẽ agitatũ est[a], an etiam vestimentorum cuiusq;, & anulorum æstimationem fieri oporteat & omnium visum est: nisi si qua consumendi causa imposita foret[b]: quo in numero essent cibaria: eo magis quòd, si quando ea defecerint in nauigationem: quod quisque haberet, in commune conferret.

Ad §. 2. Cùm in eadem naue.

Proponũtur in hoc §. omnes ferè quæstiones, quæ circa interpretationem legis Rhodiæ de iactu possunt incidere, quæ quatuor his potissimum capitibus continentur. Primum est, an nauis iacturam necessariam, quæ per iactum facta erat, præstare omnes mercatores oporteret, etiam eos qui tales merces naui imposuissent, quibus illa nullo modo oneraretur, puta gemmas & margaritas: Secundum est, quænam portio præstanda esset ab omnibus qui collationi & contributioni sunt obnoxij: Tertium est, an etiam pro liberis capitibus, quæ in naue erant aliquid dare oporteret: Quartũ & postremum, quanam actione expediri ea res posset. Ad primam quæstionem Paulus respondet omnes quorum interfuisset iacturam fieri, conferre oportere, quia id tributum conseruatæ res deberent, ac proinde illos etiã qui nõ nisi gemmas, & margaritas naui imposuissent: itaq; dominum etiam nauis quæ cõseruata esset, pro portione obligatum esse. Ad secundam, iacturæ summam pro rerum quę in naue fuerunt, & cõseruatæ sunt, pro portione distribui oportere. Ad tertiam corporum liberorum æstimationem nullam fieri posse. Ad quartã, actione ex conducto dominos rerũ amissarum cum nauta, id est, cum magistro, agere debere. Quod ad quæstionem primam attinet, ratio dubitandi illa erat, quod lex Rhodia de iactu de iis nominatim mercibus locuta sit, quæ nauis leuandę gratia in mare iactæ sint. Ergo de iis tantùm quibus onerata erat nauis vt leuari eam oporteret, non de gemmis & margaritis quarum onus nullum aut certè tam exiguum est, vt nullum videri possit, *l. 1. supr.*

BIU Cujas

l. 1. *supr.* sed decidendi ratio illa est, quod etiam eorum mercatorum, qui non alias merces quàm gemmas & margaritas naui imposuerant, interfuit iactu aliarum mercium conseruatam esse nauem, quæ si periisset, non tantùm gemmas suas & margaritas, sed seipsos quoque amisissent. Aequissimum ergo est detrimentum, quod eorum, qui merces suas amiserunt, proprium ab initio fuit cõmune fieri omnium, qui propter amissas res aliorum consecuti sunt, vt merces suas saluas haberent, vt scriptum est in principio huius legis *versic. aequissimum.* Quæ ratio facit, vt dominus quoque nauis conferre debeat, quia & ipsius interfuit iacturam fieri, vt salua esset nauis ex cuius naufragio longè maius damnũ fuisset passurus. Ad secundam quæstionem Ratio dubitandi erat, quia maior ponderis, quàm æstimationis mercium naui impositarum ratio habẽda videretur, cùm eæ merces, quæ fuerũt maioris ponderis, ideoque magis nauem onerarunt, maius quoque periculum subinergendæ nauis attulerint, maioremq; leuandæ nauis & iactus faciendi occasionẽ præbuerint: sed iam diximus, interfuisse omnium iacturam illam fieri, vt cæteræ merces saluæ essent. Tanti verò interest, quanti merces illæ sunt, quæ quò precioſiores fuerunt, maiorisque precij, licèt minoris ponderis, tanto magis dominorum interfuit saluas eas esse: præsertim cùm ex earum conseruatione lucrum hoc domini sentiant, quòd eas fortasse venditurí sint longè maiore precio, quàm æstimatæ sint, quamuis æstimari eas oporteat, non quanti emptæ sunt, sed quanto pluris venire possunt: quod in rebus amissis diuersum est, in quibus æstimandis non quanto pluris venire potuerint, spectatur, sed quanti emptæ fuerint, quia detrimenti tantùm non etiam lucri fit præstatio, vt eleganter scriptum est in §. *portio autem 4. infr.* Ad tertiam, Ratio dubitandi erat, quòd corpora liberorũ hominum, qui in eadem naui erant, perinde salua facta sunt ac merces, & nauem perinde onerabant, quæ iactu mercium leuanda fuit? Quidni ergo etiã pro seipsis conferre aliquid debeant? Cùm præsertim sæpe accidat, vt propter homines improbos & sceleratos, qui in naue sunt, tempestas oriatur, quique ideò ipsi potiùs in mare proijciendi essent, vt de se Ionas Propheta dicebat. At propter merces numquam, sed decidendi ratio est, quia corporum liberorum nulla potest fieri æstimatio, *l. 3. supr. si quadrup. pauper. feciſſ. dicat. l. 1. §. si cùm liber. & l. vlt. de his qui effud. vel deiec.* In proposito autem non nisi pro precio & æstimatione rerum, quæ in naue fuerunt, tam quæ amissæ, quàm quæ saluæ sunt, collatio fieri potest: ergo nihil pro liberis hominibus conferendum est, quia nec dici posset, quid pro eorum capitibus & salute, quæ inæstimabilis est, conferri oporteret *l. pen. in fin. infr. de donat.* maximè cùm hominum qui in naue sunt potissimum conseruandorum causa iactum fieri necesse sit, quorum gratia, & merces, & cæteræ res omnes à natura comparatæ sunt *l. vetus fuit quæstio 68. supr. de vsufr. l. in pecudum 28. infr. de vsur.* Neque verò prudentes nostri Ethnici, ac pagani ferè omnes, causas istas tempestatum & procellarum, quas fides nostra verissimè peccatis adscribit, agnouerunt: quas tamen, etiamsi agnouissent, nihilo magis æstimationem vllam liberi corporis facere potuissent. Ad quartã & postremam quæstionem, dubitandi Ratio ex eo sumenda est, quod initio huius legis idem Paulus noster scribit, dominos mercium amissarum, si merces vehendas locauerant, ex locato agere debere cũ magistro, cum quo tamen hîc scribit acturos eos ex conducto: sed hoc quomodo & cum qua distinctione accipiendum sit, iam explicauimus ad finẽ principij huius legis in versic. *at si nõ totam.* nisi quis malit dicere, quod ex hoc §. probabili° fortasse fuerit, corruptũ esse locũ illũ & sublata negatione, licèt in Basilicis quoq; sit ita legẽdũ, *at si totã nauẽ cõduxerint*, aut sublata etiã dictione, *totã*, *at si nauẽ conduxerint*, vt distinguendũ sit, an merciũ amissarũ domini merces suas vehendas locauerint, nõ cõducta naui: an verò nauẽ & quidẽ totã conduxerint priore casu actione ex locato agere illos cũ magistro nauis debere, quia nulla fuit cõductio, sed tãtũ locatio: Posteriore verò agẽdũ esse ex conducto, quoniã nauis cõducta est, quæ pro parte cõduci nõ potest, & quã si quis nolit cõducere, ne nimio sumptu ac grauiore mercede se oneret, solet ac debet merces suas vehẽdas locare, & ita ex locato, nõ ex cõducto agere: nõ enim tota nauẽ vtũtur, qui merces suas vehẽdas locãt: in quo vidẽtur cõuenire cũ iis vectorib. qui nullis onerati sarcinis loca tãtũ in quib. stẽt aut sedeãt, cõducunt: sed in eo tamẽ differũt, quod nihil habẽt quod locẽt, sed cõductores tãtùm sũt, nõ locatores. Ideóq; Paulus eos bene æquiparat illis, qui nauem cõduxerunt, vt actionẽ ex cõducto habeãt, nõ illis qui merces suas vehẽdas locauerũt; quod nõ intellexit, malus quisquis ille fuit interpres, qui verba illa *non totã*, ob id solũ adiecisse videtur, quod æquiparari cerneret casum hunc nauis conductæ cum illo quo vectores quædam duntaxat loca in naue conduxerint, atque ita non totam nauem.

a *Itidẽ agitatũ est.* RAT. DVB. Vestimẽta & annuli qui in digitis gestãtur, nõ nisi accessiones sunt corporũ, & quidẽ necessariæ, ergo nõ magis in æstimationẽ & collationẽ venire debent, quã corpora ipsa libera, quorũ æstimationẽ diximus fieri nullã posse, præsertim cùm nec imputari quicquã possit iis, qui in naue fuerũt, cur eã eiusmodi vestimẽtis & annulis gestatoriis onerauerint: nã nec harũ rerũ nomine vectura vlla debetur, quia cæterarũ locationi accedũt *l. 4. in fin. supr. naut. caupon. stabul.* DEC. Collatio & cõtributio fieri debet pro portione æstimationis rerũ omniũ, quæ in naue fuerunt, tã quæ amissę, quàm quæ saluæ sunt §. *portio 4. infr.* Scilicet si commodã æstimationẽ recipiãt, ne ipsa quoq; liberorũ hominũ capita cõprehẽdamus. Atqui vestimẽta cuiusque & annuli gestatorij suã quoq; habent, nec valde difficilem æstimationem. Ergo horum quoque omnium æstimationẽ & proportione æstimationis collationem fieri æquissimum est.

b *Nisi si qua cõsumẽdi causa imposita foret.* RAT. DVB. Etiã illa quæ cõsumẽdi causa naui imposita sunt, vt cibaria suã habẽt æstimationẽ, nõ minùs quã vestimẽta & annuli, de quib. modò diximus. Ergo eorũ quoq; æstimatio fieri debet, & collatio pro parte æstimationis. DEC. Quæcunq; cõsumendi causa naui imposita sunt, præsertim verò cibaria, cõmuni lucro & cõmodo omniũ quiin naui sũt, imposita esse cẽsentur, & cõsequẽter à munere & onere collationis huius sunt & esse debent immunia. Eo magis quòd etiamsi consumpta fuissent, & in nauigatione defeciſſent, quod quisque nauigantium habuisset id, in cõmune cõferre debuisset. Ex eo igitur intelligimus non posse dominos, qui merces suas in mare proiectas amiserunt, conqueri, cur eorum merces potiùs, quàm cibaria in mare proiectæ sint ad leuandam nauem. Nec onere collationis fungi eas res æquum esse, quæ si deessent, communi omnium nauigantium contributione essent reparandæ.

BIU Cujas

3 ¶ Si nauis à piratis redempta sit: Seruius, Ofilius, Labeo, omnes conferre debere, aiunt. quod verò prædones abstulerint, eum perdere, cuius res fuerint: [a] nec conferendum ei, qui suas merces redemerit. [b]

Ad §. 3. Si nauis.

RAT. DVB. Lex Rhodia de iactu non ad hunc casum pertinet, quo nauis quæ in piratarum manus incidit, ab iis redempta est, sed ad illum duntaxat quo leuandæ & saluandæ nauis gratia merces in mare iactæ sunt, vt constat ex *l. 1. supr.* Ergo nulla hoc casu fieri collatio debet. DEC. Ratio legis Rhodiæ de iactu & æquitas collationis æquè in hac specie locum habet, atque si nauis leuandæ & saluandæ gratia merces in mare proijci necesse fuisset: Quid enim refert, an Piratarum incursu nauis pereat, an naufragio? Aut an perdita redimatur, an ne tota perdatur pars mercium in mare proijciatur? An denique merces in mare iacias, an in piratarum manus pro redimenda naue pecuniam proijcias? Imò si verum amamus, hoc posteriore casu quo nauis certo precio à piratis redempta sit, maior subest ratio æquitatis ad inducendam contributionem, quia hoc casu fieri potest, vt non modò nauis quæ redempta est, tota salua sit, sed etiam merces omnes quæ in naue fuerunt: quod tamen iactu facto fieri nunquam potest. Ergo bene Seruius, & Ofilius, & Labeo ad hunc quoque casum legē Rhodiā de iactu porrexerunt, iúsque optima ratione cōstitutum optima interpretatione auxerunt. In quo maximè prudentum nostrorum & officium & auctoritas versatur *l. neque leges 10. cum trib. seq. supr. de legib.* Debēt igitur quotquot in naue fuerunt, & merces habuerunt, pro redemptę nauis precio cōferre, pro portione æstimationis rerum quæ in naue fuerunt, præterquàm quæ ex iis à prædonibus & piratis ablatę atque ita deperditę proponantur, vt sequitur in textu.

a *Quod verò prædones abstulerint, eum perdere, cuius res fuerint.* RAT. DVB. Ex lege Rhodia de iactu fit collatio ex iis quidem etiam rebus quę saluę sunt, sed vt earum quę iactu amissę sunt, damnum sarciatur *l. 1. supr.* Ergo & in proposita specie cùm nauis à piratis redempta est, earum quoque mercium quas prædones abstulerunt, damnum sarciri ab aliis debet, quorum res saluę sunt, vt in omnibus lex Rhodia de iactu ad hunc casum tanquam similem protrahatur. DECIS. Lex quę de vno tantùm casu locuta est, ad alium quoque trahi potest & debet, vt diximus, in quo par sit ratio iuris & æquitatis, at quatenus paritas & similitudo rationis in vtroque casu patitur, non quatenus dissimilitudo & diuersitas aliqua est. Atqui proposita species de naue à piratis redempta, sicuti simile illud habet cum naue, quę per iactum mercium salua facta est, quod suprà diximus. Ita & illud dissimile, quod iactis mercibus factum est propter amissas res aliorum, vt reliqui suas merces saluas habuerint: quæ res collationis communis æquitatem inducit, vt scriptum est in fine principij huius legis. At cùm nauis à piratis redempta est, qui merces suas saluas habent, quòd alij suas perdiderint, sed quia nauis redempta est. Redemptum porrò videri non potest, quod prædones abstulerunt. Nihil igitur est quod meliùs aut æquiùs dici possit, quàm vt earum rerum quæ à piratis ablatę sunt, damnum esse illorum debeat, cuius res fuerunt. Cui enim iustiùs perire res potest, quàm domino? *l. quæ fortuitis 6. l. pignus 9. C. de pignor. act. l. contractus. 23. in fin. de regul. iur.*

b *Nec conferendum ei qui merces suas redemerit.* RAT. DVB. Collatio facienda est pro portione æstimationis rerum omnium, quæ in naue fuerunt, nec minùs earum quæ amissæ, quàm quæ saluæ sunt, vt subijcitur in §. *seq.* Ergo etiam pro iis mercibus quę à prędonibus ablatę sunt, conferendum est ab iis, quorum res illæ fuerunt in precium redemptæ nauis. DEC. Iniquum est ad collationem compelli pro ablatis mercibus eum cui pro eo damno nihil conferre velint illi, qui res suas redemerunt. Cùm enim damnum earum hac ratione totum ad ipsum pertineat, duplici damno adficeretur, si & res ablatas in solidum amitteret, & præterea pro iis ipsis rebus aliquid conferre illi, qui suas merces redemit, cogeretur, atque ita afflicto daretur noua afflictio contra naturalem æquitatem *l. iure succursum 6. infr. de iur. dot.* Quod in casu legis Rhodiæ de iactu diuersum est, in quo amissarum quoque rerum nomine collatio fit à domino, qui eas amisit, quoniam & qui saluas suas res habent, ei cōferunt, vt amissarū rerum damnum pro sua parte sarciant, nec habent, quod conquerantur, qui commune detrimentum fieri vident, quod alioqui proprium ipsorum esse deberet. Denique damnum amissarum rerum collationis consortio sarciri debet, vt loquitur Hermogenianus in *l. amissæ 5. infr.* Et nomen ipsum collationis sonat mutuum onus esse debere. Denique cùm id, quod ablatum est, redemptum non sit, vt proximè diximus, nihil causæ est, cur in redemptionem nauis conferre quis debeat pro rebus, quæ non redemptæ: sed perditæ sunt, sicuti nec causa vlla est, cur ei hoc nomine conferatur.

4 ¶ Portio autem pro æstimatione rerum, quæ saluæ sunt, & earum, quæ amissæ sunt, præstari solet. nec ad rem pertinet, si hæ, quæ amissæ sunt, pluris venire poterant: [a] quoniam detrimenti, non lucri, fit præstatio. sed in his rebus, quarum nomine conferendum est, æstimatio debeat haberi, non quanti emptæ sint, sed quanti venire possunt.

Ad §. 4. Portio autem.

RAT. DVB. Rerum amissarum æstimatio præsens nulla fieri potest, & qui eas amisit, iam satis magnum in earum amissione damnum patitur, nec præterea cogendus est etiam illarum rerum nomine quas amisit aliquid conferre, ne afflicto detur afflictio, vt proximè dicebamus ex *l. iure succursum 6. de iur. dot.* DEC. Conferri oportet ab his omnibus quorum interest eam iacturam factam esse §. *cùm in eadem naue 2. supr.* Atqui interest etiam illorum, qui merces suas in mare iactas amiserunt, qui alioquin & ipsi quoque cum suis mercibus & cum naue periissent. Ergo & pro amissis mercibus conferre eos oportet. At non ita tamen vt vltra res amissas aliquid præstent, per quod fiant pauperiores, sed vt ex communi illa contribu-

tione

tione, quæ pro damno sarciendo facienda est minùs percipiant. Nam & eo modo plerunque collatio fit etiam bonorum, id est, imputando & minùs percipiendo, vt in *l. 1. §. sed si tantùm infr. de collat. bonor. l. dotis 5. Cod. eod. tit. de collat.* Ita fit, vt pars tantùm damni, eáque interdum minima penes eum remaneat, cuius res amissæ sunt, penes quem totum damnũ, si collatio nulla fieret, remaneret. Æstimãtur autem res amissæ, non quanti sunt eo tempore, quo iam amissæ sunt, ne alioqui ad nihilum redigatur æstimatio, cùm post amissionem nullius amplius sint æstimationis *arg. l. 3. supr. de condict. tritic.* sed quanti emptæ probabuntur, ad differentiam earum quæ saluæ sunt, quas æstimari oportet, quanti venire possunt, vt sequitur in textu.

a *Nec ad rem pertinet si hæ quæ amissæ sunt pluris venire poterant.* RAT. DVB. Tanti magnæque res esse intelligitur, quanti vendi potest *l. si seruus 14. in fine princip. supr. de condict. furt. l. 1. §. si heres infr. ad SC. Trebell.* Et tanti cuiusque interest non modò quantum ei abest, sed etiam quantũ lucrari potuit *l. si commissa 13. infr. rat. rem haber. l. 2. in fin. supr. de eo quod cert. loc.* Ergo etiam res quæ amissæ sunt, perinde atque illæ quas iactus saluas fecit, æstimari debent, non quãti emptæ sunt, sed quanto pluris venire potuerunt, alioqui non videbitur plenè sarciri damnum, quod amissarum rerum domini ex earum iactura passi sunt.

DEC. In collatione quam lex Rhodia de iactu fieri imperauit, detrimenti tantùm, non etiam lucri fit præstatio. Satis enim abundéque dominis amissarum mercium esse debet, quod ex earum iactura nullũ damnũ sentiant, nisi quantũ sentirent, si alienæ merces fuissent, id est, detracto eo quod illi ipsi pro sua parte conferunt. Quæ collatio tantò minor est, quantò minoris amissæ res æstimantur. At è contrario saluas merces æstimamus, non formali earum precio, quomodo Vlpianus loquitur in *l. in lege Falcidia 62. §. 1. ad leg. Falcid.* id est, quanti emptæ & venditæ sunt, sed quanto pluris venire possunt, non vt dominis earum mercium faueamus, sed vt iis potiùs qui suas amiserunt, & pro quorum indemnitate collatio fit, vt tanto plus hi conferant, maioréque collatione onerentur, in solatium miserorum, qui iacturam passi sunt. Nam neque ea res adeò damnosa est iis qui conferunt, vt magnam querelæ occasionem habeant, cùm felicitati debeant potiùs adscribere, quod res suas saluas habent, & quarum æstimatio possit adhuc crescere, licèt tanti æstimatæ sint, quanti venire præsenti tempore inspecto possunt, si fortè postea, quod facilè potest contingere, mercium eius generis æstimatio augeatur *l. 3. de eo quod cert. loc.*

5 ¶ Seruorum quoque qui in mari perierunt, non magis æstimatio facienda est, quàm si qui ægri in naue decesserint, aut aliqui sese præcitauerint.

Ad §. 5. Seruorum quoque.

RAT. DVB. Etiam seruorum qui in mari perierunt, aliqua æstimatio est, ea scilicet quæ fuit, priusquàm perirent sumptò mortis tempore ἐπλάτῃ, vt Vlpianus loquitur in *l. 3. supr. de condict. tritic.* Atqui etiam amissarum mercium æstimatio facienda est, vt sciatur quantum ad sarciendum damnum pro portione æstimationis cõtribui debeat ab his qui merces suas amiserunt, vt proximè dictum est in §. *præced.* Ergo etiam seruorum qui in mari perierunt æstimatio facienda est.

DEC. Earum demùm mercium amissarum æstimatio facienda est, quæ ideò amissæ sunt, quod in mare proiectæ sint leuandæ nauis gratia: cùm tota contributionis huius æquitas ex eo pendeat, quòd æquissimum sit commune detrimentum fieri eorum qui propter amissas aliorum res consecuti sunt, vt merces suas saluas haberent, vt scriptum est in fine principij huius legis. Atqui serui, quos ponimus in mari periisse eo tempore, quo nauis laborabat, non ideò perierunt quòd in mare proiecti sint ad leuandam nauem (nec enim proiiciuntur homines in mare, sed merces hominum conseruandorũ gratia, vt diximus ad §. *cùm in eadem naue supr.*) nec ideò reliquorum res saluæ factæ sunt quòd serui perierint, quorum opera quantò grauior tempestas fuit, tantò magis ad saluandam nauem fuit necessaria. Nulla igitur ratio est, vt aliqua eorum fiat æstimatio non magis quàm si ipsi ægri in naue decessissent, aut aliqui ex iis sese præcipitassent.

6 ¶ Si quis ex vectoribus soluendo non sit: hoc detrimentum magistri nauis non erit. nec enim fortunas cuiusque nauta excutere debet.

Ad §. 6. Si quis ex vectoribus.

RAT. DVB. Domini qui merces suas amiserunt, per iactum factum in mare habent eo nomine actionẽ cum magistro nauis, aut ex locato si merces suas vehendas tantùm locauerãt, non etiã nauẽ conduxerãt, aut ex cõducto, si cõduxerant nauẽ hac ipsa lege in *princip. & §. cũ in eadẽ naue supr.* Magister autem nauis postmodũ agere debet cõtra reliquos, quorũ res saluæ factæ sunt, vt detrimentum aliorũ proportione cõmunicetur. Proinde si quis ex aliis soluẽdo nõ sit, putà ex vectorib. qui nec sarcinas nullas habeãt, dãnũ magistri esse debet, aut exercitoris qui ex facto & cõtractu magistri tenetur, nõ eorum qui merces suas amiserunt, quiq; ob eã causam iam satis magno damno & incommodo adficiũtur: cui enim potius nocere velis inopiam debitoris, quã creditori, cuius actio ob eam rem inutilis efficitur? *l. nam si 6. de dolo.* Atqui vectoris, qui soluendo non est, creditores non sunt illi, qui merces suas amiserunt, quandoquidem nullam cum eo actionem habet, sed magister nauis, quem & nautam Paulus hîc vocat, vt & in *d. §. cùm in eadem naue*, quamuis & nautæ dicantur qui sub magistri cura in eadem naue sunt eius regendæ gratia *l. 1. §. sed si cum quolibet supr. tit. prox.* Quid ergo ad amissarum mercium dominos pertinet, an vectores omnes soluendo sint, an nõ? DEC. Non debet magister nauis fortunas & facultates cuiusque vectoris & aliorum, qui nauem ingrediuntur excutere. Non solùm ne nauigaturis longior mora fiat, sed etiam quòd qui nauigaturi veniunt plerunque sint magistro incogniti, & ex tam longinquis partibus, vt etiamsi maximè de ipsorum fortunis & facultatibus inquirere magister vellet, attamen non posset. Impossibilium autem nulla est obligatio, vt habet regula iuris 18. Ergo si quis ex vectoribus soluendo non sit detrimentum magistri nauis esse non debet, sed cõmune omniũ qui in naue fuerunt, & qui ex lege Rhodia in contributionẽ vocantur. Quod enim actio cõtra eũ solũ datur iis qui merces suas amiserũt, ipsi verò magistro cõtra vectores & reliquos, nõ ideò fit, vt periculo suo magister & agat & conueniatur, sed quia

BIU Cujas

ex iuris ordine ita faciendum necessariò est, vt damnum communicetur, cùm possit etiam liberari præstando actionem, ex regula *l. quod debetur 51. in fin. inf. de pecul.* vti diximus ad initium huius legis.

7 ¶ Si res, quæ iactæ sunt, apparuerint: exoneratur collatio, quòd si iam contributio facta sit: tunc hi, qui soluerunt, agent ex locato cum magistro: vt is ex conducto experiatur, &, quod exegerit, reddat.

Ad §. 7. Si res.

Prima sententia huius §. nullam omnino recipit dubitandi rationem. Quis enim non fateatur exonerari debere collationem, si res quæ in mare iactæ sunt, apparuerint, cùm eo casu nec amissæ videri possint, quia nimirum pro derelicto habitæ nunquam fuerunt, vt subiicitur in §. *prox. & in l. qui leuandæ 8. infr. l. qua ratione 9. §. vltim. infr. de acquir. rer. domin.* nisi iactæ sint ab eo, qui certò credidit perituras, quod aliquando accidit *l. falsus creditor 43. §. penult. infr. de furt.* Quo tamen etiam casu dicendum est exonerari collationem, si merces iactæ sic appareant, vt tamen nemo velit eas suas dicere. Tunc enim distinctio illa locum habet, cùm is qui eas inuenit retinere vult, quasi suas & lucrandi animo, vt in specie *d. l. falsus §. pen.* vbi quæritur an actio furti eo casu locum habeat. Sed quod subiicitur, si iam contributio facta sit, tunc eos qui soluerunt, agere ex locato debere cum magistro, vt is ex conducto experiatur, cum eo qui exegerit, vt quod exegit, reddat, dubitationem aliquam habere videtur, cùm nihil imputari possit magistro, propter quod cum eo agi debeat, æquiusque videatur dari rectà actionem iis qui soluerunt contra dominum amissarũ mercium, qui accepit solutionem, circuitus nimirum vitandi gratia, vt in *l. dominus testamento 53. de condict. indeb.* & ne inquietetur magister, qui nec promisit quicquam nec accepit. Sed respondendũ est, quod iam diximus ad finem §. *præced.* non ideo agi cum magistro, vt inquietetur, aut aliquo incommodo afficiatur, sed vt seruato iuris ordine omnibus consulatur. Denique si conuentus ille, quia actionem habet, contra eum qui solutionem accepit, malit actionem illam præstare, quàm eius exercendæ molestia, sumptuque se onerare, potest id facere, ex *reg. l. quod debetur 51. in fin. infr. de pecul. l. si quid possessor 31. in fine princip. sup. de hered. petit.* Porrò qui rerum suarum quasi amissarum nomine iam solutionem per contributionis auxilium amiserat, recusare non potest, quominùs id omne quod exegerit restituat siue magistro ipsi, à quo conueniatur, siue iis qui soluerunt, quia licèt ab initio debitum fuerit, & quidem ab iis ipsis qui soluerunt, ex postfacto tamen recuperatis mercibus, quæ amissæ credebantur, incipit fieri indebitum: ideoque & condictione indebiti posset repeti, ne alioqui ex aliena iactura locupletaretur is, cui non alia de causa solutum fuerat, quàm ne in damno moraretur. Neque audiendus est, si dicat, nihil interesse eorum qui iam per contributionem soluerunt, an merces posteà repertæ sint, an amissæ manserint. Cùm iis repertis cesset ratio quæ soluendi necessitatem iniunxerat, nec vllo colore solutum retineri possit, quod nullo iure soluendum fuit. Quod verò Paulus hîc scribit agendum esse ex locato cũ magistro. Intellige si vectores merces suas vehendas locauerint, vt in principio huius legis: non etiãsi nauẽ conduxerint: tũ enim ex conducto agere debent, secundũ ea quæ diximus in §. *cùm in cadẽ sup.*

8 ¶ Res autem iacta domini manet, nec fit apprehendentis: quia pro derelicto non habetur.

Ad §. vlt. Res autem iactæ.

RAT. DVB. Plerunque credendum est, eum qui merces suas iacit in mare, licèt nauis leuandæ causa, derelinquentis animo id facere, cùm sciat perituras, & spes eas recuperandi aut nulla, aut certè non nisi perexigua sit *l. falsus creditor 43. §. pen. infr. de furt. iunct. l. euictus 35. de euict.* Et sanè res nostræ statim atque in manu & potestate nostra esse desierunt, tamdiu duntaxat nostræ manent, quandiu difficilis non est earum persecutio §. *apium quoque 14. vers. examen quoque Instit. de rer. diuis.* Alioquin occupantis fiunt *l. naturalem 5. §. examen de acquir. rer. domin.* Ergo non est verũ quod hîc Paulus scribit, res iactas domini manere, nec fieri adprehendentis, quia pro derelicto non habeantur. Alioqui cur non oneramus dominum amissarum mercium, qui petit ex lege Rhodia contributionem, vt si res illa tandem aliquando apparuerit, reddat ipse quicquid contributionis nomine acceperit, vt in *l. item si cùm 14. §. quid si homo supr. quod met. caus. l. si à bonæ fidei 21. in fin. supr. de rei vindic. iunct. §. prox. præced. huius legis.* DEC. Alia causa est earum rerum, quæ pro derelicto habentur; alia verò earum, quæ in maris tempestate leuãdæ nauis grãtia eiiciuntur, quia non eo animo eiiciuntur, quòd quis eas habere nolit, sed quo magis cum ipsa naue periculum maris effugiat *l. qua ratione 9. §. vlt. infr. de acquir. rer. domin. l. qui leuandæ 8. infr. hoc tit.* vbi Iulianus addit dominos ita merces suas in mare proiicere, quasi ablaturos si eas inuenerint, aut si suspicati fuerint, in quem locum eiectæ sint requisituros. Et perinde esse, ac si quis onere pressus in viã rem abiecerit, mox cum aliis reuersurus, vt easdem auferat. Manent igitur domini & consequenter non fiunt adprehẽdentis, & primi occupantis. Id enim proprium est earum rerum, quæ aut in cuiusquã dominio nunquam fuerunt, aut à domino habitæ sunt pro derelicto: aut si feræ bestiæ fuerunt, vt in *d. §. examen.* pro derelicto haberi incipiũt, statim atque in naturalem suam laxitatem & libertatẽ ita peruenerunt, vt nostram persecutionẽ effugerint, aut etiam difficilem fecerint *l. Põponius 44. de acquir. rer. domin.* Dominium siquidẽ ferarum bestiarũ sicut difficilius acquiritur, ita faciliùs amittitur. Alioquin id quod nostrũ fuit, tãdiu nostrũ manet, quandiu recuperari potest, licèt recuperandi spes ferè abscissa sit, vt in specie *d. l. Põponius*, nemo enim credendus est pro derelicto habere res suas voluisse, quãdiu in eo sunt, vt quãuis nõ nisi casu, recuperari possint, siue q̃ nemo suũ iactare præsumatur *l. cũ de indebito 25. de probat.* sine q̃ vt alio vulgari nostrorũ iactatur broçardico, nemo in necessitatib⁹ liberalis existat, ex *l. rẽ alienã 28. de adim. legat.* Dec. niq; ex eo q̃ mera faciẽdi necessitate fit, nũquã conie ctura volũtatis sumi potest, quia necessitas nõ habet voluntatẽ, vt mirũ sit Vlp. in *d. l. falsus creditor 43. §. pen. de furt.* contrà scripsisse. Plerũq; credendũ eum esse, qui nauis leuãdæ causa merces suas in mare proiicit derelinquentis animo id facere, nec eũ qui eas occupauerit,

BIU Cujas

occupauerit, quasi suas furti teneri, cùm tamen idem Vlp. *in d.l. Pomponius*, probet sententiam Pomponij, qui scripserat etsi naufragio quid amissum sit, non statim id nostrum esse desinere, adeóque quadrupli teneri eum qui illas rapuerit: nisi quis pro Vlpiano respondeat, aliud esse de iis rebus loqui, quæ amissæ sint per naufragium: aliud verò de iis quæ à domino ipso iactæ sint in mare. Quæ enim per naufragium simpliciter amissæ sunt & expulsæ non possunt videri derelictæ, sed potius deperditæ, nec in derelicto sunt, sed in deperdito, vt Iauolenus loquitur *in l. interdum 21. §. 1. de acquir. pos.* cùm in iis amittendis nullum domini factum intercesserit; quod vtique necessarium est, vt res pro derelicto habita dici possit *§. pen. Instit. de rer. diuis. l. si id quod 5. §. 1. infr. pro derelict.* Nec enim dominium nuda voluntate amitti vnquam potest *l. si quis vi 17. §. differentia de acquir. poss.* Et certè ita est, sed non inde fit, vt merces in mare iactæ eò magis pro derelicto haberi debeãt, aut vt pro derelicto vsucapi possint, si eidem Iuliano credimus in *l. penult. infr. pro derelict.* vt enim rẽ suam pro derelicto quis habeat, nõ satis est, quòd eã proiecerit, nisi abiecerit *d. §. penu. & vlt. Inst. de rer. diui.* aliud namq; est proiicere, aliud abiicere. Nec omnimodo vera est illa Vlpiani ratio in *d. §. pen.* quòd is qui merces illas in mare proiecit, sciuerit perituras. Quomodo enim scire potuit si accidit aliquãdo, licèt rariùs vt recuperentur? Fateor spem recuperãdi penè abscissam esse, nisi in promptu sint vrinatores qui extrahant, vt in *l. 4. §. 1. infrà.* Ideoque nec onerandum esse dominum cui pro amissis mercibus contributio fit, vt caueat se quod exegerit restituturum, si merces recuperari contigerit: quasi ea spes contra spem sit, & quia iniquum esset dominũ post amissas fortunas & res suas fortasse vniuersas, præterea incommodo cautionis affici *arg. l. tutelas 7. §. vlt. supr. de capit. minut. l. hæc stipulatio 14. in fin. vt legat. seu fideic. seruand. cauf. caueat.* Sed tamen ei qui iam omnia amiserit, spem quoque eripi, esset procul dubio inhumanum. Est enim spes vnicum quamuis miserrimum in afflictione solatiũ, &, vt quidam dicebat, nihil nisi paullo plus quàm nihil. Planè si proponas dominum cùm merces suas leuandæ nauis gratia in mare iaceret, palàm dixisse habere se illas pro derelicto, admittam facilè Vlpiani sententiam in *d. §. pen.* vt merces illæ tanquã pro derelicto habitæ fiant primi occupantis, nec furtum committat ille, qui eas, vt suas faceret, adprehenderit. Sed id neque facile accidit, neque in dubio accidisse credendum est, vt Vlpianus voluit: sed probandum & quidem apertissimis probationibus, si Iuliano, Paulo, & Caio, itémque Iustiniano in *§. vlt. Instit. de rer. diuis.* magis credere volumus, quã Vlpiano, cui satis esse debuit dicere aliquando accidere quod ille dicit plerumque credendum esse accidisse, quamuis extra hunc casum aliquid in mare proiicere nil aliud sit quã idipsum velle perdere *l. Mœuius 55. de cond. & demonst. l. quidã 27. infr. de cõd. inst.*

3. PAPINIANVS libro 19. Responsorum.

CVm arbor, aut aliud nauis instrumentum, remouendi communis periculi causa, deiectum est, contributio debetur.

Ad l. cùm arbor 3.

RAT. DVB. Dissimilis causa est, earum rerum quæ nauis instruendæ causa parantur, & earum pro quibus vehendis merces datur. Nam si conseruatis mercibus deterior facta sit nauis, deiecta fortassis arbore aut alio nauis instrumento, nulla eo nomine facienda est collatio, sicuti si faber malleum aut incudem fregerit, non imputatur ei qui opus locauerit *l. prox. §. 1. supr.* Ergo nulla hoc nomine contributio debetur. DEC. Multum refert an arbor, aut aliud quodlibet nauis instrumentum deiectum sit vi tempestatis; an verò ex voluntate vectorum communis periculi remouendi causa, quomodo Papinianus hîc loquitur, id est, vt nauis liberari posset cum mercibus, vt Hermogenianus in *l. amissa 5. §. 1. infr.* Priore casu contributio nulla debetur, sed posteriore æquitas contributionis locum habet, vt iam diximus ad *d. §. 1. l. prox. supr.* Vtramque verò distinctionis huius partem Paulus eleganter sic exprimit *lib. 2. sentent. tit. 7. §. 3.* Naue vel arbore vi tempestatis amissa, vectores ad contributionem non tenentur, nisi ipsis arborem salutis causa ementibus nauis salua sit.

4. CALLISTRATVS libro 2. Quæstionum.

NAuis onustæ leuandæ causa, (quia intrare flumen, vel portum non potuerat cum onere) si quædam merces in scapham traiectæ sunt, ne aut extra flumen periclitetur, aut in ipso ostio, vel portu, eáq; scapha summersa est: ratio haberi debet, inter eos, qui in naue merces saluas habent, cum his, qui in scapha perdiderunt, proinde tanquam si iactura facta esset. ídque Sabinus quoque libro secundo Responsorum probat. Contrà si scapha cum parte mercium salua est, nauis perit: ratio haberi non debet eorum, qui in naue perdiderunt: quia iactus in tributum naue salua, venit.

Ad l. Nauis onustæ 4.

RAT. DVB. Non debet fieri contributio, nisi cùm iactura facta est, id est cùm ex iactu mercium in mare damnum illatum fuit. Atqui cùm nauis onustæ leuandæ causa, quod flumen vel portum intrare non posset cum onere, quædam merces in scapham traiectæ sunt, ne aut extra flumen aut in o-

BIU Cujas

ostio & portu ipso periclitarentur, & scapha submersa est, verum est tamen iacturam nullam factam esse. Ergo neque contributio vlla fieri debet inter eos, qui merces in naue saluas habent, & eos qui suas in scapha perdiderunt. DEC. Eadem æquitas contributionis faciendæ hoc casu locum habet, quæ haberet, si iactus earum mercium amissarum in mare factus esset, quia æquè verum est propter amissas merces istorum, qui eas in scapha perdiderunt, nauem saluam factam esse, quæ alioqui sine manifesto periculo flumē intrare, aut portum appellere non potuisset *l.2.in princip.vers.æquissimum. supr.* Is namque præcipuus scapharum, &, vt alij vocant, baldarum vsus est, vt ab iis cuncta nauis commercia ad litus portentur, vt Gothofredus noster hîc notat ex Isidoro *lib.19.Etymolog.cap.*1. Benè igitur Sabinus, quem Callistratus hîc sententiæ huius authorem laudat, contributioni hoc quoque casu debere locum esse respondit. Vbi enim eadem iuris & æquitatis ratio locum habet, ibi & ius, idem cōstituendum est, cùm dissimilitudinis ratio reddi nō potest *l.illud 32.supr.ad l. Aquil.l.3.§.vnde etiam infrà de iniust.rupt.l.prox.§.1.inf.§.eâdem ratione in fin.inst. Quod cum eo. leg. à Titio* 108. *in fine principij de verborum obligat.*

a *Contrà si scapha cum parte mercium salua est.* RAT. DVB. Nemo debet in aliena causa iniquum putare, quod in sua æquum putet *l.1.& tot. tit. quod quisque iur.* Et quemadmodum nō debet quisquam id petere, cuius contrarium in contrarium euentu non fuerat postulaturus *l.pen.C.de solut.l.si pater puellæ* 12. *C.de inoff.testa.* ita nec id recusare quod in contrarium casum fuerat petiturus. Atqui si salua naui scapha periisset domini mercium in scapha amissarum statim contributionis æquitatem aduersus dominos saluarum in merce nauium imploraſſent, nec iniustè, vt proximè diximus. Ergo si è contrario salua scapha nauis perierit, non debent domini mercium quæ in scapham traiectæ sunt, eam contributionem recusare.

DEC. Iactus non venit in tributum ex lege Rhodia, nisi cùm nauis salua est. Hic autem ponimus nauem periisse: ergo de contributione tractari nihil potest. Nam neque nauis periit propter merces in scapham traiectas, quas è contrario in eam scapham coniectas ponimus, vt nauis tantò faciliùs salua fieret, ac sine periculo portum appelleret. Estque casus hic longè diuersus à superiore, in quo, vt ostendimus, eadem contributionis æquitas manifestè locum habet, quæ haberet in casu legis Rhodiæ. Proinde in tanta támque aperta rationis diuersitate non potuit, nec debuit, vtroque casu idem ius constitui. Sed tunc tantùm cùm par dubij euentus in vtrumque casum ratio est, vt in *d.l.pen.Co. de solut. & d.l.si pater puellæ* 12. *C.de inoff.testam.l.1.Cod.de pact.l. de fideicommisso* 11. *C.de transact.*

1 ¶ Sed si nauis quæ in tempestate, iactu mercium vnius mercatoris, leuatâ est: in alio loco summersa est: & aliquorum mercatorum merces per vrinatores extractæ sunt data mercede: rationem haberi debere eius: cuius merces in nauigatione, leuādæ nauis causa, iactæ sunt: ab his, qui postea suas per vrinatores seruauerunt, Sabinus æque respondit. Eorum verò, qui ita seruauerunt[a] inuicem rationem haberi non debere ab eo, qui in nauigatione iactum fecit, si quædam ex his mercibus per vrinatores extractæ sunt: eorum enim merces non possunt videri seruandæ nauis causa iactæ esse, quæ periit.

Ad §.1.Sed si nauis.

RAT. DVB. Non possunt videri in mare iactæ merces esse seruandæ eius nauis causa, quæ periit, vt scriptum est in fine huius §. nec pro iactu fit contributio, nisi cùm nauis salua est, vt proximè diximus in §. *præced.* Atqui tùm quoque cùm nauis quæ in tempestate iactu mercium vnius mercatoris leuata est, tandem in alio loco summersa est, & aliquorum mercatorum merces per vrinatores extractæ sunt, data mercede. Verum est, dicere & nauim submersam esse, & merces illas, quæ per vrinatores extractæ sunt, non ideò saluas esse, quòd aliarum iactus antè factus fuerit, sed quia sint extractæ, & quidem data in eam rem mercede. Ergo in faciendā contributione nō debet haberi ratio eius, cuius merces in nauigatione leuandæ nauis causa iactæ sunt, nec facienda est earum æstimatio cum aliis mercibus, quæ posteà per vrinatores seruatæ sunt.

DEC. Fieri potest, vt propter iactas in mare merces vnius ex mercatoribus seruata sit nauis, quæ tū alioqui periisset, & quæ tamen postmodum alio loco noua tempestate orta, nouóque casu perierit: quod cùm accidit, non eò minùs rationem haberi oportet earum mercium, quę iactę sunt, quàm si nauis non periisset, quoniam ad æquitatem contributionis huius inducendam sufficit, vt iactus semel nauem saluam fecerit, necillud etiam exigimus, vt siue in eâdē, siue in alia nauigatione nauis amplius non pereat. Illud planè iniquum esset, vt qui noua tempestate suborta, & tandem summersa naui merces suas amiserūt, in damni prioris communicationem vocarentur, cùm ipsi quoque suarum mercium licèt alio & nouo casu damnum senserint. Illi enim soli vocandi sunt, vt de suo conferant, quorum res saluæ sunt: amissarum verò rerum domini, vt tantò minùs ab aliis consequantur, partémque saltem dāni subeant, quod alioqui subire totum deberent. At si ponas eos qui per naufragium res suas amiserunt, easdem subinde per vrinatores recuperasse, incipit eadem illorum causa esse, quæ esse deberet, si naufragium non fecissent, quo casu non dubitaremus, quin collationis munere fungi deberent. Nec quòd vrinatorum opera & data mercede merces saluas habeant, aliud potest inducere, nisi vt eius quoque mercedis quam dederunt rationem haberi oporteat in ineunda extractarum rerum æstimatione, vt tantò minùs ex suis mercibus saluum fecisse videantur, quantum illud est quod vrinatoribus dederunt, & consequenter tantò minùs pro rerum saluarum precio conferāt iis, quorum merces nauis leuandæ causa vtiliter ac feliciter iactæ fuerant, & propter

propter quem iactum salua facta nauis, cum reliquis mercibus salua etiam durasset, nisi noua tempestas in alio loco suborta naufragij causam peperisset. Inspiciendum enim est, quid tum fuerit, non quid postea superuenerit *arg.l.si seruus 31.supr. famil.ercisc.* alio scilicet loco licèt in eadem nauigatione, vt Callistratus hîc ponit, ac proinde alio etiam tempore: alio enim loco nihil fieri potest ab eodem, quod non alio tempore fiat. Hanc verò sententiam quoque Paulus noster *libr. 2. Sentent. tit. 7. §. 2.* exprimit breuiùs & clariùs in hæc verba, *Iactu nauis leuatâ si perierit extractu aliorum per vrinatores mercibus, eius quoque rationem haberi placuit, qui merces salua naue iactauit.*

a *Eorum verò qui ita seruauerunt.* Id est, per vrinatores. Sensus est, Non quemadmodũ ij quorum res naufragio amissæ per vrinatores saluæ factæ sunt, incidunt in communionem damni, quod passus est ille qui metu prioris naufragij merces suas in mare iecit, vt proximè diximus, ita & hunc contribuere cogendum pro damno quod senserunt reliqui mercatores ex naufragio alibi postea facto, si fortè vrinatores quasdam tantùm res extraxerint, alias verò extrahere non potuerint, quasi pro communi damno communem quoque contributionem fieri oporteat: quod Callistratus negat. Sic enim locum hunc lego & intelligo addita negatione in illis verbis, *Si quædam ex his mercibus per vrinatores extracta non sunt.* Affirmatiua siquidem lectio defendi non potest, cùm iam dictum sit, extractas merces æstimandas esse, vt pro portione æstimationis earum fiat contributio ad sarciendum damnum eius, qui merces suas in mare proiecit. Mutat nempe casum & quæstionem Callistratus, si ij quoque qui naufragium passi sunt, non omnes res suas per vrinatores extrahere potuerint, atque ita eas, quę extractæ non sunt, amiserint. An quemadmodum mercatoris, qui prior res suas per iactum amisit, damnum communicatur cum reliquis, qui merces suas etiam ex naufragio postea facto saluas omnes per vrinatores habuerunt, ita & damnum quod isti ex naufragio sentiunt, eo casu quo non omnes eorum merces, sed quædam tantùm extractæ sint, commune esse debeat illius etiam, cuius merces iactu perierunt. Nec enim sic possis intelligere, quasi is quoque qui in nauigatione iactum fecit, quasdam ex suis mercibus per extractionem ab vrinatoribus factam recuperauerit: nempe non solent, qui nauis leuandæ gratia merces suas in mare iaciunt, curare, vt per vrinatores extrahantur ad eas recuperandas, quas si in naue iterum haberent, iterum quoque proiicerent effugiendi periculi causa. Sed vrinatorum vsus duntaxat est, aut post naufragium, aut cum extra tempestatem precioſum aliquid ex naue in mare cecidit, quod requirere dominus velit. Ergo loquitur Callistratus in hoc quoque versiculo de mercibus naufragio amissis, ac per vrinatores non extractis, aut ex quibus quædam tantùm extractæ sint, non omnes. Quem tamen sensum nulla etiam addita negatione satis exprimit dictio sola *quædam*, si taxatiuè intelligatur, ac si scriptum esset *quædam duntaxat*, aut quod idem esset *non omnes* ad exclusionem aliarum quæ extractę non sint, & vtrouis modo legas mihi satis est, habere sensum negatiuum, licèt adiecta negatio eum faciat lõgè clariorem. Ratio igitur dubitandi ad hunc versiculum illa erat, quod tam qui merces suas leuandæ nauis gratia iecerat, quàm cæteri qui naufragium fecerant, nec suas res omnes recuperare per vrinatores potuerant, sed ex iis quasdam duntaxat, æquè damnum senserant, pro mercibus eidem naui impositis, nec minùs fauorabilis & miserabilis eorum causa esse debebat, qui per naufragium quàm qui per iactum res suas amisissent. Consequẽs enim videbatur, vt tanquam in pari causa omnium damna communicanda essent, & communi contributione sarcienda, nec audiendus esset ille, qui merces suas iecerat, postulans vt pro mercibus per vrinatores extractis, reliqui in contributionem vocarentur, nisi paratus & ipse esset pro mercibus quas vrinatores extrahere non potuissent, inuicem conferre inducto collationis consortio, vt Hermogenianus loquitur in *l.prox.in princip.infr.* Sed decidendi ratio est elegans, quã adfert Callistratus, quòd longè diuersa ratio sit rerũ iactarũ, alia nõ extractarum. Quæ iactæ sunt saluã fecerunt nauẽ, & omnes, quæ in ea erant, merces, etiã illas, quę postea in alio loco & alia tẽpestate perierũt. At quæ naufragio amissæ nec extractæ sunt, perierũt quidẽ perinde ac illę quę in mare iactę sunt, sed tamen non possunt videri periisse nauis seruandæ causa, quæ & ipsa periit. Atque ita locũ hunc aut legendũ, aut saltẽ intelligendũ esse arbitramur.

2 ¶ Cùm autem iactus de naue factus est, & alicuius res, quæ in naue remanserunt, deteriores factæ sunt: videndum, an conferre cogendum sit: quia non debet duplici damno onerari, & collationis, & quòd res deteriores factæ sunt. sed defendendum est, hunc conferre debere pretio præsente rerum: itaque (verbi gratia) si vicenum merces duorum fuerunt, & alterius aspergine decem esse cœperunt, ille, cuius res integræ sunt pro viginti conferat: hic pro decem. Potest tamen dici etiam illa sententia, distinguentibus nobis, deteriores ex quâ causa factæ sunt, id est, vtrùm, propter iactũ nudatis rebus damnum secutum est. an verò alia ex causa: veluti quòd alicubi iacebant merces in angulo aliquo, & vnda penetrauit. tunc enim conferre debebit. An ex priore causa, collationis onus pati non debet: quia iactus etiam hunc læsit? ad hæc nunquid, & si aspergine propter iactum res deteriores factæ sunt? sed distinctio subtilior adhibenda est, quid plus sit, in damno, an in collatione, si (verbi gratia) hæ res viginti fuerunt: & collatio quidem facit decem, damnum autem duo, deducto hoc, quod damnum passus est, reliquum conferre debeat? Quid ergo, si plus in damno erit, quàm in collatione? vt puta decem aureis res deteriores factæ sunt, duo autem

BIU Cujas

collationis sunt? indubitate vtrumque onus pati non debet. sed hic videamus, num & ipsi conferri oporteat. quid enim interest, iactatas res meas amiserim, an nudatas deteriores habere cœperim? nam sicut ei, qui perdiderit, subuenitur: ita & ei subueniri oportet, qui deteriores propter iactum res habere cœperit. hæc ita Papirius Fronto respondit.

Ad §. 2. Cùm autem iactus.

RAT. DVB. Non debet quisquam duplici damno onerari *vulg. l. aure succursum 6. ix fr. de iur. dot.* Atqui cùm iactus de naue factus est, & alicuius res quæ in naue remanserant, deteriores factæ sunt siue aspergine, siue qua alia de causa, si alter ille conferre cogeretur, duplici damno afficeretur, & collationis, & quod res eius factæ deteriores essent: dicendum igitur est, nihil conferre hunc debere. DEC. Æquitas contributionis omnes obligat, quorũ res per iactum saluæ factæ sunt *l. 2. in fine principij supr.* Atqui res huius de quo quærimus, non ob id minùs saluæ factæ sunt, quod sint hodie deteriores: commodiùs enim est rem habere deteriorem, quàm nullam. Ergo & pro rebus factis deterioribus contributio fieri debet? Sed præsenti precio, id est, æstimatis rebus quæ factæ sint deteriores, quanti hodie sunt, non quanti erant, cùm naui imponerentur. Ita fit, vt non duplici damno afficiatur is, qui confert, cùm nihil conferat, nisi detracto precio deteriorationis: nam & deterioratio precium suum habet, scilicet ex comparatione eius temporis, quo melior fuit. Itaque verbi gratia, inquit Callistratus, si merces duorum vicenum fuerunt, id est, singulæ viginti aureorũ, & vnius ex iis merces integræ manserint, alterius verò deteriores factæ sint aspergine (sic enim legendum est ex Haloandro, non vt vulgo, & in Florentinis *aspargine*, vitium enim est quod ex aspersa aqua vel vnda contrahitur) & decem esse cœperint, ille pro viginti conferet, hic pro decem. Subiungit tamen Callistratus adhibendam esse distinctionem. Ex qua causa factæ sint res deteriores, id est, vtrum propter ea quę iacta sunt, damnum acciderit nudatis rebus, quibus alioqui nocere aspergo vndæ non potuisset, an verò alia ex causa. Finge merces iacuisse in angulo aliquo, & vndam penetrasse. Priore casu cessare debet collatio ex parte illius, cuius res per iactum deteriores factæ sunt, cùm & ipsi quoque pro æstimatione deteriorationis conferri oporteat. Quid enim refert, nisi secundum magis & minus, an res meas iactatas amiserim, an propter iactum nudatas (sic enim legendum est, non vt apud Accursium *inundatas*) deteriores habere cœperim? vt in fine huius legis scribit Callistratus, addens, sicut ei qui res suas perdiderit, subuenitur, ita & ei subueniri oportere, qui suas res deteriores ob iactum habere cœperit, atque ita Papirium Frontonem respondisse, scilicet vt non deteriorationis, quæ ob iactum contigit, non minus quàm amissionis damnum communi contributione sarciri oporteat: Quod fit, vt diximus, æstimatione rei deterioratæ secundum præsens tempus facta. Cæterum non eo minus de præsenti precio pro rata æstimationis conferre debebit is, cuius res deteriores etiã ob iactum factæ sunt, quia nec aliud quicquam amisit, nisi quod hodie res suas deteriores habet. At posteriore casu, cùm ex alia quàm iactus causa deterioratio contigit, conferre debet dominus pro portione eius æstimationis, quæ fuit antequàm fierent deteriores. Ita enim concludendum est, si quis huius distinctionis effectum aliquem esse velit: cùm negari non possit, quin priore casu distinctionis, etiam pro rebus deterioratis conferendum sit, quatenus deterioratæ non sunt, id est, vt explicauimus, precio deteriorationis detracto. Id verò quid aliud est quàm quod priùs dixerat Callistratus *precio præsente rerum*. Et verò ratio quæ sequitur in textu hoc ipsum probat in illis verbis, *At ex priore causa, collationi onus pati non debet, quia iactus etiam hunc læsit*, siue aspergine, siue quo alio modo res deteriores factæ sint. Hic enim sensus est illius versiculi alioquin subobscuri, *Adhuc nunquid & si aspergine propter iactum res deteriores factæ sunt*? Non enim verum est iactum læsisse hunc cuius res deteriores factæ sunt, nisi quatenus deterioratio æstimari potest, non vltra? Atqui nec illud verum esse potest, alio casu quo nõ propter iactum, sed qua alia de causa deterioratio contigerit, æstimandas res esse quanti fuerunt ante deteriorationẽ. Cùm enim non alia æquitatis ratio contributionis necessitatẽ inducat, quàm quia ob amissas res aliorum alij consecuti sint, vt suas saluas facerent, nemo nõ videt res deterioratas nõ esse domino suo saluas, nisi quatenus deterioratæ nõ sunt, vndecumq; tandem & ex quacumque causa deterioratæ sint, nec aliud ex iactu cõmodum accedere domino rerũ deterioratarũ, quàm quanti eæ sunt iactus tẽpore. Omni ergo casu preciũ rerũ quæ deteriores quoquomodo & ex quacũq; causa factæ sunt, ex præsenti tẽpore æstimãdũ est. Ita fit, vt tota hæc distinctio vel inanis, & inutilis sit, si omnimodo præsens æstimatio rerũ deterioratarũ spectãda sit, vel iniqua, si sic intelligatur, vt aliquo casu æstimari res deterioratę debeãt, vltra quã faciat præsens earũ preciũ. Hinc nimirum moueor, vt totã hãc distinctionẽ ab illis verbis, *Potest tamẽ dici*, adscribã Triboniano potiùs quã Callistrato, cui⁹ & stylus lõgè elegãtior, & respõsa multò doctiora fuerũt, & subtiliora. Me etiã non parũ mouet, quod sequitur in versic. *Sed distinctio subtilior adhibẽda est, quid plus sit, in dãno, an in collatione*. Quæ tamen secũda distinctio tantũ abest, vt sit subtilior, vt nec defendi vlla ratione possit. Nã si plus in collatione sit, quã in dãno, constat, q; nec Tribonianus negat, collationẽ nõ eo minùs fieri debere, sed detracto tamẽ dãno, vt proximè diximus. At cùm plus in dãno est quàm in collatione, stulta quæstio est, an collationis onus pati debeat, cùm detrahi damnum semper necesse sit, antequàm collatio fiat. Illa tantùm quæstio occurrit, an ei quoque conferendum sit cuius res deteriores factæ sunt. In qua quæstione placet illa certè distinctio, quam ex Papirio Frontone Tribonianus desumpsit, an ob iactum factæ sint deteriores, an ex qua alia causa, vt priore casu ei quoque conferri oporteat, non aliter, quàm si per iactum res in totum periissent. Nam & quod fit deterius, ex parte perit, posteriore verò non item. Neq; dubito, quin ita Papirius Fronto distinxerit: sed quod domino rerum deteriorarum conferendum est pro damno, ab omnibus qui merces in naue saluas habuerunt, non facit, vt eò minùs conferre ille debeat ei, cuius merces iactę sunt pro æstimatione rerum deterioratarum, detracta nimirum deteriorationẽ. Quę detractio facit, vt nihil vicissim conferre ei

præterea

præterea debeat is, cuius merces iactę sunt, quia iam satis contulit minùs accipiendo quàm conferri ei debuisset, si res deterioratæ non fuissent. Imò verò duplici collationis munere fũgeretur miser ille mercator, cuius merces in mare iactæ sunt, si & minùs consequi ab eo cuius res deteriores factæ sunt propter deteriorationem, & præterea conferre ipsi aliquid hoc nomine deberet. Sed alij, quorum merces non modò saluæ, sed etiam integræ sunt, vtrique cõferre debent, & ei cuius merces iactatæ sunt, & illi cuius res deterioratæ, quia nihil inuicem ipsis conferendum est. Error Triboniani & quidem familiaris ille fuit, quod distinctionem Frontonis in illa quæstione, an ei cuius res deteriores factæ sunt, subueniri oporteat, traxit ad illam quoq; quæstionẽ de qua Fronto non cogitauerat, an is cuius merces deteriores factę essent, ei conferre aliquid deberet, qui nauis leuandæ gratia merces suas eiecisset. De quo nec dubitandi ratio vlla esse poterat, satis probabilis dummodò addito temperamento illo *precio præsenti rerum*. Sed neque puto Frontonem quæsiuisse, an ei cuius merces ex quacunque causa deteriores factæ essent, conferri deberet ab eo, qui suarum mercium iactum fecisset [aliter scilicet quàm minùs consequendo, vt explicauimus,] sed an ab aliis tantùm quorum res propter iactum & saluæ & integræ fuissent. Nam & nullo iactu facto perinde huic quæstioni locus esse potest, Triboniani manum prodit, non solùm styli inelegantia tot interrogatiunculis & inuolutionibus intricata, sed etiam quòd distinctiones illę, quas ipse pro subtilibus habuit, sed vnam subtiliorem, cum ratione iuris stare nullo modo possunt. Itaque qui totum hunc §. à primis verbis ad finem vsque Triboniani non Callistrati esse dixerit, is meo iudicio benè senserit, aut certè non valdè aberrauerit.

5. HERMOGENIANVS libro 2. iuris Epitomarum.

A Missæ nauis damnum, collationis consortio non sarcitur per eos, qui merces suas naufragio liberarunt: nam huius æquitatem tunc admitti placuit: cùm iactus remedio cæteri in communi periculo, salua naui, consultum est.

Ad l. amissæ 5.

RAT. DVB. Nihil interest eorum qui merces suas saluas habẽt, an ideò saluas habeant, quòd eas naufragio liberauerint sũmersa & amissa naue, an quia per iactum mercium quarundam in mare nauis tota cum reliquis mercibus salua facta sit: vtroque siquidem casu perinde saluas eas habent: atquisi leuandę nauis gratia iactus mercium factus esset, omnium contributione sarciretur damnum, quòd pro omnibus datum esset, *leg. 1. l. 2. in princip. vers. æquissimum supr.* Ergo & amissæ nauis damnum collationis consortio sarciri debet per eos, qui merces suas naufragio liberauerunt.

DEC. Contributionis huius æquitatem tùm demùm admitti placuit, cùm iactus remedio cæteris in communi periculo salua naui consultum est. Alioqui nec iactus ipse in tributum venit, si nauis salua non sit *l. prox. in fine principij supr.* At cùm naue summersa naufragium factum fuit, tantum abest, vt remedio amissæ nauis consultum sit nauigantibus & eorum mercibus, vt ea res sola naufragio causam dederit, quòd nauis summersa sit. Nulla igitur contributionis æquitas hîc locum habet, quamuis vectores suas merces aliis remediis & auxiliis naufragio liberauerint. Nam & cùm salua naue, saluísque mercibus, nauis tamẽ aliqua ex parte deterior facta est, nulla tamen eo nomine fit collatio, nisi cõmunis periculi remouendi causa, aliquid de naue deiectũ sit *d. l. 2. §. 1. & l. 3.* vbi dixi *sup. hoc ti.* lũge *§. prox. seq.*

1 ¶ Arbore cæsa, vt nauis cum mercibus liberari possit, æquitas contributionis habebit locum.

Ad §. 1. Arbore cæsa.

RAT. DVB. Si conseruatis mercibus deterior facta sit nauis, aut si quid exarmauerit, nulla faciẽda collatio est, quia dissimilis earum rerum causa est, quæ nauis gratia parantur, & earum pro quibus merces accipitur *l. 2. §. 1. supr.* Adeò vt nec si tota nauis amissa, & summersa sit, contributioni tamen locus esse debeat, vt proximè diximus. Ergo etiam si arbor nauis cæsa sit, quę nihil nisi nauis quoddam instrumẽtum est, contributionis æquitas admitti non potest, sed domini totum damnum esse necesse est, quemadmodum si faber incudem aut malleum fregisset *d. §. 1.* ne alioqui maiore fauore digna videatur nauis, quæ deterior tantùm facta est quàm quæ tota summersa & amissa est: quod esset ridiculum, cum etiã id quod deterius fit, ex illa parte pereat. Vnde est quod nõ tota reddi ea res videtur quæ deterior redditur *l. 3. §. 1. supr. Commod.* DEC. Etiam cùm nauis deterior fit ex ea causa, ex qua iactus mercium fieri solet, id est, remouẽdi communis periculi gratia, contributionis æquitas locum habere debet, quoniam eadem hoc casu ratio subest æquitatis *d. l. 2. §. 1. & l. 3. supr.* vbi hæc ipsa sententia ex Papiniano proponitur. Sed inter deterioratam & amissam nauem hoc interest, quod deterior fieri nauis interdũ potest, vt à cõmuni periculo ipsa quoque cum mercibus liberari possit, vt Hermogenianus hîc loquitur: at verò, vt nauis pereat & submergatur ad saluandas merces fieri nunquam potest.

6. IAVOLENVS libro 86. Digestorum.

N Auis aduersa tempestate depressa, ictu fulminis deustis armamentis, & arbore, & antenna, Hipponem delata est: ibique tumultuariis armamentis

BIU Cujas

ad præsens comparatis, Hostiam nauigauit: & onus integrum pertulit: quæsitũ est, an hi, quorum onus fuit, nautæ pro damno conferre debeãt? respondi, non debere: hic enim sumptus instruendæ magis nauis, quàm conseruandarum mercium gratia factus est.

Ad l. Nauis 6.

RAT. DVB. Cùm nauis depressa aduersâ tempestate, adeóque fulminis ictu deustis armamentis, arbore & antenna, Hipponem delata est, ibíque tumultuariis armamentis ad præsens comparatis, Hostiam posteà nauigauit, & onus integrum saluúmq; pertulit, negari non potest, quin conseruandarum merciũ gratia sumptus ille factus sit, sine quo merces illę Hostiam perferri integræ saluæque non potuissent. Ergo cùm & saluam nauem sumptus ille fecerit & saluas merces, dicendum est, eos, quorum onus fuit, nautæ id est magistro nauis conferre debere. DEC. Non fit collatio pro iis sumptibus qui fiunt ad armandam & instruendam nauem potiùs quàm conseruandarum mercium gratia, quamuis per consequentias armata & instructa naui merces quoque conseruentur. Is enim demùm sumptus in contributionem ex lege Rhodia faciendam venit, qui non nisi ob conseruandas merces primo & per se factus est. Atquin is de quo quærimus, instruędæ magis nauis, quàm conseruandarum mercium gratia factus est. Neque enim poterat instructa esse nauis sine armamentis, arbore & antenna. Quòd verò iis armamentis, omnibúsque necessariis instructa onus integrum saluúmque Hostiam pertulit, ad nautæ officium & diligentiam pertinuit, vt ita fieret. Nihil igitur ei hoc nomine conferendum est.

7. PAVLVS lib. 3. Epitomarum Alfeni Digestorum.

CVm depressa nauis, aut deiecta esset: quod quisque ex ea suum seruasset, sibi seruare respondit, tanquam ex incendio.

Ad l. Cum depressa 7.

RAT. DVB. Communis periculi causa videtur facere communia omnia, etiam ea quæ antè propria cuiusque fuerunt *l. 2. §. cùm in eadem naue in fin. suprà hoc tit.* vbi scriptum est, si quando accidat, vt in nauigatione cibaria deficiãt, quod quisque proprium sibi haberet, in commune id conferre debere. Ergo cùm depressa nauis aut deiecta est, quod quisque ex ea suum seruauerit, non tam sibi quàm omnibus eiusdem periculi sociis seruasse videri potest, vt quorum commune periculum fuit, commune quoque & damnum sit & solatium. Præsertim cùm vix sit, vt in ipsa naufragij calamitate pro derelicto habitum non fuerit, quasi nulla spe reliqua neque recuperationis, neque salutis, quamuis ex eo naufragio aliquid seruari contigerit. DEC. Communio periculi inducere quidem potest communionem damni in eo, quod amissum est vt damnum inter omnes cõmunicetur, quoties ex quorundam damno aliorum omnium saluti & indemnitati consultum est *l. 1. & 2. supr. & toto hoc tit.* Sed non æquè potest inducere cõmunionẽ, aut potiùs cõfusionem dominiorum, vt quòd vnius fuit, cæterorum quoq; omnium factum esse videatur. Nec enim periculi societas legitimus modus est acquirendi aut amittendi dominij, sed ea demùm societas, quæ sit bonorum omnium *l. 1. §. 1. & l. 2. infr. pro socio.* Ergo quod quisque suum, non alienum ex ea naue seruauerit, quæ vel depressa, vel deiecta est, sibi seruauit, non aliis, qui in ea re nullum ius vnquam neque dominij, neq; aliud habuerunt. Perinde atque si dominus eas res ex domus suæ incendio seruasset, quas si quis alio loco positas subtraxerit aut rapuerit, nemo dubitat quin aut furti aut alias vi bonorum raptorum iudicio teneatur *l. si quis 5. infr. de incend. ruin. & naufrag. iunct. l. ne quid 7. & pass. ill. titul.* Licèt enim vnicuique naufragium suum impunè colligere *l. vlt. eod.* Non autem fieret impunè, si quod seruatum foret, communicandum esset. Et quod ad rem seruandam factum esset, ad eam pro parte amittendam noceret. Denique cùm id quod naufragio expulsum & eiectum est, non pro derelicto sit, sed pro deperdito, vt Iauolenus dicebat in *l. interdum 21. §. 1. infr. de acquir. poss.* multò magis si seruatum est eius manere debet, cuius anteà fuit, & cui tam feliciter cõtingit, vt seruare id potuerit, nõ etiam aliorum commune fieri. Nam & quod magis est in iis quoq; rebus quas dominus leuandæ nauis gratia in mare proiecerit, idem iuris est, vt neque fiant occupantis tanquam pro derelicto habitæ, sed eiusdem domini maneant, si quando posteà recuperari possint, vt scriptum est in *l. sequent.* Iunge *l. 2. Codice de naufrag. lib. 11. titul. 5.*

8. IVLIANVS libro 2. ex Minicio.

QVi leuandæ nauis gratia res aliquas proiiciunt, non hanc mentem habent, vt eas pro derelicto habeant: quippe, si inuenerint eas, ablaturos: &, si suspicati fuerint, in quem locum eiectę sunt, requisituros vt perinde sint, ac si quis onere pressus, in viam rem abiecerit, mox cum aliis reuersurus vt eandem auferret.

Ad l. Qui leuandæ 8.

De huius legis sententia iam satis multa scripsimus ad *§. vlt. l. 2. supr.* Vbi ex Paulo scriptum est illud ipsum, quod à Iuliano in hac lege, rem in mare iactatam domini manere, nec fieri adprehendentis, quia pro derelicto non habeatur. Vnde etiam est, quod nec pro derelicto vsucapitur, vt idem Iulianus noster eodem libro 2. ex Minicio ex quo hæc quoq; lex sumpta est, scribit in *l. pen. infr. Pro derelict.*

non

BIU Cujas

nō magis quā quod naufragio expulsum est. Neutrum enim habetur pro derelicto, sed vtrumque pro deperdito *l. interdum 21. §. 1. de acquir. poss.* Iuliani ergo sententiam hîc expressam cæteri prudentes adprobarunt *d. l. 2. §. vlt. supr. l. qua ratione 9. §. vlt. infr. de acquir. rer. domin.* itémque Iustinianus in § *vlt. inst. de rer. diuis.* Solus Vlpianus contra sensisse videtur in *l. falsus creditor 43. §. pen. infr. de furt.* vbi ait plerumque credendum esse eum, qui merces suas in mare proiicit nauis leuandæ gratia, derelinquentis animo id facere, cùm sciat perituras, contrà quàm hic scribat Iulianus. Vide igitur quæ de tota hac re scripsimus ad *d. l. 2. §. vlt.* Habet enim hæc lex sicut eādē sententiā, ita eandē dubitādi, decidēdíq; rationē.

IX. VOLVSIVS MÆCIANVS ex lege Rhodia.

Αἴτησις Εὐδαίμονος Νικομηδέως πρὸς Ἀντωνῖνον Βασιλέα· κύριε Βασιλεῦ Ἀντωνῖνε, ναυφραγήσαντες ἐν τῇ Ἰταλίᾳ, διηρπάγημεν ὑπὸ τῶν δημοσίων τῶν τὰς κυκλάδας νήσους οἰκούντων. Ἀντωνῖνος εἶπεν Εὐδαίμονι· ἐγὼ μέν τοι κόσμου κύριος, ὁ δὲ νόμος τῆς θαλάσσης· τῷ νόμῳ τῶν Ῥοδίων κεινέσθω τὰ ναυτικά, ἐν οἷς μή τις τῶν ἡμετέρων αὐτῷ νόμος ἐναντίος ἐστί. τοῦτο δὲ καὶ ὁ θειότατος Αὔγουστος ἔκρινεν.

Id est,

DEprecatio Eudæmonis Nicomediensis ad Antoninum Imperatorem: Domine Imperator Antonine naufragium in Italia facientes, direpti sumus à publicanis Cyclades insulas habitantibus. Respondit Antoninus Eudæmoni: Ego quidem mundi dominus: lex autem maris [a] *lege id Rhodia, quæ de rebus nauticis præscripta est, iudicetur: quatenus nulla ei nostrarum legum aduersatur. Hoc idem Diuus quoque Augustus iudicauit.*

Ad l. Deprecatio 9.

Hęc lex ostendit legem Rhodiam de qua in hoc tit. non illud tantùm caput habuisse de iactu, cuius mentio fit in *l. 1. supr.* sed alia etiam pleraque ad res nauticas pertinentia, & ex quibus omnes feré quæstiones emergentes circa rem nauticam decidi potuerunt. Sicut enim non erubuerunt Romani leges 12. Tabular. maiore ex parte à Græcis sumere, maximè verò ab Athenien sibus & Lacedæmonibus, vt Pomponius refert in *l. 2. supr. de orig. iur.* ita & nauticas pleraſque à Rhodiis sumpserunt, tanquam omnium & vetustissimas & optimas ob eam qua inter Græcos omnes excellere credebantur, naualis scientiæ gloriam & peritiam. Nam & Rhodum vrbem omnibus maritimis vrbibus anteponit. Strabo lib. 14. & eorum in maritimis legibus εὐνομίαν & θαυμάσιον mirum in modum commēdat. Fuerunt autem leges Rhodiæ non tantùm de architectis, instrumentis, & armamentariis nauium, sed de aliis pleríque rebus, vt constat ex specie huius legis, in qua proponitur deprecatio & expostulatio quædā Eudæmonis Nicomedien sis ad Imperat. Antoninum, quòd ij qui cum Eudæmone naufragium in Italia fecerant direpti essent à publicanis Cyclades insulas habitātibus, quarum caput Rhodum fuisse omnes consentiunt. Ad eam verò Eudæmonis expostulationem, sapienter grauitérque respōdit Antoninus, se quidem mundi dominum esse, sed legem maris. Itaque ex lege Rhodia id iudicandum esse, ex qua parte constituerat, quid de naufragiorum direptoribus fieri & qua pœna eos affici vellet: nisi qua in re ipsius Imperatoris constitutiones legi Rhodiæ aduersarētur. Nam & ante Antoninum D. Hadrianus iam edictum dē ea re fecerat, cuius mētio amplissima fit in *l. ne quid 7. infr. de incend. ruin. & naufrag.* & digna semper ea res visa est, etiam posterioribus Imperatoribus quæ nouis cōstitutionibus adiuuaretur, vt constat ex *tit. C. de naufrag. lib. 11 tit. 5.* Porrò licèt magna legis Rhodiæ authoritas apud Romanos quoque Imperatores semper fuerit, si qua tamē in re lex Rhodia ab Imperatoriis & principalibus constitutionibus discreparet, meritò Imperator suarum legum potiorem causam esse voluit, & ex iis rem iudicari. Cui simile esse putat Iacobus Cuiacius, quod Galli hodie de Romanorum iure censent, eo scilicet iure vti Gallos, quatenus eis lex Gallica non aduersatur. Quod certè, tanti viri pace dixerim, non omnino ita est: infeliciùs enim cum Romanis legibus apud Gallos agitur, quàm apud Romanos cum Rhodiis, quia ex lege Rhodia res nauticas iudicari voluit Antoninus nisi quatenus aliqua ex principalibus constitutionibus ei aduersaretur. At Galli nihil penitùs ex iure Romano iudicari patiuntur, ne tùm quidem cùm nulla ei lex aut consuetudo Gallica aduersatur, nimirum ne imperatoriæ maiestatis authoritatem vllam in Gallia videantur agnoscere, cui separes, nec subditos esse gloriantur. Adeóque id verum est, vt in iis etiam prouinciis quæ iure scripto Romanorū regi dicuntur, quales tamen sunt perpaucæ, Lugdunēsis, Delphinensis Prouincia, & Narbonensis, totáque illa pars Aquitaniæ, quæ Senatui Tholosano subest, & pars aliqua vt audio, quæ Burdegalensi, itémq; Aluerniæ pars inferior, nullam tamen Romanis legib. authoritatē tribuant, sed tantū Rationi qua Romanas leges tā præclarè sancitas esse fatentur, vt eam rationem pro lege optima habendā esse non negent. In quo videntur mihi omnium optimè de legibus Romanis mereri, quarū authoritati etsi minùs tribuunt, quàm qui imperatoriæ maiestatis vene-

BIU Cujas

ratione mouentur, vt eas pro sanctis æterníque habeant, plus tamen tribuunt dignitati. Quid enim de iis dignius dici possit, quàm quod illi ipsi apud quos nulla penitus earum vis est, nihil tamen sanctius, nihil iustius, nihílque diuinius à ratione ipsa formari potuisse, nec inuiti confitentur? Nos verò, etsi legum Romanarum potestatem & authoritatẽ vbique terrarum magis ac magis in dies vigere & reualescere cuperemus pro singulari nostro erga Romanam & Papinianeam Iurisprudentiam studio, ne quid tamen de Gallorum excellentia & gloria detrahere velle videamur, cui etiam nos fauere ac inseruire iustum est, non recusamus, quin ij qui iure Gallico vtuntur, de earum authoritate detrahant, quantum volent, dummodò adijciant, siquid adijci potest earundem dignitati, quantùm debent.

a *Ego quidem mundi dominus, lex autem maris.* Potuit ita loqui Romanus Imperator post subactum feliciter tot victoriis terra marique totum penè terrarum orbem, etsi ne tyrannicum hoc videatur quod Imperator se mundi dominum clamat ad imperium non ad dominium singularum rerum referendum est. Nam, vt bene Seneca dicebat, Omnia sunt quidem Cęsaris, sed imperio tantùm, non etiam dominio, sed hodie diuiso & scisso in tot dominationes ipso etiã Romano imperio, quis se mundi dominum potest dicere? quis rursum mari legem imponere? Illud certè constat mari quod natura omnibus patet priuatam legem imponi nullam posse *l. venditor. 13. supr. commun. præd.* sed publicam posse, vt hic locus, & lex ipsa Rhodia de iactu omnium apertissimè ostendit. Quis verò publicam imponet nisi is demùm cuius iurisdictio est, & qui supremam in eo mari habeat potestatem? Habere autem creditur quisquis in opposito territorio, & confini eandem supremam potestatem habet, ac quasi dominium maris adiacentis. Pro modo scilicet latitudinis cuiusque territorij, in longitudinem verò ad centesimum vsq; milliare, quasi sit modicum illud spatium in tanta quanta est maris etiam mediterranei vastitate. Sic enim Bartolus in tractatu de insula quem Doctores cæteri, præsertim Itali communiter sequuntur: Ideò fortasse quod & vrbis fines centesimo milliari concludantur. *l. 1. §. initio supr. de offic. Præf. vrb.* Vnde inferunt posse Principem supremum & qui iura imperij habeat, Piratas & omnes qui mare infestant intra eius spatij limites coercere, occîdi, capi & puniri iubere: itémque in eam rem ac velut in necessarium antecedens ad sumptus qui in eam rem necessarij sunt suppeditandos, & & publicæ vtilitatis causa, vectigalia nauigantibus intra illud videri maris spatium imponere, dummodò tamen modica, & quæ commerciorum solitam libertatem non impediant. Quomodo & venationem prohibere vbi quando & quibus volunt supremi Principes solent & venantibus etiam interdum vectigal modicum imponere, quamuis aër non minùs sit natura communis & patens omnibus quàm mare. Quod si ad ius illud etiam consuetudo immemorialis accederet, quàm vicinorum Principum siue consensus siue patientia adprobauisset, minorem certè aut nullam potiùs dubitationem res haberet, quia inter Principes quoque nec minùs in publicis negotiis quàm in priuatis tolerabilia sunt, quæ vetus consuetudo adprobauit, *l. Imperatores 15. in fi. de pollicit.* cùm & tituli iusti vim obtineat *l. 3. §. ductus aquæ infr. de aqua quotid. & æst. & legis l. vlt. de aqua & aquæ pluu. arcend.* de quo tamen scribendum nobis erit aliquando fusiùs. Grauior enim & illustrior quæstio est, quàm vt hîc pro dignitate tam breuiter tractari possit. Extat sanè Imperatoris Leonis Constitutio 56. cui titulus est De oris maritimis, qua constitutum est, vt quisquis dominus est prædij, vnde apud oras mare conspicitur oras suas inconcusso iure possideat, illarúmque dominus sit, & siqui sine ipsius permissu earum emolumento frui velint, hos possit propellere. Nam quemadmodum, inquit ille, in terrenis locis ita iuris est, vt quicunque domus dominus sit, is præter illius vsum vestibulum quoque & atrium possideat, vt ita etiam in maritimis obtineat rationi consentaneum est.

10. LABEO libro primo Pithanon à Paulo V. Epitomarum.

SI vehenda mancipia conduxisti: pro eo mancipio, quod in naue mortuum est, vectura tibi non debetur: Paulus: Immò quæritur, quid actum est: vtrùm vt pro his, qui impositi, an pro his, qui deportati essent, merces daretur, quod si hoc apparere non potuerit: satis erit pro nauta, si probauerit impositum esse mancipium.

Adl. Si vehenda vlt.

RATIO DVBITANDI pro Labeone, Qui mancipia vehenda conduxit, non potest videri illud vexisse, quod in naue mortuum est. Ergo nulla pro eo vectura debetur.

DECIDENDI pro Paulo, Distinguendum necessariò est, quid actum sit. Vtrùm, vt pro his qui naui impositi essent merces daretur, an verò pro his qui deportati, id est, transuecti & traiecti essent. Posteriore hoc casu procedit sententia Labeonis, priore verò falsa est, quoniam aliud est vehere, aliud transuehere, & deportare. In dubio autem id est, si apparere non possit quid acti sit, satis erit pro nauta si probauerit impositum esse naui mancipium. Vehebatur enim, & transuectum etiam fuisset, si in naue de mortuum non fuisset. Ita in contractibus omnibus inspiciendum maximè est, quibus verbis vsi sint contrahentes, vt sciri possit, quid actum sit. Non enim aliud in dubio actum esse intelligitur, quàm quod expressè dictum est, *l. semper in stipulationibus 34. de regul. iur. l. Labeo. 7. infr. de supell. legat.* Nam cùm in verbis nulla est ambiguitas, non debet admitti quæstio voluntatis, nec magis in contractibus quàm in testamentis *l. ille aut ille 25. §. 1. de legat. 3.* In proposito autem subesse aliqua videbatur ambiguitas in verbo vehendi, an de mancipio simpliciter vehendo, an etiam de transuehendo & deportando eo cogitatum esset. Quid si ex ancilla quæ vehebatur infans in naui natus sit? vectura nulla eo nomine debetur, sed aliis rationibus de quibus in *l. sed addes 29. §. si quis mulierem infr. locat.* Alia enim illa quæstio est.

Ad §. 1.

BIU Cujas

1 ¶ Si ea condicione nauem conduxisti, vt ea merces tuæ portarentur: easq; merces, nulla nauta necessitate coactus, in nauem deteriorem, cùm id sciret te fieri nolle, transtulit: & merces tuæ cum ea naue perierunt, in qua nouissime vectæ sunt: habes ex conducto locato cum priore nauta actionem. Paulus: Immo contrà: si modo ea nauigatione, vtraque nauis periit: cùm id sine dolo, & culpa nautarum factum esset. Idem iuris erit, si prior nauta publice retentus, nauigare cum tuis mercibus prohibitus fuerit[a]. Idem iuris erit: cùm ea condicione[b], à te conduxisset, vt certam pœnam tibi præstaret, nisi ante constitutum diem merces tuas eo loci exposuisset, in quem deuehendas eas merces locasses: nec per eum staret, quo minus remissa sibi ea pœna spectaret. Idem iuris in eodem genere cognitionis obseruabimus[c]: si probatum fuerit, nautam morbo impeditum, nauigare non potuisse. Idem dicemus[d], si nauis eius vitium fecerit sine dolo malo, & culpa eius.

Ad §. 1. Si ea condicione.

RAT. DVB. Pro Labeone, conductor qui contra legem conductionis aliquid facit, tenetur eo nomine ex locato. Atqui cùm tu ea condicione nauem conduxeras, vt ea merces tuæ portarentur, si nulla necessitate coactus nauta (facit enim necessitas licitum quod alioquin esset illicitum) eas merces in deteriorem nauem transtulerit, præsertim cùm sciret te id fieri nolle, atque ita merces tuæ perierint, cum ea naue in qua nouissimè vectæ sunt, dubitari non potest, quin fecerit ille aduersus conuentionem. Ergo verum est, quod Labeo dicebat, habere te ex locato, aut, si males cum Cuiacio, ex conducto locato cum priore nauta actionem. DEC. Pro Paulo Labeonem reprehendente, distinguendum est, an ea nauigatione vtraque nauis perierit, an illa tantùm quæ deterior fuit. Labeonis sententia posteriore casu vera est, sed priore falsa si modò vtraque nauis sine dolo culpáve nautarum perierit. Æquè enim perituræ erant merces tuæ, etiamsi in deteriorem nauem coniectæ non fuissent. Nullum ergo damnum videtur nauta dedisse tuis mercibus æquè perituris *l. si alius 7. §. est & alia infr. quod vi aut clam.* In proposito autem constat æquè fuisse perituras, vtrâque naue perdita.

a *Idem iuris erit, si prior nauta publicè retentus, nauigare cum tuis mercibus prohibitus fuerit.* Idem scilicet quod proximè dictum est contra Labeonem, vt cum priore nauta quasi fidem fregerit ex locato agi non possit. Non enim potest ei imputari cur tuas merces non portauerit, cùm publicè retentus fuerit, id est, authoritate publica, tanquam Reipublicæ, non tibi operam daturus, & prohibitus cum tuis mercibus nauigare. Nullus siquidem dolus, nullaque culpa videri potest eius qui iussu magistratus aliquid facit, aut à faciendo re aliqua abstinet, cùm parêre habeat necesse *l. non videntur 167. §. 1. l. is damnum dat. 169. in princip. de reg. iur.* Imò è contrario non potest dolo carere, qui imperio magistratus non paruit *l. non potest 199. eod.* Nec rursus imputari ei potest, cur tuas merces in aliam deteriorem nauem transtulerit, cùm eas deportare ipse in sua naue prohiberetur. Credibile enim erat te, si eum magistratus prohibitionem sciuisses, consensurum fuisse, vt in aliam nauem merces tuæ transferrentur: quam etsi ponimus deteriorem fuisse quàm quæ fuerat conducta, talem tamen fuisse ponendum est, vt commodè nauigatura & merces tuas deportatura crederetur. Supponit enim Paulus neque dolum, neq; culpam vllam tuo nautæ imputari posse. Posset autem, si in nauem minùs idoneam merces tuas coniecisset, cùm aliam cómodiorem & validiorem inuenire potuisset, præsertim si quam vel minimam causam haberet suspicandi te inuito id se facere *arg. l. si cùm Cornelius 82. ad fin. de solut.* nisi publica etiam authoritate, eodemque magistratus imperio quo prohibitus erat, nauigare cum tuis mercibus, eas in nauem illam deportandas coniicere iussus esset.

b *Idem iuris erit, cùm ea condicione.* Alium casum hîc proponit Paulus, in quo nihil potest imputari nautæ, qui publica authoritate retentus, nauigare cũ mercibus tuis prohibitus fuit, si merces tuas in deteriorem nauẽ coniecerit, quæ posteà perierit. Finge ea condicione à te nautã conduxisse, vt certã pœnã tibi præstaret nauta, nisi ante cõstitutũ diem merces tuas eo loci exposuisset, in quem deuehẽdas eas merces locasset, cum verò publica authoritate retentũ, & cum tuis mercibus nauigare prohibitum, denũciasse tibi per eum nõ stare quominùs remissa sibi ea pœna expectaret, vt postquã Reipublicę operã nauasset, tuas merces deportaret, te verò noluisse pœnã ei remittere. Quid enim hic aliud faceret miser ad euitandam pœnã, quæ alioquin ipso iure cõmitteretur (nam ad pœnã euitandã non prodest, ꝙ imputari nihil possit ei, qui non ad diem satisfecit *l. vlt. infr. de nautic. fœnor. l. ad diem 77. de verb. oblig.*) nisi vt in aliã nauẽ merces tuas coniiceret, & quidẽ tuo periculo non suo? Hic meo iudicio apertissimus Pauli sensus est, quẽ tamen peruertit Iacobus Cuiacius *libr. 4. Obser. cap. 2.* non cũ sic emendat, vt pro *locasset* legat *locasses*: sed cũ mox legere mauult *remissam sibi eam pœnã*, pro eo ꝙ vulgo legitur *remissa sibi ea pœna.* non improbo ꝙ reponit *locasses* pro *locasset.* Nã hic in principio §. huius ponat Paulus te nauẽ cõduxisse à nauta: ergo nautã locasse non te (nec enim locat qui cõducit, sicuti nec cõducit qui locat) posteà tamẽ ponit factã esse cõductionẽ vehendarũ mercium: merces enim vector vehẽdas locat, nauta cõducit. Nauẽ autẽ è cõtrario nauta locat, vector conducit *l. 2. in princip. & §. cùm in eadẽ naue & §. pen. sup. hoc tit.* Sed posteriorẽ emendationẽ probare non possum, cui certè Cuiacius non animaduertit dixisse Paulũ, quomodo veteres plerumq; dicebant *spectaret* pro *exspectaret*: sic enim scribebant, & aliis plerisque casibus simplici verbo vtebantur pro composito, vt *pensare* pro *compensare* in *l. quæ dotis 33. solut. matr.* & *pensationem* pro *compensatione in l. vnum ex familia 67. §. sed si vno de legat. 2.* & alibi sæpe.

c *Idem iuris in eodem genere cognitionis obseruabimus.*

BIU Cujas

Hic certè versiculus corruptus est. Quo enim sensu donare possis dictionem illam *cogitationis*? Sed non eo modo restituendus, quo putat vir doctissimus qui pro *cogitationis* reponit *cognitionis*. Melius namque est meo iudicio, vt reponamus *cõdicionis*, vt intelligamus retineri à Paulo eandẽ speciẽ quã proximè tractauit de nauta, qui à te conduxerat merces tuas vehendas ea condicione, vt certam pœnam præstaret, nisi ante cõstitutum diem merces tuas eo loci exposuisset, in quẽ deuehendas eas merces locasses. In qua specie, id est, retenta eadem illa cõdicione præstandæ pœnæ, si merces ad diẽ deportatæ & expositæ nõ essent, ait Paulus, si probatũ fuerit nautã morbo impeditũ nauigare nõ potuisse, neq; ex locato teneri eum debere, quia impossibilium nulla est obligatio *l.* 185. *de reg. iur. l.* 2. §. *si quis iudicio supr. si quis caution.* Præsertim verò ex contractu bonæ fidei, cuiusmodi est locatio.

RAT. DVB. Cùm pœna promissa est, nihil aliud inspicimus, nisi quænã sit quantitas & cõdicio stipulationis *l. stipulatio ista* 38. §. *alteri de verb. oblig.* nec ad euitandam pœnã quicquã prodest, quod imputari nihil possit ei, qui pœnã promisit, vt diximus ex *l. ad diem* 77. *cod. l. vlt. inf. de nautic. fœnor.* Sed decidendi ratio est, quia impossibilitas semper excusat *d. l. impossibilium.* nec minùs à pœna quàm à mora, cùm non possit deberi pœna quoties id quo non facto pœna promissa est, fieri nullomodo potest *l. si homo mortuus* 69. *de verb. oblig.* Impossibile autem est, vt nauiget qui valetudine impeditur, ne nauigare possit *d. l.* 2. §. *si quis iudicio sup. si quis caution.* quia, vt ibi scriptũ est, præsentia personæ in eã rem requiritur. Aliud esset si per aliũ expediri res posset, cuiusmodi quæ sunt nõ modò in extrema valetudine, sed in ipso quoq; vltimo vitæ momẽto possibilia dicũtur *l. vlt. inf. de cõdic. instit.*

d *Idẽ dicemus.* Retenta nimirũ eadẽ specie eodemq; genere condicionis, aut etiam si mauis cõuentionis. RAT. DVB. Cùm nauis vitium fecit etiam sine dolo & culpa eius qui merces tuas intra certũ diem transuehendas conduxerat, potuit ille alia naui quæsita satisfacere cõdicioni, atque ita pœnam euitare, cùm nulla ipse valetudine impediatur quominùs nauigare possit. Ergo si id non fecerit, cõueniri ex locato potest ad pœnam. DEC. Quemadmodum valetudo nautæ excusat eum à pœna non factæ nauigationis, quia nauigatio præsentiam & factum personę requirit, vt proximè diximus, ita & vitiũ nauis quod sine dolo vllo culpáve contigit, si non tam citò, tamq; facilè emendari potuerit: tam enim requiritur ad nauigandũ præsentia nauis, quàm præsentia nautæ, nec minùs impossibile est nauigare nautam sine naui, quàm nauẽ sine nauta. Et quemadmodũ nauta qui merces vehendas cõduxit, si valetudine impediatur ne possit nauigare, aliũ nautã substituere nec potest, ni vector consentiat, nec cogitur, etiãsi vector velit, nisi & nauta quoq; ipse consentiat, quia operas suas locauit non alienas, ita & cùm illa ipsa nauis in qua portari merces conuenerat, vitiũ fecit sine dolo culpáve nautæ nec potest, nec cogitur aliã quærere nauem, quæ eundẽ vsum præbeat, & in alterius de qua cõuenerat locũ substituatur, nisi cõtrahentes ambo consentiant, quoniã de certa naue actũ est. Idq; potissimũ erat, quo Labeo mouebatur, vt diceret, cum nauta ob merces in aliam nauẽ quàm quæ conducta fuerat coniectas, quæ periisset ex cõducto agi posse.

2 ¶ Si conduxisti nauem amphorarum duo milium, & ibi amphoras portasti: pro duobus milibus amphorarum pretium debes. Paulus: immo si auersione nauis conducta est, pro duobus milibus debetur merces, si pro numero impositarum amphorarum merces constituta est, contra se habet: nam pro tot amphoris pretium debes, quot portasti.

Ad §. Si conduxisti vlt.

In hoc quoque §. vt in tota hac lege proponitur primũ sententia Labeonis, mox nota & reprehensio Pauli. Sententia Labeonis est, si cõduxeris nauẽ amphorarum duo milium, & ibi amphoras portasti, licèt pauciores numero, pro duobus milibus amphorarũ preciũ te debere. Paulus verò vt in superioribus quæstionibus distinguendũ esse ait, an per auersionẽ nauis cõducta sit, id est, in vniuerso, vt explicauimus ad *l.* 1. §. *exercitorem supr. tit. prox.* vt eo casu benè Labeo responderit, & pro duobus milibus amphorarũ merces debeatur, quam Labeo minùs partitò precij nomine significauerat, ideò fortasse quòd & merces & preciũ in pecunia numerata consistere debeat: an verò pro numero impositarum amphorarũ merces cõstitutæ sint. Quo demũ casu non potest Labeonis sententia vera esse, sed pro tot amphoris preciũ conductionis, id est, mercedem debes, quot amphoras portasti. Quæ distinctio certè tam apertè vera est, vt nec vllã recipiat dubitandi rationẽ, nec credibile sit, Labeonem aliter sensisse. Sed familiare est Paulo in suis ad Labeonem notis quas nescio, an bona mente ac fide, an cõtradicendi potiùs studio scripserit, certos casus minùs obuios perquirere in quib⁹ opiniones Labeonis falsæ deprehendi possint. Quod si quo alio vllo in loco, in hac sanè lege ab eo factum est. Quis enim credat Labeonẽ, cùm dixit, deberi precium & mercedem conductionis pro duobus millibus amphorarum, sensisse de naue, non per auersionem conducta, sed pro numero indefinito amphorarum? Est enim proculdubio casus ille Pauli inuobitabilis, & penè absurdus, vt si pro numero amphorarum nauis conducta sit, pro tot amphoris duntaxat merces debeatur, quot portatæ fuerint, non valde dissimile est, quod initio legis Labeonem reprehendit, qui de cõductione facta vehendorum mancipiorum locutus fuerat, quasi non etiam de transuehendis & deportandis sensisset. Cùm tamen certum sit nautam accipere mercedem à vectoribus, non vt eos imponat naui, sed vt traiiciat *l. nauta* 5. *supr. naut. caupon. stabul.* Sed similius quod in specie §. 1. veriſſimam certè Labeonis sententiam, Paulus reprehendat, fingit vtramque nauem in vna eademq; nauigatione periisse, cùm tamen Labeo manifestè casum illum tractasset, quo posterior tantùm nauis in quam merces translatæ fuerant, periisset. Item quod tot alios casus conquirit in quibus excusari nauta possit à pœna, vt puta si publicè retentus & cum mercibus vectoris nauigare prohibitus sit, si valetudine: si nauis suæ vitio impeditus, de quibus casibus nec Labeo cogitauit, nec anus dubitaret. Sed hanc Pauli consuetudinem & in reprehendendo Labeone pertinaciam alibi iam obseruauimus, & improbauimus.

DE INSTI-

BIU Cujas

DE INSTITORIA ACTIONE.

TIT. III.

1. VLPIANVS libro 28. ad Edictum.

AEQVVM prætori visum est, sicut commoda sentimus ex ictu institorum, ita etiam obligari nos ex contractibus ipsorum, & conueniri. Sed non idem facit circa eum, qui institorem præposuit [a] vt experiri possit. sed si quidem seruum proprium institorem habuit, potest esse securus, adquisitis sibi actionibus. si autem vel alienum seruum, vel etiam hominem liberum: actione deficietur. ipsum tamen institorem, vel dominum eius conuenire poterit vel mandati, vel negotiorum gestorum [b]. Marcellus autem ait, debere dari actionē [c] ei, qui institorem præposuit, in eos, qui cū eo contraxerint:

2. GAIVS libro 9. ad Edictum Prouinciale.

EO nomine, quo institor contraxit: si modo aliter rem suam seruare non potest.

Ad l. 1. & 2.

RATIO DVB. Ne quidem per eos quos in nostra potestate habemus, deterior condicio nostra fieri potest, vt nos æri alieno obligent *l. melior 133. de regul. iur. l. filiusfamilias 22. infr. de solut. l. qui in aliena 6. infr. de acquir. hered.* Multo minus per liberam personam, quæ nec acquirere nobis quicquam potest excepta possessionis causa *l. 1. C. per quas person. nob. acquir. l. solutū 11. §. per liberam supr. de pignor. act.* Ergo siue institor in potestate nostra sit filiusfamilias aut seruus, siue liber homo sui iuris, fieri non potest, vt ex eius contractu obligemur, præsertim cùm nec per liberam institoris personam acquiri nobis actio vlla possit, vt in hac ipsa lege scriptum est: nec enim facilius esse debet, vt quis me obliget, quàm vt mihi acquirat, cùm obligatio sit iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius rei soluendæ aut faciendæ, vt Iustinianus diffinit in *tit. de oblig.* atque ita debitor fiat quodammodo seruus sui creditoris, ita vt aliqua ex parte libertas ciuis Romani p obligationis vinculum minui videatur. Vnde est, quod in dubio proniores esse debemus ad liberationem quàm ad obligationē *l. Arrianus 47. de oblig. & action.*

DEC. ex qua persona lucrum quis sentit eius factum præstare debet *l. ex qua persona 149. de regul. iur.* Atqui ex institorum actu sentimus commoda, non quidem, vt nobis actionem vllam aut quid aliud recta adquirant, nisi cùm in potestate nostra sunt, sed vt quod sibi acquirunt idipsum nobis aut mandati aut negotiorum iudicio præstare teneantur, si homines liberi sint nec in nostra potestate, aut eorū dominus actione de peculio si serui sint alieni. Meritò igitur æquum Prætori visum est, vt ex institorū nostrorum contractibus & obligari possimus & cōueniri, proposita in eam rem actione, quæ ob id institoria appellatur, merè prætoria & honoraria, cū iure ciuili actio nulla competeret: quia non tam ex ratione iuris nascitur, quàm ex æquitate, cuius præcipuus cultor custos & magister Prætor est. §. *eadem ratione vers. institoria instit. Quod cum eo qui in alien. potest. est.* vbi additur institorem eum esse qui negotiationi alicui præpositus est, quæcumque illa sit, dum ne nauis aut exercendæ aut curandæ. Alius enim exercitorum vsus est, alius institorum *l. 1. §. licet autem* vbi diximus *supr. De exercit. act.*

a *Sed non idem facit circa eum, qui institorem præposuit.* Id est non similiter dat Prętor actionem illi qui institorem præposuit contra eum qui cum institore contraxit. RATIO DVB. Nihil tam æquitati consentaneum est, quàm vt inter contrahentes seruetur æqualitas, vt qui aliū sibi obligare vult, seipsum quoque alij obliget, quoties contractus ex eorum numero est, qui sunt vltro citróque obligatorij *l. Labeo 19. de verb. signific. l. cùm te 6. C. de pact. int. empt. & vendit. l. Iulianus 13. §. si procurator 25. infr. de action. empt.* Nisi cùm personæ cōdicio impedit ne obligari possit, vt contingit si quis cum pupillo contrahat sine tutoris authoritate *d. l. Iulianus 13. §. si quis à pupillo antep.* Nec difficilius est, vt quis per alium mihi obligetur, quàm vt ego ei obliger. Igitur quemadmodum omni casu tenetur institoria is, qui institorem præposuit: ita & actio ei dari aliqua debuit à Prætore in eos qui cum institore contraxerūt, siue institor liber homo sit, siue seruus alienus. Nam si aut filiusfamilias sit, aut seruus proprius eius qui ipsum præposuit negotiationi, non dubitatur quin per eum actio directa acquiratur patri vel domino, quæ ipsi filiofamilias vel seruo si suis iuris esset, acquireretur: idque non prætorio iure, sed ciuili ex quo quicquid acquiritur per eum quem in potestate habemus, ita nobis acquiritur, vt ne momento quidem temporis consistat acquisitio in ipsius persona *l. placet 79. de acquir. hered. l. 1. si quis à parent. manum. sit.*

DEC. Magna differentia est inter eum qui institorem præposuit, & illum qui cum institore contraxit: nam qui institorē præposuit, hoc ipso se obligauit facto suo propriáq; volūtate, vt factū institoris

BIU Cujas

adprobare cogeretur, ex cuius contractibus lucrum & commodum speraret. Qui verò cum institore contraxit non id egit, vt duobus se obligaret, sed ei tantùm cum quo contrahebat, si liber homo & sui iuris esset, aut si filiusfamilias vel seruus esset patri eius aut domino, nunquam duobus. Deinde ratio iuris impedimento est, ne per liberam personam acquiri nobis actio vlla possit extra condictionem certi ex mutuo *l. 2. C. per quas person. nob. acquir.* nec minùs ratio iuris prætorij quàm ciuilis, quia neque iure prętorio actiones vllæ nobis per liberam personam acquiri possunt. Et quamuis institor veluti procuratoris instar obtineat, non eo magis tamen actio per eum acquiri potest sine cessione *l. possessio 49. in fin. de acq. poss.* nisi procurator præsentis stipulatus sit quo casu vtilem actionem quæri placuit *l. si procuratori 78. infr. de verb. oblig. l. quod procurator 68. supr. de procurat.* At cùm obligamur ei, qui cum institore nostro contraxit, non tantùm ex institoris facto, sed etiam ex nostro obligamur, id est, ex nostra prępositione. Non ergo debuit prętor ei qui institorem pręposuit, perinde atque contra ipsum actionem polliceri: nec tamen verendum est, vt eam ob causam is qui institorem pręposuit, damno afficiatur, cùm paratam habeat actionem mandati vel negotiorum gestorum aduersus institorem ipsum, si liber homo sit, vel aduersus institoris patrem aut dominum de peculio. Per quam actionem cogetur institor, si aliud nihil facere possit, ea saltem actione cedere *d. l. possessio in fin.* Quòd si nec id facere possit, quia fortè bona eius omnia iam sint vendita, tum verò succurrendum est ei, qui institorem pręposuit data ei suo nomine actione secundum Marcelli sententiam, de qua in fine huius legis, & ex *l. 5. infr. de prætor. stipulat.*

b *Vel negotiorum gestorum.* RAT. DVB. Non datur actio negotiorum gestorum præcedente mandato, sed mandati *l. ex mandato 20. §. 1. infr. mandat.* Atqui cùm de institoria actione tractatur, mandatum semper pręcedere necesse est, quandoquidem institor nemo est, qui non sit præpositus *dict. §. eâdem ratione versic. ideò autem Instit. quod cum eo qui in alien. potest. est.* Præpositio autem sine mandato esse non potest.

DEC. Fieri potest, vt nullo mandato meo prędecente aliquis rem meam gerens institorem pręposuerit, & ego prępositionem illam ratam habuero, vt in *l. sed & si quis 7. in princip. infr. hoc tit.* Quo casu cùm mandati actio competere mihi non possit, neque contra institorem ipsum, neque contra eum qui pręposuit, necessaria certè est negotiorum gestorum actio: Itemque si ego quidem institorem pręposuero certæ negotiationi, sed ille mandati fines excesserit, posteà tamen ego quoque ratum habuero. Ratihabitio enim non mandati, sed negotiorum gestorum actionem parit *l. si pupilli 6. §. sed si ego & seqq. l. Pomponius 9. supr. de negot. gest.* Denique institor non semper procurator est, sed plerumque negotiorum gestor, nec tamen procurator ferè vnquam dicitur, siue quod specialius aliud & significantius nomen institoris habeat, siue quòd non ad hoc procurator constituatur, vt hunc vel illum contractum ineat, sed in genere, vt hanc vel illam negotiationem exerceat, quam per nosmetipsos exercere fortassis nollemus. Cùm tamen quisquis aliquid per procuratorem facit, per seipsum id facere videatur. Licèt procuratori institor plerumque comparetur, vt in *d. l. 5. de prætor. stipulat. d. l. Iulianus 13. §. si procurator 25. de act. empt.* Et quantum referat, an procurator quis sit, an institor apparet ex *l. 5. §. sed & cum fullo infr.*

c *Marcellus autem ait debere dari actionem.* RAT. DVB. Nemo potest contrahere, ita vt alter ex eo contractu agat suo nomine *l. quæcunque gerimus 11. inf. de oblig. & act. l. stipulatio ista 38. §. alteri de verb. oblig.* Ergo actio ex contractu institoris ei, qui pręposuit dari nunquam potest contra eum, qui cum institore contraxit, nec si aliter rem seruare non possit is, qui institorem pręposuit, sibi namque imputet, cur pręposuerit, vt in *l. sed etsi 7. §. vlt. infr. l. 1. §. cuius autem & §. vnde quærit supr. de exercit. act.* DEC. Ita quidem est extraordinarij iuris siue ciuilis siue honorarij ratione, vt suprà diximus, sed tamen cùm ius hoc totum quod de institoria actione propositum est à Prætore, ex æquitate pendeat, vt scriptum est initio huius legis, est res hæc ex earum genere in quibus cauendum est, ne sub authoritate iuris scientiæ perniciosè erretur, vt Celsus adolescens eleganter dicebat *l. si seruum 91. §. sequitur eod. ill. tit.* Et quæ de nouo emergunt, semper nouo aliquo indigent auxilio *l. de etate 11. §. ex causa supr. de interrog. in iur. fac.* Finge igitur institorem qui te cum contraxit, in ea causa esse cœpisse, vt eius persona interposita dominus mercis rem amissurus sit, fortè bonis omnibus ipsius venditis, atque ita etiam actionibus, vt nec in eius potestate amplius sit præstare actionem, an non æquissimum est, Prætorem domino succurrere data ei ex proprio capite actione, per quam suum consequatur. Itaque cùm aliàs dici soleat, accidere plerumque, vt quod quis per suam personam facere non potest, per interpositam faciat, vt in *l. 3. in fin. quæres pignor. oblig. poss. l. si is qui duos 27. de liber. legat.* hîc è contrario euenit, vt quod non potest asse qui per interpositam institoris personam is, qui institorem præposuit, per suam consequatur. Ergo hoc casu dabitur actio subsidiaria domino, id est, ei qui præposuit institorem aduersus eos, qui cum institore contraxerunt. Scilicet eo nomine, quo vt institor contraxit: sic enim legendum est, vt puto apud Caium in *l. seq.* quia non sufficit ad obligandum eum, qui cum institore contraxit, vt cum eo nisi tanquam cum institore contraxerit. Sed & illud præterea requiritur, vt aliter rem suam seruare non possit is, qui institorem præposuit. Non enim daretur auxilium hoc extraordinarium, si posset ordinarium sufficere, vt *l. in causa 16. supr. de minor. l. Imperatores 30. de reb. author. iudic. possid. aliàs l. 1. de priuileg. credit.* Sed id agit semper ciuilis legislator, maximè verò Prætor, ne quis in damno moretur, ex quo præsertim alius lucrum sit capturus, licèt per iuris ciuilis aut etiam prætorij occasionem. Denique vt si fieri potest, neutra pars lædatur *l. seruus dotalis 58. infr. solut. matr. l. ex his 8. infr. quæ in fraud. credit. l. 2. §. 1. de doli mal. except.* Nec magnam querelæ causam habet is, qui cum institore contraxit, si quando ex eo contractu conueniatur à domino ex quo & contra ipsum dominum habuit actionem *arg. l. Iulianus 13. §. si procurator 25. infr. de action. empt.*

3. VLPIANVS libro 28. ad Edictum.

INstitor appellatus est ex eo, quod negotio gerendo instet. nec multum facit, tabernæ sit præpositus an cuilibet alij negotiationi.

Ad l. Institor

BIU Cujas

Ad l. Institor. 3.

RAT. DVB. Etiam is qui naui exercendæ aut regendæ præpositus est, instat & instare debet ei negotio gerendo, cui præpositus est. Et tamen non idcirco institor appellatur, sed vel exercitor vel magister nauis. Sicut enim alius est vsus institorum, & alius exercitorum aut magistrorum ita, & alia nomina *l. 1. §. licèt autem supr. de exercit. act. iunct. l. si idem 7. Cod. de iur. Cod.* Ergo vel mala est vel manca etymologia nominis. DEC. Argumentum ab etymologia, vt iam sæpiùs monuimus, non valet affirmatiuè, sed tantùm negatiuè. Vt quisquis non instat ei negotio gerendo cui præpositus est, institor propriè dici non possit, quamuis non è contrario quisquis instat institor appellari debeat: Est enim hoc nomen specialiter coarctatum ad eos qui tabernæ, vel alij cuilibet negotiationi extra nauticam præpositi sunt. Quamuis frequentiùs sit, vt qui tabernæ præpositi sunt ij institores dicantur, *l. institor 18. & pass. hoc tit.* Exercitor autem propriè dicitur, qui nauem exercet, quamuis etiam taberna exerceri dicatur in *l. habebat quis 13. §. vlt. infr.* dixi ad *d. l. 1. §. 1. & §. exercitorem supr. de exercit.*

4. PAVLVS libro 30. ad Edictum.

CVm interdum etiam ad homines honestos adferant merces, & ibi vendant, nec mutat causam actionis, locus vendendi emendíve: cùm vtroque modo verum sit, institorem emisse, aut vendidisse.

Ad l. Cùm interdum 4.

In hac lege ratio redditur ex Paulo eius, quod in lege præcedenti scriptum fuerat ex Vlpiano, nihil interesse, an tabernę quis prępositus sit, an alij negotiationi. Nam cùm ratio dubitandi illa occurreret, quod quoties de institoria quęritur cõdicio prępositionis omnino seruanda sit, *l. sed si pupillus 11. §. condicio infr.* non videbatur eum, qui tabernæ præpositus esset, extra tabernam contrahens, dominum & præpositorem obligaret, quasi id contra legem prępositionis futurum esset: verùm bene respondet Paulus interdum accidere, vt qui tabernæ præpositi sunt ad honestos homines adferant merces, eásque ibi, id est, extra tabernam vendant, nec idcirco tamen quicquam contra legem præpositionis fecisse dici possint. Non enim mutat causam actionis, neque ipsius etiam negotiationis locus vendendi emendíque, cum vtroque modo, id est, siue in taberna, siue extra tabernam negotiatio facta sit, semper verum sit institorem emisse, aut vendidisse. Nam & æquè institor est is, qui sine vllius loci designatione ad emendum, vendendúmve, aut alium actum negotiationis præponitur *l. institor est 18. infr.* Et quemadmodum Pompeius Magnus dicebat Rempublicam non esse in parietibus: ita dici etiam potest negotiationem tabernariam non esse muris tabernæ circumscriptam. Illud certè omnino exigitur, vt institor propter quæstum præpositus sit ad hoc, vt institoria possit competere *l. si cum villico 16. infr.* Si tamen plures tabernæ sint etiam vnius eiusdémque mercis interest, aliquando vtri creditum sit *leg. 5. §. sed si duas 16. infr. titul. prox.*

5. VLPIANVS libro 28. ad Edictum.

CVICVNQVE igitur negotio præpositus sit, institor rectè appellabitur.

Ad l. Cuicunque 5.

Hoc addendum fuit, ne quis putaret, institorem eum duntaxat dici, qui ad emendum vendendúmve præpositus esset, quia de hac sola negotiatione Vlpianus locutus fuerat in *leg. 3. supr.* Sed exempli tantùm gratia, sic Vlpianus scripserat, cùm aliæ sint & quàm plurimæ negotiationes quibus præponi potest, vt ex iis quæ mox in hac ipsa lege sequuntur, apparebit. Idque etiam publica vtilitas exigit ad augendam commerciorum libertatem, & frequentiam, per quam maximè conseruatur, & locupletatur Respublica.

1 ¶ Nam & Seruius libro primo ad Brutum ait, si quid cum insulario gestum sit, vel cum eo, quem quis ædificio præposuit, vel frumento coemendo, in solidum eum teneri.

Ad §. 1. Nam & Seruius.

RAT. DVBIT. Neque insularius qui vrbanam domum, non quasi inquilinus: sed pro insulæ domino habitat, neque is qui præpositus est ædificio siue conseruando, siue augendo, præpositus est quæstus gratia, vt nec villicus villæ, sed hîc propter fructus percipiendos, illi ad domum vel habitandam vel conseruandam aut etiam ædificandam. Ergo institoria actio locum habere hoc casu non potest, vt neque in specie *l. si cum villico 26. infr.* DEC. Aliud est dicere, Insularium & eum qui ædificio prępositus sit, si cum aliquo contraxerint obligare præponẽtem actione institoria, quòd hîc Vlpianus non scribit. Aliud verò ex eorum contractibus teneri eum qui præposuit, & quidem in solidum quod Vlpianus ex Seruio adfirmat. Nam tenetur quidem in solidum, sed ad exemplum institoriæ actionis potiùs quàm institoria actione vt in *d. l. si cum villico.* Non enim video quænam hîc diuersitatis ratio ad-

BIU Cujas

ferri possit. Ideóque nec quod in hoc §. scribitur, aliter verum esse puto, quàm si contractum sit ex aliqua causa ad præpositionis negotium pertinente, id est, si quid fortè insularius aut ædificio præpositus emerit, quod ad ædificij conseruationem aut ornamentum emi debuerit. Nam & in eo quæstus aliquis esse potest. Quemadmodum nec datur institoria, nec quasi institoria ex contractu villici, siquid cum eo contractum sit ad fructus percipiendos, sed ita si distrahendis quoque fructibus præpositus fuerit, *d.l. si cum villico.* Planè quod hîc additur de eo qui præpositus sit frumento coemendo, nullam dubitationem recipit, cùm incidat ea res in emendi vendendíve negotiationem. Iunge Paulum *libr. 2. Sententiar. tit. 8. §. 2.*

2 ¶ Labeo quoque scribit, siquis pecuniis fœnerandis, agris colendis, mercaturis, redempturísque faciendis præposuerit, in solidum eum teneri.

Ad §. 2. Labeo quoque scribit.

Alia hîc exempla proponuntur eorum qui æquè institores propriè dici possunt, & ex quorum contractibus eos qui præposuit, in solidum teneri, æquissimum est. Nec tantùm quasi institoria, sed verè institoria, quoniam & ipsi verè sunt institores, qui scilicet vel pecuniis fœnerandis, vel agris colendis, vel mercaturis, redempturísque faciendis præpositi sunt. Nam & his omnibus modis captatur quæstus ex actu institoris, quod sufficit, vt huic actioni locus esse possit *l. 1. in princip. supr. l. si cum villico 16. infr. hoc tit.* Neque hoc vllam certè recipit dubitandi rationem, dummodò caueamus, ne quod hîc dicitur de *redempturis*, intelligamus de redemptionibus captiuorum: sed de illis potiùs à quibus in iure nostro dicuntur Redemptores, id est architecti, qui suis cæmentis alij ædificant, de quibus diximus in *l. redemptores, 39. supr. de rei vindic. l. vlt. §. penult. si mens. fals. mod. dixer.* Nec enim de captiuorum redemptione tantopere laborabant prudentes nostri, vt digna res ea videretur, quæ transiret in negotiationem, quam sola pietas Christianorum Imperatorum, vt alia pleraque sanctíssima, induxit.

3 ¶ Sed etsi in mensa habuit quis seruum præpositum, nomine eius tenebitur.

Ad §. 3. Sed etsi in mensa.

RAT. DVBIT. In mensa neque emitur neque venditur, sed pecuniæ aut fœnerantur aut numerantur. De eo autem qui pecuniis fœnerandis præpositus est, iam diximus. In pecuniis verò numerandis extra causam fœnerandi quæstus nullus esse videtur.

DEC. Negotiatio est, & quidem quæstuosíssima, siquis mensulariam aut argentariam, siue per se, siue per institorem exerceat, nec fit ea negotiatio, vt neque cæteræ nisi quæstus gratia, *leg. 4. §. sed & filiusfamilias, & pass. supr. de edend.* Neque verò emptionibus tantùm & venditionibus rerum commercia constant, sed aliis pleríque omnibus contractuum generibus: Quidni ergo etiam hoc casu institoria locum habebit?

4 ¶ Sed etiam eos institores dicendos placuit, quibus vestiarij, vel linterarij dant vestem circumferendam, & distrahendam: quos vulgò circuitores appellamus.

Ad §. 4. Sed etiam eos.

RAT. DVB. Illi quibus vestiarij, vel linterarij, id est qui vestes, & lintea distrahunt, dant vestem, aut quam aliam eius generis circunferendam & distrahendam, habent aliud nomen magis proprium & enixioris significationis. Circuitores enim appellantur, quia totam circumeunt ciuitatem, vt emptorem conquirant. Ergo institores dicendi non sunt.

DEC. Etiam institorum nomen istis conuenire posse placuit: quia hæc quoque species quædam negotiationis est, cui præponuntur, & quod habent aliud nomen vilius circuitorum, facere non debet quin etiam institores dici possint, vt ex eorum contractibus is qui eos præposuit, actione verè ac propriè institoria teneatur, cuius actionis vsum dilatari ac propagari in plures casus pluribus institorum speciebus introductis, vtilius sanè est Reipublicæ quàm coarctari, coarctata institorum appellatione & ad vnam aut alteram negotiationem restringi.

5 ¶ Sed & muliones quis propriè institores appellet.

Ad §. 5. Sed & muliones.

RAT. DVBIT. Muliones ij demùm sunt, qui mulos agunt, vt & agasones qui asinos *leg. vlt. supr. si quadrup. pauper. feciss. dicat.* nec aliam vllam habent negotiationem. Quomodo igitur institores dici propriè possunt?

DEC. Est quoque hæc species quædam negotiationis, nec suo eóque interdum magno quæstu carens: Ergo nihil vetat etiam muliones propriè dici institores, tantóque magis ex proprietate vocabuli quod agendis mulis semper instant & insistunt,

BIU Cujas

insistunt, & plerumque ij ad quos huius negotiationis quæstus refertur, exercent eam per alios, ex quorum proinde tanquam institorum suorum contractibus obligari eos, & conueniri actione institoria æquissimum est. Quidni ergo mulliones quoque tanquam institores ad hunc titulum pertineant? Ex hoc sanè & ex præcedente §. & sequentibus intelligimus institorum & nomen & officium esse vilissimum, meritóque institores ab exercitoribus esse separatos, vt diximus ad *legem primam supr. de exercitoria actione.*

6 ¶ Item fullonum, & sarcinatorum præpositus: tabularij quoque, loco institorum habendi sunt.

Ad §. 6. Item fullonum.

RAT. DVBIT. Viliora esse videntur hæc officia fullonum, sarcinatorum, & stabulariorum, quàm vt permitti eis debeat, habere præpositos, per quos negotiationem istam exerceant, & institores. Nam habere institores eorum maximè est, quos decentius sit negotiationem aliquam per alios, quàm per seipsos exercere.

DECID. Habent etiam isti suam negotiationem quæstus gratia, nec proinde prohibendi sunt, quominùs suos quoque habeant præpositos, qui si minùs digni sint, qui institores dicantur, institorum tamen loco habeantur, quantum ad hanc actionem pertinet, id est, ad obligandum dominum institoria vel saltem quasi institoria actione, vt huius edicti vtilitas quàm latissimè fieri potest, extendatur.

7 ¶ Sed & si tabernarius seruum suum peregrè mitteret, ad merces comparandas, & sibi mittendas: loco institoris habendum, Labeo scripsit.

Ad §. 7. Sed & si tabernarius.

RAT. DVB. Tabernarius, id est, qui tabernæ ab alio præpositus est, iam institor ipse est domini qui eum præposuit tabernæ *l. 3. supr.* Ergo alium institorem habere non potest, ne detur progressus in infinitum, si institoris institor admittatur. Proinde etiamsi seruum suum peregrè miserit ad merces comparandas, & sibi mittendas: non debebit ille dici institor ad tabernarium ex eius contractu obligandum. Tabernarius enim ex hoc edicto ipse est, qui obligat dominum, à quo præpositus fuit, non qui ex alterius contractu obligatur.

DECID. Institor quidem propriè non est, qui ab alio institore præponitur: sed tamen institoris loco haberi commodè potest, cùm & ipse præpositus sit certæ negotiationi, licèt ab institore non à domino. Hoc verò sufficit, vt huius tituli vtilitas ad hunc quoque casum porrigatur, id est, vt ex huius præpositi contractu tabernarius si non institoria saltem quasi institoria teneatur. Quod in his omnibus qui non propriè institores, sed institorũ duntaxat loco sunt, generaliter admittendum esse arbitror, vt ex ipsorum contractibus non detur actio institoria, sed quasi institoria, id est, ad exemplum institoriæ, vt in *l. si cum villico 16. infr. & in §. prox. infr. l. Iulianus. 13. §. si procurator infr. de action. empt.* quia & ipsi ad exemplum institorum sunt. Cæue tamen ne putes ex huius præpositi contractu dari actionem vllam in tabernarij dominum (is enim tabernarium duntaxat non etiam hunc præposuit) sed in tabernarium ipsum à quo solo fuit ille præpositus.

8 ¶ Idem ait, si libitinarius, quos Græcè νεκροδάπτας, id est, *mortuorum sepultores* vocant seruum pollinctorem habuerit, ísque mortuum spoliauerit, dandam in eum quasi institoriam actionem: quamuis & furti, & iniuriarum actio competeret.

Ad §. 8. Idem ait.

RAT. DVB. Si libitinarius, id est, mortuorum sepultor seruum pollinctorem habuerit, id est, cuius opera vtebatur vt pollinceret, lauaret, & ablueret cadauera, & is pollinctor mortuum spoliauerit, constat pollinctorem hunc teneri, & furti actione ciuili, & iniuriarum, cùm & lucrandi furandíque animum habuerit, & cadaueri aut potiùs defuncto, iísque ad quos funeris cura & impensa pertinet, iniuriam fecerit. Ergo non est danda actio quasi institoria in libitinarium. Qui enim ciuilem actionem habet, qualis est furti, frustrà honorariam desiderat *l. 1. supr. de public. in rem act.*

DEC. Ad sepeliendi corporis curam & officium omnia pertinent, quæ circa mortui corpus facienda sunt, antequam sepulturæ tradatur, *l. & siquis 14. §. impensa l. funeris 37. supr. de religios. & sumptib. funer.* Ergo ad libitinarij onus id spectabat, vt mortui corpus pollinceret, ablueret, & lauaret. Id verò si non ipse fecit, sed per pollinctorem, quem in eam rem habebat, præstare maluerit, annon æquum est factum pollinctoris eum præstare, & ex eius persona quasi institoria actione conueniri? Cur non verò institoria, sed tantùm quasi institoria? An quia pollinctor iste non sit verè institor? Imò est cùm sit hæc quoque species quædam negotiationis quam & per alium exerceri si non humanius, certè optabilius, & suauius est. Sed quoniam institoria, non nisi ex institoris contractu competit, *l. 1. supr.* Hîc autem pollinctor non contraxit, sed deliquit: ideóque tenetur nimirum & furti actione, & iniuriarum, quæ ambæ sunt ex delicto actiones, sed cùm ambæ dentur ad pœnam, non ad rem ipsam persequendam, nec nisi contrà ipsum pollinctorem, si liber homo sit, aut si seruus

BIU Cujas

libitinarij, vt in specie huius §. etiam quidem contra dominum, sed nō nisi noxaliter, apparet necessariam esse heredi contra libitinariū actionem quasi institoriam ad ea persequenda, quæ tam impiè subrepta sunt. Nec enim cōdictione furtiua teneri potest libitinarius, cùm neque fur ipse sit, neque furis heres *l. ex furtiu. 5. infr. de condict furt.* multò minùs vindicatione, aut ad exhibendum, si spolia nec possideat, nec dolo desierit possidere, nec dolo fecerit, quominùs possideret. Est igitur notandus hic casus in quo datur quasi institoria ex delicto, cùm institoria dari non soleat, nisi ex contractu. Quamquam dici etiam potest videri quasi contractum cum pollinctore adhibito, & admisso ad lauandum corpus, postquàm à libitinario ei rei faciendæ præpositus fuit.

9 ¶ Idem Labeo ait: Si quis pistor seruum suum solitus fuit in certum locum mittere ad panem vendendum, deinde is pecunia accepta præsenti, vt per dies singulos eis panem præstaret, conturbauerit: dubitari non oportet, quin si permisit ei ita dari summas, teneri debeat.

Ad §. 9. Idem Labeo ait.

RAT. DVB. Pistor solitus seruum suum in certum locum mittere ad panem ibi aut publicè aut priuatim pluribus vendendum, etsi pani vendendo præposuisse illū videtur, non tamen æquè etiam ad hoc vt præsentem ab eis pecuniā acciperet in antecessum, &, vt loquimur *par auance*, ea lege vt per singulos dies eis panem præstaret. Ergo si seruus hic præsentem pecuniam ea condicione ac lege sibi prorogatam acceperit, deinde conturbauerit, id est, non satisfecerit, non ideò tamen aut institoria aut quasi institoria contra pistorem dāda est, cui nihil imputari potest, quique seruum hunc non ad hoc nominatim præposuit, in quo seruus fefellit.

DEC. Dubitari non potest, quin seruus hic pani vendendo præpositus à pistore fuerit, ideóque & ipsius institor in hac panis vendendi negotiatione dici debeat: non minùs quàm si frumento vel pani coemēdo præpositus esset, vt in §. 1. *huius legis*. Quid enim inter hæc distat? Sed illud tantùm in facti quæstione discutiendum supereſt, an pistor hic sciuerit, voluerit, & permiserit, ita dari huic seruo eas summas in prorogationem precij panis posteà exhibendi. Nam eo casu nec dubitari oportet, quin huius serui nomine pistor institoria teneatur. In hac autem facti quæstione spectādum erit maximè an seruus ita negotiari solitus esset. Ex eo namque præsumemus facile, nihil nisi sciente ac permittēte domino factum fuisse. Cæterùm si cùm non esset solitus seruus præsentes pecunias in antecessum accipere, sed panes quos deferebat præsenti tātùm pecunia vendere posteà pecuniarum prorogationē admiserit, primāque aut altera die fidem fefellerit, ratio nulla est, cur pistor teneri eo nomine debeat: quia nec ad præsentes pecunias in antecessum & prorogationem accipiendas præposuisse illum videri potest.

10 ¶ Sed & cùm fullo peregrè proficiscens, rogasset, vt discipulis suis, quibus tabernam instructam tradiderat, imperaret, post cuius profectionem vestimenta discipulus accepisset, & fugisset: fullonem non teneri, si quorum procurator fuit relictus: sin verò quasi institor, teneri eum, planè si adfirmauerit mihi, rectè me credere operariis suis[a] non institoria, sed ex locato tenebitur.

Ad §. 10. Sed & cùm fullo.

RAT. DVB. Cùm fullo peregrè proficiscens rogauit amicum, vt discipulis suis, quibus tabernam instructam tradiderat, imperaret hoc ipso eum tabernæ præposuisse videtur, cùm discipulis suis minùs confideret, atq; ita fecisse illum institorem. Ergo si post fullonis profectionē quidam ex discipulis vestimenta polienda ab aliquo acceperit, & non redditis iis fugerit, dicendum est indistinctè fullonem aliū qui discipulis imperare rogatus fuerat, teneri eo nomine tanquam institorem. Quid enim aliud est discipulis imperare quàm institorem esse? Constat autem, quod cum discipulis eorum qui officinis vel tabernis præsunt, contractum est, in magistros vel institores tabernæ in solidum actionem dari, vt Paulus scribit *lib. 2. sentent. tit 8. §. vlt.*

DEC. Fullo qui peregrè proficiscēs, rogauit amicum, vt discipulis suis imperaret, non satis apertè expressit, an procuratorem eum relinqueret, an institorem. Vtriusque enim perinde est vice domini & magistri discipulis imperare. Porrò multùm interest, an procurator ille relictus fuerit, an institor: si procurator, vtique teneri non potest, cùm & dolo & culpa omni careat: nec enim aliud quicquam præstare procurator debet *l. contractus 23. de reg. iur.* si verò institor, omnimodo tenebitur secundùm supradictam nō tam Pauli, quàm prudentum omniū sententiam. Quid ergo in dubio dicemus? Hoc enim nec Labeo nec Vlpianus aperit: puto ego accipiendam in obscuro eam interpretationem quæ procuratorem eum faciat potiùs quàm institorem, non solùm quòd fauorabilior semper sit & humanior ea interpretatio, quæ minùs obligat, *l. Arrianus 47. de oblig. & act. l. semper in dubio 56. de reg. iur.* sed etiam quia imputari potest ei qui cum discipulo cōtraxit, si hunc tanquam institorem obligare sibi voluit, cur non fuerit diligentior ille in inquirendo, an se pro simplici procuratore hîc gereret an pro institore: semper enim ei imputatur qui institoria vult agere quasi cum institore contraxerit, cur plenius deliberandi consilium non ceperit, in quo maximè differt institoria ab exercitoria, & institor ab exercitore *l. 1.* vbi diximus *suprà de exercit. action.* Denique actoris semper est probare suam intentionem & implere *l. 4. Cod. de edend. l. vlt. Cod. de rei vindic. l. actor quod asseuerat 25. C. de proba.* Ergo qui contra fullonem hunc agit institoria probare illum debet institorem *l. 2. infr. eod. ill. tit.* & nisi probauerit neque institoriam neque quasi institoriam habere potest, multò minùs verò in ea actione vincere.

a *Planè si adfirmauerit mihi, rectè me credere operariis suis,*

BIU Cujas

suis. RAT. DVB. Videturhoc casu is qui adfirmauit mihi, rectè me suis operariis credere fateri se institorem non procuratorem, cùm alienos discipulos & operarios faciat suos. Ergo institoria actione teneri hoc saltem casu debet, non ex locato cùm non ipse, sed vnus ex operariis vestimenta acceperit.

DEC. Actio institoria cùm non nisi ex alterius contractu competat, nunquam potest concurrere cum alia actione præsertim ciuili, quæ cõpetat cõtra eundem institorem ex propria ipsius persona: cur enim patiamur ex alieno contractu conueniri & condemnari eum, qui non minore actoris vtilitate conueniri ex suo possit? Atqui in proposita specie is qui adfirmauit mihi rectè, me credere operariis suis, & vestimẽta mea iis polienda dare, mecum ipse contrahit perinde atq; si magister ipse tabernæ idipsum mihi adfirmaret: aliquid enim promittit, & quidem pacta mercede vt mea dem eius discipulo vestimenta polienda. Ergo tenetur mihi actione directa ex locato quæ ciuilis actio est & bonæ fidei, in eóq; lõgè plenior & vtilior quàm institoria quę nec ciuilis nec bonę fidei actio est §. *actionũ. Inst. de actio.*

II ¶ Non tamen omne quod cum institore geritur, obligat eum, qui præposuit: sed ita, si eius rei gratia, cui præpositus fuerit, contractum est, id est dumtaxat ad id, quod eum præposuit.

Ad §. II. Non tamen omne.

RAT. DVB. Etiamsi institor de ea re contraxerit, cui prepositus non fuit, verùm tamen est cum institore contractum esse. Ergo æquè hoc casu institoria locum habere debet.

DEC. Non sufficit institorem contraxisse, nisi vt institor contraxerit *leg. secunda*, vbi diximus *suprà*, id est, sub illa formalitate institoris: non potest autem videri contraxisse, vt institor si de ea re contraxerit, cui præpositus non est, cùm præpositio sola sit, quæ facit institorem: lex igitur & conditio præpositionis accuratè obseruanda est *l. sed si pupillus* 11. §. *condicio infr. l.* 1. §. *igitur præpositio supr. de exercit. act.* Denique institorem hîc non in concreto accipimus, sed in abstracto.

12 ¶ Proinde si præposui ad mercium distractionem, tenebor nomine eius ex empto actione. Item si fortè ad emendum eum præposuero, tenebor dumtaxat ex vendito. Sed neque si ad emendum, & ille vendiderit: neque, si ad vendẽdum, & ille emerit, debebit teneri: idque Cassius probat.

Ad §. 12. Proinde.

RAT. DVB. Veteres his nominibus emptionis & venditionis promiscuè vtebantur, sicut & nominibus locationis & conductionis: *l. veteres* 19. *& seq. inf. de action. empt.* Ergo qui ad merces distrahendas præpositus est, etiam ad emẽdas præpositus videri debet, præsertim si quas emat, vt eas postea distrahat. Ex illa enim rerum commutatione magnus quæstus fit, cuius potissimùm gratia institorum vsus comparatus est *l. 1. l. si cum villico* 16. *inf. hoc tit.* Et verò nonne ad boni institoris officium pertinet, etiamsi vendendis tantùm mercibus præpositus sit, vt si videat posse se in iis emendis maiorem quæstum domino facere emendi occasionem non amittat.

DEC. Aliud est emere, aliud vendere; alius emptor, alius venditor; aliud merx, aliud precium *l. 1. infr. de rer. permut.* Ergo qui præpositus est ad merces distrahendas, non potest videri præpositus ad emẽdas. Itaque si vendiderit, obligat quidem dominũ actione institoria ex empto: sed si emerit, nõ obligabit eum ex vendito. Contrà verò si præposuerit eum ad emendum & ille emerit, obligabit dominũ actione ex vendito, sed si vendiderit, non obligabit eum ex empto: deniq; si cùm præpositus esset ad emendum, vendiderit, aut cùm esset præpositus ad vendendum, emerit, neq; ex empto neq; ex vendito dominꝰ tenebitur, vt hîc Vlpianus ex Cassio scribit. Obseruandum tamen est actiones istas ex empto & vendito quoties ex institoris contractu competunt, aduersus eum qui institorem præposuit nõ directas esse, sed vtiles, quia scilicet ex alterius contractu dantur, nec tam summo iure quàm ex æquitate *l. Iulianus* 13. §. *si procurator infr. de act. empt.* vbi idẽ Vlp. noster ex Papiniano ait, si procurator vendiderit, & cauerit emptori cum domino agi posse vtili actione ex empto ad exemplum institoriæ actionis, si modo vendendam rem mandauerit. Sed quod ibi additur. Ergo & per contrarium dicẽdum esse vtilem ex empto actionẽ domino competere, intellige ex contractu procuratoris, non ex cõtractu institoris, neque enim ex contractu institoris vlla vnquam actio acquiritur domino, nisi in subsidium, si aliter rẽ seruare non possit *l. 1. & 2.* vbi diximus *supr.*

¶ 13 Sed si pecuniam quis crediderit institori ad emendas merces præposito, locus est institoriæ. Idémque, & si ad pensionem pro taberna exsoluendam. Quod ita verum puto, nisi prohibitus fuit mutuari.

Ad §. 13. Sed si pecuniam.

RAT. DVB. Is qui pecuniam credidit institori ad emendas merces præposito, non contraxit de ea re in qua præpositus fuit: aliud n. est præpositũ esse ad emẽdas merces, aliud verò ad mutuã pecuniam accipiendã. Idémq; est, si ad pensionẽ pro taberna exsoluẽdã mutuatus sit. Quid. n. commune habet solutio pẽsionis cũ emptione mercium? DEC. Qui ad merces emẽdas præpositus est, ad ea quoq; omnia in necessariũ antecedens faciẽda præpositus videri debet, sine quib. negotiũ cui præpositus fuit explicare nõ posset *l. 2. supr. de iurisd. omn. iudi. l. ad rem mobilẽ* 56. *l. ad legatũ* 62. *supr. de procu.* Atqui hic institor neque merces emere potuit sine pecunia, quãpræsentẽ habere debet ac soluere, quisquis viliore precio vult emere, neque rursus tabernariam exercere nisi soluta pensione pro taberna. Ergo horũ quoque omnium nomine præpositus esse intelligitur vt consequenter mutuã pecuniam accipiendo in has causas obliget dominũ institoria: sed hoc ita, nisi dominus expressim prohibuerit eum pecuniam mutuari. Nullus. n. coniecturæ, aut præsumptioni locus relinquitur in tam aperta domini voluntate, contra quam si contractum sit nulla ratio est, vt dominus

BIU Cujas

obligetur. Lex. n. prepositionis omnimodo & districtè seruãda est, vt diximus ad §. *nõ omne* 11. *sup. ex l. sed si pupillus.* 11. §. *condicio infr. hoc tit.* sicut & constituto procuratore, mandati fines diligenter custodiendi sunt, quoties certa forma præscripta est, *l. 5. l. si quis pro eo 46. infr. mandat.*

14 ¶ Si ei, quem ad vendendum, emendúmve oleum præposui, mutuum oleum datum sit: dicendum erit institoriam locum habere.

Ad §. 14. Si ei, quem.

RAT. DVBIT. Qui præpositus fuit ad oleum vendendum emendúmve, non potest dici præpositus fuisse ad oleum mutuum accipiendum. Aliud enim est, emere aut vendere, aliud verò mutuum accipere, cùm hi contractus toto genere differant. Contractus enim emptionis & venditionis consensu perficitur, & bonæ fidei est. Mutuum verò non nisi re contrahitur & stricti iuris est. Ergo institoria hoc casu locum habere non potest ex contractu institoris circa eam rem, cui non fuit præpositus.

DEC. Is qui ad emendum vendendúmve oleum præpositus est, nihil facit contra legem prepositionis, si oleum mutuum accipiat, cùm acceptum mutuum possit vendere, quamuis non emere: sed tamen vbi vendiderit etiam ex precio venditionis aliud emere poterit, atque ita præpositionis legi satisfacere si ad emendum tantùm præpositus fuit. Quanquam malo hunc §. intelligere de eo qui ad totam negotiationem olei præpositus sit, id est, siue ad vendendum, siue ad emendum oleum. Denique sunt ista omnia vel antecedentia vel consequentia quædam eius negotiationis, cui præpositus est institor: quod sufficit vt institoria locum habere possit §. *idem fideiussori 16. infr.*

15 ¶ Item si institor, cùm oleum vendidisset, annulum arræ nomine acceperit, neque eum reddat: dominum institoria teneri. nam eius rei, in quam præpositus est, contractum est: nisi fortè mandatum ei fuit, præsenti pecunia vendere. Quare si fortè pignus [a] institor ob pretium acceperit, institoriæ locus erit.

Ad §. 15. Item si institor.

RAT. DVB. Institor præpositus ad oleum vendendum non fuit præpositus, vt arras vllas aut annulum pro arris acciperet. Est enim contractus arrarum alius & separatus à contractu venditionis *l. contractus 17. C. de fid. instrum.* præsertim cùm id quod arræ nomine datum est pars precij esse non potest, vt annulus in hac specie & in *l. ex empto.* 11. §. *is qui vina. de act. empt.* Ergo si soluto venditi olei precio institor annulum non reddat, institoria teneri dominus eo nomine non potest.

DEC. Institoria competit quoties eius rei nomine contractum est, cui præpositus quis fuit *l. 1. &* §. *non tamen hac ipsa lege supr.* Atqui cùm arræ accipiuntur in symbolum & testimonium perfectæ venditionis, cui præpositus institor fuit, illud ipsum negotium geritur, quod ex præpositione geri debuit, licèt in lege præpositionis nihil de annulo aut de arris dictum sit. Sunt enim ista consequentia venditionis *l. 2. C. quand. lic. ab empt. disced.* adeò vt si post arras datas conuenerit, vt emptio irrita fieret ex empto quoque agi possit ad hoc, vt arra restituatur *d.* §. *is qui vina.* Ergo multò magis dicendum est manente venditione, solutóque precio si institor annulum arræ nomine datum retineat, institoria actione dominum eo nomine teneri, vt annulum reddat. Sed addenda exceptio est, quam Vlpianus hîc non prætermisit, si non mandatum fuerat institori, vt præsenti pecunia venderet. Quo casu nihil est quod de arrarum aut datione aut restitutione tractari possit. Plerique verò ita fieri mandant, ne de precio soluendo postea litigandum sit. Qua ratione meritò placuit, vt pignora quæ in iudicati executione distrahuntur præsenti pecunia vendi oporteat *l. à diuo Pio 15.* §. *sed si emptor infr. de re iudic.* ne alioqui fiant de lite lites, si cùm improbo & perfido emptore res sit, quemadmodum nec voluit Prætor in executione iudicati obligationes ex obligationibus fieri *l. 4.* §. *ait Prætor eod. tit.*

a *Quare si fortè pignus.* RAT. DVB. Non fuit præpositus ad accipiendum pignus institor, quia ad vendendum præpositus est: aliud enim est vendere, aliud pignus accipere. Ergo si pignus acceperit institor pro precio venditionis, nec soluto precio velit pignus reddere, non idcircò dominus institoria actione de reddendo pignore conueniri poterit. Quomodo dicimus dominum, qui seruo suo pecuniam credi iussit, non ideò videri iussisse, vt pignora quoque seruus daret *l. dominum 3. infr. quod iuss.*

DEC. Is qui præpositus fuit ad vendendum, præpositus videtur ad ea quoque omnia facienda, per quæ contractus causa in tuto collocari possit. Parum enim est vendere, nisi vel precium accipias, vel saltem precij nomine cautum habeas. Hoc verò fit potissimùm acceptis fideiussoribus aut pignoribus *l. si mandatu 59.* §. *vlt. infr. mandat. l. 4.* §. *additi infr. de fideic. libert.* Ergo neque hic institor pignus accipiendo quicquam facit contra legem præpositionis, nisi ei mandatum fuerat, vt præsenti pecunia venderet. Nam ad hunc quoque casum, vt & ad præcedentem exceptio hæc accommodanda est, cùm si venditio fieret præsenti pecunia, non magis de pignore, quàm de annulo pro arris accipiendo tractari posset. In summa pignoris obligatio nihil nisi accessio quædam est ad principalem, & ad idem negotium principale pertinet, de quo contractum est. Proinde si pignus acceptum nolit institor soluto precio reddere, non potest dominus recusare, quominus idipsum præstet institoria actione.

Ad §. 16.

BIU Cujas

16 ¶ Item fideiussori, qui pro institore interuenerit, institoria competit, eius enim rei sequela est.

Ad §. 16. Item si fideiussori.

RAT. DVB. In prepositione institoris nihil dictũ est de dando per eum fideiussore. Ergo si dederit, extra legem præpositionis illud est, & cõsequenter fideiussori dominus institoria obligari non potest.

DEC. Datio fideiussoris nihil nisi sequela quædam & accessio est principalis negotij, quod contractum fuit. Multa enim negotia sunt, quę sine fideiussore expediri, vel nullomodo, vel non satis commodè possunt. Ergo ad illam quoque prępositionis lex debet extendi, vt & ad cætera omnia, quæ vel antecedentia vel consequentia sunt necessaria, §. *sed si pecuniam* 13. vbi dixi *supr.* Malè hîc vulgò legitur, *Idem* pro *Item*.

17 ¶ Si ab alio institor sit præpositus, is tamen decesserit, qui præposuit, & hæres ei extiterit, qui eodem institore vtatur: sine dubio teneri eum oportebit: necnon si ante aditam hereditatem [a] cum eo contractum est: æquum est ignoranti dari institoriam actionem.

Ad §. 17. Si ab alio.

RAT. DVB. Præpositio finitur morte pręponentis, sicut & mandatum morte mandantis, non minùs quàm morte prępositi ipsius vel mandatarij, §. *item si adhuc Instit. de mandat.* Omnis enim præpositio habet mandatum, licèt non contra §. *item si institor supr. hac lege.* Rursus præpositio nulla fit sine expressa declaratione voluntatis, §. *non tamen omne supr.* Atqui cùm decessit is qui institorem præposuit, licèt heredem aliquem reliquerit, verum tamen est institorem ab herede præpositum non fuisse. Ergo quamuis heres eodem institore vtatur, nihilo magis tamen ex eius persona & contractu conueniri potest institoria, cùm nunquam eum præposuerit.

DEC. Præposuisse hunc institorem videtur heres, ab ipso quod eum non remouerit: debuerat enim remouere, si eius opera vti nolebat *l. sed si pupillus* 11. *in princip. infr.* alioqui facilè per eius dissimulationem & silentium deciperentur contrahentes, quod non est ferendum, *d. l. sed si pupillus* §. *condicio in fin. l. mulier* 11. *C. de distract. pignor.* Nec quemadmodum prima præpositio exigit expressam voluntatem prępositi: ita & ea quæ ab herede fit, quippe quæ non tam noua præpositio quàm præcedentis tacita cõfirmatio quædã sit. Facilius enim est, vt quid tacitè confirmetur, quàm vt tacitè fiat §. *non tantùm Inst. de codicill. iunct. l. ante tabulas 5. inf. de iur. codic.* Neq; hoc tantùm casu, sed aliis etiam plerisque euenit, vt multa facta teneant, quæ fieri prohibentur, *vulg. l. pare furioso* 8. *supr. de his qui sui vel alien. iur. sunt l. qui in potestate* 6. §. 1. *qui testam. facer. poss. infr.*

a *Necnon si ante aditam hereditatem.* RAT. DVB. Non potest hoc in casu, vt in superiore, imputari heredi aut alij vlli cur institorem à defuncto prępositũ non remouerit, quia nemo ante aditã hereditatẽ heres fit: aditio siquidem non heredis institutio, aut hereditatis delatio illa est, quæ facit heredem, *l. l. aditio* 45. *& pass. de acq. hered. l. precia rerũ* 63. *in fin. princip. inf. ad leg. Falcid.* Et quamuis hereditas iacens personam defuncti repræsentare censeatur, *l. non minus* 31. §. 1. *de hered. inst. l. hereditas enim* 34. *de acquir. rer. domin.* Cùm tamen nonnisi ficta persona sit & eorum omniũ incapax, quæ sunt facti *l.* 1. §. *Scæuola si is qui test. lib. ess. iuss.* & in quibus factum personæ, operæve substantia desideratur, vt Hermogenianus loquitur in *l. hereditas in multis* 61. *de acquir. rer. domin.* Certum est non magis hereditati quàm defuncto posse imputari, cur præpositum nõ remouerit, quod facti est, & voluntatis. Ergo sibi imputet is qui cum institore ante aditam hereditatem contraxit.

DEC. Ignorari probabiliter potest, an decesserit nẽne, is qui institorem præposuit, quia id facti est, & quidem alieni, cuius ignorantia semper probabilis est *l. vlt. infr. pro suo.* Nemini autem iusta sua ignorantia captiosa esse debet, quia nec imputari cuiquã potest, cur id ignorauerit, quod scire non tenebatur. Alioqui facilè circumuenientur plerique cum institore contrahentes, quem vident mercem adhuc exercere perinde ac viuente domino quem ignorãt decessisse. Ergo æquum est, ignoranti dari actionem institoriam non aduersus hereditatem ipsam, quæ quoniam persona ficta est, actiones neque exercere, neque excipere vllas potest, sed aduersus heredem quandocunque adeuntem, quia & adeundo quandocunque iam inde à die mortis adisse retrofingitur *leg. heres quandoque* 54. *infr. de acquir. hered.* Ergo si is qui cum institore ante aditam hereditatem contraxit, non ignorauerit dominum decessisse, aliud dicendum erit, quia debet sibi imputare, qui sciens reuocatam morte prępositionem nihilominus cum institore contraxit. Quod Vlpianus noster apertè expressit addita dictione *ignoranti* ad exclusionem scientis. Quamuis valde obstet quod ex Paulo scriptum legimus in eadem prorsus specie, non esse imputandum ei qui sciens dominum decessisse, cum merce institorem exercente contraxit, *in l. siquis mancipiis* 17. §. *eius contractus infr. hoc tit.* Sed corruptus ille locus est, & pro *sciens* legendum *nesciens*, vt ibi dicemus, & iam docuimus *libr.* 2. *Coniect. cap.* 11. Idque ita esse præter manifestam iuris rationem, hîc maximè locus ostendit.

18 ¶ Sed etsi procurator meus, tutor, curator, institorem præposuerit: dicendum erit, veluti à me præposito, dandam institoriam actionem.

Ad §. vlt. Sed etsi procurator.

RAT. DVB. Actio institoria sicut datur ex contractu eius qui præpositus est, ita nec contra alium, quàm qui ipse præposuit, & qui imputare sibi debet cur præposuerit, *l. sed etsi* 7. §. *vlt. infr. hoc tit. l.* 1. §. *cuius autem & §. vnde quærit Ofilius supr. de exercit. act.* Atqui siue tutor vel curator meus, siue procurator institorem præposuerit, non ego sum qui præposui & alium fortasse præposuissem, si arbitrij mei ea res fuisset. Ergo non ego institoria conueniri debeo, sed vel procurator meus vel tutor vel curator qui prępositus.

DEC. Factum procuratoris domini factum est, debétq; sibi imputare qui talem elegit procuratorẽ, id est minùs sagacem, aut minùs fidelem qui meliorem institorẽ non præposuerit. Quod enim quis per procuratorem suum facit perse ipsum facere videtur,

BIU Cujas

l. ita autem 5. §. *quòd si quis infr. de author. tutor. l. si quis* 7. §. *vlt. supr. de iurisd.* & quod procurator facit tanquam procurator non suo nomine facit, sed alieno *l.* 1. §. *vlt. inf. de oper. noui nunciat.* Idémque dici potest de minoris curatore quem sibi minor elegerit. Non enim datur nisi petenti præterquam ad lites, §. *item inuiti inst. de curat.* Pupillus verò etsi non tutorem sibi eligit, sed in eum potius incidit, vt Papinianus loquitur in *l. vlt. infr. rem pupill. salu. for.* præposuisse tamen & ipse videtur eum quem tutor præposuit, non minùs cùm tutor solus eum præposuit, quàm si pupillus ipse tutore: authore præposuisset omnia enim quæ potest facere pupillus cum tutoris authoritate, ea tutor solus per se potest expedire, si quædam excipias quæ personalissimum pupilli factum requirunt, vt aditio hereditatis alienę *l. potuit* 5. *C. de iur. delib. iunct. l. pen. de author. tutor. l. ex contractu* 45. *de re iudi.* & quemadmodum non malè contrahitur cum tutoribus *l.* 4. *in fin. infr. de euict.* ita neque cum eo qui à tutore in pupillari negotiatione præpositus est, sicut nec cum eo cum quo iussit tutor contrahi vt in *l.* 2. *inf. quod iuss.* Alioqui magno incommodo afficerentur pupilli, quibus ea ratione institorum quodāmodo vsu & commercio interdiceretur *arg. l. quod si minor* 24. §. 1. *supr. de minor.* præsertim cùm si quid in ea re vel dolo vel culpa procuratoris, aut tutoris aut curatoris factum est, ex quo dominus vel pupillus vel minor damnum aliquod senserit, totum id actione mandati, vel tutelæ vel negotiorum gestorum sarciendum sit: nec aliud in furiosi vel prodigi curatore iuris est, qui passim & ferè in omnibus tutori æquiparatur, itémque curatori adolescentis, & procuratori vt in *l.* 1. §. *vlt. iunct. d. l.* 2. *quod iuss.* Benè igitur Vlpian. generaliter scribit, si procurator meus, aut tutor, aut curator institorē pręposuerit, veluti à me præposito eo, dādā cōtra me institoriā actionē.

6. PAVLVS libro 30. ad Edictum.

SEd & in ipsum procuratorem, si omnium rerum procurator est, dari debebit Institoria.

Ad l. Sed & in ipsum 6.

RAT. DVB. Ex eo contractu qui meo nomine à procuratore meo gestus est actio, non ideò contra procuratorem dari potest meo nomine, quia datus procurator ad contrahendum meo nomine, non æquè ad excipiendas pro me actiones datus intelligitur: nouo enim mandato in eam rem opus est, multomagis dicēdum est, non posse procuratorem conueniri ex eo contractu, quem non ipse interposuerit, sed institor qui ab eo præpositus est meo nomine, vt in hac lege. Quamuis si quid procurator ipse promiserit, etiam tanquam procurator, conueniri ex eo cōtractu possit actione directa, dominus verò non nisi vtili ad exemplum institoriæ, & quidē ita demùm si procurator soluendo sit, vt eleganter Papinianus ait in *l. in eum* 19. *in princ. infr.* quomodo intelligi debet quod ex eodem Papiniano Vlpianus scribit in *l. Iulianus* 13. *§. si procurator de action. empt.* sic dicimus in procuratorem, quamuis condemnatum non debere fieri executionem iudicati, nisi aut in rem suā datus sit, aut vltrò liti se obtulerit *l. Plautius* 61. *supr. de procurat. l.* 4. *in prin. inf. de re iudic.* Ergo ex contractu inito per institorem quem procurator meus præposuit, non contra procuratorem meum, sed contra me dari debet actio institoria.

DEC. Procurator cui generaliter libera rerum omnium administratio data est, omnia omnino potest facere, quæ constituens ipse posset, nec tantùm agere, exigere, soluere, solutionem accipere, aliud pro alio permutare *l. procurator cui* 58. *& seq. supr. de procurat* sed etiam actiones excipere & conueniri, non quidem suo nomine, sed procuratorio, vt hæc lex apertè probat: longéque aliud est quærere, an procurator ex suo contractu conueniri possit suo nomine, de quo nec dubitandum est, an procuratorio, de quo solùm hîc agitur. In tutorem sanè pupilli nomine agi potest ex contractu institoris à tutore ipso præpositi: non enim plus iuris & potestatis habet procurator, cui libera rerum omnium administratio concessa est, quàm tutor ad excipiendas pupilli nomine actiones omnes, itémque curator minoris nomine *leg.* 2. *infrà de administr. tutor.*

7. VLPIANVS libro 28. ad Edictum.

SEd & si quis meam rem gerens præposuerit, & ratum habuero: idem erit dicendum.

Ad l Sed & si quis 7.

RAT. DVB. Ratihabitio non æquiparatur mandato, in his in quibus mādatum præcedere debeat, puta cùm filiusfamilias iussu patris, vel seruus iussu domini hereditatem adire debet *l. qui in aliena* 6. *in princip. &* §. 1. *l. si quis mihi* 25. §. *iussum de acquir. hered.* aut ad inducendam actionem, quod iussu *l. si res* 5. §. *quod seruus infr. de in rem verso. l.* 1. §. *si ratum*, vbi deest certè negatio, vt ibi docebimus *infr. quod iuss.* Atqui in actione institoria præpositio domini debet præcedere contractum institoris, nec sufficit, vt ratū habeam contractum illius qui tanquam institor meus contraxit, cùm à me nondum esset præpositus cùm præpositio sola sit quæ facit institorem & ex contractu institoris dominum obligat, vt toties diximus. Ergo si quis negotia mea gerens sine mandato aliquem negotiationi certæ institorem meo nomine præposuerit, quamuis ratum habuero, non ideò tamen idem dicendum est, quod in superiore casu, vt ex eo contractu institoris conueniri possim, atque si procurator meus eum præposuisset: differentia enim illa est inter procuratorem & negotiorum gestorem, quod procurator mandatum præcedēs habet, negotiorum gestor non habet. DEC. Ratihabitio æquiparatur mādato quantū ad hoc vt quod negotiorum gestor, fecit citra mādatum, secuta ratihabitione à domino ipso factum videatur, vnde est, quòd ei qui institoria conuentus aliquid præstitit, datur etiam interdum pro sua indemnitate actio non tantùm mandati, sed etiam negotiorū gestorum *l.* 1. vbi diximus in illis verbis *vel negotiorū gestorum sup. hos tit.* In proposita verò specie pręcesserat prępositio, facta scilicēt à negotiorū gestore, vt proinde mirū nō sit ex cōtractu institoris, ita præpositi institoriam dari non contra præponētem ipsum, sed contra dominum cuius negotia gesta sunt, & qui eam prępositionē ratam habuit *l. vlt. C. ad SC. Maced.*

BIU Cujas

1 ¶ Parui autem refert, quis sit institor masculus an fœmina: liber, an seruus: proprius, vel alienus. item quisquis præposuit. Nam & si mulier pręposuit, competet institoria, exemplo exercitoriæ actionis. &, si mulier sit præposita, tenebitur etiã ipsa. Sed & si filiafamilias sit, vel ancilla pręposita: cõpetit institoria actio.

Ad §. 1. Parui autem refert.

RAT. DVB. & DECID. eadem est quæ ad *l. 1. §. parui autem refert 16. & §. in potestate 21. supr. de exercit. act.* vbi circa exercitoriam actionem idipsum Vlp. scribit, quod hîc circa institoriam, nihil refert quis nauem exerceat, & quis magistrum nauis pręposuit, an masculus, an fœmina, an paterfamilias, an filiusfamilias, vel seruus. Dum ne sit pupillus qui si nauẽ exerceat, indiget tutoris authoritate, vt obligetur. Nã quemadmodum exercitor præponit magistrum nauis, ita & dominus vel domina institorem. Illud certè in exercitoria & institoria diuersum est, quod ad regendam nauem neque mulieres, neque impuberes eliguntur, quomodo tabernæ præponi possunt, vt scribitur in fine huius legis & in *l. seq.* Itaque in institoria nihil interest, quis præponat aut præponatur, in exercitoria potest quilibet præponere excepto pupillo, at non quilibet præponi potest: nimirum quia longè plus & animi, & ingenij & virium requiritur ad regendam nauem, quàm ad curandam tabernam. Ergo siue mulier præposita sit, tenebitur ex suo contractu, siue præposuerit, tenebitur institoria, exemplo exercitoriæ actionis, vt hîc Vlpianus ait. Quomodo Imperatores in *l. & si à muliere 4. Cod. hoc titul.* scribunt è contrario mulierem quæ magistrum nauis præposuit ex eius contractibus teneri exercitoria ad exemplum institoriæ actionis, nimirum eadem prorsus æquitas in duabus his actionibus locum habet, & quantum ad omnia ferè, perpaucis exceptis, in vtraque ius idem inducit, vt Iustinianus ait in §. *eadem ratione Inst.* Quod cum eo iunctis iis quæ dixi ad *l. 1. in princip. & in §. licèt autem 20. supr. de exercit. act.*

2 ¶ Pupillus autem institor obligat eum, qui eum præposuit, institoria actione: quoniam sibi imputare debet, qui eum præposuit.

Ad §. 2. Pupillus autem.

RAT. DVB. Pupillus ab alio præpositus institor nõ potest obligari ei, qui ipsum præposuit, nisi præpositus sit tutore authore, quia ex nullo contractu obligatur pupillus absque tutoris authoritate *l. obligari 9. infr. de author. tutor.* Ergo nec obligare ex suis contractibus dominum potest, ne alioqui omni iuris auxilio destituatur is, qui pupillũ institorem præposuit, cùm neque contra eum, qui cum institore contraxit, neque contra pupillum ipsum pro sua indemnitate actionem habiturus sit *l. 1.* vbi diximus *sup.* Iniquum enim est in eo contractuum genere qui vltro citroq; obligatorij sunt, ex vno tantum latere contrahi obligationem, non etiam ex altero *l. Labeo 19. de verb. significat. l. 3. §. vlt. infr. mandat.* DEC. Imputare sibi debet is, qui pupillũ præposuit institorem, sicut & qui procuratorem *l. 3. §. vlt. sup. de minor. l. cùm mandatu 23. eod. tit. l. 1. §. cuius autem & §. vnde quærit Ofilius sup. de exercit. action.* Nec damnum proinde vllum sentire videtur, quod ex sua culpa sentit *l. quod quis 203. de regul. iur.* Sciuit enim aut scire debuit, nõ posse pupillum obligari sine tutoris authoritate, ideoque tutoris præsentiam & authoritatem adhibere debuit, si id agebat, vt pupillum sibi obligaret. Neque nouum est, vt si quis cum pupillo sine tutoris authoritate contrahat etiam eo contractus genere, quod sit vltro citroque obligatorium, ex vna tamen duntaxat parte nascatur obligatio. Is enim qui cum pupillo contrahit, ei obligatur, non etiam pupillus ipsi *l. Iulianus 3. §. si quis à pupillo antep. infr. de action. empt.* Idque est quod nostri solent dicere, contractum hoc casu claudicare, quia ex vno tantùm latere constat. Iunge *l. verum 9. infr.*

8. GAIVS libro 9. ad Edictum Prouinciale.

NAm & plerique pueros, puellásque tabernis præponunt,

Ad l. Nam & plerique 8.

Eadem dubitandi & decidẽdi ratio est quæ ad §. 1. *legis præcedentis.* Nã & sexus & ætatis infirmitas videbatur obstare, ne pueri, id est, impuberes puellæque tabernæ præponi possent. Sed tamen publicè vtilius est, iam inde ab ea ætate assuefieri cuiuscunq; sexus personas videndis, audiendis, tractandisq; leuioribus saltẽ negotiationibus, quarũ ætas illa capax esse potest. Iunge *l. 1. §. de eo & l. & ancillarum 27. infr. de pecul.*

9. VLPIANVS libro 28. ad Edictum.

VErùm si ipse pupillus præposuerit, si quidem tutoris auctoritate, obligabitur, si minùs non.

Ad l. Verùm si ipse pupillus 9.

RAT. DVB. Pupillus etiamsi institorem præposuerit sine tutoris authoritate, attamẽ ex institoris contractibus lucrum & commodum sentire potest. Nihil enim vetat pupillum etiam sine tutoris authoritate sibi acquirere *l. obligari 9. de author. tutor.* Ergo & ex eiusdẽ institoris contractibus eũ obligari æquum est. Ex generali illa ratione & regula æquitatis quæ actionem hanc introduxit de qua in *l. 1. supr. l. ex qua persona 149. de regul. iur.* DEC. Sibi quidem acquirere pupillus sine tutoris authoritate potest, sed obligari non potest *d. l. obligari.* Ergo nec institorem præponere, quoniam qui præponit ad hoc se obligat, vt institoria conueniri ex institoris actibus quandoque possit. Planè si citra tutoris authoritatẽ præposuerit, & ex actu institoris locupletior factus sit, eatenus dabitur in eũ actio, ne ex aliena iactura locupletetur, vt scriptum est in *l. seq.* Idem & in exercitoria actione iuris est *l. 1. §. parui autem refert in fin. supr. de exercit. act.*

10. CAIVS libro 9. ad Edictum Prouinciale.

EAtenus tamen dabitur in eum actio, quatenus ex ea re locupletior est.

BIU Cujas

Ad l. Eatenus 10.

RAT. DVB. Imputare sibi debet, qui cum institore contraxit præposito à pupillo sine tutoris authoritate, cùm sciuerit aut scire debuerit non posse pupillum ex ea præpositione obligari, saltem ciuiliter aut iure prætorio, ad hoc vt institoria conueniri possit *d.l. obligari 9. de author. tutor.* Nec eo minùs tamen obligari pupillo eum qui cum ipso aut cum ipsius procuratore vel institore contrahit, vt diximus ad §. *vlt. l. sed etsi 7. supr.* Ergo quamuis ex eo institoris actu locupletior factus sit pupillus. Non ideo tamen danda videtur contra eum actio institoria, ne quidem eatenus quatenus locupletior factus est, cùm nec damnum vllum sentire videatur, quod ex culpa sua sentit, is qui cum eo institore contraxit *l. quod quis 203. de reg. iur.* perinde atque si cum ipso pupillo sine tutoris authoritate contraxisset *l. Iulianus 13. §. si quis à pupillo antep. infr. de act. empt.* DEC. Generalis illa æquitas illa est, & ad pupillum quoque porrigenda quæ dictat neminem ex alterius iactura locupletiorem fieri debere *l. iure naturæ 206. de reg. iur. l. naturaliter 13. §. vlt. & l. seq. supr. de condict. indeb. l. vlt. de iureiur. l. 3. in princip. supr. commod. l. 4. §. si quis pupillo 4. infr. de dolo mal. except. l. in pupillo 47. l. si pupilli 66. de solut. l. vlt. C. de vsucap. pro emptor. §. vlt. Instit. quib. alien. licèt vel non.* Nec iam dubitatur post rescriptum Diui Pij quin pupillus locupletior factus, & obligetur ciuiliter & conueniri possit, vtili actione quatenus locupletior factus est *d. l. 3. in princip. supr. commod. l. 3. §. pupilli sanè l. Neseunius 34. supr. de negot. gest.* Ergo si ex actu institoris sui pupillus locupletior factus sit, quamuis eum sine tutoris authoritate præposuerit, eatenus tamen in eum dari actionem institoriam æquum est, quatenus locupletior factus sit. Nam neque pupillo permissum esse debet, occasionem iuris ad iniustum compendium suum trahere *d. l. vlt. C. pro emptor.* quia id sine dolo malo fieri non potest *l. si quis mancipia 17. §. penult. infr. hoc tit.*

II. VLPIANVS libro 28. ad Edictum.

SEd si pupillus heres extiterit ei, qui præposuerat: æquissimum erit, pupillum teneri, quandiu præpositus manet. remouendus enim fuit à tutoribus, si nollent opera eius vti.

Ad l. Sed si pupillus 11.

RAT. DVB. Ætas pupilli etiam illa ignorat, quæ videt *l. vnic. C. de fals.* monet nec intelligitur pati aliquid posse, qui nihil scit *l. in eo* 110. §. *pupillus de regul. iur.* Ergo tametsi heres extiterit, ei qui institorem præposuerat, nec institorem remouerit, nihil tamen ei imputari potest, propter quod institoria teneri debeat ex eius institoris contractibus, præsertim cùm alieni facti ignorantia etiam in adulto & maiore probabilis sit *l. vlt. infr. Pro suo.* Eius verò potissimùm qui in alterius ius succedit *l. qui in alterius 42. de regul. iur.* Et quamuis aliqua tutoribus culpa imputari possit, quod eum institorem non remouerint, si eius opera vti nolebant, vt hic Vlpianus scribit, non debet tamen ea culpa nocere pupillo, qui non elegit sibi tutores, sed in eos incidit *l. vlt. infr. rem pupill. salu. for.* & cuius interest, non conueniri per institoriam, & non soluere potiùs, quàm solutum repetere *l. 3. infr. de compensat. l. si stipulatus 15. in princip. de fideiuss. l. nemo ideo 171. de regul. iur.* DEC. Sicut imputaretur heredi eius, qui institorem præposuit, si maior annis viginti quinque eius opera vteretur nec eum remoueret *l. cuicunque 5. §. pen. supr.* Ita & imputatur pupillo eidemque heredi, non cur ipse institorem à defuncto præpositum non remouerit. Sed cur tutores pupilli nō remouerint, si eius opera vti nolebant: scientia enim & patientia tutorum pro pupilli scientia & patientia est, adeò tutor in omnibus vice domini habetur *l. is qui in puteum 11. §. an ignoscitur infr. quod vi aut clam. l. interdum 56. §. qui tutelam de furt.* nisi cùm pupillum spoliat *l. qui fundum 7. §. si tutor Pro emptor.* Potest autem fieri, vt ex pupilli non solùm vtilitate, sed etiam dignitate sit non remouere institorem, quem prudens pater non sine magno consilio iudicioque adhibuerat, nisi remouendi causa aliqua detecta sit, quam pater ignorauerat. Alioqui semper ignoscendum est tutori, qui prudentis patris voluntatem factumque secutus est *l. in confirmando 8. cum duab. seqq. infr. de confirm. tutor. l. magis puto 5. §. sed si pater & seq. infr. de reb. eor. qui sub tutel. l. 1. C. quand. decret.* opus non est denique sicuti bene cōtrahitur cum tutoribus etiam non interueniente persona pupilli *l. 4. in fin. infr. de euict.* Ita & cum institore siue quem tutores præposuerint, siue quem à defuncto præpositum remanere passi sunt. Aliter enim posito iure nunquam tuto contraheretur cum institoribus pupillaribus quod ipsis potissimùm pupillis damnosum esset *l. quod si minor 24. §. 1. de minor.* & ignorantia pupilli quæ per ipsius ætatē cōtingeret, esset aliis dānosa & captiosa. Quod cùm semper iniquū sit *l. quod autem 6. §. si quid cum pupillo inf. quæ in fraud. credit.* Tum maximè tamen cùm tractatur de institoria actione, quia nō debent decipi, qui cum institore bona fide contraxerunt §. *condicio in fin. infr. hac lege.* Idque propter vtilitatem promiscui vsus, id est, commerciorum *l. si quis mancipiis 17. §. si impubes inf. hoc tit.* Quid ergo si pupillus tutorem nullū habuerit? Idē est vt dicā in *d. §. si impubes.*

1 ¶ **Sed & si minor 25. annis erit, qui præposuit: auxilio ætatis vtetur non sine causæ cognitione.**

Ad §. 1. Sed & si minor.

RAT. DVB. Non eadē minoris viginti quinq; annis, quę pupilli ratio esse, videri potest. Pupillus enim sine tutoris sui authoritate obligari siue ciuili siue prætorio iure nō potest, vt in præcedētibus diximus ex *l. obligari 9. infr. de author. tutor.* At puberes licèt minores viginti quinque annis rectè sine curatoribus suis obligantur *l. puberes 101. de verb. obligat.* Ergo si minor etiam sine curatoris sui authoritate institorem præposuerit dicendum est, omnimodo institoria teneri eum debere. DEC. Obligatur quidē minor ipso iure ex omnibus penè causis etiam sine authoritate curatoris dummodò non contra leges contraxerit, sed tamen

Sed tamẽ paratum ei ſemper eſt, auxiliũ reſtitutionis in integrum ex edicto & beneficio Prętoris, ſi modo ſe non ſolùm minorẽ, ſed etiã lubrico ætatis nimiaq; facilitate læſum ac deceptum eſſe doceat. Non enim bona conſecutio eſt, vt quiſquis minor eſt hoc ipſo læſus probetur *l. nam poſtea quàm 9. §. ſi minor. ſup. de iureiur.* Et in his nimirum duobus conſiſtit plena illa cauſæ cognitio, quã Prætor ſemper adhibet, quoties minor petit reſtitutionem *l. verum 11. §. ſciendum eſt l. quòd ſi minor 24. §. non ſemper & §. vlt. l. non omnia 44. & paſſ. ſupr. de minor. l. neceſſariis 57. de acquir. hered.* Rectè igitur Vlpianus in hoc §. *ſi minor 25. annis*, inſtitorem præpoſuerit poſſe quidem illum auxilio ætatis, vti hoc eſt implorare reſtitutionem in integrum ex capite de minoribus, ſed non ſine cauſæ cognitione, id eſt, ita demùm ſi eam præpoſitionem ſibi damnoſam eſſe probauerit, quo probato nec ei noceret, quod in præponendo inſtitore authoritatem curatoris ſui adhibuiſſet *l. 1. & 2. Cod. ſi tut. vel curat. interuen.*

2 ¶ De quo palàm proſcriptum fuerit, ne cum eo contrahatur: is præpoſiti loco non habetur. non enim permittendum erit cum inſtitore contrahere: ſed, ſi quis nolit contrahi prohibeat: cæterùm, qui præpoſuit, tenebitur ipſa præpoſitione.

Ad §. 2. De quo palàm.

Rat. dvb. Nemo poteſt conſilium mutare in alterius iniuriam *l. nemo poteſt 75. de regul. iur.* Atquin is qui inſtitorẽ, quem prępoſuerat, remouet, nulla interueniente ſatis iuſta cauſa, facit iniuriam non quidem iis qui alioqui cũ eo contracturi fuiſſent (quod enim ad eos pertinet, res integra eſt, nec ipſorum quicquam intereſt) ſed inſtitori quem remouet, cum ea res ſuggillet exiſtimationem apud bonos & graues viros, qui non facilè ſuſpicaturi aut crediturí ſunt remotum eſſe inſtitorem, ſine aliqua vel nimiæ negligentiæ, vel imperitiæ, vel perfidiæ ſuſpicione: habęque publica illa proſcriptio, neſcio quam publicæ infamiæ notam, quam incurrere inſtitorem, qui ex fide bona officium ſuum ſemper fortaſſis impleuerit, durum certè eſt, ne dicã, inhumanum. Diffamari autem ea ratione fidẽ ac pudorem liberi fortaſſis & ingenui inſtitoris non oportet *arg. l. diffamari 5. C. de ingen. manum.* Huiuſmodi enim perſonis grauior plerumque hic metus eſt, quàm mortis *vulg. l. iſti quidem 8. quod met. cauſ. l. Quintus Mucius 48. infr. mandat. l. quæ omnia 25. ſup. de procurat.* Dec. Nemo inuitus inſtitorem retinere cogitur, vt neque procuratorem, ſed cùm vtrumque ex voluntate conſtituentis pendeat, contraria eiuſdem voluntate reuocari & procurator & inſtitor poteſt *l. nihil tã naturale 35. de regul. iur. l. prout 80. de ſolut. l. 4. in princip. l. quam Tuberonis 7. §. pupillum infr. de pecul.* Cumq; hoc ipſo ſuſpectus fiat, qui operam ſuam vltrò ingerit inuito, nõ eſt audiendus inſtitor, ſi remoueri nolit, niſi hactenus, vt dicat ſe inſtitoris quidem officio carere velle, ſed ita ſi id illæſa exiſtimatione ſua fiat. Exemplo eius, quod in reuocato procuratore ſcribit Vlp. in *d. l. quæ omnia.* nec præterea cogendus eſt is, qui inſtitorẽ remouet, cauſas dicere propter quas remoueat, cùm varię poſſint eſſe cauſæ, vt in *l. 4. inf. ad SC. Trebell.* nec alia facti cauſa quęrenda ſit in eo quod fit ex libera voluntate *l. ſi in teſtamento 22. in fin. infr. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* Eſt autem hæc publica proſcriptio neceſſaria, nõ ſolùm ex parte domini qui inſtitorem præpoſuit, ne in poſterum teneatur ex cõtractibus inſtitoris, quomodo alioqui ex ſola ſua præpoſitione teneretur: ſed etiã, idq; maximè ex parte illorum, qui cum eo contracturi eſſent, qui vtique deciperentur §. *condicio in fin. inf. hac lege.* Non enim ſufficit prohiberi inſtitorem ne contrahat, quod per familiarem denunciationẽ teſtato ſaltem factam fieri honeſtiùs poſſet, ſed prohibendi ſunt omnes, qui cum eo contrahere aliquãdo vellent, ne in poſterum contrahant, quod certè niſi per publicam proſcriptionem fieri nõ poteſt, quandoquidem, quinam illi ſint, ignoratur. Non ergo iniuriam comminiſci videtur, qui palàm ita proſcribit de inſtitore, ſed ius ſuũ tuetur, ſibiq; proſpicit, ideoq; nec iniuriarum actione teneri poteſt, cùm non habeat animum iniuriæ faciendæ *l. quod reipublicæ 33. & paſſ. infr. de iniur. l. qui iniuriæ 53. in princip. de furt. l. 1. §. 1. quod vi aut clam.* Nec alienum eſt ab vtilitate publica vt eo metu quaſi infamiæ, deterreantur inſtitores à fraudibus quas plerique in dominorum necem ac perniciem cõminiſcuntur, & vt in officio cõtineantur. Qui autem publica proſcriptione illa contrahere prohibiti ſunt, exinde præpoſitorum & inſtitorum loco non habentur, quamuis fortè per contumaciam mercem exercere non deſinant, inſtentq; ſemper negotiationi, vt inſtitorum nomen facto ſaltem ipſo retineant. Itaque publica iſta proſcriptio non tam facit, vt adhuc præpoſiti reuera non ſint, quàm vt præpoſitorum loco non habeantur quantum ad hoc ſcilicet, vt cum iis contrahatur ad dominum inſtitoria actione obligandum. Planè etiam poſt amiſſum nomen & officium inſtitorum cuſtodes tamẽ remanent §. *ſed ſi in totum inf.* Ideoq; cõmodiùs creditur eos prohiberi cõtrahere, quã remoueri.

3 ¶ Proſcribere palam ſic accipimus: claris literis, vnde de plano rectè legi poſſit, ante tabernam ſcilicet, vel ante eum locum, in quo negotiatio exercetur: non in loco remoto, ſed in euidenti. Literis, vtrum Græcis, aut Latinis? puto ſecundum loci condicionem: ne quis cauſari poſſit ignorantiam literarum. Certè ſi quis dicat, ignoraſſe ſe literas, vel non obſeruaſſe, quod propoſitum erat, cùm multi legerent, cumque palam eſſet propoſitum, non audietur.

Ad §. 3. Proſcribere.

Explicat Vlp. in hoc §. quid ſit palã proſcribere, & ait, nihil aliud eſſe q̃ claris literis, non notis ſcribere, ita vt de plano legi poſſit, nec tã alto loco ſcriptę ſint literę, vt earum lectio difficilior ex eo futura ſit: ante tabernã ſcilicet inſtitoris, vel ante eũ locũ in quo negotiatio exercetur, nec in loco remoto, ſed in eui-

BIU Cujas

denti. Literis porrò siue Græcis siue Latinis secundùm loci condicionem, ne quis causari possit ignorantiam literarum. Non enim nisi crassa nimis potest esse hæc ignorantia, si quis neget se sciuisse, vidisse, & intellexisse, quod omnes viderũt, sciuerunt, intellexerunt, aut saltem videre, scire, & intelligere potuerunt. Estque hic finis latæ culpæ, ita vt progredi vlteriùs non possit *l. latæ culpæ 223. de verb. signific.* Proinde si quis ex iis, qui posteà cum hoc institore contraxerunt, velit agere institoria contra dominum, & dicat se ignorasse literas, vel non obseruasse quod proscriptum erat, cùm multi legerent, cumque palàm esset proscriptum, non audietur. Non enim supina ista ignorantia ferenda est, factum ignorantis *l. nec supina 6. l. regula 9. §. sed facti infr. de iur. & fact. ignor.* & hæc omnia tam claris literis perscribit Vlpianus in hoc §. vt nullã possint recipere dubitandi rationem. Sic & leges olim palàm pro Rostris proscribi solebant, vt obseruat Cuiacius *libr. 7. Obser. cap. 29.* culpatum fuisse Caium Cæsarem, quod minutissimis literis & angustissimo loco legem de vectigalibus proposuisset, vti ne cui describere liceret. Hinc certè est, quod nec leges, nec constitutiones Principum aut ignorare, aut dissimulare cuiquam permittitur *l. constitutiones 12. Cod. de iur. & fact. ignor. l. leges sacratissimæ 9. Cod. de legib.* Illud diligenter notandum est, si institor seruus proprius fuit eius qui præposuit, dominum huiusmodi proscriptione id tantùm consequi ne institoria teneatur, at non etiam vti ne de peculio, quoniam de peculio actio ex ipso peculio nascitur, non ex præpositione *l. quoties 47. in princip. infr. de pecul.*

4 ¶ Proscriptum autem perpetuò esse oportet: ceterùm si per id temporis, quo propositum non erat, vel obscurata proscriptione, contractum sit: institoria locum habebit. Proinde si dominus quidem mercis proscripsisset, alius autem sustulit, aut vetustate, vel pluuia, vel quo simili contingit, ne proscriptum esset, vel non pareret, dicendum est, eum, qui proposuit teneri. Sed, si ipse institor[a] decipiendi mei causa detraxit, dolus ipsius præponenti nocere debet: nisi particeps doli fuerit, qui contraxit.

Ad §. 4. *Proscriptum autem.*

Addit Vlpianus, non sufficere, vt publicè proscriptum sit, ne cũ institore cõtrahatur nisi proscriptum duret. RAT. DVB. Proscriptio semel facta publicè, satis declarat cõtrariã domini voluntatẽ, & quidem publica testatione consignatam: nec quod proscriptionis literæ vel deletæ sint, vel pluuiâ aut qua alia re simili obscuratæ, facere potest, vt volũtas quæ defecerat retinendi institoris, quasi nouo quodã indicio rediisse existimetur, nisi fingas à præponẽte ipso deletã aut sublatã fuisse proscriptionẽ *arg. l. qui ex liberis 11. §. testamento inf. de bonor. poss. secund. tab. iunct. l. si filiusfamilias 16. infr. de SC. Maced.* Ergo nõ eo magis teneri dominus debet institoria actione iis, qui cũ institore postea contraxerunt, quasi nulla vnquã facta proscriptione. DEC. Proscriptio hæc nõ alia de causa fit, quàm ne decipiantur, qui cũ institore contracturi sunt, nec possint ignorare institoris præpositionẽ à domino reuocatã esse §. *de quo palã sup.* Atqui facilè deciperentur, & perinde ac si proscriptũ nũquã fuisset, si non perpetuò proscriptum manere oporteret. Nec enim de proscriptione quisquã curiosius inquirit, nisi eo tẽpore, quo contracturus est: inquirit autẽ non quid antea fuerit, sed quid eo tẽpore sit, quia & fieri potest, vt qui institorem anteà remouere voluit, posteà mutauerit voluntatẽ. Ergo proscriptum perpetuò manere oportet, vt proscriptum videatur: sicuti solemus dicere non videri versum in rẽ patris vel domini quod non durat versum *l. si propatre 10. §. versum infr. de in rem vers.* Itaque placet valde quod vir doctissimus Dionysius Gothofredus ex hoc §. & ex superiore notat, in hac proscriptione quinque esse necessaria, vt claris literis facta sit, vt iis quæ intelligi possint, vt ante locũ negotiationis, vt eo loco posita vnde de plano legi possit: deniq; vt perpetuò maneat. Ex quo infert Vlpianus. Si per id temporis quo præpositũ non erat in loco negotiationis, & proscriptũ ne cũ institore contraheretur, aut obscurata iam proscriptione cum eo contractũ sit, institoriã locum habere, quòd hoc casu nihil imputari possit ei qui contraxit, sed domino potiùs cur nouã proscriptionem non fecerit, aut veteris vitiũ emendauerit, cùm eius quàm maximè interesset: Proinde, inquit Vlpianus, si cũ domin⁹ mercis proscripsisset, alius proscriptionem sustulerit, aut vetustate vel pluuia vel quo alio simili casu cõtigerit, vt proscriptũ vel non esset, vel nõ pateret, dicemus eũ qui prępposuit teneri institoria actione. Quis enim diligẽtiùs quã ipse inquirere & curare debuit, vt proscriptũ perpetuò maneret?

[a] *Sed si ipse institor.* RAT. DVB. Cũ institor ipse est, qui decipiendi mei causa proscriptionem detraxit, nihil potest imputari domino, qui facta ritè proscriptione prohibuerat ne cum institore cõtraheretur. Ergo institoriã actionem cõtra eum dari iniquũ est. DEC. Imputari quidem hoc casu domino non potest, cur non proscripserit. Sed imputari tamen ei potest, cur tam dolosum & perfidum hominẽ tabernę suę institorẽ prępposuerit, qui proscriptionẽ illam tollere non dubitauerit, vt me deciperet *l. sed etsi 7. §. vlt. sup. l. 1. §. cuius autẽ & §. vnde quærit Ofilius sup. de exercit. act.* Cũq; eum dolũ institoris necesse omnino sit aut mihi nocere qui cum eo contraxi, aut domino qui eum præposuit, longè æquius est, nocere domino, cui saltem hoc imputari potest, quod diximus, quàm mihi, cui nihil. Esset sanè melius neutri nocere, si fieri posset, quia dolum vnius alteri neque prodesse neq; nocere vnquã oportet. Sed quoties nihil sine captione inuestigari potest, id sequendũ est, quod minus habet iniquitatis *l. quoties 200. de regul. iur.* Addenda sanè exceptio est, quam hîc Vlpianus nõ prætermisit, nisi *particeps doli fuerit qui contraxit.* Iam enim eo casu non institoris, sed proprius ipsius contrahentis dolus ipsi nocet, vt in *l. 1. & tot. tit. infr. quæ in fraud. credit.*

5 ¶ Condicio autem præpositionis seruanda est. Quid enim, si certa lege, vel interuentu cuiusdam personæ, vel sub pignore voluit cum eo contrahi, vel ad certam rem? æquissimum erit, id seruari, in quo præpositus est. Item si plures

si plures habuit institores, vel cum omnibus simul contrahi voluit, vel cum vno solo: sed & si denuntiauit cui,[a] ne cum eo contraheret: non debet institoria teneri: nam & certam personam possumus prohibere contrahere, vel certum genus hominum, vel negotiatorum: vel certis hominibus permittere. Sed si aliàs cum alio contrahi vetuit[b] continua variatione: danda est omnibus aduersus eum actio: neque enim decipi debent contrahentes.

Ad §. 5 Condicio autem.

RAT. DVB. Facilè decipientur ij qui cum institore contrahent, si præpositionis condiciones tã multæ, quas ipsi fortè ignorent, adeò districtè seruandæ sint. Finge dominum non nisi certa lege, vel interuentu cuiusdam personæ, vel non nisi sub pignore voluisse cum eo contrahi: an eò minùs obligari dominum institoria actione oportebit, quod has omnes præpositionis condiciones non obseruauerit? Vnde verò potuit tot minutias diuinare? An non ignoscẽdum ei est, si non diuinauerit? *l. si fideiussor 29. §. si cùm debitor infr. mandat. l. si putator 31. in fin. supr. ad leg. Aquil.* Ergo hoc quoque casu dominum institoria teneri æquum est, ne alioqui decipiantur qui cũ institore contraxerint, quod non est ferendum, vt scriptum est in fine huius §. DEC. Lex præpositionis certam legem dat contrahentibus *l. 1. §. igitur præpositio supr. de exercit. act.* Cùm enim non alia de causa is, qui institorem præposuit, teneatur actione institoria, quàm quia eum præposuit, & quatenus eũ præposuit, *l. cuicunque 5. §. non tamen omne supr. hoc tit.* Cõsequens omnino est, vt præpositionis condiciones omnes seruari oporteat, cùm non aliter fuerit ille præpositurus, *arg. l. vlt. C. de pact. int. emptor. & vendit.* Sed condiciones illas ponendum est, palàm expositas esse cũ ipsa præpositione, vt omnib. innotescere potuerint, non autem separata & domestica inter dominum & institorem cautione, quam ignorare contrahentes, probabiliter potuerint, planè sicuti antequàm cũ institore contrahant qui contrahere volunt, inquirere debent an institor ille & præpositus sit [nec enim angustiis loci aut temporis tantopere premuntur, vt non possint capere pleniùs deliberandi consilium, in quo maximè differunt qui cũ institore ab iis, qui cũ magistro nauis cõtrahunt, *l. 1. in princ. supr. de exercit. act.* Ita & inquirere diligẽter ac curiosè eos oportet, quibus legibus & cõdicionibus præpositio facta sit: nec vereri debẽt, ne nimis curiosi, videantur, vt in *l. doli 19. ad fin. infr. de noxal.* cùm magnam in eam rem præstare diligentiam debeant, vt in *l. vlt.* vbi diximus *supr. de exercit. act.* Alioqui erit iis imputandum, non cur minimè diuinauerint, sed cur non diligentiùs inquisiuerint de legibus & condicionibus præpositionis, quæ cùm in ipso actu præpositionis insertæ esse debeant, difficile est, vt qui cum institore contrahunt, sciant eũ præpositum, quin sciãt etiam quibus legibus & cõdicionibus, ne possint decipi. Proinde si dominus plures habuit institores, inspiciendum erit, an cum omnibus simul contrahi voluerit, an & cum vno solo vt in *d. l. 1. §. sed etsi sic præposuit supr. de exercit.*

a *Et si denuncietur cui.* RAT. DVB. De institore palàm proscribere dominus debet, ne cum eo contrahatur, si ex eius persona & contractibus non vult teneri institoria §. *de quo palàm & sequ. supr.* Ergo non sufficit alicui specialiter priuatim q; denunciatũ esse, ne cum institore contrahat, ne alioquin eueniat, vt cum quibusdam possit institor contrahere, cum aliis nõ possit, eáq; varietas incertitudinem, & quod est consequens fraudis & deceptionis materiã plerisque præbeat, vt scriptum est in fine huius §. DEC. Multùm interest, an dominus prohibere omnes velit, ne cum institore contrahant, an certam personã duntaxat: est enim hoc positum in ipsius arbitrio & electione, sicut & vtrũ omni negotiatione, an certę rei tantùm & an certuo genus hominum aut negotiatorum prohibere velit: aliis autem omnibus permittere. Publica proscriptio necessaria est, vt generalis sit, & personas omnes omniáque negotia comprehendat: alioqui specialis prohibitio & denunciatio non solùm sufficit, sed sola vsui esse potest, vt institor quantum ad alios omnes qui non sunt prohibiti remaneat institor. Alio si quidẽ casu, id est, cũ generalis proscriptio est non tam institoris & præpositi, quàm custodis loco habetur, vt scriptum est in *§. prox. seq.* Euenit autem plerumque vt institoris fides suspectior sit domino ratione certarum personarum & negotiationum, quàm ratione aliarum. Ideóque non semper generalis prohibitio aut vtilis aut necessaria est.

b *Sed si aliàs cum alio contrahi vetuit.* Intellige cũ quo nunc contrahi permittit, aut si è contrario nũc contrahi prohibeat cum eo cum quo aliàs permisit; idque continua variatione, vt Vlp. loquitur. RAT. DVB. Vnusquisque rerum suarum moderator est, & arbiter, potestq; in rebus suis gerendis pro arbitrio mutare voluntatem *vulg. l. in remandata 21. C. mãdat. l. 2. infr. si à parent. quis manum. sit.* Est enim voluntas hominis ambulatoria ad mortem vsq; *l. 4. de admin. legat.* Ergo non eo magis danda est contra dominum institoria, quod aliquando cũ certa persona contrahi prohibuerit, cum qua nunc permittit, aut contrà: præsertim verò si voluntatis ita mutandæ aliqua causa fuit. Omni siquidem fraudis suspicione caret quod ex iusta causa fit *l. cùm pater 77. §. antepe. infr. de legat. 2.* DEC. Continua hæc variatio & incõstantia, præterquàm quod laudanda nunquam est *l. in causæ 27 supr. de procur.* periculosa etiã esse potest, & factura facilè vt pleriq; cum institore contracturi in captionem incidãt, ignorantes quænam hodie sit voluntas domini, quamuis non ignorent, quænam fuerit anteà. Ob eam causam melius est, puniri variationem hanc quàm tolerari, vt fraudi sit contrahentibus qui decipi certè non debent, & quibus imputari nihil potest, cùm tamen imputari possit domino cur tam sæpe variauerit. Prima igitur variatio non sufficeret ad inducendam institoriam, sed continuam aut saltem frequentiorem fuisse variationem oportet, vt huic versiculo locus sit.

6 ¶ Sed si in totum prohibuit cum eo contrahi, præpositi loco non habetur. Cùm magis his custodis sit loco, quàm institoris: ergo nec vendere mercem hic poterit, nec modicum quid ex taberna.

BIU Cujas

Ad §. 6. Sed si in totum.

RAT. DVB. Qui contrahere prohibitus est etiam in totum, id est, sine vlla personarum aut rerum aut negotiorum distinctione, is tamē non in totum remouetur ideò à taberna; manet enim tabernarius. Ergo non est prohibendus, ex mercibus quæ in taberna sunt, aliquid vēdere, præsertim quod sit modicum, & curandæ & conseruandæ fortassis tabernæ necessarium: nam & dici solet de modicis, prætorem non curare *l scio 4. supr. de in integr. resti. l. si quis 9. §. vlt. & l. sequen. supr. de dolo. l. res bona fide 54. de contr. empt. l. magistratibus 12. supr. de iurisd.* DEC. Is cum quo contrahi prohibitum est in totum, neque institoris, neque præpositi, sed tantùm custodis loco haberi potest. Atquin is qui tabernæ custos tātùm est, nullam vendendæ mercis [*mercem* enim hîc legendum est, non *mercedem*] vel minimæ potestatem habet, nec si eam expediat vēdere quod talis fortè sit, quæ seruando seruari non possit. Est enim iusta illa causa propter quā permittere dominus debeat venditionem, aut etiam prætor *l. Diuus 5. supr. de hered. petit. l. ait prætor 7. §. in causa infr. de iur. delib.* sed non ob quam licere debeat ei qui in totum cōtrahere prohibitus est, res istas vendere: nam & qui huiusmodi res vendit, contrahit, & si damnum aliquod sentit dominus ob merces illas seruatas, imputare sibi debet, cur institorem eas distrahere potuerit, quod alius quilibet tabernæ custos pro vtilitate tabernæ fortassis facere potuisset: vendere siquidem, seruare est, quod aliter seruare nequeas, & quod tabernam magis oneret, quàm ornet.

7 ¶ Si institoria rectè actum est, tributoria ipsa iure locum non habet: neq; enim potest habere locum tributoria in merce dominica, quod si non fuit institor dominicæ mercis, tributoria supereſt actio.

Ad §. 7. Si institoria.

RAT. DVB. Tributoria nunquam potest concurrere cum institoria, sed tantùm cū actione de peculio *l. quod in heredem 9. §. eligere infr. tit. prox.* Aut etiam de in rem verso §. *is autem cui institut. quod cum eo qui in alien. potest. est.* nam aut de merce dominica, tractatur, aut de peculiari, si de dominica non competit tributoria, sed institoria: si verò de peculiari, quam sciēte domino seruus exercuerit, institoria cōpetit, non tributoria. Ergo stulta est quæstio, an si institoria actum sit, competat tributoria aut cōtra, nec cadit electio inter eas actiones quarum alterutra tantùm competit, sed inter eas tantùm quæ ambæ competunt vt in *d. §. eligere.* DEC. Ideò nimirum benè Vlpianus hîc scribit, si institoria rectè actum sit, ipso iure tributoriam non competere, quoniam institoria rectè actum esse non potest, nisi de merce dominica, cuius nomine tributoria competere nūquam potest, sed tantùm de merce, vt diximus, peculiari: neque enim verendum est, vt aliquo casu merx dominica etiam peculiaris esse possit cùm peculij nihil sit, nisi quod seruus suum quodammodo habet distinctum à rationib. dominicis *l. 4. & pass. infr. de pecul.* Sed tamen fieri potest, vt institoria non rectè actum sit, puta de merce peculiari pro qua competebat tributoria tantùm, non etiam institoria. Et hic casus est, qui paullo maiorem recipere videtur dubitationem, an scilicet is qui perperam egit institoria, præsertim si per errorem iuris, saluam habeat tributoriam. Ratio dubitandi est, quia si rectè egisset, institoria non haberet hodie tributoriam. non debent autem melioris esse cōdicionis, quàm periti *l. 4. infr. Quod vi aut clam.* Stulti autem dicuntur omnes qui in iure errant *l. regula 9. §. vltim. infr. de iur. & fact. ignor.* sed decidendi ratio est, quòd multum interest, an quis eam actionem exerceat, quæ cōpetit, an illam quæ nō competit. Priore casu, si alia actio æquè competebat, quam eligere potuerat, hāc eligendo, vti amq; cōsumpsit, & eam quā exercuit, & eam quam non exercuit, quia eligere aliā maluit. Hoc. n. est, quòd toties diximus amitti & consumi actionem quoties exercetur, scilicet cùm competit *l habebat 13. infr. hoc titul. l. si sic stipulatus sim 133. in fin. de verb. oblig.* Vnde est, quod eleganter Vlpianus scribit *in l. ait prætor 7. §. quid sit autem de iur. delib.* Absurdum esse ei cui alienatio interdicitur permitti actiones exercere, quoniam alienat certè qui agit, cùm hoc ipso amittat actionem. At cùm quis exercet actionē minimè competentem, neq; illam amittit quam nō exercet, quamuis competat, quia nō illam exercet, neque illam quā exercet, quia non cōpetit: deniq; non tam malè agit, quā nihil agit, vt idem Vlp. noster ex Scæuola loquitur in *l. vnic. in fin. supr. quand. dies vsufr. leg. ced.* Ergo si actū sit institoria cum eo qui dominicæ mercis institor non fuit, cū actum sit actione omnino non cōpetente, neq; consumpta est institoria, quia nō cōpetiit, neq; tributoria quæ cōpetebat, quia non fuit proposita, neq; rursus per electionē omissa, cùm institoria quæ non competebat eligi, vt iā dixi, nō potuerit: supereſt igitur tributoria, nō quasi vna ex duab. cōpetentibus, sed quasi sola competens, nisi eā cū actione de peculio vel de in rē verso cōferre velis *d. §. eligere & d. §. is autem cui.*

8 ¶ Si à seruo tuo operas vicarij eius conduxero, & eum merci meæ institorem fecero, isque tibi mercem vendiderit: emptio est. Nam cùm dominus à seruo emit, est emptio: licet non sit dominus obligatus: vsque adeò, vt etiam pro emptore, & possidere, & vsucapere dominus possit.

Ad §. vlt. Si à seruo.

RAT. DVB. Non ex quolibet actu institoris datur actio institoria cōtra eum qui præposuit, sed ita demùm si cum institore contractum sit *l. 1. & pass. supr.* Atqui cùm dominus emit à seruo suo, aut quod parum distat à serui sui vicario, non potest videri inter eos contractum esse, cùm ex eo negotio neq; obligatio neque actio vlla acquiratur, nec magis vicario contra dominum, quàm domino contra vicarium *arg. l. Labeo 19. de verb. signific. l. ex empto 11. infr. de action. empt.* Id enim est quod Vlpianus hîc ait *licet non sit dominus obligatus*, scilicet serui sui vicario, à quo emit. Fit enim ex hac causa debitor serui sui, vt ex Iuliano subiicitur in *l. seq.* cui, si actione aliqua experiri posset, teneretur ex vendito dominus ad solutionem precij, sicut & dominus contra eum agere pos-

BIU Cujas

te posset ex empto si qua cum seruo actio esse posset, nec vicarius mercem venditam tradidisset: quam tamen ponendum est traditam fuisse: alioqui nec serui sui debitor esse dominus ex hac causa intelligeretur *l. Iulianus* 13. §. *offerri, eodem titulo, de action. empt.* Sed finge euictam esse rem venditam aut imminere periculum euictionis, vt in *l. si post perfectam* 24. *C. de euict.* aut quid aliud à vicario vendente promissum esse propter quod de institoria actione danda quæri possit. Ergo si à seruo tuo operas vicarij eius conduxero, eumque merci meæ institorem præposuero, isque tibi mercem aliquam vendiderit, dicendum est institoriam tibi contra me dandam non esse, quasi nullo contractu habito inter te & meum institorem.

Dec. Etiam cùm dominus à seruo suo emit, emptio & venditio est, licèt dominus non obligetur seruo suo ciuiliter, sed tantùm naturaliter *l. nec seruus* 41. *infr. de pecul.* sufficit enim talem esse contractum, ex quo si qualitas & conditio personarum non repugnaret, actiones empti & venditi vtrimq; competerent, quia vtrum dominus seruo, vel seruus domino naturaliter debere intelligatur ex causa ciuili computandum est *l. non solum* 49. §. *vlt. infr. de pecul.* Et ita esse, vt hæc vera emptio & venditio sit, ex eo manifestè intelligimus, quòd si serui tui vicarius institor meus mercem aliquam alienam tibi tãquam meam bona fide ementi vendidisset, tu eam pro emptore & possidere & vsucapere posses: cùm tamen certissimum sit, vsucapionem pro emptore nullam esse posse, si non emptio aliqua verè præcesserit *l. Celsus* 27. *infr. de vsucap. l. pen. eod. tit. alias l. pen. pro soluto*, nisi in singulari casu *l. 2. §. si à furioso pro emptor.* Atqui si emptio & venditio est, συνάλλαγμα & contractũ esse non ambigitur *l. Labeo* 19. *de verb. signific.* ergo & institoria tibi contra me competet, si quid forte institorem meum præstare tibi æquum sit, quod ab eo, si liber homo esset, petere per actionem ex testamento posses. Atque ita ex Iuliano concluditur initio legis sequentis, vt intelligamus totam huius §. quæstionem eò referendã esse, an institoria ex eo vicarij contractu possit competere, nécne. Nec nouum aut absurdum videri debet, vt verè emptio & venditio sit, & tamen neutra ex parte ciuilis actio competat: est enim contractus hic, vt & alij ferè omnes, si paucos excipias, iuris gentium *l. ex hoc iure supr. de institit. & iur.* Actiones autem omnes iuris ciuilis sunt. Nam & inde est quod deportatus licet ciuitatem, & omnia quæ sunt iuris ciuilis, amittat, emit tamen & vendit, locat, conducit, permutat, & alios huius generis contractus celebrat, quia iure gentium vtitur, *l. deportatus* 15. *infr. de interd. & releg.*

12. IVLIANVS libro 11. Digestorum.

ET ideo vtilis institoria actio aduersus me tibi competeret. mihi verò aduersus te, vel de peculio dispensatoris [a] si ex conducto agere velim: vel de peculio vicarij, quod ei mercem vendendam mandauerim, pretiumque, quo emisti, in rẽ tuam versum videri poterit, eo quod debitor serui tui factus esset.

Ad l. & ideò 12.

Initiũ huius legis sicuti cum fine præcedentis cõiunctum est, ita & à nobis simul cum §. *vlt.* explicatum fuit: nihil enim nisi conclusionem & consecutionem continet ius syllogismi, quo Vlpianus vsus est in quæstione §. *vlt.* legis superioris. Persequitur tamen Iulianus eãdem speciem: sed allatis nouis quæstionibus circa actiones ex conducto de peculio & de in rem verso, de quibus Vlpianus nihil quæsiuerat. Ait autem.

a *Mihi verò vel de peculio dispensatoris.* Eadem igitur retẽta specie quæ ab Vlpiano proposita est in §. *vlt.* legis præcedentis placet Iuliano posse mihi cõtra te duplicẽ de peculio actionem competere, vnam de peculio serui tui si contra te velim agere ex conducto, quia vicarij operas à seruo tuo cõduxerã: alteram de peculio vicarij serui tui, quia institorem eum præposueram, mercesque meas vendendas ei mandaueram, tertiam denique de in rem verso, quasi precium quo tu rem meam emisti, in rem tuã versum videri possit eo quòd tu debitor serui tui ex hac causa factus fueris. Quod ait de actione contra te mihi danda de peculio serui tui, dubitationẽ ex eo recipit, quod non cum seruo tuo contraxeris, sed cum serui tui vicario, cuius sicut persona alia, ita & peculium aliud est à peculio serui tui planè distinctum *l. si seruus* 17. *l. depositi* 38. §. *pen. infr. de pecul.* Ergo de peculio tantùm vicarij permittendum mihi est agere contra te, non de peculio serui tui ordinarij: sed decidendi ratio est, quia ego cum seruo tuo non minùs, quàm cum serui vicario contraxi, cùm seruo quidem tuo conducendo ab eo operas vicarij eius, præstita ipsi in eam rem mercede, sine qua nec conductio vlla esse posset: ergo quatenus cum eo contraxi, & ab ipso vicarij operas conduxi, habere debeo contra te actionem ex conducto de peculio, quia etsi liber homo esset, qui conueniri suo nomine posset, vtique actione ex conducto in solidum mihi teneretur: ad hoc scilicet, vt precium mercis meæ venditæ mihi præstaret. Quicquid enim ex vicarij sui operis sibi quæsiuisset si ipse liber homo: vicarius autem verè seruus fuisset, id totum actione ex conducto mihi reddere ac præstare teneretur *l. si eum* 5. *supr. de exercit. act.* Quod verò dat mihi etiam actionem Iulianus de peculio vicarij, dubitationem certè nullam habet, quia & cum eo contraxi, præponendo eum institorem tabernæ meæ, mãdandoque ei vt merces meas vẽderet. Itaque dubitandum non est, quin ex eo contractu danda mihi sit contra te actio mandati de peculio, quia & vicarius ille si liber homo esset, mihi in solidum actione mandati teneretur, vt rerum mearũ, quas vendidisset, precium mihi præstaret siue quod exegisset ab emptore, siue quod exigere debuisset. Difficilius illud videtur, quod tertio loco Iulianus ait, licet minus diserris verbis dandam mihi esse contra te actionem quoque de in rem verso. Cùm vix sit, vt in rem tuam versa videri possit pecunia, cuius tu debitor es. Nemo enim hoc ipso locupletior fit, quod fiat debitor alterius quisquis tandem ille sit siue paterfamilias siue seruus ipsius debitoris: nam quemadmodũ locupletior fieri dicitur, quisquis liberatur à creditore *l. si pupilli* 66. *in fin. de solut. l. species* 11. *infr. de acceptil.* Ita è contrario pauperiorem fieri necesse est, quisquis ex non debitore fit

BIU Cujas

debitor. Sed tamen decidendi ratio, quam & Iulianus adfert, illa est, quod in rem tuam versum sit precium quo mercem meam emisti, cùm ex hac causa debitor serui tui factus sis. Quod enim seruo tuo debetur etiam à te, tibi quoque deberi intelligeretur, si ab alio quàm à te deberetur *l. peculium 9. §. huic definitioni infr. de pecul.* Cùm verò à te debeatur, non quidem tibi debitum videri potest, vt eo nomine locupletior sis, sed hactenus tamen vt nec pauperior factus dici possis: quod sufficit, vt hoc ipso locupletior factus videri debeas, cùm & rem meam habeas & rei meæ precium, quod licèt seruo debitum, à te tamen petere, nec seruus, nec alius quisquam possit: Fit enim certè locupletior, & quidem ex damno venditoris emptor, si & rem & precium habeat, quod vtique, contra bonam fidem est *l. ex empto 11. §. vlt. l. bona fides 50. infr. de act. empt.* Denique sufficit, vt eius precij quod seruo tuo debes, licèt tibi ipsi nō debeas, quia nec potes, commodum tibi acquiratur. Quidni ergo perinde tenearis mihi de in rem verso, acsi seruus tuus precium illud à te accepisset: Quo casu non dubitaretur quin ea quantitate precij auctum esset peculium serui tui, & consequenter tuum quoque patrimonium: Peculia siquidem seruorum in dominorum patrimonio reuera sunt. Sed quomodo potes videri factus debitor serui tui ex causa precij quo rem meam emisti, cùm nec à seruo tuo emeris, sed ab eius vicario, nec mercem peculiarem, cuius alia fortasse posset esse ratio, sed meam, in qua seruus tuus nihil vnquam iuris habuit? Respondendum est, quoties seruus vendit, obligationem venditi acquiri domino, ita vt ne momento quidem temporis consistat acquisitio in persona serui *l. placet 79. de acquir. hered.* Vicarium porrò videri seruum ordinarij, qui licèt ipse quoque seruus sit, pro domino tamen habetur *l. si seruus 17. infr. de pecul.* Hactenus saltem vt ei, & eius peculio acquirat vicarius, quod alij cuilibet vero domino suo acquireret, aut quod sibi ipsi, si liber homo esset: Atqui si liber homo rem meam siue bona siue mala fide venderet, vtique sibi non mihi obligationem & actionem venditi acquireret: neque enim per liberam personam alteri siue obligatio siue stipulatio acquiri vlla potest *l. quæcunque 11. de obligat. & act. l. stipulatio ista 38. §. alteri de verb. oblig.* Ergo & obligationē illā acquirit vicarius ordinario, hactenus scilicet vt ordinarius creditor tuus esse videatur, non tamen vt ipse etiam possit agere, quia cùm sit & ipse seruus, non magis habendæ eius & exercendæ actionis, quàm vicarius potestatem habet.

13. VLPIANVS libro 28. ad Edictum.

HAbebat quis seruum mercioleariæ: præpositum Arelatæ: eundem & mutuis pecuniis accipiendis acceperat mutuam pecuniam, putans creditor ad merces eum accepisse, egit proposita actione: probare non potuit, mercis gratia eum accepisse licet consumpta est actio, nec amplius agere poterit, quasi pecuniis quoque mutuis accipiendis esset præpositus: tamen Iulianus vtilem ei actionem competere ait.

Ad l. Habebat quis 13.

RAT. DVB. Cùm institor non tantùm mercibus emendis, sed etiam mutuis pecuniis accipiendis præpositus est, obligat dominum actione institoria, si mutuam pecuniam, siue ad merces emendas, eam acceperit, siue in alios vsus, quia cùm duplici negotiationi præpositus fuerit, in alterutram causam acceptos ab eo nummos fuisse satis est, vt dominus obligetur *l. cuicunque 5. in princip. & §. non tamen omne supr.* Ergo si creditor, qui mutuam ei pecuniam dedit, vt institori, contra dominum egerit institoria ad recuperandam eam pecuniam quasi mutuam acceptam ad emendas merces, nec tamen probare id potuerit atque ita ab actione sua summotus sit, non eo minùs tamen dicendum est, institoriam ei competere ex alia causa quæ in iudicium deducta non fuit: nempe quòd institor ille non tantùm emendis mercibus, sed etiam mutuis accipiendis pecuniis præpositus fuisset. Quamquam enim non potest exerceri actio, quin consumatur, vt diximus ad *l. sed si pupillus 11. §. penult. supr. hoc tit.* ex hac ipsa lege quæ id omnium optimè probat, non tamen consumpta videri potest nisi ex ea causa ex qua fuit proposita. Nam & diuersitas causæ diuersam quoque rem facit, & quodammodo diuersam actionem ita vt impediat ne exceptio rei iudicatæ obiici possit *l. si mater 11. §. eandem causam & seq. l. & an eadem causa 14. l. si cùm argentum 21. §. si fundum infr. de except. rei iudic.* Atqui licèt creditor in proposita specie egerit actione institoria hoc edicto proposita (id enim est, quod Vlpianus significat iis verbis *egit proposita actione*) egit tamen ex illa duntaxat causa quòd ad merces emendas mutua accepta fuisset pecunia, non autem quod simpliciter mutuam eam dedisset institori, etiam mutuis pecuniis accipiendis præposito. Ergo aliam actionis causam ex qua non egit, non consumpsit, nec proinde actionem institoriam ex ea causa competentem. Quid enim refert, an quis eam actionem exerceat, quæ non competit, quo casu certum est, nihil eum consumere *d. l. 11. §. pen. supr. l. vnic. in fin. supr. quand. dies vsusfr. legat. ced.* An verò actionem sibi quidem competentem, sed ex ea tamen causa ex qua non competat? vt in hac specie. Nam & ea inter personales, & in rem actiones differentia esse traditur, quod cùm eadem res mihi ex pluribus causis debetur, singulas obligationes singulæ causæ sequuntur, nec vlla earum alterius petitione vitiatur. At cùm in rem ago non expressa causa ex qua rem meam esse dico, omnes causæ vna petitione comprehenduntur: nam non ampliùs quàm semel res mea esse potest, sæpius autem deberi potest *d. l. & an eadem §. penult.* In specie porrò huius legis ponimus non modò personali actione, id est, institoria actum esse, sed etiam expressa illa causa, quòd ad merces emendas pecunia mutua data esset. Ergo non debet ea res nocere creditori, quominùs agere institoria iterum possit ex noua illa causa, quòd mutuis quoque pecuniis accipiendis idem ille institor præpositus esset. DEC. Multum interest, an actio quæ exerceatur non competat, an verò cōpetat quidem, sed exerceatur tamen ex ea causa, ex qua non competit: Priore casu non potest consumi, quæ non cōpetit, licèt exerceatur. Prius enim est, vt actio cōpetat, quàm vt cōsumi possit,

BIU Cujas

possit, cùm vtrumque iuris sit non facti. Quid? An non etiam prius est, vt competat, quàm vt exerceri possit? Ita sanè est. Nam & exerceri posse actionem cùm dicimus, ius non factum significamus: at exercitio ipsa actionis tota facti est. Potéstque de facto, vt aiunt, exerceri actio, etiam quæ non competit, non item consumi. Posteriore autem casu, cùm exercetur actio, quæ competit quidem, sed ex alia causa quàm ex qua exerceatur, vt in præposito, planè consumitur, quia competit, & consequẽter ex illa etiam causa ex qua non exercetur, quia vt consumatur, non tam inspiciendum est ex qua causa exerceatur, quàm ex qua competat: planè si ex diuersis causis competeret, quomodo in proposita specie contingeret, si ad merces emendas institor mutuam pecuniam accepisset: exerceretur autẽ ex alterutra duntaxat causa, ex illa vtique causa tantũ non etiam ex alia consumeretur. Sufficeret. n. esse aliquid quod consumeretur *d.l & an eadem* 14. § *pen. de except rei iudic.* Etsi videtur locus ille intelligendus de eo casu, quo ex diuersis causis diuersæ quoq; actiones competant, non vna tantùm actio ex causis pluribus: nam singulis controuersiis singulas actiones vnumque iudicati finem sufficere verius est *l. singulis 6. eod. tit.* In proposito autem sicut actio institoria non posset consumi, si non competeret, ita neque ex alia causa consumi potuit, quàm ex quà cõpetiit, non ex ea ex qua creditor eam exercuit, cùm ex illa non competeret: nec proinde quicquam esset, quod consumeretur, si non actio ipsa institoria ex ea causa consumeretur, ex qua cõpetiit, quamuis actor ex alia causa non competente actionem exercuerit. Sufficit enim actorem non errasse in iure ac nomine actionis, quam proposuit, licèt in medio actionis eligendo errauerit: medium siquidem actionis non facit actionem, nec vt ea competat, sed tãtùm aptitudinem actionis, quæ proponitur, vt aptè vel ineptè proposita videatur. Cæterùm etiam ineptè proposita actio consumitur, si modò ex aliqua causa competat, quamuis ex alia causa exerceatur, quæ non competit. Benè igitur Vlpianus ait in quæstione proposita consumptam esse actionem institoriam, nec ampliùs agi ea posse ex alia quasi noua causa, quòd pecuniis quoque mutuis simpliciter accipiendis institor esset præpositus. Sed tamen ex æquitate vtilẽ ei institoriam dandã esse Iulianus ait, & Vlpianus probat, cùm sit verissimum & pecunias mutuas institori datas fuisse, & institorem non tantùm ad merces emẽdas, sed etiam ad mutuas pecunias simpliciter accipiendas præpositum fuisse, vt proinde non debeat ex huius creditoris damno locupletari dominus, quomodo certè locupletaretur, si non vtili saltem institoria eo nomine teneretur, quæ res pareret replicationem doli, etiamsi denunciasset huic creditori, ne cũ eo institore cõtraheret *l. si quis mancipiis* 17 §. *Proculus infr.* Quæ autem ratio æquitatis parere potest doli mali exceptionem aut replicationem, ea vtilem quoque actionem parere potest, quæ in effectu nil differt à directa *l. actio.* 47. *supr. de negot. gest.* Quamquam quod hîc dicitur dandam creditori contra dominum vtilem institoriam actionem, non ad eum casum restringendũ est, quo dominus ex eo contractu institoris sui locupletior factus sit, sed generaliter & indistinctè accipiẽdum siue pecunia in rem domini versa sit, siue non, quia non exigit institoria probationem versę in rem domini pecuniæ: nisi in specie *d.* § *Proculus*, alioqui parum distaret ab actione de *in rem verso*, quæ probationem hanc omnimodo requirit §. *cæterùm & sequ. inst. quod cum eo qui in alien. potest. est* meminit hæc lex Arelatensis ciuitatis, siue legas *Arelatæ*, vt vulgo, siue cum Haloandro *Arelati* quod malo, aut *Arelate*: nam & Ausonius eam ciuitatem sic vocat, de qua præclaros illos versus edidit,

Prode duplex Arelas, quam Narbo Martius, & quam
Accolit Alpinis opulenta Vienna colonis,
Præcipitis Rhodani sic intercisa fluenti,
Vt mediam facias diuiso ponte platêam.

Sed & Arelatensis Reipublicę meminit Scæuola in *l. codicillis* 34. *in princ. infr. de vsufr. legat.*

1 ¶ Meminisse autem oportebit, institoria dominum ita demùm teneri, si non nouauerit quis eam obligationem, vel ab institore, vel ab alio nouandi animo stipulando.

Ad §. 1. Meminisse.

RAT. DVB. Nouatio facere non potest, quin sit & maneat institoris, qui semel fuit, & qui ex suo contractu dominum institoria actione obligauit *l. 2. supr.* institorem enim esse aut fuisse facti est, quod nulla ciuili arte aut constitutione mutari potest *l. in bello* 12. §. *factæ autem res inf. de capt. & postlim. l. denique* 19. *supr. ex quib. caus. maior.* Ergo nec potest facere, vt tollatur, & desinat competere institoria, quæ semel competiit, præsertim cùm eam det prætor ex æquitate, quam extinguere non potest nouatio quæ tota est ex verborum solemnitate & iuris subtilitate: fit enim vtique per stipulationem, cui semper præfertur æquitas *l. 2. §. circa infr. de doli mal. except.* DEO SŨT quidam legitimi & certi modi tollẽdarum obligationũ & actionũ omniũ, *Inst. quib. mod. tollit obl. l. obligationũ ferè* 44. §. *placet inf. de oblig. & act.* inter eos verò modos est nouatio §. *præterea d. tit. quib. mod. toll. oblig.* cùm nihil aliud ea sit, quàm prioris obligationis peremptio, & in sequentẽ transfusio *l. 1. de nouat.* Nec aliud quicquã ad nouationẽ faciendã requiritur, nisi vt legitima stipulatio interueniat, quæ animo nouãdi interposita sit *l. 2. eod.* siue ab ipso debitore stipuletur creditor, quæ simplex nouatio est, siue ab alio quæ specialiori nomine delegatio appellatur *l. delegare* 11. *in princ. & §. 1. eod. tit.* nec habet quod conqueratur is qui actionẽ institoriam, aut aliã per nouationẽ amisit, cùm eã ipse vltro nouauerit, quãuis stipulatio quæ nouauit, nõ teneret, nisi naturaliter, & ex qua proinde dari actio nulla posset *d. l. 1. in fin.* ostendit autẽ hic §. solitum olim fuisse, vt & institoria, & alia quælibet actio nouaretur per stipulationẽ, & in actionẽ ex stipulatu transfunderetur, vt tanto firmius teneretur debitor, cùm obligationis vinculũ fortius nullũ esset quàm stipulationis, adeò vt etiam bonæ fidei actiones alięque priuilegiariæ plerumque nouarentur, quamuis ea nouatione priuilegium amitteretur *l. aliam* 29. *eod.* Nec tamẽ prioris actionis, quæ per nouationem extincta est, perit memoria aut materia quam vel ob id maximè superesse necesse est, ne quod iã ex stipulatione post factam nouationem debetur, sine causa promissum esse intelligatur *l. cùm filius* 76. §. *heres meus de legat. 2. l. cùm enim 7. de nouat. iunct. d. l. 2. §. circa de doli mali except.*

BIU Cujas

2 ¶ Si duo pluréſve tabernam exerceant, & ſeruum, quem ex diſparibus partibus habebant, inſtitorem præpoſuerint: vtrùm pro dominicis partibus teneatur, an pro æqualibus, an pro portione mercis: anverò in ſolidum, Iulianus quærit, & verius eſſe ait, exemplo exercitorum, & de peculio actionis, in ſolidum vnumquemque conueniri poſſe: & quidquid is præſtiterit, qui conuentus eſt, ſocietatis iudicio, vel communi diuidundo conſequetur: quam ſententiam & ſuprà probauimus.

Ad §. 2. Si duo pluréſve.

RAT. DVB. & DEC. Ad hunc §. eadē eſt, quæ ad *l. 1. §. vlt. l. 2. & 3. ſupr. de exercit. act.* vbi circa exercitoriam idem ſcribitur, quod in hoc §. Vlpianus ex Iuliano ſcribit ſeruandum eſſe in inſtitoria ad exemplum actionis exercitoriæ & actionis de peculio, ſi plures tabernam exerceant, & ſeruum quem communem quidem, ſed ex diſparibus partibus habēt, inſtitorem præponant, teneri eos inſtitoria ſingulos non pro dominicis portionibus, aut æqualibus, nec pro iis quas in merce diuerſas habent, ſed in ſolidū, eādem ſcilicet non tam iuris, quàm æquitatis ratione, ne in plures aduerſarios diſtringatur, qui cum vno contraxerit *d. l. 2. de exercit. l. & ancillarum* 27. §. *vl. infr. de pecul.* Et ideò quicquid is præſtiterit qui in ſolidum conuentus eſt ſiue exercitoria, ſiue inſtitoria, ſiue de peculio actione, pro aliorum portionibus repetet ab ipſis, ſiue ſocietatis iudicio ſocij fuerunt, ſiue communi diuidundo, ſi modò ſint illi ſoluēdo. Alioqui nec eum qui ſolus ſoluendo ſit, in ſolidum teneri æquum erit, ne in damno moretur, aut certè non ſuprà quàm ab aliis poſſit repetere *d. l. 27. §. vlt. & l. ſeq. infr. de pecul.* quia quod in ſolidum ſinguli tenentur & conueniuntur, non tam ad effectum cōdemnationis & exactionis, quàm ad facilitatem agēdi pertinet, vt diximus ad *d. l. 3. in fin. ſup. de exerc. act.* & Paulus quoq; docet in *l. prox. ſeq. ver. certè vbicunque.*

14. PAVLVS libro 4. ad Plautium.

IDem erit, & ſi alienus ſeruus communi merci præpoſitus ſit: nam aduerſus vtrumque inſolidum actio dari debet, & quod quiſque præſtiterit: eius partem ſocietatis, vel communi diuidundo iudicio, conſequetur. certè vbicunque actio ſocietatis [a] vel communi diuidundo ceſſat: quemque pro parte ſua condemnari oportere, conſtat: veluti ſi is, cuius ſeruo creditum eſt, duobus hæredibus inſtitutis, ei ſeruo libertatem dederit. nam hæredum quiſque pro ſua parte conueniendi ſunt: quia ceſſat inter eos communi diuidundo iudicium.

Ad l. idem erit 14.

Eſt hic caſus diuerſus à ſuperiore in eo tantùm, quòd ibi tractatur de ſeruo communi ab omnibus dominis præpoſito tabernæ; hîc verò de alieno, ſed communi merci negotiandæ præpoſito, in quo tamen omnia ſunt ſimilia, niſi quòd cùm alienus ſeruus eſt, nihil tractari de dominicis partibus poteſt, quia nullæ ſunt, ſed tantùm de æqualibus vel de iis qua pro ea portione quam quiſque in merce habet conſtituantur. Eædem igitur & dubitandi & decidendi rationes vtroque caſu locum habent.

a *Certè vbicunque actio ſocietatis.* RAT. DVB. Quēadmodum nemo ideò alij obligari debet ad aliquid præſtandum, quod idipſum ab alio ſit repetiturus *l. nemo ideò* 171. *de regul. iur.* Ita è contrario qui ſemel obligatus fuit, non ideò tantùm liberari debet, quod repetere id poſteà ab alio non poſſit. Semel enim quæſita actio etiam ex contractu ſerui, nec manumiſſione, nec alia vlla de cauſa amitti poteſt *l. euicta* 16. §. 1. *infr. de euict.* Ergo ſi is cuius ſeruo, eidémque inſtitori creditum eſt, duobus heredibus inſtitutis eidem ſeruo libertatem directam dederit, quamuis ea datio libertatis faciat, vt ceſſet inter eos communi diuidundo iudicium, quippe quòd non niſi de rebus communibus locum habeat *l. 1. ſupr. commun. diuid. l. familiæ* 9. *C. commun. vtr. iudic.* Communis autem nō poſſit eſſe homo, qui iā liber & ſuus eſt: nō tamen facere debet, vt eo minùs inſtitoria in ſolidum detur contra vnumquemque ex heredibus, quemadmodum daretur ſi ſeruus qui, vt inſtitor contraxit, manumiſſus non fuiſſet: nec enim ad hæc entitij caſus iſti computandi ſunt *l. Iulianus* 6. *qui & à quib. manum. liber. non ſiant.* Præſertim qui ab ipſius debitoris arbitrio & voluntate pēdeant, ne alioqui in ipſius arbitrio ſit creditoris ſui actionem diuidere: quòd in ſolius creditoris poteſtate poſitum eſſe debet. *l. ſi creditores* 18. *C. de pact. l. reos* 23. *Cod. de fideiuſ.* ſicuti neque ex perſonis heredum condicio obligationis immutari debet *l. 2. §. ex his de verb. oblig.* Nec minùs vno caſu quàm alio ſemper illa ratio ſiue iuris ſiue æquitatis locum habet, quod in plures aduerſarios diſtringi non debeat is, qui cum vno contraxerit *d. l. 2. ſupr. de exercit. act. l. & ancillarum* 27. §. *vl. infr. de pecul.* DEC. Æquiſſimum quidem eſt, non in plures aduerſarios diſtringi creditorem, qui cum vno contraxerit: ſed ita demùm ſi non ex eo futurum ſit, vt in damno moretur ille ex pluribus, ſiue dominis, ſiue heredibus qui in ſolidum conuentus erit. Nam ſi neceſſe ſit, aut creditorem aut aliquem ex dominis aut heredibus manere in damno, æquius eſt damnum creditori cedere quòd contingit fortè ex inopia debitoris, quàm vni ex debitoribus, quoties obligatio ſui natura & per ſe diuidua eſt, qualis hæc eſt, in qua non niſi de pecunia & indemnitate agitur, vt diximus ad §. *vlt.* legis præced. & ad *l. 1. §. vlt. l. 2. & 3. ſup. de exercit. act.* Ergo ad Paulum addendum eſt, idem iuris eſſe debere, non tantùm ſi inter

BIU Cujas

inter eos qui actione institoria conueniuntur, cesset actio pro socio; aut communi diuidundo, sed etiamsi competat quidem, sed inutiliter & inefficaciter, ita vt per eam actionem consequi plenam indemnitatem non possit is, qui solidum soluerit, vt in *l. quare 28. infr. de pecul.* Sanè in proposita specie cessat, inter tabernæ exercitores actio pro socio & communi diuidundo, propter libertatem seruo institori datam, cùm manumissus communis esse desinat, vt diximus: neque verò ob pecuniarium illud damnum quod ex huiusmodi libertate sentit creditor, impediri datio libertatis debet *l. cùm pater 77. §. cùm existimaret de legat. 2.*

15. VLPIANVS libro 28. ad Edictum.

NOuissimè sciendum est, has actiones perpetuò dari, & in hæredem & hæredibus.

Ad l. Nouissimè 15.

De huius legis sententia iam scripsimus ad *l. 4. §. vlt. sup. de exercit. act.* vbi non tantùm de exercitoria actione tractatur, sed etiam de institoria, de qua hîc, itemq; de tributoria, & de in rem verso. Quæ actiones omnes cùm & ex cõtractu dentur, & ad rei persecutionem & heredibus & in heredes dãtur, & perpetuò, id est, post annum quoq; ex *reg. l. in honorariis 35. de oblig. & act.* Tametsi actio de peculio sit interdum annalis *l. 1. inf. quand. de pecul. act. annal. est.* cui tamẽ in aliis plerisq; æquiparãtur *l. habebat 13. §. vlt. sup.*

16. PAVLVS libro 29. ad Edictum.

SI cum villico alicuius cõtractum sit, non datur in dominum actio, quia villicus propter fructus percipiendos, non propter quæstum pręponitur. Si tamen villicum distrahendis quoq; mercibus prępositum habuero: non erit iniquum, exemplo institoriæ, actionem in me competere.

Ad l. Si cum villico 16.

RAT. DVB. Villicus perinde præponitur villæ, ac tabernarius tabernæ: villicus enim, aut, vt alij scribunt, vilicus, siue à villa siue à vili eius officio nomen deductum sit, ille propriè est, qui præpositus est rationibus rusticis, fructibus percipiendis, vniuersoq; operi rustico, vt Cuiacius diffinit *libr. 10. Obser. cap. 37. exl. in instrumẽto 8. inf. de instrum. vel instrum. legat. l. pen. in princip. inf. de adim. legat.* adeò vt poëtæ villici appellationem ad Præfectos quoscũque transtulerint, vt ibidẽ eruditè suo more obseruat doctissimus. Ergo etiã villicus institor dici potest, ac proinde si cum eo contractum sit, dicendũ est villæ dominũ ex eius cõtractibus teneri debere actione institoria, vel saltem quasi institoria, non solùm si mercibus quoque distrahendis præpositus sit, vt in secunda specie huius legis: sed & si fructibus tantùm percipiendis, siquidẽ cuicunq; negotio præpositus quis sit, is institor rectè appellatur *l. 5. in princip. sup.* DEC. Ea demùm negotiatio facit institorem & parit actionẽ institoriam, in qua quis propter quæstũ præponitur *l. 1. sup.* Nam nec nauis nec tabernæ exercitorẽ alium appellamus, quàm eum ad quẽ quotidianus quæstus pertinet, vt Iustinianus diffinit in §. *eâdem ratione Instit. quod cum eo qui in alien. potest.* id est, reditus & obuentiones omnes, vt Vlp. explicat in *l. 1. §. exercitorem sup. de exercit. act. iunct. l. habebat 13. §. vlt. sup. hoc tit.* (quamuis tabernæ exercitor non bene dicatur etiam is, qui eam exercet, sed is demùm qui nauẽ, vt diximus ad *d. l. 1. §. 1. de exercit. act.*) Atqui villicus propter fructus duntaxat percipiendos non etiam propter quæstum præponitur. Quæstus enim appellatione id demum continetur quod ex opera, industria & negotiatione cuiusque descendit *l. coiri 7. cum duab. seqq. inf. pro socio. l. venditor 21. inf. de hered. vel act. vendit.* Ergo neque villicus institor propriè dicẽdus est, neq; ex ipsius contractu potest institoria competere, nec rursum quasi, nisi proponas villicum distrahendis quoque mercibus præpositum fuisse. Quo casu admittit Paulus ex eo contractu qui cum tali villico initus fuerit quasi institoriam, id est, exemplo institoriæ actionem in dominum cõpetere. RAT. DVB. est quoniam mandatum illud distrahendarũ mercium non nisi accessio quædam esse videatur prioris præpositionis, quæ tamen villicũ duntaxat fecerat, nõ institorem, quasi occasione magis quàm electione, ac volũtate in eam rem præpositus videatur *arg. l. 2. inf. de riuis l. 4. in fin. sup. naut. caup. stabul.* Aut si villicum hũc etiã pro vero institore habere quis velit, cur non ex eius cõtractibus datur mera veraq; institoria, non autem vt Paulus vult vtilis tantùm actio ad exemplum institoriæ? Sed decidendi ratio est, quia tanquam villicus non haberet potestatem distrahẽdarum mercium etiam quæ ex eo fundo prouenerunt, nisi hoc ei nominatim mandatum esset. Ergo quamuis non sit propriè institor, quia id ei mandatum est, vt merces villæ distraheret, non quasi nouo institori, sed tanquam villico, iniquum tamen non est, teneri dominum quasi institoria ex ipsius contractibus, quos ad merces distrahendas fecerit, id est, ad exemplum institoriæ, vt & plerisque aliis casibus euenit circa eorum contractus qui non tam institores propriè quàm quodammodo institorum loco sunt, de quibus diximus in *l. 5. §. item fullonum & seq. sup. hoc tit.* Mera igitur & directa institoria etiam hoc casu dominus non tenetur, quia nec villicus hic verè institor est, sicut & ex contractu procuratoris non directa, sed vtilis tãtùm institoria dari solet, quia nec quasi institor contraxit, sed quasi procurator *l. in eũ 19. inf. l. idémque 10. §. idem Papinianus inf. mandat. l. liberto 31. in princip. sup. de negot. gest. l. Iulianus 13. §. si procurator infr. de act. empt.* Aliud enim est procuratorem esse, aliud verò institorem *l. 5. §. sed & cùm fullo supr.*

17. IDEM libro 3. ad Edictum.

SI quis mancipiis, vel iumentis, pecoribúsve emendis, vendendisque præpositus sit: non solùm institoria competit aduersus eum, qui præposuit: sed etiam redhibitoria, vel ex stipulatu duplæ simplæve in solidum actio danda est.

BIU Cujas

Ad l. Si quis mancipiis 17.

RAT. DVB. Qui præposuit institorem, non id agit vt ex ipsius institoris contractibus, alia se obliget actione quàm institoria, cumque institoria detur in solidum, quid potest interesse illius, qui cum institore contraxit, vt eum qui institorem præposuit obligatum habeat aliis quoque actionibus, vt puta redhibitoria, & ex simplæ, vel duplæ promissione? DEC. Qui institorem aliquem præponit emendis, vendendisue mercibus, ea omnia facienda institori mandare intelligitur, quæ veniunt in cõsequentiam necessariam venditionis rerum eiusmodi, maximè verò quæ sunt moris & consuetudinis: ea namque in omnibus bonæ fidei contractibus & iudiciis venire solent *l. quòd si nolit 31. §. quia assidua infr. de ædilit. edict.* & sine quibus venditio contrahi non posset *arg. l. 2. sup. de iurisd. l. ad rem mobilem 56. l. ad legatum 62. sup. de procurat.* Tale autem est, vt venditor si morbosum aut viciosum mancipium aliúdve quid vendiderit, eo nomine ex edicto Ædilium redhibitoria actione teneatur, itemque ad duplam euictionis nomine præstandam si ea promissa sit, imò etiamsi promissa non sit *d. §. quia assidua & tot. ill. tit. de ædil. edict. l. 2. l. si dictum 56. infr. de euict.* Adeo vt nec valeat in contrarium facta pactio, quia contra ædilitium edictum non magis quàm contra prætorium pacisci licet. Ergo ex contractu institoris qui cùm ad vendendas merces præpositus esset mercem aut viciosam aut alienam vendidit, non modò institoria danda est, sed etiam redhibitoria, & ex stipulatione simplæ vel duplæ, & quidem in solidum: nec enim posset institoria sola sufficere ad præstandam emptori plenam indemnitatem, si non institoriæ actioni iungerentur cæteræ quoque actiones. Alius enim est vsus & effectus institoriæ, alius redhibitoriæ, alius denique actionis ex empto ad simplã aut duplam. Idemq; etiã in procuratore iuris est, qui tamen nõ tenetur, nisi ad exemplũ institoris *l. Iulianus 13. §. si procurator inf. de act. empt.*

1 ¶ Si seruum Titij institorem habueris, vel tecum ex hoc edicto, vel cum Titio ex inferioribus edictis agere potero. Sed si tu cum eo contrahi vetuisti, cum Titio duntaxat agi poterit.

Ad §. 1. Si seruum Titij.

RAT. DVB. Is qui cum seruo Titij eodemq; Sempronij institore contrahit, obligatos habet duos ex eodem serui contractu, & quidem diuersis respectibus diuersisque actionibus, Titium tanquam dominum serui, Semproniũ verò tãquam qui institorem præposuerit, Titiũ actione de peculio, vel de in rem verso si in rẽ eius versum sit, vel quod iussu si domini iussu contractũ sit. Sunt enim hæ inferiores illæ partes edicti, quas Paulus hîc intelligit, & de quibus sequenti libro Pandectarũ, Semproniũ verò institoria ex hac parte edicti. Debuit ergo Paul⁹ scribere, eum qui cum huiusmodi seruo contraxit, agere posse & cum Titio & Sempronio, vt ostenderet posse ambos eodem tempore tanquam ex variis causis diuersisq; actionibus cõueniri quarũ vna non impediat aliam, vt in *l. si quis cum filiofamilias 44. infr. de pecul.* Non autem quomodo scripsit, vel cũ hoc vel cum illo, quasi significet non posse illũ agere cum vtroque, sed cum alterutro tantùm, ideoque eligere debere, cum quo malit agere, vt aduersus alium posteà regressum habere non possit, vt in *l. quod in heredem 9. §. eligere infr. tit. prox. & in l. cũ filius 76. §. variis de legat. 2.* DEC. Hæc differentia est inter actiones rei persecutorias & pœnales, quod nũquã actiones pœnales de eadẽ pecunia concurrentes alia aliã consumit *l. nunquã 60. infr. de oblig. & act. l. 2. de priuat. delict. l. nunquam 130. de regul. iur.* vbi abundat certè dictio *præsertim*, quãuis posita etiam in §. *vlt. Instit. de noxal. act.* cùm vtraque lex sit Vlpiani, iisdemq; penitus verbis concepta & sumpta ex eius libris ad edictum, quãuis non ex eodẽ libro, nisi alterutrius inscriptio quoque vitiosa est. At in rei persecutoriis contra, siue aduersus eandẽ personam dentur, vt in specie *l. qui seruũ 34. §. 1. & seq. de oblig. & act.* siue contra diuersas, vt in hoc §. licèt diuersæ sint actiones, diuersarumque causarum *d. §. eligere & d. §. variis.* sibi enim debet imputare qui male eligit, cum eligere potiùs eam actionẽ debuisset, quæ vtilior & cõmodior fuisset. Rectè igitur Paulus ita loquitur, vt dicat eum qui cum seruo vnius, & cũ institore alterius contraxit, agere posse aut institoria cũ eo qui præposuit, aut ex inferioribus partibus edicti cũ domino, non autẽ & cum hoc & cum illo, vt intelligamus eligere illũ debere cũ vtro agere malit. Quãuis & qui sic loquitur, vt dicat agere quẽ & cum hoc & cũ illo posse, non idcirco eligendi necessitatẽ excludat *l. si creditor 37. §. pen. inf. de pecul. iunct. l. si noxali 11. §. pen. l. si ex duobus 32. in princip. l. quoties 47. §. si creditor eod. tit.* Iunge quæ scripsi ad *l. sed si pupillus 11. §. si institoria supr. hoc tit.*

a *Sed si tu cũ eo cõtrahi vetuisti.* RAT. DVB. & DECID. ad hunc versiculum eadẽ est, quæ ad *l. sed si pupillus 11. §. condicio versic. sed etsi denuncietur sup. hoc tit.* quantum ad hoc quod initio huius versiculi scriptũ est, si cum seruo Titij, eoq; tuo institore contrahi vetueris, tecum institoria agi non posse. Hoc enim satis Paulus exprimit cùm ait, cũ Titio serui domino agi dũtaxat posse. Sed hoc ipsum, quod ait, ex eo cõtractu quem institor contra prœponentis prohibitionẽ inierit, agi nihilominùs posse contra dominũ, recipere dubitationẽ aliquã videtur ex eo, quod validitas huius contractus scindi non posse videatur. Sunt enim contractus omnes indiuidui quantum ad hoc ne pro parte valeant, pro parte non valeant *l. tutor rrgentibus 47. §. sup. de minor. l. cùm ex causa 139. de verb. oblig. l. si quis aliã 46. de solut. l. si non sortẽ 26. §. si centũ sup. de condict. indeb. l. fundus ille 64. inf. de contr. empt.* quod & in sententiis obtinet *l. in hoc iudicio 27. sup. famil. ercisc.* Nec debet vna eademq; res diuerso iure censeri *vulg. l. eum qui ædes 23. inf. de vsucap.* Ergo si ex contractu huius institoris ne quidẽ ille obligatur qui institoré præposuit, multo minùs dominũ ipsum vel de peculio vel aliis supradictis actionibus obligari æquũ est, quo ignorante ac fortassis etiam inuito seruus contraxit. Sed decidendi ratio est, quia prohibitio eius qui institorem præposuerat, non facit quin contractus in totum valeat, sed tantùm vti ne ex eo possit obligari institoria ille qui præposuerat, quia contra eius prohibitionẽ contractũ est. Cùm ergo cõtractus teneat, quidni ex eo dabuntur contra dominum actiones omnes quas ex quibuslibet seruorum contractibus Prætor contra dominum quemlibet ex summa æquitate comparauit? Nam etsi dominus ipse seruo eidemque institori suo prohibuisset, nec cum quoquam contraheret, ea tamen res non liberaret dominũ quominùs ex contractu serui etiã post eã prohibitionẽ gesto cõueniri posset de peculio *d. l. quoties 47. in princip. inf. de pecul.* vt neq; ab actione de in rem verso, si in rem domini versa pecunia probaretur: quo casu

BIU Cujas

quo casu quod magis est etiam institoria dominus teneretur §. *Proculus infr. hac lege.* Planè non teneretur, quod iussu si iussum reuocasset, antequàm creditor contraheret *l.1.§.sed ego quæro infr. quod iuss.*

2 ¶ Si impubes patri habenti institores, hæres exstiterit, deinde cum his contractum fuerit: dicendum est in pupillum dari actionem, propter vtilitatem promiscui vsus: quemadmodum vbi post mortem tutoris [a], cuius auctoritate institor præpositus est, cum eo contrahitur.

Ad §. 2. Si impubes.

RAT. DVB. In alio quidē herede quolibet ita esse constat, vt si is qui institorem præposuit decesserit, quisquis heres ei extitit ex eiusdē institoris cōtractibus siue ante siue post aditā hereditatē factis, perinde teneatur institoria, atq; si præposuisset, quod imputari ei possit, nō solū si eiusdē institoris opera vsus sit, sed etiā cur non remouerit *l. cuicunque 5. §. pen. sup.* Sed in pupillo difficilius id videtur, cū sine expressa tutoris authoritate obligari non possit, & quidē quę in eo ipso actu interueniat, ex quo id agitur, vt pupillus obligetur *l. obligari 9. in princip. & §. tutor inf. de author. tutor.* At qui non ponit Paulus tutoris authoritatē vllā in hac specie interuenisse, imò neq; tutorem vllū fuisse, qui vel institorē remouere, vel authoritatem pupillo in institore retinēdo præstare potuerit, quod diuersum erat in specie *l. sed si pupillus 11. in princ. sup.* vbi rationē Vlp. reddit, cur æquissimū sit teneri pupillū ex contractibus institoris quādiu prępositus manet, propterea q; remouendus fuerit à tutoribus si opera eius vti nollent. Quæ ratio vt nemo non videt, obiici nō potest pupillo tutorē nullū habenti. Ergo hoc saltē casu quo nullus pupillo tutor sit, dicendum est ex contractu institoris à patre præpositi actionē institoriā in pupillum dandā non esse, si post patris mortē institor contraxerit. DEC. Pupilli quidē persona fauorabilissima est, & multa meruit priuilegia, *l. ex pluribus 42. in fin. infr. de admin. & peric. tutor. l. adimus 19. §. 1. infr. de reb. author. iud. possid. aliàs l. 4. de priuileg. credit. l. idemq; est 7. infr. qui potior. in pignor. hab. l. pupillus 9. l. necessariis 57. de acquir. hered.* ita vt pupilli vtilitas etiā ad Reipublicæ vtilitatem aliqua ex parte spectare videatur, vnde etiā est, quod tutela publici magis quā priuati iuris esse dicitur, & tutelæ munus ac officiū publicū non priuatum. Sed tamen nō vsq; adeò fauendū pupillo est, vt non potior esse debeat causa ipsius Reipublicæ ex vetustissima illa, & omnium antiquissima lege duodecim tabularū, *salus populi suprema lex esto.* Vtilitas porrò Reipublicę maximè circa cōmerciorū vtilitatē versatur, quā Paulus hìc eleganter vocat vtilitatem promiscui vsus, cùm sine cōmerciorum libertate neq; augeri neque subsistere Respublica possit, vt diximus ad *l. 1. sup. de exercit. act.* Nihil autem est quod exercendis cōmerciis & propagandis tantopere prosit, quātùm si publicè ac bonā fide, contrahentes sciant se tutò contrahere *l. quòd si minor. 24. §. 1. sup. de minor.* Mortuo autē pupilli patre qui præposuerat institorē, si institor in officio publicè perseueret, quis ferat eos qui cū eo contrahere publicè velint, cogi priùs inquirere, an pupillus tutores aliquos habeat necne qui institorē illū vel remouere possint vel retinere? Annō moras illas omnes vtilitas promiscui vsus reiicit? Ergo quāuis sciant contrahentes & defunctū esse patrem impuberis, & tutores ei nullos adhuc datos esse, dicendū tamē est non eo minùs tutò illos cum institore contracturos, & eo vsque producendā esse cōmerciorū vtilitatem, vt loquitur Vlp. quāuis in alia specie in *l. 1. §. magistrū autē sup. de exercit. act.* In quo tamen mirū videri possit deteriorē pupilli quàm aliorū condicionē esse, quæ tamen melior esse deberet. Nā in cęteris ita ius est, vt qui cū defuncti institore ante aditā hereditatē contraxerunt, acquirant sibi institoriā contra futurum heredē ita demùm, si mortē præponentis ignorauerint, vt dicemus in §. *seq.* & iam diximus in *l. 5. §. pen. sup. hoc tit.* At cōtra pupillū damus institoriā citra vllā distinctionē scientiæ aut ignorantiæ, propter vtilitatem promiscui vsus, vt scriptū est in hoc §. sed ratio diuersitatis euidens est, quia pupillus qui patri heres extitit, heres est statim & ipso iure citra additionē aut immixtionem vllam, ita vt nec hereditas vlla fuisse existimetur *l. in suis 11. de liber. & posthum. l. in suis 14. de suis & legit.* Nec quod fortè tutorem adhuc nullum pupillus habeat, ad rem facit, non magis quàm quod abstinere se possit *l. 1. §. qui sunt in potestate infr. si quis omiss. caus. testam.* Neque tamen ea res valde damnosa est pupillo, cùm possit suo iure se abstinere, tum quoque cùm tutore authore se immiscuit *l. impuberibus 11. & seq. de acquir. her.* etiam citra restitutionem in integrum *d. l. necessariis 57. eod. l. pen. de author. tutor. l. ex contractu 44. infr. de re iudic.* atque ita institoriæ actionis, cæterorumq; onerum hereditariorum omnium periculum euitare *l. quoties 44. & d. l. necessariis de acquir. hered.* Sed extra causam paternę hereditatis, si cum institore contractum esset ante aditam à pupillo hereditatem extranei, pupillus proculdubio iure extranei vteretur, nec aliis obligaretur creditoribus quàm qui mortem patrisfamilias ignorantes cum institore contraxissent. Et sanè difficilius est, vt siue pupillus siue tutores eius eum institorem remouere debeant, quàm vt eum qui ab alio præpositus sit. Is enim honor debetur quodammodo reuerentiæ iudicij paterni, vt diximus ad *dict. l. sed si pupillus 11. supr.*

a *Quemadmodum vbi post mortem tutoris.* RAT. DVB. Tutoria potestas sicuti non nisi vicaria quodammodo est patriæ potestatis, ita longè minorem habet authoritatem, minoremq; durationem. Nam patria potestas licèt morte patris finiri videatur, attamen per tutoris dationem quæ patri permissa est, in id vsque tempus extendi videtur, quo pupillus fiat pubes, vt sibi ipse consulere aliquo modo possit *l. 1. de tutel.* At tutoris potestas omnino finitur morte tutoris, ita vt nec vlla eius vestigia remanere debeant. Ergo quamuis vtilitas promiscui vsus faciat, vt contra pupillum indistinctè danda sit institoria ex contractu institoris à patre præpositi, quamuis post obitum patris gesto, siue pupillus tutorem aliquem habeat, siue nullum, & siue defunctum patrem contrahentes sciant, siue ignorent, vt proximè diximus, non tamen bona consecutio est, vt idem quoque dicendum sit, si post mortem tutoris institor qui à tutore præpositus fuerat, cū aliquo contraxerit. Nullo modo enim præpositus dici posse videtur, defuncto iam tutore qui eū pręposuerat. Nec rursus tantam reuerentiā pupillus debet iudicio tutoris sui, quantā paterno eū debere constat,

BIU Cujas

DEC. Institor præpositus à tutore etiam non interueniente persona pupilli perinde ab ipso pupillo præpositus intelligitur, ac si pupillus cum tutoris authoritate cum præposuisset, quia tutor domini loco habetur, vt diximus ad *l.5.§.vlt.supr.hoc tit. ex l.qui fundum 7.§.si tutor.infr.pro emptor. l.is qui in puteum* 11.§.*an ignoscitur infr.quod vi aut clam.l.interdum* 56.§.*qui tutelam infr.de furt.* Ergo licèt tutor sit mortuus, institor tamen durat, quandiu à pupillo superstite aliísve ipsius tutoribus non remouetur. Estque hic casus minùs dubitabilis, quàm superior, quem ideò Paulus huic æquiparat, vt facere solent, qui casum dubitabiliorem ex minùs dubitabili comprobare volunt. Non enim sicut institor à tutore præpositus, ab ipso pupillo præpositus videri debet, ita & qui à patre. Quod autem à tutore fit pupilli nomine, aut ab ipso etiam pupillo ex tutoris authoritate, si semel ritè factum sit, durat perpetuo, nec cum tutela ipsa finitur, sed pupillum ipsum pupillique heredes in perpetuum obligat.

3 ¶ Eius contractus certè nomine, qui ante aditam hæreditatem interceſſit, etiam si furioſus hæres exſiſtat, dandam eſſe actionem, etiam Pomponius ſcripſit. non enim imputandum eſt ei, qui ſciens dominum deceſſiſſe, cum inſtitore exercente mercem contrahat.

Ad §.3. Eius contractus.

Est hic §. potiùs pars quædam superioris, & ita à nobis tractatus est *libr.2.Coniect.cap.*11. vbi & superiorem quoque sententiã explicauimus, & eam quæ in hoc §. subiicitur emendauimus in postremis illis verbis, *non enim imputandum est ei qui sciens dominum decessisse cum institore mercem exercente contraxit*: vbi pro *sciens* legendum esse *nesciens* docuimus, ne alioqui pugnet hic locus cum *l.cuicunque* 5.§.*pen.supr.* quo loco manifesta ponitur differentia inter eos qui contrahentes cum institore ante aditam hereditatẽ sciuerunt mortem defuncti, & eos qui ignorarunt. Et certè vix est, vt non imputari possit ei qui sciens dominum iam decessisse contraxit cum institore ante aditam hereditatem, cùm expectare debuerit, vt aliquis heres esset, qui eum institorem vel remoueret, vel retineret. Sicut & in aliis plerisque euenit necessariò, vt heres expectandus sit *l. hereditas in multis* 61. *de acquir.rer.domin.* Sic & in *l.filiæ* 88. *de solut.* in illis verbis, *precia rerum quæ sciebãt esse pupillæ* erratum esse, puto & legendum *quæ nesciebant*, vt alibi docuimus. Illud tamen hîc difficile est, quod Paulus de eo contractu loquens, qui ante aditam hereditatem interceſſit, ait, dandam esse actionem institoriam, *etiamsi* inquit, *furiosus heres existat.* Certũ enim est furiosum heredem esse non posse, nisi patri suo cui & suus & necessarius heres est *l.2.supr.de condict.furt.* ideoque necessariam olim fuisse bonorum possessionem quæ ipsius curatoris decreto dabatur ex illa parte edicti, quæ est *de bonor.poss.furios.infant.mut.surd.cæc.dand.l.*1. *ill.tit.l.Licinius* 48.§.1.*de legat.*2. quam & hodie necessariam esse voluit Iustinianus in *l.vlt.§.sin verò perpetuo & seq.C.de curat.furios.* quamuis idem Iustinianus permiserit tutori non minus quàm patri, adire hereditatem extranei nomine infantis in *l.si infanti* 18.*C. de iur.delib.* Adeo enim furiosus incapax est acquirendæ hereditatis, vt nec si filium habeat heredem ab extraneo institutum iubere ei possit adire *l.cùm heres* 52. *infr.de acquir.hered.* At rursus si hunc locum intelligas de furioso, qui patri suus & necessarius extiterit, non poterunt explicari verba illa Pauli *ante aditã hereditatem*, cùm in suis hereditas nulla sit hereditas, nec iacens, nec quæ adiri possit, vt ad præcedentem §. scripsimus ex *l. in suis* 11. *de liber. & posthum. l.in suis* 14. *de suis & legit.* Non enim qui iam ipso iure heres est, magis heres fieri per aditionem posset, quia nec quod iam meum est magis meum fieri potest §. *sic itaque Instit.de act.* Quare non dubito quin delenda sit dictio *furiosus*, addita scilicet ab imperito interprete existimãte sensum alioqui perfectum esse non posse & frequẽtem esse in libris nostris furiosi & impuberis comparationem, vt & in *l.3.§.1.infr.tit.prox.* *l.*1.§.*hoc edicto ne vis fiat ei l.Fulcinius* 7.§.*planè interdum quib.ex caus.in poss.eat.* nec animaduertente posse suppleri commodissimè ex §. præcedente, cuius hic velut appẽdix est repetita dictione *impubes*: nam & verba illa à quibus inchoatur hic §. *Eius certè contractus nomine* ostendunt satis eandem tractationem, & speciem continuari de impubere', sed non qui patri suo heres extiterit, vt in specie præcedenti, at qui extraneo à quo fuerit institutus, vel tanquam proximus agnatus ei ab intestato successurus: ideoque videtur mihi Paulus summo, vt semper solet, iudicio de impubere locutus esse, non de pupillo, quia pupillus dicitur quis ex comparatione patris tantùm, quo qui non caret impubes quidem esse potest, & à patre adhuc viuo emancipatus, sed pupillus esse non potest: impubes verò ex comparatione magis extranei siue viuo adhuc siue mortuo iam patre. Et consequenter melius fuit de impubere loqui, quã de pupillo cùm de eo loqueretur Paulus qui & patri & extraneo heres fuisset. Quisquis enim pupillus est etiã impubes est. At non è contrario quisquis est impubes etiam pupillus est, sententia igitur Pauli est, etiam contra impuberem dandam esse institoriam non solùm si patri suo institorem iam habenti heres extiterit, sed etsi extraneo, si fortè ante aditam extranei hereditatem institor cum aliquo cõtraxerit nesciente adhuc decessisse illum qui institorem præposuerat. Priore igitur casu dandam indistinctè contra impuberem actionem institoriam, posteriore verò non nisi cum distinctione scientiæ & ignorantiæ. Cæterùm vtraque sententia est de impubere, non de furioso, idq; à me obseruatum nõ fuisse cùm in Coniecturis scriberem ad hunc locum certè miror. Cætera non malè explicauimus, præsertim quæ ad aliam emẽdationem pertinet, contra Iacobum Cuiacium cæteroſq; interpretes, qui actionem institoriã ex cõtractu ante aditã hereditatẽ inito ei quoq; dant, qui eo contractus tẽpore sciebat iã defunctũ patrẽfamilias, & iacere hereditatẽ, contra *l.5.§.pen.sup.hoc tit.* Satis enim est propter vtilitatẽ promiscui vsus fauere ignoranti cui nec semper alioqui succurritur. Puta si tibi nummos in hoc dedissem, vt eos alicui crederes, & eos tu me mortuo ignorãs me mortuũ etiã ignoranti credidisses: nõ enim eo magis facti essent accipientis *l.pen.* vbi diximus *supr.de reb.credit.* Nimirũ alia causa est dispẽsatoris, alia institoris, negotiũ institoris ad publicã vtilitatẽ spectat commerciorum, non etiam officium dispensatoris. Quamquam in dispensatore quoq; potest fieri distinctio scientię & ignorantiæ, si nõ de credendis & alienãdis ab eo nũmis, sed de solutione ipsi facta tractetur, vt in *d.l.pen.de reb.credit.l. dispensatorẽ* 62. *de solut.* Planè si quis sciẽs dominũ iam decessisse

BIU Cujas

decessisse cum institore nihilominùs contraxerit, siquidem post aditam hereditatem, æquè habebit institoriam, quia iustam suspicandi causam habet, retentum fuisse institorem ab herede hoc ipso quod eum non remouit, quem remouere potuerat & debuerat, si eius opera vti nollet. Si verò ante aditam hereditatem, non aliter quàm si ignorauerit patremfamilias defunctũ esse: alioquin si sciuit etiam scire illud debuit extinctam & finitam fuisse præpositionem morte præponentis. In quo certè insignis error fuit Cuiacij, putantis, morte eius qui institorem præposuit, mercaturis faciendis, non finiri præpositionem nec officium institoris, sed institorem remouendum esse ex *d.l. sed si pupillus* 11. *sup.* Quomodo enim aut à quo remouebitur institor ante aditam hereditatem *d.l. 5. §. pen.* Nec bona est consecutio, vt quia etiam post patrisfamilias mortem cum institore tuto contrahitur, eius officium duret. Id enim fit in extranei institore, non quia morte non sit finita præpositio, sed ne circumueniatur ignorantia probabilis eorum qui cum ipso contraxerunt, vt contingit etiam in eo, qui præpositio ad accipiendam solutionem bona fide soluit, ignorans finitum esse aut morte, aut expressa etiam reuocatione, aut quo alio denique modo, mandatum *l. si quis seruo* 18. *l. qui hominem* 34. *§. si Titium infr. de solut. §. item si adhuc Instit. de mandat. l. inter causas* 26. *infr. mandat.*

4 ¶ Proculus ait, si denuntiauero tibi, ne seruo à me præpositio crederes, exceptionem dandam, *Si ille illi non denuntiauerit, ne illi seruo crederet.* sed si ex eo contractu peculium habeat aut in rem meam versum sit, nec velim. quo locupletior sim, soluere: replicari de dolo malo oportet. nam videri me dolum malum facere, qui ex aliena iactura lucrum quæram.

Ad §. 4 Proculus ait.

RAT. DVB. Qui prohibitus est, ne cum institore contraheret, siue per proscriptionem publicam, siue per specialem denunciationem, si contrahat, institoriam habere non debet, saltem quæ sit vtilis & efficax & sine exceptione: Imputandum enim est, cur contra prohibitionem fecerit *l. sed si pupillus* 11. *§. de quo palam & seq. §. condicio versic. sed etsi denuncietur.* & hac ipsa lege *§.1. supr.* Itaque exceptio domino danda est, *si ille illi non denunciauerit, ne illi seruo crederes.* Ergo etiamsi ex eo contractu peculium habere incipiat seruus, qui antea nullum habebat, aut etiam si voles in rem domini versum sit, nec velit dominus id in quo locupletior factus est soluere, non ideò tamen per institoriam actionem condemnari dominus debet, sed sufficit creditori quod eum possit adhuc de peculio vel de in rem verso conuenire *l. quoties* 47. *in princip. inf. de pecul.* Pessimi namque exempli est, vt institoria detur ex contractu institoris prohibiti, cùm nec institor aut præpositus videatur is, qui prohibitus est *d. §. de quo palam.* DEC. Is demùm institor præpositi & institoris loco haberi desinit, cui in totum prohibitum est, ne cum vllo contrahat, vt in *d. §. de quo palam & §. sed si in totum eiusd. leg. & d.l. quoties.* Nec proinde hoc casu locum habere institoria potest, sed specialis denunciatio alicui facta ne cum institore cõtrahat sicuti non remouet institorem, ita nec institoriam excludere potest, sed tantùm tribuere domino exceptionẽ per quam se tueatur cùm à creditore conueniri incipiet. Porrò sicuti æquitate defensionis & exceptionis potestas actionis infringitur *l. qui æquitate* 12. *infr. de doli mal. except.* Ita & aliquando æquitas ipsa exceptionis per potentiorem æquitatem replicationis eliditur. Id verò tum maximè contingit, cùm replicatio doli habere locum potest, quæ omnium fortissima est. Nam sicuti aduersus doli exceptionem nunquã datur doli replicatio, vt eleganter Vlp. ex Marcello scribit in *l. 4. §. Marcellus eod. tit.* ita neque aduersus doli replicationem duplicatio vlla vnquã dari potest. Atqui cùm per contractum serui eiusdemque institoris post denunciationem initum, vel seruus ille peculium habere cœpit, vel quo alio modo negotium in rem domini vertit, in dolo certè incipit esse dominus, qui prætextu denuntiationis recusat soluere, id etiam in quo locupletior factus est; iurisq; occasionem ad iniquum suum trahit cõpendium, vt loquitur *l. vlt. C. pro empt.* Annon enim facit dolũ malum qui ex aliena iactura lucrum quærit? *l. iure naturæ* 206. *de reg. iur. l. nam hoc natura* 13. *supr. de condict. indeb.* Ergo replicatio doli aduersus exceptionem domini hoc casu danda erit, vt per institoriam actionẽ condemnari perinde dominus possit, atque si denunciatio nulla interuenisset: nam neque denunciatio hæc obstare posset, ne institoria quoque cessante conueniendus esset dominus, & cogendus soluere actione de peculio, vel de in rem verso *d.l. quoties.* Quæ autem ratio parere posset actionem, multo magis & exceptionem parere potest, & replicationem, quæ ipsa nihil nisi exceptio est *l. 2. §. 1. de except. iunct. l. 1. §. is autem de superfic. l. inuitus* 156. *§. 1. de regul. iur.* Eatenus tamen replicatio hæc dari debebit, quatenus ex eo serui contractu dominus locupletior factus probabitur. Itaque si non in totum, sed pro parte tantùm factus sit locupletior, pro parte tantùm institoria tenebit, eritque efficax pro alia parte, exceptio prævalebit. Obseruãdus autem est casus hic singularis, in quo is qui agit institoria probare cogitur locupletiorem factum esse dominum aut succumbere. Id enim regulariter non obtinet in eoque potissima versatur vtilitas actionis institoriæ, vt eligere illam actor debeat, potiùs quàm actionem de in rem verso, quæ oneratur semper necessitate probandi pecuniam in rem domini versam esse *§. cæterùm Instit. quod cum eo, qui in alien. potest. est.*

5 ¶ Ex hac causa etiam condici posse, verum est.

Ad §. vlt. Ex hac causa.

RAT. DVB. Is qui habet actionẽ ciuilẽ frustra desiderat honorariam *l. 1. sup. de Publician. in rem act.* Atqui cõdictiones omnes sunt ciuiles, institoria verò actio honoraria est *l. 1. sup.* Ergo si cõdictio ex hac causa cõpeteret in specie superioris §. institoria locũ habere nõ posset. Atqui locũ habet institoria, vt vidim⁹: Ergo cõdictio locũ habere nõ debet. DEC. Condictiones omnes licèt ciuiles actiones sint, attamẽ ex summa æquitate proficiscuntur, vt & actiones Prætoriæ *l. si & me & Titium* 32. *supr. de reb. credit. l. nam hoc na-*

BIU Cujas

tura 14. & seq. l. hæc condictio 66. supr. de condict. indeb. l. rerum 25. infr. rer. amot. Nihil ergo vetat, condictionem cum actione institoria concurrere, præsertim verò condictionē certi quæ generalis est, & ex omni contractu competit *l. certi condictio 9. in princip. & §. quoniam igitur & l. si à furioso 12. supr. de reb. credit.* Proinde si in specie §. superioris ille qui cum seruo eodemque institore tuo contraxit, post tuam licèt denunciationem, pecuniā ei dederit, quæ in rem tuam versa sit, non tātùm institoriam habere debet, eamque efficacem & vtilem beneficio replicationis doli, vt diximus, sed etiam condictionem: Quam verò condictionē? Plures enim sunt, nec omnes omni causu competunt. Puto ego locum esse condictioni sine causa, quia licèt non sine causa pecunia creditoris ad te peruenerit, quæ ex contractu peruēnit, & in rem tuam versa est, incipit tamen esse nunc penes te sine causa cùm improbas eum contractum tanquam contra tuam prohibitionem factum, ideoque nec pateris te institoria conueniri. Nihil enim refert ad inducendam condictionem sine causa, an ab initio causa nulla fuerit, an quæ fuit redierit ad non causam *l. 1. §. penult. & vltim. l. 2. in fin. l. 4. supr. de condict. sin. caus.*

18. IDEM libro singulari de variis lectionibus.

INstitor est, qui tabernæ, locóve, ad emendum, vendendúmve præponitur: quíque sine loco ad eundem actum præponitur.

Ad l. Institor 18.

RAT. DVB. & DECID. ad hanc legem eadem est, quæ ad *l. 3. 4. & 5. supr. hoc tit.* vbi æquè tractatur de nomine, diffinitione, & officio institoris, aliud prætereà nihil.

19. PAPINIANVS libro 3. Responsorum.

IN eum, qui mutuis accipiendis pecuniis procuratorem præposuit, vtilis ad exemplum institoriæ dabitur actio, quod æquè faciendum erit [a], & si procurator soluendo sit, qui stipulanti pecuniam promisit.

Ad l. In eum 19.

RAT. DVB. Procurator cui mandatum est, vt pecunias mutuas acciperet, non ideò ex procuratore factus est institor: Aliud enim officium est procuratoris, alia verò institoris, & aliter tenetur procurator, aliter institor *l. cuicunque 5. §. sed & cùm fullo 10. sup. hoc tit.* Possuntque sufficere obligationes mandati, quæ inter mandantem & procuratorem cōtrahuntur, & quæ mutuas actiones pariunt, directam mādanti, & procuratori contrariam. DEC. Is qui procuratori suo mandat, vt pecuniā mutuam accipiat, quasi præposuisse illum videtur mutuæ accipiendæ pecuniæ: Ergo vtili actione quasi institoria teneri debet & ad exemplum institoriæ actionis *l. idemq; 10. §. idem Papinianus infr. mandat.* vbi Vlpianus ex Papiniano nostro scribit, etiam fideiussori condemnato qui ideo fideiussit, quòd procuratori dominus mandasset, vt pecuniam mutuam acciperet, vtilem actionem hanc dandam esse. Quod & scriptum est in *l. liberto 31. in princip. de negot. gest.* vbi idem Papinianus & creditorem & fideiussorem æquiparat, data vtrique negotiorū gestorum actione, scilicet inquit ad exēplum institoriæ actionis: nam & hic fideiussor nihil nisi creditor est, non etiā mandatarius, cùm fideiubendi mādatum nullum habuerit *l. ex mandato 20. §. 1. mandat.* sed ad fideiubendum accesserit sola contemplatione mandantis & mandati, quod procurator à domino habuerat, vt mutuas pecunias acciperet: Est enim hæc fideiussio sequela quædā principalis negotij pro quo institoria cōpeteret *l. cuicunque 5. §. item fideiussori supr.* Est autem longè alia ratio institoriæ actionis, alia mandati: nam mādati actiones mutuæ inter mandantem & mandatarium exercentur: At institoria ei necessaria est, qui cum procuratore contraxit, vt non modò procuratorem ipsum ex suo contractu obligatum habeat directa actione, de qua nemo dubitat, sed vt in eum quoque agere possit, qui procuratori, vt contraheret, mandauit. An enim mandauerit, vt ille mutuas pecunias acciperet, an vt aliquid emeret, vel venderet, alitérve contraheret, nihil refert *l. Iulianus 13. §. si procurator inf. de act. empt.* Sed et si fideiussor ex mandato fideiussisset, atque ita contra eum actionem mandati contrariam habere posset, adhuc tamē eius valde interesset agere potiùs institoria: quia mandati actio competere non potest ei, qui nondum soluit pro indemnitate consequenda, licèt iam condemnatus sit, quousque ipse satisfecerit, quamuis secuta iam condemnatione, & aliis quibusdam casibus, de quibus in *l. si pro ea 10. C. mandat. l. Lucius 38. §. 1. infr. eod. ill. tit.* possit vltro agere fideiussor mandati, vt liberetur *l. si mandatu 45. §. quoties autem eod. tit.* At institoria potest ei esse vtilis etiam nulla dum secuta condemnatione, nec expectato eo vt fideiussor diu steterit in obligatione, nec rursum inspectis facultatibus fideiussoris, & an pecuniam habeat in numerato, quam possit statim soluere creditori, & sic mandati agere: quomodo in mandati actione seruatur *d. l. Lucius §. 1. & d. l. si pro ea.* Sed cur non dat Papinianus hoc casu directam institoriam creditori aut fideiussori, sed vtilem duntaxat? Nimirum quia dominus mandauit quidem procuratori, vt mutuam pecuniam acciperet, sed tanquam procuratori non tanquam institori, non mandaturus fortasse nisi procuratorem eum iam habuisset: sicut & in specie *l. si cum villico supr.* non nisi vtilis institoria datur ex contractu villici ad distrahendas quoque merces præpositi, quia non tam quasi institor quàm quasi villicus, & ex ea occasione quod villicus iam esset præpositus in eam rem videatur, vt ibi diximus. Iunge *l. pen. C. hoc tit.*

a *Quod æquè faciendum erit.* RAT. DVB. Vel procurator de quo hîc Papinianus tractat mandatum speciale habuit, vt stipulanti pecuniam promitteret, vel non habuit: si habuit, cur non tenetur dominus institoria simpliciter, vt in superiore casu, id est, non adhibita ea distinctione quā Papinian⁹ hîc adhibet, an pro-

BIU Cujas

an procurator sit soluendo nécne ? neque enim distinctio hæc in institore aut in institoria actione adhibetur: si verò mandatum in eam rem speciale non habuit, cur tenetur dominus institoria vel quasi institoria, etiamsi procurator sit soluendo ? mandati enim probatio ad quasi institoriam inducendam omnino exigitur *leg. penultim. & vltim. Cod. hoc tit.* Alioqui procurator generalis si contrahat etiam nomine domini, cuius procurator est, se solum obligat, non dominum, promittendo stipulanti, quemadmodum è contrario si quid ipse stipularetur, sibi acquireret, non domino, ne quidem vtilem actionem nisi dominus præsens fuisset *l. si procuratori præsentis 78. de verb. oblig.* aut procurator ex re ipsius domini mandato non refragante stipulatus esset *l. quod procurator 68. supr. de procurat.* & ideo actione mandati cedere cogitur domino ea actione quam ipse stipulando sibi quæsiit *l. possessio 49. §. 1. in fin. de acquir. poss.* est enim multo facilius & tolerabilius, vt procurator etiam citra speciale mandatum domino acquirat, quàm vt dominum obliget, quia fauorabiliores sũt acquisitiones quàm obligationes *l. obligari 9. infr. de autho. tutor l. soluendo 39. supr. de negot. gest. l. filiusfamilias 22. infr. de solut. l. melior 133. de reg. iur.* DEC. Intelligenda procul dubio est hæc Papiniani sententia de alio procuratore quàm de quo in principio legis dictum est, id est qui præpositus fuerit mutuis accipiendis pecuniis: is enim dominum obligaret omnimodo institoria actione: non tantùm si mutuam pecuniam accepisset, seque condictione certi ex mutuo creditori obligasset (qui tamen casus minorem haberet dubitationem, quia idipsum procurator fecisset, quod ei nominatim mandatum esset) verum etiam si acceptas mutuas pecunias se restituturum stipulanti creditori promisisset, quo casu non tam mutui quàm verborum obligatio contracta videretur: numeratio autem facta esse implendæ duntaxat stipulationis gratia vt eleganter scriptũ est in *l. cum enim 6. iunct. §. 1. legis præced. infr. de nouat.* etsi enim hoc posteriore casu aliud videtur fecisse procurator, quàm quod mandatum ei fuerat, quia mandauerat ei dominus, vt pecunias mutuas acciperet, non item vt stipulanti quicquam promitteret. Quid tamen creditoris interest an procurator condictione certi ex mutuo se obligauerit an ex stipulatione? An non vtroque casu eadem contrahendæ obligationis causa subest, quod mutuas pecunias procurator ex mandato domini à creditore acceperit? Aut quid refert, quidnam ex æquipollentibus fiat, dũmodò voluntati mandãtis satis fiat, si non in contrarium certa forma præscripta sit? *l. si quis pro eo 46. & l. vltim. §. 1. infr. mandat.* Tractat igitur Papinianus in posteriore hoc versiculo, de procuratore generaliter dato ad negotia, nec tamen cum libera rerum omnium administratione quem non possis institorem dicere, quia non sicuti procurator, ita & institor quisquam generalis dici potest. Certę autem rei & negotiationi præpositum quem esse oportet, vt institor videri possit *l. 3. 4. & 5. in princip. & l. prox. supr.* Finge itaque procuratorẽ hunc generaliter datum vel stipulanti promisisse vel mutuas pecunias accepisse, cùm tamen neutrũ ei mãdatum esset. Quemadmodum non est institor ita neque dominum institoria actione obligare potest, nec rursum quasi institoria simpliciter, vt in casu præcedente, sed tamen obligabit eum quasi institoria cum hac distinctione si soluendo ipse sit, quia cùm mandatum generale habeat, plus iuris habet ad contrahendum, siue pecunias mutuas accipiat, siue stipulanti promittat, quàm si nudus negotiorum gestor esset, & quamuis procurator numquã sit institor, plerumque tamen propè accedit ad institorem, quia præpositus semper est aut alicui negotio, aut omnibus. Ergo temperamentum hoc inducendum est, vt obliget quidem dominum quasi institoria, quod nudus negotiorum gestor facere non posset, sed non aliter tamen obliget, quàm si soluendo sit, vt domino quasi institoria conuento indemnitatem præstare possit, quæ distinctio neque in vero institore neq; in eo qui tanquã procurator magis quàm quasi institor speciale mandatum habuisset, admitteretur, nẽpe quia & cũ institore, & cũ procuratore qui mandatũ speciale habeat, rectè tutoq; contrahitur vt de tutoribus scriptũ est in *l. 4. in fin. infr. de iuict. l. 4. §. illa etiam quæstio infr. de doli mal. except.* Sed cum procuratore generali non æquè tutò contrahitur ad obligandum dominum, quamuis ipse procurator, qui contrahit omnimodo obligetur. Ideóque necessaria distinctio est, an soluendo sit, an non, quomodo & aliis pleriſque casibus eadem distinctio adhibetur scilicet cùm iniquum esset morari in damno eum qui ex alieno facto conueniatur, si non vsque adeo potuit obligari, vt eius tãdem periculo totam obligationem cedere oporteat, vt in *l. filiæ 88. de solut.* Ita enim fit, vt & ei qui cũ procuratore contraxit, bene cõsulatur, data ei etiam contra dominum quasi institoria actione, & ipsi etiã domino non aliter data in eum actione quasi institoria quàm si procurator soluendo sit, quemadmodum solebat Pomponius dicere cùm pupillus ex dolo tutoris sui vel furiosus ex dolo curatoris conuenitur *l. 3. §. 1. infr. tit. prox.* ne alioqui contractus per procuratorem quidem initus, sed sine vllo speciali mandato, afficiat damno dominum, qui non fuerat fortasse id specialiter mandaturus. Simile quiddam vidimus in *l. habebat 13. §. vltim. & l. seq. supr. hoc tit.* & videbimus in *l. & ancillarum 27. §. vlt. cum l. seq. infr. de pecul.* Et verò æquissimum omniũ est, huiusmodi temperamentum per quod vtriqué parti commodissimè consulitur, vt neutra lædatur *l. ex his 8. in fin. infr. quæ in fraud. credit. l. seruus dotalis 58. in fin. infr. solut. matr.* Planè in procuratore generali cui etiã libera rerum omnium administratio data esset, dubitationem nullam res haberet, quia generale illud mandatum *cum libera*, vt vocant, æquipollet mandato speciali in rebus omnibus, ideóque perinde ac speciale mandatum inducere t quasi institoriam indistinctè, id est nõ adhibita illa distinctione, an soluendo esset procurator, an non: quam nec Papinianus noster adhibet in prima specie huius legis nec in *d. l. idemque 10. §. idem Papinianus infr. mandat. d. l. liberto 31. in princ. supr. de negot. gest. l. Iulianus 13. §. si procurator infr. de act. empt.* nec Imperatores in *l. pen. C. hoc tit.*

1 Si dominus, qui seruum institorem apud mensam pecuniis accipiendis habuit. post libertatem quoque datam, idem per libertum negotium exercuit: varietate status non mutabitur periculi causa.

Ad §. 1 Si dominus.

RAT. DVB. Mutatione status sicut institor ex seruo factus liber alius quidam homo esse *l. seruus legatus 27. in fin. de adim. legat.* cùm hodie statum habe-

BIU Cujas

re incipiat *l.3.§.vltim. & l.4.supr.de capit.minut.* Ita & mutata videtur qualitas institoris, vt institor esse desierit cùm liber & libertus esse cœpit. Aliter enim cum liberis hominibus, & aliter cum seruis contrahitur, alitérque rursum obligatur dominus ex contractu serui eiusdémque institoris sui; aliter verò ex contractu liberi hominis, quem tabernæ, aut alij negotiationi institorem præposuerit: nam ex contractu institoris liberi non competit contra eum qui pręposuit nisi institoria actio at ex contractu serui præter institoriam dantur actiones de peculio de in rem verso, & quod iussu *l.si quis mancipiis* 17.§.1. vbi diximus *supr. l.quoties* 47. *infr. de pecul.* & in omnibus dispositionibus subintelligi semper videtur clausula illa, *Rebus sic stantibus l.cùm quis* 361. *in princi. l.si cùm Cornelius* 82. *infr. de solut.* Ergo si dominus qui seruum institorem apud mensam pecuniis accipiendis habuerat, eum manumiserit, quamuis post libertatem quoque datam idem negotium per libertum exercuerit, fatendum est mutatione status mutatam esse periculi causam, id est, periculum amplius nullum esse ne ex eius institoris contractibus patronus qui eum antè pręposuerat in posterum actione institoria obligetur. DEC. Mutatio status non mutat contractum qui ab initio certam formam acceperat, & qui post manumissionem quoque ab eo qui institorem præposuerat, confirmatus, & quodammodo renouatus est, non reuocatus: cùm etiam post datam libertatem idem ille idem negotium per eundem institorem, quamuis hodie libertum exercuit. Ergo perinde tenebitur institoria atque tenebatur anteà, & vt eleganter Papinianus loquitur, mutatione status periculi causa non mutabitur. Sic dicimus si filiusfamilias qui societatem coierat, emancipatus sit, & post emancipationem quoque in societate duratum sit, non aliam, sed eandem esse societatem, vt Vlpianus scribit in *l.si id quod* 58.§.*si filiusfamilias*, vbi est textus elegans *infr. pro socio.* nimirum, vt puto, quia & in societate & in prępositione institoris fides & industria persone eligitur, quę per status mutationem solam non ideo mutari solet. Initium namque contractus inspiciendum est *d.*§.*si filiusfamilias.* Nec superueniens institori libertas in specie huius §. quicquam noui adfert propter quod institor remotus videri debeat, cùm etiam liber homo adeóque ingenuus eidem mensę & negotiationi pręponi potuerit *l.sed etsi* 7.§.1. *supr. hoc tit.* tantóque maiorem fidem & operam patrono prestare debeat libertus, quanto plus ei debet post libertatem acceptam, quàm deberet anteà.

2 ¶ Tabernæ præpositus à patre filius, mercium causa mutuam pecuniam accepit, pro eo pater fideiussit, etiam institoria ab eo petetur: cùm acceptæ pecuniæ speciem, fide iubendo, negotio tabernæ miscuerit.

Ad §.2. Tabernæ præpositus.

RAT. DVB. Cùm filius mercis tantùm causa tabernę prępositus à patre fuit, & mutuam ab aliquo pecuniam accepit, non potest videri tanquam institor eam pecuniam accepisse, cùm accipiendis mutuis pecuniis prępositus nō fuerit. Aliud enim omnino est tabernę prępositum esse, aliud verò mutuis accipiendis pecuniis *l.habebat* 13. *in princ. supr.* Ergo etiamsi pater pro hoc filio, próque illo mutui contractu fideiusserit, non ideo institoria teneri debet, cùm non sit hęc fideiussio sequella quędam illius negotij, cui prępositus filius fuerat, vt in *l.cuicumque* 5.§.*item fideiussori supr. l.liberto* 31. *in princip. supr. de negot.gest. l.idemq.* 10.§.*idem Papinianus infr. mandat.* sed nouum quoddam negotium ad priorem prępositionem nil pertinens, cuius nomine proinde teneri patrem tanquam fideiussorem satis est, non etiam vt obligationem eius institoriam hac de causa augeri oporteat. Pater enim cùm pro filio in hac specie fideiubet, id quidem agit, vt se obliget actione fideiussoria ex stipulatu, sed non vt actione institoria.

DEC. In potestate patris fuit obligationem suā quæ ex institoris filij prępositione nata fuerat augere, & nouam prępositioni legem dicere, vt tanto magis actione institoria se obligaret. Quisquis enim vni negotio institorem aliquem pręposuit, etiam aliis pręponere eundem potest, atque ita maiore institoriæ actionis obligatione se obstringere: Atqui hoc ipsum facere videtur pater, cùm acceptę pecunię speciem fideiubendo pro filio, negotio tabernę miscet: nam cùm filium non nisi tabernę ac mercium causa institorem filium pręposuisset, nunc tamen patitur eum quoque pecuniam mutuam accipere, & pro eo fideiubet. Ergo perinde est quantum ad hanc pecuniam, pro qua fideiussit, attinet, ac si accipiendæ quoq; mutuæ pecunię filium pręposuisset. Satis namque pręponit facto ipso. Quid enim refert, an verbis voluntatem suam declaret, an facto, *l.non tantum* 5. *infr. rat. rem haber.* quę cùm ita sint, sic meo iudicio Papinianus legendus & construendus est, *Tabernæ præpositus à patre filius mercium causa*, addita hîc virgula, non vt vulgo post dictionem *filius*: nam si in sequentibus legeres *mercium causa mutuam pecuniam accepit*, non obligaretur pater institoria ob fideiussionem, sed ob primam ipsā prępositionem. Institor enim prępositus tabernę ad emendas vendendásque merces, etiam prępositus videtur ad mutuas pecunias accipiendas, dummodo ad merces & mercium gratia acceperit, vt constat ex *d.l.habebat.* Atqui Papinianus eam speciem manifestè tractat, in qua non alia de causa patrem teneri velit institoria, quàm quia fideiussit, non passurus teneri equè illum ex prępositione, si prępositioni fideiussionem aut quid simile non adiecisset, propter quod acceptę pecunię speciem fideiubendo miscuisse tabernę negotio videretur.

3 ¶ Seruus pecuniis tantùm fœnerādis præpositus, per intercessionē æs alienū suscipiēs, vt institorem, dominū in solidū iure prætorio non adstringit. quod autem pro eo, qui pecuniam fœnerauit[a], per delegationē alij promisit: à domino rectè petetur: cui pecuniæ creditæ contra eū, qui delegauit, actio quæsita est.

Ad §.

BIU Cujas

Ad §. vlt. Seruus 2.

RAT. DVB. Fieri potest, vt institor fœnerandis tantùm pecuniis præpositus; multò grauiores vsuras redacturus sit lucro domini, si liceat ei per intercessionem æs alienũ suscipere. Ergo si id fecerit tanquã institor, adstringit dominũ in solidũ iure prætorio & institoria actione. Quid enim aliud egit dominus præponendo seruũ suũ fœnerandis pecuniis, quã vt quolibet modo per seruũ ex ea negotiatione sibi acquireret fœnus vberius & ampliores vsuras? Nec quod in præpositione nihil de fideiussione mandatũ fuerit, ad rẽ facit, cùm ad inducendam actionem institoriã contra dominũ sufficiat fideiussionẽ factã esse in consequentiam & sequelam præpositionis, vt Vlp. noster loquitur in *l. cuicunque 5. §. itẽ fideiussori sup. hoc tit.* Commisso enim alicui certo negotio cõmissa quoq; credenda sunt omnia, vel sine quibus expediri tes non posset vt in *l. 2. supr. de iurisd. l. ad rem mobilem 56. l. ad legatũ 62. supr. de procur.* aut per quæ vtiliùs & cõmodiùs ad eius, quod mãdatum est, executionẽ peruenirii possit, *l. siquis pro eo 46. ad fi. l. vlt. in fi. inf. mãdat.* Constat autẽ fœneratores nõ solere nisi sub fideiussoribus adeóq; adiectis interdum etiam pignoribus pecunias credere, & ex eo in commodiorem pletumq; fieri istam fœnoris negotiationem, cùm fideiussoris datio nõ semper sit in expedito, *l. 2. §. sed si dubitetur supr. de iudic.* Vt proinde facilior futura sit, si permittatur seruo eidémq; institori per intercessionem æs alienũ suscipere. DEC. Is qui certæ tantùm negotiationi à domino præpositus est, putà fœnerãdis tantùm pecuniis in cæteris omnibus negotiis, nõ modò non præpositus, sed & prohibitus esse intelligẽdus est, *l. vlt. infr. quod cum eo.* cùm inclusio vnius sit exclusio alterius *vulg. l. cùm prætor 12. supr. de iudic.* Maximè cùm adest dictio taxatiua *tantùm*, vt in specie huius §. Atqui ponimus seruum hũc non nisi fœnerãdis tantùm pecuniis institorẽ præpositũ fuisse. Ergo nõ præstandis fideiussionibus nec per consquens suscipiendo per fideiussiones & intercessiones æri alieno: nec si fœnus vberius ea ratione domino acceßurum esse speretur, quia meliùs est minùs lucri ex fœnore accedere, quàm periculum augeri damni quod per institoriã actionẽ sentire dominus potest, & prima tutissimáq; pars lucri est damnum nullum sentire, nec periculum incurrendi damni vllum subire, quod vtique subit dominus quoties in eo statu est, vt per institoriam conueniri possit, vt Papinianus noster ostẽdit in §. 7. *supr.* elegantibus illis verbis, *non mutabitur periculi causa.* Sed neque potest seruus fideiussionis nomine obligari extra causam peculiarem, nisi mandante domino fideiusserit *l. 3. l. seruus inscio 19. cum l. seq. infr. de fideiuss. l. 3. §. sed si filius infr. de pecul.* quia id ei à domino mãdatum esse nunquã intelligatur. *l. vlt. infr. quod cum eo qui in alien. potest. est*, siue quod fi spondeas præstò noxa sit, vt est in vetere prouerbio, siue quod fideiubendo nemo fiat locupletior. Atferè pauperior quisquis fideiubet. Meritò igitur Papinianus ait, ex fideiussione aliáve intercessione serui, qui æs alienum per eam intercessionem suscepit, cùm fœnerãdis tãtùm pecuniis præpositus esset, nõ adstringi dominũ iure prætorio, & actione institoria tanquã ex contractu institoris. Lege itaq; cũ Haloandro *vt institor*, non quomodo legitur vulgo *vt institorem.* Sequitur

a *Quod autem pro eo qui pecuniam fœnerauit.* RAT. DVB. Seruus à domino suo institor certæ negotiationi præpositus ab aliis omnibus prohibitus certè censetur, hactenus saltẽ vt aliarũ nomine præpositus dici nullo modo possit, vt proximè dicebamus, atquin is de quo Papinianus hîc tractat fœnerãdis tãtùm pecuniis præpositus fuerat, non etiã creãdis per delegationẽ creditoribus nouis, non magis quã suscipiẽdo per intercessionem æri alieno in specie superiore. Nam & quid aliud est per delegationẽ alij promittere quod alius debeat, quàm æs alienum per intercessionẽ suscipere? Cumq; fideiubere sit adeóq; plus quàm fideiubere, si quis ab alio debitum pro eo soluat *l. vlt. infr. quod cum eo.* An non fideiubet etiam ille qui quod alius debet, alij promittit? Ergo si hic seruus à Titio delegatus, cùm ab eo Titius mutuam pecuniam fœneraret, id est, mutuaretur sub fœnore promiserit Sempronio quod ei Titius debebat, nec soluat, nõ est danda Sẽpronio cõtra dominum institoria ad eã pecuniam cõsequendam, quã per delegationẽ seruus promisit, quasi extra præpositionis legẽ, & institoris officiũ id fuerit, & institor æs alienum per intercessionẽ susceperit. Quod fieri posse Papinian. proximè negauerat. DEC. Tota hæc negotiatio ad causam fœnerãdæ dũtaxat pecuniæ pertinet: cũ per eam factũ sit vt pecuniæ Titio sub fœnore creditæ actio quæsita sit domino cõtra Titium, quæ non fuisset, nisi seruus passus se à Titio delegari Sẽpronio fidem suã pro Titio obstrinxisset. Fingendum enim est Titiũ cauisse institori mutua se accepisse mille ab institore sub fœnore vsurarũ decunciũ, eáq. mille certa die restituturũ se promisisse: nec tamen pecunias vllas Titio numeratas ab institore fuisse, sed pro numeratione habuisse Titiũ quod institor eãdem summam Titij nomine Sẽpronio soluere delegatus promisisset. Ergo bene & ex fide præpositionis negotiatus est institor. Nec recusare potest dominus à Sẽpronio per institoriã conuentus quominus præstet ei mille quæ institor promisit, & ex quorum promissione factũ est, vt domino quæsita sit actio pecuniæ creditæ fœneratitiæ. Ad quid enim aliud præpositus fuerat, quàm vt fœneraret? Quid verò aliud fecit promittẽdo Sempronio, quàm illud ipsum ad quod fuerat præpositus? Neq; verò semper intercedit, qui delegari se patitur, sicut neq. is qui fideiubet, si modò in rem suam id faciat *l. sed si fideiussor 24. supr. de pact. leg. siquis reum 5. de liber. legat. leg. vir vxori 17. §. mulier & Titius infr. ad SC. Velleian.* In proposito autem seruus æs alienum quidem suscepit per intercessionem, sed in rem domini vt ea promissio delegationis iure facta pro numeratione pecuniæ esset, sine qua actio pecuniæ creditæ domino quæri non potuisset *l. 2. §. vlt. supr. de rebus credit. iunct. l. singularia 15. eod.* Non ergo pugnat secum Papinianus, sed vt solet diuersam iuris rationem in diuersis casibus subtiliter distinguit.

20. SCÆVOLA libro 5. Digestorum.

LVcius Titius mensæ numulariæ, quam exercebat, habuit libertum præpositum: is Gaio Seio cauit in hæc verba, *Octauius Terminalis, rem agens Octauij Felicis, Domitio Felici salutem: Habes penes mensam patroni mei denarios mille, quos*

BIU Cujas

denarios vobis numerare debeo pridie Kalendas Maias: quęsitum est, Lucio Titio defuncto sine herede, bonis eius venditis, an ex epistola iure conueniri Terminalis possit? respondi, nec iure his verbis obligatum, nec æquitatem conueniendi eũ superesse: cùm id, institoris officio, ad fidem mensæ protestandam, scripsisset.

Ad l. vlt. Lucius Titius.

RAT. DVB. Institor qui cũ alio cõtrahit, nõ solùm obligat dominũ institoria actione, si tanquam institor & de eo negotio, cui præpositus est contraxerit, sed etiã seipsum propria actione quoties liber est, & talis qui obligari possit: Et quemadmodũ quicũ magistro nauis cõtraxit electionẽ habet, vtrùm cum exercitore, an cũ magistro ipso malit agere *l. 1. §. est autem nobis electio supr. de exercit. act.* Ita & qui cũ institore contrahit duos habet obligatos. Eũ primùm cũ quo contraxit actione siue ciuili siue honoraria, quæ ex eo contractu cõpetit. Et præterea præponentem actione institoria. Nam vt in edicto de exercitoria actione: ita ex hoc non trãsfertur actio ab institore in dominũ, se adijcitur institoria ei quę contra institorẽ cõpetebat, vt Paulus loquitur in *l. si eũ 5. §. 1. supr. eo. ti.* Atqui in proposita specie Octauius Terminalis libertus, idẽq; institor Lucij Titij, scriptura sua professus est iis verbis, quæ hîc refert Scæuola habere se penes mensam patroni sui denarios mille, *quos denarios*, inquit, *vobis numerare debeo pridie Kalẽdas Maias.* Ergo si Lucius Titius patronus defunctus sit sine herede, & quod est cõsequẽs, bona eius vẽdita sint, ita vt institoria agi nõ possit defectu personæ, quæ actionẽ excipere possit, *l. 1. §. idẽ Põponius 14. in fi. infr. depos. l. habere licere 57. inf. de euict. l. 1. Cod. de oblig. & act.* consequens esse videtur, vt xe supradicta scriptura sua Terminalis institor cõuenri possit ad numerandos mille aureos, quos ad certã diẽ numerare dixit se debere, ne alioqui nulla supersit ratio creditori exigendæ pecuniæ, quæ tamen penes mensam fuit, vt creditori numeraretur. DEC. Nemini officiũ suum siue publicum siue priuatũ dãnosum esse debet, *l. videlicet 29. supr. ex quib. caus. maior. l. sed si quis 7. inf. testam. quem aper. l. si seruus 6. §. quod verò infr. de furt.* Atqui in proposita specie Terminalis cùm in verba suprascripta epistolã misit, boni tãtùm institoris officio functus est, & id tantũ scripsit, quod scribere ex officio debuit ad fidem mensæ protestandam. Nulla igitur contra ipsum eo nomine aut obligatio aut actio nata videri potest. Nec proinde institoria vlla contra Luciũ Titium cõpetere posset, etiãsi viueret aut contra eius heredẽ, si quo herede relicto decessisset: quia institorẽ priùs obligatum esse necesse est, quàm vt institoriæ locus esse possit, quę nõnisi ex contractu & obligatione institoris nascitur. Aliud autẽ est, cõtrahere quẽ, vt se obliget: aliud verò scribere id quod res est, ad fidẽ mensæ protestandã, vt veritatis probatio haberi possit. Nec qui dicit se numerare debere certam pecuniæ quantitatem, quam ab alio penes se habeat, statim hoc quoque dicit, eã se pecuniam debere, quomodo scriptũ esse oporteret, vt literarum obligatio contraheretur *Instit. de verbor. oblig.* Causam enim debiti aliquã præcedere semper necesse est, vt quod deberi dicitur, efficaciter ac vtiliter & sine metu exceptionis doli peti possit *l. 2. §. circa inf. de doli mali except.* Nec minùs cũ literarum obligatio contrahitur, quàm cùm verborũ *d. tit. de liter. oblig.* Non enim figura literarum, sed oratione, quã exprimunt literæ obligatio literarũ contrahitur *l. nõ figura 38. de oblig. & act.* In ea porrò epistola, quę in hac lege refertur, nulla oratio est, quę obligationẽ possit inducere, adeóque nec causam debiti vllam probare. Fateor credendã esse scripturã, præsertim cõtra scribentem, si de rei veritate dubitetur. Nec posse Terminalẽ negare, quin eos denarios mille penes mensam patroni sui cuius institor erat, habuerit: sed nego vllã ideò cõtra eum tam esse obligationem, vt nec in specie, *l. Publia 26. §. vlt. inf. depos. l. cùm quis 37. §. codicillis, de legat. 3.* Præsertim cùm ita scripserit, nõ solũ vt suo institoris officio fungeretur, sed etiã tanquã rem agens Octauij Felicis, vt habent prima verba epistolæ, ex quib. apparet, nihil eum suo nomine promittere nec voluisse nec debuisse. Quæ tamen verba malè accipit Bartolus, cùm ex iis notat cõtrahentem appositio nomine officij in dubio eius officij contẽplatione non suo nomine cõtrahere videri. ET si enim vera propositio est *l. post mortẽs. in princ. & §. 1. l. vl. inf. Quand. ex fact. tutor.* ex hac tamẽ lege nõ probatur. Non enim epistolã illam scripserat Terminalis tanquã rem agens Lucij Titij patroni sui cuius erat institor, sed tanquã rem agẽs Octauij Felicis, qui eã pecuniã apud mensam Lucij Titij, vt Domitio Felici numeraretur, deposuerat, & consequenter apud Terminalẽ tanquã mensæ numulariæ Lucij Titij institorẽ. Scripserat tamẽ officio institoris, vt Scæuola in fine legis scribit, nõ quia nomẽ officij apposuisset, vt malè putat Bart. sed quia ad officiũ ipsius tanquã institoris Lucij Titij pertinebat, vt ita scriberet: *Habeo penes mensam patroni mei denarios mille. Quos denarios vobis numerare debeo Prid. Kal. Maias*, ad protestandã nimirũ fidẽ mẽsæ cui præpositus fuerat à patrono. Itaq; ex hoc loco debuit potiùs colligere Bart. nõ tam inspiciendũ esse, an contraxerit quis appositio nomine officij, quàm vtrùm id negotiũ gesserit, quod ad officiũ suũ magis quàm ad priuatã suam vtilitatẽ pertinebat, vt & *in d. l. 5. & d. l. vlt. Quand. ex fact. tutor.* Quãquam nec verum est, Terminalem in huius legis specie vllo modo contraxisse: nam si contraxisset, aliqua ex contractu nata fuisset obligatio, quod tamen Scæuola disertè hîc negat, & Paulus in *d. l. Publia 26. §. vl. depos.* Ergo cùm nec Terminalis noster cum Domitio Felici cõtraxerit, nec proinde vllo modo sit ei obligatus, rectè Scęuola, respõdet: neq; eum cõueniendi æquitatem vllam superesse, cùm eam scripturam emisisset officio tantùm institoris, ad fidem mẽsæ protestandã. Planè is quoque qui non niſi ratione alicuius officij cõtrahit, cauere tamẽ valdè debet, ne in contrahendo officiũ suũ egrediatur, ne alioqui se proprio etiã nomine obliget, vt in *l. cùm post mortẽ 43. §. 1. inf. de admin. tut.* De cuius sententia & emẽdatione vide quæ scripsimus *libr. 6. Coniect. ca. 16.* Iunge *l. si non subscripsisti 15. C. de admin. tutor.* vbi scriptum est, eũ qui subscripsit, & signauit, tanquam curator si non subscripserit, etiam tanquam fideiussor frustrà vereri, ne ex ea subscriptione post officium depositum ex officio curatoris conueniatur. Quod tamen in institore diuersum est, qui etiam post depositũ institoris officium ex suis contractibus rectè conuenitur, vt hæc maximè lex probat, in qua non dubitat Scæuola, quin etiam post mortem Lucij Titij sine herede defuncti teneri institor deberet, si qua in re tanquã institor se obligasset. Obligationes enim omnes sunt perpetuæ *l. si mandatu 59. §. pen. infr. mandat. l. obligationum ferè 44. §. placet de verb. oblig.*

DE TRI-

DE TRIBVTORIA ACTIONE.

TIT. IIII.

1. VLPIANVS libro 29. ad Edictum.

IVVS quoque edicti non minima vtilitas est: vt dominus, qui alioquin in serui contractibus priuilegium habet [a] (quippe cum de peculio duntaxat teneatur: cuius peculij æstimatio deducto eo, quod domino debetur, fit) tamen, si scierit seruum peculiari merce negotiari, velut extraneus creditor ex hoc edicto in tributum vocatur.

Ad l. 1.

RECTE hæc actio Tributoria vocatur, non, vt quidam volunt, tributaria, quia licèt nomen sumpserit à tributo, quia per eam dominus tanquam alius quilibet creditor extraneus in tributum vocatur, vt scriptũ est in fine principij huius legis, non tamen ab eo tributo à quo tributaria prædia appellantur, quæ tributum fisco pendunt, sed à tributo quod nihil nisi tributionem, id est, distributionem significat, vt latiùs explicat *Iustin. in* §. *introduxit Inst. Quod cum eo qui in alien. potest. est.* quasi distributoria actio dicatur, quomodo scripsisse videtur Papinianus, post Sabinum in *l. dolus* 3. *infr. quand. ex fact. tutor.* pro eo quodibi vulgò malè legitur *restitutoria*, quamuis si *tributoria* ibi legere velis, vt & *in l.* 3. §. 1. *infr.* vbi eadem sententia proponitur, non valde repugnabo cùm idem vtriusque dictionis sensus sit, sed non patiar, vt legas *restitutoria*, quæ nullius eo loco significationis est, vt in Iurisprudentiæ Papinianeæ scientia docuimus, & manifestè constat ex *d. l.* 3. §. 1. *infr.* Ideo autem tributoria appellatur, quia si seruus in peculiari merce sciente domino negotietur, & aliquid eius negotiationis causa cum eo contractũ sit, ita Prætor ius dicit, vt quicquid in his mercibus erit, quodque inde receptum fuerit, id inter dominum, si quid ei debebitur, & cæteros creditores pro rata portione distribuatur, permissa etiam ipsi domino distributione: sed ita, vt si quis ex creditoribus conqueratur, quasi minùs ei tributum & distributum sit quàm oportuerit, idque dolo malo domini, hanc ei actionem Prætor accommodet, vt ad æquiorem distributionem res reducatur *d.* §. *introduxit*, quo veluti summario tota huius edicti sententia ratio & æquitas continetur. Vnde non immeritò Vlpianus edicti interpretationem ab eius commendatione inchoat, quomodo & in superioribus edicti partibus ab eo factum est: *Huius quoque edicti*, inquit, *non minima vtilitas est.* Est enim longè vtilius creditoribus hac actione agere, quàm de peculio, licèt minùs plena actio sit, quàm exercitoria & institoria, de quibus antè diximus. Illę enim dantur in solidum contra eum, qui vel magistrum nauis vel institorem præposuit: hæc verò non nisi in partem debiti, quod vtique propter distributionem in plures faciendam minui necesse est. Neque verò commune quicquam habet cum exercitoria actione, quæ non nisi propter nauis exercitionem competit ex contractu inito cum magistro nauis cui tantùm nauis regendæ cura commissa est: habet tamen aliquid simile cum institoria, quoniam vtraque ex negotiatione cõpetit, sed illa ex negotiatione mercis dominicæ, hæc verò ex negotiatione mercis peculiaris. Itaque non magis fieri vnquam potest, vt concurrant, quàm vt eadem merx & dominica sit & peculiaris *l. sed si pupillus* 11. §. *si institoria supr. titu. prox.* Cùm igitur actio hæc Tributoria non nisi cũ actione de peculio vel de in rem verso possit concurrere, habet suas vtilitates & sua commoda: sed habet etiam sua incommoda. Vtilitas in eo est, si cum actione de peculio cõferatur, quod in actione de peculio priuilegium habet dominus, vt ea actione conuentus possit ante omnia deducere id quod sibi debetur: in tributoria verò priuilegium nullũ habet, sed incommodum in eo est, quod in actione de peculio totius peculij ratio habetur: in tributoria verò non nisi eius mercis peculiaris qua negotiatum est. Quod verò pertinet ad actionẽ de in rẽ verso habet Tributoria illam vtilitatem, quod creditor non cogitur probare pecuniam in rẽ domini versam esse, quomodo in actione de in rem verso: quæ probatio plerumque difficillima est, sed illud tamen incommodum, quod per Tributoriam nũquam creditor solidum consequitur: per actionem autem de in rem verso consequi solidum potest, si

BIU Cujas

solidum in rem domini versum esse probet §. *cæterum Instit. quod cum eo qui in alien. potest. est.*

a *Vt dominus qui alioquin in serui contractibus priuilegium habet.* RAT. DVB. Nemini hominum ius suum detrahendum est, vt Diuus Pius dicebat in constitutione illa quam refert Vlpianus in *l. 2. supr. de his qui sui vel alien. iur. sunt.* Nec beneficium Prætoris cuiquam captiosum esse debet *l. Paulus notat. 8. infr. de prætor. stipul. sicut.* neque Principis *l. nec auus 4. Cod. de emancip. liber.* Atqui fit iniuria domino qui tributoria conuenitur, cùm ei priuilegium suum tollitur, quod habet in actione de peculio, vt ante omnia deducatur id quod ipsi debetur, quia nec peculium vllum esse intelligitur, nisi quod supereſt deducto eo quod domino debetur *leg. depositi 5. & pass. infr. de pecul.* Nec proinde priuilegium vllum præponi potest patri vel domino, cùm ex persona filij vel serui conuenitur *l. ex facto 52. eod.* cùm præuenisse omnes alios creditores dominus, & prior egisse intelligatur *l. sed si damnū 9. §. peculiū & §. præterea eod.* Ergo contra manifestam æquitatem introduxit Prætor actionem tributoriam, quæ domino ex persona serui sui conuento priuilegium suum auffert.

DEC. Imputari potest domino vel patri, qui sciuit, & passus est filium familias aut seruum negotiari in merce aliqua peculiari, quia per eam scientiam & dissimulationem cæteros creditores, qui cū seruo contrahunt, in captionem inducit, nisi ad eorum instar redigatur, & extraneis creditoribus qui priuilegium nullum habent, æquiparetur: non enim possunt illi scire, quid inter patrem & filium, vel dominum & seruum domi agatur, atque ita clandestinis pactionibus decipi facile possent, si hoc quoque casu deducendum esset ex peculiari merce, & ex ipsius negotiatione, id quod domino debetur: & verò, quod in hanc rem notatu dignissimum est, numquam locus est actioni tributoriæ nisi dolo patris vel domini interueniente *l. quānis. 8. iunct. l. 3. §. 1. infr.* Actionis de peculio alia ratio est: datur enim contra dominum & patrem, non solùm si nescientibus ijs & ignorātibus, sed etiamsi contra eorum voluntatem expressamque prohibitionē cum filiofamilias vel seruo contractum sit *l. si quis seruum 29. §. 1. l. quoties 47. in princip. infr. de pecul.* Itaque nihil est in ea actione, quod possis imputare domino vel patri, nisi cur peculium filio aut seruo concesserit, vt haberet aliquid de quo posses cum eo contrahere: quæ res tamen neque patris neque filij conditionem deteriorem facere debet. Non ergo mirum aut iniquum videri debet patri vel domino in actione tributoria, quod ei suum auffertur priuilegium: amittit enim illud facto suo vt ex Pōponio loquitur Vlp. in *l. 4. §. illa etiam quæstio 23. in fin. de doli mal. excep.* & vt modò diximus dolo suo propter suam scientiam cum patientia coniunctam, vt dicemus in §. *scientiam infr.* non per iniuriā Prætoris: debuerat enim pater vel dominus prohibere filio aut seruo, ne illa merce negotiaretur, si priuilegio suo locum esse volebat.

1 ¶ Licèt mercis appellatio angustior sit, vt neque ad seruos fullones, vel sarcinatores, vel textores, vel venaliciarios pertineat: tamen Pedius libro quinto decimo scribit, ad omnes negotiationes porrigendum edictum.

Ad §. 1. Licèt mercis.

RAT. DVB. Actio tributoria non ad alium casum pertinet, quàm quo filius vel seruus sciente patre vel domino de merce peculiari negotiatus sit §. *prox. & l. prox. infr.* Atqui mercis appellatio ad res tantùm mobiles & venales pertinet, quas qui vendunt inde mercatores vocantur, non etiam ad seruos fullones vel sarcinatores, vel textores, vel venaliciarios *l. mercis appellatio 66. l. mercis appellatione 207. de verb. signific. l. vlt. supr. de condict. tritic.* Idque propter dignitatem hominum *l. iustissimè 44. infr. de ædilit. edict.* quorum scilicet gratia & merces & cæteræ res omnes à natura comparatæ sunt *l. vetus fuit quæstio 68. supr. de vsufr. l. in pecudum 28. infr. de vsur.* Ergo neque ad seruos fullones, alioſq; huiusmodi, de quibus diximus, hæc actio pertinebit. DEC. Angustior quidē est in propria sua significatione mercis appellatio, sed tamē in hoc edicto latiùs accipiēda est pro omni omnino re mobili quæ in negotiationem sub mercis nomine cadit, vt mercis peculiaris negotiatio omnē omnino de quacumq; re mobili negotiationem comprehendat: id enim & edicti & actionis vtilitas exigit, vt benè Pedius vidit *l. 5. §. item si mancipia 14. infr.* neque ita factū est à Prætore sine exemplo. Nam & lex 12. tab. aliquando vsa est emptionis & venditionis nomine ad omnem alienationem significandam, quamuis alij sint tā multi modi legitimi faciendæ alienationis *l. statuliberi à cæteris 29. §. vlt. infr. de statulib.* Adiuuāda nimirum sunt fauorabili interpretatione, eáq; publicè vtilia sunt, nō tā angustis finibus coercenda *l. cùm quidam 19. de liber. & posthum. l. hoc modo 64. in fin. de condit. & demonstr.* nec sanè potuit habere Prætor nomen accommodatius, quàm *mercis*, quo hîc vteretur: sed caue tamen ne putes omnem omnino negotiationem hoc edicto comprehendi: alioquin quid prodesset adiectum esse nomen mercis? *d. l. 5. §. mercis nomine infr.* Ergo si quis de prædijs aliisve rebus immobilibus negotiatus sit, aut de fœnebri, pecunia ad hoc edictum nō pertinebit, quia mercis appellatione ista nullo modo veniunt, nec propriè nec impropriè §. *cæterum ad fin. Instit. quod cum eo qui in alien. potest. est*, vt dicemus ad *d. §. mercis nomine.*

2 ¶ Peculiarem autem mercem, non sicuti peculium accipimus: quippe peculium deducto quod domino debetur, accipitur merx peculiaris, etiam si nihil sit in peculio, dominum tributoria obligat: ita demum, si sciente eo negotiabitur.

Ad §. 2. Peculiarem autem mercem.

RAT. DVB. Peculium & merx peculiaris sunt coniugata. Non enim dicitur merx peculiaris nisi à peculio, ad differentiam mercis dominicæ, quæ non peculij, sed domini est: peculiaris merx parit tributoriā, Dominica institoriā, vt suprà diximus ex *l. sed si pupillus 11. §. si institoria supr. tit. prox.* Atqui peculium non dicitur nisi deducto eo, quod domino debetur *l. depositi 5. §. vlt. & pass. infr. de pecul.* Ergo nec peculiaris merx intelligi potest, nisi deducto eo si quid domino debeatur. DEC. Mercem peculia-

BIU Cujas

peculiarem in hoc edicto aliter accipimus quã peculium: peculiarem enim mercem dicimus, & peculiaris mercis negotiationem ad obligandum tributoria dominum, etiamsi nihil sit in peculio, si modò sciente patre vel domino, filius aut seruus in ea merce negotiatus sit, dummodo peculiaris merx fuerit.

3 ¶ Scientiam hic eam accipimus, quæ habet & voluntatem, sed (vt ego puto) non voluntatẽ, sed patientiam. non enim velle debet dominus, sed non nolle. si igitur scit, & non protestatur, & contradicit: tenebitur actione tributoria.

Ad §. 3. Scientiam.

De huius §. sententia, id est de differentia voluntatis expressæ & tacitæ, ac de scientia nuda, quæ patientiam duntaxat coniunctam habeat, non etiam voluntatem expressam, satis multa scripsimus ad *l. 1. §. licet autem supr. de exercit. act.* sed tamen hic locus omnium apertissimè ista explicat, distinguítq; scientiam cum patientia coniunctam à scientia, quæ sit cum voluntate, sicut & velle à non nolle: est enim medium quoddam *non nolle*, itémque *non velle* inter *velle* & *nolle*, vtrumque & *velle* & *nolle*, itémque *nõ velle* & *non nolle* scientiam denotat, sed *velle* apertam voluntatem, *nolle* apertam contradictionem, *non nolle* patientiam, *non velle* hæsitationem, & vt ita dixerim suspensionem quandam voluntatis: vt ergo dominus teneatur tributoria non est necesse, vt velit seruum in peculiari merce negotiari, sed sufficit, vt nõ nolit, dũmodo sciat: nec enim aut *velle* aut *nolle*, aut *non nolle* dici potest is, qui nescit, vt neque pati *l. in eo 10. §. pupillus de reg. iur.* ergo si sciat, & no contradicat hoc ipso, se obligat tributoria: debet enim cõtinuo interponere testationem contrariæ volũtatis, vt in specie *l. si filius familias 16. infr. de SC. Maced.* adeò autem verum est, solam patris vel domini scientiam nudam cum sola patientia coniunctam sufficere, vt quamuis expressa patris vel domini voluntas interuenisse probetur, non ideò tamen durius cum patre vel domino agatur, nec tributoria ad solidi obligationem extendatur *d. §. licet autem*, vbi Vlpianus rationem iuris huius illam adfert quod verbis edicti inseruiendum sit, quæ non nisi de domino sciente in tributum vocando locuta sunt, & de scientia quidem simpliciter, id est, etiam ea quæ nudam patientiam comitem habeat, sed ita tamen vt pleniorem aliam scientiam, quæ etiam cum expressa voluntate coniuncta sit, non excluserint. Denique Prætor in hoc edicto de patre vel domino locutus est quoquomodo sciente, id est, siue patiente tantùm siue etiam volente: & ideò dicẽdum est dominum nullo casu tributoria in solidum teneri: aliquando tamen etiam velle is dicitur, qui non contradicit, quamuis nec consentiat, si modò contradicendi nullam causam habeat vt in *l. 2. §. voluntatem l. dotem 37. infr. solut. matrim.*

4 ¶ Potestatis verbum ad omnem sexum, ira ad omnes, qui sunt alieno iurĩ subiecti, porrigendum erit.

Ad §. 4. Potestatis.

De huius §. quoque sententia diximus ad *d. l. 1. §. parui autem refert & ad §. in potestate supr. de exerc. act.* & ad *l. sed etsi 7. § 1. supr. tit. prox.* in quibus omnibus locis idem dicitur, quod in hoc §. *potestatis verbum*, quo Prætor in hoc edicto vsus est, & in generali illo de quo in *tit. prox. quod cum eo qui in alien. potest. est. negot. gest. ess. dicet.* ad omnem sexum pertinere, id est, non minùs ad fœminas, quàm ad masculos, cùm æquè omnes in potestate habeamus, & generaliter ad omnes qui alieno iurí subiecti sunt, ac proinde non minùs ad filiosfamilias quàm ad seruos: est enim vtrisque commune nomen potestatis *l. 1. §. potestatis infr. de pecul.* videbatur tamen quædam maior ratio dubitandi in sexu muliebri, cuius & pudicitiam & verecundiam lædere quodammodo videtur negotiatio mercis cuiuslibet siue dominicæ siue peculiaris, sed non ita est, vt iis locis diximus.

5 ¶ Non solùm ad seruos pertinebit tributoria actio, verùm ad eos quoque qui nobis bona fide seruiũt, siue liberi, siue serui alieni sunt: vel in quibus vsumfructum habemus.

Ad §. vlt. Non solùm.

Rat. dvb. Prætor in hoc edicto locutus est de iis tantùm personis, quæ in potestate nostra sunt, vt proximè diximus: ergo non de iis, qui bona fide nobis seruiunt, siue liberi homines sint, siue serui alieni, aut in quib. vsumfructum habeamus: sunt enim serui omnes in potestate dominorum suorum, nec magis fieri potest, vt in duorũ potestate sint, id est, eius quoque qui eos bona fide possidet, quàm vt duo sint eiusdẽ serui in solidum domini, quod per rerum naturam fieri nullo modo potest *l. 5. §. si duob. vehiculum supr. commod. l. de hereditate 19. §. paterfamilias infr. de castrens. pecul.* qui autem sunt liberi, ij cùm sui iuris sint, in nullius certè aut dominio aut potestate esse possunt, & adeò sui sunt, vt nec domini ipsi sint membrorum suorum *l. liber homo 13. supr. ad leg. Aquil.*

Dec. Potestatis nomen in iure nostro æquiuocũ est *l. potestatis 215. de verb. signif.* & in edicto Prætoris laxiùs plerunque accipitur pro eo iure, quod quis habet in personam illã quam dominij sui esse putet, quamuis re vera non sit *l. quoties 21. §. in potestate & pass. supr. de noxal. act.* Ideò autem & homines liberi qui bona fide à nobis possidentur, & serui alieni æquè bona fide possessi, & ij in quibus vsumfructum habemus, in nostra potestate esse dicuntur, quia per eos quoque perinde, ac per seruos nostros, licèt minùs pleno iure nobis

BIU Cujas

acquiratur *l. acquiruntur* 10. *l. qui bona fide* 23. *l. liber homo* 18. *& pass. inf. de acquir. rer. domini*, itaque sicuti per eos acquirimus, ita & ex eorum contractibus nos obligari æquũ est, perinde ac si serui nostri essent, ex generali regula *l. ex qua persona* 149. *de reg. iur. & l.* 1. *supr. tit. prox.* Illud porrò commune omnibus est, vt saltẽ ex re nostra nobis acquirant *d. l. acquiruntur, & instit. per quas person. cuiq. acquir.* ergo etsi ex re nostra negotiẽtur, puta ex merce siue peculiari, siue dominica, [vtraque enim verè domini est] obligari nos ex eorum contractibus, siue exercitoria, siue institoria, siue tributoria, & de peculio, de in rem verso, & quod iussu æquum est *l.* 1. *§. penultim. & vlt. infrà de pecul.*

2. PAVLVS libro 30. ad Edictum.

VT tamen merx, qua peculiariter negotietur, ad nos pertineat.

Ad l. 2. Vt tamen merx.

RAT. DVB. Non solùm per seruos nostros, sed etiam per alienos, itémq; liberos homines quos bona fide possidemus, & per seruos in quibus vsumfructum solum habemus, nobis acquiritur non modò si ex re & merce nostra acquirant aliquid, sed etsi ex operis suis, vt proximè diximus, quamuis si verum amamus, etiam ex re nostra acquirere videantur, cùm ex operis suis acquirunt, quia iure operas ei exhibere debent, à quo ipsi exhibentur *d. l. qui bona fide* 23. *in princ. de acquir. rer. domin.* ergo non est adhibenda distinctio, quam Paulus in hac lege adhibet, an merx de qua peculiariter negotiantur, ad nos pertineat. DEC. Quod pertinet ad causam acquisitionis, quæ per eas personas fit, nihil certè interest, an ex merce nostra negotientur, an ex operis suis nobis acquirãt, sed quod ad tributoriam actionem spectat, multùm interest, cùm ea non detur, nisi pro merce peculiari qua negotiatus sit nobis sciẽtibus, is qui in nostra est potestate: mercem igitur ad nos pertinere oportet, nõ ad alium vt tributoria teneamur. Etiam cum de seruis propriis agimus, qui ex omnibus causis nobis acquirunt, id est ex aliena quoque merce: multò igitur magis in homine libero aut seruo alieno, qui bona fide nobis seruiat, aut in seruo in quo vsumfructum duntaxat habeamus: hi enim nihil ex re aliena possunt, nobis acquirere, sed vel sibi si liberi sint vel dominis suis si serui *d. l. acquiruntur* 10. *l. homo liber* 19. *& d. l. qui bona fide* 23. *de acquir. rer. domin.* Ergo neque nos obligare possunt: & verò cũ non aliter quis tributoria teneatur, quàm si eo sciente negotiatus sit in merce peculiari is, qui in eius potestate est, quid mihi nocere potest quod is quẽ bona fide aut etiam pleno dominij iure possidebam, negotiatus sit, me sciente in ea merce peculiari, quæ ad me non pertinebat? Itaque tametsi possit fieri, vt seruus aliquis habeat duplicis iuris generisque peculium *l. hinc quæritur* 19. *§.* 1. *infr. de pecul.* fieri tamen nequit, vt ex causa duplicis illius peculij dominus dupliciter tributoria teneatur, sed pro ea tantùm merce quæ ad ipsum pertinet, & cuius negotiationi patientiam suam accommodasse probetur.

3. VLPIANVS libro 29. ad Edictum.

SEd si seruus communis sit, & ambo sciant domini: in vtrumlibet ex illis dabitur actio. at si alter scit, alter ignorauit: in eum, qui scit, dabitur actio: deducetur tamen solidum, quod ei, qui ignorauit, debetur. Quòd si ipsum quis ignorantem conuenerit[a], quoniam de peculio conuenitur: deducetur etiam id, quod scienti debetur: & quidem insolidum. nam & si ipse de peculio conuẽtus esset: solidum quod ei deberetur, deduceretur, & ita Iulianus libro duodecimo Digestorum scripsit.

Ad l. Sed si seruus 3.

RAT. DVB. Seruus communis plurium dominos omnes & singulos ex suis contractibus obligat, siue scientes actione tributoria aut institoria pro mercium aut dominicarum aut peculiarium diuersitate, siue ignorantes actione de peculio aut de in rem verso *l. nec seruus* 41. *iunct. l. si ex duobus* 32. *in princ. l. & ancillarum* 27. *§. vlt. infr. de pecul.* ergo non nisi pro partibus dominicis, quomodo & communis seruus stipulando simpliciter dominis suis acquirit *l. seruus communis* 5. *& pass. infr. de stipulat. seruor.* ergo si seruus communis sit, qui mercem peculiarem negotiatur, & ambo domini eum negotiari sciant, obligat quidem ambos tributoria, at non in solidum, sed pro ea dominij parte quam quisque in eo seruo habet, aut saltem pro quibus portionibus merx, qua seruus negotiatur, ad eos pertinet, si quis maiorem mercis quàm dominij rationẽ habere velit: nec ad tẽ pertinere videtur, si quis obiiciat, in actione de peculio teneri singulos in solidum, ita vt nec vnius electione alius liberetur *d. l. & ancillarum §. vlt.* Id enim fit inuita quodammodo iuris ratione, & ex sola illa æquitate quod qui cum seruo communi contraxit, totum peculium vbicunque & vndecunque sit, intuitus esse videatur, vt scribit Vlp. in *d. l. si ex duobus*, at in actione tributoria non æquè dici potest eos, qui cum ipso contrahunt, vniuersum eius peculium intueri, cùm possit fieri, & fiat plerunq;, vt quis parte tertia peculij aut quarta vel etiam minima negotietur; maiorem verò peculij partem in prædiis, vel mancipiis, aut fœnebri pecunia habeat, vt Iustinianus tractat in *d. §. cæterùm instit. quod cum eo qui in alien. potest. est.* DEC. In actione tributoria non minùs quàm in exercitoria, & institoria, & de peculio, & quod iussu, illa æquitatis ratio facit, vt ex contractu serui communis singuli domini in solidum teneri debeant: ne in plures aduersarios distringatur is, qui cum vno contraxerit *l. 2. iunct. §. vltim. l. 1 supra de instit. act. d. l. & ancillarum §. vltim. de pecul. l. vltim. in fine infrà, quod iuss. l. habebat* 13. *§. vltim. suprà titul. præx.* Dummodo scilicet omnia sint paria, & concurrãt ea, quæ

BIU Cujas

ea, quæ ad tributoriam actionem inducendam necessaria sunt, quomodo concurrũt, cùm ambo domini sciuerũt negotiationẽ serui cõmunis in merce peculiari ad eos pertinẽte: nam si alter sciuit, alter ignorauit, aliud iuris est, vt Vlpianus hîc scribit: itẽque si merx non sit communis, sed ad alterum duntaxat ex dominis pertineat: quamuis enim is qui cũ seruo communi peculiarem mercem exercente contrahit, non vniuersum eius patrimonium intueatur, vt diximus, totam tamen eius mercis negotiationem intuetur, quam vtroque domino sciente fieri & exerceri videt, vbi ergo eadem ratio est æquitatis, quidni idem quoque ius constituetur? §. *eadem ratione instit. quod cum eo qui in alien. potest. est.* sed & obseruandum est, eo quoque casu quo dicimus, Tributoriam non dari contra vnumquemque ex dominis in solidum, id est, cũ vnus ex iis sciuit seruum communem ea merce negotiari, alius verò ignorauit, quod facilè potest euenire: non tamen sic nos intelligere vt is, qui sciuit, pro ea tantùm parte conueniendus sit, quam in ea merce habet, sed vt nihilominùs in solidum teneatur, at ex persona dũtaxat sua non etiam ex parte alterius domini, quod eo tãtum pertinet, vt quantum mercis inter omnes creditores distribuendæ ratio ferre potest, tanti cõdemnetur is, qui conuenitur, etiam pro parte socij, salua ei indemnitatis repetitione per actionem pro socio, vel communi diuidundo, vt in *d. l. habebat* 13. §. *vlt. supr. tut. prox. l. 3. supr. de exercit. d. l. & ancillarum* §. *vlt. cum l. seq. infr. de pecul.* sed ita tamen vt ex persona domini qui ignorauit, deducat omne id quod ei debeatur, quẽadmodum si simplici actione, de peculio in solidũ conueniretur *l. sed si duo* 15. *in fin. infr. de pecul.* nam cùm is qui ignorauit, tributoria actione teneri non possit, & tamen ex eius quoque persona is qui sciuit conueniatur in solidum, quomodo & simplici actione de peculio conueniretur, prorsus consequẽs est, vt quod ad eum pertinet eadem seruanda sint in hac tributoria actione, quæ seruarentur in actione de peculio, cuius & pars quædam est tributoria, nisi quatenus specialem, diuersamq; naturam habet: scinditur ergo hoc casu ius deductionis, vt & in *l. item cùm testamento* 14. *in princ. &* §. 1. *inf. de pecul.* at pro parte eius qui sciuit, & qui ipse tributoria actione in solidum conuenitur, nihil deducitur, quod ei debeatur, quia scientia quam habuit negotiationis, priuilegiũ deductionis ei abstulit, quod alij iusta ignorantia conseruauit. Cæterùm quod Vlpianus hic scribit deducendum esse ab eo, qui scit solidum quod ignoranti debetur, ostendit satis: eum igitur qui scit conueniri tributoria in solidum, id est pro eius quoque parte, qui ignorauit: alioqui quomodo deduceretur solidum, quod ignoranti debetur, si non etiam ex persona ignorantis sciens in solidum conueniretur? sed in quo non potest actio hæc vim habere actionis tributoriæ propter vnius ex dominis ignorantiam retinebit naturam generalis actionis de peculio: atque ita, quod mirum videri possit, vna eadémque actio diuerso iure censebitur pro distinctione scientiæ & ignorantiæ, cùm neque vnius scientiam alteri ignoranti nocere æquum sit, neque illius ignorantiam scienti prodesse.

a *Quod si ipsum quis ignorantem conuenerit.* RATIO VTILITATIS. Non debet melior esse condicio illius ex dominis, qui sciuit seruum communem in peculiari merce negotiari ob id solũ quòd alius dominus id ignorauerit, vt modò diximus: alioqui nec in eum qui sciuisset, danda esset tributoria in solidum, nec prohibendus ille deducere quod ipsi deberetur, quod vtrumque tamen Vlpianus initio huius legis negat: ergo si peculiaris negotiationis creditor eum ex dominis conueniat, qui negotiationem ignorauit, poterit quidem deducere totum, id quod sibi debetur, cùm ex persona propria conueniri tributoria non possit, sed non æquè, quod debetur scienti, qui ipse ex proprio capite tributoria conueniri posset, præsertim cùm non sit absurdum scindi ius deductionis, vt in superiore casu & in *d. l. item cùm testamento* 14. *in princ. &* §. 1. *infr. de pecul.*

DEC. Multum quidem interest, quis agat aut cõueniatur, sed multò magis qua actione: aliæ enim actiones alias habent præstationes & condemnationes: ideóque dicimus vnumquemque actorem priusquam agat diligenter explorare debere, qua potiùs actione agere expediat, vt in proposito, an tributoria, an de peculio, cùm eligendi habet potestatem, id est, cum vtraque actio competit, quomodo competit aduersus eum, qui peculiaris mercis negotiationem sciuit §. *cæterum instit. quod cum eo*: nam cùm altera tantùm competit, vt in eum ex dominis qui serui negotiationem ignorauit [neque enim tributoria hic habere locum potest, sed tantùm actio de peculio] nullus deliberationi aut electioni locus relinquitur, sed ea tantùm actio exercenda est, quæ competit: & quidem iis ipsis legibus quibus competit, non aliis, siue actori fauorabiliores sint, siue reo: atqui contra eum ex dominis qui ignorauit, nulla vt diximus nisi de peculio actio cõpetit: actioni autem de peculio illud insitũ est, vt ea cõuentus vn⁹ ex dominis possit deducere solidum, non quod sibi tantùm, sed etiam quod alij ex dominis debeatur: nam & in duobus bonæ fidei possessoribus, & in duobus fructuariis de peculio conuentis id obtinet *dict. l. sed si duo* 15. *de pecul.* quia qua ratione alteruter ex dominis actione de peculio in solidum conuenitur, pari ratione deducere eum oportet, etiam id quod alteri debetur, vt ex eodem Iuliano quem Vlpianus hîc refert, idem Vlpianus ratiocinatur in *l. si noxali* 11. §. *vltim. infrà de pecul.* ergo etiam quod scienti domino debitum est, deducetur, quoniam ita fert natura actionis de peculio, nec in eum cadit ista scientiæ & ignorantiæ distinctio, quæ cadit in solam tributoriam, quod si quid absurdius, aut fortè mirabilius hac in re videretur, ferendum tamen esset propter iuris subtilitatem & casus necessitatem, vt Marcelli vel potiùs Triboniani verbis vtar in *l. si mulier* 59. §. *ex asse de iur. dot.* quamquam nec nouum nec absurdum est, vt quis ex alterius persona consequatur, quod ex sua non posset *l. Aristo.* 3. *in fin. infrà, quæ res pignor. oblig. poss. l. si is qui duos* 29. *infr. de liber legat.* quis verò iam miretur, eum ex dominis, qui serui communis negotiationem ignorauit, conuentum à creditore actione de peculio, quia nec tributoria conueniri potuit, deducere solidum id quod scienti socio suo non minùs quàm quod ipsi debetur, cùm etsi ipse qui sciuit, conueniretur actione de peculio eandem facere deductionem eãdem ratione posset: ita ferente scilicet natura actionis de peculio, & quia imputare sibi actor deberet, qui cùm posset tributoriam veluti commodiorem eligere, de peculio tamen agere maluisset.

BIU Cujas

1 ¶ Si seruus pupilli, vel furiosi, sciente tutore, vel curatore, in merce peculiari negotietur: dolum quidem tutoris, vel curatoris nocere pupillo, vel furioso non debere puto: nec tamen lucrosum esse debere. & ideò hactenus eum ex dolo tutoris tributoria teneri, si quid ad eum peruenerit. idem & in furioso puto: quamuis Pomponius libro octauo Epistolarum, si soluendo tutor sit, ex dolo eius pupillum teneri scripsit. & sanè hactenus tenebitur, vt actionem, quam contra tutorem habeat, præstet.

Ad §. 1. Si seruus.

RAT. DVB. Negligentia tutoris in non remouēdo institore paterno quem remouere potuerat, & debuerat, nocet pupillo in actione institoria, nō adhibita distinctione, an pupillus locupletior factus sit, an non, & an tutor soluendo sit nēcne *l. sed si pupillus 11. supr. tit. prox.* ergo multò magis dolus tutoris nocere pupillo debebit, indistinctè in actione tributoria: tam enim contra iuris regulas est, vt vnius negligentia alteri noceat, quàm vt alterius dolus *l. in condemnatione 173. §. penul. iunct. l. factum 155. de regu. iur.* & cæteris paribus æquius est, puniri dolum, qui impunitus remanere nūquam debet *l. procurat. 11. §. 1. infr. de doli mal. except.* quàm negligentiam, nec habet pupillus, quod conqueratur, etiamsi ex dolo tutoris condemnetur, si modò tutor soluendo sit, quomodo distinguebat Pomponius, quem Vlpianus refert in hoc *§. quamuis*, ita vt improbare potiùs quàm probare videatur: neque sanè absurda videri debet ea Pomponij sententia: nam si verum est, vt est, quod idem Vlpianus ex Papiniano scribit in *l. 4. §. vlt. de euict.* teneri pupillum de euictione ex contractu per tutorem facto, siue tutor soluēdo sit, siue non, quia non malè cum tutoribus contrahatur: quis non ferat & æquissimū putet teneri pupillum ex dolo tutoris eo saltem casu quo tutor sit soluendo, aut fideiussores habeat, vel pignora quibus, idoneè cautum sit pupillo? imò verò durior hæc distinctio videri iustius potest ei, qui cum peculiaris mercis negotiatore contrahens dolum à tutore passus est. Vnde enim diuinare potuit soluendo tutorem esse, aut nō esse, pupillúmve idoneè cautum habere, aut nō habere? quomodo idem Vlpianus noster ratiocinatur in *l. 4. §. illa etiam quæstio 23. de doli mal. except.* quo etiam loco, ea ipsa quæstio tractatur ex professo, & generalius quæ hîc tractatur in tributoria, an dolus tutoris nocere pupillo debeat: est enim quæstio hęc necessaria, quoties tractatur de tributoria, quia non potest illa locum habere, nisi dolo domini non minùs quàm eius scientia interueniente *l. quamuis 8. infrà hoc tit.* accedit quod cùm dolus domini inducat hanc actionem *d. l. quamuis*, quis nescit tutorem, licèt dominus verè non sit, vt non est, vice tamen domini esse, & loco domini habendum? *l. is qui in puteum 11. §. an ignoscitur infr. quod vi aut clam l. interdum 56. §. qui tutelam infr. de furt.* Ergo si seruus pupilli sciente tutore in merce peculiari negotietur, dicēdum est, eum dolum nocere pupillo debere, vt perinde pupillus hic tributoria teneri debeat, ac si dolum ipse admisisset, eo saltem casu quo pupillus indemnis seruari à tutore vel aliunde possit. Etsi enim pupillus non eligit tutorem, sed in eum incidit *l. vlt. infrà rem pupil. salu. for.* multò tamen iustiùs est pupillo nocere, quòd talem tutorem nactus sit, quàm ei qui bona fide cum seruo pupilli contraxit, nec tutoris dolum effugere potuit: nam & tutoris opera pupillus vtitur, cuius autem opera quis vtitur eius dolum ipsi nocere æquum est *d. l. 4. § in hac exceptione in fine de doli mal. except.* idem & circa furiosum curatorémque furiosi tractari potest, vt solet vtriusque in omnibus ferè eadem esse ratio *l. Fulcinius 7. §. planè interdum infr. quib. ex caus. in possess. eat. extra casum l. in negotiis 5. de reg. iur.* DEC. Tributoria non potest habere locum nisi dolo domini interueniente *l. quamuis 8. infr. hoc tit.* At qui tutor nec dominus est, nec domini loco habendus, cùm malè ac non ex bona fide tutelam gerit *l. qui fundum 7. §. si tutor infr. pro empt.* malè autem administrat, non solùm cùm pupillum spoliat vt in *d. §. si tutor*, sed etiam cùm dolo malo versatur circa rem pupillarem, quamuis ex eo dolo pupillus locupletior fiat, quia quod à tutore dolo malo gestum est, etiam in vtilitatem pupilli, id neque à lege neque à pupillo ipso ratum haberi vnquā potest. Ergo tutoris dolus non potest obligare pupillum institoria, quia nec nocere pupillo debet, siue soluendo tutor sit, siue nō, quamuis Pomponius ita distinguere soleret, cuius tamen distinctio, nec ab Vlpiano hîc, nec ab aliis probata fuit: aliud enim est, si tutor contrahat; aliud verò si quid dolo malo faciat, cū alia causa sit contrahendi, alia delinquēdi *l. 1. §. 1. supr. de exercit. act.* videtur tamen etiā Vlpiano placuisse in *l. 1. §. antep. infr. ne vis fiat ei qui in poss. miss. est.* Planè cùm ex dolo tutoris pupillus locupletior factus est, omnes admittunt teneri eo casu pupillū debere, & tributoria, & alia qualibet actione quæ dolum exigat, sicut & doli mali exceptione *d. l. 4. §. illa etiam quæstio de dol. mal. except.* non quia hoc casu magis quā alio vllo dolus tutoris pupillo nocere debeat: sed quia nec prodesse debet *l. 3. infr. quand. ex fact. tutor l. sed & ex dolo 15. in princip.* vbi latè scripsi *supr. de dolo.* prodesset autem si ex eo pupillus impunè locupletaretur: & hāc sententiam Vlpianus hîc probat, etiā in furioso, vt ex dolo curatoris non possit furiosus teneri tributoria, nisi ex eo dolo aliquid ad furiosū peruenerit, cætera dixi ad *d. l. sed & ex dolo.*

2 ¶ Sed & si ipsius pupilli dolo factum sit, si eius ætatis sit, vt doli capax sit: efficere vt teneatur. quamuis scientia eius non sufficiat ad negotiationem. quid ergo est? scientiam quidem tutoris, & curatoris debet facere locum huic actioni dolus au em quatenus noceat, ostendi.

Ad §. vlt. Sed etsi ipsius pupilli.

RAT. DVB. Pupillus in ea ætate in qua ignorat etiā illa quæ videt *l. vnic. C. de fals. monet.* nec scire, nec pati quicquam posse intelligitur *l. in eo 110. §. pupillus de reg. iur.* multò minùs dolo quicquā facere, cū dolus absq; scientia esse nō possit: ergo dicēdū est, vel pupillū tributoria teneri ex proprio dolo nō posse, vel si teneri potest, debere quoq; sufficere ad obligādū eum

BIU Cujas

eum tributoria actione, vt sciat seruum merce peculiari negotiatũ esse, quod vtrumq; tamen Vlpianus hîc negat: ait enim, quod certè mirum est, scientiam pupilli hanc in rem non sufficere, sed tutoris necessariam esse, dolum autẽ pupilli sufficere nõ etiã tutoris, quasi faciliùs capax sit pupillus doli quã scientiæ. DEC. Pupillus qui pubertati proximus est, & doli & iniuriæ faciendæ capax esse creditur *l. pupillũ* 111. *de reg iur. l.* 4. §. *de dolo autem* 26. *de doli mal. excep.* in iis præsertim, quæ non magnã doli machinationẽ desiderant *l. heredibus* 13. §. 1. *& l. seq. supr. de dolo.* ergo & de dolo teneri potest, & actione tributoria, quæ dolũ omnimodo exigit se obstringere, nec tamẽ satis est, vt sciat seruũ negotiari, quia pupillorum quã maximè interest, vt circa scientiã nõ admittatur illa distinctio, an proximi sint pubertati, necne, sed generaliter ita ius constituatur, vt nihil scire intelligatur pupillus, nisi quod tutor ipse sciat *l. seruus* 7. §. *vlt. de bon. poss.* ne aliqui in facti quęstio illa passim occurrat, an pupillus sciuerit, quod tutor ignorauit, indéq; sumatur occasio imputãdi pupillo, cur sibi nõ prospexerit, qui tamẽ non nisi per tutorẽ prospicere sibi potuerit: tutoris verò etiã ignorantis cõdicio durior fieret, qui tutelæ actione ideò teneretur, q einegotio quod pupillus sciuisset, ipse verò ignorasset, nõ prospexisset: scientia igitur tutoris sola illa est, quæ pupillo nocere potest, non etiam scientia ipsius pupilli, ne in eo quidẽ negotio, in quo pupillus dolũ admiserit: & ita disertè Vlpian. hîc concludit, illis verbis, *quid ergo est? scientia quidẽ tutoris & curatoris debet facere locũ huic actioni, dolus autẽ domini*: sic enim ex præcedentib. omnino legendũ esse arbitror, vt etiã furiosus cõprehẽdatur, de quo in *l. seq.* non vt vulgò *dolus autẽ quatenus noceat ostendi.* quæ nullius sensus lectio est, siue verbũ illud *ostendi* sumas in tẽpore perfecto indicatiui modi verbi actiui, siue in infinitiuo passiui, vt illi faciũt qui supplẽt verbum *debet*, quasi moneat Vlp. dolum pupilli ab eo probandum esse, qui eum allegat ex *l. in exceptionib.* 19. § *qui dolo infr. de probat.* quod est omnino improbabile: quis. n. vnquã ita locutus est, vt verbũ principale, sine quo nullus orationis sensus esse possit, prætermittatur? sed neq; possis ea verba sic intelligere, quasi Vlpianus dicat se iam ostendisse in præcedentibus, quatenus dolus tutoris nocere debeat: nam præterid quod scripsisset *ostẽdimus* non *ostendi*, vt in *l cùm ostendimus* 4. *infr. de fideiuss. & nominat. tutor.* quomodo etiam prudentes nostri loqui solent, apparet non tractari hîc de dolo tutorũ, de quo Vlpianus tractauerat, & quatenus nocere deberet, ostenderat, sed de pupilli dolo: sed cùm imperitus interpres putaret, nullam esse sententiam huius orationis, *dolus autem domini*, quæ tamen regi deberet ab illis præcedentibus *debet facere locum huic actioni*, adiecit de suo *quatenus noceat ostendi.*

4. PAVLVS libro 30. ad Edictum.

Si pupillus, cuius tutor sciuerit, pubes factus, vel furiosus, sanæ mentis, dolum admittant: tenentur ex hoc edicto.

Ad l. Si pupillus 4.

Hæc lex illud ipsum continet, quòd proximè dictum est in §. præcedente, scientiam nimirum pupilli vel furiosi non sufficere, nec si pupillus sit proximus pubertati, ad inducendam tributoriam, sed tutoris vel curatoris scientiam omnimodo necessariam esse: dolum autem tutoris aut curatoris non sufficere, sed ipsius tantùm domini siue pupilli siue furiosi. sed diuersitas huius legis à §. superiore in eo est, quod Paulus loquitur de pupillo, cuius quidem tutor scierit durante pupillari ætate sed qui tamen pubes factus dolo malo aliquid admiserit, quod locum faciat tributoriæ actioni: itémque de furioso cuius curator sciuerit durante furore, sed qui tamen sanæ mentis factus dolum ipse admiserit, qui casus certè sunt minùs dubitabiles, quia neque de pupillo facto pubere, neque de furioso sanæ mentis effecto potest ambigi, quin dolum malum facere possint: nisi quod hoc casu frustra videtur de tutoris vel curatoris scientia quærere, cùm fieri nequeat, vt circa negotiationem mercis peculiaris pupillus pubes factus & furiosus sanæ mentis effectus dolo malo facere quid possit, quin sciant seruum ea merce negotiari. Itaque hoc casu in eorum personis vtrumque concurrit quod ad inducendam tributoriam necessarium est, & scientia negotiationis, & dolus: Vlpianus verò in §. præcedente loquitur de pupillo non pubere, sed proximo pubertati, qui in ea ætate dolum fecerit, cui non potest videri similis furiosus, quia sicuti resipiscentiæ tempus certum nullum est, quomodo est pubertatis, ita nec resipiscentiæ proximus vnquam dici potest is, qui adhuc furiosus est, ideóque nec doli capax est, quousquè ad sanam mentem redierit: at proximus pubertati est, qui sex tantùm mensibus distat à pubertate *l. non tantùm* 17. *in principio, de excusat. tutorum.*

5. VLPIANVS libro 29. ad Edictum.

Procuratoris autem scientiam, & dolum nocere debere domino, neq; Pomponius dubitat, nec nos dubitamus.

Ad l. Procuratoris 5.

RAT. DVB. In mandato quantumlibet generali nũquam dolus continetur *l. si procurator* 6. §. *Celsus ait supr. de cond. ct. indeb.* quia cùm mandatum sit contractus bonæ fidei semper intelligitur, habere insertam clausulam *ex fide bona l. pen. §. vlt. inf. mandat.* quanquam & in cõtractibus stricti iuris, non minùs quàm in iis qui bonæ fidei dicuntur, bona fides exigitur, quatenus malę fidei, & dolo aduersatur *l. bonã fidẽ* 4. *C. de obli. & actio.* ergo procuratoris dolum nocere domino in hac tributoria actione non magis ęquum est, quàm pupillo dolum tutoris, aut furioso dolum curatoris.

BIU Cujas

DEC. Cuius opera quis vtitur præsertim vt ex ipsius actu lucrum captet, eius quoq; factum & dolum nocere æquum est *leg. 4. §. in hac exceptione 17. infrà de doli mal. except.* atqui dominus qui procuratorem cõstituit generalem ad omnium rerum administrationem, etiam si non cum libera potestate, [nã in procuratore liberam administrationem habente nullam omnino dubitationem res haberet *l. procurator cui 58. supr. de procurat. l. vel in ipsum 6.* vbi dixi *sup. tit. prox.* eum eligit, vt eius opera in rebus omnibus vtatur. Ergo factum dolúmque eius in rebus omnibus præstare debet, non quasi mandasse ei videatur, vt dolo quicquam faceret, sed quia debet sibi imputare, cur dolosum procuratorem, minúsq; probum elegerit: quòd non similiter imputari pupillo aut furioso potest: non enim ipsi eligunt sibi tutorẽ vel curatorem, sed ipsis eligitur à magistratu, si non à patre datus sit, denique incidunt in tutorem & curatorem, vt Papinianus loquitur in *l. vlt. infr. rem pupill salu. for.* nisi ponamus petitum fuisse curatorem à minore, ac nominatum, de illo tantùm dubitari potest, an præsens duntaxat dolus procuratoris domino debeat nocere, an etiam præteritus, de quo Vlpianus tractat in *d. l. 4. §. quæsitum 18. de doli mal. except.* & ait, si quidem procurator ad agendum datus sit non in rem suam, de præsenti tantùm eius dolo excipiendum esse. Si verò vel in rem suam datus sit, vel ei omnium rerum administratio concessa fuerit, etiam de præterito dolo, sic & in actionem institoria factum procuratoris qui institorem præposuit, nocet domino vt ob eã præpositionẽ cõueniri possit ex contractu institoris *l. cuicunque 5. §. vlt. supr. tit. prox.* sed an distinguemus vtrum procurator soluendo sit, necne, quomodo distinguebat Papinianus in *l. in eum 5. in princ. eod.* & Pomponius in tutore, vt in *l. 3. §. pen. supr.* Vlpianus referebat. Minimè verò: aliò qui non prætermisisset hanc distinctionem Pomponius, quam non prætermisit in tutore *l. 3. §. 1. supr.* vbi tamen minus erat necessaria: & certè facilius ac fauorabilius est, vt dominus ex dolo sui procuratoris teneatur, siue soluendo sit procurator, siue non sit, quia sibi debet imputare, vt dixi, cur minùs probum virum elegerit, quàm vt ex eius cõtractu quoliber conueniri possit, si fortè prætextu mandati generalis, citra tamen administrationis liberæ concessionem, temerè contractum aliquem fecerit procurator, quem sine speciali mandato facere non debuerat, vt explicauimus ad *d. l. in eum*: de scientia verò procuratoris quin domino debeat nocere, dubitari minùs potest, quorsum enim procuratorum vsus, nisi vt per eos sciamus & faciamus, quæ alioqui nec scire per nosmetipsos, nec facere possemus *l. Papinianus 20. supr. de minor.* Ex eo autem quod hîc Vlpianus ita loquitur, *neque Pomponius dubitat, nec nos dubitamus*, innuit satis apertè dissentire se à Pomponio in quæstione illa, quam agitauerat in *§. 1. l. 3. supr. de dolo tutoris*, an pupillo nocere deberet, necne, in quà retulerat distinctionem Pomponij, an tutor soluendo esset, necne, sed non æquè eam probauerat.

1 ¶ Si vicarius serui mei negotietur: si quidem me sciẽte, tributoria tenebor: si me ignorante ordinario sciente, de peculio eius actionem dandam Pomponius libr. 60. scripsit: nec deducendum ex vicarij peculio, quod ordinario debetur: cùm id quod mihi debetur, deducatur. sed si vterque scierimus [a] & tributoriam, & de peculio actionem competere ait. tributoriam, vicarij nomine. de peculio verò, ordinarij, eligere tamen debere agentem, qua potius actione experiatur. sic tamen, vt vtrumque tribuatur: & quod mihi, & quod seruo debetur: cùm, si seruus ordinarius ignorasset, deduceretur, integrum, quod ei à vicario debetur.

Ad §. 1. Si vicarius.

RAT. DVB. Seruus vicarius eum dominum habere intelligitur, cuius ipse vicarius est, id est seruum ordinarium *l. si seruus 17. infr. de pecul.* atqui tributoria nihil nisi scientiam & dolum domini exigit *l. 3. §. 1. & seq. & l. prox. supr. l. quamuis 8. infr. hoc tit.* Ergo si ordinarius sciuerit vicarium suum peculiari hac merce negotiari & dolo ipse aliquid fecerit, licèt ego, qui ordinarij mei serui dominus sum ignorauerim, nec dolo malo quicquam fecerim, tributoria debeo teneri non actione tantùm de peculio, & è contrario si me sciente & ordinario ignorante tale quid factum sit, non videtur danda tributoria quasi domino ipso ignorante: aut si me tanquã vnicum dominum velit quis hîc intueri, cur ordinarij serui vel scientiam, vel ignorantiam inspicimus, vt quod ei debetur ex peculio vicarij deducatur?

DEC. Distinctio illa seruorum ordinariorum & vicariorum maximè, propter distinctionem peculiorum introducta est, quoniam aliud est, peculium serui ordinarij, aliud vicarij, nisi quod vicarij peculium sicut & vicarius ipse in ordinarij peculio est, *d. l. si seruus l. depositi 38. §. Stichus infr. de pecul.* at non similiter è contrario peculium vicarij etiam ordinarij peculium est. Cæterùm qui dominus serui ordinarij est, is etiam vt vicarij dominus sit necesse est: non enim potest alium in sua potestate habere is qui nõ est suæ potestatis *l. sic euenit 21. inf. ad l. Iul. de adult.* tã autẽ seruus verè meus est seruꝰ ordinarius, quã eius vicarius, ita fit vt contra me solum dirigi tributoria possit ex peculiari negotiatione vicarij, non aduersus ordinariũ ipsum, quia cum seruo nulla actio est *l. cum seruo 101. de reg. iur. l. seruus 6. C. de iudic.* necessariò igitur distinguendum est, vter sciuerit, an seruus meus ordinarius, an ego qui sum dominus vtriusq;, non an sciatur vter tributoria teneri debeat, sed vt distingui possit tributoria ab actione de peculio, atque ita sciri quænam deductio eius quod debetur facienda sit, & ex cuius peculio, an serui ordinarij, an vicarij: cùm aliter vtique fieri deductio debeat in actione tributoria, aliter verò in actione de peculio, ait verò Vlpianus ex Pomponio, si me sciente vicarius serui mei negotiatus sit, licèt ignorante ordinario tributoria me teneri, si verò me ignorante & ordinario sciente, dandam esse cõtra me actionẽ de pe-

de peculio vicarij: priore casu non deducam, quòd vicarius debet mihi, cùm ex eius persona conueniar tributoria, sed id tantùm quod idem vicarius seruo meo ordinario debet, vt scriptum est in fine huius §. [quamuis mihi quoque id, tanquam cõseruo debitum deberi intelligatur *d. l. si seruus l. sed si damnum 9. §. huic definitioni eo. tit.*] exemplo scilicet eius: quod scriptum est in *l. 3. in princ. supr.* dominum, qui sciuit cõuentũ tributoria detrahere solidũ, quod alij domino ignorãti debitũ fuit: posteriore verò casu cõuentus ego actione de peculio vicarij deducã quidem id quod mihi debetur à vicario, sed non quod ordinariò debet vicarius, quia cũ scientia & dolus ordinarij puniri debeat, qui seruum suum vicarium negotiari sciuit, non magis possum ex eius persona deducere quod ipsi debetur, quàm posset ipse deducere, si conditio eius pateretur, vt tributoria conueniri posset: quamquam enim non ex eius persona conuenior tributoria, sed ex mea de peculio, attamẽ quod ad eum pertinet, non potest melior esse mea condicio, quàm si ex ipsius persona conuenirer tributoria, quo casu vtiq; nihil possem deducere quod ei deberetur: de eo autem quod seruus ordinarius mihi debet, deducendo tractari hîc nihil potest, quia nec de peculio ordinarij agitur, sed tantùm de peculio vicarij, in quo peculium ordinarij non est.

a *Sed si vterque scierimus.* RAT. DVB. Non potest agi tributoria simul & de peculio, nec vtraque ex eodem contractu competere, cùm habeant, non solùm alias atque alias præstationes, sed etiam cõtrarias: nam in actione de peculio deducitur id omne quod & domino & iis quos habet in sua potestate debetur *l. sed si damnum 9. §. peculium & seq. infr. de pecul.* in tributoria nõ item, sed dominus vt alius quilibet extraneus in tributum vocatur *l. 1. supr.* Porrò vt tributoria locum habeat, sufficit dominum scisse, & dolo aliquid fecisse, vt in superioribus diximus. Ergo si & ego & seruus meus ordinarius sciuerimus seruum vicarium ordinarij, peculiari aliqua merce negotiari danda est contra me tributoria non minùs ordinarij quàm vicarij nomine, cùm perinde sim ego vtriusque serui & ordinarij & vicarij dominus.

DEC. Tributoria quidem datur contra dominũ, qui sciuit seruum peculiari aliqua merce negotiari, sed tamen non nisi ex eius serui contractu qui negotiatus est: atqui ponimus vicarium duntaxat negotiatum esse non etiam seruum ordinarium. Ergo non potest dici me qui vtriusque sum dominus teneri debere tributoria nomine serui ordinarij: nam quod vicarius negotiatus est, sciente ordinario non potest facere, vt negotiatus ipse videatur, [alioqui dominus ipse quo sciente seruus negotiatus esset peculiari merce aliqua, ipse quoque negotiatus esse videretur, atque ita quasi ex proprio suo contractu teneri in solidum deberet, quod tamen non ita est.] Ergo nec potest scientia illa ordinarij facere, vt eius nomine debeam teneri tributoria actione, sed tantùm nomine vicarij, qui & contraxit, & me sciente negotiatus est, nullane igitur actione ordinarij nomine conueniri potero? vtique, sed actione de peculio, quia quæ ratio facit, vt meus hic seruus ordinarius tributoria conueniri deberet propter scientiam negotiationis sui vicarij, si cum ordinario agi posset, eadem facit, vt quoniam cum ordinario agi non potest, mecum agi debeat eius nomine de peculio, sicut agitur ex obligatione quælibet per seruum contracta *l. nec seruus 41. infr. de pecul.* negari autem non potest, quin scientia serui mei ordinarij, qui sciuit vicarium suum negotiari, ordinarium ipsum obligauerit creditori, quamuis non ordinarius ipse contraxerit: quomodo enim posset conueniri tributoria, liber si non esset obligatus? scientia igitur & factum ipsius eum obligat, quamuis non contraxerit, nec contraxisse fingatur, & hoc casu benè dici potest, quod ait Paulus in *l. omnem 20. supr. de iudic.* omnem obligationem pro contractu habendam esse. Proinde fatendum est hoc casu & tributoriam, & actionem de peculio quamuis contrarias simul competere & vnum, eundémque contractum sed diuersis tamen respectibus & ex diuersis obligationibus tributoriam ex contractu, & nomine vicarij, de peculio autem ex contractu & nomine serui ordinarij: non tamen vt vtramque actionem contra me exercere creditor possit, sed vteligere debeat, quænam potiùs experiatur, an tributoria, an de peculio, vt in *l. quod in herede 9. §. eligere infr. hoc tit.* Cęterùm in vtraque actione ita fiet tributio, vt vtrumque, & quod mihi, & quod seruo meo debetur à vicario, tribuatur, cùm tamen si seruus meus ordinarius ignorasset negotiationem, deduceretur à me integrum id, quod ipsi à vicario deberetur, vt suprà diximus.

2 ¶ Sed, & si ancilla negotiabitur, admittendam tributoriam dicimus.

Ad §. 2. Sed etsi ancilla sit.

RAT. DVB. & DEC. Ad hunc §. iam à nobis allata est ad *l. 1. §. potestatis supr. & ad l. 1. §. parui autem refert & §. in potestate sup. de exercit. act. & ad l. sed etsi 7. §. 1. & l. 8. supr. tit. prox.* Iunge *l. 1. §. cum eo & l. & ancillarum 27. in princ. infr. de pecul.*

3 ¶ Item parui refert, cum ipso seruo contrahatur, an cum institore eius.

Ad § 3. Item parui refert.

RAT. DVB. Inseruiendum est verbis edicti, vt loquitur Vlpianus in *l. 1. §. licèt autem supr. de exercit. act.* Edictum autem prætoris quo proposita est actio tributoria, de eo tantùm loquitur qui cum filiofamilias, vel seruo qui in potestate nostra est, contraxerit *l. 1. §. pen. & vlt. supr.* ergo si quis cum serui institore contraxerit, deficiunt verba edicti, nec proinde tributoria hæc actio ipsi dari ex edicto potest.

DEC. Qui cum institore contrahit, cum eo ipso qui institorem præposuit, contrahere videtur, ideóque ex eius contractibus habet actionem in solidũ contra præponentem, ac si ipse qui præposuit contraxisset *l. 1. & pass. supr. tit. prox.* ergo nihil refert ad inducendam actionem tributoriam, an quis cum seruo, an cum eius institore contraxerit, dummodo contraxerit de peculiari merce, in qua dominus seruum suum negotiari sciuit. Hoc enim omnino & semper requiritur.

BIU Cujas

4 ¶ *Mercis nomine* meritò adiicitur, ne omnis negotiatio cum eo facta tributoriam inducat.

Ad §. 4. Mercis nomine.

RAT. DVB. Licèt mercis nomine vsus sit Prętor in hoc edicto, mercis autem appellatio angustior sit, attamen ea mens prętoris fuit, vt edictum hoc ad omnes negotiationes porrigeretur, si Pedio credimus quem Vlpianus refert, & probat in *l. 1. §. 1. supr. hoc tit.* nihil ergo profuit hæc verba *mercis nomine* in edicto adiicere. DEC. Angustior quidem est mercis appellatio, quàm vt omnes res cõprehendat, quarũ negotiatio ad hoc edictum pertineat: non enim cõprehenderet seruos, fullones, vel sarcinatores, vel textores, vel venaliciarios, qui tamen omnes in hoc edicto mercis appellatione continentur, vt diximus in *d. §. 1.* at non ideò tamen existimandum est negotiationem quamlibet inducere tributoriam, cùm multa in negotiationem incidant, quæ mercis appellatione cõtineri nullo modo possunt, id est, nec propriè, nec impropriè, vt puta prædia fundi, & si quæ aliæ sunt res immobiles *l. mercis appellatio 66. de verb. signific.* mancipia, fœnebris pecunia *§. caterùm ad fin. inst. quod cum eo qui in alien. potest. est.* Ergo non ad negotiationem omnem quæ cum seruo facta sit, etiam sciente domino, hoc edictum pertinet, sed ad eam tantùm quæ mercis nomine, in eóque differt peculium a merce peculiari, cùm etiam illa quæ mercis appellatione venire non possunt in peculium veniant *d. §. caterùm.*

5 ¶ Per hanc actionem tribui iubetur, quod ex ea merce, & quod eo nomine receptum est.

Ad §. 5. Per hanc actionem.

RAT. DVB. Tributoria ideò datur contra dominum, quia sciuit & passus est seruum in peculiari aliqua merce negotiari *l. 1. supr.* Ergo satis prætori esse debuit, vt merx ipsa tribueretur, non etiam quòd eo nomine receptum esset. Quicquid enim supra mercem est, non ex merce ipsa, sed ex negotiatione percipitur, adeóque precium ipsum rei venditæ *l. venditor 21. infr. de hered. vel act. vendit.*

DEC. Contrahens cũ seruo qui mercem aliquã peculiarem sciente domino exerceat, non tantùm mercem illam, sed etiam omnem illius mercis negotiationem intuetur, id est, lucrum omne quod ex ea negotiatione quoquo modo potest accedere: quemadmodum is qui cum seruo peculium habente, contrahit vniuersum ipsius peculium vbicunq; & vndecũque sit, intueri dicitur, velut propriumeius patrimonium *l. si ex duobus 32. in fine princip. infr. de pecul.* vt diximus ad *l. 3. in princ. supr.* Meritò igitur Prętor per hanc actionem tribui iussit, non tantùm peculiarem illam mercem, in qua seruus sciẽte domino negotiatus sit, sed etiam quicquid inde receptũ fuerit, vt constat ex hoc §. & ex iis quæ paullo latiùs de hoc edicto refert Iustinianus in §. *introduxit inst. quod cum eo qui in alien. potest.* Tota enim mercis negotiatio licèt maximè ex negotiatoris opera & industria pendeat, mercis tamen causa facta est, & ad eam proinde pertinet.

6 ¶ In tributum autem vocantur, qui in potestate habent, cum creditoribus mercis.

Ad §. 6. In tributum.

RAT. DVB. & DEC. Eadem est, quæ ad *l. 1. supr.* videbatur enim non esse vocandum serui dominũ in tributum cum cæteris mercis creditoribus, quia id fieri non posset, nisi adempto ei priuilegio deductionis, vt loquitur Vlpianus in *d. l. 1. & in §. prox. infr.* quod tamen priuilegium cùm tam multis rationibus concessum sit, quæ extant in *l. sed si damnum 9. §. peculium. & §. prætereà l. ex facto 52. infr. de pecul.* non facilè nec sine magna causa adimi ei debet. Priuilegia enim quamquam per se odiosa sunt, nec nisi magnis de causis concedenda tanquam quę per legem illam duodecim tabularum prohibita sint, *priuilegia ne irroganto*, si quando tamen concessa sint, religiosè conseruanda sunt *l. Antiochensium 36. de reb. author. iudic. poss. id. aliàs l. antep. de priuileg credit. l. 1. infr. ad municip. l. 1. de nundin.* Ea verò maximè quę interpretes nostri vocant *in corpore iuris clausa*, quale hoc est, quod habet dominus in actione de peculio, & cætera omnia de quibus in illo vulgari titulo, qui tamen in Pandectis Florentinis nullus est *de priuileg. credit.* sed contra dominum facit, quod sciendo & patiendo seruum suum negotiari in merce peculiari facto ipse suo sibi præripuit priuilegiũ deductionis: quod vt saluum retineret, debuerat cùm posset prohibere seruo suo ne ea merce negotiaretur: ea res facit, vt à Prætore vocetur in tributum cum cæteris serui creditoribus non omnibus, sed eius duntaxat mercis, vt scriptũ est in hoc §. nam neq; aliorũ creditorum ratione, qui ex aliis causis cum eodem seruo cõtraxerũt quicquam imputari domino potest, propter quod suũ deductionis priuilegium amittere debeat, nec latiùs patere effectus potest quàm sua causa.

7 ¶ Sed est quæsitum, dominus vtrùm ita demùm partietur ex merce, si quid ei mercis nomine debeatur, an verò & si ex alia causa? & Labeo ait, ex quacumque causa ei debeatur: paruíque referret ante mercem, an postea ei debere quid seruus cœperit. sufficere enim, quod priuilegium deductionis, perdidit.

Ad §. 7. Sed est quæsitum.

RAT. DVB. In actione tributoria vocatur dominus in tributum cum cæteris mercis creditoribus, sicut alius extraneus quilibet *l. 1. sup. §. introduxit inst. quod*

BIU Cujas

quod cũ eo qui in alien. potest. Atqui neque alij creditores cũ domino vocãtur in tributum, quàm qui sunt creditores eiusdem mercis, neq; qui mercis creditores sunt, vocantur, si ex qua alia causa ipsis debeatur, vt diximus in §. præcedente. Ergo & dominus mercis partiri ex merce cum cæteris omnibus creditoribus debet, & in tributum vocari, siquid ei ex causa illius mercis tantùm, non etiam si aliunde quid ei debeatur: ne alioqui in eo, in quo habendus est, pro extraneo creditore melioris tamen condicionis sit, quàm cæteri extranei. Contra mentem & propositum Prætoris qui hoc edicto videtur id egisse, vt in hac tributoria actione dominus cum cæteris creditoribus concurrens in omnibus & per omnia ad instar extranei creditoris redigeretur.

Dec. Id vnum Prætor egit hoc edicto, vt domino auferret priuilegium deductionis quod habet in actione de peculio, satisque punitur ea domini scientia & patientia in hoc quod priuilegium illud deductionis perdit: nec etiam in eo puniendus est, vt extra causam mercis, nec creditor esse videatur. Ergo non tantùm partiri ex merce dominus debet, siquid ei ex mercis causa debeatur, sed etsi ex alia quacunque causa: adeò vt nec referat, an ante mercem, an postea deberi aliquid ei cœperit: cùm & creditoribus cæteris & Prætori ipsi sufficere debeat, quòd suum deductionis priuilegium perdiderit, vt Vlpianus ex Labeone hîc scribit: non enim domino iniuria fieri debet, quamuis in tributum vocetur, vt scriptum est in *l. 7. in princ. inf.*

8 ¶ Quid tamen siqui contrahebant, ipsam mercem pignori acceperint? puto debere dici, præferendos domino iure pignoris.

Ad §. 8. Quid tamen.

Rat. dvb. Non potest dominus à seruo suo pignus vllum accipere, cùm nihil suum habeat seruus quod pignori dare domino possit *tot. tit. Cod. si alien. res pign. dat. sit.* Non ergo potest imputari domino, cur à seruo pignus non acceperit: alioqui deterior facilè fiet condicio domini quàm cæterorum creditorum, quæ tamen melior esse deberet. Sed & eadem ratio facit, vt neque pignoris obligatio possit subsistere, etiamsi aliis creditoribus eam mercem idem seruus pignori dederit, cùm dominus serui sit etiam dominus mercis, nec quòd dominus eum seruum in eiusmodi merce negotiari patiatur, facere potest, vt pignoris quoque dationem permisisse videatur, quæ nec tum permissa esse intelligitur, cùm dominus expressa voluntate cum seruo contrahi iussit *l. dominum 3. infr. quod iuss.* Nihil ergo referre potest, an seruus mercem ipsam pignori dederit aliis creditoribus an non dederit.

Dec. Pignoris datio valet non solùm si à domino facta sit, sed etsi ab alio dummodò ex domini voluntate *l. aliena 20. supr. de pignor. act. l. 1. 2. & pass. d. tit. C. si alien. res pignor. dat. sit*, adeóque dissimulatione *l. mulier 11. C. de distract. pignor.* Atqui cùm dominus sit & patitur seruum suum peculiari aliqua merce negotiari, satis pati intelligitur, vt det pignori. Quid enim aliud est negotiari quàm quoquo modo contrahere? Aut quis vnquam dixit pignoris dationem extra causam negotiationis esse? Ideóque certè plus potest seruus cui negotiari permissum est, quàm qui cõtrahere ac dominũ ipsum in solidum obligare iussus fuit? *d. l. dominum*, quia obligatio personæ, nihil commune habet cum obligatione bonorum, vt ibi dicemus, & constat ex *l. sed etsi 25. §. si tamen 14. supr. de hered. petit.* alioqui censerentur obligata bona debitoris omnia hoc ipso quòd esset obligatus, quod tamen falsissimum est, extra eas causas, de quibus in *tit. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. contr. inf. & C.* & siquæ aliæ sunt similes, quæ priuilegium habent tacitæ hypothecæ. Idque probat etiam optimè hic §. cum §. *planè 17. infr. hac lege.* Sed tamen obserua, vt cæteri creditores pignoris iure domino præferantur, pignoratam esse debere mercem ipsam, aut quid aliud ex iis quæ mercis nomine recepta sunt. At non etiam aliud quicquam ex domini bonis. Non enim scientia & patientia illa domini in huius mercis negotiatione, ex qua ius pignoris dandi colligimus ad alia quoque bona extendi potest. Quod autem dicimus ea ratione futurum, vt deterioris condicionis sit dominus, quàm cæteri creditores, cùm neque mercem illam quæ iam sua est, neque aliud quippiam à seruo pignori accipere dominus possit. Verum quidem est, sed rationem iuris certam immutare non potest, cùm imputare sibi dominus debeat, cur sciens passus sit negotiari seruum, cùm posset ei prohibere ne negotiaretur, aut saltem ne mercem ipsam, vel quid aliud pignori daret. Nam & potest certum genus contractus prohiberi *l. sed si pupillus 11. §. condicio supr. ut. prox.* & ipsa præsertim pignoris datio, *l. vlt. C. de rebus alien. non alienand.* Quod si dominus pignoris dationem non prohibuerit, prudenter facit creditor, si mercem ipsam pignori accipiat, quia pignoratitiorum creditorum priuilegia ex tempore incipiunt accepti pignoris. Cæterorum verò non ex tempore, sed ex causa *l. priuilegia 32. infr. de. b. auctor. iud. possidend.* Nisi quod quidam etiam ex creditoribus pignoratitiis anterioribus aliis interdum postponuntur, vt in *l. interdum 5. infr. qui potior in pignor. hab. l. assiduis 12. Cod. eod. tit.* Hunc tamen §. Galli parum curarent, apud quos pignorum mobilium persecutio hypothecaria nulla est, si ab alio quàm ipso debitore possideantur. Id enim est quod aiunt, *Les meubles n'ont point de suite.*

9 ¶ Siue autem domino, siue his, qui in potestate eius sunt, debeatur, vtique erit tribuendum.

Ad §. 9. Siue autem domino.

Rat. dvb. Prætor in hoc edicto in tributum vocauit dominum cum cæteris mercis creditoribus §. *in tributum supr.* & quidem tanquam extraneum creditorem *l. 1. supr.* non etiam eos, qui in eius potestate sunt, siquid ipsis quoque debeatur. Ergo soli domino ex hoc edicto tribuendum est, & partiendum ex merce siquid ipsi debetur, non etiam siquid aliis, quos habet in sua potestate.

BIU Cujas

Dec. Quod iis debetur, qui in potestate domini sunt, ipsi quoque domino deberi intelligitur *l. sed si damnum 9. §. huic definitioni infr. de pecul.* vnde est, quod actione de peculio conuentus dominus id quoque deducit quod ipsis debetur, vt ibidem scriptum est: satis ergo est, quod conuentus actione tributoria priuilegiũ illud deductionis amittat, quod in actione de peculio haberet, nec præterea ipsius etiam pecunię quę debetur his qui in potestate domini sunt iacturam facere dominus debet *§. sed est quæsitum 7. in fin. supr.* cùm sit ipse creditor: alioqui afficeretur iniuria, quod tamen fieri non debet, quamuis in tributum vocetur, vt idem Vlpianus noster scribit in *l. illud quoque 7. in princ. infr.*

10 ¶ Sed si duo, pluréve domini sint: vtique omnibus tribuetur pro rata debiti sui.

Ad §. 10. Sed si duo.

Rat. dvb. Edictum Prætoris de tributoria actione non de alio domino locutum est, quàm qui sciuerit, & passus sit negotiari seruum in peculiari merce, eúmque in tributum vocauit tanquam extraneum quemlibet creditorem *l. 1. supr. §. introduxit inst. quod cũ eo qui in alien. potest.* ergo si duo pluréve sint domini, quibus debeatur, non illis tribuendum est pro rata debiti sui, sed eisoli qui tributoria conuenitur. Dec. Non debet esse deterior causa domini ejusdémque creditoris, quàm aliorum creditorum, cùm hoc plus iuris habeat, quàm cæteri creditores, quod sit dominus *arg. l. 1. §. vlt. inf. si à parent. quis manum. sit.* Plus etiam quàm dominus alter qui seruum suum in ea peculiari merce negotiari passus est, quod ille nec sciuit nec passus est, sed ignorauit, vnde est, quod ex eius persona potest deducere id omne quod ignoranti condomino debetur, quamuis per actionem tributoriam ex propria sua persona conueniatur *l. 3. in princ. supr.* Ergo verũ est & extra omnem omnino dubitationem, quod hîc scribitur, si duo pluréve domini sint, vtique omnibus pro rata debiti sui tribuendum esse. Idque significat dictio *vtique* sine dubio scilicet ac sine vlla distinctione: quid ergo si vnus tantùm creditor appareat? dicemus in *§. vlt. infr.*

11 ¶ Non autem totum peculium venit in tributum: sed id duntaxat, quod ex ea merce est: siue merces manent, siue pretium earum receptum [a] conuersúmve est in peculium.

Ad §. 11. Non autem totum.

Rat. dvb. Iniuria fieri videtur creditoribus si non iis ex toto peculio satisfiat, cùm habeant obligatum dominum actione de peculio, non solùm si eo ignorante seruus contraxerit *l. nec seruus 41. infrà de pecul.* sed etiamsi eo prohibente *l. si quis seruum 29. §. 1. l. quoties 47. eod.* quanto magis cùm sciuit & passus est dominus seruum in peculiari aliqua merce negotiari? Dec. In actione de peculio totius peculij ratio habetur, quia pro eo incommodo habet dominus hoc commodum quod deductionis priuilegio vti potest, vt in eo quod ipsi eisque quos in sua potestate habet debetur, omnibus præferatur *l. sed si damnum 9. §. peculium & seqq. l. ex facto 52. inf. de pecul.* at in actione tributoria non habetur ratio totius peculij, sed eius tantùm mercis qua dominus sciente ac patiente domino negotiatus est, & si quid inde receptũ sit, quia pro eo incommodo habent creditores hoc commodum, quod pari iure certant cũ domino, ac si esset ille extraneus creditor, nec priuilegium vllum deductionis timent. Ergo apud se explorare debet, an expediat agere tributoria, an de peculio *l. aliquãdo 11. inf* nec possunt conqueri quasi minùs cõsecuti sint ex ea actione, cuius natura passa non est, vt plus cõsequi potuerint *§. cæterùm instit. quod cũ eo qui in alien. potest.* Fieri enim & sequi condẽnationem necesse est ex natura cuiuslibet propositæ actionis, cuius fines prætergredi, neque Prætor potuit dictando formulã, neque iudex pronunciando, proindè si tributoriam creditores elegerint sibi imputent: nec enim volenti fit iniuria *l. in diem 9. §. 1. de aqua & aquæ plu. arcend.* voluerunt autem certè qui maluerunt *l. si patre cogente 22. infr. de rit. nupt.*

a *Siue merces manent, siue precium earum receptum.* Rat. dvb. Aliud est merx, aliud verò mercis æstimatio & precium *l. si alij 42. §. 1. supr. de vsufr. l. 1. derer. permut.* & cuiusq; rei preciũ non tantũ merx non est, sed neq; ex merce, at potiùs ex negotiatione percipi intelligitur, vt suprà diximus ex *l. venditor 21. infr. de hered. vel act. vendit.* Ergo in tributoriã ita demùm venire merces debent, si maneant & durent, non etiam si venditæ iam sint, earumq; preciũ conuersum sit in peculium, cùm in hac actione peculij quod extra mercem merciſq; causam est, ratio nulla habeatur *§. prox. præced.* Dec. Nihil interest, quantũ ad hanc actionẽ pertinet, an merces maneant, an verò vẽditæ sint & earũ preciũ conuersum in peculium: censetur enim precium quod ex iis receptum est subrogatum esse in ipsarum locũ, vt earũ vice tribui & distribui debeat, quia nec consumptũ videri potest, quod in corpore patrimonij retinetur *l. sed quod inde 71. & seqq. infr. de legat. 2.* & præterquã quod dici solet subrogatum sapere naturam eius in cuius locũ subrogatũ est *vulg. l. si quis eum 10. §. qui iniuriarũ supr. si quis caution.* Prætor etiam verbis edicti huic rei optimè prospexit. Constituit. n. vt non tantùm merx tribui deberet, sed etiam quod ex merce receptũ esset, ne dubitari posset, de precio quoq; tribuẽdo, cęteriſq; omnib. quę ex mercis negotiatione accessissẽt *§. introduxit inst. quod cum eo qui in alien. potest.* nec enim semper precium succedit loco rei, sed aliquibus tantùm casibus, vt puta in iudiciis vniuersalib. *l. si & rem & precium 22. supr. de hered. petit.* vbi diximus.

12 ¶ Sed etsi adhuc debeatur mercis nomine à quibusdam, quibus soleba[t] seruus distrahere: hoc quoque tribuetur, prout fuerit receptum.

Ad §. 12. Sed etsi adhuc.

Rat. dvb. Quod adhuc à quibusdam debetur mercis nomine nondum est eius cui debetur: est enim vnusquisque dominus eius pecuniæ quã debet *l. 1. infr. de liber. legat.* ergo nõ potest in tributũ venire:

BIU Cujas

Domini enim est tribuere ac distribuere, nec nisi domino distributionem Prætor permittit, vt scribit Iustin. in §. *introduxit inst. quod cum eo.* Dec. Quod debebatur si solutũ sit, fit creditoris, alioqui solutio nõ pareret liberationem, si pecunia non fieret accipiẽtis, & quidem in totum & irreuocabiliter *l. si rem* 20. *l. si quis aliam* 47. *l. si alieni.* 78. *l. qui res* 98. *in princ. de solut. l. si non sortẽ* 26. §. *si centum supr. de condict. indeb.* Ergo potest hoc ꝙ adhuc mercis nomine debetur in tributũ venire eo demũ tẽpore quo solutũ & receptũ fuerit, ac proinde si per partes soluetur, ꝙ plerũq; fit, prout receptũ fuerit, quomodo Vlp. hîc loquitur.

13 ¶ Si præter mercem seruus iste in taberna habeat instrumentum, an hoc quoque tribuatur? & Labeo ait, & hoc tribui. & est æquissimum. plerumq; enim hic apparatus ex merce est, immò semper. Cætera tamen quę extra hæc in peculium habuit, non tribuentur, vt puta argentum habuit, vel aurum: nisi si hæc ex merce comparauit.

Ad §. 13. Si præter mercem.

Rat. dvb. Instrumentum quod habet seruus in taberna eius mercis nomine qua negotiatur sciente domino, licèt mercis gratia comparatum proponatur, attamen neque merx ipsa est, neque quicquã ex merce receptum, ideóq; apparatus dicitur elegantet, vt intelligamus parari ad mercis negotiationem. Ergo neq; ex verbis, neq; ex sententia edicti in tributum venire potest: Prætor enim non nisi de merce locutus est, & de eo quod ex merce paratum esset §. *introduxit instit. quod cum eo qui in alien. potest.*

Dec. Apparatus hic plerumque imò semper ex merce est, eiúsque impensa si non ipsi merci, saltem mercis negotiationi imputatur, quoniam aliter fieri negotiatio non posset: si qua tamen in taberna sint extra hoc instrumentum, quæ seruus hic in peculiũ habuerit, vt puta argentum, vel aurum: ea verò non tribuentur, quia nihil commune habent cum merce, nisi proponas ex merce ipsa fuisse comparata. Quo casu in tributum venient ex verbis illis edicti *& quod ex merce receptum erit d. §. introduxit. iunct. §. non autem totum sup.*

14 ¶ Itẽ si mãcipia in negotiatione habuit ex merce parata, etiã hęc tribuẽtur.

Ad §. 14. Item si mancipia.

Rat. dvb Mancipia non cõtinentur mercis appellatione *l. mercis appellatione* 207. *de verb. signif.* non quia nec mobilium nomine veniãt, vt quidam putant *arg. l. mercis appellatio* 66. *eod.* [veniunt enim vt constat ex *l.* 3. §. *Nerua filius infr. de acquir. poss.*] sed propter dignitatem hominum, quorum gratia merces, cæteræque res omnes à natura cõparatæ sunt, vt diximus ad *l.* 1. §. 1. *supr. ex l. iustissimè* 44. *infr. de ædilit. edict. iunct. l. vetus fuit quæstio* 68. *supr. de vsufr. l. in pecudum* 28. *de vsur.* Ergo nec possunt venire in tributum per actionem tributoriam. Dec. Mercis appellatio in hoc edicto latiùs sumitur, vt etiam seruos fullones, vel sarcinatores, vel textores, vel venaliciarios cõprehendat *d. §.* 1. at non etiam cætera mancipia, nisi si qua sint ex merce parata, de quibus solis agit Vlpianus in hoc §. Etsi enim mercis appellatione non veniunt, attamẽ veniunt appellatione eius quod ex merce receptum est: nam & pecunia veniret *d. §. non autem & seq. supr.* cùm tamen nemo vnquam dixerit pecuniam mercis appellatione comprehendi *l. prima, infrà de rerum permutat.* quæ nec merce æstimari potest, sed ad æstimandas merces præcipuum vsum suum præstat *l. si ita fideiussorem* 42. *infrà de fideiuss.*

15 ¶ Si plures habuit seruus creditores, sed quosdam in mercib. certis: an omnes in iisdem confundendi erunt, & omnes in tributum vocandi? vt puta duas negotiationes exercebat, (sagariam, & linteariam) & separatos habuit creditores, puto separatim eos in tributum vocari. vnusquisque enim eorum merci magis, quàm ipsi, credidit.

Ad §. 15. Si plures.

Rat. dvb. Cùm idem seruus plures habuit negotiationes sciẽte domino, puta sagariam de qua in *l. cùm duobus* 52. §. *quidam infr. pro socio*, & linteariam, verum est omnium nomine tributoriam actionem in dominũ cõpetere, & in vtraq; negotiatione dominũ extranei loco habendũ esse: quidni ergo creditores omnes inter se cõfundendi erunt, cum quibus ipse etiã dominus cõfunditur? aut cur plures tributorias actiones inter eos inducamus, quib. possit vna sufficere? præsertim cũ vnus tantũ seruus sit, ex cuius contractib. dominus cõuenitur: nã & dici solet in potestate cuiuslibet debitoris esse adiiciendo sibi nouos creditores priorũ causam deteriorem facere *l.* 1. §. 1. *infr. de separat.* Dec. Plurib. ab eodem seruo factis negotiationib. diuersarum merciũ, si quosdã creditores in certis mercib. alios verò in aliis habuit, nõ possent omnes in iisdem mercib. confundi, simúlq; in tributũ vocari sine manifesta eorũ iniuria, qui in negotiationem vtiliorẽ credidissent, quia vnusquisq; eorũ qui pro illa tantũ negotiatione creditores esse voluerunt, non tam seruo, quàm merci ipsi pecunias suas credidisse intelligũtur: alioqui eueniet facilè, vt ex vnius re mercéve alij indemnes fiant, alij damnũ sentiãt, vt in §. *prox. seq.* Vlpian. ait, ergo quemadmodum seruus hic separatos habuit creditores, ita & separatim eos in tributũ vocari oportet, nec alij inter se cõfundẽdi sunt, quã qui ad eiusdẽ mercis negotiationẽ pertinẽt, quã solã intuiti sunt, cũ crederent: nec tantùm hoc casu separatio fit creditorum, sed aliis etiam pleriſque, in quibus ratio aliqua æquitatis ita fieri suadeat, vt in *d. l.* 1. *de separat. l. si certarum* 7. §. 1. *de testam. milit.*

16 ¶ Sed si duas tabernas eiusdem negotiationis exercuit, & ego fui tabernæ, (verbi gratia) quam ad Hucinum habuit, ratiocinatur, alius eius, quam trans Tiberim: æquissimum puto, separatim tributionem faciendam: ne ex alterius re mercéve, alii indemnes fiant, alii damnum sentiant.

BIU Cujas

Ad §. 16. Sed si duas.

RAT. DVB. Diuersitas locorum non inducit diuersitatem negotiationum, parúmq; interest vbi sit taberna, & in qua quis pecuniam crediderit, dúmodo vtraq; taberna ad eandem negotiationem pertineat, quia non mutat causam actionis locus vendendi emendíve, cùm semper verum sit creditam esse pecuniam in eiusdē mercis negotiationem *arg. l. tùm interdum 4. supr. tit. prox.* Ergo quamuis separandæ sint negotiationes, cùm plures sunt, & singularū negotiationū creditores, vt diximus in *§. præced.* non tamē separandæ sunt tabernæ eiusdē negotiationis, quāuis diuersę sint, & diuersorum locorum, præsertim si sint in ciuitate, puta Romæ, vna ad Buccinū aureum in quarta vrbis regione, alia trās Tyberim, vt Vlp. hîc ponit. DEC. Fieri interdum potest, vt cuius quoque mercis diuersæ sint in eadem etiam vrbe negotiationes, vt si quis duas tabernas eiusdem negotiationis exerceat, quarum vna quæque suos creditores suósq; debitores habeat, suas deniq; rationes ab alterius tabernæ rationibus separatas: ꝙ cùm euenit æquissimum certè est, separatim tributionem fieri, nec tabernas earúmque rationes quæ separatæ sunt confundi, ne, vt Vlp. ait, ex alterius rē, mercéve, alij indemnes fiāt, alij damnum sentiant. Separata enim coniungi nunquam oportet, neque coniuncta separari quoties ex ea mutatione alius damnum & incommodum sensurus est.

17 ¶ Planè si in eadem taberna merces deferebantur: licet hæ, quæ exstēt, ex vnius creditoris pecunia sint comparatæ: dicendum erit, omnes in tributum venire, nisi fuerint creditori pigneratæ [a].

Ad §. 17. Planè si in eâdem.

RAT. DVB. Cauendū est, quantum fieri potest, ne ex alterius re vel merce alij indēnes fiant, alij damnū sentiant, vt scriptum est in *§. prox. supr.* Atqui tū quoque cū merces omnes in vnā eādemq; taberna deferebātur, si eæ quę extant cōparatę fuerūt ex vnius creditorū pecunia, & ille tamē cæteris creditorib. omnib. in iis mercib. non præferatur, eueniet vt ex ipsius mercibus, alij creditores indēnes fiāt, alij verò dānum sentiant, cùm si hic creditor pecuniā suā ad eas merces cōparandas nō credidisset, hæ hodie nō extarēt in taberna, neq; in tributū venirēt, ergo dicēdū est, nec hodie in tributū illas venire, sed in iis pręferendū esse illū, ex cuius pecunia cōparatę fuerunt, ne alioqui ex ipsius dāno cæteri creditores indēnes fiant. DEC. Res quæ ex pecunia mea cōparata est nō ideò mea est, adeóq; nec mihi obligata, si pupillū & militē excipias, quib. speciali quodā priuilegio ius illud cōcessū est *l. ex facto 52. vers. planè si ex re pupilli inf. de pecul. l. si vt proponis 8. C. de rei vēd. dic. l. 3. C. arbitr. tutel.* sicuti neque pecunia redacta ex re furtiua est, furtiua *l. qui vas 48. §. vlt. de furt.* neque res empta ex pecunia cōmuni est cōmunis *l. si vnus 67. §. 1. pro socio*, neque pecunia redacta ex re pignorata est, pignorata vel contra *l. idemq; est 7. in fin. infr. qui potior. in pigno. hab.* ergo etiamsi merx illa extet adhuc quæ ex vnius creditorū pecunia cōparata est, nullū tamen priuilegiū habere potest creditor, cui[9] pecunia fuit, vt in ea merce pręferri cęteris debeat, cū neque iure dominij neq. iure pignoris possit dicere se potiorē: sibiq. debet imputare, cur cùm pecuniā crederet, nō caucrit sibi, vt merx quæ ex illa pecunia emeretur, esset sibi pignorata: quo casu proculdubio pignoris iure præferretur, vt subiicit Vlp. in hoc §. & iā diximus in *§. quid tamē 8. supr.* nā & ꝙ magis est, si quis rē suā vēdiderit habita fide de precio, atq. ita dominiū trāstulerit, nec tamē preciū acceperit, etiā in ea ipsa re quā vēdidit cæteris creditorib. omnib. pignoratitiis postponetur, Chirographariis verò nō præferetur, nisi specialē in ea re hypothecam sibi exceperit: quo vno casu placuit habere illū ius prælationis *l. licet 7. C. qui potior. in pign. hab. l. quāuis 17. C. de pignor.* ponēdū tamen est habitā fuisse fidē de precio, alioqui dominium reī venditæ non trāsferretur in emptorē *l. quod vendidi 19. l. vt res 53. infr. de contr. empt.* & consequenter iure prælationis non indigeret cui vindicatio competeret *§. prox. infr.*

a *Nisi fuerint creditori pigneratæ.* RAT. DVB. Inter creditores ille qui saluā fecit pignoris causā, vt puta qui pecuniā credidit, ad refectionē ædificij pignorati habet ius nō tātū tacitę hypothecę *l. 1. inf. in quib. caus. pign. vel hypoth. taci. contr.* sed etiā prælationis *l. interdū 5. qui potior. in pign. hab. l. creditor 25. sup. de reb. credi.* quidni ergo multo magis ille qui præbuit pignoris causā? siquidē lōgè plus est eā prębere, quā saluā facere: atqui præbet causā pignoris ille qui pecuniam credit ad emēdas merces: nec. n. aut aliis pignorati possēt specialiter, aut venire in generalē obligationē bonorū debitoris, si nō hic creditor ad eas emēdas pecuniā credidisset, ergo hic quoq; priuilegiū vtrūque habere debet, & taciti pignoris & prælationis, nec proinde indiget cōuētione illa quā Vlp. hîc requirit, vt fuerint ei pigneratæ. DEC. Fabo rabilior *ille* est, qui credidit vt saluā faciat, quā qui vt prębeat pignoris causā, nō quia pl[9] nō sit eā præbere quā saluā facere, sed quia ei qui prębet imputari potest, cur nō sibi melius prospexerit per cōuentionē expressā de pignore, cū potuerit in ea re quę ex ei[9] pecunia emēda erat, nō tātū obligationē pignoris, sed etiā priuilegiū prælationis sibi acquirere, dummodo speciali cōuentione pignoris in ea re sibi cōsuluisset *d. l. licet 7. C. qui potior. in pigno. hab.* at nihil imputari potest ei, qui saluā fecit pignoris causā, cùm nō solū posterior cōtraxerit, sed etiā in refectionē ædificij iā obligati anteriorib. creditorib[9], quib. nec vlla sua cōuentione derogare potuisset, qua ratione, nec vllā causam habuisset credēdæ in eā rē pecuniæ, si nō fuisset inuitatus priuilegio illo prælationis, ꝙ tamē cōcedi ei nō poterat, nisi inducto priùs in necessariū antecedēs alio priuilegio tacitæ hypothecę. Quomodo. n. posset in pignore pręferri, ille qui nullū pignoris ius haberet? *l. Aristo. 3. inf. quæ res pig. obl. pos.* nec tamē magis ipsius interest, quā cęterorū creditorū omniū, vt omnib. ipse pręferatur, ne alioqui si nolit credere in refectionē prędij & ędificij iā obligati metu amittēdæ pecuniæ, pereat cæteris pignus, ꝙ ille sua pecunia saluū facturus esset: ergo creditori qui pecuniā dedit ad emēdas merces ex eâdem postmodū comparatas, de quo Vlp. hîc loquitur, imputari potest & debet, cur eas pignori sibi dari non curauerit, si id agebat, vt in ijs præferretur cæteris, nec in tributum venire cogeretur.

18 ¶ Sed si dedi mercē meā vendendā, & exstat: videamus, ne iniquū sit in tributum me vocari. & si quidem in creditū ei abiit, tributio locum habebit enim verò si nō abiit: ꝙa res vēditæ nō alias desinūt esse meæ, quāuis vēdidero, nisi ęre

soluto

BIU Cujas

ſoluto, vel fideiuſſore dato, vel aliàs ſatisfacto: dicẽdum erit, vindicare me poſſe.

Ad §. 18. Sed ſi dedi.

RAT. DVB. Cùm dedi mercem meam vendendam ſeruo tuo negotiatori, eáque ipſi vendita & tradita eſt, non dubitatur quin contractus emptionis & vẽditionis perfectus omnino ſit quippe qui conſenſu ſolo perficitur, adeò vt neque traditionem vllam exigat, réſque vendita periculo ſit emptoris, etiam priuſquàm tradita ei fuerit. § *cùm autem inſt. de empt. & vendit l. 1. & tot. tit. C. de pericul. & commod. rei vendit. l. neceſſariò 8. infr. eod ill. tit* ergo non poteſt dubitari, quin abierim iam in creditum, factúſq; ſim creditor huius mercis peculiaris, cùm in creditum iri ex quolibet contractu poſſit etiam verborum *l. 2. §. creditũ & §. vlt. ſupr. de reb. credit.* conſequenter inutilis & ridicula videtur ea diſtinctio quam Vlpianus hîc adhibet, an in creditum iam abierim, nécne, vt priore caſu in tributum vocari debeam, etiamſi merces extent quas vendidi: poſteriore verò vindicare eas poſſim quaſi adhuc meas necdum alienatas.

DEC. Ex cęteris quidem contractibus ſi ſint habiles ad tranſlationem dominij, transfertur dominium per traditionem *l. qua ratione 9. §. hæ quoqueres l. traditio 20. l. nunquam nuda 31. infr. de acquir. rer. domin. l. traditionibus 20. Cod. de pact.* Sed in contractu venditionis ſpeciale ius eſt ex lege 12. tabul. vt vẽditæ res & traditæ quamuis à domino, non acquirátur tamen emptori, donec precium ſit ab ipſo ſolutum, aut aliter eo nomine ſatisfactum puta datis fideiuſſoribus, aut quo alio modo, vt iam attigi ad *§. præced. ex l. quod vendidi 19. l. vt res 53. infr. de contr. empt. §. venditæ inſtit. de rer. diuiſ.* & Vlpianus in hoc §. diſertè ſcribit. Ergo neceſſaria & optima diſtinctio eſt, quam hîc Vlpianus adhibet, an in creditũ iam abierim earum mercium nomine quas vendidi, an non, id eſt an dominus manſerim, an verò ex domino factus ſim creditor: Priore caſu non venient merces in tributũ, quia nondũ ſunt tabernæ, ſed meæ, ita vt tanquam meas vindicare illas iure poſſim, cùm neque precium mihi ſolutum ſit, neque aliter eo nomine ſatisfactum. In tributum autem ſicut veniunt eæ tantùm merces, quæ ſunt domini tabernam exercentis: ita neque alij creditores vocantur, quàm qui veniunt iure creditorũ, in quo numero ij non ſunt, qui tanquam domini actionem in rem habent, ſed illi tantùm qui perſonalem. At poſteriore caſu, cùm merces meæ eſſe deſierint, & negotiationem, tabernámq; auxerint, non alio vtique quàm creditoris iure cenſeri poſſum *l. creditores 10. cum ſeqq. de verb. ſignific.* & ideo me in tributum cum cæteris vocari neceſſe eſt, atque ita perdere quod plus erit in mercium precio quàm illud erit, quod per tributoriam conſequi potero. Nec enim tributoria vnquam datur in ſolidũ, ſed facta totius mercis & eius, quod inde receptum eſt, æſtimatione primum: deinde inter creditores omnes diſtributione pro rata portione eius quod ſingulis debetur §. *ſed ſi duo & paſſ. ſupr.* niſi cùm vnus tantum eſt creditor quo caſu poteſt ille ſolidum conſequi, ſed præſtita cautione de refundendo eo quod amplius ſua parte perceperit, ſi alios contingat emergere creditores *§. vlt. infr.* alioqui ſoluere id eſſet non diſtribuere. Ex quo intelligimus eum qui rem ſuam immobilem vendidit & tradidit, ſi tam ſtultus fuit, vt temerè fidẽ habuerit de precio, quod ei ſolutum non ſit, in ea cauſa eſſe, vt non tantùm partem precij, ſed totũ ipſum precium facilè amiſſurus ſit, ſi ab alijs creditoribus hypothecarijs anteuertatur, nec proſpexerit ſibi ſpeciali conuentione pignoris in ea ipſa re conſtituti quam vendidit, Idque locus hic omniũ optimè probat: & quamuis iniquum hoc eſſe pleriſque videatur, nõ habet tamen venditor de quo alio quàm de ſe conqueratur, qui minus cautè negotiatus ſit, neque aduerſus periculum anteriorum creditorum melius ſibi proſpexerit: conſtat ſanè ſpecialem conuentionem pignoris in re vendita conſtituti tantũ hîc poſſe, quantũ poſſet ſpecialior conuentio de iure prælationis *d. l. licet* quia liberũ eſt vendenti quam velit legem & conditionem rei ſuæ dicere *l. venditor 13. ſupr. commun. præd.* etiam in præiudicium creditorum anteriorum, cum in traditionibus rerum quodcumque pactum appoſitum ſit, id valere oporteat *l. in traditionibus 48. de pact.* quia nec aliter venditurus fuerat, nec traditurus *l. vlt. Cod. de pact. int. empt. & vendit.*

19 ¶ Tributio autẽ fit pro rata eius, quod cuiq; debeatur, & ideo, ſi vnus creditor veniat deſiderãs tribui, integram portionẽ conſequitur. ſed quoniam fieri poteſt, vt alius quoq;, vel alij exſiſtere poſſint mercis peculiaris creditores: cauere debet creditor iſte, pro rata ſe refuſurum, ſi fortè alij emerſerint creditores.

Ad §. vlt. Tributio.

RAT. DVB. Qui priores contraxerunt, ij videntur iure potiores eſſe debere, vt ſolidum quod eis debetur conſequantur, eo ſcilicet iure quo & in pignoribus, qui prior eſt tempore, potior eſt iure *l. ſi fundũ 4. & paſſ. Cod. qui potior. in pignor. hab.* Aut ſaltem illi qui diligentiores fuerunt in agendo, & qui actionem occuparunt, vt euenit in actione de peculio, *l. ſi verò 10. l. ex facto 52. infr. de pecul.* Cũ iura vigilantibus ſcripta ſint non negligentibus *l. non enim 16. ſup. ex quib. cauſ. maior. l. quod autem. 6. §. ſciendum l. pupillus 24. infr. Quæ in fraud. credit.* Ergo qui priores ſunt tempore in debito contrahendo, aut qui priores egerunt, non ſunt onerandi cautione de reſtituendo eo, quod ipſi plus ſua parte perceperint, ſi fortè contingat alios poſteà creditores ſiue anteriores ſiue poſteriores emergere, quia imputare ſibi debebunt illi cur tardiùs venerint.

DEC. Inter pignoratitios quidẽ creditores priuilegiũ prælationis æſtimatur ex tẽpore, niſi in certis caſibus qui priuilegium prælationis meruerunt *l. 1. l. interdum 5. & ſeqq. infr. qui potior. in pignor. hab.* ne ius quod ſibi facto ſuo propriáq; cõuẽtione quæſiuerunt, iis alieno facto eripiatur cõtra *l. Granius 71. §. pen. infr. de fideiuſſ. l. vlt. ſupr. de pact.* Pignoris enim conuentio afficit rem obligatam, & eam ſequitur quocunque ierit *l. pignoris 18. l. debitorem 15. & paſſ. Cod. de pignor.* neq; hoc caſu locum habet, quod dici ſolet, poſſe debitorẽ quẽlibet adiiciendo ſibi poſteriores creditores anteriorũ cõdicionẽ deteriorẽ facere *l. 1. §. 1. infr. de ſeparat.* Id enim ad chirographarios tãtũ creditores pertinet, qui pignus nõ habẽt, nec aliam quàm perſonalẽ actionẽ. At inter chirographarios iſtos creditores priuilegia nõ ex tẽpore ęſtimantur, ſed ex cauſa, & ideò ſi eiuſdẽ tituli fuerint cõcurrũt licèt diuerſitas tẽporis in his fuerit *l. priuileg. 32. de reb.*

BIU Cujas

author. iudic. posid. aliàs l.18. quæ in fraud. credit. Nec proinde occupantis melior fit condicio, nisi in actione de peculio *l. prox. infr.* Cæteris igitur paribus necesse est, æqualem esse creditorum omnium condicionem, non meliorem eorum qui priores aut cõtraxerunt aut egerunt: ideóque imputari posset domino, qui diligentioribus solidum tribuisset, si non ab iis cautionem quam, suprà diximus, postulasset, quasi dolo carere, non videretur *l. dolo carere 41. infr. ad leg. Falcid. l. pen. in fin. supr. de hered. petit.* ac proinde cogendus esset de suo soluere, quod ex peculiari merce tribuere amplius non posset: quod tamen esset iniquum. Alia hodie ratio est heredis, qui legis & inuentarij beneficium implorauit. Placuit enim Iustiniano, vt si creditoribus diligentioribus soluerit, nulla quoque cautione exacta, sit tamen securus salua iis qui posteriore loco veniunt aduersus anteriores repetitione *l. vlt. §. si verò creditores C. de iur. delib.* Sed ea constitutio sicuti nouum ius facit, ita nec ad alios casus extendenda est, nec ad iuris veteris, quod in actione tributoria cæteríque similibus casibus obtinebat, correctionem. Cùm ergo vno tantùm ex peculiaris mercis creditoribus agente, possit fieri, vt alij creditores sint eiusdem mercis peculiaris, possit etiam fieri, vt non sint. Certè non est interim facienda mora creditori, qui prior venit, solidúmque ei tribui debet. Quomodo enim pro rata debiti posset ei tribui nullo alio creditore apparente, ex cuius comparatione possit rata illa portio constitui? Itaque hîc necessariò euenit, quod aliàs, cùm de virili portione tractamus, vt virilis portionis appellatione totum cõtineatur *l. virilis appellatione 145. de verb. signif. l. si duobus 16. §. vlt. de legat. 1.* quia nec virilis nec rata portio vlla est, quæ non fiat per concursum, vt proinde nemine concurrente solus solidum consequatur *l. coniunctim 80. de leg. 3.* Sed tamen qui prior venit, cauere debet aduersus periculum aliorum creditorum, qui possunt emergere. Sic fit, vt æquissimo temperamento, & huiusmodi cautionũ remedio omnibus benè cõsulatur, ne quis ex alterius facto damnum sentiat, nec ex alterius dãno lucrum, deniq; vt nemo lædatur, quod semper curandum est, quantum fieri potest *l. ex his 8. in fin. quæ in fraud. credit. l. seruus dotalis 58. in fin. solut. matrim.*

6. PAVLVS libro 30. ad Edictum.

NOn enim hæc actio, sicut de peculio, occupantis meliorem causam facit: sed æqualem condicionem quandoque agentium.

Ad l. Non enim 6.

RAT. DVB. In actione de peculio melior ideo est condicio occupantis *l. si verò 10. l. ex facto 52. infr. de pecul.* quia in iure & causa pari creditorum omnium æquissimum est, potiores esse illos qui diligentiores fuerunt, & sibi vigilarunt, vt proximè diximus ex *l. quod autem 6. §. sciendum l. pupillus 24. infr. quæ in fraud. credit.* Iura enim vigilantibus & diligentibus scripta sunt non dormientibus aut negligentibus *l. non enim 16. supr. ex quib. caus. maior.* Atqui eadem æquitas videtur habere locum in actione tributoria, nec dissimilitudinis ratio reddi posse. Cur non ergo & idem ius in vtraque actione constitutum est? *§. eâdem ratione vers. Institoria in fin. Instit. quod cum eo, qui in alien. potest. l. 3. §. vnde etiã infr. de iniust. rupt. vulg. l. illud 32. ad leg. Aquil. l. à Titio 108. in fine principij infr. de verb. obligat.*

DEC. Tributoria ob eam causam potissimùm comparata est, vt dominus quo sciente seruus in aliqua merce peculiari negotiatus est, cæteris creditoribus omnibus tanquam extraneus exæquetur, & vt ei priuilegium, quod habet in actione de peculio deductionis aufferatur. Atqui non alia ratione habet hoc priuilegium, quàm quia præueniisse alios & occupasse, ac prior egisse, sibique soluisse intelligitur *l. sed si damnum 9. §. peculium & §. præterea d. l. ex facto 52. infr. de pecul.* Ergo vt ei hoc priuilegium eriperetur, necessarium fuit ita ius cõstitui, vt in actione tributoria occupantis condicio melior non esset. Alioqui cõtradictionem implicasset, vt in ea actione melior causa esset occupantis, & melior tamen non esset condicio domini, quàm cæterorum, nisi fortè duriorem facere voluisset Prætor, vt occupationis priuilegium quod domino ademisset, cæteris tamen creditoribus saluum esse vellet: quod certè nimis durum fuisset, ne dicam inhumanum. An non enim satis esse debet creditoribus, quod priuilegium domino Prętor abstulerit? *l. prox. §. sed est quæsitum supr.* neque verò iniuriam pati dominus debet, licèt in tributum vocetur, vt subiicit Vlpianus in *l. seq.* In summa noluit Prætor in actione tributoria meliorem esse condicionem domini, quàm aliorum, sed vtique nec deteriorem, imò omnium æqualem, vt Paulus hîc scribit. Generaliter igitur in actione tributoria ita ius constitui necesse fuit, vt nullo casu melior condicio esset occupantis, quod in actione de peculio diuersum est.

7. VLPIANVS libro 29. ad Edictum.

ILlud quoque cauere debet, si quid aliud domini debitum emerserit, refusurum se ei pro rata. finge enim condicionale debitum imminere, vel in occulto esse. hoc quoque admittendum est. nam iniuriam dominus pati non debet, licet in tributum vocatur.

Ad l. Illud quoque 7.

RAT. DVB. Non eadem ratio est onerandi creditoris, qui prior debitum petit, vt cogatur cauere domino de ipsius debito aliquo, si quod emerserit, & vt caueat se refusurum pro rata si alij creditores emerserint. Nam alij creditores ignorantur & absentes sunt, nec imputari potest domino, cur eos non diuinauerit *l. si fideiussor 29. §. si cùm debitor infr. mandat. l. si putator 31. in fin. supr. ad leg. Aquil. l. 4. §. illa etiam quæstio ad fin. infr. de doli mal. except.* At dominus qui ipse tributionem & distributionem facit, ignorare non potest, quid & quantum sibi debeatur. Alieni siquidem facti ignorantia semper probabilis est *l. vlt. infr. pro suo*, sed proprij non item *l. quamquam 7. infr. ad SC. Velleian.* Ergo quamuis æquissimum sit, eum qui ex creditoribus prior & solus venit solidum consecuturus, cauere de refundendo eo quod plus acceperit, si quid aliis deberi posteà appareat, nulla tamen aut iuris aut æquitatis ratio facit, vt ęquè domino de eo quod ipsi debetur caueri oporteat, cũ possit ei imputari, cur nõ statim petat,

BIU Cujas

petat, siquid sit quod sibi deberi putet.

DEC. Non debet esse deterior condicio domini quàm aliorum creditorũ, nec ei debet iniuria fieri, quamuis in tributum vocetur, quia ideò vocatur, vt cæteris exæquetur creditoribus, non vt peiore loco sit, vt diximus ad leg. præced. Atqui aliorum creditorum nomine, qui nihil dum petunt, cauendum est domino *l. 5. §. vlt. supr.* ergo & ratione eius quod debetur domino, siquid fortè sit quod ille quandoque petere possit, hodie tamen nondum possit. Finge enim condicionale debitum aliquod imminere, id est, cuius condicio nondum quidem euenerit, sed tamen in eo sit, vt euenire breui possit. Finge etiam aliquod debitum latens & in occulto esse, quod postea possit emergere. Ideò namque prudentes nostri eleganter ita loquuntur, vt dicant æs alienum emergere, itémque creditores, id est, nunc primùm apparere: sumpta metaphora ab eo quod immersum & sub aqua latens postmodum emergit, & se exerit. His certè casibus nihil est, quod domino imputare possis: neque enim aut petere aut retinere quicquam potest debiti condicionalis nomine, cuius condicio nondum extiterit *l. cedere diem 213. de verbor. significat.* nec illius quoque nomine quod adhuc ignoretur, *l. cùm sex 55. infr. de ædilit. edict.* Ergo de domini quoque debito ex his causis ipsi cauendum est.

1 ¶ Quid tamen, si dominus tribuere nolit, nec hanc molestiam suscipere: sed peculio, vel mercibus cedere paratus sit? Pedius refert, audiendum eum. quæ sententia habet æquitatem. & plerumque arbitrum in hanc rem Prætor debebit dare, cuius interuentu tribuantur merces peculiares.

Ad §. 1. Quid tamen.

RAT. DVB. Non debet priuati cuiusquam voluntas anteponi iussui Prætoris *l. 1. §. inde quæritur inf. de oper. nou. nunciat.* Atqui Prætor vult tributionem fieri à domino, vt scribit Iustin. in *§. introduxit Instit. Quod cum eo qui in alien. potest.* Ergo non est audiendus dominus si Prætori parêre nolit, id est, molestiam tributionis suscipere, nec si paratus sit toto peculio vel totis mercibus cedere: sed cogendus est tribuere iis nimirum remediis quibus Prætori parêre in aliis partibus edicti quis cogitur, id est, captis pignoris & indictione atque commination mulctarum. DEC. Non iubet Prætor, sed tantùm permittit domino mercis distributionem *d. §. introduxit*, fauore scilicet ac quodammodo honore domini, cui eam facultatem concedi æquius est, quàm alij vlli ex creditoribus. Ergo ita demùm si velit. Cuilibet enim permissum est, iis renunciare quæ pro se introducta sunt *l. si iudex circumuento 41. infr. de minor. l. pen. C. de pact.* neque verendum est, vt domini voluntas in ea re iussui Prætoris anteposita videatur. Quid enim aliud agit Prætor, nisi vt & domino & creditoribus æquo iure satisfiat? Id verò si aliter quàm per distributionem à domino factam fieri potest, satisfactum est Prætori, vt in *d. §. inde quæritur*. Potest autem fieri duobus modis, qui in hoc §. proponuntur. Vnus est si dominus malit & peculio & mercibus in totum cedere, quàm suscipere molestiam distributionis. Plus enim præstat, hoc casu dominus quàm debeat, qui se facit ex creditore non creditorem *arg. l. eum qui 15. infr. de ann. legat. l. is cum quo 7. in fin. de aquâ & aquæ pluu. arcend.* Vnde est, quod qui non nisi alicuius rei nomine tenetur facere quid aut præstare, potest eam rem derelinquere *d. l. is cum quo l. Prætor ait 7. §. vltim. & l. hoc amplius 9. infr. de damn. infect. l. cùm fructuarius 64. supr. de vsufruct.* Alter modus est, si nolente domino tribuere Prætor in eam rem det arbitrum, cuius interuentu peculiares merces distribuantur. Atque ita plerunque fit, vt & domino mos geratur, & creditoribus meliùs consulatur, quibus persona domini non potest suspecta non esse magis quàm arbitri à Prætore dati, qui nullum ex distributione lucrum sperandum aut damnum timendum habeat: præter id quod suam quoque iurisdictionem Prætor meliùs hoc modo tuetur.

2 ¶ Si cuius dolo malo factum est, quo minùs ita tribueretur: in eum tributoria datur, vt quanto minùs tributum sit, quàm debuerit, præstet. quæ actio dolum malum coercet domini. Minùs autem tribuere videtur[a], etiamsi nihil tributum sit. Si tamen ignorans in merce seruũ habere[b] minus tribuit: nõ videtur dolo minùs tribuisse. sed re comperta, si non tribuat, dolo nunc nõ caret. Proinde si ex ea merce solui sibi facit[c] vtique dolo videtur minùs tribuisse.

Ad §. 2. Si cuius dolo malo.

RAT. DVB. Actio tributoria nascitur ex contractu, & rei persecutionem continet vt apparet ex iis quę hucusq; diximus, & ex *l. prox. inf.* ergo dãda omnimodo est creditoribus etiamsi dominus nihil dolo malo admiserit. An non enim semper æquissimum est iniquam distributionem ad æquiorem reuocari, ne cuiquam ex creditoribus fiat iniuria? *arg. l. maioribus 3. C. commun. vtriusq. iudic.*

DEC. Visum est aliquid permittendum esse domino in mercis suæ peculiaris distributione, nec quicquam ei posse imputari, tametsi minùs æquè distribuerit per imperitiam & errorem, si modò nihil dolo fecerit: Alioqui nullus erit tribuendi, & iterum tribuendi finis, si distributionem quamlibet liceat impugnare solo prætextu alicuius inæqualitatis, nullo etiam dolo interueniente. Meritò igitur placuit Tributoriam non aliter dandam esse contra dominum, quàm si is dolo malo quid fecisse in distributione probetur. Satisq; debet esse creditoribus quòd suum domino priuilegium deductionis eripitur: ob solam scientiã negotiationis quãuis nullius doli conscium. Dolus autem eius si quis in distributione interueniat per tributoriam actionem vindicatur *l. procuratoris 5. §. sed est quæsitum supr.* non enim credendum est de dolo, hîc agi calculo cuius error etiam nullo allegato dolo corrigi semper potest, nisi de eo transactum sit *leg. 1. Cod. de error. calcul.* sed de ipso etiam iure distributionis,

BIU Cujas

quam certè domino permitti non oporteret à Prætore citra voluntatem creditorum, ne is in causa sua iudex quodammodo constitui videretur contra *tit. C. ne quis in caus. sua iudic. vel ius dic.* Excepto casu *l. 1. infrà. quar. rer. act. non detur.* nisi æquum putasset Prætor hoc ipsi priuilegium cõcedi velut in solatium amissi alterius priuilegij deductionis: sed ea tamen lege ne quid in ea distributione faciat dolo malo. Iunge *d. l. prox. infr. & §. introduxit Instit. quod cum eo qui in alien. potest.*

a *Minus autem tribuere videtur.* RAT. DVB. Comparatiuum necessariò includit in se positiuum ex cuius comparatione constituatur. Ergo aliquid vt tribuat oportet is, qui minùs tribuisse dicitur.

DEC. Etiam comparatiuum aliquando habet sensum & significationem positiui, idque cum quadam etiam elegantia, quæ prudentibus quoque nostris non displicuit: minùs enim solutum esse dicũt etiam cum nihil solutum est *l. minùs 32. de verb. signific.* Quídni ergo eadẽ locutione minus tribuisse dicetur, dominus etiam qui nihil tribuit? Non enim actionem tributoriam proposuit Prætor in eum qui nihil tribuit, sed in eum qui minus. Vnde fieret, vt in dominum qui dolo malo nihil creditoribus tribuisset, dari hæc actio non deberet, quasi cessantibus verbis edicti si nõ hic quoq; minus tribuisse dicẽdus esset. Quamquã nõ adeo simpliciter dedit Prætor actionẽ in eũ, qui minus tribuit: sed qui minus tribuerit, quã debuerit, vt cõstat ex hoc §. aut *quàm oportuerit*, vt loquitur Iustin. in §. *introduxit. Instit. Quod cum eo qui in alien. potest.* Certè autem minus tribuit, quàm debuerit, & quàm oportuerit, ille qui nihil omnino tribuit, cùm aliquid vel saltẽ minimum tribuere deberet: ponitur enim hac locutione modus comparatiuus, non ad comparationem positiui, sed ad superlatiui, & eius quantitatis, quæ maior aut aliqua præstari debuit.

b *Si tamen ignorans in merce seruum habere.*

RAT. DVB. Initium cuiusque rei inspiciendum est *l. 3. §. scio in fin. supr. de minor. l. si tantum 12. infr. de senatusc. Maced.* Atqui non potest videri dominus ab initio quicquam fecisse dolo, etiamsi nihil distribuerit ex ea merce quam penes seruum suum esse ignorabat. Omnis enim dolus cùm in conscientia sit, scientiam necessariò requirit. Ergo etiamsi posteà re comperta nolit eam mercem tribuere, actio tamen tributoria contra ipsum eo nomine danda non est, quæ dolum omnimodo requirit. DEC. Parum est dolum ab initio non interuenisse, si quandocunque posteà interueniat: semper enim puniendus est, tùm quoque cùm non alij quàm doloso ipsi nocet *l. procurator 11. §. 1. infr. de doli mal. except.* multo magis si ei profuturus sit & aliis nociturus, quemadmodum in specie proposita cõtingeret, vt & in *l. si quis inficiatus 13. infr. depos.* Ergo quamuis domino non possit imputari quod ab initio iniquam distributionem fecerit, & eo tempore quo mercem aliquam ignorabat ex iis quę penes seruum erant, si tamen re comperta nolit eam mercem tribuere, nunc incipit dolo facere, atque ita tributoria actione se obstringere, vt & in *l. 2. §. circa infr. de doli mal. except.* ex hoc autem intelligimus non esse comparatam actionem tributoriam ad hoc, vt dominus cogatur distribuere, cùm si id facere nolit, nõ sit cogẽdus vt diximus in §. præced. sed ad corrigendã duntaxat iniquam distributionẽ quam dominus ipse dolo malo fecerit *d. §. introduxit*, vbi quod dicitur actionem hanc sumpsisse nomen à distributione, intellige à distributione facta, non à facienda: non enim competere incipit actio nisi à quo tempore iniqua distributio dolo malo facta est, vt verò primum fiat à domino si velit ac nisi malit arbitrum petere à Prætore aut toto peculio totísve mercibus cedere, denuntiationis serio ac testato factæ remedium sufficere potest. Obligatio enim aliqua necesse est, vt præcedat actionem *l. licèt 42. §. ea obligatio supr. de procurat.* Obligatio autem quæ parit tributoriam, est quidem scientia domini coniuncta cum patientia, si causam remotam respicis: sed si proximam, non alia est quàm iniquitas distributionis dolo malo factæ à domino. Itaque quod initio huius §. Vlpianus scribit *si cuius dolo malo*, caue ne de alterius quàm domini dolo intelligas. Nam etiamsi arbiter à Prætore datus vt in §. præcedente iniquam mercium distributionem fecisset, & quidem si voles etiam dolo malo, non ideo danda erat tributoria, sed vel per appellationẽ ab eo arbitro vel aliter corrigenda erit à Prætore iniquitas distributionis *l. arbitro 9. supr. qui satisd. cogant. l. vlt. supr. famil. ercisc.*

c *Proinde si ex ea merce solui sibi fecit.* RAT. DVB. Non facit dolo qui suum recipit *l. si donaturus 9. §. 1. supr. de condict. caus. dat.* nec si ab alio recipiat, quàm qui debet *l. repetitio 44. supr. de condict. indeb.* Atqui dominus qui quod sibi à seruo peculiaris mercis negotiatore debetur, solui sibi fecit ex ea merce, ex qua nihil alijs creditorib. distribuit, suum accepit & quidem à vero debitore. Nihil igitur dolo malo fecisse dici potest. DEC. Non potuit facere vt ex ea merce sibi à seruo solueretur, quin sciret eo saltem solutionis tẽpore seruũ eam mercẽ habuisse. Ergo cùm sciuerit, nec tamen distribuerit, neq; ab initio, neq; ex postfacto, nõ nisi dolo malo eius iniqua distributio facta esse videri potest, nec tã suum recepisse dicẽdus est, quàm alienũ pro ea parte quã habet supra ratam portionem debiti sui, cùm nemo possit suum absolutè dicere, quod cum alio vel cõmunicare vel diuidere cogendus sit.

3 ¶ Sed etsi mercem perire passus est, aut eam auertit, aut vilioris data opera distraxit, vel si ab emptoribus pretium non exegerit: dicendum erit teneri eum tributoria, si dolus interuenit.

Ad §. 3. Sed etsi mercem.

RAT. DVB. Edictum Prætoris non proponit actionem tributoriam, nisi contra dominum qui dolo malo fecit iniquam mercis distributionem, vt proximè diximus. Atqui non potest videri iniquè distributum, quod dominus ex merce distribuenda perire passus est, aut auertit, aut data opera vilioris distraxit, quemadmodum si ab emptoribus precium non exegerit, quia nihil horum distributum est, nec distribui potuit, iniqua autem distributio esse non potest, vbi nulla est cùm non entis nullæ sint qualitates, ergo nec his casibus tributoria teneri dominus potest.

DEC. Quod dolo malo domini factum est, ne in distributionem venire potuerit, hoc ipso facit iniquam aliarum rerũ distributionẽ, & perinde haberi debet, ac si totũ id sibi dominus retinuisset quod cũ cæteris

BIU Cujas

cæteris creditoribus omnibus pro rata portione diuidere debuisset, sicuti imputamus in peculium domini omne id quod eius dolo malo factum est, quominus in peculio esset *leg. summa cum ratione 21.infr.de pecul.* Verum igitur est his omnibus casibus dominum tributoria teneri. Nec possum probare quod hîc additur *si dolus interuenit*, nisi cum interpretibus accipias *si* pro *quia*. Quibus enim verbis potuit Vlpianus exprimere apertiùs eum se casum tractare in quo domini dolus interuenerit, quàm cùm posuit dominũ eas merces quæ in distributionem venire debuerant, minoris & vilioris distraxisse *data opera*. Quid enim hoc aliud est quàm dolo malo & fraudandi consilio? Sed & pati rem perire, mercem auertere, precium mercis venditæ ab emptoribus non exigere. Quid aliud est, obsecro, quàm hæc omnia distributioni subtrahere, vt tantò iniquior fiat? Est enim totus hic §. ampliatiuus eius quod in præcedente dictum fuerat de dolo contra dominum, non tantùm præsumendo, sed etiam probando ex iis quæ fecit ante vel post distributionem. Itaque siquid mei iudicij est verba illa *si dolus interuenit* delenda esse censeo, tanquam quæ in dubio relinquant vtrùm in suprascriptis exemplis dolus domini interuenerit, quem Vlpianus non dubitat interuenisse.

4 ¶ Sed etsi negauerit dominus cuiquam deberi: videndum erit, an tributoriæ locus sit. & est verior Labeonis sententia, tributoriam locum habere. alioquin expediret domino negare.

Ad §. 4. Sed etsi negauerit.

Rat. dvb. Dominus qui deberi cuiquam negat, vt sibi totum retineat, nullam distributionem facit, nec æquam nec iniquam. Ergo nihil facit contra edictum Prætoris, vt teneri debeat Tributoria, quã Prætor non proposuit, nisi vt dolosæ distributionis iniquitas corrigeretur. Dec. Qui negat cuiquam deberi cùm tamen deberi sciat (semper enim scientia supponenda est, ad probandum aut præsumendum dolum) proculdubio facit dolo malo: est enim non modò falsa, sed etiam calumniosa negatio. Calumnia autem nunquam est sine dolo malo *l.1.supr. de calumniat. & C.eod.tit.* cùm sit plus quàm dolus *l.si calumnitur 133.de verb.signific.* Cúmq; ea negatio non alia mente fiat, quàm vt dominus totum sibi tribuat, quod inter omnes distribui oporteret, an non iniqua si non distributio saltem tributio est? Alioqui dominum inuitabimus ad negandum etiam id, quod ita esse sciat. Quando autem habebit locum tributoria si ad eam excludendam sufficit domino negare cuiquam deberi? Siquidem certum est, per eam negationem fieri, vt distributio impediatur, quæ non potest fieri, nisi inter veros certósque creditores: negatio autẽ quantũlibet calumniosa facit rem dubiam donec probatum sit ita esse, quod negatum est *l.vlt.C.quib.ad libert.proclam.non licet.* An non verò maior fit iniuria creditoribus, quos dominus negat esse creditores, ne cum iis voceturin tributum, quàm si creditores esse fateretur, & tamen iniqua distributione eos læderet? Perinde igitur vtroque casu locus tributoriæ esse debet, vt dolus domini puniatur, & ad hoc prodesse videtur quod in hoc edicto Prætor non distributionis nomine vsus sit, sed tributionis: nec sanè iniquior distributio vlla esse potest, quàm quæ nulla est, vbi aliqua esse deberet. Essetque multo æquius actionem hanc in earum numero ponere, quæ per inficiationem crescere dicuntur, quàm pati vt dolosa illa domini negatio tributoriam excluderet. Atque ita fortasse & Labeo sensisset, & ex Labeonis authoritate Prætor aliquis constituisset, nisi visum fuisset, parcendum aliquatenus esse domino, qui ex serui sui contractibus conueniretur, nec tam amarè cum eo agendum esse, vt in alia specie Paulus loquitur in *l.si id quod 28.§.1.de donat.int.vir.& vxor.* & verò quæ per inficiationem crescunt actiones, eæ domino dari solent non contra dominum: sed tamen nec domini dolum in creditorum necem & perniciem impunitum manere oportet. Ergo tributoria saltem actione data puniendus est.

5 ¶ Hæc actio & perpetuò, & in hæredem datur de eo dumtaxat, quod ad eum peruenit.

Ad §. vlt. Hæc actio.

Rat. dvb. Circa honorarias actiones cùm quæritur, an sint perpetuę, id est, quæ etiam post annum dari debeant, & an in heredem dandæ sint in solidum, an de eo tantùm quod ad eum peruenit, duæ extant regulæ iuris honorarij à Paulo propositæ ex Cassio in *l.in honorariis 35.infr.de oblig.& act.* Prima est, actiones illas quæ rei persecutionem continent, id est, quibus persequimur id quod ex patrimonio nobis abest dari etiam post annum, excepta Publiciana, quæ rescissa vsucapione redditur, quia contra ius ciuile datur, itémque in solidum contra heredem. Altera est, eas quæ non continent rei persecutionem neque post annum dari neque in solidum aduersus heredem, sed tantùm de eo quod ad ipsum peruenit sicuti fit, inquit Paulus in actione de dolo malo & in interdicto vnde vi. Atqui vtraque hæc regula offenditur in actione tributoria si verum est, quod Vlpianus scribit in hoc §. actionem hanc & perpetuam esse, & in heredem dari, sed tamen de eo duntaxat, quod ad eum peruenit. Nam si rei persecutoria sit, cur non sicuti perpetua est, ita & in solidum datur contra heredem? Si verò in heredem nõ datur in solidũ, sed de eo tãtũ quod ad ipsum peruenit, quia rei persecutoria non est: cur ergo perpetua est, & post annũ quoq; datur? Extat etiã alia iuris & ciuilis & honorarij regula in *l.si hominẽ 7.§.1.infr.depositi.* quãuis aliàs ex dolo defuncti nõ soleat hæres teneri in solidum, sed de eo tãtùm, quod ad eũ peruenit, si tamen is dolus ex contractu reiq; persecutione descendat, heredẽ quoq; in solidum teneri, vt euenit in actione depositi quæ licèt dolũ exigat nõ minùs quã tributoria, heredẽ tamen depositarij in solidum obligat, quia dolus ille qui per actionem depositi vindicatur ex contractu reique persecutione descendit, atqui hæc quoque regula violatur in actione tributoria, si prætextu doli quem in ea interuenire necesse est, non detur in heredem domini in solidum illud, ad quod defunctus tenebatur, sed in id tantùm quod ad heredem ipsum peruenerit.

Dec. Repetẽda hîc necessariò est distinctio illa actionum, quam attulimus ad *l.in condictione 9.supr. de cõdict.furt.* actionũ omniũ & ciuiliũ & prætoriarũ quasdam esse merè, ac sui natura rei persecutorias

BIU Cujas

ex vtraq; parte tã actoris qàm rei, aliàs è contrario prorsus pœnales nõ minùs ex parte actoris, quã ex parte rei: aliàs rei quidem persecutorias ex parte actoris siue sui natura, siue arbitrio iudicis, sed ex parte rei pœnales: quia ad puniendum eius factum aliquod conceptæ sunt, & pœnæ nomine: ideóque mixtæ quodam modo dici possunt, non quia mixtæ sint, ex rei persecutione & pœna, sed quia rei persecutio quam continent ex parte actoris præstatur à reo pœnæ nomine. Alias denique quas magis propriè ac verè mixtas possimus dicere, quæ & rei persecutoriæ sunt & pœnales ex parte quoque actoris, quòd per eas actor, & id quod sibi ex patrimonio abest & pœnam simul persequatur, quamuis ex parte rei magis sint pœnales, quàm rei persecutoriæ: quæ sunt primi generis, cùm sint omnino & ex vtraq; parte ne sui natura rei persecutoriæ: eæ non tantùm perpetuò dantur, & post annum, etiamsi sint honorariæ (ciuiles enim omnes indistinctè perpetuæ sunt quamuis prorsus pœnales *l. furtim 7. §. pen. iunct. l. 1. infr. arbor. furt. cæsar. tit. de perpet. & tempor. act.*) sed etiam in solidum aduersus heredem, non modò si sint ex contractu aut ex aliqua conuentione quam Prætor tueatur, vt actio de constituta pecunia & hypothecaria, aut ad exemplum ciuilis actionis comparatæ, vt Publiciana, sed etiamsi ex delicto, vt condictio furtiua & alię quarũ exẽpla attulimus ad *d. l. 9. de cõdict. furt.* nõ tam enim vnde actio sit, hac parte inspiciendum est, quàm ad quid detur. Quæ verò sunt secundi generis, eæ si sint ciuiles, perpetuo quidem dantur, vt actio furti nec manifesti quæ tota est pœnalis ad duplum: non etiam honorariæ, vt actio iniuriarum quæ speciali iure nec heredi datur, excepta actione furti manifesti in quadruplum quam anno finiri absurdum visum est §. 1. *dict. tit. de perpet. & tempor. act.* Sed tamen nunquam dantur in heredem, quia cum crimine pœna finitur morte delinquentis, si excipias crimina læsæ maiestatis peculatus & repetundarum *l. ex iudiciorum 20. de accusat.* Sunt enim hę actiones semper ex delicto cùm ex contractu merè pœnalis actio nulla esse possit, quod absurdissimè à quibusdam tentatum est: dantur tamen etiam in heredem, de eo, quod ad ipsum peruenit, vt turpe lucrum & quod scelere quęsitum est, ei extorqueatur, vt cernere est in actione in factum, quę datur ex edicto de calumniatoribus in quadruplum, ita vt simplum in eo nõ contineatur *l. in heredem 5. iunct. l. 3. §. vlt. l. si quis ab alio 7. in princip. & §. 1. supr. de calumniat.* Nec aliud esset in ipsa quoque furti actione, si non in eam rem singulari iure comparata esset condictio furtiua quę in solidum competit aduersus heredem, ac proinde suprà etiam quàm ad eum peruenerit *d. l. 9. de condict. furt.* sicuti ex eo constat, quod nec actio vi bonorum raptorum, quæ & prætoria & verè mixta est, datur tamen in heredem de eo quod ad ipsum peruenit, contrà quàm in omnibus mixtis actionibus & ciuilibus & prætoriis receptum sit, hac ipsa ratione, quia putauit Prætor sufficere condictionem *l. 2. §. vlt. infr. vi bonor. rapt.* At quæ sunt tertij generis actiones, id est, quæ rei persecutionem solam ex parte actoris continent, siue sui natura siue arbitrio iudicis, non etiam pœnam vllam, & tamen pœnales sunt ex parte rei quòd ipsam rem quam actor persequitur præstare cogatur reus pœnæ nomine actione in factum & dolum eius concepta: eæ verò perpetuæ quidem sunt, vt etiam post annum dentur, sed tamen non dantur in heredem in solidum, sed eatenus tãtùm quatenus ad eum peruenit. Huius generis actiones ciuiles nullæ sunt, sed honorariæ permultæ, de quibus ferè omnibus scripsimus in postrema parte Chiliadis nostræ de *error. pragmat.* Et quidem si de iis quærimus, quæ arbitrio tantùm iudicis rei persecutionẽ continẽt, peti exẽpla possunt ex actione illa in factũ, quæ datur ex edicto Prætoris de *alien. iudic. mut. caus. fact. l. 4. §. vlt. cum trib. leg. seq. supr. ill. tit.* Et ex actione rerũ amotarũ quæ in eo maximè differt à condictione furtiua ex parte actoris *l. si cũ dos 8. §. 1. & l. seq. infr. rer. amot.* Sed in eo magis ex parte rei quod cõcepta est pœnæ nomine, & ad puniendum factum eius personæ quæ res amouit, ex quo fit potissimũ, vt nõ deturin solidum cõtra heredem quomodo furtiua condictio, sed de eo tãtùm quod ad heredem peruenit *l. vlt. C. eod.* Si verò de aliis quæ sui natura sunt merè rei persecutoriæ ex parte actoris, & tamen pœnales sunt ex parte rei, quas permultas esse diximus, & de quibus in *l. huius actionis 9. §. 1. infr. quod fals. tutor. author. l. in venditionem 8. §. vlt. cum legib. seqq. de reb. author. iudic. poss. id.* Sunt illę quidẽ duorũ generum, aliæ enim ex delicto nascũtur, vt eæ de quibus in proximè dictis legibus, aliæ verò ex contractu vt tributoria. Sed tamen in eo similes sunt & eiusdẽ iuris quod cùm sint pœnales ex parte rei, nunquam in eius heredẽ dãtur in solidũ, sed de eo tantùm quod peruenit, vt de Tributoria scriptum est apertissimè in hoc loco. Itẽ in eo quod sunt perpetuę, & post annum quoq; danturin quo maximè differunt ab illis, quæ nõ nisi arbitrio iudicis rei persecutionẽ continent *dict. l. vel post annũ 6. & seq. supr. de alien. iudic. mut. caus. fact.* quamuis diuersum sit in actione rerũ amotarũ *l. si mulier 21. §. pen. infr. rer. amot.* quia in locũ cõdictionis furtiuę, nõ minùs quã actionis furti à Prætore introducta est, singulari quodã iure *l. 1. eod.* ita tamẽ vt neq; cõdictioni furtiuæ neq; actioni furti per omnia similis sit, nõ actioni furti, quia pœnalis illa est ex parte quoque actoris, hæc verò ex ea parte rei persecutionem cõtinet. Nõ cõdictioni furtiuæ quoniã illa nullo modo pœnalis est, ne quidẽ ex parte rei sicut nec famosa; rerũ verò amotarũ actio pœnalis est ex parte rei, nõ quia mixta sit ex rei persecutione & pœna, sed quia pœnæ nomine cõcepta est ad puniẽdũ factũ dolũq; amouẽtis. Quæ verò actiones mixtæ sunt ex rei persecutione & pœna, quas diximus magis propriè mixtas appellari, & quæ tam ciuiles quã honorariæ quàm plures sunt §. *ex maleficiis & seq. Instit. de action.* Omnes eæ scilicet, quæ certã pœnã habent siue dupli siue tripli siue quadrupli, sed in qua simplũ cõtinetur, eas constat, si quidẽ ciuiles sint, vt actio legis Aquilię perpetuas esse, sed tamen nõ dari in heredẽ, nisi de eo quod peruenit *l. inde Neratius 23. §. hanc actionem supr. ad leg. Aquil.* Si verò honorariæ sint, nec dari eas post annum, nec aduersus heredem in plus quã peruenerit *d. l. 2. §. vlt. vi bonor. rapt. l. 1. in princip. l. de eo 18. infr. depos.* Mixtis itaq; omnibus actionibus vtro modo ex iis, quos diximus, mixtę dicantur, cõmune illud est, vt si nihil ad heredẽ peruenerit (aliquando enim accidit, vt nec peruenerit, nec peruenire potuerit, vt in actionibus serui corrupti & si mensor falsum modum dixerit) deneganda omnino sit in heredẽ actio, quia pœnalis est *l. hac actio 13. supr. de seru. corrupt. l. 3. §. hãc actionẽ supr. si mens. fals. mod. dixer.* quæ tamẽ dãda esset proculdubio, si quid fortè ad heredẽ ex delicto dolóve defuncti peruenisset, quoniã eatenus nõ pœnalis, sed rei persecutoria dici deberet: nec certius aut verius his omnibus iudi-

cio

cio meo dici quicquam potest. Iam ergo ad Tributoriam nostram veniamus. Est illa, vt iam attigimus, ex actionibus tertiæ classis: est enim rei persecutoria ex parte actoris, & quidem sui natura non arbitrio iudicis (non est siquidē arbitraria) & tamen est pœnalis ex parte rei, non quia pœnam vllam cum re ipsa persequatur: esset enim eo casu mixta etiam ex parte actoris, quod falsum est, sed quia licèt sit ex contractu, vt exercitoria institoria, & de peculio, in eo tamen differt ab iis omnibus, quòd sicuti non datur nisi interueniente dolo, qui in aliis actionibus supradictis nullus exigitur, adeò vt non priùs competere incipiat, quā dolus admissus sit *l. prox. & l. vlt. infr. hoc tit.* ita nec comparata est, nisi ad puniendum dolum illum quem dominus in iniqua mercis distributione admiserit. Concepta igitur est pœnæ nomine, & consequenter pœnalis est, quamuis & ex contractu sit, & ex parte actoris merè rei persecutoria, vt *d. l. huius 9. §. 1. quod fals. tut. author. d. l. in venditionem 8. §. vlt. & l. seq. de reb. author. iudic. possid.* Sumunt enim actiones omnes, & sumere debent denominationem qualitatum suarum à reo potius quàm ab actore; quia reus est, qui condemnatur, nec datur actori actio, nisi vt effectum illum habeat extorquendæ contra reum condemnationis. Proinde mirum non est perpetuam eam esse, cùm rei persecutionem sui natura, non arbitrio iudicis contineat. Idem enim contingit in cęteris omnibus actionibus etiam honorariis, quæ persecutionem rei continent sui natura, licèt pœnales omnino sint, dummodò ex parte rei duntaxat *d. l. hæc actio 13. supr. de seru. corrupt. d. l. 3. §. hanc actionem & l. 4. supr. si mens. fals. mod. dixer. l. 1. §. pen. infr. de tutel. & ration. distr. l. 1. §. hæc actio si ventr. nom. mulier. in poss. missa ead. poss. dol. mal. ad alium transl. ess. dicat.* Si persecutionem rei contineret arbitrio tantùm iudicis, non daretur post annum *d. l. vel post annum 6. & seq. de alien. iudic. mut. caus. fact.* quoniam quæ arbitrio tantùm iudicis persecutionem continent, eæ non sunt rei persecutoriæ antequàm arbitrio locus esse possit, cui porrò non potest esse locus priusquàm iudex datus sit: ergo non nisi post impetratam actionem, quæ proinde interim cùm sit ex delicto necdum rei persecutoria, non nisi annalis esse potest, vt non insubtiliter à nobis disputatum est *libr. 4. Coniectur. cap. 1.* quamuis eo tempore non satis bene omnia, quæ ad hunc tractatum pertinent, assecutiessemus, & quæ postea meliùs explicauimus in postrema parte Chiliadis *de error. pragm.* Eò quoque fortassis referenda est ratio eius, quod scriptum est in *l. 1. §. vlt. ne vis fiat ei qui in poss. miss. est.* actionem quæ ex edicto illo competit, quamuis sit rei persecutoria ex parte actoris *d. l. 1. §. hæc verba*, tamen excepta missione in possessionem legatorum nomine, non esse perpetuam, nec magis post annum quàm in heredem dari *cùm sit pœnalis.* Non enim esset bona ratio, si sui natura rei persecutionem contineret. Sed contineri illam videtur arbitrio tantùm iudicis, vt & illa de qua in *d. l. 4. §. vlt. de alien. iudic. mut. caus. fact.* quia nec vlla ratio est condemnandi eius qui creditori misso in possessionem vim fecerat, si paratus sit arbitratu iudicis, liberam pacatamque possessionem ei restituere, vt cui & eius quod reuera interest actoris, condemnationem & æstimationem cùm ita futuram sit, vt nihil intersit actoris *d. §. hæc verba.* Quid enim aliud agit Prætor, nisi, vt metu illius actionis possessionem habeat is, qui in possessionem missus fuit? *d. l. 1. §. 1.* In quo differt actio illa ab ea de qua in *d. l. si ventr. nom. muliere in poss. miss.* quæ licèt sit pœnalis quoque ex parte rei, quia comparata est coercendæ mulieris gratia & ad dolum eius puniendum *d. l. 1. §. 1.* non tamen est arbitraria, cùm Prætor cogat eum, qui dolo malo venit in possessionem, de ea decedere *§. necessariò ead. leg.* vt proinde arbitrium iudicis de ea re nullum esse possit. Tributoria autem huiusmodi est, quia nec arbitraria dici potest, cùm non aliud fieri à domino possit, ne condemnatio sequatur, quàm si faciat illud ipsum quod in condemnationem deducendum est, contrà quàm in arbitrariis seruetur *§. præterea Instit. de act.* Et tamen pœnalis est, & rei persecutionem continet. Ergo sui natura, & consequenter perpetua esse debet, nec anno cōcludi: cùm verò sit etiam pœnalis, iam intelligimus, cur non detur in solidum aduersus heredem, sed tantùm de eo quod ad ipsum peruenerit: nimirum quia nec alia pœnalis vlla siue mera, siue mixta, siue ciuilis, siue honoraria datur vnquam in heredem, nisi de eo quod peruenit, quamuis sint rei persecutoriæ ex parte actoris, nec bona consecutio est, actio hæc non datur in heredem in solidum, ergo non est perpetua: sicuti nec illa actio hæc perpetua est, ergo datur in heredem defuncti etiam in solidum: Illa sanè bona est, non est actio perpetua, ergo non datur in solidum contra heredem, quia multò faciliùs est, vt sit perpetua, quàm vt in solidum contra heredem detur. Vt sit perpetua sufficit esse rei persecutoriam ex parte actoris, nec nocet, quòd sit pœnalis ex parte rei, adeoque nec quòd actio sit ex delicto, nisi cùm arbitrio tantùm iudicis, non etiam sui natura rei persecutionem continet, vt diximus. At vt detur in solidum contra heredem, requiritur omnino vt non sit pœnalis ex parte rei saltem: hoc enim sufficit, licèt ex parte actoris rei persecutoria sit non pœnalis. Itaque quod scriptum est in *d. l. in honorariis de obligat. & act.* Actiones rei persecutorias & post annum dari, & in heredem de iis accipi debet omnino, quæ rei persecutoriæ sunt ex vtraque parte non minùs rei quàm actoris, non de iis quæ ex actoris tantùm parte rei persecutionem continent, siue sui natura, siue arbitrio iudicis: nec proinde de iis quæ aut ex delicto nascuntur, aut ex contractu quidem, sed tamen ex causa doli, & ad eum vindicandum, siquidem hæ omnes conceptæ sunt in dolum & pœnæ nomine, ac proinde sunt pœnales, semper ex parte rei, vt constat ex exemplis actionum, quas Paulus in *d. l. in honorariis* opponit actionibus rei persecutoriis, scilicet doli mali & eius quæ competit ex interdicto vnde vi. Nam & actio de dolo rei persecutionem continet arbitrio iudicis *l. arbitrio 18. supr. de dolo.* & actio in factum ex interdicto vnde vi æquè rei persecutionem continet *l. 3. §. hæc actio infr. vnde vi*, vbi ex eo infert Vlpianus perpetuò eam competere, nec anno finiri. Et tamen certum est, non dari eas in heredem nisi de eo quod peruenit *l. in heredem 26. supr. de dolo l. 1. §. vlt. vnde vi & de vi armat.* Nempe quia sunt pœnales ex parte rei, & dantur ad dolum vindicandum sine quo nec vis esse potest *l. 2. §. doli mali vi bonor. rapt.* Adieci suprà *& ad dolum vindicandum*, quia non omnes actiones quibus locum facit dolus, & quæ non aliter dantur quàm si dolus interceserit, sunt etiam pœnales ex parte rei, nec quod doli mentio in iis fiat, efficit, vt possint dici conceptæ pœnæ nomine, si modò non dentur ad dolum vindicandum, sed tantummodo iure condicionis cuiusdam *sine qua non*, vt loquuntur philosophi. Et de iis demùm intelligendus est Vlpianus in *d. l. si hominem 7. §. 1. depos.* vbi tractat de actione depositi, quæ licè

BIU Cujas

non aliter locum habeat, quàm si depositarius aliquid in re deposita dolo malo fecisse probetur, non tamen contra depositarium ad dolum eius puniendum, sed ad rem depositam ex contractu reposcendam. Itaque dolus ille ex contractu reiúque persecutione descendit, non rei persecutio est ex dolo, quia actio depositi ex natura contractus competit ad rem persequendam, priùs etiam quàm dolus vllus sit admissus, licèt non priùs ex ea conueniri depositarius possit, quàm dolum admiserit: quo casu etiam condictione furtiua se obligat. Sed cum hac differentia inter actionem depositi & condictionem quod depositarius accipiendo depositum statim se obligat actione depositi, quæ re contrahitur, sed non condictione furtiua nisi denegata demùm dolo malo rei depositæ restitutione *l. si quis inficiatus* 13. §. 1. *infr. depos.* Vnde est quod si depositarius petenti domino rem depositam statim restituat, sicuti se liberat ab ea depositi actione, quam depositum accipiendo contraxerat, ita & ab actione depositi: quamuis ea conueniri nunquam potuerit, quia potuisset, si depositi restitutionē dolo malo recusasset. Ex quibus intelligimus, quàm verum sit, & iuri consentaneum, quod scribitur in hoc §. hanc actionem tributoriam & perpetuò dari contra dominum & post annum quoque, sed non dari in solidum contra heredem domini, at de eo duntaxat quod ad ipsum peruenit, vt si ex iniqua domini distributione minùs ad heredem peruenerit, quàm ad defunctum peruenerat, heres non de eo quod ad defunctum, sed quod ad se peruenerit, teneatur. Verùm ex *l. seq.* & iis quæ ibi dicenda sunt, hoc apertiùs intelligetur.

8. IVLIANVS libro 11. Digestorum.

QVia non de dolo est, sed rei persecutionem continet, quare etiam mortuo seruo [a] dominus, item hæres eius, perpetuò teneri debebit propter factum defuncti, quamuis non aliter, quàm dolo interueniente competat.

Ad l. Quia non de dolo est 8.

In hac lege ratio redditur eius, quod scriptum est in priore sententia §. *vlt. legis præcedentis*, actionem tributoriam perpetuò dari, hoc est etiam post annum, non item eius quod in posteriore, dari eam in heredem de eo duntaxat, quod peruenit, non autem in solidum: nam vt ex iis apparet, quæ proximè scripsimus, ratio quæ faciebat, vt hæc actio non in solidum dari debeat contra heredem, sed quatenus duntaxat ad eum peruenit, nempe quòd ex dolo & delicto descendere videretur, aut saltem daretur ad dolum vindicandum, ea suadere videbatur, vt nec esset perpetua, sed anno finiretur, & è cōtrario quæ ratio faciebat eam perpetuam, nempe quod esset rei persecutoria, postulare videbatur, vt in heredem quoque in solidum dari deberet: sed non putauit Iulianus magna confirmatione indigere posteriorem illam sententiam, cùm nihil apertius sit, quàm quod suprà diximus, Tributoriam non solùm exigere dolum, nec aliter quàm interueniente dolo competere, quod & de actione depositi æquè dici posset *l. si hominem* 7. §. 1. *infr. depos.* sed etiam dari ad dolum ipsum vindicandum, ideoque tanquam conceptam pœnæ nomine pœnalem esse ex parte rei: Quomodo autem pœnalis esse posset, & dari in solidum contra heredem? Illud Iuliano difficilius visum est, & aliqua ratione comprobandum, quod placet hanc actionem esse perpetuam. Nam cùm non aliter competat quàm si dolus interuenerit, & concepta sit pœnæ nomine ad puniendum factum domini, dolumque eius vindicandum, qui in iniqua distributione interuenit, an non videtur esse de dolo actio? Atqui de dolo actio perpetua non est, sed annalis, siue quòd non contineat rei persecutionem, nisi arbitrio iudicis *l. arbitrio* 18. *supr. de dolo*, cui porrò arbitrio non potest esse locus ante impetratam actionem, siue quòd ex parte rei sit pœnalis: est enim bona hæc quoque ratio, cùm ex parte actoris actio sui natura non continet meram rei persecutionem: sed rectè Iulianus negat Tributoriam esse actionem de dolo, aut actioni de dolo similem, cùm sui natura rei persecutionem contineat non arbitrio iudicis, & quamuis dolum exigat tanquam conditionem sine qua non, vt actio depositi, & hoc amplius quàm sit in actione depositi detur ad dolum vindicandum attamen non ex dolo aut ex delicto descendit, si primam actionis causam & originem requirimus, sed ex contractu filij familias, vel serui qui sciente patre aut domino negotiatus est, nec à circumscriptione, sed à gesto negotio originem accepit, quomodo in actione non valde dissimili, & æquè rei persecutoria ex parte actoris & quidem sui natura, pœnali tamen & pœnæ nomine concepta ad vindicandum dolum ex parte rei ratiocinatur Paulus in *l. 4. iunct. l. 3. §. hanc actionem supr. si mens. falsum. mod. dixer.* Quia tamen non aliter datur tributoria, neque competit quàm dolo interueniente in iniqua mercis distributione, nec proinde priùs competit, quàm iniqua distributio facta sit, vt scriptum est in *l. vlt. infr.* fatendum est non ita nasci tributoriam ex contractu serui sciente domino initi, quomodo nascitur actio depositi ex contractu depositi, neque obligari dominum tributoria hoc solo, quod eo sciente seruus contraxerit, sed tunc tantùm cùm in tributum vocatus cum creditoribus iniquam distributionem dolo malo fecerit, ita vt si vel æquam distributionem fecerit, vel iniquam quidem, sed sine dolo malo, vel dolo quidem interueniente, sed de qua tamen nemo conqueri velit, nullo ex his tribus casibus tributoria competat, ne quidem post distributionem, tantum abest, vt ex solo contractu competat, antequàm distributio facta sit, quod tamen scribere nonnulli ausi sunt tam imperitè, quàm alij descendere illam ex dolo non ex contractu, contrà quàm scriptum sit in hac lege & in *l. 1. §. licet autē sup. de exercit. act. §. introduxit Instit. quod cum eo qui in alien. potest.* Alioqui non esset certè perpetua, si à dolo & circumscriptione non à gesto negotio contractuque originem acciperet, si bona est Pauli ratiocinatio in *d. l. 4. supr. si mens. fals. mod. dixer.*

a *Quare etiam mortuo seruo.* Illatio hæc est, non solùm ex eo quod dictum fuit in principio legis, hanc actionem non esse de dolo (quid enim commune haberet mors serui cum dolo domini?) sed etiam ex eo quod proximius scriptum est, cōtineri ea rei persecutionem: nam cùm rei persecutionem contineat, non finitur morte serui, qui contraxit, quique ex con-

BIU Cujas

ex contractu primus debitor fuit, quamuis eius morte sicut peculium, ita & merx peculiaris esse desinat. Propter quod videbatur, quemadmodum morte serui peculiũ extinguitur, & cum peculio ipso actio de peculio ipso iure, nisi edictum & beneficium Prętoris faceret illam ex perpetua annalem *l. 1. in princip. & §. merito autem infr. quand. de pecul. act. est annal.* Ita & tributoriam actionem quæ pro materia habet mercem peculiarem finiri morte serui, aut saltem ex perpetua fieri annalem, vt dominus post annum conueniri ea non possit, non magis quàm actione de peculio, aut de dolo. Sed Iulianus cõtra scribit etiam mortuo seruo dominum ea perpetuò teneri debere, id est, post annum quoque, quia non tantùm ex contractu & peculio serui mortui conuenitur, sed etiam ex facto & dolo suo, qui morte serui extinctus dici non potest: Imò quod magis est, ipso quoque domino mortuo, heres eius teneri debet eâdem actione tributoria æquè perpetua etiã post annum, propter factum defuncti qui dolosa & iniqua distributione edictum Prætoris cui satisfacere debuerat, contemnere maluit *l. vlt. infr.* Id enim est quod Iulianus significat iis verbis *propter factum defuncti.* cùm tamen si de dolo esset actio, non posset dari contra heredem nisi de eo, quod ad ipsum peruenisset *d. l. in heredem 26. supr. de dolo.* Nec ad rem pertinet, quòd hæc actio non aliter quàm dolo interueniente competat: non enim bona est consecutio, si quis ex eo inferat esse igitur hanc actionem doli, vt loquitur *l. in honorariis 35. de oblig. & act.* id est, de dolo alioqui eâdem ratione inferres & actionem depositi, & eam quæ datur de precario *l. 2. §. 1. de precar.* esse similiter actiones de dolo, quia nec nisi interueniente dolo competunt *l. quæsitum 8. §. eum quoque eod. d. l. si hominem 7. §. 1. infr. depos. l. contractus 23. de regul. iur.* Quod tamen stultum esset dicere, quamuis hoc simile habeat actio de precario cum actione de dolo, quod non dantur in heredem, nisi de eo quod ad ipsum peruenerit, sicuti nec tributoria *dict. l. quæsitum §. vltim.* quod quam rationem habeat in precario, docuimus in Chiliade. At depositi actio datur in solidum contra heredem *dict. l. si hominem §. 1.* Planè omnis actio, quæ in heredem datur de eo quod ad ipsum peruenit, perpetua est, tum quoque cùm actio fuit annalis, vt in interdictis etiam annuis *l. 4. infr. de interd.*

9. VLPIANVS libro 29. ad Edictum.

QVod in herede dicimus, idem erit & in cæteris successoribus.

Ad l. Quod in herede 9.

RAT. DVB. Alij successores etiam vniuersales non sunt, nec dici possunt heredes, puta bonorum possessores à Prætore constituti, quia Prætor heredem facere non potuit *§. quos autem Instit. de bonor. poss.* sicuti nec dominum nec legem. Itemque is cui restituta est ex SC. Trebelliano hereditas, quia licèt Senatusconsultum potuerit facere heredem, vt constat ex Tertylliano & Orficiano & ex *d. §. quos autem.* Cùm tamen is qui hereditatem ex Trebelliano restituit, non desinat esse heres *§. restituta Instit. de fideic. hered.* non potuit Senatus facere, vt vni duo in solidum heredes essent *l. quod contra 141. §. vni duo de regul. iur.* Nec denique is cui libertatum seruandarum causa bona addicuntur ex Diui Marci constitutione, de qua in *l. 2. 3. 4. & pass. infr. de fideic. hered.* & apud *Iustin. tit. de eo cui libert. caus. bon. addic.* quia bonorum addictio, hereditatis aditio & acquisitio non est. Ergo non eadem horum successorum, quæ heredum ratio constitui potest, vt teneri debeant de eo, quod ad ipsos peruenit, quemadmodum tenentur heredes, quos non alia ratione teneri placuit, quàm quia lucra turpia heredibus extorquenda sunt *l. in heredem 5. de calumniat.* quippe cùm repræsentent personam defuncti, eademque cum ipso persona esse existimẽtur, vt ait *Nouell. 48. de iureiur. à morient. præst.* quod de aliis qui non sunt heredes, non similiter dici potest: illa enim iuris fictio per legem duodecim tabularum introducta est, quæ de solis heredibus locuta fuit, non de cæteris successoribus *l. vlt. C. de hered. act. l. 1. C. si vnus ex plurib. hered. debit.* DEC. Hi omnes, de quibus diximus, licèt heredes non sint, heredum tamen loco in omnibus habentur *l. 1. 2. & 3. infr. de bonor. possess. l. 1. & 2. & pass. ad SC. Trebell.* neque minùs absurdum & iniquum esset ditari eos ex scelere defuncti quàm illos, qui verè sunt heredes. Proinde vbi iuris & æquitatis ratio eadem est, idem quoque ius constitui debet *vulg. l. illud 32. supr. ad leg. Aquil. l. 3. §. vnde etiam de iniust. rupt. l. à Titio 10. in fine principij de verb. oblig.* Nam quod alij sunt heredes, alij verò non nisi heredum loco diuersitatem inducit non diuersitatis rationem.

1 ¶ Eligere quis debet qua actione experiatur: vtrùm de peculio, an tributoria, cùm scit sibi regressum ad aliam non futurum. planè si quis velit 2 ex alia causa tributoria agere, ex alia causa de peculio audiendus erit.

Ad §. 1. Eligere.

RAT. DVB. Aliud est agere, aliud exigere, ac proinde aliud actionem eligere, aliud verò suum consequi, nec quòd actor elegerit actionem aliquam, præsertim minùs competentem, statim bona consecutio est, vt ei satisfactum sit. Ergo quamuis summo iure defendi possit per electionem actionis liberatum esse reum, æquitas tamẽ suadere videtur, vt non tam intentione actoris quã perceptione liberari debeat, sicuti de eo dicimus, qui cùm posset ex pluribus debitoribus eligere quẽ vellet, minùs idoneum elegit *l. si ex duobus 32. infr. de pecul. l. perceptione 4. supr. de his qui effud. vel deiec.* Sufficit enim vt caueamus ne is qui vna actione proposita aliam proponere vult, idem bis consequatur, præsertim ab eodem contra regulam *l. bona fides 56. de regul. iur.* quod nec si aduersus alias personas facere vellet, permittendum ei esset *l. si quis dolo 51. in fin. de re iudic.* Proinde si peculiaris mercis creditor cui competit aduersus dominum duplex actio, & tributoria & de peculio aliam elegerit, nec suum consequi potuerit, non est prohibendus aliam

BIU Cujas

proponere per quam meliùs ad commodum suum perueniat. Quid enim nocet ei qui cõuenitur, quòd pluribus actionibus conueniatur quandiu debitor est, necdum soluit? Dec. Qui ex pluribus actionibus sibi competentibus vnam eligit, aliam quam non eligit, repudiare intelligitur, in consequentiam necessariam. Repudiantibus autem & remittentibus actiones suas dandus non est ad eas regressus *l. quæritur* 14. §. *si venditor infr. de ædilit. edict.* Eligere igitur benè actor debet, qua actione velit agere, aut malè electę actionis periculum, & damnum vltrò subire. Eligendo enim actionem dũmodo cõpetentem (nam inter eam quæ competit, & illam quæ non competit, non cadit electio) vtramque consumit & illam quam exercet, quia cõpetit, & illam quam nõ exercet, quia eam repudiauit, vt pluribus docuimus ad *l. sed si pupillus* 11. §. *pen. & l. habebat quis* 13. *supr. tit. prox.* Iunge *l. cùm filius* 76. §. *variis de legat.* 2. Hocita si non sit adeò incertum quænam potiùs actio competat, vt permittendum sit actori vtramque dictare, dummodò protestetur ex altera tantùm velle se suũ consequi, ex *l.* 1. §. *quia autem infr.* Quod legat nisi is locus Triboniani potius est, vt alibi monuimus, aut si non ipsius aduersarij dolo deceptus sit is, qui minùs vtilẽ actionem elegit, vt in *l.* 4. §. *vlt. inf. tit. prox.* Alia ratio est electionis, quæ fit vnius ex pluribus debitoribus eiusdem creditoris, & alia quæstio an vnius electione alij liberentur, de qua dicemus ad *d. l. si ex duobus* 32. *infr. de pecul.*

a *Planè si quis velit.* Rat. dvb. Actio quæ semel proposita fuit ex vna causa ex qua competere poterat, & ita consumpta est, non potest iterũ proponi ex alia, quãuis ex duplici causa competierit *d. l. habebat quis* 13. *supr. tit. prox.* Ergo qui semel elegit ex vna causa, non potest prætextu diuersæ causæ iterum agere. Dec. Multùm interest an diuersæ sint causæ vnius eiusdemq; actionis, an diuersarum actionum. Actio competens ex variis causis si ex vna eligatur & exerceatur, ex vtraque consumitur *d. l. habebat*, sed si plures actiones ex pluribus causis competant, non nocet quod ex vna causa actum sit vna actione, quominùs alia actione ex alia causa agi possit: tunc igitur tantùm nocet electio, cùm electa est alterutra duarum actionum ex eadem causa competentium.

2 ¶ Si seruo in testamento manumisso peculium legatum sit, non debere heredem tributoria teneri, quasi neque ad eum peruenerit, neque dolo fecerit, Labeo ait. sed Pomponius libro sexagensimo scripsit heredem, nisi curauerit cauere sibi à seruo, vel deduxi à peculio, quod tribuẽdum erat, teneri tributoria. quæ sententia nõ est sine ratione. ipse enim auctor doli est, qui id egit. ne intribueret. totiens enim in heredem damus de eo quod ad eum peruenit, quotiens ex dolo defuncti conuenitur, non quotiens ex suo.

Ad §. vlt. Si seruo.

Rat. dvb. Pro sententia Labeonis, non tenetur heres domini actione tributoria, nisi de eo duntaxat quod ad eum peruenit *l. illud quoque* 7. §. *vlt. & l. prox. supr.* Atqui cùm seruo qui testamento manumissus sit peculiũ legatum est, neq; ad eum quicquam peruenit ex merce peculiari, in qua distributio iniqua facta est à domino, si ponas tributoria actione cum domino actum fuisse, nec dolo eius factum est, quominùs peruueniret, cùm volũtati testatoris satisfacere debuerit, & peculium legatum seruo manumisso præstare *tot. tit. de pecul. legat.* Ergo in hac specie nullomodo tributoria conueniri heres potest. Dec. Dolo non caret hęres qui sine cautionibus soluit legatum, cuius nomine alterius quàm ipsius heredis gratia legatarium cauere oportuit *l. dolo carere* 41. *infr. ad leg. Falcid.* Atqui in proposita specie, nõ aliter pręstari debuit peculium seruo manumisso, quàm si caueret eius pecuniæ nomine quæ ex hac parte edicti in tributum venire debuit, aut eam ipsam quantitatem ex peculio deduci passus esset, siue iam dolus domini in iniqua distributione admissus tributoriæ actioni locũ iam fecisset, vt in ratione dubitandi posuimus, siue in tributum vocatus duntaxat fuisset dominus, necdum distributionem fecisset. Ergo teneri hoc casu heres debet actione tributoria, & quidem ex proprio capite, ac proinde in solidũ cùm sit ipse author doli, vt Vlp. ait, ex quibus verbis malo ponere, dominum decessisse antequam dolo malo quid faceret, vt intelligamus dolum cœpisse ab herede ipso, quo casu non tam inspiciendum est, an quid ad heredem peruenerit, aut dolo eius malo factum est, ne peruueniret, sed tantùm an aliquid dolo malo eius factum sit, ne intribueretur, quomodo hîc euenit. Nõ enim expectandum est, vt legatarius peculij conueniatur tributoria, aut etiam in tributum vocetur, cùm neq; sit dominus, neque domini heres, neq; creditor peculiaris. Hi enim tantùm sunt qui in tributum vocari possunt. Fecit autem heres ne in tributũ vocari posset præstãdo peculium legatario, sine vlla deductione, vllaque cautione, cùm ex peculiari merce nihil possit tribuere, qui ex ea nihil habet, & actio Tributoria sequatur mercem peculiarem, quomodo actio de peculio sequitur peculium. Hactenus scilicet non vt in tributum vocari aut tributoria cõueniri possit, quisquis habet peculiarẽ mercem *l. prox. inf.* (alioqui etiam legatarius in proposita specie cõueniri posset) sed negatiuè, vt non possit in tributum vocari is, qui nihil ex merce peculiari habet, etiamsi vel dominus sit vel domini heres, quamuis aliter peculiaris merx, aliter peculium dicatur, peculium scilicet deducto omni eo quod domino debetur. Merx verò peculiaris etiamsi nihil sit in peculio, vt vidimus in *l.* 1. §. *peculiarem supr.* consequens igitur est, vt in proposito casu heres in solidũ teneri debeat, quãuis nihil adeũ peruenerit, quia quod in præcedẽtibus dictũ est, heredẽ domini non teneri, nisi de eo q̃ peruẽnit, toties verum est quoties heres ex dolo defuncti non ex suo proprio conuenitur, vt & in *l.* 1. §. 1. *l. de eo* 18. *inf. depos.*

10. Pavlvs libro trigensimo ad Edictum.

DE peculio actione etiã cum emptore serui agi potest: tributoria non potest. *Ad l. De pe-*

BIU Cujas

Ad l. De peculio 10.

RAT. DVB. Peculiaris merx peculij quoque pars aliqua est *l.prox.infr.& §.cæterùm in fin. Instit. quod cum eo qui in alien.potest.* licèt alio sensu dicatur, merx peculiaris, alio autem peculium *l.1.§.peculiarem sup.* Atqui actio tributoria datur de merce peculiari, sicut de peculio actio datur de reliquo peculio. Ergo sicut actio de peculio datur etiam contra emptorem serui ex eo quoque cõtractu qui emptionem præcesserit, dummodò seruus aliquod peculiũ cuiuscunque generis apud emptorem habeat *l.& ancillarum* 27.§.*si seruus l.si ex duobus* 32.§.1.*l.si creditor* 37.§.*pen.infr.de pecul.* Ita & dicendum est, tributoriam actionem dandam esse contra emptorem serui saltem eo casu quo post iniquam à domino factã distributionem merx peculiaris ad emptorem simul cum seruo transierit. Nam ad hunc certè casum ratio hæc dubitandi omnino restringenda est. Cùm non sicuti ad dandam actionem de peculio contra seruũ sufficit, vt emptor qualecunq; peculiũ habeat, etiã quod apud emptorem quæsitum sit *d.§.si seruus*, ita & possit sufficere, vt habeat seruus ab emptore peculiarem aliquam mercem ad obligandũ emptorẽ tributoria ex eo contractu quẽ seruus inierit anteà de peculiari merce venditoris. Tributoria enim non nisi cõtra dominũ datur eius mercis peculiaris de qua seruus contraxerit.

DEC. Actio de peculio est onus peculij nõ huius vel illius, sed cuiuslibet, quod habeat hodie seruus penes emptorem eundemq; nouum dominum, aut quod habuerit, manseritq; penes venditorem *d.§.si seruus d.l.si ex duobus §.vlt.& pen.iunct.l.depositi* 38.§.*vlt.inf.de pecul.* At actio tributoria non est onus mercis peculiaris, ne quidem illius de qua cõtractum est, sed domini qui dolũ in iniqua eius mercis administratione admisit, quia neq; ex peculio nascitur, sed ex eo domini dolo, quem per tributoriam vindicari æquũ est, vt creditoribus satisfaciat is, qui edicto Prætoris satisfacere noluit *l.vlt.infr.* Atqui dolus domini eiusdemque venditoris, dolus emptoris non est. Cùm enim emptor non nisi singularis successor sit, non potest in eũ transire dolus venditoris, qui nec transit ad heredem à defuncto tanquam quid merè personalissimum, quamuis in viciis possessionis aliud sit *l. cùm heres* 11.*de diuers.tempor.præscript.l.vicia* 11.*C.de acquir.poss.* Ergo nõ sicut actio de peculio datur in emptorem serui ex contractu, apud venditorem quoq; celebrati: ita & tributoria cõtra emptorẽ serui danda est, ob iniquam distributionem à priore domino factam, quæ sola cum dolo coniuncta tributoriam parere potuit *d.l.vlt.infr.* Et hæc inter actionem de peculio & Tributoriam differentia aliis coniungenda est, de quibus suprà diximus in *d.l.1.in princip.& §. peculiarem supr.& in l.prox.infr.*

11. GAIVS libro 9. ad Edictum Prouinciale.

ALiquando etiam agentibus expedit potiùs de peculio agere, quàm tributoria. nam in hac actione, de qua loquimur, hoc solum in diuisionem venit, quod in mercibus est, quibus negotiatur, quòd quæ eo nomine receptum est: at in actione de peculio totius peculij quantitas spectatur: in quo & merces continentur. & fieri potest, vt dimidia fortè parte peculij, aut tertia, vel etiam minore negotietur. fieri præterea potest, vt patri dominóve nihil debeat.

Ad l. Aliquando 11.

RAT. DVB. Actio tributoria non aliter datur quàm dolo domini interueniente *l.quia* 8.*in fin.supr.* Datur enim ad vindicandum dolum domini, admissum in iniqua mercis distributione, contra mentem & propositum Prætoris ad fraudandos peculiaris mercis creditores §.*introduxit Instit. quod cum eo qui in alien.potest.l.illud quoque* 7.§.*si cuius supr.* At actio de peculio non datur ad vindicandum dolum domini, quæ nec scientiam nec patientiam eius requirit, *l.quoties* 47.*& pass.infr.de pecul.* Atqui multo grauius vindicaretur domini dolus per actionem tributoriam, si in ea totius peculij ratio haberetur ad exemplum actionis de peculio. Ergo in tributoria quoq; totius peculij ratio non solius mercis peculiaris habenda est, ne alioquin dolus ex parte saltem impunitus remanere videatur. DEC. Tributoria actio neque nomen neque effectũ aliunde habet, quàm ex mercis peculiaris tributione & distributione quam Prætor æquã fieri à domino inter eum & creditores voluit *d.§.introduxit & l.prox.infr.* Ergo nihil in tributoriã venire iure potest, nisi quod ex merce peculiari, & quod inde receptum est: reliquũ enim peculium sicuti nihil cõmune habet cum merce peculiari, ita neque diuidendum est inter dominum & creditores mercis peculiaris, ob contractum de peculiari merce habitum, quia neque totũ peculium intuiti sunt, sed solam mercem peculiarẽ creditores illi qui cum seruo mercem peculiarem habente contraxerunt. In quo differunt ab iis qui cum seruo peculium habente simpliciter contrahunt. Hi enim totum peculium serui vbicunque & vndecunque sit, tanquam proprium ipsius patrimonium intuentur: vnde fit, vt in actione de peculio totius peculij ratio habenda sit *l.hinc quæritur* 19.§.1.*l.& ancillarum* 27.§.*vlt.l.si ex duobus* 32.*in princip.inf.de pecul.* Proinde verũ est, quod Caius hîc scribit, & post eum Iustinianus in §. *cæterùm Instit.quod cum eo qui in alien.potest.* vbi fusiùs hoc explicat, aliquando accidere, vt creditori mercis peculiaris expediat agere de peculio potiùs, quàm tributoria: cùm fieri possit, vt negotiatio mercis peculiaris minimã partem peculij comprehendat: itemq; vt difficile sit creditori probare seruũ sciente domino negotiatum esse in merce peculiari. Quæ tamen probatio in tributoria actione omnino necessaria est, in actione de peculio non est. Itaque si in actione de peculio non fieret deductio eius, quod domino debetur singulari priuilegio domini, nemo dubitat, quin semper esset multo commodius creditori agere de peculio quàm tributoria. Illud notandum est omni casu competere actionem de peculio ex contractu filiifamilias vel serui, & ideo omnes, qui possunt agere tributoria sicut & institoria & exercitoria, posse etiam agere de peculio si malint, sed non contra, posse supradictis actionibus experiri omnes, qui agere de peculio possunt

BIU Cujas

12. IVLIANVS libro 12. Digestorum.

ALius duntaxat de peculio, alius tributoria serui nomine cum domino agit. quæsitum est, an deducere dominus de peculio debeat, quod tributoria agenti præstaturus sit? respondit. Tributoria actione tunc demum agi potest, cùm dominus, in distribuendo precio mercis, edicto prætoris non satisfecit: id est, cum maiorem partem debiti sui deduxit, quàm creditoribus tribuit: veluti si cùm in merce triginta fuissent, in quam ipse quidem quindecim crediderat, duo autem extranei triginta, tota quindecim deduxerit: & creditoribus reliqua quindecim dederit: cùm deberet sola decem deducere, extraneis dena tribuere. cùm igitur hoc fecit, nec intelligendus est seruum à se liberasse: eo quòd quinque adhuc, nomine eius, tributoria actione præstaturus sit. quare si agi de peculio cœperit, cùm fortè extra mercem peculium esset: quinque, tanquam adhuc creditor serui, deducere debebit.

Ad l. vlt. Alius.

RAT. DVB. Cùm dominus iniqua precij mercis distributione maiorem partem sibi tribuit, quàm creditoribus, quamuis neque Prætoris edicto, neque creditoribus satisfecerit, sibi tamen soluit, & satisfecit, atque ita seruum suum cuius erat creditor à se liberauit, cùm solutione tollatur omnis obligatio. Vtputa si in merce peculiari triginta tantùm fuerunt, & dominus in causam mercis quindecim crediderat: duo autem creditores extranei singuli alia quindecim: dominus verò in distribuendo mercis precio integra quindecim sibi debita detraxerit: aliis verò creditoribus reliqua tantùm quindecim dederit. Ita enim sibi totũ soluit, nec proinde quicquam est, quod ei ampliùs debeatur. Ergo si ab alio creditore idem dominus ex eiusdem serui persona conueniatur de peculio, nihil erit, quod possit deducere cùm nihil ei debeatur. Quamuis enim per iniquam illam distributionem quàm ponendum est, dolo malo factam fuisse tributoria actione se obstrinxerit, quia dena tantùm detrahere debuerat: aliis verò duobus creditoribus, æquè dena singulis soluere. Id tamen eius dolo imputandum est, cuius vindicandi gratia conueniri eum tributoria æquum est, sed non debet ea res nocere alij creditori agenti de peculio, vt deductionem vllam ab hoc domino qui totum sibi soluit pati compellatur. DEC. In actione de peculio semper deducendum est, id, quod domino debetur *l. 11. supr. l. 5. §. vlt. l. sed si damnum 9. §. peculium & pass. infr. de pecul.* Atqui in proposita specie licèt dominus, cui quindecim debebantur, quindecim sibi soluerit, per iniquam precij mercium distributionem: verum tamen est, adhuc quinque ei deberi, cùm ex quindecim quæ deduxerat, cogatur actione tributoria creditoribus aliis quinque reddere, tanquam malè & cõtra edictum mentemque Prætoris deducta & retenta. Non enim potest videri solutum, quod per tributoriam reddendum est, quodque ideò non durat solutum *l. si rem meam 20. l. si quis aliam 46. l. qui res 98. de solut.* Nam quod euincitur in bonis non est, vt habet iuris regula 190. Nec quod dominus dolo fecerit doluſque eius vindicandus sit, facere debet, vt ei solutum totum videri possit. Sua enim huic dolo pœna à Prætore constituta est, vt per tributoriam actionem vindicetur, non per actionem de peculio. Quemadmodum & in aliis iuris partibus euenit, vt in eo ipso puniri demùm quis debeat in quo deliquit non in alio *l. rescriptũ 6. inf. de his quæ vt indign. l. Falcidia 24. in princip. ad leg. Falcid.* Hîc autẽ dominus qui in iniqua distributione dolum admisit, iis solis creditoribus fecit iniuriam, qui ex causa peculiaris mercis crediderant, non etiam cæteris qui ex alia causa creditores fuerunt. Quoniam verò iure conuentus dominus actione de peculio deductionis priuilegio vti prohiberetur ob dolum in distributione admissum, cùm etiamsi ab illis ipsis quos in merce peculiari fraudare voluit conueniretur, nihilominùs æquè aduersus eos deduceret id omne, quod sibi deberetur *l. 3. in princip.* vbi diximus *supr.*

QVOD

QVOD CVM EO QVI IN ALIENA POTESTATE EST, NEGOTIVM GESTVM esse dicetur.

TIT. V.

1. GAIVS libro 9. ad Edictum Prouinciale.

OMNIA proconsul agit, vt, qui contraxit cum eo, qui in aliena potestate sit, etiam si deficiant superiores actiones, (id est exercitoria, institoria, tributoriáve) nihilominùs tamen, in quantum ex bono & æquo res patitur, suum consequatur. siue enim iussu eius, cuius in potestate sit, negotium gestum fuerit, in solidum eo nomine iudiciũ pollicetur. siue non iussu, sed tamen in rem eius versum fuerit, eatenus introduxit actionem, quatenus in rem eius versum fuerit: siue neutrum eorum sit, de peculio actionem constituit.

Ad *l.* 1.

HÆc lex totúsq; ipse titulus generalis est, ad omnes eos qui sequuntur in *li.* 15. *Pandectar. de peculio, de in rẽ vers. & quod iussu.* Ratio enim omniũ generalis, quæ mouit Prætorem vt actiones illas omnes proponeret, non alia fuit, quàm quæ in principio legis huius ponitur, quòd omnia Procõsul agat in prouincia, vt Prętor in vrbe [scripsit enim Caius ad Edictũ prouinciale, nõ ad vrbanũ, quod vtrumq; tamen vnum & idem est] vt quisquis contraxit cum eo, qui in aliena potestate sit, etiamsi tres actiones de quibus suprà dictum est, deficerent, exercitoria, institoria, & tributoria: nihilominus tamen in quantum ex bono & æquo res patitur suũ consequatur: ex quo intelligimus actiones istas omnes, quæ ex contractu filijfamilias, vel serui contra patrem vel dominũ dantur esse ex bono & æquo, magis quàm ex mera iuris ratione, cũ per eos quos in potestate habemus, melior quidẽ condicio nostra fieri possit, sed deterior non possit *l. melior* 133. *de regul. iur. l. filiusfamilias* 21. *de regul. iur.* Fit autem deterior quoties ex ipsorum cõtractibus aut inuiti, aut etiam ignorantes obligamur *l. qui in aliena* 6. *infr. de acquir. hered.* Præter id quod in cæterisquoque omnibus non modò durum, sed etiam iniquum est, vt alteri per alterum iniqua condicio inferatur *l. non debet alteri* 74. *de regul. iur.* aut ex vnius facto alius obligetur. Sed tamen æquissimũ est ijs omnibus succurri, qui cum filiofamilias vel seruo contraxerunt, quandoquidem si cum seruo nullam ipsi contra eum habituri sunt actionem *l. cum seruo* 107. *de regul. iur. l. serui.* 14. *de oblig. & act. l. seruus* 6. *Cod. de iudic.* si verò cum filiofamilias habent quidem eum in solidum obligatum & cum ipso agere possunt *l. si quis cum filiofamilias* 44. *de regul. iur.* sed sine effectu quandiu pater viuit, cùm eo tempore vix sit, vt bona vlla filiusfamilias habeat, ex quibus satis facere creditori possit, si ius vetus inspicias quod Pandectarum temporibus obtinebat *l. lex Cornelia* 28. *ad fin. de vulg. & pupill. substit.* post mortem verò patris non possunt plenum actionis suæ effectum habere, cùm eo tempore non teneatur filiusfamilias in solidum, nisi sit heres patris, sed in quantum duntaxat facere potest *l. si ex alio* 9. *C. hoc tit.* iuxta formam edicti de quo in *l. prox. seq. l. si dubitet* 10. §. *filiusfamilias infr. de fideiuss.* quod plerumque aut nihil aut parum est: ob eam verò rationem fieret, vt extra eas causas ex quibus Prætor exercitoriam, institoriam, & tributoriam introduxit, nemo cum seruo contracturus esset, pauci etiam cum filiofamilias, nisi Prætor supradictas actiones, quod iussu de in rem verso & de peculio ex contractibus filiorumfamilias, aut seruorum aduersus patrem & dominum proposuisset. Quod maximo certè ipsorum damno cessisset, cùm præcipua patriæ & dominicę potestatis vtilitas consistat in eo quod per filiosfamilias & seruos patribus & dominis etiam ignorantibus acquiritur ex omnibus penè causis *d. l. qui in aliena* 6. *l. placet* 79. *eod. tit. de acquir. hered. l. etiam* 32. *de acquir. rer. domin.* Proinde non habent quod de iuris Prætorij asperitate ac iniquitate hac in re conquerantur, cùm recusare non debeant, vt ex quorum contractibus lucrum & commodum captant, eorum factum præstent *l.* 1. *supr. tit. prox. l. ex qua persona* 149. *de regul. iur.* Non quidem in solidum & absolutè quod iniquum esset extra casus exercitoriæ & institoriæ actionis, sed quatenus bonum & æquũ patitur, vt hæc lex habet: aliter autem æquitas obligari eos vult actione quod iussu cùm pater iussit, aut dominus cum filiofamilias vel seruo contrahi, aliter verò cùm in rẽ patris vel domini negotium versum est, actione de in rem verso, aliter deniq; actione de peculio cùm neque iussus vllus præcessit, neque in rem patris vel domini versum quicquam fuit. His enim tribus casibus tota quæstio de eo quod cum eo qui in aliena potestate sit, negotiũ gestum esse dicetur, extra exercitoriam, institutoriã & tributoriam actionem, totáq; hæc tractatio cõcluditur, actio quod iussu datur semper in solidum, actio de in rem verso aliquando in solidum, aliquãdo non in solidũ. In solidum quidem si tota pecunia in rẽ patris vel domini versa sit, nõ in solidum si pro parte tãtũ: de peculio verò quatenus in peculio est.

BIU Cujas

Fieri verò potest vt in peculio tantum sit quantum ad dimittendos creditores sufficiat. Fieri etiam potest vt non sit. Sed de singulis dicēdum postea erit suo ordine ac sub suis titulis *ad lib. seq.*

2. VLPIANVS libro 29. ad Edictum.

AIt prætor: *In eum qui emancipatus, aut exheredatus erit, quive abstinuit se hereditate eius, cuius in potestate, cùm moritur, fuerit, eius rei nomine, quæ cum eo contracta erit, cùm is in potestate esset, siue sua voluntate, siue iussu eius, in cuius potestate erit, contraxerit, siue in peculium ipsius, siue in patrimonium eius, cuius in potestate fuerit, ea res redacta fuerit: actionem, causa cognita, dabo in quod facere potest.*

Ad l. Ait Prætor 2.

Proponuntur in hac lege verba Edicti, non quo Prætor actiones de peculio proposuit, & de in rem verso, Et quod iussu, sed quo pollicetur actionem in filiumfam. qui cùm esset in patris potestate, contraxit, siue iussu patris, siue non iussu & sua sola voluntate, & siue in peculium ipsius filijfam. siue in patrimoniū eius cuius in potestate fuit, quod creditū est, redactum sit, actionē, inquam, non in solidum, sed in quantū facere potest, siue emācipatus fuerit à patre filius, siue exheredatus, siue eius hereditate se abstinuerit.

RAT. DVB. Filiusfamilias qui cum aliquo contrahit, sicuti patrem obligat de peculio, ita seipsum multò magis in solidum *l. siquis cum filiofam. 44. infr. de pecul.* Ergo nec emancipatio, nec exheredatio, nec abstentio hereditatis facere potest, quominus in solidum obligatus remaneat, nisi à creditoribus ipsis condicio deferatur ad eum exonerandū, vt in *l. cum hereditate 55. de acquir. hered.* Quamuis enim possit tentari filiumfamilias, cùm est emancipatus, alium quodammodo hominem videri propter imaginarias illas venditiones & mancipationes, quę in emancipatione olim interueniebāt, propter quod fuit necessaria restitutio in integrū ex capite edicti de capite minutis, *l. 3. §. vlt. & l. 4. ill. tit. de capit. minut. iunct. l. seruus 27. de adim. legat.* Non ad hoc tamen respexisse Prætorem ex eo apparet, quod eandem causam constituit filij emancipati, & exheredati, itémque abstenti: quibus tamen idem color imaginariæ seruitutis prodesse nō potest. Item ex eo quod in hac ipsa lege subijcitur, idem iuris esse in eo quoque, qui citra emancipationem sui iuris factus est: cur ergo exoneramus filium, vt ex obligato in solidum conueniatur, duntaxat in quantum facere potest? præsertim cùm filiusfamilias ex omnibus causis præterquam ex mutuo nō solùm obligari possit in solidum, sed & in solidum quoque conueniri *l. filiusfamilias 39. de oblig. & act. l. tam ex contractibus 57. supr. de iudic.* DEC. Cùm filiusfamilias quoquomodo contrahit siue iussu patris, siue propria sua voluntate, tum quoque cùm vtiliter contrahit, quod contingit siue in ipsius filiifamilias peculium, siue in patrimonium patris redacta sit ea res, de qua contractum est, nunquam facit se locupletiorem, sed patrem, cui acquirit omnia iure patriæ potestatis, ita vt ne momento quidem temporis acquisitio in filijfamilias persona consistat *l. 1. infr. si à parent. quis manum. sit, l. placet 79. de acquir. hered.* Proinde dignus est cui succurratur ne supra quam facere potest conueniri in solidum possit. Quomodo & aliæ pleræque sunt personæ quæ nonnisi in id quod facere possunt, conueniuntur, licèt aliis atque aliis rationibus, *l. sunt qui 16. cum seqq. infr. de re iudic.* Nec est quod conquerantur creditores, aliquam in eo sibi iniuriam fieri, cùm pro eo incommodo habeāt commodum actionis de peculio, quam eis dat Prætor contra patrem, quamuis cum eo non contraxerint. Neque tamen dat eam actionem Prætor in filiū emancipatum vel exheredatum, vel abstentum, nisi causa cognita, vt habent verba edicti, non quasi cognitio causæ facere possit, vt aliquo casu detur in solidum actio nisi cùm filius patri heres extitit, *l. si ex alio 9. C. hoc tit.* & quidem non ex minima portione, vt sequitur in hac lege & in *l. sed si ex parte 4. infr.* sed vt è contrario facere debeat, aliquando ne filius vllo modo conueniatur, id est, ne in id quidem quod facere potest, vt in *d. l. 4. vers. Sed & hic iudex.* nisi mentitus sit se patrēfamilias, aut tale quid aliud dolo malo fecerit, vt in *d. l. 4. §. 1. & l. 6. inf.* Quanquam fatendum est insertā fuisse edicto verba illa *causa cognita*, quoniam plerique casus sunt, in quibus filium etiam in solidum teneri æquū est, vt in *l. si filiusfamilias 5. §. 1. infr.* Itémque cùm post multos annos filius conuenitur, id est, eo tempore quo patrimonium aliquod iam sibi quærere potuit. Nam & in hoc quoque causæ cognitio vertitur *d. l. 4. §. pen. inf.*

1 ¶ Sed & si citra emācipationem sui iuris factus sit, vel in adoptionē datus[a], deinde pater naturalis decesserit: itē si quis ex minima parte sit institutus[b] æquissimum est, causa cognita etiam in hunc dari actionem in id, quod facere potest.

Ad §. 1. Sed & si citra.

RAT. DVB. Edictum Prætoris non est locutum, nisi de filio emancipato, cùm tamen non ignoraret Prætor aliis etiam modis citra emancipationem posse filiumfamilias fieri sui iuris. Ergo non est protrahendum ad alios casus, in quibus filius factus sit sui iuris aliter, quàm per emancipationem. Verbis enim edicti inseruiendum est, vt ait Vlpianus in *l. 1. §. licèt autem supr. de exercit. act.*

DEC. Eadem ratio iuris & æquitatis locum habet, siue per emancipationem, siue quo alio modo filiusfamilias sui iuris efficiatur, nec refert quid ex æquipollentibus fiat *l. mulier 22. vers. Brasidas infr. ad SC. Trebell.* Ergo & ad alios casus similes edictum hoc porrigendū est *l. 1. §. alienatio infr. quand. de pecul. act. annal. est*, vbi latiùs dicemus.

a *Vel in adoptionem datus.* Videtur Vlpian. hîc scripsisse *vel* pro *veluti*. Est enim hoc exemplū patriæ potestatis finitę, aliter quàm per emancipationē, scilicet per adoptionē dato filio in adoptionē à patre naturali: deinde mortuo patre adoptiuo, quod cū euenit, nō recidit filius in potestatē patris naturalis, sed remanet sui iuris eo quoq; viuo: quanquā si verum amamus parū distat hic casus à superiore, quia nec nisi per tres mancipationes & duas manumissiones fiebāt olim adoptiones, sicuti nec emancipationes *l. vlt. C. de adop.* Placet verò ingeniosa emēdatio viri doctissimi Iac. Cuiac. in illis verbis, *deinde pater naturalis decesserit*, vbi pro *naturalis* reponit *adoptiuus*. Nam mors patris naturalis post datum in adoptionem filium nihil adderē

addere potest aut minuere. Quanquam sufficere meo iudicio posset deleri dictionem illam *naturalis*, quasi irreptitiam ex glossa imperitioris alicuius interpretis. Patrem enim simpliciter cùm dicunt Iureconsulti tractantes de filio in adoptionem dato adoptiuum non naturalem intelligunt, quia pater naturalis per emancipationē quam in qualibet adoptione interuenire necesse est, vt dixim⁹, extraneus factus esse intelligitur, *l. quinetiā 55. in fi. infr. de rit. nupt.*

b *Item si quis ex minima parte sit institutus.* RAT. DVB. Filius etiā ex minima hereditatis parte heres institutus, heres tamē est, ideóque obstat patrono ne cōtra tabulas liberti bonorū possessionem petere possit *l. etsi ex modica 6. infr. de bon. libert.* Ergo nec beneficio edicti huius frui debet, à quo excluditur filius qui patri heres extitit, *l. si ex alio 9. C. hoc ti.* Cur enim succurretur filio prætextu patriæ potestatis, cùm ipse patri siue insolidū, siue pro parte heres extiterit? DEC. Æquitas quæ hoc Prætoris edictum induxit, facere debet, vt in filio qui conuenitur nō tā mera iuris ciuilis ratio spectāda sit, quàm effectus rei *l. si filius familias 5. §. 1. inf. hoc tit.* alioqui nec filio qui heres institutus & abstentus est, succurri oporteret, cùm non sit sine herede, qui suū heredem habet, quāuis se abstinentē *l. cùm quasi 30. §. sed etsi suus de fideic. libert. l. necessariis, 57. de acquir. hered.* At qui si effectum inspicias ferè est, vt ex nulla parte institutus videatur filius, qui nō nisi ex minima & modica institutus est, quantum scilicet ad hoc edictū pertinet. Ratio enim propter quam nō putauit Prætor succurrēdū filio heredi patris nō alia fuit, quā quia ex cōmodo quod ei adfert paterna hereditas possit habere vnde creditorib. suis satisfaciat: Quæ ratio euidēter cessat in filio qui à patre quidē instituⁿ est, sed in tā modica portione vt exiguū ex ea portione lucrū & cōmodū sperare possit: heredē. n. esse, nomē iuris & honoris sēper est, at nō sēper emolumēti, cùm possit etiā dānosa esse hereditas, *l. si hereditatē 32. infr. mandat.* Nec pro vili aliqua re debent homines attritiones maximas sustinere, vt notat hīc Accursius ex *Nouell. 73. de instrum. cautel. & fid. cap. pen. §. oportet verò.* Aliud iuris est in bonorum possessione cōtra tabulas liberti, quę excluditur, quantulacunq; sit pars hereditatis, ex qua filius institutus fuit *d. l. etsi ex modica*, nempe quia ad patronū excludendū nihil aliud exigimus, nisi vt filius nō sit exheredatus *l. si ex patronis 10. §. 1. & ll. seqq. & pass. eod. tit.* Tam autē verū est exheredatū nō esse eū, qui vel ex minima parte institutus est, quā si ex toto asse institutus esset. Contrà verò euenit aliquādo vt Prætor pro herede illum habeat, qui omissa causa testamēti ab intestato possidet aliquā rē hereditariā, quāmuis in vna re corporali quāticunque precij sit, nulla pars hereditatis ne quidē minima, quia iuris est, possit cōsistere, perinde ac si hereditatē ipsam totā aut partē aliquā possideret *l. etsi non totā 13. cum trib. seqq. inf. si quis omiss. caus. testam.* nempe quia vel minima res hereditaria ab intestato possessa per eū qui causam testamenti omisit, dolū eius & calliditatem arguit, in cuius pœnam edictum illud cōparatum est *l. 1. eod. tit.* In omnibus igitur edictis ratio edicti, & mens Prætoris inspicienda est. Causæ tamē cognitio in hoc maximè casu necessaria est, an scil. eius æstimationis sit hereditas patris, vt filius ex ea portiūcula ex qua institutus fuit tātùm commodi possit cōsequi, quātum necesse est, ad dimittendos creditores quos cùm in patris potestate esset, contraxerat. Hoc enim casu non magis æquum est, succurri filio, quàm si ex maiore hereditatis parte institutus proponeretur. Effectus namque rei inspiciēdus est, vt dixi, non quota pars hereditatis. Idque est quod Vlpianus hīc scribit æquissimum esse causa cognita etiam in hunc dari actionem in id quod facere potest, iunge *l. 4. in princip. inf.*

3. IDEM libro 3. Disputationum.

SEd an hīc detrahi debeat, quod aliis debetur, tractari potest. & siquidem sint creditores, qui, cùm essent alienę potestatis cū eo contraxerunt: rectè dicetur, occupantis meliorē esse condicionē: nisi siquis priuilegiarius veniat. huius enim non sine ratione prioris ratio habebitur, quod si qui sint, qui, posteaquàm sui iuris factus est, cum eo contraxerunt: puto horum rationem habendam.

Ad l. Sed an hīc detrahi 3.

RAT. DVB. Ex omnibus illis qui nō conueniuntur, nisi in quātum facere possunt, solus donator ille est, cui humanitatis gratia indulgetur, vt detrahi æs alienū oporteat, priusquàm ponatur ratio eius quod facere potest *l. inter eos 19. §. 1. inf. de re iudic.* ne scilicet ex liberalitate sua periclitetur, *l. & exheredatum 49. & l. seq. eod. tit.* Ergo in filio emancipato vel exheredato vel abstento aliud probandum est, vt nullum in eius fauorem detrahendū sit æs alienū, contrà quàm hīc ab Vlp. responderi videatur, cùm ait detrahi debere quod aliis debetur, siue cum eo cōtraxerint cùm esset (sic enim legendum est, non *essent*) alienæ potestatis, siue posteaquàm sui iuris effectus est, licèt cum aliqua distinctione, vt mox dicemus. Atque ita concludit Paulus in *d. l. & exheredatum*, vbi hāc ipsam speciem & quæstionē tractat, adfertq; rationē diuersitatis perelegantem, quod pinguius succurrēdum sit donatori, quàm ei qui debitum persoluere compellitur. DEC. Non hīc Vlpiani sensus est, vt detrahi æs alienū debeat in ponendo calculo eius quod facere filius potest, fauore scilicet filij vt in quantitatem tanto minorem condemnetur. Sed ille potiùs, vt ex patrimonio eius qui conuenitur detrahi debeat quod aliis creditorib. debetur siue antè, siue posteaquā sui iuris factus est, cōtraxerint, vt nimirū eorum quoq; omniū ratio habeatur, nec minùs ipsis quàm huic qui agit satisfieri oporteat: cur hac tamen distinctione, vt quod ad eos pertinet, qui contraxerūt cū esset alienę potestatis, melior sit cōdicio occupātis, sicut in actione de peculio *l. nō enim 6. supr. ti. prox. l. si verò 10. inf. de peculio.* nisi fortè si quis priuilegiarius veniat, vt Vlp. hīc addit: quisquis enim priuilegium habet inter creditores, hoc ipso creditur occupasse *l. ex facto 52.* vbi dicemus *eod. tit.* Quod autem ad eos pertinet, qui posteaquā ille sui iuris factus est, cū eo cōtraxerūt, horū ratio omnimodo habeatur, i. quod iis debetur, detrahatur cæteris, qui antè contraxerāt, quamuis nō detrahatur posterioribus quod debetur prioribus. Non ratione illa quam adfert Accursius, quòd priores per capitis diminutionē filijfam. ius suū amiserint, ex *l. vlt. supr. de capit. minut.* quasi qui in vno releuantur, in alio grauentur *arg. l. eū qui 30. supr. de iureiur.* (nullā enim capitis diminutionē patitur filiusfam. exheredatus, aut qui se patris hereditate absti-

BIU Cujas

nuit, sed is tãtùm qui emãcipatur) sed quia potest eis imputari, cur cũ eo cõtraxerint, qui nulla bona in ciuitate habebat, nec habere poterat, quandiu filius f. maneret: nisi eo demùm casu quo pater sibi per filiũ acquiri nollet *l. lex Corn. 28. ad fi. de vulg. & pupill. substit.* quod similiter aliis imputari non potest, qui cum eo postquàm sui iuris factus est, adhuc fortassis inope contraxerunt. Quamuis enim posteriores contraxerint, priores tamen intuiti sunt patrimonium sui debitoris, quod intueri non poterant priores cum eo contrahentes, cuius non aliud erat aut esse poterat patrimonium, quàm peculium quod habebat à patre *l. hinc quæritur 19. §. 1. l. & ancillarũ 27. §. vlt. l. si ex duob. 32. in fi. principij inf. de pecul.* & quod peculiũ erat quidẽ filij, sed magis tamen patris *l. 3. §. sed vtrũ leg. patri 27. in princ. supr. de minor.* Indéq; nimirum est quod filius fam. etiamsi propria sua voluntate cum aliquo contraxerit, perinde tamen auxilium habet à Prætore, vt nõ teneatur suprà quàm facere potest, quàm si iussu patris contraxisset *l. prox. supr.*

4. IDEM libro 29. ad Edictum.

SEd si ex parte non modica sit heres scriptus filius: in arbitrio est creditoris, vtrùm pro portione hereditaria, an in solidum eum conueniat. Sed & hic iudex æstimare debeat, ne fortè in id, quod facere potest, debeat conueniri.

Ad l. Sed si ex parte 4.

RAT. DVB. & DECID. eadem est ad initium huius legis quæ ad §. *vlt. l. 2. supr.* Etsi enim loquitur ibi Vlpianus de filiofamilias herede ex minima parte instituto: hîc autẽ de filio herede scripto ex parte non modica, idem tamen vtriusq; loci sensus est filiumfamilias ex minima parte institutum non teneri in solidũ, sed duntaxat in quantum facere potest: Institutum verò ex parte non modica teneri ex propria persona in solidum, ex causa verò hereditaria, & tanquam heredem pro parte hereditaria. Nec enim obligationes hereditariæ transire possunt contra heredes, nisi pro hereditariis portionibus *l. vlt. & tot. tit. Cod. de heredit. action.* Sed vtroque tamen casu causæ cognitio adhihenda est. Nam sicut fieri potest, vt filius etiam ex minima paternæ hereditatis parte institutus, in solidum tamen teneri debeat, si fortè tam locuples sit hereditas paterna, vt portiuncula illa hereditaria dimittendo in solidùm creditori possit sufficere: ita è contrario facilè potest accidere, vt pars hereditaria illa ex qua filius institutus est, quamuis non sit modica, minoris tamen æstimationis sit, quàm vt ex ea satisfieri creditori in solidum possit: effectus enim rei magis inspiciẽdus est, quàm quota & titulus hereditatis *l. prox. §. 1. infrà* dixi *ad d. l. 2. §. vlt. supr.* Isque mihi sensus esse videtur huius versiculi, *sed & hîc iudex æstimare debet, ne fortè in id quod facere potest, debeat condemnari*, nimirum si conueniatur, non pro parte hereditaria, quæ prima & mala Accursij interpretatio est, sed in solidum ex propria persona & ex suo contractu. Nam quoties pro parte hereditaria cõuenitur nulla causæ cognitio nec distinctio adhibetur, quin omnimodo filius pro ea parte hereditaria condemnari debeat, siue pluris siue minoris sit illa, quàm sit ea quantitas quæ debetur. Tanti enim portionem hereditariam æstimasse filiusfamilias intelligitur, & quisquis alius eam agnouit, & sicuti soluendo est hereditas, quæ inuenit heredem *l. libertus 36. in princip. infr. de bon. libert.* Ita & pars quælibet hæreditaria agnita soluendo esse intelligitur pro rata debiti hereditarij quæ eam partem contingit, vt quælibet pars hereditaria iure hereditatis censeatur §. 1. *Instit. de leg. Falcid.*

1 ¶ Interdum autem, & si exheredatus filius, vel emancipatus sit, in solidum actio aduersus eum dabitur: vtputa si patremfamilias se mentitus est, cùm contraheretur cum eo. nam libro secundo digestorum Marcellus scripsit, etiam si facere non possit, conueniendum propter mendacium.

Ad §. 1. Interdum autem.

RAT. DVB. Verba edicti indistinctè ac generaliter ita concepta sunt, vt in filium exheredatum vel emancipatum de eo quod contraxit, cùm in patris potestate esset, actio dari nõ debeat nisi in quãtum facere potest *l. 2. supr.* Ergo non est adhibenda distinctio, an filius cùm contraheret mentitus sit se patremfamilias esse nécne, quia vbi Prætor non distinxit, nec nos distinguere debemus *vulg. l. de precio 8. supr. de public. in rem act. l. 1. §. generaliter infr. de legat. præst.* DEC. Numquam debet mendacium esse impunitum sicut nec dolus qui semper mendacium concomitatur *l. procurator 11. §. 1. infr. de doli mal. except.* Filius enim familias qui se mẽtitur esse patremfamilias, decipit creditorem, qui se putat cum patrefamilias contrahere non æquè cum filiofamilias contracturus. Ideóq; nec iuuandus est exceptione Macedoniani, vt Accursius noster concludit *ad l. tamen si non opposita 11. infr. tit. prox.* scilicet in pœnam doli & mendacij, vt hîc & *l. eum qui 6. infr.* nam nec pupilli dolo parcimus quoties ille doli capax est *l. heredibus 13. §. 1. & l. seq. supr. de dolo l. 4. §. de dolo infr. de dol. mal. except.* Neque verò in hac tantùm iuris parte punitur mendacium, sed in aliis pleriſque, vt ex iis legibus constat, quas in hanc rem Accursius noster congerit, quibus adde *auth. item possessor. C. qui potior. in pignor. hab.*

2 ¶ Quamquam autem ex contractu in id, quod facere potest, actio in eum datur, tamen ex delictis in solidum conuenitur.

Ad §. 2. Quamquam autem.

RAT. DVB. Etiam is qui delinquit, quodammodo contrahere videtur cum legibus & cum Republ. vt eam pœnam quasi volens & vltro subeat, quam leges tali delicto imposuerunt *argum. l. 1. & 2. supr. de legib.* ita vt non desint, qui putent delinquentes omnes obligari ex quasi contractu: ergo cùm Prætor in hoc edicto locutus est de eo quod

BIU Cujas

quod cum filiofamilias contractum erit, vt ex ea causa filiusfamilias, non nisi in quantum facere potest, teneatur, etiam ad causam delicti porrigẽdum est, vt neque ex delicto detur in filiumfamilias actio suprà quàm facere potest. Dec. Alia contrahendi causa est, alia delinquendi *l. 1. §. sed si cum quolibet.* vbi diximus *sup. de exercit. act.* Et toto genere differunt obligationes, quæ ex contractu vel quasi, & quæ ex delicto aut quasi nascuntur *l. 1. infr. de oblig. & action.* Cúmq; delictum numquam fiat sine dolo, dolus autem filijfamilias beneficio huius edicti indignum eum faciat, vt proximè diximus *ex l. eum qui 6. infr. sicut.* & in socio constitutũ est *l. sed hoc ita 22. infr. de re iudic.* consequens omnino est, vt filiusfamilias qui deliquit, hoc edicto adiuuari non debeat: sicuti nec inuocare legis auxilium ille vmquam potest, qui aduersus legẽ committit *l. auxiliũ 37. in fin. supr. de minor.* Ergo ex causa delicti filiusfamilias sui iuris effectus in solidum conueniendus erit siue emancipatus proponatur, siue exheredatus, siue paterna hereditate abstentus.

3 ¶ Soli autem filio succurritur, non etiã heredi eius. nã & Papinianus libro nono quæstionum scribit, in heredem filij in solidum dandam actionem.

Ad §. 3. Soli autem filio.

Rat. dvb. Eadem causa esse solet & debet heredis & alterius cuiuslibet vniuersalis successoris, quæ fuit defuncti, cùm heres non solùm defuncti personam repræsentet, sed etiam eadem cum defuncto persona esse existimetur *Nouel. 48. de iureiur. & mortem. præst. in princip. l. heres & hereditas 22. infr. de vsucap. l. hereditas 34. de acquir. rer. dom.* Ergo quo casu filiusfamilias effectus sui iuris non tenetur, nisi in quantum facere potest ex eo contractu, quẽ iniit cùm esset alienæ potestatis, eo casu nec heres eius in solidum teneri debet. Dec. Iuris beneficia & priuilegia quædã sunt personalia, quæ non transeunt in heredem, sed finiuntur cũ ea persona, quę meruit præcipuum fauorem, vt Papinianus loquitur in *l. ex pluribus 42. infr. de admin. tutor. l. maritum 11. & seq. solut. matr.* eiusmodi verò est priuilegium quod à Prætore datur filiofamilias, ne de eo quod contraxit, cũ in aliena potestate esset, suprà quàm facere potest, teneatur: dignus enim visus est filiusfamilias, cui succurreretur si quando conueniretur ex ijs contractibus quos in aliena potestate constitutus celebrasset, cùm eo tempore nulla bona haberet, tantóq; facilior fuisse credendus esset ad se obligandum. Quæ ratio cessat euidenter in herede, qui adeundo hereditatem filijfamilias effecti suæ potestatis quantumlibet inopis, eam locupletem fecisse, & cũ creditoribus quasi contraxisse intelligitur *l. 3. §. vlt. & l. 4. infr. quib. ex caus. in pos. eat.* Soluendo enim est hereditas, quæcumque inuenit heredem *l. libertus 36. de bon. libert. l. quæ dotis 33. solut. matrim.* Sibi itaque debet heres imputare, cur debitoris egeni hereditatem adierit, quam sciebat non nisi ea lege adiri posse, vt ipse in solidũ obligaretur. *l. si duo 38. infr. de acquir. hered.* neque verò quicquam in hoc fit contra iuris communis regulas: nec enim minus obligatur filiusfamilias ipso iure in solidum ex contractibus quos inijt in patris potestate, constitutus, quàm heres ipsius *l. si quis cum filiofamilias 44. infr. de pecul.* quia priuilegium filijfamilias hac parte non in eo est, vt filiusfamilias non obligetur in solidum, sed vt quamuis obligatus sit in solidũ, attamen in eum actio non detur nisi in quantum facere potest, vt & in *l. necessarijs 57. de acquir. hered. l. sunt qui 16. & seqq. l. sciendũ 25. de re iudic. l. in condemnatione 173. de regul. iur.* Quamquam nec nouum est, vt plenior actio detur contra heredem, quàm competierit contra defunctum *l. si per imprudentiam 51. §. non mirum infr. de euict.*

4 ¶ Sed an & temporis haberi debeat ratio: vt si quidem ex continenti cum filio agatur, detur actio in id, quod facere potest: sin verò post multos annos, non debeat indulgeri? & mihi videtur rationem habendam esse. In hoc enim causæ cognitio vertitur.

Ad § 4. Sed an & temporis.

Rat. Dvb. Sicuti tempus non est legitimus modus inducendæ aut tollendæ obligationis, *l. obligationum ferè 44. §. placet infr. de oblig. & act.* ita neque augendæ vel minuendæ. Quæ enim augetur obligatio quodammodo inducitur *l. centum Capuæ 8. supr. de eo quod cert. loc.* & è contrario quæ minuitur, eatenus tollitur & perimitur. Ergo parũ refert, an incontinenti cum filio patrefamilias facto agatur de eo, quod cùm alienæ potestatis esset, contraxerit: an verò post multos annos, nec forma edicti perpetui ex eo immutari debet, vt vno casu minus quã alio indulgeri debeat filio, ne in solidũ cõueniatur & cõdẽnetur. Atq; ita noster putat Accursius, existimãs, locũ hunc intelligẽdum de filio, qui cõueniatur post multos annos ex die contractus, intra quos annos aliquãdò facere potuerit in solidum; posteà verò dolo malo desierit facere posse: secundùm quam interpretationem debuerat Vlpian. scribere causę cognitionem in eo verti, an dolo malo aliquid factum sit à filio nécne, vt si dolus malus interuenerit, teneatur filius in solidum ex *l. eum qui infr.* Si verò nihil ab eo factum sit, dolo malo teneatur, dumtaxat in id quod facere potest.

Dec. Ratio, propter quam Prætor hoc edictum in fauorem filijfamilias proposuit, non alia est, vt in superioribus diximus, quàm quia dignus sit filiusfamilias, cui succurratur cum ex eo contractu conuenitur, quem iniit eo tempore quo in aliena erat potestate, nihílque habebat, vnde solueret. Atqui potest fieri, vt ratio hæc cesset in filio, quamuis emancipato, aut exheredato, aut abstento, si fortè post multos annos ab eo die numerandos quo sui iuris factus est, conueniatur, & eo tempore quo iam locupletior & soluendo fieri potuit, & reuera factus est: annõ enim absurdũ est, perinde ei succurri atq; si incõtinenti post emãcipationem, aut post mortem patris conueniretur? Ergo benè Prætor edicto pollicitus est se daturum actionẽ in filium emancipatum, vel exheredatũ, vel abstentum, in id duntaxat quod facere possit, sed *causa cognita*, vt in eo maximè causæ cognitio ver-

BIU Cujas

teretur, an incontinenti, an post multos annos ex die emancipationis aut mortis paternę numerandos filius conueniretur. Error itaque nostrorum omnium in eo est, quod putant Vlpianum ex sententia Prætoris distinguere, an incontinenti, an post multos annos ex ipso contractus die filius conueniatur: quod certè non ita est. Nec enim solus temporis cursus in hac causæ cognitione vertitur ad iuris varietatem inducendam, sed augmentum patrimonij, quod multis annis intercedentibus facilè superuenire potest: non item si modicum duntaxat tempus interceſſerit *l. cura 4. §. deficientium infr. de muner. & honor.* Cæterùm multos annos interceſſiſſe nihil proderit, si non auctæ sint medio tempore facultates, quæ tamen nec augeri vllo modo potuerunt, quandiu filius mansit in potestate, nec postea incontinenti, aut breui aliquo temporis spacio, cùm nemo repentè diues fiat, nisi qui vt D. Hieronymus dicebat, aut iniquus sit, aut iniqui heres. Cùm autem totum hoc in causæ cognitione versetur, errant procul dubio qui apud Accursium hoc ipsum, id est, vt explicant quantitatem annorum arbitrio Prætoris aut iudicis relinquunt.

§ ¶ Is, qui de peculio egit, cùm posset quod iussu: in ea causa est, ne possit: quod iussu postea agere. & ita Proculus existimat. Sed si deceptus, de peculio egit,[a] putat Celsus, succurrendum ei, quæ sententia habet rationem.

Ad §. vlt. Is, qui de peculio.

RAT. DVB. Alia est actio de peculio, alia verò quòd iussu. Illa enim non datur nisi aliquid sit in peculio, & quatenus est in peculio, *l. quæsitum 30. l. depositi 38. in princip. inf. de pecul. l. seruus 20. supr. de dolo.* Hæc verò etiamsi nihil sit in peculio adeóque in solidum *l. 1. supr. hoc tit. & tot. tit. infr. quod iuss.* Ergo qui egit actione de peculio, cùm posset agere, quod iussu etiamsi succubuerit, non est prohibendus agere quod iussu, nec repelli potest exceptione rei iudicatæ, cùm alia & noua actio sit, & alia quodammodo res interueniente iussu & mandatu patris *arg. l. si is qui 25. §. vlt. infr. de except. rei iudic.*

DEC. Actiones de peculio & quod iussu licèt diuersæ sint, diuersásque præstationes habeant, ex eodem tamen fonte & negotio proficiscuntur, próque eodem debito competunt, & inter easdem personas, adeóque quod magis est, in actione quod iussu, si peculium aliquod sit, etiam actio de peculio continetur, quemadmodum redhibitio in actione quantò minoris, habet tantùm electionem, actor vtra malit agere, quoniam aliquando euenire potest, vt expediat ei agere de peculio potiùs quàm quod iussu, si fortè in peculio non minùs sit quàm in debito, & iussus probatio difficilior sit, aliquando contrà vt expeditius sit ei agere, quod iussu quàm de peculio, si fortè paratæ sint iussus probationes, & nihil aut minùs sit in peculio §. 1. §. *cæterum & seq. Instit. hoc ti.* Ergo vtra earum actionum creditor egerit, si altera postea velit agere, exceptione rei iudicatæ summouendus est *d. l. si is qui §. 1. de except. rei iudic.* Neque verò diuersitas actionis rem diuersam facit, aut diuersam causam, quoties eadem res est, quæ petitur, idem corpus, idem ius, eadem causa petendi, eadémque origo petitionis *l. si mater 11. §. eandem l. cùm quæritur 12. & seqq. eod. tit.* quæ omnia hîc concurrunt, vt Accursius hîc bene notat ex *l. in duobus 28. §. exceptio & §. quæ iurauit supr. de iureiur.* nisi noua causa aliqua superuenerit post actionem priorem propositam *d. §. eandem*, vt putà cùm nouum mandatum interuenit, vt in specie *d. l. si quis §. vlt.* In proposito autem tractamus de iussu qui præcesserit contractum, & quem necesse fuit præcedere, vt actio. Quod iussu locum habere possit *l. 1. §. 1. infr. quod iuss.* Porrò de actionum electione, & quando vna electa consumatur altera, diximus ad *l. habebat 14. supr. de instit. act. & ad l. quod in herede 9. §. 1. supr. tit. prox.*

a *Sed si deceptus de peculio egit.* RAT. DVB. Etiam cùm quis deceptus ab aduersario egit vna actione sibi competente, & aliam omisit, quàm eligere potiùs debuerat, nihilominus verum est vtramque actionem consumptam esse, & eam quæ fuit proposita, quoniam in iudicium deducta est, & eam quæ fuit omissa, quoniam hoc ipso amissa est. Ergo non eo magis ad actionem quod iussu redire actor potest, qui priùs de peculio egit.

DEC. Ideò nimirum succurrendum est actori, vt ex Celso Vlpianus hîc scribit, data scilicet creditori actione de dolo, quæ non nisi alia omni deficiente competit, vt in *l. seruus tuus 20. supr. de dolo iunct. l. fideiussor 19. eod.* Sic enim locum hunc intelligo non quomodo videtur intellexisse Accursius, quasi permittendum sit creditori decepto, vt redeat ad actionem, quod iussu ex *leg. 2.* quam in hoc allegat *infr. quand. act. de pecul. est annal.* Ibi enim non dolo aduersarij deceptus creditor fuerat, sed proprio errore ductus: quæ res actionem de dolo inducere non potest.

5. PAVLVS libro 30. ad Edictum.

Si filiusfamilias viuo patre, conuentus, & condemnatus sit: in emancipatum, vel exheredatum postea iudicati actio in id, quod facere potest, danda est.

Ad l. Si filiusfamilias 5.

RAT. DVB. Filiusfamilias qui ex proprio suo contractu viuo patre conuenitur & condemnatur, in solidum & conuenitur & condemnatur, quia in solidum est obligatus *l. si quis cum filiofamilias 44. infr. de pecul. l. si dubitet 10. §. filiusfamilias infr. de fideiuss.* Ergo quamuis postea vel emancipatus vel exheredatus sit, in solidum teneri debet, cùm obligationis substantia ex causa temporis immutari non possit,

BIU Cujas

possit, neque ex postfacto minui, quæ semel in solidum competit *arg. l. 5. infr. ad leg. Falcid.* nec enim emancipatio aut exheredatio modi sunt tollendæ aut minuendæ obligationis, nisi quatenus emancipatio inducit capitis diminutionem, atque ita efficit, vt alia debitoris persona esse videatur, quàm quæ priùs obligata fuit: quæ res ipso iure liberationem inducit, sed non in effectu, quia Prætor rescindit emancipationem & capitis diminutionem, vt restituat obligationem qualis & quanta antè fuit *l. 1. & tot. tit. supr. de capit. minut.* Et hæc generalis ad totum hunc Titulum dubitandi ratio est, sicut & sententia illa, quę initio huius legis ex Paulo proponitur, totius huius Tituli, velut epilogus, & epigraphe est.

Dec. Beneficium huius edicti quod filiisfamilias posteà emancipatis vel exheredatis vel abstentis propositum est, non tam obligationis aut condemnationis substantiam afficit, ne filius etiam post emancipationem, aut abstentionem, aut exheredationem in solidum obligatus maneat, & in solidum condemnari adhuc possit: quàm afficit potissimùm actionem iudicari, & executionem sententiæ, vt benè hîc Bartolus docet: ideoque nec filiifamilias contractus, nec condemnatio contra eum lata in solidum potest impedire, ne conuentus ex iudicato filius tueatur se beneficio huius edicti, vt non nisi in quantum facere potest, vrgeatur. Est enim exceptio hæc, vt & aliæ pleræque ex numero earum, quæ quoniam neque instrumentum, neque iudicatum impugnant, etiam in executione iudicati opponi possunt, *l. tamen si non opposita* 11. vbi dicemus *infr. tit. prox.* Quamquam ad officium Prętoris maximè pertinet, ne filium post emancipationem, aut exheredationem, aut abstentionem siue conueniri siue condemnari in solidum patiatur *l. 2. & l. prox. supr. l. pater 7. in fin. infr. hoc tit.* At non item si durante patria potestate cum filio agatur, quomodo ex omnibus causis conueniri etiam viuo patre potest *l. filiusfamilias 39. de oblig. & action.* quia scilicet non valde indiget filius, vt ei succurratur, quandiu pater viuit in cuius est potestate, cùm toto eo tempore nulla contra eum possit fieri executio iudicati *d. l. si dubitet §. filiusfamilias de fideiuss.* Siquidem nulla bona in ciuitate habet *l. lex Cornelia 28. infr. de vulg. & pupill. substit.* ac proinde cùm nihil interim habeat, quod perdat, eius periculo interim nihil est *l. itaque 12. in princip. infr. de furt.* De illo tantùm dubitari potest, cur ergo Prætor ab initio non prospexerit, vt filiusfamilias quoquo modo contrahens viuo patre non nisi in quantum facere poterit, obligetur, cùm inanis obligatio sit, quatenus ad effectum perduci non potest *l. nam is 6. supr. de dolo.* Sed respondendum est, primùm non potuisse Prætorem impedire, ne filiusfamilias contrahens ipso iure in solidum obligaretur, sicut alius contrahens quilibet *d. l. filiusfamilias l. tam ex contractibus 57. supr. de iudic.* Esset enim id ius ciuile tollere non emendare aut temperare, tollere autem Prætor non potuit *l. necnon 28. §. quod ad eius supr. ex quib. caus. maior. l. cùm sponsus 12. §. si res supr. de Public. in rem act.* & initio *tit. de bonor. poss.* deinde non omni casu accidere, vt filiusfamilias post patris mortem in solidum conueniri & condemnari prohibeatur. Quid enim si non sit emancipatus, sed in sacris & familia patris retentus, tandemque à patre vel in solidum vel ex parte non modica institutus? Iam diximus eo casu non esse huic edicto locum. Et tamen casus ille est, qui euenire ac sperari faciliùs potest, cùm filiusfamilias viuo iam adhuc patre bonorum omnium paternorum dominus esse quodammodo existimetur, vnde & sui heredis nomen accepit *l. in suis 11. infr. de liber. & posthum. l. vlt. de bon. damnat.* Emancipatio enim, & exheredatio, & abstentio filij, aduentitij casus sunt, qui proinde computari nec solent nec debent *l. Iulianus 6. infr. qui & à quib. manu.* Sufficitque vt vel vnum casum vtilem habeat filij familias obligatio ex qua in solidum non modò conueniri & condemnari, sed etiam vrgeri possit *argum. l. Stichus 39. in fin. infr. de manum. testam. l. heres à debitore 21. §. cùm & tu infr. de fideiuss.*

1 ¶ Si filio exheredato, ex senatusconsulto Trebelliano hereditas patris restituta sit: non debebit: in quantum facere potest, sed in solidum condemnari: quia effectu quodammodo heres est.

Ad §. 1. Si filio exheredato.

Rat. dvb. Hic casus quo filius à patre exheredatus sit, verbis edicti nominatim continetur, ne supra id quod facere potest conueniri, aut condemnari possit *l. 2. sup.* Nec tantum si filius exheredatus sit, sed quod magis est, etiamsi institutus fuerit, dummodò non nisi ex modica parte *d. l. 2. in fin. & l. 4. in princip. supr.* Atqui filius exheredatus cui ex Senatusconsulto Trebelliano hereditas patris etiam tota restituta est, non eominùs tamen exheredatus remanet, neque vlla ex parte heres dici potest, ne ex minima quidem, quoniam heres institutus à quo aditam hereditatem fuisse necesse est, vt restitui potuerit, heres factus per aditionem, semper heres manet, neque hereditatis restitutione heres esse desinit, cùm is qui semel heres fuit, semper heres perseueret *§. restituta Instit. de fideic. hered. l. ei qui soluendo 88. de hered. instit. l. aut Prætor 7. §. sed quod Papinianus de minor.* Nec enim vni duo in solidum heredes esse possunt *l. quod contra 141. §. 1. de regul. iur.* Ergo non nisi in quantum facere potest, conueniri & condemnari debet. Dec. Is cui ex Trebelliano Senatusconsulto restituta fuit hereditas, quamuis heres non sit, heredis tamen loco est *d. §. restituta*, quia in eum transit omne cõmodum & emolumentum hereditatis *l. 1. & 2. l. ita tamen 27. §. qui ex Trebelliano infr. ad SC. Trebell.* ac proinde effectu quodammodo heres est, vt hîc Paulus scribit. Itaque cùm habeat ex facultatibus patris, quantum erat habiturus si ex toto asse institutus heres fuisset, nõ alio vtique iure censeri debet, quàm si heres ex toto asse scriptus esset, perindeque cessat ratio edicti hoc casu atque si filius exheredatus non fuisset. Habet enim filius vnde creditoribus satisfacere in solidum possit, nec tam verba testamenti inspicienda sunt, id est, an filius institutus sit an exheredatus, quàm effectus testamenti, id est, an ex eo testamento filius emolumentum hereditatis consecuturus sit *l. vbi pure 19. §. 1. ad SC. Trebell.* Nec similiter tam verba edicti quàm mens Prætoris, & ratio edicti. Vt quo casu ratio edicti cessat, nec edictum ipsum habeat locum, deniq; re ipsa & effectu institutum esse filium sufficit, licet verbis institutus non sit. Quemadmodum è contrario dicimus augeri peculium re, & verbis oportere

BIU Cujas

l.5.§.1.vers.si verò nomina infr. de pecul. Idem ergo est etiamsi filiusfamilias non fideicõmissarius vniuersalis aut partiarius proponatur, sed bonorum possessor, vt hîc notat Accursius. Bonorum enim possessores, licèt heredes non sint, quia neque heredem, neque dominum quiritiarium facere Prætor potuit §. *quos autem Instit. de bonor. possess.* heredum tamen loco sunt *l.1.2.& 3.infr. de bonor. possess.* nam qui in vniuersum ius succedunt, heredum loco habentur *l. in pari* 128.§.1. *de regul.iur.* Aliud esse puto si filiusfamilias exheredatus, posteà heres heredis fuerit. Etsi enim dici solet quod & verissimum est, heredem heredis censeri heredẽ defuncti *l. si quis filiumfamilias* 7.§.*vlt. inf. de acquir.hered. l. vlt. C. de hered. instit.* & eos qui per successionẽ quantũuis longissimã defuncto heredes extiterũt, nõ minùs heredes intelligi, quàm qui principaliter heredes extiterunt *l.qui per successionẽ* 194. *de regul.iur.* differẽtia tamen illa est, q̃ non succedũtisti ex iudicio defũcti *l.qui liberis* 8.§.1. *de vulg. & pupill. substit.* Filiũ verò familias exheredatũ aut abstentũ succedere oportet ex iudicio patris, vt in solidũ cõueniri & cõdẽnari possit, huiusq; edicti beneficio priuetur.

2 ¶ Sed si coactus immiscuerit se, vt restituat hereditatem: perinde obseruandum, ac si se abstinuisset.

Ad §.2. Sed si coactus.

RAT. DVB. Non est sine herede, qui suum heredem habet, quamuis se abstinentem *l. cùm quasi* 30. §. *sed etsi suus de fideic. libert. l.1.§. qui sunt in potestate inf. si quis amiss. caus. testam.* multo minùs ille qui suum heredem habet se immiscentem, quamuis coactus se immiscuerit: adeò vt quãuis filius non se immiscuerit hereditati quam rogatus est restituere, nihilominùs actiones, quæ ei, & in eum cõpetebant, ad fideicommissarium transferantur *l. ita tamen* 27.§. *si pater filium inf. ad SC. Trebell.* In quo differunt sui heredes à cęteris tantùm necessariis, qui quoniam beneficium separationis tantùm habent non abstentionis *l.1.§. vlt. inf. de separat.* omnimodo cogendi sunt à Prætore, vt se misceãt hereditati quam restituere rogati sunt, & sic deinde eã restituant: alioqui nõ possent transferre actiones *l. recusare* 6.§. *hoc Senatusconsultũ ad SC. Trebell.* Ergo si filiusfamilias à patre heres institutus & hereditatem alij restituere rogatus se immiscuerit, quãuis coactus à Prætore, pro herede tamen haberi debet, non autem perinde ac si se abstinuisset. DEC. Qui coactus à Prętore ex Pegasiano Senatusconsulto, vel adit, vel se immiscet, perinde habẽdus est, ac si nec adiisset, nec se immiscuisset: quia quemadmodum nullũ sentire cõmodum debet ex eo, quod inuitus fecit, qui supremas defuncti preces quãtùm in se fuit, destituit *l. si patroni* 55.§. *qui fideicommissam eod. tit. iunct. d.l. ita tamen* §. *qui suspectam.* Ita neque damnum vllum & incõmodum sentire illũ æquum est, ob id quod Prętoris ita iubẽtis imperio paruerit *d.§. qui suspectam.§. sed quia in fin. Instit. de fideic. hered.* Ergo qui à Prætore coactus se immiscuit paternæ hereditati, vt eam fideicommissario restitueret, nõ pro immixto, sed pro abstento haberi debet: Filium autem, quamuis suum heredem, qui se abstinuit, Prætor non habet heredis loco *l. si filius* 12. vbi diximus *supr. de interrog. in iur. fact. l. si filius* 12. *de vulg. & pupill. substit. l. necessariis* 57. *de acquir. hered.* in iis scilicet quæ ad commodum aut incommodum ipsius pertinent *d.l. necessariis.* Ergo non debet Prætor pati, vt suprà quàm facere potest, filius hic conueniatur. Nec enim videri potest habere hereditatem, qui eam alteri restituit *l. aliud est capere* 71. *de verb. signific. l. non videtur* 51. *de regul. iur. cum similib.* Verba enim cum effectu sunt accipienda *l. penult.* §. *docere supr. ne quis eum qui in ius vocat. erit vi exim. l.1.§.1. quod quisq. iur. l. nomen filiarum* 164.§. *vlt. de verb. signific.*

6. VLPIANVS libro 2. Disputationum.

EVm, qui se patremfamilias simulauit, & mandante aliquo stipulatus est, mandati teneri Marcellus scripsit, quamuis rem præstare non possit. & sanè verum est, teneri eum debere: quia dolo fecit. hoc etiam in omnibus bonæ fidei iudiciis dicendum erit [a].

Ad l. Eum, qui 6.

RAT. DVB. Filiusfamilias qui se patremfamilias simulauit per mendacium & dolo malo, non eo magis fit soluendo, vt solidũ præstare possit: nec enim locupletior quisquam fit ob hoc solùm, quòd sit dolosus. Ergo frustra est, si quis cum Vlpiano dicat, teneri eum debere in solidum, & beneficio huius edicti priuandum, siquidem inanis est actio quam debitoris eludit inopia *l. nam is 6. supr. de dolo.* DEC. Vt is qui ipso iure obligatus est in solidum, non possit tamen cõueniri, suprà quàm facere potest, beneficium iutis est prætorij, ex æquitate sola inductũ, quo proinde indignus omnino est is, qui dolo & mendacio suo id egit, vt creditorem deciperet *l. 4. §. interdum,* vbi diximus *supr. l. pen. in fin. infr. ad Trebell.* nunquam enim dolus impunitus manere debet *l. procurator* 11. §.1. *inf. de doli mal. except.* Nec paruum incommodum est, vt quis beneficio huius edicti careat, & in solidum cõdemnari debeat, cùm præstare solidum non possit. Quandoquidem ex ea causa possit detrudi in carceres, ibiq; detineri quousque aut solidũ soluerit, aut ex legis Iuliæ beneficio bonis cesserit *l.1. C. qui bon. ceder. poss.* Idque est quod ex Marcello Vlpianus hîc scribit verum esse, id est, æquum, teneri filiumfamilias scilicet in solidum, quia dolo fecit.

a *Hoc etiam in omnibus bonæ fidei iudiciis dicendum erit.* RAT. DVB. Bona fides ex qua bonæ fidei contractus & bonæ fidei iudicia appellantur, non tam malæ fidei & dolo malo opponitur, quàm æquitati *l. bona fides* 31. *infr. depos.* Nam bonam fidem quæ dolo malo, & malæ fidei aduersatur, in omnibus contractibus etiam strictis desiderari certum est *l. bonam fidem* 4. *C. de oblig. & act.* Ergo quod de mandati actione in hac lege scriptũ est, teneri eã filiumfamilias in solidum, si cùm se patremfamilias simularet, pecuniam ab aliquo stipulatus sit, alio mandante & exegerit, non tantùm in cæteris bonæ fidei iudiciis obtinere debet, sed etiam in strictis: nam & in stricti iuris contractibus & iudiciis dolus malus æquè ac in cęteris, quę

bonæ fide

bonæ fidei sunt, vindicari debet, cùm impunitus remanere nunquam debeat, vt modò diximus, ex *d.l. procurator* 11. §. 1. *inf. de doli mal. except.* Atque ita existimat Accursius nihil hac parte à stricti iuris actionibus bonæ fidei iudicia distare: nec malè: de omnibus enim contractibus indistinctè Vlpian. locutus est in *l.* 4. §. 1. *supr.* cùm dixit filiumfamilias qui se patremfamilias mentitus est, in solidum teneri debere propter mendacium. Dicendum igitur est hoc additum esse ab Vlpiano, si modò Vlpiani potiùs quàm interpretis alicuius adiectio ista est, quia de actione mandati locutus anteà fuerat, quæ bonæ fidei est, & quoniam bonæ fidei iudicia in aliis plerisque sunt fauorabiliora, tum quoque cùm agitur de dolo vindicando. Nam dolus eius qui agit iudicio bonę fidei vindicatur ipso iure citra doli exceptionem. In iudiciis verò strictis nonnisi opposita doli exceptione *l. sed & si* 21. *infr. solut. matrim. l. huiusmodi* 84. §. *qui seruum de legat.* 1. §. *in bonæ fidei* 30. *Instit. de act.* At contra eum qui cõuenitur, quiq; in solidum ipso iure obligatus est, nec meliùs nec aliter vindicari dolus potest, quàm si contra ipsum actio, quæ in solidũ competit, in solidum quoque detur: quamquam hoc casu vindicari dolum dicendum est, non tam per concessionem actionis, quæ etiam aduersus non dolosum in solidum cõpeteret, quàm per denegationem beneficij, & exceptionis, in quantum facere potest, quæ reo daretur, si in dolo non esset §. *sunt præterea* 36. *& seq. eod. tit. de act.* atque ita omnino sentiendum est. Simile aliquid est in *l.* 3. *C. de reb. credit.* vbi Imperatores postquàm dixerunt, in bonæ fidei iudiciis inopia probationum per iudicem iureiurando causa cognita res decidi oportere, subiiciunt *nec non in cæteris causis*, vt intelligamus expressam mentionem contractuum bonæ fidei, non ideò semper alios contractus excludere. Ergo & in actione mutui quæ stricti iuris est, idem obseruabitur, quod in actione mandati, vt filiusfamilias qui cùm se pro patrefamilias fingeret, mutuam pecuniam accepit, & exheres à patre vel emancipatus est, quamuis facere non possit, debeat tamen in solidum condemnari *l. qui cùm se* 10. *infr. de re iudic.*

7. Scævola libro 1. Responsorum.

PAter filio permisit mutuam pecuniam accipere, & per epistolam creditori mandauit, vt ei crederet. filius ex minima parte patri heres exstitit? respondi, esse in potestate creditoris, vtrùm filium, cui credidisset, in solidum, an heredes, pro qua parte quisque successisset, mallet conuenire, sed filius condemnatur, in quantum facere potest.

Ad l. Pater filio 7.

Rat. dvb. & decid. ad hanc legem eadem est, quæ ad *l.* 2. §. *vlt. & l.* 4. *in princip. sup. hoc tit.* Idem namque sensus est, filiumfamilias qui mandante aut saltem permittente patre mutuam pecuniam accepit, si a patre posteà non nisi ex minima parte hereditaria heres institutus sit, posse à creditore conueniri, vel in solidum ex propria persona proprioque contractu, vel tanquam heredem pro ea portione pro qua successit patri, sed tamẽ, si creditor malit filium in solidum conuenire, adiuuandum esse filium beneficio huius edicti, ne suprà quàm facere potest, condemnetur: ideò autem ponit Scæuola patrem filio permisisse mutuam pecuniam accipere, & creditori mandasse, vt filio crederet, quoniam alioquin illicitus esset contractus, nec posset filius ex eo vnquam conueniri ne quidem in quantum facere possit *l. si ex alio* 9. *C. hoc tit.* sicut neque pater ipse de peculio propter Senatusconsulti Macedoniani authoritatem *l. si filius tuus* 6. *C. ad SC. Maced.* Item quia pater hoc casu ex suo proprio contractu & mandato tenetur in solidum, & actione quod iussu aut mandati *l.* 1. *infr. quod iuss.* qui alioqui non nisi de peculio teneretur *d. l. si filius & l. si quis cum filiofamilias* 44. *inf. de pecul.* Proinde relinquit heredes suos obligatos in solidum omnes, sed tamen singulos pro sua quemque parte hereditaria, quoniam obligatio defuncti per legem duodecim tabularum ipso iure inter heredes omnes pro hereditariis portionibus diuiditur *l.* 1. *C. si cert. pet. l. vlt. C. de heredit. act. l.* 1. *C. si vnus ex plurib. hered. debit.* nec distinxit lex 12. tab. an portiones hereditariæ sint minimæ, an maximæ, quia quisquis ex quantulacunque hereditatis parte institutus est, pro ea parte heres est, defunctique personam repræsentat, & ideo creditoribus hereditariis tenetur: quamuis quod ad edictum hoc Prætoris attinet, non habeatur pro instituto, qui ex minima tantùm parte institutus est *d. l.* 2. §. *vlt.* Propter quam causam videbatur neque pro parte hereditaria conueniri posse hoc casu filium tanquã heredem, neque in solidum ex proprio suo contractu, nec proinde dandam esse hanc electionem creditori, nisi eo demùm casu, quo filius ex parte non modica heres scriptus sit, vt Vlp. scripsit in *d. l.* 4. *in princip. sup.* Sed benè Scæuola vidit, separãdam esse in persona filij causam hereditariam à propria filij obligatione, vt ex causa hereditaria omnimodo pro hereditaria portione teneatur, etiãsi nec pro ea parte sit soluendo, putà si damnosa fuit patris hereditas, cùm aliis quoque creditoribus teneatur *l. quæ dotis* 33. *infr. solut. matrim.* Ex causa verò propriæ obligationis conueniri quidem possit in solidum, tanquam ipso iure in solidum obligatus *dict. l. si quis cum filiofamilias*, sed tamen non condemnetur, nisi in quantum facere potest. Ad hunc enim casum restringi debet quod in fine legis scriptum est, *sed filius condemnatur in quantum facere potest*, eo scilicet casu quo ex propria obligatione conueniatur in solidum, non quo tanquam vnus ex heredibus pro parte hereditaria.

8. Pavlvs libro 1. Decretorum.

TItianus Primus præposuerat seruum mutuis pecuniis dandis, & pignoribus accipiendis. sed seruus etiam negociatoribus hordei solebat pro emptore suscipere debitum, & soluere. cùm fugisset seruus, & is, cui obligatus fuerat dare

BIU Cujas

pretium hordei, conueniret dominum nomine institoris: negabat, eo nomine se conueniri posse: quia non in eam rem præpositus fuisset. cùm aut & alia quædam gessisse, & horrea conduxisse, & multis soluisse idem seruus probaretur: præfectus annonæ contra dominum dederat sententiam. dicebamus, quasi fideiussionem esse videri: cùm pro alio solueret debitum: non pro aliis suscipit debitum: non solere autem ex ea causa in dominum dari actionem: nec videtur hoc dominum mandasse: sed quia videbatur in omnibus eum suo nomine substituisse, sententiam conseruauit Imperator.

Ad l. Titianus vlt.

RAT. DVB. Pro domino propter quam videbatur non posse illum conueniri nomine institoris, qui precium hordei pro emptore dare promiserat, illa est, quæ in textu proponitur, quod non in eam rem præpositus seruus idemque institor fuisset, sed tantùm mutuis dandis pecuniis, & pignoribus accipiendis, vt initio legis scriptum est. In proposito autem seruus hic qui pro emptore hordei se obligauerat, & debitum susceperat, non eo animo fecerat, vt ei crederet, quo casu, vt benè sentit Accursius, teneretur vtique dominus institoria, cùm seruum hunc mutuis dandis pecuniis, vt diximus, præposuisset ex *l. in eum 19. §. vlt. supr. de instit. act.* sed potiùs vt per intercessionem æs alienum susciperet, ac pro eo fideiuberet, vt in priore specie *d. §. vlt.* vbi Papinianus scribit institorem non adstringere hoc casu dominum iure prætorio in solidum. Nec enim seruus fideiussionis nomine obligari potest extra causam peculij *l. seruus inscio 19. & seq. infr. de fideiuss.* quia nec dominus hoc ei mandasse intelligitur, vt Paulus hîc scribit. Ergo malè dominus in hac specie conueniebatur institoria, & consequenter malè Præfectus annonæ contra eum dederat sententiam ab Imperatore nihilominùs contra Pauli nostri sensum confirmatam. DEC. Institor generalis est, qui proinde dominum obligat institoria in solidum, quisquis à domino ita præpositus est, vt eum in omnibus substituisse dominus videatur. Nam sicut is qui in vna tantùm re aut negotiatione vel in pluribus certis præpositus est, à cæteris omnibus prohibitus esse intelligitur *l. sed si pupillus 11. §. condicio supr. de instit. act.* Ita & qui negotiis omnibus præpositus est, in omnibus obligat dominum institoria actione in solidum. Atqui in proposita specie habuit Imperator institorem hunc pro præposito generaliter & substituto à domino in omnibus, quia & horrea conduxisse, & multis soluisse, & alia quædam gessisse proponebatur, sciente domino & non contradicente. Meritò igitur sententiam Præfecti annonæ Imperator confirmauit, vt eis quibus delegatus vel obligatus seruus fuerat, precium hordei dare dominus in solidum teneretur. Nihil enim refert, an quis institor generalis factus sit, an verò ei negotiationi quam exercuit, specialiter præpositus fuerit *l. vel vniuersorum 12. iunct. §. vlt. legis præced. supr. de pignor. act.* Nec decipi debent, qui cum institore bona fide contraxerunt *d. §. condicio in fin.* cùm potuerit & debuerit dominus, si actum institoris sui non probabat continuò testationem interponere contrariæ voluntatis, eumque remouere aut saltem prohibere, ne extra id quod ei mandatum fuerat, operam suam interponeret *d. l. sed si pupillus in princip. & §. de quo palam de instit. act. l. si filius familias 16. infr. tit. prox.* Accidit autem Paulo in proposita quæstione quod alias ferè semper, vt in iis causis quas in cognitionibus Imperatoris sui tractauit, succubuerit, & contrariam sententiam retulerit, quamuis melioribus semper fultus rationibus, quàm quibus Imperator mouebatur, vt contra eùm pronunciaret. Sic in *l. Aemilius Larianus 41. supr. de minor. l. Clodius 97. de acquir. hered. l. Paula Callinico 27. §. 1. & vlt. de legat. 3.* & alibi sæpe.

DE SENA-

BIU Cujas

DE SENATVSCONSVLTO MACEDONIANO.

TIT. VI.

VLPIANVS libro 29. ad Edictum.

VErba Senatusconsulti Macedoniani hæc sunt: *Cùm inter cæteras sceleris causas Macedo, quas illi natura administrabat, etiam æs alienum adhibuisset, & sæpe materiam peccandi malis moribus præstaret, qui pecuniam (ne quid amplius diceretur) incertis nominibus crederet: placere, ne cui, qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis eius, cuius in potestate fuisset, actio petitióque daretur: vt scirent, qui pessimo exemplo fœnerarent, nullius posse filiifamilias bonum nomen exspectata patris morte fieri.*

Ad l. Verba Senatusconsulti.

RAT. DVB. Filiusfamilias ex omnibus causis & obligari & conueniri potest *l. filiusfamilias 39. de oblig. & act. l. tam ex contractibus 57. supr. de iudic.* cùm habeat personã integram, nec minùs sit ciuis, quàm si paterfamilias esset *l. nam ciuium 4. supr. de stat. homin.* Ergo si quis filiusfamilias pecuniam crediderit, non debet ei pecuniæ creditæ persecutio denegari, aut exactio per Macedonianum Senatusconsultum impediri. DEC. Ex iuris quidem ratione ita est, sed Senatusconsulti Macedoniani authoritate, quod sub Claudio 4. & Vitellio 3. Consulibus factum esse Petrus Faber obseruauit, inductum est ius nouum, & speciale in pecunia credita, Odio Macedonis fœneratoris, qui Senatusconsulto, vt causam ita & nomen dedit, quòd is inter cæteras sceleris causas, quas ei mala & in nequitiam pronior natura subministrabat, etiam æs alienum adhibere solitus esset, & filiisfamilias pecuniam mutuam dare sub ingenti fœnore. Vnde plerumque eueniebat, vt vel parentum vitæ insidiarentur filij æris alieni impatientia néve tanti fœnoris incommodo & magnitudine tandem obruti perpetuæ egestati mortuo etiam patre mancipparentur. Vel si parentum mortem expectare mallent corrogatis interim vndequaque mutuis pecuniis, ne perditis moribus exercendis materia deesset, mortuis tandem parentibus etiam locupletibus, tam citò inopes & miseri quàm heredes inuenirentur, protracta fortè in longius tempus parentum vita, vt annorum multiplicatione interim auctum fœnus in quantitatem immensam excurreret. Hæc enim Senatusconsulti Macedoniani ratio fuisse videtur, non illa quæ ab interpretibus adfertur, quasi Macedo non aliter pecuniam filiisfamilias sub fœnore crederet, quàm vt ea post mortem patris solueretur. Quis enim ea lege nominatim adiecta filiofamilias crederet, sibique exigendæ ab eo solutionis etiam viuo patre, si qua ratione id fieri posset, viam præriperet? Aut quænam æris alieni impatientia filiumfamilias adigere posset, vt maturaret mortem patris, quo viuo se à creditore vrgeri non posse intelligeret? Immortalitatem potiùs hic patri optare deberet, ne vnquam ipse à creditore inquietaretur. Neque verò ea verba huius legis *& sæpe materiam peccandi malis hominibus præstaret*, hunc duntaxat sensum habere videntur, quasi Macedo filiisfamilias improbis occasionem præberet machinandi aduersus parentum vitam (leuius enim est peccandi nomen, quàm vt ad parricidij impietatem porrigi debeat) sed illum etiam & potiùs, vt credendo iis pecunias subministraret materiam in malos mores, siue ad luxuriam, siue ad aleam, aut quam aliam prodigalitatis & insaniæ iuuenilis speciem mala naturæ suæ propensione ferrentur. Et similiter quod hîc additur, solitum fuisse Macedonem incertis nominibus credere, non ita debet accipi quasi crederet dilata solutione in diem mortis paternæ, qui incertus est, aut non expressa causa vel titulo particulari credendi, ne si exprimeretur de turpitudine eius constaret, vt alij interpretantur. Sed quia filiifamilias debitoris nomen non nisi valde incertum & dubium esse potest propter præsentem eius inopiam, cùm bona nulla habeat in ciuitate *l. lex Cornelia 28. de vulg. & pupill. substit. l. 1. infr. si à parent. quis manumiss. sit.* nec tantùm fieri possit, vt ante patrem moriatur nulla creditoribus spe reliqua debiti consequendi, nec si viuo patre conuentus & condemnatus sit *dict. l. tam ex contractibus 57. supr. de iudic. l. si dubitet 10. §. filiusfamilias infr. de fideiuss.* sed etiam vt multa incidant, quæ faciant, ne morte patris bona vlla consequatur. Quid enim si merentem eum pater exheredauerit? Quid si pater ipse tum diues cùm filiofamilias pecunia credebatur, inopinato aliquo fortunæ impetu in summam egestatem de-

BIU Cujas

lapsus sit? Quid proderit misero creditori actionem habere contra filiumfamilias, quam etiam mortuo patre inopia debitoris possit eludere? *l. nam is 6. supr. de dolo.* & tamen pecunias credebat Marcedo filiisfamilias & incertis huiusmodi nominibus, vt tanto grauiore fœnore sibi eos obstringeret, parum curantes quanto fœnore mutuarentur, dummodò pecunias sibi suisque perditis moribus pararent: itemque illectus dulcedine fœnoris, & spe illa non improbabili fore, vt saltem expectata patris morte, siue naturali, siue ciuili (nihil enim refert *l. item si 7. aliàs l. sed Iulianus §. sed etsi patri infr. hoc titul.*) bonum nomen & certum fieri posset, quod ab initio incertum & suspectum fuisset. Hanc verò spem Senatus sustulit prohibens, ne qua petitio efficax creditori supereſſet ad exigendam mortuo quoque patre pecuniam, quam is filiofamilias credidisset. Non fecit Senatus, nec facere potuit, ne filiusfamilias ex causa mutuò datæ pecuniæ obligaretur, nec proinde quin ex hac causa perinde atque ex aliis conueniri posset *dict. l. filiusfamilias 39. de oblig. & action.* Sed facere tamen potuit, & fecit, ne actio & petitio illa cum effectu esset, data filiofamilias exceptione siue viuo siue iam mortuo patre conueniretur, vt euenit etiam in Senatusconsulto Velleiano de intercessione mulierum, si fortè mulier contra Senatusconsultum illud pro alio intercesserit. Est enim vtroque Senatusconsulto introducta exceptio ad infringendam æquitate defensionis actionem, quæ stricto iure competit *l. tamen 11. l. penult. & pass. infr. hoc titul. l. 2. §. 1. iunct. l. si mulier in iure 23. & pass. infr. ad Senatusconsultum Velleian.* Cum hac tamen differentia, quòd Velleianum fauore mulierum factum est non odio creditorum, Macedonianum verò non tam fauore filiorumfamilias, quàm odio fœneratorum, vt ex hac lege apparet, & ex *l. qui exceptionem 40. supr. de condict. indeb.* Quamquam vtroque Senatusconsulto factum est, vt si certum sit commissum esse aduersus Senatusconsultum deneganda sit à Prætore actio, siue contra filiumfamilias, siue contra mulierem, ita vt nec vlla exceptio necessaria sit §. *proxim. & pass. infr.* Sed tamen quia plures casus occurrunt, in quibus euenit, vt neutri Senatusconsulto locus sit, meliùs ac tutiùs facit Prætor, si det in dubio actionem sub exceptione Senatusconsulti. Et ita intelligi verba vtriusque Senatusconsulti debent. Etsi verò fœneratorum omnium causa odiosa esse meritò creditur, eorum tamen longè odiosior esse debet, qui pessimo exemplo fœnerant, quales Vlpianus noster eos esse dicit, qui filiisfamilias credunt sub fœnore: est enim hoc fœnus exempli omnium pessimi ob materiam peccandi quam pecunia filiisfamilias fœnerata præbet, qui ex ea occasione viciosiores passim fiunt, & quod est consequens ingratiores parentibus, minusque obsequentes: præter id quod potest etiam ea res votum inducere captandæ mortis patris, non tantùm in persona filij, vt solent luxurioſi adolescentes & perditi in patrios annos ante diem inquirere, sed etiam in persona creditoris id maximè satagentis, vt morte patris siue naturali siue ciuili bonum & certum nomen fiat, quod interim non nisi dubium & incertum esse potest. Nec proinde dubitandum est, quin tristissimi & periculosissimi euentus plena res sit, vt Iustinianus loquitur in *l. vltim. Cod. de pact.* Nec minùs si gratuita pecunia credita sit, quàm si fœneratitia *l. item si 2. §. siue autem infr.* quia licèt Senatusconsultum odio fœneratorum factum sit, de iis tamen simpliciter locutum est, qui filiofamilias mutuam pecuniam dedissent. Quamquam vix est, vt filiofamilias pecuniam quis credat sine fœnore, præsertim peculium nullum habenti: nam credita pecunia filiofamilias habenti peculium, non facit locum Senatusconsulto, quia peculij concessio facit, vt ex voluntate patris filiusfamilias ad finem vsque peculij contraxisse videatur. Alioqui facilè esset Senatusconsulto fraudem facere occultato fœnore *l. 7. §. interdum infr.* Benè autem Accursius hinc notat, mala exempla à iure etiam humano reprobari, ex *l. obseruandum est 47. supr. de iudic.* & aliis ab eo citatis. Idque est quod dicitur in *l. 3. §. penult. infr.* dationem pecuniæ perniciosam parentibus visam esse.

1 ¶ Si pendeat, an sit in potestate filius, vtputa quoniam patrem apud hostes habet: in pendenti est, an in Senatusconsultum sit commissum. nam si reciderit in potestatem, Senatusconsulto locus est: si minùs, cessat: interim igitur deneganda est actio [a].

Ad §. 1. Si pendeat.

RAT. DVB. Filius eius qui est in hostium potestate, non est filiusfamilias, cùm non sit in patris sui potestate. Pater enim captus ab hostibus, licèt reuerti ab iis possit, interim tamen verè seruus hostium est §. *serui Instit. de iur. person.* nec proinde filium in sua potestate habere potest, qui ipse non est suæ potestatis *l. sic eueniet 21. infr. ad leg. Iuliam de adult.* Ergo si huic filio credita sit pecunia pendente captiuitate patris, non potest videri creditor commisisse in Senatusconsult. Macedonianum.

DEC. Postliminij fictio facit, vt pater quandocunque reuersus ab hostibus semper in ciuitate mansisse retrofingatur, ac proinde vt nunquam filius sui iuris fuisse videatur. Interim igitur remanet ius patriæ potestatis in suspenso, vt & cætera omnia iura quæ habebat pater in ciuitate §. *si ab hostibus Instit. quib. mod. ius patr. potest. soluit.* tanquam quæ per captiuitatem non tam abrumpantur, quàm suspendantur *l. illa institutio 32. §. 1. infr. de hered. instit.* Vnde est, quod fictio postliminij suspensi iuris constitutio dicitur à Papiniano in *l. pen. infr. de suis & legit.* Et consequenter potestas quoque Senatusconsulti Macedoniani in suspenso manet. Nam si in patris potestatem reciderit filius, erit Senatusconsulto locus, quia verum erit dicere pecuniam ei creditam esse, qui filiusfamilias semper

BIU Cujas

semper fuisse intelligitur, si minùs cessabit Senatusconsultum, tanquam pecuniâ ei creditâ qui neque filiusfamilias tùm fuit, neque fuisse postea retrofingitur. Nec nouum est in pendenti ius esse, quoties factum ipsum ex quo ius oritur, in pẽdẽti quoq; est, quãuis ius ipsum per se semper certum sit nõ minùs quàm finitum *l. 2. infr. de iur. & fact. ignor. l. 2. §. 1. infrà, quand. de pecul. act. annal. est l. impuberem 21. §. 1. infr. ad leg. Cornel. de falsf.*

a *Interim igitur deneganda est actio.* RAT. DVB. Quod pendet non est pro eo quasi sit, vt habet iuris regula *l. is damnum dat 169. §. 1. de reg. iur.* Interim igitur præsens rerum status inspiciendus est, non is qui potest ita euenire, vt tamen possit, etiam non euenire, atqui secundum præsentem statum non est filiusfamilias is, qui patrem habet apud hostes & seruum hostium, vt proximè diximus. Ergo non est interim deneganda actio creditori, quem interim verum est, nihil fecisse contra Senatusconsultũ.

DEC. Actio certa non potest competere ex eo iure quod adhuc incertum est, quodque pendet ex futuro euẽtu *d. l. 2. §. 1 infr. quand. de pecul. act. annal. est, d. l. impuberẽ 21. §. 1. ad leg. Corn. de falsf. l sed etsi 28. §. vl. sup. de iudic. l. 3. & seqq supr. si pars hered. petat.* Ergo quandiu pendet, an filiusfamilias fuerit, is, qui pecuniam mutuam accepit, Senatusconsulti quoque vim ac potestatem pendẽre necesse est *l. de hereditate 19. §. paterfamilias & pass. infr. de castrens. pecul. d. l. penult. de suis & legit. l. Gallus 29. §. quid si & §. si eius de liber. & posthum.* Aliud est in specie *l. ordinata 24. in princ. infr. de liber. caus.* vbi post ordinatam liberalem causam pro libero interim habendus est is, de cuius statu contenditur: id enim fit non solùm fauore libertatis, sed etiam, vt possit is qui seruus dicitur contra eum qui se dominum adfirmat, consistere, quod alioqui nisi certis ex causis ei nõ liceret *l. vix certis ex causis 53. supr. de iudic.* Neq; verò status eius de cuius libertate disputatur pendet interim, sed per rerum naturam certus est, licèt incertum sit, quid Prætor sit pronunciaturus.

2 ¶ Certè si adrogatus mutuam pecuniam acceperit, deinde sit restitutus, vt emanciparetur: Senatusconsultum locum habebit. fuit enim filiusfamilias.

Ad §. 2. Certè si adrogatus.

RAT. DVB. Restitutio reponit omnia in pristinum statum, in quo erant, priusquam contraherentur *l, quod si minor 24. §. restitutio supr. de minor. l. vnic. C. de rescind. vend. quæ fiunt in iudic. in integr. restit.* Ergo si adrogatus mutuam pecuniam acceperit, deinde beneficio ætatis restitutus sit in integrum, tanquam minor & læsus, forte si cùm esset locuples adrogari se à Prædone passus esset, vt in *l. 3. §. si quis minor supr. de minor.* perinde haberi debet saltem post petitam, & impetratam restitutionem ac si nũquam adrogatus fuisset, & consequenter non pro filiofamilias haberi debet, sed pro patrefamilias cui proinde mutua pecunia credi impunè potuit citra metum Senatusconsulti. Exemplo eius quod proximè scriptum est, de filio captiui ab hostibus nunquam reuersi.

DEC. Filiusfamilias per adrogationem factus, licèt aduersus adrogationem in integrum restitutus sit, nihil aliud tamen consequitur, quàm vt ab adrogatore emancipandus sit, non etiam vt adrogatio pro non facta habeatur, emancipatio autem tantùm abest, vt tollat intellectum præcedentis adrogationis, vt è contrario eam præsupponat: nec enim alius emancipari potest, quàm qui filiusfamilias reuera est *l. quidam 131. de verb. oblig.* ergo non potest facere secuta in integrum restitutio & emancipatio, vt non fecerit contra Senatusconsultum Macedonianum is qui adrogato pecuniam credidit, cùm verum sit filiumfamiliaseum fuisse, nec retrofingi patremfamilias semper mansisse. In quo minor est potestas restitutionis in integrum, quàm fictionis postliminij, quia restitutio in integrum nihil retrofingit, sed de nouo aliquid inducit, vt non malè hîc Bartolus tractat. Quamuis falsum sit, quod ille ait in specie superioris §. ex postliminij fictione fieri vt filius patris apud hostes, tandem defuncti videatur fuisse sui iuris. Nulla enim fictione in eam rem opus est, cùm tam verè sui iuris fuerit quàm verè pater seruus hostium fuit, nec aliud facit postliminij fictio, nisi vt qui ab hostibus rediit nunquam captus fuisse videatur, at non etiam vt qui nõ rediit seruus fuisse retrofingatur. Nam captiuo non reuerso postliminij fictio nec necessaria, nec vtilis vllo modo est.

3 ¶ In filiofamilias nihil dignitas facit, quò minùs Senatusconsultum Macedonianum locum habeat. nam etiam si consul sit, vel cuiusvis dignitatis: Senatusconsulto locus est: nisi fortè castrense peculium habeat: [a] tunc enim Senatusconsultum cessabit.

Ad §. vlt. In filiofamilias.

RAT. DVB. Dignitas Consularis & aliæ maiores huiusmodi dignitates facere debent, vt non facilè præsumendum sit filiumfamilias consulem aut dignitate alia excellenti præditum occasionem peccandi ex mutuo sumpturum, aut aliquid in necem patris machinaturum *arg. l. vnic. supr. de offic. præf. prætor.* Ergo quasi cessante hoc casu ratione & causa Senatusconsulti dicendum, videtur cessare quoque Senatusconsultum.

DEC. Senatusconsultum generaliter locutum est de filiofamilias non adhibita distinctione, an in dignitate aliqua constitutus sit filiusfamilias, necne. Non enim dignitas eximit filium à patria potestate excepta dignitate patriciatus, *§. filiusfamilias institut. quib. mod. ius patr. potest. solu.* Ergo generaliter intelligẽdum est de filiofamilias quolibet: nec distinguere debemus, vbi Senatus non distinxit *arg. l. de precio 8. supr. de public. in rem act. l. 1. §. generaliter infr. de legat. præst.* Hodie tamen aliud iuris est, postquàm placuit Iustiniano *Nouell. 81.* cui titulus est *constit. quæ dignit. & Episcopat. fil. liber. patr. potest.* vt per alias pleraque dignitates ea constitutione enumeratas, itémque per Episcopatum filiusfamilias à patria potestate liberetur.

BIU Cujas

a *Nisi fortè castrense peculium habeat.* RAT. DVB. Militia non eximit filium à patria potestate, non magis quàm dignitas cõsularis *d.§. filiusfamilias*, nec si filiusfamilias castrense peculium habeat, aut quasi castrense. Quid enim commune illud habet cum patria potestate? Ergo etiamsi castrense peculium, aut quasi castrense habeat filiusfamilias, qui mutuam pecuniam accepit, non ideò cessare Senatusconsultum debet. DEC. Ex Imperatorum constitutionib. filijfamilias milites, licèt filijfamilias maneant, attamen patrumfamilias vice funguntur, vt subiicitur in *l. seq.* vt nimirum eo priuilegio inuitarẽtur filijfamilias ad militię munera subeunda; idque non inuitis parentibus, quia disciplina castrorum antiquior fuit parentibus Romanis, quàm charitas ipsa liberorum *l. postliminium* 19. *§. filius quoque familias infr. de captiu. & postlim.* Adeò autẽ hoc verum est, filiumfa. militem in castrẽsi peculio patrisfamilias iure censeri, vt etiam de castrensi peculio testari possit *§. 1. instit. qui testam. facer. poss. l. vlt. infr. ad SC. Tertyll.* quamuis non nisi patrisfamilias lex duodecim tabularum ius testãdi concesserit *l. verbis legis* 120. *de verb. signif. iunct. l. 1. ad leg. Falcid. l. pater* 10. *§. 1. infr. de capt. & postlim.* Itémq; vt inter patrem & filiumfam. de castrẽsi peculio, perinde atq; inter extraneos lis esse possit *l. 4. supr. de iudic. iunct. l. ne cum filiofamilias* 16. *infr. de furt.* Ergo & Senatusconsultum Macedonianum hoc casu cessare debet, quia de filiofamilias duntaxat, non etiam de patrefamilias locutum est *l. vlt. C. hoc tit.* Et verò cùm in peculio castrensi nihil omnino iuris habeat pater quandiu filius viuit *l. 3. Cod. de pecul. castrens. milit. libr.* 12. *titul.* 37. *l. imperator* 50. *ad SC. Trebell.* nulla ratio est, cur prætextu patriæ potestatis inducatur Senatusconsultum Macedonianum in filiofamilias milite castrense peculium habente.

2. IDEM libro 64. ad Edictum.

VSque ad quantitatem castrensis peculij: cùm filiifamilias in castrensi peculio [a] vice patrumfamiliarum fungantur.

Ad l. 2. VSque ad quantitatem.

RAT. DVB. & DEC. eadem ipsa est, quæ ad finem legis precedentis: nisi quod hîc additur filiumfamilias militem ita demùm non iuuari Macedoniano, si mutuam pecuniam acceperit ad quantitatem vsque castrensis peculij: est enim priuilegium hoc nõ tam militiæ, quàm peculij in militia quæsiti, nec proinde vltra peculij castrensis quantitatem extendi potest. Itaque si filiusfamilias miles qui centum duntaxat in peculio castrensi habuit, ducenta mutua acceperit, in centum quidem non iuuabitur Macedoniano, at in aliis centum iuuabitur, in quo nihil absurdi est ob tam euidentem rationem diuersitatis.

a *Cùm filijfamilias in castrensi peculio.* RAT. DVB. Paterfamilias heredem habere potest, non minùs ab intestato, quàm ex testamento, ex verbis illis legis duodecim tabularum, *si paterfamilias intestato moritur, nec suus heres vllus erit, agnatus proximus familiam habeto l. 1. l. pen. & pass. de suis & legit.* Atqui filiusfamilias miles quantumuis peculium castrense habeat, heredem nullum habere potest ab intestato ne quidem in castrensi peculio, sed pater bona ipsius castẽrsia omnia occupat iure peculij *l. 1. 2. & pass. infrà, de castrens. pecul.* Adeò vt nec hodie aliud sit post *Nouell. 118. de hered. ab intest. venient.* qua Iustinianus induxit, vt filiusfamilias etiam paganus in peculio quoque aduentitio legitimũ heredem habere possit: nam neque de castrensi peculio loquitur, sed tãtùm de aduentitio, & longè alia ratio est peculij castrensis, quia cùm de eo testari filiusfamilias etiam hodie possit, qui de aduentitio non posset *l. pen. Cod. qui testam. facer. poss.* longè maior ratio fuit corrigendi iuris veteris quantum ad successionem intestati, in peculio aduentitio quàm in castrensi, de quo si filiusfamilias testatus non sit, imputet sibi cum de eo testari potuerit. Datum enim est priuilegium non tam castrensi peculio, quàm iudicio militis de castrensi peculio testantis, vt eleganter scriptum est in *d. l. vlt. in fin. infr. ad SC. Tertyl.* Idque à nobis cõtra Accursij nostri, & interpretum nostrorum opiniones pluribus disputatum est in *Chiliadem de error. pragma.* Illud quoque in castrensi peculio singulare est, vt filiusfamilias qui cùm diuersi generis peculia haberet [potest enim habere *l. hinc quæritur* 19. *§. 1. infr. tit. proxim.* putà peculium profectitium, aduentitium & castrẽse] mutuam pecuniam accepit, in causam castrensis peculij eam accepisse intelligatur, quod à Iustiniano expressim constitutum est in *l. vlt. Cod. hoc tit.* Etsi autem lex hæc de castrensi tantùm peculio loquitur, attamen in quasi castrẽsi idẽ iuris est ex alia eiusdẽ Iustiniani constitutione in *l. vlt. C. de inoffic. testam. iunct. l. 1. §. nec castrense infr. de collat. bonor.*

3. IDEM libro 29. ad Edictum.

SI quis patremfamilias esse credidit, non vana simplicitate deceptus, nec iuris ignorantia, sed quia publicè paterfamilias plerisque videbatur, sic agebat, sic contrahebat, sic muneribus fungebatur: cessabit Senatusconsultum.

Ad l. Si quis patremfamilias 3.

RAT. DVB. Is qui reuera filiusfamilias est, licèt publicè paterfamilias plerisque videatur, quia sic agat, sic contrahat, sic muneribus fungatur quasi paterfamilias sit non eo minùs tamẽ filiusfamilias est: nec enim communis hominum opinio præsertim erronea iustus modus est tollendæ patriæ potestatis, *tot. tit. instit. quib. mod. ius patr. potest. tollit.* ergo verum est creditam fuisse pecuniam ei qui filiusfam. verè fuit, & consequenter non debet cessare Senatusconsultũ *l. 1. §. pen. supr.* DEC. Macedonianum Senatusconsultũ nõ tam fauore filiorũfamilias factum est, quã odio creditorum, vt diximus ad *l. 1. supr.* atqui nullũ potest odium

odium esse creditoris, qui cùm filiofamilias contrahit, quem patremfamilias esse putat, non vana simplicitate deceptus, neque stulta iuris ignorantia, sed publico & communi, eóque non improbabili omniũ errore, neque potest hic videri aliquid cõtra Senatusconsultum facere voluisse, qui se patrifamilias credere existimauit: communis enim error licet ius non faciat, vt contra errorem communem interpretum docuimus ad *l. Barbarius Philippus 3. supr. de offic. Prætor.* iustam tamen excusationem præbet, quia nec affectatus nec suspectus videri potest *l. item si 7. aliàs, l. sed Iulianus §. item si duos & l. penu. inf. hoc tit. l. 1. Cod. eod. d. l. Barbarius l. quid sit fugitiuus 17. §. apud Labeonem 12. & §. idem Cœlius ait 16. inf. de ædilit. edict. l. 3. in fin. infr. de supell. legat. l. fugitiuus 19. infr. de solut. l. sed etsi 7. §. Marcellus*, aliàs *l. eum qui suprà, de Public. in rem act. l. cùm quidam 30. §. quod dicitur infr. de acquir. hered. l. 4. C. de incest. & inutil. nupt. & tot. tit. infr. de eo qui pro tutor. vel curat. negot. ger.* Mirum igitur non est in eo creditore, qui tali filiofamilias bona fide credidit, cessare Senatusconsultum, nec aliud est si adfirmationi crediderit debitoris se patremfamilias dicentis *l. 1. Cod. hoc tit.* aliud esset si fauore filiorumfamilias Senatusconsultum factum esset vt benè tractat Bartolus ex *l. 2. §. verba infr. ad SC. Velleian. l. 1. & 2. Co. si min. se maior. dixer.*

1 ¶ Vnde Iulianus libro duodecimo in eo, qui vectigalia conducta habebat, scribit, & est sæpè constitutum, cessare Senatusconsultum.

Ad §. 1. Vnde Iulianus.

RAT. DVB. Etiam filiusfamilias publica vectigalia conducta habere potest, cùm ex omni causa, omnique contractu & obligari & conueniri possit *l. filiusfamilias 39. de oblig. & action.* præterquàm ex voto *l. 3. §. 1. infr. de pollicit.* & ex mutuo propter authoritatẽ Senatusconsulti Macedoniani *l. si ex alio 9. C. quod cum eo qui in alien. potest.* neq; rursus publicorum vectigalium conductio iustus & legitimus modus est tollendæ patriæ potestatis: ergo nõ ideò cessare debet Senatusconsultum, quod quis filiofamilias publicorum vectigalium conductori pecuniam mutuam crediderit. DEC. Non admittuntur ad licitationem & conductionem publicorum vectigaliũ alij, quàm illi, quorum certa & idonea sint nomina nec vllo modo suspecta *l. locatio 9. in prin. & §. reliqua tores & seq. infr. de publican. & vectigal.* Filijfamilias verò nomen per se, id est, sine patre aut sine fideiussore, neque certum, neque bonum est *l. 1. supr. l. si filiusfamilias 7. infr. de tutel.* Ergo si quis crediderit pecuniam mutuam filiofamilias conductori publicorum vectigalium, iustam causam habuit existimandi credere se patrifamilias, ideóque Senatusconsultum hoc quoque casu cessare æquum est, non minùs quã superiore: itaque illatio hæc tantùm est ex eo, quod proximè dictum fuit: proinde si quis crediderit cõductori publicorum vectigalium, quem sciebat esse filiumfamilias, obstabit ei Senatusconsultum, quoniam scientia nullam excusationem admittit: imò verò sufficit, vt creditor scire facilè ac probabiliter potuerit filiumfamilias esse eum cui credebat *l. pen. infr. & §. prox. seq.*

2 ¶ Proinde & in eo, qui scire non potuit, an filiusfamilias sit, Iulianus libro duodecimo cessare Senatusconsultum ait: vtputa in pupillo, vel minore viginti quinque annis. Sed in minore causa cognita, & à prætore succurrendum. In pupillo autem etiam alia ratione debuit dicere cessare Senatusconsultum: quod mutua pecunia non sit, quam sine tutoris auctoritate pupillus dat, quemadmodum ipse dicit Iulianus libro duodecimo.

Si filiusfamilias crediderit, cessare Senatusconsultum: quod mutua pecunia nõ sit, quamuis liberam peculij administrationem habuit. non enim perdere ei peculium pater concedit, cùm peculij administrationem permittit. & ideo vindicationem nummorum patri superesse ait.

Ad §. 2. Proinde.

RAT. DVB. Qui cum alio contrahit, vel est, vel debet esse, non ignarus condicionis eius cum quo contrahit *l. qui cum alio 19. de regul. iur.* Ergo quisquis pecuniam alij credit, priùs scire ac diligẽter exquirere debet, an filiofamilias credat, an patrifamilias, nec audiendus est, si alleget non potuisse se scire, an filiusfamilias esset, an paterfamilias.

DEC. Ignorantia non tantùm facti, sed etiam iuris in minore annis vigintiquinque semper tolerabilis est *l. regula 9. infr. de iur. & fact. ignor. l. vlt. Cod. eod. l. pen. C. de minor.* Multo magis in pupillo cuius ætas ignorat, etiam illa quæ videt *l. 1. C. de fals. monet.* Ergo si vel pupillus vel etiam minor pecuniam filiofamilias maiori crediderit, non debet ei nocere Senatusconsultum, magísque ætatis quàm Senatusconsulti ratio habenda est, vt in *l. verum 11. §. vlt. supr. de minor.* Sed in minore tamen non vsque quaq; verum est, succurrendum ei esse, sed causa cognita, vt hîc Vlpianus adiicit, & à Prætore non à iudice, qui cognoscit inter minorem & filiumfamilias, qui pecuniam mutuam accepit: de causis enim minorum solus Prætor cognoscit, siue de in integrum restitutione, siue de qua alia re tractetur; neque ex edicto de minoribus actio vel cautio vlla proficiscitur, sed totum id pendet ex cognitione Prætoris *l. quòd si minor. 24. §. vlt. eod. titul. l. nam posteaquàm 9. §. si minor. supr. de iureiur. l. sed si pupillus 11. §. 1. supr. de institu. act.* Causæ autem cognitio in hoc versabitur, an minor sciuerit, an ignorauerit filiumfamilias illum esse, cui pecuniã credidit: etsi enim præsumitur ignorãtia in minore, vt Bartol. hic notat, admittit tamen ea præsumptio probationẽ in contrariũ, quia iuris tãtũ est, non etiã de iure: igitur causę cognitio aliqua hic necessaria est, sed quę probatione onerat eũ qui dicit pecuniã à minore creditã esse illi, quę filiũfa. sciebat

BIU Cujas

in aliis aliud est: probare enim creditor debet neque sciuisse se, neque scire potuisse an filiusfamilias esset ille cui pecunia credebatur. Pupillus autem & à minore distat, & à cæteris in eo quod si mutuam pecuniam filiofamilias dederit, neque oneratur probatione, quod nec sciuerit, nec scire potuerit filiumfamilias eum fuisse, neque timet ne contra eũ probetur scientia, quæ etiamsi probaretur, nihil tamen ei noceret propter fauorem ætatis pupillaris, nec si pupillus doli capax proponeretur, vt in *l. 3. §. vlt.* vbi diximus *supr. de tribu. act. l. vlt. infr. de iur. & fact. ignor.* Quamquam alia & fortior ratio est, ob quam dicendum sit Macedonianum pupillo obstare non posse, quia scilicet credendo pecuniam sine authoritate tutoris, non facit eãm mutuam quandoquidẽ non facit accipientis: cùm nihil alienare sine tutoris authoritate pupillus possit *§. nunc admonẽdi inst. quib. alien. licet vel non l. obligari 9. infr. de author. tut.* Et hanc rationem à Iuliano prætermissam esse Vlpianus hîc miratur, cùm in specie diuersa quidem, sed dubitabiliore idem Iulianus *lib. 12. Digestorũ* benè docuerit cessare Senatusconsultum id est, si filiusfamilias etiã habens à patre liberam peculij administrationẽ filiofamilias pecuniam crediderit, non alia ratione, quàm quia neque hoc casu mutua fiat pecunia: est autem hic casus ideò dubitabilior, vt dixi, quoniam non tantùm filiusfamilias, sed etiam seruus si liberã peculij administrationem habeat alienare res & pecunias peculiares potest *l. si cõuenerit 18. §. vlt. & l. seq. supr. de pignor. act.* In eóque plus iuris habet quàm pupillus, de quo proximè diximus qui nullũ alienandi absque tutore ius habet: sed decidendi ratio est, quàm idem Iulianus adferebat, quod pater qui filiofamilias liberam peculij administrationem permittit, non ideò concedat ei quicquam ex peculio perdere, quomodo idem Vlpianus noster ratiocinatur in *l. filiusfamilias 7. §. item videamus infr. de donat. & Caius in l. contra 28. § si filius supr. de pact.* perdit autẽ non tantùm qui donat, vt in *d. §. item videamus*, sed etiam qui credit filiofamilias, cùm propter interdictum Senatusconsulti Macedoniani nullam ex eo mutuo actionem efficacem sit habiturus: impeditur ergo hoc casu alienatio dominij pecuniæ creditæ quòd summopere notandum est, non propter authoritatem Senatusconsulti, vt euenit in prædiis minorum *l. prædia 8. l. si quidem 11. C. de præd. minor.* [nec enim Macedonianum impedit, ne is qui credit filiofamilias, faciat nummos accipientis,] sed defectu voluntatis in persona patris, qui alienandi potestatem hoc casu nullam filio dedisse intelligitur, & sine cuius tamen voluntate nihil alienare filiusfamilias potest: superest ergo, quod hîc subiicit Vlpianus ex Iuliano, vt saluam pater habeat vindicationem nummorum, quos filiusfamilias filiofamilias credidit, tanquam quorum dominium in accipientẽ, nec transierit, nec transire potuerit *l. rogasti 11. §. vlt. supra de reb. credit.* Potest enim quilibet vindicare, quod suum est *l. Quintus 27. §. argento de aur. & argent. legat.* Hoc ita si nummi extent, nã si consumpti sint, condictio necessaria est, vt & in *l. sed si pater familias 9. §. 1. infr.* Planè si pater agat ex contractu filij, & mutuam pecuniam petat, alij filiofamilias creditam, dubitãdum non est, quin hoc ipso ratum contractum habeat, & ita mutuum conualescat, vt proinde Macedoniani exceptio locum hîc habere non possit *l. vlt. C. hoc tit.* & ita benè hîc Accursius notat.

3 ¶ Is autem solus Senatusconsultum offendit: qui mutuam pecuniam filiofamilias dedit: non qui alias contraxit: puta vendidit, locauit, vel alio modo cõtraxit. nã pecuniæ datio pernicioſa parẽtibus eorum visa est. & ideò etsi in creditum abiit filiofamilias vel ex causa emptionis, vel ex alio contractu, in quo pecuniam non numeraui: & si stipulatus sim, licèt cœperit esse mutua pecunia: tamen, quia pecuniæ numeratio non occurrit, cessat Senatusconsultum, quod ita demùm erit dicendum, si non fraus Senatusconsulto sit cogitata: vt, qui credere non potuit, magis ei venderet, vt ille rei pretium haberet in mutui vicem.

Ad §. 3. Is autem solus.

RAT. DVB. Quod vna via facere prohibitum est, alia fieri non debet, ne alioqui facilè fraus fiat legi & Senatusconsulto *l. scire oportet 21. §. 1. infr. de legit. tutor. h. magis puto 5. § si pupillus infr de reb. eor. qui sub tutel.* ergo quod Senatusconsulto Macedoniano prohibitum est, ne cui filiofamilias pecuniam credere liceat, non tantùm ad mutui contractum, & ad numerationem referendum est, sed ad omnem omnino contractum, qui cum filiofamilias ineatur, præsertim cùm Senatusconsultum locutum sit de pecunia credita, cuius appellatio generalis est: nam verbis quoque credimus, nec minùs cæterarum rerum nomine quę in pondere & mensura consistunt, quàm pecuniæ nomine in creditum ire possumus *l. 2. §. 1. & §. vlt. supr. de reb. credit.* DEC. Quod Senatusconsulto Macedoniano inductum est, vt filiofamilias credere non liceat, non ad verba referendum est, sed ad solam realem numerationem *l. prox. inf.* sola enim pecuniæ datio & numeratio parentibus pernicioſa esse visa est, non cæteri etiam contractus. vt Vlpianus hic scribit, siue quòd pecunia fragilis & lubrica res sit *l. si chorus 79. §. 1. de legat. 3.* ac proinde quàm filiusfamilias qui mutuam accepit, amittit faciliùs, siue potiùs quòd procliuiores sint homines ad mutuam pecuniam accipiendam, si modò creditorem inueniant, quam ad alios contractus ineundos, præsertim qui sint vltro citróque obligatorij, vt sunt contractus emptionis, locationis, & similes: maximè verò ij qui luxuriæ dediti sunt, & prodigalitati: sola enim pecunia numerata in eas res commodum vsum præbet, ideóque tanto magis fuit prohibenda, non cæteri etiam contractus, nisi in fraudem Senatusconsulti excogitati probentur. Fieri enim

BIU Cujas

enim potest, vt qui mutuam pecuniam filiofamilias vult, nec tamen propter Senatusconsultum audet credere, colorem quærat emptionis, & fingat se filiofamilias vendere, vt ille precium habeat in mutui vicem: quicquid enim in Senatusconsulti fraudem excogitatum videri potest, ratum haberi non debet *l. quidam 29. §. 1. infr. ad SC. Velleian l. contra legem 29. & seq. supr. de legib.* ergo si aliter quàm mutua data pecunia cum filiofamilias cõtractum sit nullo fraudis consilio interueniente, Senatusconsulto locus non erit *l. 3. Cod. hoc tit. l. item si 7. in princip. l. si quod alij 33. infr.* Planè nec omnis numeratio pecuniæ creditæ interdicta est: quid enim si filiusfamilias non sibi, sed patri mutuam pecuniam acceperit? Aut quid si sibi quidem, sed tamen in rem patris eam verterit? nam & hoc casu patri eam accepisse videtur: ergo & his casibus cessabit Senatusconsultum *l. item si 7. alàs l. sed Iulianus §. proinde infr hoc tit.*

a *Licèt cœperit esse mutua pecunia.* Accursius noster sic intelligit, quasi pecunia deducta fuerit in confessionem mutui, quæ tamen ex alio contractu & ex alia causa debebatur, nec malè: ponit enim Vlpianus stipulationem interuenisse ante numerationem pecuniæ creditæ, quomodo interuenire solet aut ante aut post, vt tantò fortiùs obligetur debitor ex causa stipulationis non mutui, quod cùm euenit vnicus quidem contractus est isque stipulationis non mutui *l. si ita fuero 6. §. . & l. seq. infr. de nouat.* sed tamen pecunia iam tùm incipit esse mutua, cùm stipulatio interponitur, quia verbis quoque credimus, & per stipulationem, vt proximè dicebamus ex *l. 2. §. vlt supr de reb. credit.* nec ideò tamen locus adhuc fit Senatusconsulto Macedoniano, quia vt subiicitur in *l. sequ.* quod vulgò dicitur filiofamilias credi non licere non ad verba, sed ad numerationem referendum est, neque tam promissio quàm numeratio pecuniæ facta filiofamilias perniciosa esse parentibus visa est, quandoquidem non promissio, sed numeratio sola illa est, quæ peccandi materiam malis moribus subministrat. Proinde siue numeratio secuta sit, posteaquã factus est filiusfamilias sui iuris, neque Senatusconsulti, neque alia exceptio vlla locum habere poterit *§. prox. inf.* origine scilicet inspecta, inquit Accursius, quæ semper inspicienda est, *d. l. 3. C. hoc titul. l. qui id quod 33. infr. de donat. l. tutor. 69. de fideiuss.* siue nulla vnquam sequatur creditori agenti ex ea stipulatione exceptio quidem Macedoniani non oberit, sed obstabit tamen doli mali, quasi interposita stipulatione sine causâ *l. 2. §. circa infr. de doli mal. except.* Numerationem enim aut præcedere aut sequi tandem oportet implendæ stipulationis gratia, quæ alioquin inanis & vacua inueniretur *l. cùm enim 7. in fin. de nouat.* sed hoc quoque ita intelligendum est, vt statim sequitur in textu, si nihil in fraudem Senatusconsulti factum probetur: nam si is qui filiofamilias credere non potuit, magis ei vendiderit, vt precium haberet ille in mutui vicem, quamuis nulla numeratio interuenerit, Senatusconsultum tamen obstabit, quoniam pecunia ex causa precij quæsito colore debita, potiùs ex causa mutui numerata esse intelligitur, inspecto eo quod actum est, potiùs quàm quod simulatè cõceptum, *tot. tit. C plus valer. quod agit.* Breuique manu perinde habendum est, ac si filiusfamilias pecuniam pro rei emptæ precio debitã soluisset tũmq; mutuam eandem pecuniam ab eo accepisset: nam & eo modo contrahi mutuum potest *l. rogasti 11. in princip. supr. de reb credit.* quod si poneres hoc quoque casu deductã esse pecuniam in stipulationem sub cõfessione mutui vt in alia specie suprà ex Accursio posuimus, nõ tam fraudem Senatusconsulto excogitatam fuisse dicendum esset, quàm apertè factum esse contra Senatusconsultum, habitâ scilicet mutui mentione, & concurrente actu qui numerationi æquipolleat: non enim necessaria est numeratio pecuniæ, vt nec alterius rei vllius traditio ad transferendum dominium eius rei quæ penes alium iam sit, & remaneat ex domini voluntate *l. qua ratione 9. §. interdum infr. de acquirend. rer. domin. §. interdum instit. de rerum diuis.*

4 ¶ Si à filiofamilias stipulatus sim, patrifamilias facto crediderim: siue capite deminutus sit, siue morte patris, vel alias sui iuris sine capitis deminutione fuerit effectus: debet dici, cessare Senatusconsultum: quia mutua iam patrifamilias data est.

Ad §. vlt. Si à filiofamilias.

Rat. dvb. Cùm quis à filiofamilias mutuam pecuniam stipulatus, nulla dum tamen interueniente numeratione, posteà eidem patrifamilias facto pecuniam numerauit, siquidem per capitis diminutionem sui iuris factus est, puta per emãcipationem mirum non est cessare Senatusconsultum, quasi hodie alius hîc sit, quàm à quo creditor stipulatus fuit. Capitis enim diminutio ita mutat statum, vt qui capite minuitur, alius homo esse videatur *l. 3. §. vlt. & l. 4. supr. de cap. minut. l. seruus 27. in fin. de adim. legat.* at cùm nulla capitis diminutio interuenit, & nihilominus filiusfamilias fit sui iuris, vt puta patre mortuo, vel quod effectu idem est in seruitutem redacto vel deportato, aut si ius nouum inspicias filiofamilias ad eam dignitatem erecto quæ eum liberet à patria potestate ex *Nouell. 81. constit. quæ dignit. & Episcop. liber. fil. patr. potest.* nihil est propter quod is, cui iam patrifamilias facto numerata est pecunia, quam, cùm adhuc filiusfamilias esset, promiserat, alius homo videri debeat, quàm qui erat promissionis tempore: & consequenter, cùm quæritur an in filiofamilias promissore cui iam patrifamilias facto pecunia numerata est, Senatusconsulto locus esse possit, necessaria videtur distinctio, an per capitis diminutionem, an aliter factus sit sui iuris, vt priore quidem casu spectetur tempus numerationis, posteriore verò tempus promissionis, initio scilicèt inspecto *argum. l. 3. §. scio supr de minor. d. l. 3. Cod. ad SC. Mace. l. qui id quod 33. inf. de donat. l. tutor 69. inf. de fideiuss.*

Dec. Nihil fit cõtra Senatusconsultũ quoties filiofamilias pecunia verbis tantũ creditur, quia vt subiicitur in *l. seq.* prohibitio credendi per Senatusconsultum facta non ad verba, sed ad numerationem referri debet: sola enim datio & numeratio

BIU Cujas

pecuniæ creditæ non etiam promissio pernicioſa parentibus eſſe viſa eſt, vt diximus in §. præcedente. Proinde non cui promiſſa ſit pecunia inſpiciẽdum eſt, ſed cui numerata, vt ſi filiofamilias promiſſa ſit: numerata autem ei qui numerationis tẽpore quoquomodo paterfamilias factus reperiatur, Senatuſconſulto locus non ſit: quemadmodum è contrariò pecunia credita & numerata filioſamilias, non eo minùs inducit Macedonianum, quod promiſſa ei fuiſſet antequàm filiusfamilias fieret *l. cõtra 6. inf.*

4. SCÆVOLA libro 2. Quæſtionum.

QVia quòd vulgo dicitur, filiofamilias credi non licere, non ad verba referendum eſt, ſed ad numerationem.

Ad l. Quia quod vulgo 4.

RAT. DVB. Numeratio fit in conſequẽtiam promiſſionis factæ ſpe futuræ numerationis, ne alioqui promiſſio ſine cauſa facta eſſe videatur *l. cùm enim 7. infr. de nouat.* Ergo verbis quoque creditam eſſe pecuniam ſufficit, vt locus ſit Macedoniano: quaſi parum referat, quo tempore ſecuta ſit numeratio, cùm promiſſio præceſſit, quæ faciendæ numerationis cauſam & neceſſitatem poſteà dederit *l. 1. inf. qui potior. in pignor. hab.* DEC. Qui pecuniam creditam accepturus ſpopondit creditori futuro, in poteſtate habet, ne accipiendo ei ſe obſtringat *l. qui pecuniam 30. ſupr. de reb. credit.* Ergo non tam promiſſionis factæ tempus inſpiciendum eſt, quàm ſecutæ numerationis, maximè cùm quæritur de SC. Macedoniano, quia ſola datio & numeratio pecuniæ nõ etiam promiſſio pernicioſa eſſe parentibus viſa eſt, vt diximus in præcedentibus ex *§. pen. l. prox. ſupr.* & quãuis Senatuſconſultũ credendi verbo vſum ſit, quod generale eſt, & verbis quoque creditam pecuniam comprehendit *l. 2. §. vlt. eod. ill. tit.* in propoſito tamen & ſecundum ſubiectam materiam reſtringendum eſt ad numerationem: nec enim nouum eſt in libris noſtris, vt nomẽ generis ad certam ſpeciem reſtringatur, vt Accurſius noſter hîc notat ex *l. 2. §. 1. ſupr. de adopt. d. l. 2. §. 1. de reb. credit. §. ſed quoties inſt. de iur. natur. gent. & ciuil.* Cùm verò hæc lex rationem contineat eius, quod ſcriptum eſt in *§. vlt. legis præcedentis*, referenda eſt vtique ad *d. §. vlt.* quamuis poſſit etiam referri ad id quod ſcriptum eſt in *§. penultimo verſicul. & ideo*, vt & Accurſius putat. Vtriuſque enim loci ſi non eadem prorſus ſententia, eadem tamen ratio eſt.

5. PAVLVS libro 2. Quæſtionum.

ERgo hic & in ſolidum damnabitur, non id, quod facere poteſt.

Ad l. Ergo hic 5.

RAT. DVB. Filiusfamilias qui contraxit, eo tempore quo erat in patris poteſtate, licèt poſteà fiat ſui iuris quoquomodo, id eſt, ſiue aliqua, ſiue nulla capitis diminutione interueniente, non tamen in ſolidum condemnari poteſt, ſed in tantum duntaxat, in quantum facere poteſt *l. 2. ſupr. tit. prox. l. & exheredatum 49. infr. de re iudic. l. ſi dubitet 10. §. filiusfamilias infr. de fideiuſſ.* Ergo ſi filiusfamilias pecuniam ſibi verbis creditam promiſerit, quamuis eidem patrifamilias iam effecto pecunia numerata ſit, in ſolidum tamen damnari non debet, ſed duntaxat quatenus facere poteſt. DEC. Filiusfamilias hoc caſu non ex promiſſione tenetur, ſed ex numeratione quæ ei iam patrifamilias effecto facta eſt, vt dictum eſt in legibus præcedentibus. Ergo non in quantum facere poteſt, ſed in ſolidum damnari debet, ſoli enim filiofamilias id priuilegium datum eſt, & quidem ſi patri heres non ſit cum effectu *dict. l. 2. §. vlt. l. 3. in fin. & l. 4. ſuprà titul. prox. l. ſi ex alio 9. Codice eod. ill. titul.*

6. SCÆVOLA libro 2. Quæſtionum.

COntra etiam rectè dicitur, ſi à patrefamilias ſtipulatus ſit, credas poſteà filiofamilias facto, ſenatus poteſtatem exercendam: quia expleta eſt numeratione ſubſtantia obligationis.

Ad l. Contra etiam 6.

RAT. DVB. & DEC. eadem, quę ad leges præcedentes, quamuis contrarius hîc caſus proponatur. Id enim eſt quod dici ſolet, contrariorum eandem eſſe rationem: nam quæ ratio facit, vt Senatuſconſultum Macedonianum non habeat locum in filiofamilias, cui iam patrifamilias effecto numeratio facta eſt, quamuis promiſſionis tempore filiusfamilias fuerit, eadem facit, vt locum habere debeat in eo qui paterfamilias promiſit, ſi poſteà per adrogationem filiusfamilias factus pecuniam creditam acceperit, nempe quia inſpiciendum eſt tempus, quo expletur ſubſtantia obligationis & ſtipulationis, id eſt, tempus quo fit numeratio, quæ ſcilicet implendæ ſtipulationis gratia fieri intelligitur *l cùm enim 7. infr. de nouat.* Rurſum quæ ratio dubitandi facere videbatur, vt promiſſionis tẽpus inſpici deberet potiùs quàm numerationis ad inducendum Macedonianum, cùm creditor ſtipulatus eſt à filiofamilias, & patrifamilias credidit, eadem ſuadebat, vt in caſu contrario cùm filiofamilias pecunia numerata eſt, quæ à patrefamil. promiſſa fuerat, Senatuſconſulto locus eſſe non deberet, contrà quàm ſcriptum ſit in hac lege.

7. VLPIANVS libro 29. ad Edictum.

ITem ſi filiusfamilias fideiuſſerit, Neratius libro primo, & ſecundo reſponſorum ceſſare Senatuſconſultum ait, idem Celſus libro quarto.

Sed

BIU Cujas

SEd Iulianus adiicit:[a] si color quæsitus sit, vt filiusfamilias, qui mutuã acceptu-rus erat, fide iuberet alia reo dato: fraudem senatusconsulto factam nocere: & dandam exceptionem tam filiofamilias, quàm reo. quoniam & fideiussori filij subuenitur.[b]

Ad l. Item si filiusfamilias 7.

RAT. DVB. Inuenta erit ratio fraudandi facile Senatusconsulti, si permittatur filiofamilias pro alio fideiubere mutuam pecuniam accipiente: quid enim facilius, quàm reum qui fortè pro filiofamilias fideiussurus erat subiicere, vt se tanquam reum obliget: filius autem familias qui pecuniam pro seipso accepturus est, obliget se tanquam fideiussorem pro alio, vt in specie quæ statim ex Iuliano tractabitur: ergo si filiusfamilias pro alio fideiusserit, non est dicendum cessare Senatusconsultum, vt quantũ fieri potest, omnis via fraudib. Senatusconsulti præcludatur *arg. l. scire oportet 21. §. 1. infr. de legit. tutor. l. magis puto 5. §. si pupillus infr. de reb. eor. qui sub tutel.*

DEC. Senatusconsultũ de solo contractu mutuæ pecuniæ locutum est, non etiam de cæteris contractibus, in quibus proinde seruandum est ius cõmune, quod ante Senatusconsultum obtinebat, vt eos contractus inire filiusfamilias liberè ac licitè possit *l. 3. §. is autem solus supr.* quidni ergo pro alio quoque fideiubere poterit etiam sine patris voluntate? quomodo & pro patre ipso posset *l. si dubitet 10. §. filiusfamilias inf. de fideiuss.* Nam etsi quod alij mutuum datũ est à filiofamilias nouandi animo, quis stipuletur, constat Senatusconsultum non esse impedimento *l. si quod alij 13. infr.* Sed hæc ita, nisi fraus Senatusconsulto facta sit; tunc enim aliud probandum erit *d. §. is autem solus in fin.* vbi diximus, sed fraudem allegari non sufficit, nisi ab eo qui allegat, probetur: aliud enim est fraudem factam esse, aliud verò fieri posse, nec valet argumentum à *Posse* ad *Esse*, nisi cùm fraudis præscriptio à iure ipso inducitur ex omissione solemnitatum, quas pro certa forma lex aliqua, vel statutum præscripserit, vt puta si is qui heredem se dicit, cum beneficio legis & inuentarij, vel nullum inuentarium fecerit, vel aliquod, sed minùs solemne, nõ vocatis fortasse iis quorũ maximè ac potissimùm interest, *l. vlt.* vbi Bartol. Bald. Castr. & omnes notant *C. de iur. delib.*

a *Sed Iulianus adijcit.* RAT. DVB. Cùm in verbis nulla est ambiguitas, non est admittenda quæstio voluntatis *l. ille aut ille 25. §. 1. de legat. 3. l. continuus 137. §. cùm ita de verb. oblig.* Ergo non est quærendum, an filiusfamilias qui se Titij fideiussorem scripsit reus ipse sit, an Titius, & contrà, an Titius fideiussor sit, qui se reum scripsit, cùm rei ac fideiussoris & diuersa sint nomina & diuersæ obligationes, *arg. l. si idem 7. C. de codicill. l. Labeo 7. infr. de supellect legat.*

DEC. Plus valere debet quod agitur, quàm quod simulatè concipitur, vt est in *rubr. Cod.* Ergo si color quæsitus sit, vt filiusfamilias qui mutuam pecuniam accepturus erat, fideiuberet alio reo dato, non tam habendus est filiusfamilias pro fideiussore, quã pro reo, cùm pecunia ad eum peruenerit hoc acto inter eum & creditorem, vt ad ipsum peruueniret, & vicissim reus datus, non tam pro reo quàm pro fideiussore, ac proinde si appareat colorem illum quæsitũ esse, fatendum est fraudem Senatusconsulto factam fuisse à creditore, dandámque contra eum exceptionem Macedoniani tam filiofamilias quasi reo, quàm reo tanquam fideiussori, quoniam non tantùm filiofamilias, qui mutuam pecuniam accepit, sed etiam fideiussoribus filij ex Senatusconsulto subuenitur *l. sed si paterfamilias 9. §. non solum infr. sic in l. quamuis 8. §. si cùm essem infr. ad SC. Velleian. l. item si cùm 14. §. Labeo supr. quod met. caus.*

b *Quoniam & fideiussori filij subuenitur.* RAT. DVB. Senatusconsultum de filiofamilias duntaxat locutũ est, non etiam de ipsius fideiussore: ergo ad fideiussorem extendi non debet, quandoquidem non facilè debet fieri extẽsio de persona ad personã, quãuis de casu ad casum facilius fiat ex identitate, vt aiunt, rationis ex *l. Gallus 29. §. & quid si tantùm de liber. & post. l. mulier 22. ad SC. Trebell.* nec persona suppleri vnquam debet *l. si ita stipulatus 126. §. Chrisogonus in fin. de verb. oblig.* DEC. Cùm lex aut Senatusconsultum alicui personæ succurrit, necesse est vt etiam fideiussorib. eius subueniatur, quia cùm regressum aduersus reum habituri sint, fieret alioqui vt inutile ac inane esset beneficium, quod principali personæ tribueretur *l. cùm lex 46. iunct. l. Marcellus 25. infr. de fideiuss. d. l. si paterfam. 9. §. non solum infr. hoc tit.* vbi dicemus *d. l. item si cùm 14. §. Labeo supr. quod met. caus.*

1 ¶ Idem ait, si duos reos accepero, filiumfamilias & Titium, cùm ad filiumfamilias esset peruentura pecunia: ideò autem reum Titium acceperim, ne quasi fideiussor auxilio senatusconsulti vteretur: vtilem esse exceptionem aduersus fraudem dandam.

Ad §. 1. Idem ait, si duos reos.

RAT. DVB. Cùm plures correi debẽdi facti sunt, non inspicimus an vni eorum duntaxat, an omnib. numerata sit pecunia, quasi solus ille cui numerata est, pro reo habendus sit, alius verò pro fideiussore, vt vulgò interpretes nostri putant; contra quos disputauimus *lib. 11. Coniectur. cap. 1.* sed dicimus teneri singulos in solidum perinde ac si singuli solidam pecuniam accepissent *l. si non singuli 5. C. si cert. pet. l. propter mutuam 4. C. de duob. reis.* Alioqui nunquam tenerentur in solidum cùm fieri nequeat, vt eadem pecunia insolidum ad singulos perueniat, non magis quàm vt eiusdem rei plures sint domini in solidum *l. 5. §. si duobus vehiculum supr. commod.* Ergo si duos reos accepero filiumfamilias, & Titium, quamuis pecunia tota ad filiumfamilias solum peruenerit, non ideò tamen statim consequens est, vt filiusfamilias pro reo habendus sit, potiùs quàm pro fideiussore, & vt dicendum sit fraudem Senatusconsulto factam esse: ne aliter eueniat, vt filiusfamilias ex causa pecuniæ creditæ correus debendi cum patrefamilias constitui non possit, quin tota obligatio etiam ex parte & persona patrisfamilias per Senatusconsul-

BIU Cujas

tum infirmetur, quod nuſpiam ſcriptum eſt, & apertè falſum probatur ex hoc §. DEC. Multùm refert, an filiusfamilias acceptus ſit, correus debendi cum patrefamilias ſimpliciter & bona fide, an verò vt color fraudis cõtra Senatuſconſultum quæreretur. Priore caſu ſiue filiofamilias ſoli pecunia numerata ſit, ſiue ſoli patrifamilias, tenetur vtroq; caſu paterfamilias, quia in neutro habetur pro fideiuſſore filijfamilias, ſed pro principali correo debendi: ipſe verò filiusfamilias non tenetur, neq; tanquam reus principalis propter Macedonianum, neq; tanquam fideiuſſor correi, quia correi debendi non cenſentur vice mutua fideiubere, vt hîc locus omnium optimè probat, & *l. reos 11. in prine. infr. de duob. reis.* Denique filiusfamilias non poteſt fieri correus ex cauſa pecuniæ creditæ, quin Senatuſconſultum offendatur, niſi in caſib. exceptis, at poſteriore caſu neuter tenetur, non filiusfamilias propter Senatuſconſultum, non paterfamilias propter fraudem Senatuſconſulto factam, cùm non alia de cauſa creditor qui id agebat, vt filiofamilias ſoli crederet, Titium correum debendi acceperit, quàm ne is auxilio Senatuſconſulti tanquam filijfamilias fideiuſſor vteretur: ex quo apparet manifeſtiſſimè, vt iã dixi, correum debendi nullo caſu habendum eſſe pro fideiuſſore, ne tum quidem cùm pecunia ad alterum correum debendi tota peruenit: ergo poſteriore hoc caſu exceptio Senatuſconſulti danda erit Titio contra fraudem, tanquam fideiuſſori filijfamilias, non tanquam correo.

2 ¶ Sed & ſi filiusfamilias, patre ſuo relegato, vel lõgo tempore abſente, dotẽ pro filia promiſerit, & rem patris pignori dederit: Senatuſconſultum ceſſabit: patris tamen res non tenebitur [a] planè, ſi patri heres exſtiterit filius [b] & pignus perſequatur, exceptione doli ſummouebitur.

Ad §. 2. Sed & ſi filiusfamilias.

RAT. DVB. Paternum officium eſt dotare filiam *l. capite 19. inf. de rit. nupt. l. vl. C. de dot. promiſſ.* Ergo ſi filiusfamilias pecuniã mutuam ab aliquo acceperit, vt eam in dotem pro filia ſua daret, perinde locus eſſe debet Senatuſcõſulto, ac ſi in aliam cauſam accepiſſet: quaſi in ſuam potiùs quàm in patris rẽ acceperit. Quod enim pater ſit relegatus aut longo tẽpore abſens non eximit filium à patria poteſtate §. *relegati inſtit. quib. mod. ius patr. poteſt. ſoluit.* nec proinde poteſt impedire quominus Senatuſconſulto locus ſit.

DEC. Ceſſat Senatuſconſultum, quoties filiusfamilias pecuniam quam mutuam accepit in rem patris vertit, ſiue ab initio patri, ſiue ſibi acceperit, quia in eo ſicut nihil fit in perniciem patris, ita neque contra mentem Senatuſconſulti §. *proinde infr.* Atqui in rem patris vertitur pecunia quam filiusfamilias dat pro dote filiæ ſuæ, quia & huius dotis onus ad patrem pertinet, non minùs quàm vt filiam ſuam dotet *l. & ideò 7. §. vltim. cum ſeqq.* vbi dicemus *infr. de in rem ver. l. dotem 6. infr. de collat. bonor.* & quamuis mortua in matrimonio filia poſt mortẽ aui, dos ad patrem non ad heredes aui redeat *d. l. dotem*, ſi tamen viuo auo neptis in matrimonio ſine liberis moreretur, dos ad auum ſuperſtitem vtique rediret: quod ſufficere debet, vt in rem patris pecunia verſa eſſe videatur, quę in eam dotem conuerſa eſt, vt argumentatur Paulus in *l. filiusfamilias 17. infr. hoc titul.* ex qua lege apparet verum eſſe quod Accurſius hîc notat, nihil referre, an filiusfamilias pecuniam, quã mutuam accepit, in dotem dederit pro filia ſua, an pro filia patris ſui: etſi prior interpretatio magis conuenit verbis huius §. nec enim tam propriè diceretur filiusfamilias dotem dediſſe pro filia, quàm pro ſorore, ſi dediſſet pro filia patris ſui, vt in *d. l. filiusfamilias.* Diſtinctio tamen hîc neceſſaria videtur, Vlpianus, Paulus & Iauolenus adhibẽt in *d. l. & ideò 7. §. vlt. cum duabus ſeq. infr. de in rem verſ.* an filiusfamilias eam dotem dederit pro filia ſua quaſi negotium patris gerens, an quaſi ſuum, & an pater eam dotem & quidem tantam daturus fuerit, an nullam aut minorem, fortaſſis propter delicta filij, vt in ſpecie *l. 3. §. ſi emancipatus 5. infr. de bonorum poſſeſſ. contr. tabul.* eadem enim hac parte ratio conſtituenda eſt Senatuſconſulti Macedoniani & actionis de in rem verſo, quia nec alia cauſa eſt, cur Macedoniano in hac ſpecie locus non ſit, quàm quod pecunia filiofamilias credita in rem patris verſa eſſe intelligatur *d. l. filiusfamilias*, quamuis faciliùs inducatur exceptio Macedoniani quàm actio de in rem verſo, quia ad inducendam exceptionem ſufficit, vt quoquomodo verſa ſit pecunia in rem patris, licèt alia mente fuerit accepta & credita *dict. §. proinde.* In actione autem de in rem verſo requirimus pecuniam ideò acceptam eſſe, ac ea mente, vt vel in rem patris aut domini, vel ſaltem in peculium verteretur *l. 3. §. 1. in fin. & §. ſed ſi ſic accepit l. ſi res 5. §. vlt. infr. de in rem verſ.*

a *Patris tamen res non tenebitur.* Mallem legere *tenebuntur*, de rebus enim patris in plurali numero Vlpianus priùs locutus fuerat. RAT. DVB. Contractuum omnium cauſa indiuidua eſt, hactenus ſaltem, vt pro parte valere non poſſint, & pro parte non valere, ne alioqui decipiatur is qui pro parte contracturus non fuit *l. tutor 47. §. 1. ſupr. de minor. l. cùm ex cauſa 139. de verborum obligat. l. ſi quis aliam 46. de ſolut. l. vlt. C. de pact. int. empt. & vendit.* Atqui is qui filiofamilias mutuam pecuniam credidit ad dotem pro filia dandam, ex eáque cauſa res patris pignori accepit, non erat veriſimiliter daturus pecuniam ſine pignore, cùm non aliter in tuto rem collocare poſſet, ergo non eſt decipiendus: quod fiet ſi perſonalem quidem actionem ei demus contra filiumfamilias, pignoratitiam verò & hypothecariam ſiue actionem ſiue exceptionem in rebus patris quas à filio pignori vel hypothecæ acceperit, eidem denegemus, *argument. l. ſi extraneus 9. ſuprà. de condict. cauſ. dat. l. purè 5. §. penultim. infr. de dol. mal. except.*

DEC. Facilius eſt vt quis contrahendo ſe obliget, quàm vt etiam res alienas det pignori: obligatio enim pignoris rem ipſam pignoratam afficit, ideóque non ab alio, quàm ab ipſo domino contrahi poteſt, aut ab eo qui cùm dominus non ſit, domini

BIU Cujas

mihi tamen voluntatem habeat *l. 1. & tot tit. Co. si alien. res pignor. dat. sit l. & quæ nondum* 15. §. *quod dicitur infr. de pignor.* ergo non potuit filiusfamilias, qui in propositâ specie contraxit patre ignorante, licèt in rem & vtilitatem patris, paternas tamen res pignori dare, & debet imputare sibi creditor, qui cum filiofamilias sine patris voluntate contraxit, & ab eo res patris ignorantis pignori accepit: nam etsi iussu patris filius mutuam pecuniam accepisset, nec tamè de pignore dando pater consensisset, idem iuris esset *l. dominum* 3. *infr. quod iuss.* nec ideò deceptum se cõqueri creditor potest, cũ se ipse decepit, cũ sciuerit aut scire debuerit, res patris ignorantis à filiofamilias obligari non posse, ne tum quidem cùm licitè ac Senatusconsultò permittente cõtraxit *arg. l. nam si scit* 26. *supr. de rei vindic. l. filiusfamilias* 21. *infr. de solut.* Excipiendus est elegans casus *l. Pomponius* 5. *aliàs l. si gratuitam* §. *vlt infr. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. contr.* si is cuius bona à debitore fuerãt obligata, pro eodem debitore posteà fideiubeat: videtur enim hic fideiubẽdo etiam bonorum suorum obligationem mandasse, vt ibidem scriptum est, sed is casus ab eo qui hic proponitur longè diuersus est, vt benè obseruat Accursius.

b *Planè si patri heres extiterit filiusfamilias.* RAT. DVB. Conuentio pignoris quæ ab initio non valuit, conualescere ex postfacto non potest. Ex regula *l. quod ab initio* 29. *de regul. iur.* Atqui pignus à filiofamilias constitutum in rebus patris ignorantis non valuit, vt proximè diximus, ergo non ob id solum potest conualescere, quod idem filiusfamilias qui eas res pignori dedit posteà heres patri extiterit.

DEC. Multùm refert, an ille ipse qui rem alienam pignori dedit, posteà dominus eius factus sit, siue quod domino heres extiterit, siue qualibet alia ratione, an verò dominus eius rei, quæ ab alio pignori data est, extiterit heres ei qui dedit. Priore casu conualescit pignus hactenus, vt non directa quidem, sed vtilis tamen pignoratitia detur creditori, cùm is qui conuenit de pignore improbè resistat, quominùs vtilis actio moueatur, quandoquidem ex mendacio suo arguitur, vt Paulus ratiocinatur in *l. rem alienam* 41. *suprà de pignorat. action.* Posteriore autem casu, si Paulo credimus, aliud est, non etiam si Modestino, qui eo quoque casu pignoratitiam actionem creditori accommodat in *l. si Titio* 22. *infrà de pignor.* Prior casus ad quæstionem huius §. pertinet, in quo tractatur de filiofamilias qui postquàm patri heres extitit, vindicationem persequatur earum rerum, quas ille ipse pignori dederit, nec tamen de pignoratitia vtili contrà eum danda Vlpianus hic loquitur, sed tantùm de exceptione, quæ semper faciliùs conceditur, tùm quoque cùm pignus, nec per directam, neque per vtilem actionem vindicari potest *l. 1. in fine principij eodem titul. de pignor.* Facilius enim est, vt possidenti detur exceptio & retentio, quàm non possidenti vindicatio, vt ibi Papinianus scribit. Exceptio autem quæ in hac specie contra filiumfamilias datur, non pacti est, quamuis filiusfamilias ipse pactus fuerit, quia pactum inutile fuit, sed doli, quia dolo malo facit filiusfamilias, qui aduersus proprium factum venit captata iuris ciuilis occasione *l. post mortem* 25. *sup. de adopt. l. 1. §. 1. de dol. mal. except. dict. l. rem alienam in fin.* quamuis huic filiofamilias obiici non possit, quod Paulus ait in *dict. l. rem alienam*, argui eum ex suo mendacio cùm res patris obligauerit tanquam paternas, non quasi suas cùm viuo patre filiusfamiltas extra caulam castrensis, vel quasi castrensis peculij habere vix quicquam potuerit iure Pandectarum *l. lex Cornelia* 18. *ad fin. infrà de vulg. & pupill. subst.* Sed non eo minùs tamen doli exceptione repellendus est, adeóque si quis etiam vtilem pignoratitiam contra eum dandam putauerit, exemplo eius quod Modestinus respondit in *dict. l. si Titio*, is iudicio meo non errauerit, cùm hoc casu non illud solùm concurrat, vt idem sit pignoris dominus, qui pecuniam debet, sed illud etiam vt idem sit dominus qui pignus dedit. Eadem ratio facit, vt etiamsi filiusfamilias contra SC. Macedonianum pecuniam mutuatus sit, si patri heres extiterit, & nummos quos soluerat vindicare velit, quomodo pater vindicare eos posset, si viueret, doli mali exceptione repellatur *l. si nõ sortem* 26. §. *si filiusfamilias suprà de condict. indeb.*

3 ¶ Mutui dationem non solùm numeratæ pecuniæ, verum omnium, quæ mutuo dari possunt, an accipere debeamus, videndum: sed verba videntur mihi ad numeratam pecuniam referri. ait enim, Senatus, *mutuam pecuniam dedisset*, sed si fraus sit Senatusconsulto adhibita: puta frumento, vel vino, vel oleo mutuo dato: vt, his distractis fructibus, vteretur pecunia: subueniendum est filiofamilias.

Ad §. Mutui dationem.

RAT. DVB. Mutui datio consistit non tantùm in pecunia numerata, sed etiam in cæteris rebus omnibus, quæ constant pondere, numero, & mensura *l. 2. §. mutui datio suprà de reb. credit.* quia recipiunt functionem in suo genere, vt ibidem scriptum est. Rursum si respicimus ad nomen pecuniæ quo Senatus vsus est, & quo mouetur Vlpianus; certum est pecuniæ nomen esse generale, nec tantùm eas res complecti quę consistunt in pondere, numero, & mensura, vt in *l. talis scriptura* 30. *de legat. 1.* sed omnes quoque cæteras *l. pecunia* 178. *1. de verborum significationib. l. 2. in fin. Codice de constit. pecun.* Ergo nihil causæ est cur mutui dationem quam Senatus in filijfamilias persona prohibuit ad numeratam pecuniam refringere debeamus.

DEC. Legis cuiuslibet ac Senatusconsulti verba, ex mente disponentis interpretationem aut laxiorem aut strictiorem recipiunt, & ex ratione potissimùm quæ legislatorem quisquis ille est, mouit, vt ita disponeret *l. adigere* 6. §. *quamuis infrà de iur. pa-*

BIU Cujas

tron. l. cùm pater 77. §. dulcissimis de legat. 2. Atqui mens Senatus non fuit, vt alterius rei quàm numeratæ pecuniæ mutuum prohiberetur, quia & sola pecuniæ numeratæ datio pernicioſa parentibus esse visa est l. 3. §. is autem solus, vbi diximus suprà, meritò igitur mutui datio de qua Senatusconsultum locutum est ad numeratam pecuniam restringi placuit, præsertim cùm non pecuniæ tantùm in genere mentionem Senatus fecerit, sed pecuniæ mutuæ, quo nomine sicuti eæ res non continentur, in quas mutuum cadere non potest, id est, quæ in specie consistunt non in genere, ita nec frumentum, vinum, & alia huiusmodi, quæ in pondere ac mensura consistunt, quia licèt æquè ac pecunia numerata in mutuum cadant, nunquam tamen pecuniæ appellatione continentur, cùm de pecunia mutua agitur, ne alioqui confusione nominum inducta etiam confusio rerum fiat, nec sciri possit cuiusnam rei mutuum factum sit, an eius, quæ in numero consistat, qualis est pecunia numerata, an illius, quæ in pondere aut mensura: significantur enim ista omnia aliis nominibus specialioribus, magisque propriis: pecunia autem numerata præsertim mutua, non alio vtique nomine quàm pecuniæ, argument. l. vltim. Codice de legit. tutell. l. si idem 7. Codice de codicill. Si tamen fraus Senatusconsulto facta sit, puta fructibus distractis, id est, frumento, vino, vel oleo, vt filiusfamilias pecunia subinde vteretur, subueniendum est filiofamilias, vt Vlpianus hîc subiicit, protracto scilicet ad hunc etiam casum Senatusconsulti auxilio per æquitatem Prætoris qui nihil ratum habere debet eorum omnium quæ in fraudem Senatusconsulti excogitata videri possunt, dict. §. is autem solus, vbi etiam dubitandi & decidendi rationes attulimus l. quidã 29. in fin. inf. ad SC. Velleian.

4 ¶ Si filius in alterius erat potestate, cùm mutua daretur, nunc in alterius: mens Senatusconsulti non cessat. dabitur itaque exceptio.

Ad §. 4. Si filius.

RAT. DVB. Cùm filiusfamilias qui in alterius potestate erat quo tempore mutua daretur pecunia, nunc cùm conuenitur in alterius potestate est, non potest dici cuius fauore Senatusconsulti potestas induci debeat, non illius, qui pater fuit tempore contracti mutui, quia cùm hodie pater non sit, qui iam defunctus est, nihil videri potest eius interesse: non etiam illius qui post patris naturalis mortem, alij se dedit adrogandum, quia tempore contracti mutui pater non fuit, nec in eius perniciem à creditore quicquam cogitari eo tempore potuit: ergo quamuis hoc casu Senatusconsulti verba non cessent, quia verum est filiofamilias creditam fuisse pecuniam, mens tamen Senatusconsulti cessare videtur, cùm non alia ratione motus Senatus fuerit, vt filiofamilias pecuniam credi prohiberet, quàm quòd pecuniæ datio pernicioſa parentibus esse videretur l. 3. §. is autem solus suprà.

DEC. Non mutat condicionem & nomen filijfamilias, is qui patrem tantùm mutat, cùm vtroque tempore & quo contraxit, & quo conuenitur filiusfamilias sit & in alterius potestate. Nihil ergo causæ est, cur Senatusconsulti mentem potiùs quàm verba cessare hoc casu dicamus, cùm Senatus filijfamilias omnibus pecuniam mutuam accipientibus prospectum voluerit, non inspecto eo, an huius vel illius patris filiusfamilias fuerit is, qui contraxit: nam nec valde refert, an huic vel illi patri pecuniæ mutuæ datio perniciem sit allatura; sufficit enim vt afferre possit: potest autem afferre initio inspecto ei primùm, qui pater est contractus tempore, si is pater mansisset: adfert autem reuera ei, qui inuenitur pater eo tempore, quo filius conuenitur.

5 ¶ Sed si patri eius non mors, sed alia causa inciderit, quo minùs sit, in ciuitate: dicendum, Senatusconsulto locum esse.

Ad §. 5. Sed si patri.

Sed si patri eius. RAT. DVB. Senatusconsultum locutum est de filiofamilias qui per mortem patris sui iuris factus esset, vt omnes creditores intelligerent, nullo casu fieri posse bonum nomen filijfamilias expectata patris morte l. 1. in princip. suprà. Ergo si patri non mors inciderit, sed alia causa propter quam desierit esse in ciuitate, fortè quia sit deportatus, aut in metallum damnatus, nouus casus est, nec Senatusconsulti verbis comprehensus, nec proinde ad hunc casum porrigi Senatusconsultum debet, quod alioquin odiosum est, l. qui exceptionem 40. suprà de condict. indeb. cùm odia sint restringenda, non amplianda, vt habet regula iuris pontificij & l. cùm quidam 19. inf. de liber. & posthum.

DEC. Mens Senatusconsulti quæ potissimùm spectanda est, facit, vt non alia ratio constituenda sit filijfamilias, qui morte patris, aut qui alio modo liberatus est à patria potestate. Nam si noluit Senatus posse fieri bonum nomen filijfamilias expectata morte patris, quæ tamen & naturali ordine contingit, & ex parentum ipsorum voto l. nam etsi 15. in princip. suprà de inoff. testament. l. scripto 7. in fin. infrà, vnde liber. l. filius 28. §. 1. in fin. infr. de liber. & post. Quanto magis noluit fieri posse bonum expectata patris deportatione, cùm nec alterius cuiusquam liberi hominis fortunam aduersam expectari oporteat l. inter stipulantem 83. §. sacram de verborum obligationib. Longéque minor ratio est, vt cesset Senatusconsultum patre deportato quam mortuo cùm pater deportatus, licèt in plerisque pro mortuo habeatur l. 1. §. penultim. de bonorum poss. contr. tabul. l. 4. §. 1. de bon. libert. in ciuitatem redire, tamen

tamen & restitui aliquo casu possit *l. intercidit 57. de condict. & demonstr.* non etiam mortuus ad vitam, neque rursus in libris nostris nouum est, vt casus mortis trahatur ad casum deportationis tanquam similem, vbi ratio diuersitatis reddi nulla potest *l. Gallus 29. §. & quid si tantū de liber. & posthum.* Pessimè igitur Accursius noster negat, intelligi debere hunc versiculum de patre deportato, aut qui aliter ciuitatem amiserit, ac ciuis esse desierit, sed de eo tantùm qui per relegationem in ciuitate esse desierit, retento tamen iure ciuitatis, eo prætextu quod filiusfamilias deportati fieret sui iuris, atque ita cessaret in eo Macedonianum. Quasi verò loquatur hîc Vlpianus de filiofamilias, qui mutuam pecuniam acceperit patre iam deportato, ac non potiùs de eo qui ante patris deportationem contraxerit, & cuius patri deportatio post contractum contigerit, dummodo etiam numeratio pecuniæ præcesserit *l. 3. §. vlt.* vbi diximus *supr.* alioqui non posset quæstioni locus esse de Senatusconsulto Macedoniano, si is contraxisset, cuius pater iam ipso contractus tempore aut decessisset, aut deportatus fuisset: neque rursum in ciuitate esse desinit, alius quàm qui amittit iura ciuitatis: nam qui relegatus est, aut peregrinatur, licèt in ciuitate non habitet, in ciuitate tamen esse intelligitur, adeóque ij qui ab hostibus capti fuerūt, si quandoq; redeāt in ciuitatē *§. si ab hostib. inst. quib. mod. ius patr. potest.* In ciuitate enim aliquē esse, aut non esse, cùm dicimus, ius ciuitatis non factū habitationis aut præsētiā corporis significamus.

6 ¶ Non solùm ei, qui mutuam dedisset, sed & successoribus eius denegan-da est actio.

Ad §. 6. Non solùm.

RAT. DVB. Verba Senatusconsulti Macedoniani eius duntaxat personam demonstrarunt, qui ipse filiofamilias pecuniam mutuam malo more credidisset *l. 1. sup.* vt & in lege Cornelia de captiuis disputat Papinianus in *l. pater 10 §. 1. infra, de captiu. & postlim.* legem Corneliam eius duntaxat personam demonstrasse, qui testamenti factionem habuisset: nō ergo debet Macedonianum nocere creditoris heredibus de quibus nec locutū est, & quorum causa non sicut ipsius creditoris, aliquo digna odio videri potest.

DEC. Non potest hereditas transferre in heredem, nisi quod fuit hereditatis *l. 1. §. Scæuola infr. si is qui testament. lib. ess. iuss.* Cúmque hereditas vicem & personam defuncti sustineat *l. non minus 31. §. vlt. infr. de hered. institut.* non potest illa plus iuris habere quàm defunctus habuerit, nec proinde heres *l. nemo plus iuris 54. l. nemo plus commodi 120. l. aliud est 160. §. vltimo, iunct. l. heredem 59. l. in his 175. §. 1. de regulis iuris* cùm & heres & hereditas vnius eiusdémque personæ vice fungantur *l. heres & hereditas 12. infr. de vsucap.* Ergo quæ ratio ei obstat, qui contra Macedonianum credidit filiofamilias, etiam heredibus eius obstare debet, tanquā in defuncti, nō iura, vt ita dicam perinde atq; in iura succedētibus, cùm non nisi per mediam defuncti personam ius habeant, vt vel agere vel conueniri possint, nisi quando actiones ab heredibus aut contra heredes incipiunt *tit. Co vt action. ab hered. & contr. hered. incip. l. hereditarium 6. infr. quib. ex caus. de reb. author. iudic. poss. l. hereditariarum 40. infr. de oblig. & action.* quamuis nullo alioquin odio dignus sit heres improbi creditoris.

7 ¶ Proinde & si alius mutuam dedit, alius stipulatus est: dabitur aduersus eum exceptio, licèt hic nō dederit. Sed & si alteruter eorum ignorauit, in patris esse potestate: seuerius dicendum est, vtrique nocere, idem est & in duobus reis stipulandi [a].

Ad §. 7. Proinde & si alius.

RAT. DVB. Si alius pecuniam mutuam filiofamilias dederit, alius autem ab eo stipulatus sit, actio non alij acquiritur quàm stipulatori, quia nec alius quàm stipulationis contractus est *l. cùm enim 6. iunct. §. 1. legis præced. infr. de nouat.* Ergo etiamsi is qui mutuam pecuniam dedit, sciuerit filiumfamilias eum esse cui pecunia credebatur, non tamen debet ea scientia nocere stipulatori, quo minùs pecuniam creditam exigat, si promissorem filiumfamilias ignorauit: nec enim vnius scientia nocere debet, alteri ignoranti extra casus in iure nostro expressos, sicuti factum cuique suum nocere debet, non alteri *l. factum 155. de reg. iur.*

DEC. Vnus quidem contractus est, & quidem stipulationis, non mutui, cùm alius pecuniam numerauit, alius verò stipulatus est: sed qui pro causa habet numerationem, ne alioqui stipulatio inanis esset, ac vacua tanquam facta sine causa *d. l. cùm enim.* Itaque pars contractus huius est numeratio, pars verò alia quamuis potior, stipulatio. Quemadmodum ergo contractus bimembris est, nec minùs numerationem exigit quàm stipulationem, ita & ignorantiam in vtriusque persona interuenire oportet, vt Macedoniani exceptio locum habere non possit. Malum enim est, quod ex causa etiam partim duntaxat mala fit, sicut è contrario bonum non fit, nisi ex integra causa, & perfecta, vt Diuus Dionysius præclarè dicebat. Aliud namque dicendum esset, si præcessisset contractus mutui, & filiusfamilias deinde alij se delegari passus esset *l. doli 19. iunct. l. si quis delegauerit 12. infr. de nouat. & deleg.* nisi delegatio facta esset ex causa lucratiua *l. Iulianus 7. infr. de doli mal. except.* vt benè hîc notat Accursius. Cúmque Macedonianum optima illa ratione comparatum sit, vt creditoribus cum filiofamilias contracturis obuiam iretur, benè Vlpianus

BIU Cujas

ſcribit non tantùm veriùs, ſed etiam ſeueriùs dicendum eſſe, vt ſcientia vnius non tantùm ei nocere debeat, qui ſciuit, ſed alij etiam qui ignorauit: alioqui fieret, vt prætextu ignorantiæ vnius, ſcientia alterius impunita remaneret, nec Senatuſconſulti authoritate coerceretur, quod eſſet iniquum, eſſétque facile improbo creditori contra Senatuſconſultum contracturo fraudem comminiſci aduerſus authoritatem Senatuſconſulti ſubiecta ignorantis alterius, qui ſtipularetur, perſona, quod ne accidat, aut accidere etiam poſſit cauere diligenter bonus Prætor quibus poteſt remediis, debet *l. magis puto 5. §. ſi pupillus infr. de reb. eorum qui ſub tutel. l. quidam 29. infr. ad Senatuſconſultum Velleian.* Quamuis non ſit nouum, vt ſcientia vnius non noceat alteri neſcienti vt in *l. fin. infr. quib. ad libert. proclam. non licet l. liberis 7. §. ſi duo infr. de liber. cauſ. l. iniquiſſimum §. infr. de iur. & fact. ignor.* Illud notatu dignum eſt, quod Accurſius hîc obſeruat, exceptionem hanc Macedoniani eſſe in rem ex parte eius cui opponitur cũ noceat etiam ſucceſſori & ignoranti: quod in doli mali exceptione ſecus eſt, quæ non alij poteſt opponi quàm ei qui ipſe ſit in dolo *l. 2. §. & quidem illud & §. planè inf. de doli mal. except.*

a *Idem eſt & in duobus reis ſtipulandi.* Senſus eſt, ſi duo ſtipulentur à filiofamilias pecuniam mutuam, quam vel vnus ex iis vel ambo crediderint, quorum vnus ſciat debitorem eſſe filiumfamilias, alius ignoret, ſcientiam vnius nocere alteri quamuis ignoranti.

RAT. DVB. Cùm duo ſunt rei ſtipulandi, licet vna tantùm ſit obligatio, tamen in perſonis ſingulorum & vniuſcuiuſq; eorum propria obligatio conſiſtit *l. eandem 9. §. vlt. infr. de duob. reis.* Propria ergo cuiuſque ex correis ſcientia vel ignorantia, non alterius correi inſpicienda eſt.

DEC. Plures correi ſiue ſtipulandi, ſiue debendi vnius tantùm perſonæ vice funguntur, cùm vna tantùm ſit eorum obligatio, ſiue de actiua, vt loquuntur, intelligas, ſiue de paſſiua. Vnde fit, vt in cæteris quoque omnibus factum vnius proſit, aut noceat alteri *l. 2. l. 3. §. 1. l. ex duobus reis ſtipulandi 16. infrà, de duobus reis*, niſi quod ſi certo loco dari promiſſum ſit ex cuiuſq; perſona taciti temporis ratio ſumitur *d. l. eandem §. vlt. iunct. l. ſi teſtamento 49. §. vlt. de fideiuſ.* ergo & ſciẽtia vnius alteri nocere debet, potius quã alteri ignorãtia ei prodeſſe, qui ſciẽs & prudẽs cũ filiofamil. aduerſus Senatuſconſultum cõtraxit.

8 ¶ Item ſi duos filiosfamilias accepero reos, ſed alterum putaui patremfamilias: intererit, ad quem pecunia peruenit: vt ſi eum, ſciui filiumfamilias, ad quem peruenit pecunia, exceptione ſummouear, ſi ad eum, quem ignorem, non ſummouear.

Ad §. 8. Item ſi duos.

RAT. DVB. Cùm quis duos filiosfamilias correos debendi accipit ex cauſa mutuæ datæ pecuniæ, id certè agit, vt vna omnium ſit obligatio, vt diximus proximè ad verſiculũ vltimũ legis præcedẽtis, nec inquirẽdum habet ad quẽ pecunia peruentura ſit, cùm eum quoque habeat obligatum in ſolidum, ad quem nihil peruenit *l. ſi non in ſolidum 5. l. ſi in rem 12. C. ſi cert. petat* Ergo repelli omnimodo debet exceptione Macedoniani ſiue contra eum agat, quem filiumfamilias eſſe ſciuit, ſiue contra eum quem ignorauit, cùm poſſit ei imputari cur correum debendi adhibuerit etiam illum quem filiumfamilias eſſe ſciebat, vt quemadmodum obligatio illa duorum correorum vnica, & indiuidua eſt *l. 2. §. 1. l. 3. de duob. reis*, ita exceptio Macedoniani eam afficiat non minùs in perſona patrisfamilias, ad quem pecunia peruenit, quàm ſi ad filiumfamilias pecunia peruenisſet: aliaque proculdubio creditoris huius ratio eſſe debet, quàm ſit illius, qui vel cum ſolo patrefamilias contrahit, vel cum duobus quaſi filiisfamilias, quorum tamen alterum patremfamilias eſſe ignorauerit, ſi modò ſeparatim ab iis ſtipulatus ſit, non tanquam à correis debendi, quamuis eadem ſumma in ſtipulationem deducta ſit. Hoc enim caſu cùm plures diuerſaque ſint obligationes, nihil certè prohibet, quominus vna Senatuſconſulti Macedoniani exceptione ſummoueatur. alia non ſummoueatur.

DEC. Non ſtipulatio pecuniæ creditæ, ſed numeratio illa eſt quæ Senatui viſa fuit pernicioſa eſſe parentibus *l. 3. §. is autem ſolus ſupr. hoc tit.* ergo non alij prodeſſe filiofamilias debet exceptio Macedoniani, quàm ei ad quem pecunia peruenit. Licèt contra eum quoque detur qui ſtipulatus eſt, nec pecuniam numerauit, ſi modò ſtipulatio ratione eius numerationis interpoſita ſit, vno ſcilicet eodémque contractu, vt in ſpecie §. præcedentis vbi diximus: atqui ad inducendam Macedoniani exceptionem illud quoque requiritur, vt qui pecuniam credidit, filiofamilias ſe credere ſciuerit, vt quod contra Senatuſconſulti authoritatem ab eo factum eſt, vindicetur *l. 3. in princip. ſupr. l. penult. infrà, hoc tit.* Meritò igitur Vlpianus hîc diſtinguit, paribus factis correis debendi qui ambo erant filiifamilias, an pecunia ad eum peruenerit, quem creditor filiumfamilias eſſe ſciebat, an ad illum potiùs quem patremfamilias eſſe putabat, vt priore caſu repellatur creditor exceptione Senatuſconſulti, poſteriore verò nõ repellatur, nec recipi poteſt, quod placet Accurſio, ſi pecunia ad eum peruenerit, quẽ creditor patremfamilias eſſe putabat, & eum teneri, quia neſciebat creditor eſſe filiumfamilias, & alium quoque quem filiũfamilias ſciebat, non quidẽ tanquã correum, ſed tanquã fideiuſſorẽ obligati: quaſi factis pluribus correis debendi pro reo ſemper habendus ille ſit, ad quẽ pecunia peruenit, alius verò pro fideiuſſore, ex *l. vir vxori 17. §. vlt. ad SC. Velleian. l. ſi pro patre 10. §. vlt. de in rẽ verſ.* quod certè falsũ eſt: nunquã. n. is qui pro correo acceptus eſt haberi debet pro fideiuſſore, cũ planè diuerſa & ſeparata ſit correorũ obligatio à fideiuſſorũ obligatione. Alioqui nullo penitus caſu poſſent duo correi in ſolidum obligari tanquam correi, cùm fieri nullomodo poſſit, vt pecunia creditoris ad ſingulos in ſolidum

perue-

BIU Cujas

perueniat, *d. l. si pro patre* 10. §. *vlt. infr. de in rem verſ.* vbi latiùs dicemus. Atque ita eſſe hic locus maximè probat, vbi quod ait Vlpianus, vt ſi eum ſciui filiumfamilias ad quem pecunia peruenit exceptione ſummouear, ſic equidem accipi debet, vt exceptione Macedoniani debeam ſummoueri ab vtroque: Sed quod addit, ſi ad eum quem ignorem pecunia peruenerit ſummoueri me non debere, non alium certè ſenſum habere poteſt quàm hunc, vt non ſummouear ab eo quem patremfamilias eſſe credidi: ſummouear tamen ſi contra alium agam, quem filiumfamilias eſſe non ignoraui ſiue pro correo, ſiue pro fideiuſſore habere illum velim. Non enim pro fideiuſſore ſe obligauit, ſed pro correo, quod inſpiciendum potiſſimum eſt. Nam nec alia cauſa eſt, propter quam Senatuſconſultum ſuccurrat fideiuſſoribus filijfamilias, quàm quia ipſi conuenti regreſſum habituri eſſent contra filiumfamilias, qui proinde per medias fideiuſſorum perſonas conueniri videretur *l. ſi quis reum 5. infr. de liber. legat. l. cùm lex 46. de fideiuſſ.* At ex correis debendi is qui totum ſoluit, non ideò regreſſum vllum habere contra correum poteſt, quia ſuo nomine ſoluit non alieno, niſi ceſſionem actionum à creditore impetrauerit, *d. l. ſi non ſinguli 5. & d. l. ſi in rem 12. C. ſi cert. petat. l. rem hereditariam 65. infr. de euict.* Quamuis communis interpretum noſtrorum ſchola contra ſentiat ad *l. 2. C. de duob. reis*, contra quos diſputauimus *lib. 11. Coniect.* & aliis pleriſque locis. Illud leue eſt, quod Accurſius hîc notat, ignorantiam aliquando prodeſſe. Prodeſt enim ſemper quoties factum improbum & prohibitum punitur: non enim poteſt, improbum eſſe & punibile factum ignorantis, ſed eius tantùm qui ſciens & prohibitus fecerit, maximè verò in Senatuſconſulto Macedoniano *d. leg. pen. infr. hoc tit.* Sic in *l. 3. §. penult. infr. de Senatuſconſulto Silan. §. penult. & vlt. inf. de iniur.*

9 ¶ Siue autem ſub vſuris mutua data ſunt, ſiue ſine vſuris: ad Senatuſconſultum ſpectat.

Ad §. 9. Siue autem.

RAT. DVB. Senatuſconſulti verba nominatim eos notant, & coërcent, qui peſſimo exemplo fœnerarent *l. 1. in princip. ſupr.* ergo non eos qui filiofamilias ſine vſuris pecuniam crediderunt. Et verò manifeſta differentiæ ratio eſt inter fœneratorem, & gratuitum creditorem. Fœnerator enim odio dignus eſt, qui ex pecunia quæ alioquin res ſterilis eſt, fructum captat, qui autem gratuitam credit pecuniam, facit rem officij plenam & liberalem. Nam & verum mutuum gratuitum eſſe debet, vt diximus ad *l. 2. ſupr. de reb. credit.*

DEC. Etſi Macedonianum Senatuſconſultum, cui fœnerator Macedo cauſam dedit, id maximè egit, vt fœneratores coërceret, proſpexit tamen generalis contra eos omnes qui filiisfamilias mutuam pecuniam dediſſent, non addita diſtinctione, an cum vſuris, an ſine vſuris. Siue quod etiam gratuitæ pecuniæ datio parentibus æquè perniciosa eſſe poſſit, *l. 3. §. his autem ſolus ſupr.* vtpotè quæ ſceleratos filios inuitare poſſit ad feſtinandam & occupandam, ſaltem votis impiis mortem parẽtum, vt habeant vnde alieno ære ſe exuant, ſiue quod fœnoris conuentio facilè occultari poſſit, quomodo paſſim occultari eam videmus ab improbis fœneratoribus, qui proinde facilè Senatuſcõſulto fraudem facerent, ſi ad eludendam Senatuſconſulti poteſtatem ſufficeret gratuitam ac ſine vſuris pecuniam credidiſſe, vt diximus ad *d. l. 1. ſupr.* Ergo cùm Senatuſconſultum non diſtinxerit, nec nos diſtinguere debemus, *l. de precio 8. ſupr. de Public. in rem act. l. in fraudem 15. §. vlt. infr. de teſtament. milit. l. 1. §. generaliter de leg. præſt.*

10 ¶ Quanquam autem non declaret ſenatus, cui exceptionem det: tamen ſciendum, & heredem filij, ſi paterfamilias deceſſerit, & patrem eius, ſi filiusfamilias deceſſerit, exceptione vti poſſe.

Ad §. 10. Quanquam autem.

RAT. DVB. Senatuſconſultum Macedonianum filiisfamilias ſolis eorúmque parentibus proſpectum voluit, vt ſcirent creditores nunquam poſſe fieri bonum nomen filijfamilias, ne quidem expectata patris morte *l. 1. ſupr.* Atqui filiusfamilias non poteſt heredem habere ne quidem patrem extra cauſam caſtrenſis peculij, ſi de eo filiusfamilias teſtatus ſit *l. 1. 2. & paſſ. infr. de caſtrenſ. pecul. l. vlt. in fin. ad Senatuſconſultum Tertyll.* Rurſum præmortuo filiofamilias deſinit periclitari vita patris. Ergo non poteſt Senatuſconſultum ſic accipi, vt heredibus quoque filijfamilias proſpectum Senatus voluerit, ſi eum patremfamilias mori contingeret, aut ipſi etiam patri, ſi filiusfamilias præmoreretur. Non ergo dedanda contra creditorem Senatuſconſulti exceptione tractari his caſibus poteſt.

DEC. Quemadmodum Senatuſconſulto ſuccurritur filiofamilias, non tantùm quandiu filiusfamilias manet, ſed etiamſi morte patris vel quo alio modo paterfamilias fiat, quia ſufficit creditam fuiſſe filiofamilias pecuniam. Ita & eo caſu quo paterfamilias & ſui iuris factus deceſſerit, heredi eius ſuccurrendum eſt, vt eadem cauſa ſit heredis, quæ fuit defuncti. Similiter cùm Senatuſconſultum non modò filiisfamilias fauerat, ſed etiam ipſorum parentibus quibus maximè proſpiciendum erat, nemo dubitat quin patri quoque danda ſit exceptio, ſi à filijfamilias creditore conueniatur. Ergo quãdiu paterfamilias manet. Nec. n. ex filijfam. contractu aliter conueniri poteſt, quàm ſi filium habeat in poteſtate eo tempore, quo conuenitur. Diſtinguendum igitur eſt, an filiusfa. qui contra Senatuſconſultum mutuam accepit pecuniam, deceſſerit filiusfamilias, an paterfamilias, ſi paterfamilias tranſmittit exceptionem Senatuſconſulti ad heredem, adeóque ad ſucceſſorem quemlibet etiam honorarium. Si verò filiusfamilas manens deceſſerit, exceptionem quidem quam vi-

BIU Cujas

uus habuit, moriens amittit, sed eam quæ patri ex propria persona competebat, ei non adimit. Habet enim illam pater suo iure nec tanquam heres, aut alius successor filij, sed tanquam pater & filio inuito vt & restitutio in integrum ex contractu filiifamilias minoris *leg. patri 27. in princip. supr. de minor.*

11 ¶ Interdum tamen etsi Senatusconsulto locus sit, tamen in alium datur actio: vtputa filiusfamilias institor mutuam pecuniam accepit: scribit enim Iulianus libro duodecimo, ipsum quidem institorem exceptione Senatusconsulti vsurum, si conueniatur: sed institoriam actionem aduersus eum, qui præposuit, competere, quamquam (inquit) si ipse pater eum præposuisset merci suæ, vel peculiarem exercere passus esset, cessaret Senatusconsultum quoniam patris voluntate contractum videretur. nam si scit eum negotiari, etiam hoc permisisse videtur, si non nominatim prohibuit merces accipere.

Ad §. 11. Interdum tamen.

RAT. DVB. Senatusconsulti Macedoniani exceptio etiam ex parte eius cui opponitur in rem est, non in personam, ideóque nimirum nocet etiam successoribus, & correis creditoris §. *nõ solùm*, vbi diximus *supr. hac leg.* Ergo si filiusfamilias institor mutuam pecuniam contra Senatusconsultum acceperit, sicut exceptione Senatusconsulti ipse vti potest, si conueniatur, ita & institorem qui eum præposuit, eâdem exceptione vti posse, dicendum est: quæ enim sunt in rem exceptiones, facilè in alios transeunt, non etiam illæ quæ personæ magis quàm rei cohærent *l. exceptiones 7. infr. de except.* Nec ferendum est, vt qui institorem præposuit, conueniatur ex eo contractu ex quo institor ipse qui contraxit conueniri non posset. Conuenitur enim suo nomine is qui vt institor contraxit; alieno autem ille qui institorem præposuit, vt diximus ad *tit. de instit. act.*

DEC. Is qui institorem præposuit licèt conueniatur ex contractu institoris, conuenitur tamen ob suum factum quia eum præposuit *l. 1. & tot. tit. supr. de instit. act.* Ergo quamuis exceptio Senatusconsulti faueat institori qui cùm esset filiusfamilias mutuam pecuniam contra Senatusconsultum accepit, non ideo tamen deneganda est actio institoria contra eum, qui filiumfamilias institorem præposuit, quia nihil in eo fit contra Senatusconsultum, si is qui filiumfamilias institorem præposuit institoria conueniatur *l. sed etsi 7. §. 1. in fin. supr. de institor. act. leg. 1. §. parui autem refert supr. de exercit. act.* Nec tantùm si extraneus ille sit, qui præposuit filiumfamilias, quia solis parentibus fauere Senatus voluit non etiam extraneis *l. 3. §. is autem solus supr.* sed etiam si eiusdem filiifamilias pater sit, sed alia ratione, quam eleganter Vlpianus hîc subiicit ex Iuliano, quia patris voluntate contractum videretur: quod sufficit ad excludendam Senatusconsulti potestatem *l. si tamen 12. infr. hoc tit.* Nam quoties pater scit filium negotiari siue in peculiari, siue in qua alia merce, hoc etiam permisisse ei videtur, vt pecuniam mutuam acciperet, cùm vix sit, vt sine commercio pecuniæ creditæ, negotiatio vlla commodè exerceri possit *l. cuicunque 5. §. sed si pecuniam supr. de instit. act.* Sed hoc ita si non nominatim prohibuerit, filium accipere, non merces, vt malè hîc scriptum est (implicat enim vt pater præponat filium exercendæ merci suæ, & eum mercem accipere prohibeat) sed pecuniam quam posuit Vlpianus initio §. acceptam à filiofamilias fuisse. Nam & in *dict.* §. sed si pecuniam eadem exceptio in eadem prorsus specie ponitur, quamuis paullo diuersis verbis, ibi *nisi prohibitus fuerit mutuari.* Nam nec quicquam vetat patrem præponere filiumfamilias merci suæ exercendæ, sed ea tamen lege adiecta ne pecuniam eo prætextu mutuam ab vllo accipiat, si fortè suspectos habeat filij mores. Hoc verò Accursius malè explicat, qui ponit filiumfamilias prohibitum esse merces accipere vt per consequens nec pecuniam mutuam accipere posset.

12 ¶ Proinde si acceperit pecuniam, & in rem patris vertit: cessat Senatusconsultum. patri enim, non sibi accipit. Sed & si ab initio non sic accepit, verùm postea in rem patris vertit: cessare Senatusconsultum, libro duodecimo digestorum Iulianus ait, intellegendúmque ab initio sic accepisse, vt in rem verteret. Non tamen vertisse videbitur [a] si mutuã pecuniã acceptam patri in propriũ debitũ soluit. & ideò, si pater ignorauit [b] adhuc Senatusconsulto locus erit.

Ad §. 12. Proinde.

RAT. DVB. Quod ab initio non valet, conualescere ex postfacto non potest *l. quod ab initio 32. de regul. iur.* Atqui creditum in hac specie vitiosum ab initio fuit, & contra Senatusconsulti authoritatem, quia verum est filiofamilias creditam pecuniam fuisse. Ergo quamuis postea contigerit, vt eam pecuniam filiusfamilias in rem patris verterit, non eo magis tamen conualescere mutuum & cessare Senatusconsultum potest: Initio scilicet inspecto quod semper inspiciendum est *l. 3. §. scio in fin. supr. de minor. l. si procuratorem 8. in princip. infr. mandat.* maximè verò cùm tractatur de Macedoniano *l. si tantùm 12. infr. hoc tit.* DEC. Est hic casus vnus ex illis in quibus ex euentu apparet, quid anteà fuerit vt in *l. qui res 98. §. 1. de solut. l. quædam 15. de reb. dub.* Credédus enim est filiusfamilias, pecuniam quam simpliciter mutuam acceperat, si eam pòst incontinenti vertat in rem patris eam ab initio accepisse hoc consilio, vt non tam sibi quàm patri acciperet. Quamquam nec aliud est, si ab initio non patri, sed sibi acceperit, ex postfacto tamen in rem patris eam pecuniam verterit, vt Vlpianus hîc subiicit. Quia hoc quoque casu intelligendus est ab initio sic accepis-

BIU Cujas

accepisse, vt in rem patris verteret, præsumptione iuris, & de iure, inquit Accursius, contra quam proinde non admittitur probatio in contrarium. Nam & pater actione de in rem verso vtique hoc casu teneretur, *l. 1. & tot. tit. inf. de in rem vers. leg. 1. Cod. de instit. act.* Atquin quod Senatusconsulto Macedoniano factum est, vt filiofamilias pecuniam credere non liceat, non tam propter filiosfamilias quàm propter parentes ipsos ita constitutum est, quibus datio pecuniæ pernicioſa fore visa est, *leg. 3. §. is autem solus supr.* Nulla ergo causa subest inducendi Senatusconsulti eo casu quo ex filijfamilias contractu pater de in rem verso teneri potest. Ad quid enim bonum esset Senatusconsulti potestatem inducere in fauorem patris qui omnimodo teneri debeat, & conueniri? *arg. l. si post mortem 10. §. liberi infr. de bonor. possess. contr. tabul.* Ratio tamen dubitandi ad hunc posteriorem casum maior est, quàm ad superiorem. Eadem nihilominus, sed fortior.

a *Non tamen vertisse videbitur.* RAT. DVB. Etsi creditor qui ciuilem actionem habuit ad pecuniam exigendam, non potest videri factus locupletior exacta pecunia, quoniam cùm actionem haberet ipsam quoque pecuniam habere, iam videbatur ex regula *l. is qui actionem 11. de reg. iur.* nec valde lucratur, qui pro debita efficaciter pecunia debitorem amittit, & alienat, *§. nunc admonendi Instit. quib. alien. licet vel non*: quamuis locupletior fieri dicatur debitor, qui soluta pecunia liberatur à creditore *l. si pupillus 66. in fin. de solut.* Is tamen qui solutionem debiti accepit à debitore qui non nisi naturaliter obligatus erat, fit proculdio locupletior, cùm per solutionem id acquirat, quod nulla actione acquirere potuisset, cùm ea obligatio quæ naturalis tantùm est, nullam actionem pariat, sed tantùm exceptionem, & soluti debiti retentionem, *l. naturales 10. infr. de oblig. & action. l. Stichum 95. §. aditio de solut.* Vnde est quod eos quibus natura tantùm debetur, dicimus non esse propriè loco creditorum, *l. creditores 10. vers. quod si natura infr. de verb. signific.* Atqui inter patrem & filiumfamilias ciuilis obligatio consistere nulla potest, propter ius patriæ potestatis, *l. Imperator 50. infr. ad Senatusconsultum Trebellianum l. ne cum filiofamilias 16. de furt.* sed tantùm naturalis, *l. frater à fratre 38. §. 1. supr. de condict. indeb.* Sicut nec inter dominum & seruum *l. nec seruus 41. infr. tit. prox.* Ergo dicendum est, in rem patris videri filiumfamilias vertisse pecuniam, quam in proprium suum debitum patri soluit, vt se ab eo liberaret, & consequenter siue sciuerit pater, siue ignorauerit filiusfamilias in eam rem pecuniam accepisse, Senatusconsulto locum non esse.

DEC. Filiusfamilias qui id quod naturaliter tantùm patri debuit ei soluit, perinde fit locupletior atque si ab obligatione ciuili se liberaret. Nam & eum iure gentium soluere oportuit, *l. cùm ampliùs 184. §. is natura debet de regul. iur.* quamuis nulla actione conueniri à patre posset. Proinde in rem suam vertit pecuniam, non in rem patris, cùm id agat principaliter, vt se liberet, non vt patris meliorem faciat condicionem, *l. seruus 20. supr. de dolo*: quamuis negari non possit quin fiat ea melior per consequentias, quæ regulariter non attenduntur, *l. 1. l. quod dicitur 7. de author. tutor.* Cúmque actiones ciuiles nonnisi contra perfidos comparatæ sint, vt Theophilus scribit in *Instit. tit. de action.* & optimus quisque debitor contra seipsum agere debeat, quod facere potest etiam sine actione *leg. quoties 9. §. & generaliter infr. de admin. tutor.* non alia debet videri ratio debitoris bona fide soluentis id, quod naturaliter tantùm debuit, quàm si ciuiliter quoque fuisset obligatus, cùm tanta sit potestas obligationis naturalis iure gentium, quod violari nunquam debet, quanta est ciuilis obligationis iure Quiritium. Et tamen obligaretur pater ex eo filijfamilias mutuo si filiusfamilias pecuniam illam perdidisset. Sic enim putat Accursius ex *l. in pupillo 47. de solut.* Sed hoc non puto verum. Tunc enim obligatur pater ex mutuo filijfamilias, etiamsi perdita sit pecunia, cùm in vsus patri necessarios filius eam mutuam acceperat, vt in *d. l. in pupillo.* Initio scilicet magis quàm euentu inspecto, at in hac specie ponimus acceptos fuisse à filiofamilias nummos mutuos, non in aliquos vsus patri necessarios, sed in suos proprios, vt quod patri debebat ei solueret.

b *Et ideò si pater ignoruit.* Nempe quia si pater sciuit, Macedonianum cessat, *l. si tamen 12. infr. hoc tit.* Nec possum videre cur Accursius hîc notet nihil interesse, an pater sciuerit, an ignorauerit, nisi sic intellexit quantum ad hoc, vt pater de in rē verso non teneatur. Verum enim est non magis teneri patrem de in rem verso, si sciuit filiumfamilias pecuniam mutuam accipere, vt soluat, quod debet patri quam si ignorauit, *l. 3. §. cui congruit infr. tit. prox.* Ideóque si hortatus sit creditorem pater, vt in eam rem filiofamilias pecuniam crederet, tenetur de dolo, quia neque de in rem verso teneri potest, neque de peculio, si nihil in peculio fuit *d. l. seruus 20. supr. de dolo.* Sed alia quæstio est, an pater teneatur de in rem verso aut de peculio. Alia verò an Senatusconsulti Macedoniani exceptio locum habere hoc casu possit, de quo solo Vlpianus hîc quærit. Illa obiectio difficilior est, quam mouet Accursius, cur exceptione Macedoniani summoueatur creditor, qui filiofamilias pecuniam credidit, vt patri solueret quem nulla exceptione poterat summouere, cùm placeat cessare hoc casu exceptionem Senatusconsulti *§. si filiusfamilias infr.* Sed bene respondet aliam causam esse eius pecuniæ, quam filius patri soluit vltrò, quia non potest pater quicquam exigere à filio per actionem, cùm inter patrem & filiumfamilias, neque his neque actio vlla esse possit *l. 4. supr. de iudic. l. ne cum filiofamilias 16. infr. de furt.* Durior enim creditor ille est, cui ciuiliter debetur, quique actionem habet nulla exceptione infirmandam, quàm ille sit cui natura tantùm debetur, qui nec creditoris loco esse propriè intelligitur, vt suprà diximus ex *l. creditores 10. iunct. l. creditor 55. de verbor. significat.* Ideóque fauorabilior ille est, qui mutuam pecuniam credit filiofamilias ad dimittendum creditorem, cui etiam ciuiliter, & efficaciter sit obligatus, quàm si vt dimittat eum, cui naturaliter tantùm filiusfamilias debuit, siue pater ille sit, siue alius.

13 ¶ Quod dicitur in eo, qui studiorum causa absens mutuum acceperat, cessare Senatusconsultum: ita locum habet, si probabilem mo-

dum in mutua non excessit: certè eam quantitatem, quam pater solebat subministrare.

Ad §. 13. Quod dicitur.

RAT. DVB. Studiorum causa semper iusta & probabilis est ad sumptus filiofamilias prorogandos etiam non interueniente patris voluntate, quia patris pietas non creditur fuisse filio eos recusatura, *l. Macedoniani Senatusconsulti hoc tit. l. quæpater 50. supr. famil. erciſc.* sicut & absentia studiorum causa semper probabilis esse creditur, *l. necnon 28. in princip. supr. Ex quibus cauſ. maior.* Quid enim honestius vel laudabilius, vel optabilius acquisitione scientiæ? Atqui scientia incomparabilis res est, nullóque certo modo vel precio æstimanda. Quomodo de salute scribit Iureconsultus in *l. si pater 34. in fin. infr. de donat. iuncta l. Aquilius 27. eod. tit.* Ergo siquis filiofamilias pecuniam mutuam dederit studiorum causa etiam ignorante patre, dicendum est generaliter & indistinctè Senatusconsultum cessare, non adhibita illa distinctione, quam Vlpianus hîc adhibet, an probabilem impensæ modum creditor in mutuo excesserit: cùm modus addiscendi scientias sit eas addiscere sine modo, Exemplo ferè eius, quod magnus ille Augustinus, sed longè iustiùs ac veriùs dicebat, modum amandi Deum esse amare sine modo.

DEC. Ratio propter quam in pecunia filiofamilias credita cessat Senatusconsultum, non alia est, quàm quia credendus est pater pro sua in filium pietate, prôque suo officio eos sumptus fuisse subministraturus *d. l. Macedoniani.* Ergo non aliter Senatusconsultum cessare dicendum est, quàm si creditor probabilem modum non excesserit, id est, non nisi quatenus pater subministraturus fuit. Nam eatenus duntaxat consensurus fuisse creditur, *l. si verò pater 9. infr. de in rem verſ. Sic in l. 3. §. proinde si seruus eod. l. at siquis 14. §. hæc actio supr. de religioſ. & sumptibus funer. l. si seruos 25. supr. de pignor. act. l. fin. §. quæritur de exercit. act. l. profectitia 5. §. si filiusfamilias infr. de iur. dot.* Ergo si vltra modum probabilem pecunia filiofamilias credita sit, actio quidem non dabitur pro eo quod excedit, sed ad modum vsque dabitur, ne in eo quod per se diuiduum est, vtile per inutile vitietur, vt Accursius noster concludit, non malè ex *l. siquis argentum 35. §. sed in his omnibus Cod. de donat. leg. placuit 29. infr. de vsur.* Idem Accursius addit, si pater minùs subministrare filio solebat, quàm facere deberet: probabilem modum non tam ex eo æstimandum esse, quod pater soleret facere, quàm quod facere deberet. Quod ego satis probo ad augendam sententiæ huius vtilitatem pro dignitate studiorum vt *in l. si longius 18. in fin. supr. de iudic.* Necenim ferendus est pater auarus qui nescio quam miseram frugalitatem filij studiis & honori velit anteponere, cùm, vt ait idem Accursius, scientia filij sit, & esse debeat lætitia patris §. *generaliter Nouell. Conſtit. quæ de dignit.* Neque verò vlla fit iniuria patri, si etiam inuitus id quod in rem eius vtiliter gestum est, ratum habere cogatur, *l. Pomponius 9. supr. de negot. geſt.* Nec proinde distinguendum est, an ex patris voluntate filiusfamilias abesset studiorum causa, an verò quod etiam interdum accidit contra patris voluntatem. Vtroque enim casu non solùm filiusfamilias tenetur, quem omnimodo teneri semper æquum est, sed etiam pater, si modò ignoràuerit creditor contrariam illam voluntatem patris cuius ignorantia semper præsumenda est, non solùm tanquam facti alieni, *l. vlt. infr. pro ſuo*: sed etiam tanquam improbabilis. Multóque magis creditori succurrendum est, si ignorans missam filio à patre pecuniam de suo ipse eam subministrauerit, eâdem scilicet ratione, quia hæc quoque iusta ignorantia est, vt idem noster Accursius concludit ex *d. l. vlt. pro ſuo & l. ſed et ſi pupillus 11. §. proſcribere ſupr. de inſtitor. act.* Cæterùm si sciat creditor filiumfamilias abesse studiorum causa contra patris etiam iniquam voluntatem, difficilius est meo iudicio, vt ei danda sit contra patrem actio, non solùm si à patre prohibitus pecuniam filiofamilias crediderit, qui casus nullam omnino recipit dubitationem post *l. vlt. C. de negot. geſt.* sed etiam si prohibitio nulla eo nomine expressa interuenerit *arg. l. item ſi cùm 5. ſupr. eod. ill. tit.* nisi hactenus saltem vt cogatur pater reddere quantum domi filius expensurus omnimodo fuit ex *d. l. 3. §. proinde infr. de in rem verſ.* Nam quod Accursius putat hoc quoque casu subdistinguendum esse, an filiusfamilias studeat, an ludat absurdum mihi videtur. Quid enim commune habet vita filij cum iure pecuniæ creditæ & obligationis? aut vnde diuinabit creditor, an studere filiofamilias & studiis operam seriam dare, an aleam potiùs & omnia quæ solet adolescentia lasciuientis animi vicia exercere?

14 ¶ Si filius accepit mutuam pecuniam, vt eum liberaret: qui, si peteret, exceptione non summoueretur: senatusconsulti cessabit exceptio.

Ad §. 14. Si filiusfamilias.

RAT. DVB. Etiam cùm filiusfamilias mutuam accepit pecuniam, vt eum creditorem dimitteret, qui si petiisset, nulla exceptione summoueri potuisset, potest datio illa pecuniæ pernicioſa esse patri, non minùs quam si accepta esset mutua ad dimittendum creditorem, quem exceptione aliqua filiusfamilias potuisset repellere? Ergo & hic casus ad Senatusconsultum Macedonianum pertinet *l. 3. §. is autem ſolus supr.*

DEC. Ideò visum est posse parentibus pernicioſam esse numerationem pecuniæ filiisfamilias creditæ, quòd facilè soleant filiifamilias acceptam pecuniam mutuam in malos vsus perdere, ex eáque causa sibi ac parentibus perniciem inferre. Quæ ſiniſtra ſuſpicio non cadit in filiumfamilias, qui mutuam accepit pecuniam, vt verum iustúmque creditorem dimitteret, qui nulla exceptione repelli poterat, séque ab eo liberaret, cùm faciat, se patrémque suum locupletiorem qui se liberat à vero creditore, qui non modò contra filium in ſolidum, sed etiam contra patrem agere de peculio, vel de in rem verſo æquè efficaciter potuisset, vt proin-

de in

de in rem quoque patris versa quodammodo videatur pecunia, quæ huic creditori priori soluta est: Et quemadmodum non poterat pater impedire, ne filiusfamilias à primo creditore conueniretur: ita neque animo iniquo ferre debet mutuam filiofamilias datam esse pecuniam, vt eiusmodi verus creditor dimitteretur. Ergo nihil causæ est, cur nō cessare hoc casu debeat Senatusconsulti exceptio: quandoquidem nihil hîc malo more factū est, neque cōtra Senatusconsulti authoritatem, vel mentem. Nec enim Senatus iustas & validas filiorumfamilias mutuam pecuniam accipientium obligationes, sed malas tantùm & suspectas improbauit. Iunge quæ scripsi ad §. *proinde* 12. *supr.*

15 ¶ Hoc ampliùs cessabit Senatusconsultum, si pater soluere cœpit quod filiusfamilias mutuum sumpserit: quasi ratum habuerit.

Ad §. 15. Hoc amplius.

RAT. DVB. Solutio est facti *l. consilio 7. §. vlt. infr. de curat. furios.* & quidem restricti & limitati ad quantitatem solutam. Ergo ratihabitio, quæ ex hac solutione siue infertur, siue præsumitur, ad eandem quantitatem quæ soluta est, restringi & limitari debet, vt limitata causa non nisi limitatum pariat effectum *vulg. l. in agris 16. infr. de acquir. rer. domin.* Et consequenter ex eo quod pater cœperit soluere pecuniam, quam filiusfamilias mutuam acceperit, non potest cogi aut pater aut filius vt reliquam pecuniam soluat.

DEC. Ratihabitio æquiparatur mandato in hac quoque specie, vt & in aliis ferè omnibus præsertim post *l. vltim. Cod. hoc tit.* quæ distinctiones cunctas sustulit, quas vetus iurisprudentia circa ratihabitionem mandato æquiparandam induxerat. Atqui si mandante adeóque sciente tantùm patre filiusfamilias mutuam pecuniam accepisset, Senatusconsultum cessaret *l. si tantùm 12. infr. hoc tit.* Ergo idem est & si contractū à filio habitum pater ratum habuerit, nec quod partem duntaxat debiti pater soluere cœperit, facere debet, vt nonnisi pro parte contractum habuisse ratum videatur, cùm omnium contractuum causa hactenus indiuidua sit, vt pro parte tantùm ratos, quis eos habere possit *l. 4. §. vltim. infr. de verbor. oblig. iuncta leg. cùm ex causa 139. eod. titul. leg. tutor vrgentibus 47. §. 1. supr. de minor. l. si quis aliam 46. de solut.* Totus igitur contractus videbitur à patre comprobatus, vt in *l. sed etsi 9. §. sed etsi non donandi infr.* Sicut & Senatusconsultum Macedonianum totum contractum improbat non pro parte.

16 ¶ Si paterfamilias factus, soluerit partem debiti: cessabit Senatusconsultum: nec solutum repetere potest.

Ad §. vlt. Si paterfamilias.

RAT. & DVB. DECID. eadem ferè est, quæ ad §. præcedentem: nam qui soluit partem debiti posteaquàm paterfamilias factus est, videtur ratum habere id, quod filiusfamilias gessit: & sanè ita est, sed non vt ratihabitio hæc mandato æquiparetur: neque verò vt ad tempus pecuniæ creditæ retrotrahatur, cùm ille ipse sit qui contraxit, & quidem eo tempore quo non erat habilis ad mutuam pecuniam accipiendam, potius, vt quod eo tempore perperam gestum est quo filiusfamlias erat, eo saltem tempore factum intelligatur, quo Senatusconsulti cessat authoritas. Itaque quod ab initio nō valuit, hoc casu ex postfacto conualescit, non solo tractu temporis, ne putes obstare iuris regulam, sed ex noua voluntate, & quasi ex nouo cōtractu facto tempore habili, & sublato iam impedimento. Nec enim Senatus adeò amarè & seuerè cum creditoribus agere voluit, vt filijfamilias nomen nullo vnquam tempore bonum fieri posset, id est, nec si filius paterfamilias factus bonam fidem & naturalem obligationem vellet agnoscere *l. 2. C. hoc tit.* sed hactenus duntaxat vt scirent creditores, qui Macedonis exemplo, pessimo more, filiofamilias fœnerarent, non posse fieri bonum nomen expectata morte patris *l. 1. supr.* Cæterùm si filiusfamilias fortè sibi conscius iusta de causa creditam sibi pecuniam, malit paterfamilias factus soluere, quàm vti exceptione, non est prohibendus, quominus iuri pro se introducto renunciet *l. pen. C. de pact. l. si index 41. supr. de minor.* Sic & *in l. si fideicōmissum 50. §. vlt. supr. de iudic. l. in debitum 9. C. de condict. indeb. l. ad solutionem 5. C. de re iudic. §. non autem. Nouell. 1. de bered. & Falcid.* Sed si adhuc in patris potestate constitutus soluat quæstionis est, an soluti repetitio possit competere. Accursius noster in ea videtur esse sententia, vt nihil interfit quantum ad retentionem, an filiusfamilias soluat, an factus iam paterfamilias, sed duntaxat quantum ad hoc, vt si filiusfamilias partem debiti soluerit, non cesset in residuo Macedonianum, quod cessaret, si paterfamilias factus partem debiti soluisset. Et verò ratio quæ impedit, ne filiusfamilias possit repetere quod paterfamilias factus soluerit, nempe quia naturalis obligatio manet, quæ impedit soluti repetitionem *l. quia naturalis 10. infr.* an non perinde locum habet, etiamsi adhuc filiusfamilias constitutus soluerit? Sed tamen aliud iuris est, quia filiusfamilias quamdiu filiusfamilias manet ius pecuniæ alienandæ non habet *leg. sed etsi paterfamilias 9. §. 1. infr.* Ideóque si soluta pecunia extet vindicare eam quasi suam pater potest, *leg. si filiusfamilias 14. supr. de reb. credit.* Si verò consumpta sit potest eam condicere vt scriptum est *in dict. §. 1.* Ipse sanè filius condictionem non habet, quia naturalem obligationem agnouit, sed soluendo acquirit vindicationem aut condictionem patri qui nec naturaliter obligatus est. Ob eámque nimirum causam quoties prudentes nostri denegant repetitionem filio qui pecuniam soluerit, quam contra Senatusconsultum acceperat, ponunt factam esse solutionem ab eo iam patrefamilias facto, vt hîc & in *leg. qui exceptionem 40. supr. de condict. indeb.* Ergo quod in hoc §. scriptum est, si paterfamilias factus partem debiti soluerit, cessare Senatusconsultū, nec solutū repeti

BIU Cujas

posse, ita omnimodo accipiendũ est, vt non tantũ in parte soluta Senatusconsultum cesset, sed vt etiá in parte non soluta, alioqui nullius effectus essent verba illa, *cessabit Senatusconsultum*, vt cõtra Bulgarũ benè disputat Accursius *arg. l. si quãdo* 109. *de legat.* 1. Idem est si filiusfamilias sui iuris effectus det rem aliquam pignori pro eo debito, quod in patris adhuc constitutus potestate aduersus Senatusconsultum contraxerat, vt in *l. sed & si paterfamilias* 9. *infr.* Nam & ex pignoris datione contractum perinde ratum habuisse intelligitur, sed alitèr tamen id est non nisi ad pignoris vsque quantitatem, vt ibi dicemus.

8. PAVLVS libro 30. ad Edictum.

CVm tamen à curatore per ignorantiam solutum sit, repeti debet.

Ad l. Cùm tamen 8.

RAT. DVB. Quod curator minoris soluit ipsius minoris nomine perinde habendum est, ac si ab ipso minore solutum esset: quia minoris curator licèt non detur personæ, sed bonis, in quo maximè differt non tantùm à tutore, sed etiam à furioso vel prodigi curatore, tamen in iis quæ ad bonorum administrationem pertinent domini loco est, & minoris personam repræsentat *l. ait Prætor* 7. §. *sed si supr. de minor. l. is qui in puteum* 11. § *an ignoscitur infr. quod vi aut clam.* Atqui quod filiusfamilias paterfamilias effectus soluisset creditori, non posset repetere, quia bonam fidem & naturalem obligationem agnoscere minori prohibitum non est, neque obiici hoc casu potest, quod Accursius adfert ex *l. interdum* 29. *supr. de condict. indeb.* personam locum facere repetitioni: id enim verum quidem est in pupillo, furioso, & prodigo, de quibus ea lex loquitur, at non etiam in minore, & rursum, quibus casibus persona locum facit repetitioni, nulla opus est restitutione in integrum, quam tamen in proposita specie necessariam curatori esse vult Accursius. Ergo non magis curatori minoris qui ex filiofamilias paterfamilias factus est, quàm ipsi minori permittenda est solutæ pecuniæ repetitio, nec si quam ignorantiam velit obtendere, cùm iuris apertissimi sit, tutum esse Macedoniani exceptione filiumfamilias cui contra Senatusconsultum pecunia credita est, nec iuris error prodesse soleat, ad indebiti condictionem inducendam *leg. cùm quis* 10. *Cod. de iur. & fact. ignor.*

DEC. Non habet curator minoris eam authoritatem vt Macedoniani exceptionem minori competentem siue sciens, siue ignorans possit ei adimere. Id enim non esset administrare res minoris, sed minorem spoliare, quod non magis curatoribus permissum est, quàm tutoribus quorum maior est potestas *l. qui fundum* 7. §. *si tutor infr. pro emptor. l. Lucius* 46 § *vltim. de author. tutor. leg pactum curatoris* 22. *C. de pact.* Nec puto distinguendum, an ius an factum curator ignorauerit, quia non ipsi curatori danda est hoc casu condictio, sed minori cui nihil imputari potest: Ideóque non ita Paulus loquitur, vt dicat, curatorem ipsum qui soluerit posse repetere, quomodo Accursius malè explicat, sed ait simpliciter repeti pecuniam posse, aut vt Florentiæ scriptum est *repeti debere*: quod haud dubiè sic accipiendum est vt repeti possit & debeat per minorem ipsum, cuius interest solutum non esse, id quod perpetua exceptione tutus retinere potuit: ex quo magis intelligimus frustra Accursium de restitutione in integrum hîc tractare, cùm nihil à minore gestum esse proponatur, propter quod necessaria ei possit esse in integrum restitutio. Cur ergo, inquies, distinguit Paulus, an curator sciens, an per ignorantiam soluerit? cùm neutro casu nocere pupillo potuerit? Puto verba illa *per ignorantiam* non tam ad ius referenda esse, quasi aliud dicendum sit, si curator sciens indebitum minoris nomine soluerit, quàm ad factum, quòd non sit credibile quemquam adeò stultum curatorem esse, qui minoris nomine velit vltro soluere, id quod sciat, minorem non debere efficaciter, tanquam tutum perpetua Macedoniani exceptione. Nam is quidem qui suo nomine soluit, quod sciat se non debere, ideo non repetit, quia donasse intelligitur, quod donare potuit ex *reg l. donari.* 81. *de regul. iur.* At curator qui minoris nomine soluit sciens, quod minor non debuit, ideo ius repetendi adimere minori non potest, quia nec minoris rem donare ei permittitur *d. l. Lucius* §. *vlt.* cùm donare nihil aliud sit, quàm perdere *l. filiusfamilias* 7. *infr. de donat.* Planè si non de minoris pecunia, sed de sua sciens soluerit, nullus repetitioni locus erit, neque pro minore cuius nihil interest, cùm per eam solutionem non sit factus pauperior, neque pro curatore qui pecuniam suam donasse creditori intelligitur, quique nullo casu eam pecuniam iudicio negotiorum gestorum repetere à minore potest, id est, siue sciens, siue ignorans soluerit, quia nec vllo casu negotium minoris vtiliter gessisse videri potest, soluendo indebitum. Sed tamen faciet hæc ratio, vt si de sua pecunia nomine minoris soluerit per ignorantiam facti non iuris, id quod à minore debitum esse putabat, danda sit ei repetitio non contra minorem ipsum, vt malè putat Accursius, cùm ei solutio nil profuerit, sed contra creditorem cui soluta est pecunia, quam curator nec minoris nomine soluere debuit, nec suo donare voluit.

9. VLPIANVS libro 29. ad Edictum.

SEd si paterfamilias factus, rem pignori dederit: dicendum erit, Senatusconsulti exceptionem ei denegandam vsque ad pignoris quantitatem.

Ad l. Sed si paterfamilias 9.

RAT. DVB. Cùm is qui mutuam pecuniam acceperat eo tempore quo erat adhuc filiusfamilias, posteà factus paterfamilias rem aliquam pignori dedit, perinde contractum ratum habet, atque si partem

BIU Cujas

partem debiti soluisset, vt in *l. item si 7. §. vlt. supr.* aut nouatione facta fidem suam obligasset, vel aliter debitum agnouisset, vt in *l. 2. C. hoc tit.* Atqui superioribus casibus totum contractum ratum habuisse paterfamilias intelligitur, non pro illa tantùm parte quæ vel soluta vel nouata est, vt diximus ad *d. §. vlt.* quia contractus omnes in sui natura & essentia indiuidui sunt. Ergo & cùm paterfamilias factus rem pignori dedit, dicendum est Senatusconsulti exceptionem ei denegandam, non modò vsque ad debiti quantitatem, vt Vlpianus hîc scribit, sed in solidum quasi contractù in solidum per ratihabitionem confirmato. Pignus enim quisquis dat, agnoscit proculdubio principalem obligationem quæcunque subest siue naturalis tantùm illa sit, siue ciuilis, cùm pignoris obligatio nonnisi accessoria sit ad principalem, aut naturalem, aut honorariam, aut ciuilem *l. res hypothecæ 5. infr. de pignor.* Dec. Multùm interest, an paterfamilias factus debitum agnoscat soluendo partem debiti, an pignus dando solutio afficit substantiam obligationis, quam & perimit: liberationem enim parit, quæ obligationem necessariò præsupponit. At pignoris datio nihil commune habet cum obligatione principali, nisi quod eam supponit, cæterùm nec eam confirmat, nec perimit, sed tantum facit, vt debitum qualequale illud est in tuto sit, ad pignoris vsque quantitatem *l. sed etsi 25. §. si tamen pignori supr. de hered. petit.* Ergo supra pignoris quantitatem non potest videri paterfamilias ratum habere contractum, quem eo tempore iniit quo filiusfamilias erat, quod secus esset, si vel minimam debiti quantitatem suæ potestatis effectus soluisset, atque, id est, quod Accursius ad hanc legem, notat pignus non dari pro debito liberando & in solutum creditori, quomodo datur pecunia. Sed quod addit pignus dari pro eo quod debeo, & si nihil debeo, aut mancum est, aut quid sit, intelligere non possum. Etsi enim verum est, pignus dare me posse, non tantùm pro eo quod debeo, sed etiamsi nihil debeam, id tamen ita accipi debet, si modo id quod ego non debeo, à quouis alio debeatur. Nec enim pignoris obligatio, quæ vti diximus, accessoria est, subsistere posset sine principali. In proposita verò specie quod filiusfamilias non debet, qui mutuam ipse accepit pecuniam, alius nemo debet. Necesse igitur est, vt cùm pignus dedit vel propriam suam obligationem agnouerit, vel nullam. In priore itaq; diuersitatis ratione quam attulimus perstandum est.

1 ¶ Si ab alio donatam sibi pecuniam, filius creditori soluerit: an pater vindicare, vel repetere possit? & ait Iulianus, siquidem hac conditione ei donata sit pecunia, vt creditori soluat, videri à donatore profectam protinus ad creditorem, & fieri nummos accipientis: si verò simpliciter ei donauit, alienationem eorum filium non habuisse: & ideo, si soluerit, condictionem patri ex omni euentu competere.

Ad §. 1. Si ab alio.

Rat. dvb. Quoties filiusfamilias pecuniam ab aliquo accipit, siue ex donationis causa, siue ex alia qualibet, dominium pecuniæ acquiritur per filiumfamilias patri, ita vt ne momento quidem temporis consistat acquisitio in persona filij *l. placet 79. de acquir. hered.* Atqui pecunia quæ semel patris facta est, nonnisi eo volente & consentiente alienari per filium potest ex regula *l. id quod nostrum 11. de reg. iur. l. si ego 9. §. si res de iur. dot.* Ergo indistinctè dicendum est si ab alio donatam sibi pecuniam filiusfamilias creditori suo soluerit, posse patrem eam pecuniam vel vindicare, si extet, vel condicere, si consumpta sit, etiamsi hac condicione donata sit filio pecunia, vt creditori eam solueret, perinde atque si simpliciter donata esset. Dec. Multum interest, an filiofamilias donata sit simpliciter pecunia, an hac lege & condicione, vt filiusfamilias eam creditori solueret. Priore casu id obtinet, quod modò diximus, quia cùm patri per filiumfamilias quæsitum sit dominium pecuniæ, verum est filiumfamilias eius pecuniæ alienationem inscio patre non habuisse, & ideò si eam filius creditori suo soluerit, vindicationem patri tanquam domino dandam esse: quia potest quilibet vindicare id quod suum est *l. Quintus 27. §. argento infr. de aur. & argent. legat.* scilicet quandiu extat pecunia: nam si consumpta sit, cùm vindicari iam non possit, condictio patri necessaria est. Idque est quod Vlpianus ex Iuliano hîc scribit, si simpliciter donata sit filiofamilias pecunia, isque creditori suo qui contra Senatusconsultum contraxerat, eam soluerit, *condictionem patri ex omni euentu competere*, non eo sensu quem putat Accursius, siue pecunia extet siue non, dummodò, inquit, mala fide acceperit, secus si bona fide, vt hunc locum conciliet cum Marcelli responso in *l. si filiusfamilias 14. supr. de reb. credit.* sed quomodo Cuiacius benè explicat *libr. 14. Obseruat. cap. 35. ad extremum, & omnimodo*, id est, eo casu quo cesset vindicatio, quod Gallicè diceremus *au pis aller*, vt scripsimus ad *d. l. si filiusfamilias*, vnde petenda sunt, quæ alioqui ad hanc Iuliani sententiam contra Marcellum tuendam adferri hîc deberent, & aduersus ea quæ nugatur hîc Accursius de condictione furtiua. At posteriore casu, id est, cùm non simpliciter pecunia filiofamilias donata est, sed hac lege & condicione, vt eam filiusfamilias creditori suo solueret, neque vindicatio patri dari potest, neque condictio, quia videtur pecunia à donatore profecta statim ad creditorem, & rectà ad eum peruenisse, quasi nec interposita filiifamilias persona, aut saltem quasi electo filiofamilias tanquam nudo ministro, cuius persona nunquam attendi solet, ita vt iuris varietatem aliquam inducat *l. si quis Titio 17. de legat. 2. l. absenti 10. infr. de donat.* Inde accidit, vt pecunia hæc soluta creditori per filiumfamilias fiat accipientis, neque per velut mediam patris personam dominij translatio impediatur *l. profectitia 5. §. si quis certam infr. de iur. dot. iunct. l. si mandauero 22. §. si mandauerim infr. mandat.* Quid ergo si filiusfamilias donatam sibi pecuniam hac lege, vt eam creditori suo solueret, non soluerit? Non eo magis acquiretur patri pecunia, sed vindicare illam donator poterit quasi adhuc suam, necdum alienatam si extet, aut si consumpta sit condicere eam non patri quam non consumpserit: sed filiofamilias, qui ex omnibus

BIU Cujas

causis & actione qualibet conueniri potest *l. filiusfamilias 39. de oblig. & action.* Sic enim locum hunc intelligo, & quod ad eum notat Accursius ex *dict. l. profectitia 5. §. si quis certam de iur. dot.* Condictio enim quælibet supponit translationem dominij, aut saltem amissionem ex parte actoris, cùm nemo possit rem suam condicere, nisi à fure *l. vltim. supr. vsufr. quem. cau.*

2 ¶ Hoc Senatusconsultum ad filias quoque familiarum pertinet. nec ad rem pertinet, si adfirmetur, ornamenta ex ea pecunia comparasse. nam & ei quoque, qui filiofamilias credidit, decreto amplissimi ordinis actio denegatur: nec interest, consumpti sint nummi, an existent in peculio. multo igitur magis, seueritate Senatusconsulti, eius contractus improbabitur, qui filiæfamilias mutuum dedit.

Ad §. 2. Hoc Senatusconsultum.

RAT. DVB. Senatusconsultum Macedonianum non modò de filiofamilias duntaxat locutum est, non etiam de filiafamilias *l. 1. supr.* Sed etiam ratione illa inductum fuit, quæ solis filiis non etiam filiabus familiarum conuenire videatur. Nec enim tantopere verendum erat, vt filiæfamilias æris alieni tædio & impatientia in necem parentum aliquid machinarentur, quod Senatus in filiorum & masculorum personis contingere facilè potuisse veritus ac suspicatus est. Filias namque pro infirmitate sexus minùs ausuras esse credibile est *l. quisquis 5. §. ad filias C. ad leg. Iul. Maiest.* Ergo neque ex verbis neque ex mente Senatusconsulti ad filias quoque familiarum seueritas Macedoniani potest pertinere. Maximè verò si proponas filiamfamilias ex ea pecunia, quam mutuam accepit, ornamenta muliebria comparasse, quæ adhuc extent, & quæ si non comparasset, pater eius comparare ipsi debuisset. Quasi versa hoc casu pecunia in rem patris.

DEC. Par & æquale odium est creditoris siue filio siue filiæfamilias mutuam pecuniam dantis, nec minùs vno casu quàm alio potest ea datio pecuniæ parentibus perniciosa esse, quod sufficit, vt seueritas Senatusconsulti etiam ad eos qui filiæfamilias pecuniam crediderunt produci debeat *l. 3. §. is autem solus supr.* Sed & maiore odio dignus est creditor qui filiæ, quàm qui filiofamilias pecuniam credit, cùm ea res suspectam facere possit filiæ pudicitiam, qua nihil charius aut preciosius habere pater potest, præter id quod infirmitas sexus creditorum fraudibus & captionibus magis exposita est: merito igitur & longè maiori ratione Senatusconsultum hoc ad filias quoque familiarum extensum est: quod Vlpianus noster significat postremis illis huius §. verbis, *Multo igitur magis seueritate Senatusconsulti eius contractus improbabitur, qui filiæfamilias mutuum dedit.* Nec proinde refert an ex ea pecunia emerit filiafamilias, ornamenta sibi necessaria & quæ adhuc extent, an non: Neutro enim casu potest videri hæc pecunia versa in rem patris: quemadmodum & cùm filiofamilias credita pecunia est, non distinguimus an nummi consumpti sint, an extent adhuc in peculio, sed omni casu ex amplissimi ordinis decreto actionem creditori denegamus, quia non ob id solùm quod pecunia filiifamilias credita in peculium eius versa est, statim in rem patris versa esse intelligitur, aut factus esse pater locupletior ex ea causa *l. nam si 6. infr. de in rem vers.* vbi dicemus. Itaque placet mihi quod Accursius noster contra Ioannem disputat, nec patrem nec filium teneri quasi factũ locupletiorem, quamuis pecunia credita versa sit in peculium, Odio scilicet creditoris qui contra Senatusconsultum contraxit *l. si filius tuus 6. C. hoc tit. iunct. §. penult. huius l. & l. qui exceptionem 40. supr. de condict. indeb.* Illud obseruandum est, quod in *dict. l. si filius* Impp. scribunt Senatusconsultum licèt filiifamilias tantùm meminerit, attamen etiam ad nepotes & pronepotes porrigi debere sicut & ad filiasfamilias in hoc §. extenditur, eâdem scilicet ratione iuris & æquitatis in omni casu eandem seueritatem exigente *l. filium 14. infr.* vbi dicemus.

3 ¶ Non solum filiofamilias, & patri eius succurritur, verum fideiussori quoque, & mandatori eius: quia & ipsi mandati habent regressum, nisi fortè donandi animo interceſſerunt. tunc enim, cùm nullum regressum habeant, Senatusconsultum locum non habebit. Sed & si non donandi animo [a] patris tamen voluntate interceſſerunt: totus contractus à patre videbitur comprobatus.

Ad §. 3. Non solùm.

RAT. DVB. Senatus non nisi de filiofamilias & patre locutus est; de fideiussoribus verò filiifamilias nihil prorsus constituit, vt constat ex *l. 1. supr.* Ergo non debet Senatusconsultum extendi ad fideiussores, quorum sicut obligatio ita & persona omnino diuersa est, & separata à persona filiifamilias. Et verò cùm nemo nisi volens & vltro pro alio fideiubeat, imputare sibi debet qui pro filiofamilias fideiussit, & in eam se necessitatem sponte ac lubens conieçit *arg. l. si fideiussor 7. §. si necessaria supr. qui satisd. cogant. l. 2. §. si quis tamen supr. si quis caution.* Nec nouum est, vt exceptio aliqua competat reo, quæ tamen non competat fideiussori; puta si personæ non rei cohæreat *l. exceptiones 7. infr. de except.* qualis videri potest exceptio Macedoniani quæ filiofamilias datur, nec alia ratione, quàm quia filiusfamilias est: Quæ ratio cessat euidenter in filiifamilias fideiussore, qui non mutuam pecuniam accepit, sed fideiussit, quod nec filiofamilias prohibitum est *l. item si 7. supr.* multo magis si fideiussor paterfamilias proponatur. Filiifamilias namque persona illa est, quæ meruit præcipuum fauorem, vt de pupillo scribit Papinianus in

BIU Cujas

nus in *l. ex pluribus* 42. *infr. de admin. tutor.* Neque rursum ad obligandum vtiliter & efficaciter fideiussorem quicquam aliud requirimus, nisi vt præcedat aliqua principalis obligatio saltem naturalis *l. stipulatus sum* 6. §. *vlt. & l. fideiussor* 16. §. *fideiussor infr. de fideiuss.* In proposito autem constat Senatusconsulti Macedoniani potestate non impediri naturalem filiifamilias obligationem *l. prox. infr.* at neque ciuilem, cùm actio contra filiumfamilias pro mutua pecunia accepta obligatum competat ipso iure, quamuis aut deneganda sit à Prætore cuius est, actiones omnes etiam competentes vel dare vel ex causa denegare *l. necessariis* 57. *de acquir. hered.* aut saltem concedenda sub exceptione. Quidni ergo etiam pro filiofamilias interuenire fideiussor efficaciter poterit?

Dec. Omnes exceptiones quæ reo competunt, fideiussoribus quoque ipsius inuito etiam ipso reo competunt *l. omnes* 19. *infr. de except.* nisi si quæ sint merè personales & personæ principalis debitoris omnino cohærentes *dict. l. exceptiones*, inter quas non est exceptio Macedoniani. Cohæret enim rei non personæ, vt in eadem lege scriptum est. Pendet siquidem & proficiscitur ex æquitate negotij, non ex qualitate personæ, præsertim verò hæc de qua tractamus, quæ non tam fauore filiifamilias, quàm odio creditoris inducta est, vt ad finem huius legis Vlpianus scribit, nec sanè quicquam prodesset dari exceptionem hanc filiofamilias, nisi etiam fideiussoribus eius daretur, siquidem vbi soluere coacti essent, haberent regressum contra filiumfamilias ad indemnitatem ab eo consequendam vel actione mandati si mandatum interuenisset. Vel negotiorum gestorum nullo mandato interueniente *l. ex mandato* 20. §. 1. *infr. mandat.* Itaque per mediam fideiussoris personam ipse quoque filiusfamilias effectu ipso conueniri videretur, quod apertè contra Senatusconsulti mentem esset *l. si quis reum* 5. *infr. de liber. legat. l. cùm lex* 47. *infr. de fideiuss.* quæ ratio facit, vt si nullum regressum fideiussor contra filiumfamilias habere possit, putà si pro eo fideiusserit animo donandi, aliud vtique dici oporteat, dandam scilicet non esse hanc exceptionem fideiussori cui alioquin non tam ipsius, quàm filiifamilias intuitu accommodatur *d. l. si quis reum*, idemque est in cæteris omnibus casibus in quibus fideiussor nullum regressum aduersus reum habere potest, de quibus in *l. si remunerandi* 6. §. *si passus infr. mandat.* Alia ratio est Senatusconsulti Velleiani. Improbat enim totam obligationem, totumque contractum etiam fideiussorum, tametsi nullum regressum aduersus mulierem habituri sint *l. si mulier* 16. §. *si ab ea infr. ad SC. Velleian.* Nempe quia, vt ibidem Iulianus ait, restituitur à Prætore prior debitor creditori, qui sic indemnis seruatur, quod in SC. Macedoniano non similiter contingit. Præter id quod, vt Accursius hîc notat, odium Macedoniani restringendum fuit, fauor verò Velleiani ampliandus *l. cum quidam* 19. *infr. de liber. & posthum. cap. odia de regul. iur. in* 6.

a *Sed & si non donandi animo.* Rat. dvb. Cùm pro filiofamilias fideiussores interceserunt, etiamsi ex patris voluntate, non eo minùs verum est filiumfamilias obligatum esse contra Senatusconsulti authoritatem: & contra eum habituros esse regressum fideiussores, si ex ea fideiussione conueniantur, & soluere compellantur, vt proximè diximus. Ergo per consequentias filius quoque familias hoc casu contra Senatusconsulti mentem conuenietur. Dec. Pater qui fideiussoribus pro filiofamilias intercedentibus consensum suum accommodat, totum filij contractum adprobare intelligitur, id est, non minùs quod ad filiumfamilias ipsum attinet, quàm quod ad fideiussores ipsius, cùm fideiussorum obligatio accessoria sit ad principalem, nec possit absq; principali subsistere *l. cùm principalis* 178. *de regul. iur.* Nihil ergo vetat etiam per medias fideiussorum personas filiumfamilias conueniri, qui & ipse rectà conueniri posset. Nec enim Senatus vnquam improbat eos filiifamilias contractus quos pater, vel nuda sua scientia nedum expressa sua voluntate comprobauerit *l. si tantùm* 12. *infr. hoc tit.* Alia causa est filiifamilias, qui tanquam patris institor contraxerit, & fideiussores dederit, de quo in *l. item si* 7. §. *interdum in fin. supr. hoc tit.* Illo namque casu totus filiifamilias contractus ab initio valet, quia patris qui filium institorem præposuit, filiùs contraxisse intelligitur, vt scriptum est in *d.* §. *interdum.* At Vlpianus hîc tractat casum illum dubitabiliorem quo filiusfamilias contra Senatusconsultum ab initio contraxerit, & sine voluntate patris, qui tamen postea contractum totum ratum habuerit, & comprobauerit, consentiendo vt pro filiofamilias fideiussores obligentur, qui casus certè sicut à superiore diuersus, ita longè dubitabilior est.

4 ¶ Et hi tamen, qui pro filiofamilias sine voluntate patris eius interceserunt, soluendo non repetent. hoc enim & diuus Hadrianus constituit, & potest dici. non repetituros atquin perpetua exceptione tuti sunt. sed & ipse filius: & tamen non repetit. quia hi demum solutum non repetunt, qui ob pœnam creditorum actione liberantur: non quoniam exonerare eos lex voluit.

Ad §. 4. Et hi tamen.

Rat. dvb. Qui pro filiofamilias sine voluntate patris nec donandi animo fideiusserunt, regressum habere, si soluant, contra filiumfamilias possunt, siue mandati, siue negotiorum gestorum actione, ideoque ipsis per Senatusconsultum Macedonianum non minùs quàm filiofamilias succurritur, vt vidimus in §. *præcedente.* Ergo ne id accidat, melius est, dicere eos, si soluant, posse repetere à creditore, tanquam qui soluerint eam pecuniam, quam ne soluere cogi possent, perpetua exceptione tuti erant, ex generali regula *l. qui exceptionem* 40. *supr. de condict. indeb.* Nam nec propriè creditorem illum appellamus, qui exceptione perpetua summoueri potest. Eos autem qui temporalem exceptionem timent, condicionalibus tantùm creditoribus comparamus *l. creditor* 55. *iunct. l. creditores* 10. *de verb. signific.* Dec. Si filiifamilias fideiussor qui sine patris voluntate, quamuis non donandi animo fideiusserat, soluerit, non potest repetere, neque à filiofamilias pro quo soluit, cùm exceptionem perpetuam

BIU Cujas

qua tutus erat, sciens omiserit *l. si fideiussor 29. in princip. infr. mandat.* quam nec prætermittere potuit per ignorantiam nisi iuris, quæ ipsi non filiofamilias nocere debet, neque ab ipso creditore, quoniam regula illa quæ habet eum, qui tutus exceptione perpetua soluit, posse repetere, non est perpetua. Fallit enim si exceptio illa perpetua cõparata sit in odium eius cui debetur *d. l. qui exceptionem*, idque est quod paullò apertiùs Vlpianus hîc scribit, eos demùm solutum non repetere, qui ob pœnam aut potiùs in pœnam creditorum actione liberantur per eiusmodi exceptionem perpetuam, non quia exonerare illos lex voluerit. Id verò contingit in exceptione Senatusconsulti Macedoniani, quæ, vt sæpius diximus, non tam fauore filiorumfamilias comparata est, quàm odio creditorum: in quo maximè differt ab exceptione Velleiani *d. l. qui exceptionem.* Vnde fit vt nec filiusfamilias possit repetere, si soluerit: quanto minùs ergo ipsius fideiussoribus permittendum erit, vt repetant? Et hic huius §. sensus est, vbi malè vulgo *alioquin* legitur pro eo quod rectiùs in Pand. Florent. *atquin.* Oppositio enim, vt Accursius noster loquitur, & obiectio illa est, eaque ipsa ratio dubitandi quam attulimus, propter quam videbatur dandam esse fideiussoribus soluti repetitionem, quia scilicet perpetua exceptione tuti soluerant. Ad quam obiectionem statim respondet Vlpianus iis verbis, *sed & ipse filius, & tamen non repetit:* quorum verborum sensus ille est, quem explicauimus, ipsum quoque filiumfamilias qui contra Senatusconsultum se obligauit, perpetua exceptione perinde tutum esse, nec eo magis tamen repetere, quoniam odiosa non fauorabilis exceptio est. Quod ergo filiofamilias non permittitur, multo minùs ex eius persona fideiussoribus permittendum esse.

5 ¶ Quamquam autem soluendo non repetant.

10. PAVLVS libro 30. ad Edictum.

QVia naturalis obligatio manet:

Ad §. vlt. Quamquam & ad l. seq. Quia naturalis 10.

RAT. DVB. Exceptio perpetua non potest tollere naturalem obligationem, cùm omnes exceptiones sint ex iure prætorio: naturalis autem obligatio ex iure naturali & gentium *l. cùm amplius* 84. §. *is natura debet de regul. iur.* Quæ porrò sunt iuris naturalis aut gentium nullo contrario iure siue ciuili siue prætorio dirimi possint §. *penult. Inst. de iur. natur. gent. & ciuil.* §. *vlt. Instit. de legit. agnat. tutel. l. eas obligationes 8. supr. de capit. minut.* Atqui exceptio perpetua inducit soluti etiam naturaliter debiti repetitionem *l. qui exceptionem 40. supr. de condict. indeb.* Ergo non est bona ratio, quæ ad Vlpianum adfertur hîc ex Paulo, vt neque filiusfamilias qui aduersus Senatusconsultum contraxit, neque fideiussores eius si soluant, possint repetere ideo quia maneat naturalis obligatio. Alioqui perinde dicendum esset nec mulieri quæ contra Senatusconsultum Velleianum intercessit, nec eius fideiussoribus dandam esse si soluerint, condictionem, quod tamen euidenter falsum est *d. l. qui exceptionem.* Sed & quod ex Paulo hîc dicitur, naturalem obligationem manere tale est, quasi non etiam maneat obligatio ciuilis, quam tamen certum est, non minùs remanere quàm naturalem. Alioqui nec de danda nec de deneganda actione tractari posset, cùm actio quælibet personalis supponat præcedentem aliquam ciuilem obligationem *l. licèt 42. §. ea obligatio supr. de procurat. l. si mulier in iure 23. infr. ad SC. Velleian.* Non est igitur bona ratio, quæ in hac lege adfertur ex Paulo. DEC. Est ille vnus ex præcipuis effectibus obligationis naturalis, vt impediat soluti repetitionem *l. 3. in fin. supr. quod quisq. iur. l. naturales 10. infr. de oblig. & action.* nisi cùm effectus hic impeditur, potestate exceptionis perpetuæ, cuius eam vim esse Prætor voluit, non vt naturalem obligationem tolleret, quod facere Prætor non potuit, sed vt naturalis obligationis effectum hunc, qui non naturalis, sed ciuilis aut prætorij quoque iuris est, superaret. Atqui non semper impeditur effectus hic obligationis naturalis potestate exceptionis perpetuæ, nisi cùm eiusmodi exceptio fauorabilis & fauore debitoris exonerandi introducta est, non etiam cùm odiosa, id est, in odium potiùs & in pœnam creditoris comparata *d. l. qui exceptionem*, & nos diximus ad legem præcedentem: Ergo cùm Macedoniani exceptio perpetua quidem, sed tamen odiosa sit, nec proinde obligationis naturalis effectum impedire possit, optima certè ratio est, quam hîc Paulus adfert ad denegandam filiofamilias eiusque fideiussoribus debiti soluti repetitionem, quòd naturalis obligatio maneat. Est enim proxima hæc & immediata causa propter quam denegari debeat condictio indebiti, quia nec indebitum dici verè potest, quod saltem naturaliter debitum est. In eoque noster errauit Accursius qui rationem hanc sufficientem non esse scripsit. Non esset vera fateor in exceptione Velleiani, quia non est odiosa, vt diximus, sed in exceptione Macedoniani & verissima & certissima est. De ciuili autem obligatione, idcirco nihil hîc dicimus, non quasi tollatur ea, vel impediatur per Macedonianum ipso iure magis quàm naturalis, sed quia ciuilis remanet sine effectu, cùm facere nequeat vt actio creditori omnino danda sit, quæ omnimodo è contrario deneganda est, aut saltem non concedenda, nisi sub exceptione Macedoniani. Vnde fit vt obligatio illa ciuilis quamuis remaneat, impedire tamen repetitionem non possit, in eoque minoris potestatis sit quàm obligatio naturalis, quia quod dicimus, ei cui damus actionem multo magis dandam esse exceptionem & retentionem *l. inuitus 156. §. 1. de regul. iur.* tunc verè dicitur, cùm actio talis competit, quæ omnimodo danda est, & quidem sine vlla exceptione qualis hæc non est, quæ ipso quidem iure competit creditori qui aduersus Senatusconsultum contraxit, sed ita vt vel deneganda sit à Prætore, vel saltem per subiectam Macedoniani exceptionem, vt diximus, corrigenda.

Tamen

BIU Cujas

II. VLPIANVS libro 29. ad Edictum.

TAmen, si non oppositâ exceptione condemnati sunt, vtentur Senatusconsulti exceptione. & ita Iulianus scribit in ipso filiofamilias, exemplo mulieris intercedentis.

Ad l. Tamen, si non opposita 11.

RAT. DVB. In iudiciis quasi contrahitur *l. 3. §. idem scribit infr. tit. prox.* & per contestationem litis fit quædam nouatio, adeoque delegatio *l. delegare* 11. §. 1. *l. aliam* 29. *infr. de nouat.* sicut & per iudicatum *l. vlt. C. de vsur. rei iudic.* Nouatio autem solutionis instar obtinet, quia nō minùs quàm solutio perimit actionem *l. 1. eod. tit. & Instit. quib. mod. tollit. oblig.* Atqui si filiifamilias debitoris fideiussores qui exceptione Macedoniani perpetua tuti erant, soluissent, non possent repetere, vt diximus in *§. pen. & vlt. l. sed si paterfamilias 9. supr.* Ergo etsi passi sint se condemnari ob non oppositam exceptionem, æquè dicendum est cogendos eos pati executionem iudicari, quia perinde sibi debent imputare cur non ante sententiam & condemnationem opposuerint exceptionem *arg. l. 2. C. hoc tit.* quasi eam hoc ipso remisisse videantur *l. peremptorias 2. C. sentent. rescind. non poss.* Solis militibus exceptis *l. 1. C. de iur. & fact. ignor.* Quēadmodum enim remittentibus actiones suas regressus nullus dandus est *l. quæritur 13. §. si venditor infr. de ædilit. edict.* ita neque remittentibus suas exceptiones *l. pen. C. de pact.* cùm is qui exceptionem suam remittit, similis sit donanti *l. si quis delegauerit 12. infr. de nouat.* Et verò cùm publicè interest mandari sententiam executioni propter rerum iudicatarum authoritatem *l. seruo 65. §. cùm Prætor infr. ad SC. Trebell.* non est permittendum, vt executio iudicati impediatur per eam exceptionem oppositam, quæ ante sententiam & condemnationem opponi potuerat, & debuerat. Vigor enim sententiæ totus in executione consistit *l. pen. C. de execut. rei iudic.* & exceptiones omnes comparatæ sunt, vt impediant condemnationem, non vt condemnationis iam factæ executionem remorentur *l. 2. & l. exceptio 22. infr. de except.* DEC. Exceptiones de quibus tractari potest, an post iudicatum opponi possint, in duplici sunt differentia. Aliæ sunt enim, quæ impugnant ipsum iudicatum, aliæ verò quæ non impugnant. Quæ sunt prioris generis, cùm salua iudicati authoritate, quæ semper salua esse debet, opponi nequeant, si opponantur, non sunt admittendæ, ne non tam iudicati executio impediri videatur, quàm iudicatum ipsum subuerti, quod pro veritate haberi semper oportet *l. ingenuum 25. sup. de stat. homin. l. res iudicata 206. de regul. iur.* scilicet si iudicatum teneat. Alioqui si non teneat, puta quod cum falso procuratore litigatum sit, vt in *l. licèt 22. C. de procurat.* aut quod alia qualibet ratione iudicium nullū sit, siue ratione iudicis, siue ratione partis aut rei de qua quæritur, vt loquitur Accursius nulla iudicati authoritas esse potest *tot. tit. C. si à non compet. iudic.* Quæ verò sunt posterioris generis, eæ opponi quandocunq; possunt, etiam post sententiam, quia iudicati authoritatem, ac veritatem non destruunt, eiusmodi sunt exceptiones compensationis *l. cùm militi 16. §. 1. inf. de compensat.* Qui enim condemnatus est quasi debitor cùm in executione iudicati compensationem obiicit, non negat se debere, sed ait paratum se id, quod debet per compensationem soluere: item solutionis, nisi super ipsa solutionis exceptione pronunciatum fuisse proponatur, aliud siquidē est de iure obligationis & actionis, aliud verò de facto solutionis pronunciatum esse. Obligatio namque & actio iuris est, solutio autem facti *l. consilio 7. §. vlt. de curat. furios. l. 1. C. de probat.* Item exceptio ne quis supra id quod facere potest, teneatur *l. Nesennius 41. §. vlt. infr. de rei iudic. l. qui id quod 33. in princip. de donat.* Sunt & aliæ pleræque de quibus singulis hîc dicere nil attinet, sed inter cæteras hæc de qua nunc agimus Senatusconsulti Macedoniani, non quia ei renunciare filiusfamilias non possit, vt notat hîc Accursius (mala enim nec accōmodata ratio est, quamuis verum sit exceptioni huic renunciari non posse tanquam quæ non fauore filiifamilias, sed odio creditoris cōparata sit) sed quia non impugnat iudicatum. Qui enim hac vtitur exceptione sicuti non negat se ipso iure teneri, ita neque intendit condemnari se aut non potuisse, aut non debuisse: sed ait tantùm iuuari se debere beneficio Senatusconsulti, ne improbæ obligationis quam Senatus improbauit, effectum creditor consequatur. Ideoque nec aliud est in exceptione Velleiani, si mulier, quæ pro alio contra Velleianum intercessit, cōdemnata sit. Nam & ipsa & fideiussores eius in executione iudicati perinde Velleiani exceptionem obiicere poterunt, atque si nondum condemnatio secuta esset, vt ex Iuliano in hac ipsa lege Vlpianus scribit, addens exemplo mulieris intercedentis ita Iulianum in filiofamilias respondisse, quamuis exceptio Velleiani sit fauorabilis, id est, fauore mulieris non odio creditoris inducta, & cui ob eā causam renunciari posse à muliere, nec Accursius ipse diffitetur ex *l. vlt. §. pen. infr. ad SC. Velleian.* & si alia eius loci sententia & ratio fortassis est, de qua ibi dicemus. Vera igitur ratio, propter quam exceptio hæc Macedoniani etiam post sententiam opponi possit, non alia quærenda est, quàm quæ à nobis allata fuit, quod sit eiusmodi, vt non impugnet iudicatum, nec eius authoritatem conuellat. Itaque qui eam non opposuit ante sententiam non tam remisisse exceptionem credendus est, quàm iure suo & lege permittente in aliud tempus æquè habile & commodum distulisse. Ideoque nec donanti similis videri potest.

12. PAVLVS libro trigensimo ad Edictum.

SI, tantùm sciente patre, creditum sit filio: dicendum est, cessare Senatusconsultum. Sed si iusserit pater [a] filio credi: deinde, ignorante creditore, mutauerit voluntatem: locus Senatusconsulto non erit: quoniam initium contractus spectandum est.

BIU Cujas

Ad l. Si tantùm 12.

RAT. DVB. Is demum filiusfamilias videtur licitè, nec aduersus Senatusconsultum contraxisse, qui ex patris voluntate contraxit *l. sed Iulianus 7. §. interdum supr. l. 2. l. si permittente 4. C. hoc tit.* Atqui multum distat nuda scientia à voluntate, & longè plus est aliquem velle, quàm scire *l. 1. §. licèt autem 20.* vbi diximus *supr. de exercit. act.* Ergo vt cesset Senatusconsultum Macedonianum, non sufficit filiumfamilias sciente tantùm patre contraxisse, sed illud omnino exigi videtur, vt etiam volente ac permittente patre contraxerit. DEC. Quod Senatusconsulto Macedoniano prohibitum est, ne filiofamilias mutuam pecuniam credere liceat, non alia ratione factum est, quàm quia datio pecuniæ parentibus perniciosa esse posse, visa est *l. 3. §. is autem solus supr. hoc tit.* Atqui non aliis parentibus perniciosa esse potest, quàm quibus ignorantibus filiusfamilias contraxerit. Nam si sciuerunt, imputare sibi debent, cur non statim prohibuerint, cùm possent, aut saltem cur non continuò testationem interposuerint contrariæ voluntatis, vt in *l. si filiusfamilias patre absente 16. infr.* Proinde nuda patris scientia hoc casu pro expressa voluntate haberi debet, adeoque pro permissione si non nominatim prohibuerit, vt scriptum est in *l. sed Iulianus 7. §. interdum in fin. supr. hoc tit.* Neque verò nouum est, vt sola scientia noceat, nisi contradictio sequatur, vt in *l. quidam 12. infr. de euict.* Maximè si iustam contradicendi causam non habuit, is qui sciuit *l. 2. §. voluntatem l. dotem 37. infr. solut. matrim.* Hinc verò apparet malè vulgo hîc legi *si tamen*, & legendum esse, vt Florentiæ, *si tantùm sciente patre*, ad differentiam & exclusionem patris expresse volentis ac permittentis.

a *Sed & si iusserit pater.* RAT. DVB. Voluntas reuocata nihil nisi voluntas est, nec sufficit semel voluisse in iis casibus, quibus voluntas reuocari potest, tanquam ambulatoria *l. 1. §. si quis adita l. filij 6. §. 1. inf. ad SC. Tertyll.* Ergo etiamsi pater iusserit filio credi, si tamen posteà voluntatem mutauerit, quamuis ignorante creditore, locus erit Senatusconsulto, quia verum est filiofamilias creditam fuisse pecuniam contra Senatusconsultum. DEC. In omnibus contractibus initium spectandum est *l. si procuratorem 8. in princip. infr. mandat. l. 1. §. si seruus deposuit 30. infr. depos. l. 3. §. scio in fin. supr. de minor.* Atqui in proposita specie verum est, creditam fuisse pecuniam filiofamilias patre volente, adeoque iubente. Ergo quamuis posteà pater mutauerit voluntatem, non debet tamen ea mutatio nocere creditori, qui de contraria patris voluntate certioratus non fuit, cùm imputare sibi debeat pater, cur eum non certiorauerit. Nec enim potuit aut debuit creditor diuinare mutatam voluntatem *l. eum qui mutatam 22. infr. de probat.* Et quemadmodum debitor qui ex mandato reuocato soluit alij, quàm vero creditori, non eo minùs liberatur, si reuocationem ignorauerit *l. si quis seruo 18. l. qui hominem 34. §. si Titium infr. de solut. §. item si adhuc Instit. de mandat.* Ita & creditor qui filiofamilias credere à patre iussus, posteà ei credidit mutata iam patris voluntate, quam mutatam ignorauit, nihilominùs iussus est creditor, nec contra Senatusconsultũ contraxisse videri potest: initio scilicet inspecto. Reuocatio enim nunquam nocet, quæ fuit ignorata *l. sed etsi pupillus 11. §. proscribere supr. de instit. act. l. vero procuratori 12. §. sed etsi quis infr. de solut.* Aliud est in iis rebus in quibus durare patris voluntatem oportet, vt in specie *l. 4. in princip. de manum. vindict.* In Macedoniano autẽ non exigimus durantem patris voluntatem, sed hoc tantùm vt non ignorante patre creditor contraxerit, vt ex initio huius legis constat.

13. GAIVS libro 9. ad Edictum Prouinciale.

SI, quod alij mutuum dedimus, à filiofamilias nouandi causa stipulemur: non esse impedimento Senatusconsultum, Iulianus scribit.

Ad l. Si quod alij 13.

RAT. DVB. Nouatio nihil aliud est, nisi prioris obligationis peremptio, & in sequentem transfusio *l. 1. infr. de nouat.* Ergo si quod alij mutuum dedimus, à filiofamilias nouandi causa stipulemur, perinde haberi debet, acsi filiusfamilias ex causa primæ obligationis, id est, creditæ pecuniæ nobis obligatus esset: ac proinde Senatusconsultum impedimento esse debet, ne filiusfamilias ex huiusmodi stipulatione obligetur: alioqui facilè inuenta erit via fraudandi Senatusconsulti, hoc adhibito commento, vt pecunia detur quidem mutua alij quàm filiofamilias, ipsa tamen obligatio pecuniæ creditæ statim in filiumfamilias per nouationem transferatur, quod permittendum non est *l. 5. §. si pupillus infr. de reb. eor. qui sub tutel.* ne quod vna via prohibitum est, permittatur altera *l. scire oportet 21. §. 1. de legit. tutor.* DEC. Aliud est verbis credere, aliud verò pecuniæ numeratione. Posterius hoc solummodo prohibitum est SC. Macedoniano non etiam prius, quoniam sola pecuniæ datio parentibus perniciosa esse posse, visa est *l. 3. §. is autem solus & l. 4. & seqq. supr.* Sed hoc semper intellige, nisi in fraudem Senatusconsulti tale quid excogitatum sit *d. §. is autem solus in fin.* vbi dixi, & *l. quidam 29. §. vlt. infr. ad SC. Velleian.*

14. IVLIANVS libro 12. Digestorum.

FIlium habeo, & ex eo nepotem, nepoti meo creditum est iussu patris eius. quæsitum est, an contra Senatusconsultum fieret. dixi, etiam si verbis Senatusconsulti filii continerentur, tamen & in persona nepotis idem seruari debere. iussum autem huius patris non efficere, quo minùs contra Senatusconsultum creditum existimaretur: cùm ipse in ea causa esset, vt pecuniam mutuam inuito patre suo, accipere non possit.

Ad l. Filium

BIU Cujas

Ad l. Filium habeo 14.

RAT. DVB. Verbis Senatusconsulti Macedoniani continentur soli filij non etiam nepotes *l. 1. supr.* Ergo ad nepotes extendi prohibitio Senatusconsulti non debet. Aliter enim filij, aliter nepotes appellantur *l. quid si nepotes 6. infr. de testam. tutel.* Sed neque filiofamilias credi prohibitũ est, si modò patris iussus adeoq; nuda voluntas, aut ab initio præcesserit, aut ex postfacto superuenerit *l. sed si paterfamilias 9. §. non solùm in fin. l. si tantùm 12. supr.* Atqui tractamus hîc de nepote, non de filio: de nepote autem qui etiam iussu patris sui contraxerit: ergo dicendum est duplici ratione locum in hac specie Senatusconsulto esse non posse: præsertim cùm Senatusconsultum Macedonianum credatur esse odiosum, & exceptio Macedoniani odiosa *l. qui exceptionem 40. supr. de cõd. indeb.* vt proinde adiuuari non debeat per interpretationem adiuuari, sed potius restringi *l. cùm quidam 19. de liber. & post. cap. odia de regul. iur. in 6.* DEC. Senatusconsultum Macedonianum, quamuis non tam filiorũfamilias fauore, quàm creditorum odio factum sit, vt sæpius diximus: fauorabile tamen est, tanquam ex boni publici causa introductum, aduersus improbas fœneratorum artes potissimùm & calliditates: & fauorabilis igitur Macedoniani exceptio, licet inducta odio creditorum potiùs quã ad filiosfamilias exonerãdos *d. l. qui exceptionem & l. sed si paterfamilias 9. §. pen. supr.* Aliud enim est hoc dicere, quod verissimũ est: aliud verò esse odiosam hanc exceptionem, quod falsissimũ ex parte scilicet filijfamilias. In eoq; passim errant nostri interpretes & nos quoque errauimus, si quando ita post eos scripsimus. Quid enim fauorabilius bono publico, cuius causa etiam priuatæ vtilitati cuilibet antenenda est *Auth. res quæ C. commun. de legat. l. ita vulneratus 51. in fin. supr. ad leg. Aquil. l. 1. infr. de vsucap. l. hoc modo 64. de condic. & demonstr.* meritò igitur extensum fuit ad nepotes, quamuis verba solius filijfamilias meminissent *l. si filius 6. C. hoc tit.* nec enim minùs pernicioſa parentibus esse potest numeratio pecuniæ, si nepoti credita sit pecunia, quàm si filiofamilias. Quæ tota fuit ratio Senatusconsulti *l. 3. §. is autem solus supr. hoc tit.* estq; multo facilius nepoti tanquam in iuniore ætate constituto, quàm filiofamilias insidiari, & auo tanquam seniori quàm patri. Rursum quod placuit filiofamilias credi posse, si patris voluntas interuenerit, de eo demum patre intelligi debet qui paterfam. sit, id est, qui siue filium siue nepotẽ habeat in potestate, alioquin si filius qui ipse in patris potestate est, filium habeat, etiamsi consentiat & iubeat millies, vt filio suo, eidemq; nepoti pecunia credatur; nihil tamen agit, cùm filium suum in sua potestate habere non possit, qui ipse non est suæ potestatis *l. sic eueniet 21. infr. ad leg. Iul. de adult.* Aui ergo voluntas omnino exquirenda est, vt cesset Senatusconsultum. Quid enim esset absurdius quàm voluntatem sufficere filij, qui ipse in ea causa est, vt pecuniam mutuam inuito patre suo accipere non possit? quomodo hîc eleganter ac subtiliter Paulus ratiocinatur. Itaque verum est, quod hinc Accursius notat, quod quis per seipsum facere non potest, nec alij permittere posse, vt faciat ex *l. qui alieno 46. §. quamquam supr. de negot. gest. l. si filiusfamilias 7. de acquir. hered. l. cùm quis de regul. iur.* licet non sit nouum, vt quis plus iuris aliquando in aliũ transferat, quàm ipse habeat *l. quod nostrũ 63. supr. de vsufr. l. apud officium in princ. infr. de manum. vindict.* Concludendum igitur est in proposita specie, in persona quoque huius nepotis Senatusconsulto locum esse.

15. MARCIANVS libro 14. Institutionum.

Nihil interest, quis filiofamilias crediderit: vtrum priuatus, an ciuitas. nam in ciuitate quoque Senatusconsultum locum habere, Diui Seuerus, & Antoninus rescripserunt.

Ad l. Nihil interest 15.

RAT. DVB. Ciuitas æquiparari solet non tantùm minori; sed etiam pupillo, *l. ciuitas 27.* vbi diximus *supr. de reb. credit.* Atqui minori non obstat Macedoniani authoritas, quo minus restitui in integrum possit aduersus filiumfamilias maiorem cui pecuniã crediderat, vt maior ætatis quàm Senatusconsulti ratio habeatur *l. verum 11. §. vlt. supr. de minor.* Ergo nec ciuitati nocere debet, si filiofamilias pecuniam mutuam crediderit, quamuis ignorante patre, præsertim cùm non possit ciuitas vlla videri tam improba, quàm improbus fuit Macedo ille qui Senatusconsulto causam dedit, denique non potest ciuitas non esse fauorabilior priuato quolibet siue minore siue maiore, non solùm quod ex pupillis & viduis constet, alijsq; personis quæ miserabiles vulgo existimantur, sed etiam quia vix est, vt quicquam facere ciuitas dolo malo possit, cùm in vnum consentire municipes & ciues nõ possint *l. 1. §. vlt. infr. de acquir. poss.* DEC. Senatusconsultum Macedonianum & filijsfamilias & parentibus prospectum esse generaliter voluit aduersus periculum, quod ex ære alieno per filiosfamilias citra parentũ authoritatem & voluntatem contracto metui iusto poterat *l. 1. l. 3. §. is autem solus & pass. supr.* Periculum autem hoc par & æquale est, siue à ciuitate, siue à priuato filiusfa. pecuniã mutuã acceperit. Indistinctè igitur S. Co. locus esse debet, cùm Senatusconsulti ratio generaliter locũ habeat, tametsi Senatusconsulti verba de Macedone tantũ, id est, de priuato creditore cõcepta sint, non etiã de ciuitate. Neq; verò & dolum & vim quæ sine dolo esse numquam potest *l. 2. §. doli mali infr. vi bonor. rapt.* committere ciuitas minus potest quam priuatus quilibet *l. metum 9. §. animaduertendum* sibi diximus *supr. quod met caus.* vtitur ergo ciuitas iure priuati & quidem maioris nõ minoris *l. eum qui de verb. signific.* vt benè hîc notat Accursius, inde inferens non esse igitur ciuitatẽ exẽplo minoris in integrum restituendam aduersus filiumfamilias qui mutuam accepit pecuniam *arg. l. sed etsi 26. §. vlt. supr. ex quib. caus. maior. l. vlt. C. de sacros. eccles. l. rempublicam C. de iur. Reipub.* Nec enim prætextum ætatis aut alium vllum habet ciuitas petendæ restitutionis, quomodo habet minor *d. l. verum 11. §. vlt. supr. de minor.* Et tamen ne quid hac de re dubitationis superesset, Diui Seuerus & Antoninus rescripserunt, Senatusconsultũ hoc in ciuitate quoque locum habere, vt Marcianus hîc refert.

BIU Cujas

16. PAVLVS libro 4. Responsorum.

SI filiusfamilias, absente patre, quasi ex mandato eius, pecuniam acceperit: cauisset: & ad patrem litteras emisit, vt eam pecuniam in prouinciam solueret: debet pater, si actum filij sui improbat, continuò testationem interponere contrariæ voluntatis.

Ad l. Si filiusfamilias 16.

RAT. DVB. Videtur innocens creditor, qui absente patre pecuniam mutuam dedit filiofamilias canenti eam se pecuniam ex patris mandato accepisse, & ab eodem filiofamilias accepit literas ad patrem, vt eam pecuniam pater in prouincia solueret. Non enim potest videri malum consilium tanquam alius Macedo fraudandi filiifamilias habuisse, & moliendi aliquid in necem & perniciem patris, qui patrem de ea pecunia credita certioratum voluit, ergo dicendum est hoc casu Senatusconsultum cessare, quod non nisi creditorum odio inductum est, vt toties diximus. Aut si quis potiorem patris, quàm creditoris causam esse velit, videtur dicendum indistinctè patrem omni casu adiuuandũ esse exceptione Macedoniani, cùm & eo ignorante primùm credita sit pecunia, & postquàm sciuit creditam prohibere iam non potuerit, ne crederetur.

DEC. Credulitas nimia creditoris nocere ipsi debet, non patri de cuius mandato non constabat, quamuis filiusfamilias diceret mutuam se pecuniam ex patris mandato accipere *l. 1. §. dolum supr. de eo per quem fact. erit. l. qui hominem 34. §. si nullo infr. de solut.* Nec rursus quod filius ad patrem literas daret, vt pecuniam in prouincia vbi creditor erat, creditori solueret, potuit bonam facere causam creditoris, cùm in patris literas accipientis potestate esset, nolle tamen soluere, alioqui sola filij voluntas obligaret patrem, cùm è contrario filium ex voluntate patris contrahere necesse sit, vt obligetur. In proposita igitur specie creditor summouendus est exceptione Macedoniani, si nolit pater acceptis literis consentire, planè quia prohibere ampliùs non potest, ne id fiat, quod iam factum est, solùm hoc ei supereſt, vt acceptis literis continuò testationem interponat contrariæ voluntatis, ne alioqui si literas filij non improbet hoc ipso adprobare eas videatur. Nam & aliàs regulare illud est, vt qui non improbat, statim quod improbare potest hoc ipso probare intelligatur, vt hîc notat Accursius ex *l. vnic. in fin. infr. furt. aduers. naut. caupon. stabular. l. 1. §. magistrum supr. de exercit. act. l. sed & si pupillus 11. §. de quo palam de instit. act. l. vlt. infr. quand. appell. sit & intr. quæ tempor. l. 1. C. de patr. potest. l. ab eo 3. C. quand. & quomod. iud. l. vlt. Cod. si mancip. ita fuer. alien. l. donatio 25. vers. hisque penitus C. de donat.* Denique cùm scientia patris sola sufficiat ad confirmandum filiifamilias contractum, nisi contradictio accedat *l. si tantùm 12. supr. hoc tit.* consequens omnino est, vt contradicere pater debeat, vel per prohibitionem si cum filio nondum contractum sit, vel per testationem contrariæ voluntatis, si iam filius contraxerit, quia tantùm potest comprobatio patris ad validandum filiifamilias contractum, quantum iussus antequàm contractum sit *leg. sed si paterfamilias 9. §. non solùm versic. sed etsi non donandi supr. hoc titul.* Illud non malè probatur ex hac lege quod Bartolus ad eam notat ratione coniunctionis, eum qui epistolam recipit videri ea omnia approbare, quæ in ea epistola continentur, nisi statim dissentiat.

17. IDEM libro 2. Sententiarum.

FIliusfamilias si in id acceperit mutuam pecuniam, vt eam pro sorore sua in dotem daret: pater eius de in rem verso actione tenebitur. ipsi enim, mortua in matrimonio puella, repetitio dotis datur.

Ad l. Filiusfamilias si in id 17.

RAT. DVB. & DECIS. ad hanc legem eadem est, quæ ad *l. item si filiusfamilias 7. §. sed etsi filiusfamilias 2. supr. hoc tit.* etsi huius loci species diuersa est ab illa, quæ ibi proponitur. Hîc enim tractatur de dote quam filiusfamilias pro sorore sua dederit ignorante patre: ibi verò de ea dote, quam pro filia sua filiusfamilias constituit. Vtriusque nimirum huius dotis onus ad patrem non ad filiumfamilias pertinet, & vtroque casu dos censetur esse profectitia, quæ proinde mortua in matrimonio puella, id est, vt ego interpretor, sine liberis, ad patrem reuertitur, non tam ex ratione iuris quàm iure miserationis, ne pater & dotis & filiæ aut neptis iacturam sentiat *l. profectitia 5. §. si filius & l. iure succursum 6. infr. de iur dot. l. & ideo 7. §. vlt. cum l. seq. infr. de in rem vers. l. dos à patre 4. C. solut. matrim.* Adeo vt nec distingui oporteat, an filiafamilias fuerit ea, quæ dotem profectitiam accepit, an emancipata quia dotem profectitiam facit nomen patris non ius potestatis *d. l. profectitia §. penult. dixi mortua in matrimonio filia vel nepte sine liberis*, quia propter liberos superstites retinebat maritus sextas in singulos liberos ad dimidiam vsque partem dotis soluto per diuortium matrimonio. Quintas verò sisque in infinitum si morte mulieris matrimonium solutum esset, vt Vlpianus in Fragmentis scribit *tit. de dotib.* & nos latiùs tractauimus *lib. 1. coniect. cap. 14.* meliùs autem *libr. 14. coniect. cap. 1. & seqq.* vbi vide.

18. VENVLEIVS libro 2. Stipulationum.

CReditorem filiifamilias, mortuo eo, fideiussorem accipere non posse, Iulianus scribit: quia nulla obligatio aut ciuilis, aut naturalis supersit, cui fideiussor accedat planè à patre, eius actionis nomine, quæ de peculio aduersus eum competat, fideiussorem rectè accipi.

Ad l.

BIU Cujas

Ad l. Creditorem 18.

RAT. DVB. Filiusfamilias mutuam pecuniam etiam contra Senatusconsultum accipiendo & naturaliter obligatur & ciuiliter, licèt nõ efficaciter vt possit cum effectu conueniri *l. quia naturalis* 10. vbi dixi *supr. hoc tit.* Multò magis si contra Senatusconsultum nihil fecerit, putà si sciente nec permittente patre contraxerit, *l. si tantùm* 12. *supr.* quem casum Venuleius proculdubio hîc tractat, cùm subiiciat eius actionis nomine quæ de peculio contra patrem competit, fideiussorem à patre accipi posse. Nec enim vlla de peculio actio contra patrem competit ex eo contractu, quem filius contra Macedonianum inierit *l. si filius 6. C. hoc tit.* Atqui vt fideiussor accipi possit vtiliter & efficaciter satis est, vel naturalem aliquam obligationem subesse, quamuis alioquin ad agendum inefficacem *l. stipulatus sum 6. §. vlt. l. fideiussor 16. §. fideiussor inf. de fideiuss. l. is cui bonis 6. de verb. oblig. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis, de solut.* Nec quod iam mortuus filius proponatur fideiussoris obligationem videtur posse impedire, cùm filiusfamilias moriens relinquat patrem non quidem heredem iure Pandectarum inspecto (hoc enim primus Iustinianus constituit in *Nouell. 118. de hered. ab intest. venient.*) sed tamen quasi anomalum, vt vocant, & irregularem successorem, qui filij bona tanquam pater occupat iure peculij, id est, patriæ potestatis *l. 1. & 2. & pass. infr. de Castrens. pecul. l. si infanti 18. Cod. de iur. delib.* Nam & inde esse videtur, quòd si filiusfam. heres institutus sit & statuliber filiofamilias dare iussus, potest ad libertatem peruenire dando patri etiam post mortem filij quasi heredis heredi, vt eleganter Vlpianus scribit in *l. si statulibera 6. §. si filiusfamilias infr. de statuliber. iunct. l. seruus 34. in princip. eod.* Certum enim est non tantùm in heredem, sed & in alium successorem quemlibet transire omnes defuncti obligationes, nec minùs passiuas quàm actiuas, *l. 1. Cod. si cert. petat. l. vlt. & pass. Cod. de heredit. action.* Neque verò potest pater occupare bona filij, nisi deducto prius ære alieno, vt nec bona dicuntur, nisi quæ alieno ære deducto supersunt, *l. 1. l. non possunt 11. de iur. fisc.*

DEC. Obligatio fideiussoria cùm accessoria sit non potest sine aliqua principali subsistere, saltem quæ sit futura *d. l. stipulatus sum §. vlt.* Nam quæ fuit & esse iam desiit, non potest hunc habere effectum, quem habet futura obligatio, licet futura non magis subsit quàm præterita. Hoc enim facit spes futuri euentus, vt & in *l. propter spem 23. supr. famil. erciscund.* quia quod nondum est, esse tamen potest, quod autem fuit & esse desiit, nec est, necesse amplius potest *l. quod in rerum 24. de legat. 1.* Atqui mortuo filiofamilias etiam, qui mutuam pecuniam patre sciente ac volente acceperat, nulla supereſt obligatio nec naturalis nec ciuilis ne spe quidem, quia nec in filijfamilias persona esse potest, quem ponimus iam mortuum, nec in persona patris, quia licet pater hoc casu de peculio teneatur etiam post mortem filij scilicet intra annum *l. 1. infr. quand. de pecul. act. annal. est*, alia tamen est obligatio patris, alia filij, cùm filij obligatio sit principalis, patris autem accessoria, *l. si quis cum filiofamilias 44. infr. tit. prox.* Et nos hîc tractamus de fideiussore accepto pro obligatione filij, non pro obligatione patris. Neque rursum vlla est hereditas filijfamilias nullum nisi profectitium peculium habentis. Ne hodie quidem id est post dictam *Nouell. 118. de hered. ab intestat. venient.* vt malè sentire videtur Accursius, quia in peculio profectitio nihil Iustinianus innouauit, sed in aduentitio duntaxat, vt sæpiùs alibi scripsimus. Itaque remanet hodie quoque lex hæc incorrecta, vt & quod circa eandem (vt videtur) speciem scriptum est, in *l. qui contra 11. infr. de fideiuss.* Etsi inter hanc & illam speciem diuersum ac dissimile illud est, quod ibi Iulianus tractat de creditore, qui contra Senatusconsultum credidit. Hîc verò de illo qui licitè, & Senatu permittente, id est, vt iam explicauimus, patris voluntate interueniente contraxit. Vnde est, quod ibi negat Iulianus, creditorem accipere à patre fideiussorem posse, contrà quàm hîc Venuleius ex eodem Iuliano scribat, nimirum quia cùm filiusfamilias nihil contra Senatusconsultum fecit, obligatur pater de peculio ex contractu filij *d. leg. siquis cum filiofamilias*, & eius actionis nomine dari fideiussorem à patre nihil prohibet, cùm subsit obligatio patris, quæ etsi nec naturalis nec ciuilis est, honoraria tamen est, quod sufficit ad obligationem fideiussoriam constituendam, quia omni obligationi accedere fideiussor potest *l. 1. de fideiuss.* id est etiam honorariæ sicut & pignus *l. res hypothecæ 5. infr. de pignorib.* At cùm filiusfamilias contra Senatusconsultum mutuam pecuniam accepit, non magis patet de peculio, quàm filiusfamilias in solidum obligatur *d. leg. si filius tuus 6. Cod. hoc tit.* Quare nihil necesse est, vt cum Accursio comminiscamur tractari, hîc de filio, qui se ex alia quàm mutui causa obligauerit, aut vt dicamus patrem etiam ex causa mutui contra Senatusconsultum accepti efficaciter obligari, sicut si soluere cœpisset, vt in *l. item si 7. §. penult. sup.* Pater enim qui aliquid soluit ex contractu filij, totum contractum adprobat, quod satis est, vt efficaciter conueniri possit *leg. sed si paterfamilias. 9. §. non solùm in fin. supr.* quod non similiter dici potest de patre, qui actione de peculio conuenitur, quæ nec vlla contra eum competit *d. l. si filius.* Idem Accursius errat etiam, cùm ait, posse huius actionis de peculio fideiussorem accipi etiam post annum, cùm non competat ex edicto Prætoris, nisi intra annum *d. l. 1. infr. quand. de pecul. act. annal. est*, *l. heres à debitore 21. §. seruo tuo infr. de fideiuss.* Nam & ipso iure finitur actio de peculio statim atque peculium extinctum est, nec daretur intra annum, nisi ex beneficio & indulgentia Prætoris ad annum vsque extenderetur, *dict. leg. 1. §. meritò* vbi dicemus, & *ad §. vltim.* eiusdem legis, vbi annuæ exceptionis mentio fit, non quasi post annum actio competat, vt malè ratiocinatur Accursius: sed vt creditor de facto agat, & sine actione experiatur, annua quoque facti & intentionis exceptione repellatur. Planè quandiu filiusfamilias viuit, etiamsi aduersus Senatusconsultum contraxerit, nemo dubitat, quin pro sua obligatione, & ciuili & naturali fideiussorem dare possit: sed ita tamen vt fideiussori æquè ac ipsi filiofamilias per Macedoniani exceptionem succurratur *dict. leg. sed si paterfamilias 9. §. non solùm supr.*

BIU Cujas

19. POMPONIVS libro 7. ex variis Lectionibus.

IVlianus scribit, exceptionem Senatusconsulti Macedoniani nulli obstare, nisi qui sciret, aut scire potuisset, filiumfamilias esse eum, cui credebat.

Ad l. Iulianus 19.

RAT. DVB. Senatusconsultum vetuit duntaxat filiofamilias pecuniam credi *l.1.supr.* Atqui non eo minùs quis filiusfamilias est, quòd eum talem esse creditor ignoret. Neque enim nostra ignorantia, & vt loquitur Paulus inscientia mutat id quod in rerum natura verum est, *l. sed etsi 28. §. vlt. supr. de iudic.* Ergo creditori cuilibet obstare debet Senatusconsultum, quoties filiofamilias sine patris voluntate creditum est, siue sciuerit creditor filiumfamilias eum esse cui credidit siue ignorauerit.

DEC. Senatusconsultum non tam fauore filiorumfamilias factum est ad eos exonerandos, quàm in odium & pœnam creditorum dolo malo credentium pecunias & fœnerantium filiofamilias *d. l. 1. l. sed si paterfamilias 9. §. penult. supr.* Atqui nullo odio dignus videri potest creditor, qui pecuniam ei credidit, quem filiumfamilias esse nesciuit, nec scire potuit probabili errore facti ductus, existimans patremfamilias eum qui tamen verè filiusfamilias erat, vt in *leg. 3. in princip. l. si tantùm 12. supr. l. si verò non remunerandi 12. §. siquis mandauerit 13. infr. mandat.* Idem est in Senatusconsulto Velleiano, vt non aliter ei locus sit, quàm si creditor sciat mulierem intercedere, *l. imò 12. infr. ad Senatusconsultum Velleianum.* Quid enim possis ei imputare, qui mulieris personam bona fide in contrahendo secutus est? *l. bona fide 27. eod.* Diligens igitur esse debet & curiosus creditor, vt inquirat, an paterfamilias sit, an filiusfamilias ille cum quo contrahit *l. qui cum alio 19. de regul. iur. leg. vlt. supr. de exercit. act.* Quod si inquirendo, certus tamen fieri non potuit, sufficit vt nihil ei possit ei imputari. Sed probabilem errorem esse oportet non affectatum nec vnius hominis vt in *d. §. siquis mandauerit*, sed vulgi aut plurium hominum quibus credi verisimiliter debeat, vt *in d. leg. 3. in principio & §§. sequentibus supr.* vbi varij casus proponuntur, de quibus singulis ibi diximus. Ergo ei tantùm obstare Senatusconsultum Macedonianum debet, qui sciuit, aut scire potuit filiumfamilias eum esse, cui pecuniam credebat.

20. IDEM libro 5. Senatusconsultorum.

SI is, cui, dum in potestate patris esset, mutua pecunia data fuerat, paterfamilias factus, per ignorantiam facti, nouatione facta, eam pecuniam expromisit: si petatur ex ea stipulatione: in factum excipiendum erit.

Ad l. Si is cui vlt.

RAT. DVB. Cùm is cui dum in patris potestate esset, mutua pecunia data fuerat paterfamilias factus nouatione facta eandem pecuniam per stipulationem promisit, negari non potest, quin paterfamilias effectus ratum habuerit id, quod filiusfamilias gesserat, debitúmque agnouerit, quod sufficit, vt Senatusconsulto locus esse nō possit *l. 2. C. hoc tit. l. sed si paterfamil. 9. §. non solùm in fin. supr.* vbi dicitur sufficere, vt contractus filij à patre sit approbatus. Quanto magis ergo satis erit ab ipso filio approbatum esse? Nec ad rem facere videtur quod Pomponius hîc ponit nouatam fuisse pecuniæ creditæ obligationem per facti ignorantiam. Qua enim fronte possit filiusfamilias sui iuris factus proprij sui facti ignorantiam obtendere? *l. quanquam 7. infr. ad Senatusconsultum Velleianum.* Aut quid potest referre, an filius paterfamilias effectus partem debiti soluerit, vt in *l. item si 7. §. vlt. supr.* an nouandi animo per stipulationem promiserit? vt in *d. l. 2. Cod. eod.*

DEC. Eius qui in facto errat voluntas nulla est, nullius consensus *l. siquis per errorem 15. supr. de iurisdict. omn. iudic. l. 2. sup. de iudic. l. nihil 126. §. vlt. de regul. iur. sed hoc ita 20. infr. de aqua & aquæ pluu. arcend.* Potest autem in proposita specie facti error & ignorantia probabilis adesse si fortè putabat filius nouationis tempore nondum patrem discessisse, seque adhuc filiumfa. esse, vt ponit Accursius, aut, vt idem ille addit, si putabat filiusfam. iam effectus sui iuris in nouationem deduci eam quantitatem, quæ priùs ex alia quàm mutui causa deberetur. Vbi enim variæ occurrunt causæ aliquid faciendi, potest facilè error incidere, vt quod ex vna causa debetur, ex alia deberi existimetur, sanè in eo qui paterfam. factus nouauit prudens & sciens obligationem pecuniæ creditæ dubium non est, quin cesset Senatusconsultum *d. l. 2. C. hoc tit.*

ANTO-

BIU Cujas

ANTONII FABRI
I.C. SEBVSIANI IN SVPREMO SABAVDIÆ SENATV PRÆSIDIS Primarij
RATIONALIA
IN LIBRVM QVINTVM DECIMVM PANDECTARVM
Ad TIT. I.
De peculio.

1. VLPIANVS libro 29. ad Edictum.

ORDINARIVM Prætor arbitratus est, priùs eos contractus exponere eorum, qui alienæ potestati subiecti sunt, qui in solidum tribuunt actionem: sic deinde adhuc peruenire, vbi peculio datur actio.

Ad l. 1.

RAT. DVB. Non est secutus eum ordinem Prætor, nec Iulianus ipse in Edicti perpetui cõpositione, vt eas primùm actiones proponeret, quæ ex contractibus filiorumfamilias vel seruorum aduersus parentes vel dominos dantur in solidum vt ex eo apparet, quod de actione quod iussu non tractatur nisi in vltimo libri huius titulo, quæ tamen actio datur in solidum, cùm aliæ de peculio & de in rem verso, non similiter in solidum dentur *l.* 1. *infr. ill. tit. l.* 1. *supr. quod cum eo qui in alien. potest.* Quamquam parum referre videbatur, vnde Prætor inciperet aut vbi desineret, dum ne quid prætermitteret eorum, quæ ad Edicti perpetui causam pertinebant. Nam & solemus dicere, in coniunctionibus, id est in iis, quæ inter se coniuncta sunt, ordinem nullum esse, nec quicquam referre vtrum eorum priùs diceretur aut scriberetur *l. quidam* 14. *infr. de pecul. legat.* Quænam autem maior coniunctio quàm inter omnes edicti partes quæ pertinent ad contractus, quoquomodo initos cum filiisfamilias vel seruis? DEC. Nihil tam conuenit dignitati ac maiestati Prætoris, quàm vt omnia ex ordine, nihil verò inordinatè fecisse videri possit, præsertim verò in ordinando edicto perpetuo, cuius finis præcipuus est, ne quid in vrbe inordinatum fiat, propter quam causam solent prudentes nostri, qui ad Prætoris edictum scripserunt, præsertim verò Vlpianus rationes ad singulos ferè titulos reddere compositionis edicti, vt in *l.* 1. *supr. de rei vindic. l.* 1. *de reb. credit. l.* 1. *ad SC. Trebell. & alibi pass.* & certè sicuti quod fit ex ordine, benè ac iustè fit, tum quoque cũ ratio iuris repugnare aliquomodo videtur, vt in *l. cùm vnus* 12. *infr. de reb. author. iudic. possid. l.* 3. §. *sed si debitorem infr. de donat. int. vir. & vxor.* ita vix est, vt reprehensione careat, quicquid fit peruerso ordine maximè à magistratu quem nihil nisi summo iudicio facere oportet, si dignitatis suæ ratione aliquam haberi ab aliis velit. Quid enim aut in dictis aut in factis inordinatum potest accidere, quod non à iudicij penuria proficiscitur? in iis scilicet quę ratio aliqua suadet certo non vago vel turbato ordine fieri, qualia sunt ea, quæ vel priore vel posteriore loco facienda vel tractanda sunt, de quibus non loquitur Alfenus in *d. l.* 14. *de pecul. legat.* Atqui ratio certè suadebat vt in ordinando edicto perpetuo circa eas actiones, quæ ex cõtractibus filiorumfamilias vel seruorum aduersus parentes aut dominos competunt, Prætor eas præmitteret quæ in solidum dantur, vt exercitoriam, institoriam, tributoriã, siue quòd digniores sint, & vtiliores, siue quòd

BIU Cujas

pertineant ad regulam actionum omnium, quæ sui natura dantur in solidum? nisi si quæ à regula excipiantur. Excipiuntur autem actiones de peculio §. *sunt §. præterea 36. Instit de action.* Tam ea quæ retinet nomen sui generis de qua in *hoc tit. & seq.* quàm illa quæ specialiori nomine de in rē verso appellatur, nec nisi prioris adiectio quædam est, vt Iustin. docet in *Instit. tit. quod cum eo, & de qua in tit. 3. huius libri.* Actio autem quod iussu de qua in *tit. vlt.* datur quidem in solidum, sed propria quadam & separata ratione de qua in *l. 1. ill. tit.* Cúmque species quædam sit actionis de peculio, sed diuersam ab aliis naturā habens de ea quoque tractandum fuit inter actiones de peculio, sed post actionem generalem & tāquam de specie separata. Dixit autem Vlpianus hīc *ordinarium* quasi *ordinatum & ex ordine faciendum*: sed in illis sequentibus *deinde adhuc* aut *ad hoc peruenire*, erratum est, legendumq; *ad hos* scilicet contractus. Præcesserat enim *prius eos contractus exponere*, & antithesis est in duobus illis pronominibus *eos & hos.*

1 ¶ Est autem triplex hoc edictum: aut enim de peculio, aut de in rem verso, aut quod iussu, hinc oritur actio.

Ad §. 1. Est autem triplex.

RAT. DVB. Vnum tantùm est edictum de peculio, cuius prima verba & generalia illa fuerunt, quæ Vlpianus refert in §. *seq. quod cum eo qui in alterius potestate esset negotium gestum erit*, aut *esse dicetur*, vt scriptū est in *tit. penult. libri præcedentis, & in tit. 26. lib. 4. Codic.* qui titulus non tantùm huic respondet, sed etiam cæteris omnibus qui in hoc titulo proponūtur. Non ergo triplex edictum est vt Vlp. hīc scribit.

DEC. Edictum triplex est, quod tribus constat partibus, & ex singulis suam dat actionem, quamuis verborum conceptione vnicum sit: sic enim duplices actiones non quæ sunt duæ, & duplicia interdicta non quæ singula sint duo quod implicaret, sed in quibus singulis vterque litigator actoris & rei partibus fungitur *l. actionis 37. de oblig. & act. l. in tribus 13. de iudic. l. 2. §. 1. commun. diuid.* Edictum autem hoc de peculio distinguit tres casus, & pro casuum varietate tres varias proponit actiones. Vnam generalem de peculio, aliam specialem de in rem verso. Tertiam specialiorem de eo quod iussu patris vel domini contractum est *d. l. 1. supr. quod cum eo, & dict. tit. C. 26. lib. 4.* Benè igitur Vlp. noster ita loquitur, vt dicat, non tria esse edicta, sed triplex esse edictum, quòd ex eo triplex oritur actio de peculio, de in rem verso, & quod iussu, sed vnaquæque in suo casu.

2 ¶ Verba autem edicti tali sunt: *Quod cum eo, qui in alterius potestate esset, negotium gestum erit.*

Ad §. 2. Verba autem edicti.

RAT. DVB. Melior condicio nostra fieri potest per eos, quos in potestate habemus, sed deterior non potest, vt diximus ad *l. 1. supr. quod cum eo*, ex iuris regula in *l. melior 133. de reg. iur. iunct. l. filiusfamilias 22. infr. de solut.* Ergo quod cum eo qui in aliena potestate est, negotium gestum fuit, actionem contra patrem vel dominum præbere parere nullam potest ei, cum quo neque pater neque dominus contraxit, præsertim verò si de filiifamilias contractu agatur, cùm sufficere possit ei, qui cum filiofamilias cōtraxit, quòd eum habeat in solidum obligatum *l. si quis cum filiofamilias 44. infr. hoc tit.* ita vt ex ea obligatione possit filiusfamilias etiam viuo patre & conueniri & condemnari *l. si dubitet 10. §. filiusfamilias infr. de fideiuss.* nec æquius videri debet, vt pater pro filio quàm vt filius pro patre teneatur *tot. tit. C. ne filius pro patr. vel pater pro fil.* Quòd si de contractu serui agatur illa etiam ratio pro domino facit, ne vlla de peculio actione teneri debeat, quòd ipsius obligatio non possit videri, nisi accessoria ad obligationem serui naturalem, ex qua tamen constat eum conueniri non posse, nec rursum duriùs obligari accessionem, quàm debitorem principalem *l. Græcè 8. §. illud infr. de fideiuss.*

DEC. Quisquis contrahit cum filiofamilias vel seruo peculium habente, intuetur peculiū illud & quantitatem peculij tanquā propriū patrimonium ipsius filiifamilias vel serui, cui concessam scit esse à patre vel domino pusillæ eius pecuniæ administrationem ad negotiandum, nec aliter cum eo fuerat contracturus *leg. hinc quæritur 19. §. 1. l. & ancillarum 27. §. vlt. l. quoties 47. §. vlt. infr. hoc. tit.* Proinde non est decipiendus *l. si donaturus 9. §. 1. de condict. caus. dat. supr. l. purè 5. §. penult. de doli mal. except.* deciperetur autem si contra patrem vel dominum saltem de peculio, & si supra peculij quantitatem in rem versum sit, de in rem verso agere nō posset: nam actionis quod iussu alia ratio est, quæ patrē & dominum tenet in solidum, quasi ille ipse contraxerit, qui iussit, non filius eius vel seruus *l. 1. infr. quod iuss.* Quod non similiter dici potest, si iussus nullus præcesserit: licet enim quisquis cum filiofamilias vel seruo alieno peculium habente contrahit, ex voluntate patris & domini qui peculium cōcessit, contrahere videatur, maximè si peculij administratio, eaq; libera filio vel seruo concessa sit vt in *l. libera 48. iunct. l. depositi 5. §. pen. & vlt. hoc tit.* vnde potissimum fit, vt actionē de peculio recusare nec pater nec dominus vlla ratione possit (sibi nāque imputet, qui filio vel seruo peculium concessit) plus tamen est iussu patris vel domini cum filio vel seruo contrahere, quàm ex nuda patris vel domini voluntate, qui quasi conniuentibus oculis patiuntur filiumfamilias vel seruum habere peculium, quod reuera ipsius patris vel domini est *l. patri. 27. in princip. iunct. l. 3. §. sed vtrum supr. de minor.* nec æquum fuit hanc patris dominíve scientiam & voluntatem extendere ad solidi obligationem ne quidem in mercibus peculiaribus *l. 1. §. licet autem supr. de exercit. act.* Est autem huius actionis non tam æquitas quàm necessitas in eo euidentior qui cum seruo alieno contraxit, cùm seruus tanquam iuri ciuili incognitus iure ciuili obligari nullomodo possit, sed tantùm naturaliter *l. nec seruus 41. infr. hoc tit.* nec proinde vlla actione conueniri *l. cum seruo 107. iunct. l. quod attinet 32. de reg. iur.* vt scripsimus ad *l. naturaliter 13. in princip. supr. de condict. indeb.* Sed tamen in filio quoque familias eadem non solùm æquita-

tis &

tis & vtilitatis, sed etiam necessitatis ratio subesse videri potest, quia licèt ex omnibus causis prætèr quàm ex causa mutui & obligari ciuiliter, & conueniri consequenter possit *l. filiusfamilias 39. infr. de oblig. & action.* Condemnatus tamen non potest vrgeri ad solutionem solidi nec viuo patre nec eo mortuo, sed hactenus tantùm quatenus facere possit *d.l. si dubitet 10. §. filiusfamilias de fideiuss. l. si ex alio 9. C. quod cum eo.* Melius igitur & commodius est creditori filiifamilias, vt actionem de peculio contra patrē habere possit. Nec tam pro filio tenetur hoc casu pater quàm pro seipso & ex suo facto cùm is filio peculium concesserit: Ideóque nec ad hunc patrem pertinet *tit. C. ne fil. pro patr. aut pat. pro fil. emancip.* sed ad patrem qui ex contractu filij sui emancipati conueniatur, vt tit. ipse ostendit. Quod autem ad seruum pertinet, non obligatur in duriorem causam dominus, qui ex eius cōtractu tenetur prætoria actione de peculio, sed obligatur efficaciùs. In quo nihil est absurdi, vt videre est in fideiussore, qui ex stipulatione obligat se ciuiliter pro eo qui non fuit obligatus, nisi naturaliter *l. 6. §. vlt. l. fideiussor 16. §. fideiussor infr. de fideiuss. l. si pupillus 127. de verb. oblig.* Ergo si dominus vel pater recuset de peculio actionem non est audiendus, sed cogendus quasi aliam quamlibet personalem actionem suscipere *l. summa cum ratione 21. §. vlt. infr.*

3 ¶ De eo loquitur, non de ea, sed tamen & ob eam, quæ est fœminini sexus, dabitur ex hoc edicto actio.

Ad §. 3. De eo loquitur.

RAT. DVB. Videtur esse contra verecundiam & pudicitiam fœminini sexus, vt virilibus officiis fungantur mulieres, & negotiis præsertim alienis se immisceant, & cum masculis contrahant, ad quos maximè commerciorum exercitio pertinet *l. 1. §. secundo loco vers. sexum supr. de postul.* Benè igitur Prætor in concipiendo edicto de peculio, masculinum dūtaxat sexum complexus est, nec tam facilè debuit edictum ad fœmininum quoque protrahi.

DEC. Etiam fœminarum ingenia aliquo negotiorum & officiorum commercio sunt exercenda. Ne si nimio torpeant ocio, propensiora fiant in libidinem prauásque cogitationes: neque desunt artificia quibus possint etiam honestè saluáque verecundia se dedere, puta si sarcinatrix sit mulier, aut textrix, aut si qua alia eiusmodi sunt artificia, ita vt nec mercem peculiarem exercere prohibeantur, vt patrem vel dominum tributoria quoque actione obstringant, si eo sciente exerceant *l. & ancillarum 27. in princip. infr. l. nam & plerique 6. supr. de instit. act.* Meritò igitur Prætoris edictum ita acceptum est à prudentibus vt ad fœminas quoq; pertineat, quomodo alias generaliter dici solet, sexu masculino fœmininum quoque semper contineri *l. qui duos 62. de legat. 3.* maximè verò in edicti Prætorij interpretatione, quo respexisse Paulus videtur in *l. 1. de verb. signific.* quæ sumpta est ex libro eius primo ad edictum. Nec sanè rationes quibus motum Prætorem suprà diximus, vt actionem de peculio ex contractibus filiorumfamilias vel seruorum induceret, minùs locum habent in fœminis, quàm in masculis. Iunge *l. procuratoris 5. §. sed etsi ancilla supr. de tribut. act. l. cum ancilla 11. C. quod cum eo.*

4 ¶ Si cum impubere filiofamilias, vel seruo contractum sit: ita dabitur in dominum, vel patrem de peculio, si locupletius eorum peculium factum est.

Ad §. 4. Si cum impubere.

RAT. DVB. Imputare sibi debet qui filiofamilias vel seruo impuberi peculium concessit, non minùs quàm ei qui pupillum negotiationi alicui præposuit *l. 3. §. vlt. supr. de minor. l. sed etsi quis 7. §. vlti. supr. de instit. act.* Perinde igitur teneri debet actione de peculio, ac si puberi concessisset, non adhibita illa distinctione, an ex eius contractu peculium locupletius factum sit nécne.

DEC. Ex eo demùm contractu tenetur pater actione de peculio, ex quo filiusfamilias qui contraxit, obligatus sit & conueniri possit in solidum *l. si quis cum filiofamilias 44. hoc tit.* Dominus autem ex eo demum contractu serui tenetur de peculio ex quo seruus ipse in solidum teneretur si esset paterfamilias, & iure ciuili obligari posset *l. cùm ancilla 11. C. quod cum eo.* Atqui neq; filiusfamilias impubes obligari potest ciuiliter in solidum, sed naturaliter tantùm, nisi quatenus locupletior factus est, quo casu ex rescripto Diui Pij eatenus conueniri potest, quatenus factus est locupletior *l. contra 30. supr. de pact. l. naturaliter 13. §. vlt.* vbi diximus *supr. de condict. indeb. l. si pupilli 6. in princ. l. Nesennius 34. supr. de negot. gest. l. 3. in princip. supr. commod. l. quamuis 8. §. vlti. infr. ad SC. Velleian.* Nec alia ratio esset serui si liber homo proponeretur, quoniam impubes ætas non aliā admittit ciuilem obligationem, nisi vel tutoris vel patris authoritas interueniat *d. l. naturaliter §. vlt. l. verum 9. supr. de instit. act.* Ergo nec patrem vel dominum ex his causis de peculio aliter teneri æquū est, quàm si ex contractu filiifamilias vel serui impuberis locupletius peculium factum sit, nec rursum nisi quatenus factum sit locupletius, nec benè comparatur impuberi procuratori vel institori filiusfamilias vel seruus impubes, cui pater aut dominus peculium concessit. Nō enim concedendo peculium mandat, etiam vt cum quoquam contrahat quomodo is qui preponit alicui negotiationi, nisi etiam administrationem eámque liberam ipsi concedat *l. libera 48. §. 1. hoc tit. l. si conuenerit 18. §. vlt. & l. seq. supr. de pignor. act. l. vlt. in princip. infr. de nouat.* Ex quo intelligimus posse, quem habere peculium, nec tamē liberam eius habere administrationem: nam si ponéres datam à patre vel domino liberam peculij administrationem filiofamilias vel seruo, posset filius vel seruus multa facere quæ alioqui non potest, sed non faceret ea res filiumfamiliam vel seruum impuberem procuratorem patris aut domini *arg. l. 3. §. sed etsi fortè infr. iudic. solui. l. si conuenerit 18. §. vlt. de pignor. act.* ad augendam scilicet actionem de peculio, vt ex ea in plus teneatur dominus vel pater quàm quo locupletius factum sit peculium, tantùm abest, vt in solidum teneatur, quomodo teneri deberet, quisquis impuberem filiumfamilias, vel seruum alicui negotiationi expressim præposuisset. Alius tracta-

BIU Cujas

tus est de impubere qui ipse seruum suum præposuerit: quamuis nec aliter teneatur quàm si locupletior factus sit *l. eatenus* 10. *supr. de instit. act.* In filiofamilias vel seruo pubere peculium habente aliud est: obligat enim contrahendo & patrem & dominum quatenus est in peculio licèt peculium nullatenus factum sit locupletius, etiam verò supra peculium, adeóq; licèt nihil in peculio sit, fortè quòd plus patri dominóve debeatur, si factum sit locupletius, & in rem patris vel domini versum sit §. *præterea Instit. quod cum eo l. si pupilli* 6. §. *sed si ego vers. eodem loco supr. de negot. gest.* Atque ita accipiendum est, quod scriptum legimus in *d. l. cum ancilla* 11. *C. quod cum eo*, ei qui cum ancilla contraxit dandam actionem de peculio ea superstite aduersus dominum in quantum locupletius peculium eius factum est, post mortem verò eius intra vtilem annum duntaxat. Alioqui cùm loquatur ea lex de ancilla pubere non de impubere, falsum esset, ideóque delendum tanquam irreptitium ex imperiti alicuius interpretis glossa, quod iis verbis exprimitur, *in quantum locupletius eius peculium factum est*, pugnaretque cum iuris ratione & cùm eo quod scriptum est in *l. ei qui seruo* 7. *& l. dominum* 12. *eod. tit.* Nec rursus defendi posset, quod habet secunda pars legis, mortua ancilla dandam intra annum duntaxat actionem de peculio contra dominum, de eo namque quod in rem domini versum est, ac proinde quatenus peculium locupletius factum fuit, non est annalis actio, sed perpetua *l.* 1. §. *vlt. quand. de pecul. act. est annal. l.* 1. §. 1. *de in rem vers.* etiam aduersus heredem domini cùm sit actio merè rei persecutoria ex reg. *l. in honorariis* 35. *de oblig. & act.* Alioquin heres ex aliena iactura locupletaretur, quod iniquum esset *l. nam hoc natura* 14. *supr. de cond. indeb. l. iure naturæ* 206. *de regul. iur.* Itaq; suaderē potiùs deleri supradicta verba, quā retineri. Nec enim onūt Imperatores antitheſim inter casus illos, quorū altero teneatur domin⁹ de peculio in pl⁹ vel minùs, sed in quo teneatur longiùs aut breuiùs quā altero.

5 ¶ Potestatis verbum communiter accipiendum est, tam in filio, quàm in seruo.

6 ¶ Nec magis dominium seruorum [a] esse spectandum, quàm facultatem habendi eos. non enim solùm seruorum proprioru̇m nomine conueniemur, item communium, verùm eorum quoque, qui bona fide nobis seruiunt, siue liberi sint, siue serui alieni.

Ad §. 5. Potestatis.

RAT. DVB. Nemo nescit quàm longè diuersa ratio sit patriæ ac dominicæ potestatis, & quàm in multis differant: patria enim potestas sicuti nomine ipso dulcior est (non enim dulciora vlla sunt nomina quàm patris & filij, *l. liberorum* 220. *in fin. de verb. significat.*) ita effectu ipso nihil nisi pietatis quædam species est *l. vltim. infr. si à parent. quis manum. sit* dominica verò potestas & nomine durior, & effectu penè tyrannica si non aliqua moderatione coerceretur *l.* 1. *&* 2. *supr. de his qui sui vel alien. iur. sunt.* non ergo debuit *potestatis* nomen in hoc edicto tam communiter & promiscuè accipi quasi nulla sit, aut esse debeat hac parte inter patrem aut dominum, nec inter filiumfamilias & seruum differentia: quā nec negari potest quibusdam casibus aliquam esse *l.* 3. §. *sed si filius* 9. *hoc tit.* Nam & filiusfamilias ex suis contractibus obligatur & conuenitur in solidum, at seruus nullomodo, vt suprà diximus ad §. *verba autem ex l. nec seruus* 41. *l. si quis cum filiofamilias* 44. *hoc tit.*

DEC. Potestatis nomen generis nomen est, licèt æquiuocum non vniuocum *l. potestatis* 215. *de verb. significat.* Potest igitur communiter & genericè de multis prædicari tanquam de suis speciebus, quamuis æquiuocè, non vniuocè. Ergo & de patria & de dominica potestate. In quibus si quando eadem ratio locum habet, fit genus quodammodo vniuocum, vt ad vtramque speciem designandam aptari possit, quod anteà erat æquiuocum: Hoc verò contingit in proposito, id est, cùm tractamus de actione de peculio: eadem enim ratio est obligandi & conueniendi patris ex contractu filiifamilias, quæ obligandi, & conueniendi domini ex contractu serui. Ne scilicet decipiatur is qui contrahens cum filiofamilias vel seruo peculium ipsius quasi proprium eius patrimonium intuitus est *l. hinc quæritur* 19. §. 1. *l. quoties* 47. §. *vltim. hoc tit.* meritò igitur Prætor in hoc edicto concipiendo *potestatis* nomine tanquam generico & communi vsus est, vt dominicam non minùs quàm patriam potestatem comprehenderet: præsertim cùm nec dominum ipsum obliget actione de peculio ob dominium, quod habet in seruo, sed quia habet facultatem habendi seruum, adeò vt nec minùs teneatur de peculio, is qui seruum alienum aut hominem liberum bona fide possidet quasi suū, vt sequitur in textu *& l. prox.* tāetsi nō desint casus in quib. alia ratio habēda est filijfamilias: alia serui etiā quod ad actionem de peculio, vt in *d. l.* 3. §. *sed si filius infr.* Sed casus ille & alij si qui sūt similes ad regulā nō pertinēt. Exceptiones poti⁹ sūt de regula, de q b. suis locis dicem⁹.

a *Nec magis dominium seruorum.* Sensus est, non eo minùs Prætorem vti potuisse, & debuisse communi nomine *potestatis* in danda communiter actione de peculio contra patrem, vel dominum, quòd potestas in domino nihil significet nisi dominium *d. l. potestatis* 215. *de verb. significat.* Cùm etiam domini appellatione in hoc edicto contineatur ille, qui dominium non habet, nec ius quidem habendi seruum, sed facultatem duntaxat, qualis ille est, qui aut alienum seruum aut liberum hominem bona fide possidet. Nam & hic de peculio tenetur ex contractu hominis bona fide possessi, non minùs quàm verus dominus ex contractu proprij serui.

RAT. DVB. Liber homo peculium habere non potest, cùm sit sui iuris, & suæ potestatis; habet enim verè ac propriè patrimonium. Seruus autem alienus sicut habet verum dominū, ita nec in alterius quàm veri domini potestate esse potest. Nam quemadmodum in sua potestate non potest alium habere is, qui suæ non est potestatis *l. sic euenier* 21. *infr. ad leg. Iul. de adult.* ita nec in aliena potestate esse potest, qui sui iuris est non magis quàm vt quis eodem tempore in duorum sit potestate *l. si filiusfamilias* 33. *de milit. testam.* Cùm igitur actio de peculio ex iure potestatis pendeat, non videtur dari posse contra eum qui hominem liberum aut seruum alienum possidet, quamuis bona fide, sed in eum solū qui dominus sit serui, vel in solidum, vel pro parte saltem, eo scilicet iure quo is qui alicuius rei pro indiuiso dominus est, totā rem potest, suā dicere *l. illud* 46. *infr. derit. nup.* nec in eo periclitari videtur creditor qui actionē in solidū habiturus est cōtra liberū hominē, cū quo cōtraxit, aut cōtra verū dominū ex cōtractu serui. DEC. Difficilè dignosci potest homo liber à

seruo

seruo *l. quia difficile 5. infr. de contr. empt.* multo autem difficiliùs seruus Titij à seruo Sempronij. Ideoque non tam inspiciendum est, quis ille sit cum quo contraxisti, an liber homo, an seruus, & si liber homo non est, an Titij seruus sit an Sempronij, si cum eo quasi cum seruo contraxeris, quàm à quo quasi domino possideatur bona fide, vt quisquis possessor est, eique tanquam seruo suo peculium concessit, pro vero domino hac parte habeatur, id est, & in sua potestate eum habere intelligatur, & hoc ipso actione de peculio, perinde ac si verus esset dominus, teneatur. Alioqui vix erit, vt cum eo qui possessoris sui seruus vulgo creditur contrahere quisquam velit, si quandocunque acturus de peculio probandum habeat esse hunc verè seruum possessoris, cùm fieri facilè possit, vt re vera vel homo liber sit, vel seruus alienus: atque ita seruis omnibus commercio interdictum quodammodo erit nemine cum iis contrahere volente, quod tamen ne admittatur, maximè interest dominorũ, quib⁹ alioqui nihil per seruos acquiretur *arg. l. quòd si minor 24. §. 1. sup. de minor. iunct. l. Diuus 24. de testam. milit. l. ratas 7. C. de rescind. vendit.* Et verò sicuti bona fides tantum præstat possidenti, quantum veritas vbi lex impedimento non est *l. bona fides 136. de regul. iur.* indeque fit vt per homines liberos seruosque alienos quos bona fide possidemus perinde ex re nostra & ex ipsorum operis, atque per seruos nostros acquiramus *l. liber homo 19. l. qui bona fide 23. l. acquiruntur 10. §. de his autem seruis de acquir. rer. domin.* ita vicissim æquum est eorum factum nos præstare, si quando tanquam serui nostri & à nobis peculium habentes cum alio contraxerint, qui peculium, quod penes illos ex nostra re fuit, tanquam proprium ipsorum patrimonium intuitus sit, non aliter cum iis contracturus, dummodò is quoque in bona fide sit, & eum cum quo tanquam cum seruo meo contraxit, qui re vera liber homo aut alienus seruus erat, seruum meum esse crediderit. Non enim posset videri deceptus à me recusante actionem de peculio, is qui seipsum decepisset *arg. l. nam si scit 26. supr. de rei vindic.* Idem ferè tractatus est circa noxales actiones, quæ ex delictis seruorum dantur contra dominos, perinde atque ex seruorum contractibus actiones de peculio: dantur enim similiter contra eos qui vel hominem liberum vel seruum alienum bona fide possidet, quamuis domini non sint, quia hac etiam parte illos in potestate habere intelliguntur *l. quoties 21. §. Prætor ait.* vbi scripsimus *sup. de noxal. action.* Idemque ferè in toto iure nostro iuris est *l. 1. §. vlt. supr. de tribut. act. & l. prox. infr.* In filiofamilias, quod pertinet ad actionem de peculio, eadem quæstio potest occurrere si dubitetur cuius filius sit is, qui peculium ab aliquo tanquam à patre accepit, sed rariùs & difficiliùs, quia sicuti pater est quem nuptiæ demonstrant. Ita & filius qui ex iis nuptiis quæsitus est *l. filium 6. de his qui sui vel alien. iur. sunt.* non facilè verò latere possunt nuptiæ, quæ non tam personarum contrahentium contractus sunt, quàm agnatorum & familiarum, palamque solent & debent fieri.

2. Pomponius libro 5. ad Sabinum.

EX ea causa, ex qua soleret seruus fructuarius, vel vsuarius adquirere: in eum, cuius vsusfructus, vel vsus sit, actio duntaxat de peculio, cæteræque honorariæ dantur: ex reliquis in dominum proprietatis.

Ad l. 2. Ex ea causa.

Rat. dvb. Neque vsufructuarius neque vsuarius serui dominus eius est, adeoque nec bonæ fidei possessor, cùm sciat alienum seruũ esse cuius vsumfructum, vel vsum habet, siquidem nemo re sua vti vel frui iure seruitutis potest *l. vti frui 5. supr. si vsusfr. petat. l. 1. supr. de vsufr.* Nec potest quis rem suam dicere, aut in sua esse potestate cuius tãtùm habeat vsum, vel vsumfructum *l. rectè dicimus 25. de verb. signif.* quia vsusfructus in iure non in parte consistit licèt emolumentum rei contineat *l. Mæuius 66. §. fundo iunct. l. cùm filius 76. §. dominus de leg. 2. l. si à reo 70. §. si reo infr. de fideiuss.* Cùm ergo Prætor actionem de peculio contra eos duntaxat proposuerit, qui in sua potestate illum habent, cum quo contractum est. Consequens videtur, vt neque fructuarius neque vsuarius actione de peculio teneantur, sed serui dominus, quem & ex aliis causis teneri Pomponius hîc scribit, quàm ex quibus per seruum acquiri fructuario vel vsuario possit. Ita enim fiet, vt in actione de peculio in plures aduersarios distringatur is, qui cum vno tantùm contraxerit si fortè vno eodemque contractu, ex variis causis quod fieri facilè potest, contractum esse proponatur, quod tamen iniquum fore ait Caius in *l. & ancillarum 27. §. vlt. infr.* Dec. Etiam ei qui vsumfructum vel vsum nudum habet in seruo, per seruum illum fructuarium vel vsuarium acquiritur, ei quidem qui vsumfructum habet ex re eius & ex operis serui *l. si serui 21. & seq. supr. de vsufr.* ei verò qui solum vsum ex re ipsius non etiam ex operis serui *l. per seruum 14. de vsu & habit.* Etsi enim isti neque domini sunt, neque bonæ fidei possessores, sunt tamen plus quàm bonæ fidei possessores, qui non tantùm habent facultatem habendi hunc seruum, quod sufficeret, vt eum in potestate sua habere videretur, sed etiam ius eo vtendi & fruendi inuito quoque domino: quod longè plus est. Proinde si seruus hic à fructuario vel vsuario peculium habet acquiret eis ex peculio tanquam ex re ipsorum non etiam proprietario, quidni ergo ex iisdem causis dabitur actio de peculio contra fructuarium vel vsuarium? Vt cuius rei quis commoda sentit, sentiat etiam incommoda ex *reg. l. secundum naturam 10. de regul. iur.* quemadmodum & in specie *§. vlt. legis præcedentis.* Eadem igitur ratio facit, vt ex quibus causis per huiusmodi seruos nec fructuario, nec vsuario acquiritur, neque contra fructuarium vel vsuarium actio de peculio danda sit, sed contra dominum proprietatis, vt hæc lex ait, nimirum si habeat seruus peculium aliquod à domino proprietatis. Quomodo nihil vetat habere eum duplicis iuris peculium, vnum à proprietario, alterum à fructuario vel vsuario: *l. hinc quæritur 19. §. 1. infr.* adeoque quod tamen difficilius videtur, vnum à fructuario, alterum ab vsurario: tertium etiam si voles à proprietario. Iis scilicet casibus in quibus potest esse fructus sine vsu, vt in *l. 5. §. pen. vsufr. quem. caueat.* vbi

BIU Cujas

quale illud sit, & qualiter intelligendum, fusiùs explicauimus. Si tamen peculium quod habet seruus ab eo cui ex suo contractu quæsiit, non sufficiat indemnitati creditoris, magis est, vt priore conuento eo ad quem res respicit, in superfluum is quoque cui quæsitum non est, conueniatur, vt ex Marcello & Papiniano Vlp. tractat in *d.l.hinc quæritur* §.1.*vers.quæ quæstio.* Ratione illa, ne aliter posito iure fiat iniuria ei qui cum seruo contracturus, totum eius peculium veluti patrimonium intuitus est, quem nec in plures aduersarios distringi æquum est *d.l. & ancillarum* §. *vlt.* Atque ita hæc lex secundum illam Vlpiani distinctionem intelligi debet, & lex illa per hanc: nam quod ibidem ex Marcello proponitur, etiam fructuarium teneri debere ex omni contractu serui, etiam qui ad peculium proprietarij respiciat, minùs probabile tandem & ipsi Marcello, & Papiniano visum est, illud verò probabilius quod diximus, vt constat ex versic. *certè illud admittendum omnimodo.*

3. VLPIANVS libro 29. ad Edictum.

LIcèt tamen Prætor, si cum eo, qui in potestate sit, gestum sit, polliceatur actionem: tamen sciendum est, & si in nullius sit potestate, dari de peculio actionem. vtputa si cum seruo hereditario contractum sit ante aditam hereditatem.

Ad l.Licèt tamen Prætor 3.

RAT. DVB. Prætor in edicto de peculio de iis duntaxat locutus est, quæ gesta sint cum eo qui in illius potestate sit contra quem actio de pecul. proponitur *l.1.§.verba autem supr.& tot.tit. quod cum eo qui in alien.potest. ess. dicet.* Atqui seruus hereditarius in nullius est potestate, quia nec res hereditariæ in vllius bonis sunt *l.1.§.1.supr.de rer.diuis.* cùm hereditas personam defuncti repræsentet, qui iam nullus est non heredis qui nec adhuc vllus est *l.hereditas 34.inf. de acquir.rer.domin.* Siquidem potestatis nomine hîc significamus, non tam dominium, quod certè penes hereditatem remanet, quàm facultatem meram habendi seruum, quæ facultas magis in facto quàm in iure consistit. Eorum autem quæ in facto versantur prorsus incapax est hereditas, cuius persona si qua est, certè tota ficta est *l.1.§. Scæuola infr.si is qui testam.lib.ess.iuss.* Ergo si cum seruo hereditario contractum sit ante aditam scilicet hereditatem (ex quo enim adita est desinit esse hereditas, fitque patrimonium heredis *l.1.de separat.*) non est danda ex eo contractu actio de peculio aduersus heredem, qui contractus tempore nec dominus fuit, nec seruum qui contraxit in sua potestate habuit: Nam nec hereditas ipsa priusquàm esset adita, de peculio conueniri potuisset.

DEC. Peculium quod seruus à domino habuit, defuncto eo non intercidit, sed in eadem causa manet in qua tempore mortis fuit, quousque adita sit hereditas. Adeò vt nec per hereditatem adimi possit sicuti nec concedi. Facto enim aliquo est opus siue ad adimendum siue ad cõcedendum peculium, cuius omnino, vt dixi incapax est hereditas. Qui ergo contrahit cum seruo hereditario post mortem domini, perinde haberi debet ac si viuo domino contraxisset. Proinde quemadmodum ex eo contractu obligatus fuisset dominus actione de peculio, ita & hereditatem obligatam ipso iure esse fatendum est. Non vt conueniri ipsa possit actione de peculio (esset enim curator bonis in hanc rem constituendus, si qua esset agendi ratio tam vrgens, vt expectari heredis aditio non posset) sed vt post aditam hereditatem hac eadem actione teneatur heres, qua obstrictus defunctus fuisset, si eo viuo seruus contraxisset. Adita enim quandocunque hereditas ab instanti mortis adita fuisse retrofingitur *l.heres quandocunque 54.de acquir.hered.* & tempus aditionis cum tempore mortis continuatur, ita vt nec vlla hereditas vnquam fuisse videatur *l.omnis hereditas 138.l.omnia ferè 193.de regul.iur.* Facit enim hereditatis aditio in extraneis heredibus quod facit ius sui heredis in suis *l.in suis 11.de liber.& posthum.iunct.l.in suis 14.de suis & legit.l.si ex re 28.§.vlt.de stipul.seruor.* Idque est quod dicimus hereditatem & heredem tametsi diuersas appellationes recipiant, eiusdem tamen personæ vice fungi *l.heres & hereditas 22.infr.de vsucap.* Diuersum est si tractetur de vsucapione per seruum hereditarium inchoanda, cùm non possit inchoari sine possessione, vt subtiliter Papin. disputat in *l.præscriptio 45.in fin.eod.tit.* licèt vacuum tempus iacentis hereditatis prosit ad inchoatam continuandam vtilitatis gratia *l.nunquam 31.§.pen.eod.* In filiofamilias non eadem potest occurrere quæstio, quæ hîc proponitur in seruo. Neque enim sicuti seruus, ita filiusfamilias quisquam hereditarius est, & filiifamilias peculium mortuo patre cum hereditate confunditur *l.certum est 13.C.famil.erciscund.* quia nimirum desinit ipso iure esse peculium statim atque desiit esse filiusfamilias, factus paterfamilias per mortem patris.

1 ¶ **Vnde Labeo scribit: & si secundo, tertióve gradu substitutus sit seruus: &, deliberantibus primis heredibus, cum eo contractum sit: mox, repudiantibus eis, ipse liber, hereséque exstiterit: posse dici, de peculio eum conueniri, & de in rem verso.**

Ad §.1.Vnde Labeo scribit.

RAT. DVB. Is qui contraxit cum seruo hereditario, quamuis substituto, vt substitui solebat olim vltimo tandem gradu *l.potest 36. de vulgar.& pupill. substit.* non id agit vt eundem seruum sibi obliget, quem scit ciuiliter obligari nullomodo posse, sed vt hereditatem ipsam & heredes prioribus gradibus institutos ac substitutos: nunquam enim actus operantur vltra intentionem agentium *vulg.l.non omnis 19.supr.de reb.credit.l.in hoc iudicium 14.§.1.supr.communi.diuid.* quòd si id quoque actum volumus, vt etiam

BIU Cujas

etiam seruus ipse in eum casum quo ex substitutione heres esset, obligaretur. Quidni posteà heres factus conueniendus esset in solidum, non autem de peculio duntaxat, vt Vlpianus hîc scribit, cùm ille ipse contraxerit? Exemplo scilicet filiifamilias quem dicimus ex suis contractibus in solidum obligari, non tantùm de peculio *l. si quis cum filiofamilias* 44. *infr.* DEC. Qui cum seruo hereditario contrahit, quamuis non cogitet de ipso seruo nominatim obligando, cogitat tamen sicuti de obliganda hereditate. Ita & de obligando quisquis heres aliquàdo erit, siue ex primo siue ex nouissimo gradu: frustrà enim obligaretur hereditas si nõ ea obligatio in heredem, quemlibet postea adeuntem transfunderetur. Proinde si contingat eum ipsum seruum, qui contraxit fieri heredem, siue ex institutione, siue ex substitutione in quocunque tandem gradu, dicendum est teneri eum quomodo alius quilibet heres teneretur, id est, de peculio duntaxat non in solidum, quia scilicet non ex sua persona tanquam qui contraxerit, conuenitur, sed quasi heres. Non solùm quia contractus tempore obligari ciuiliter nullomodo potuit, vt diximus, neq; conueniri *l. cum seruo* 107. *de reg. iur. l. nec seruus* 41. *hoc tit.* Sed etiam quia generaliter ita comparatum est, vt seruus ex antegesto, id est, ex eo quod in seruitute gessit, nunquam teneatur *l. 1. & tot. tit. C. an seruus pro suo fact. post manumiss. ten.* Ex propria nimirum persona, cæterùm si domini heres sit recusare non potest, quin eodem modo teneri debeat, quo alius quilibet heres teneretur. In filiofamilias peculium habente diuersum illud est, quod seipsum obligat in solidum etiam quandiu filiusfamilias manet, quia personam habet integram cùm tam sit ciuis, quàm si esset paterfamilias *l. 4. supr. de stat. homin.* non etiam seruus qui non habet caput in ciuitate ante manumissionem *l. 3. §. vlt. & l. 4. de capit. minut.* Illud tamen non dissimile, quòd licèt ex antegesto conueniri possit, aliter tamen tenetur factus paterfamilias quàm anteà tenebatur. Cùm enim antea teneretur in solidum, nunc non tenetur, nisi in quantum facere potest *l. si dubitet* 10. *§. filiusfamilias infr. de fideiuss.* Illud rursum dissimile, quod si filiusfamilias patri heres extiterit, in solidum tamen tenetur, quamuis pater nõ nisi de peculio teneretur *l. si ex alio* 9. *C. quod cum eo.* nempe quia fuit ab initio in solidum ex suo contractu obligatus, cessatque ratio illa æquitatis, quæ faciebat ne sui iuris factus in solidum, vrgeretur ex eo contractu quem filiusfamilias inierat. Ne ex eo quod patre ita volente peculium administrauit, fame habeat periclitandum. Est igitur conueniendus hoc casu filius ex sua persona non tanquam heres patris, quamuis quod mirum videri possit, non aliter in solidum teneatur ex suo contractu factus paterfamilias, quàm si sit heres patris *d. l. si ex alio.* Planè in specie huius §. si plus versum sit in rem quàm sit in peculio, poterit seruus idemque heres conueniri etiam de in rem verso, non quidem ex propria persona (neque enim in rem serui quicquam verti potuit) sed iure hereditario, & quomodo alius heres quilibet de in rem verso conueniri posset. Nihil enim refert, an in rem hereditatis versum sit, cuius hic seruus fuit, an in rem defuncti cuius personam hereditas repræsentabat, & cuius hic nunc heres est. Iunge *l. quæsitum* 30. *§. sed si ipse seruus & seq. infr.* vbi differentia illa inter seruum heredem domini & filiumfamilias heredem patris traditur, quam nos attulimus, vt filius etiãsi ex parte tantùm sit heres patris, in solidũ tamen teneatur.

2 ¶ Parui autem refert, seruus quis masculi, an mulieris fuerit. nam de peculio & mulier conuenietur.

Ad §. 2. Parui autem refert.

RAT. DVB. Eius qui de peculio conuenitur, obligatio accessoria tantùm est: principaliter enim conueniri non potest, qui ipse non contraxit. Atqui mulier alienæ obligationi accedere prohibetur, ne contra Senatusconsultum Velleianũ intercedere videatur *arg. l. si quis cum filiofamilias* 44. *infr.* Multum ergo refert, an seruus qui contraxit, masculi seruus fit, an mulieris, nec tam facilè actio de peculio contra mulierem quàm contra masculum dari debet.

DEC. Quod cum eo contractum est, ex cuius contractu potest alius conueniri de peculio, etiam cum eo contractum quodammodo intelligitur, qui de peculio tenetur, cùm ea quoque ratio sit dandæ in patrem vel in dominum actionis de peculio *l. 3. §. 1. infr. quib. ex caus. in poss. eat.* Nec tam accessoria, quàm principalis obligatio eius est, qui de peculio tenetur, licèt sit leuior, quia ex alieno facto magis quàm ex suo propriè tenetur *d. l. si quis*, non enim iubet seruum contrahere, qui dat ei peculium, sed tantùm permittit: qui iubet, contrahere ipse creditur *l. 1. infr. quod iuss.* Qui verò tantùm permittit, non item, sed tamen quodam suo consensu quamuis tacito se obligat, vt factum filiifamilias, vel serui contrahentis ratum habere cogatur, saltem ad finem vsque peculij. Ideoque nec intercedere credenda est mulier, quæ seruo peculium concessit, adeoque si voles peculij administrationem, eamque liberam, priusquàm sciret cum quo seruus esset contracturus. Nam etsi iussisset seruo suo credi pecuniam nominatim à Titio, non idcirco tamen pro seruo contra Senatusconsultum intercessisse credenda esset, ac perinde vt masculus quilibet honoraria actione. Quod iussu conueniri posset, quamuis secus foret si pro seruo suo, dum ne pro suo negotio fideiussisset *l. si domina* 25. *infr ad SC. Velleian.* Porrò quo casu mulier quæ iussit contrahi cum seruo tenetur. Quod iussu, eo casu si iussum nullum præcesserit, de peculio teneri eam æquum est, multoque magis de in rem verso, si in rem eius pecunia versa esse proponatur. Propiùs enim accedit ad intercedentem mulier, quæ iubet cum seruo contrahi quàm quæ illum contrahere patitur, eique simpliciter in hanc rem peculium concedit. Ideò autem hic §. loquitur de seruo quia in filiofamilias locum habere non potest: mulier enim non sicut seruum ita & filiumfamilias habet, cùm fœminæ non habeant liberos in potestate *l. mulierem* 5. *C. de adopt. l. 4. §. ad testamenta de bon. poss. contr. tab.*

3 ¶ Pedius etiam impuberes dominos de peculio obligari ait. non enim cum ipsis impuberibus contrahitur, vt tutoris auctoritatem spectes.

BIU Cujas

Idem adiicit [a], pupillum non posse seruo peculium constituere, nec tutoris auctoritate.

Ad §. 3. Pedius.

RAT. DVB. Obligari pupillus sine tutoris authoritate non potest ex vllo contractu, quamuis ex omnibus penè causis, hoc est extra causam hereditatis possit etiam sine tutore sibi acquirere *l. obligari 9. infr. de author. tutor.* Atqui pupillus qui tenetur de peculio ex contractu serui sui, non alio ferè colore tenetur, quàm quia cum eo ipso contractum esse videatur *l. 3. §. 1. infr. quib. ex caus. in possess. eat.* Tutoris ergo authoritas in hanc rem videtur esse necessaria.

DEC. Tunc necessaria est authoritas tutoris ad pupillum obligandum, cùm is ex facto suo proprioque contractu obligatur. Vt quod pupilli iudicio deest, tutoris authoritate ac iudicio suppleatur *l. in negotiis 5. de regul. iur.* At cùm pupillus de peculio obligatur, non tam ex suo quàm ex serui sui facto contractuque obligatur, nec nisi in consequentiam concessionis peculij quam pater fecerat, cùm nec interueniente tutoris authoritate peculium concedere pupillus possit, vt sequitur in hoc §. nihil ergo prohibet obligari eum de peculio etiam sine tutoris authoritate, quam alioqui in ipsius serui contractu interuenire oporteret, quod esset ridiculum. Non enim seruus pupilli pupillus est, nec tutor datus pupillo etiam seruo pupilli datus intelligitur. Denique multa per consequentias tolerantur, quia fiunt ex quodam iuris ordine quæ fieri principaliter non possent *l. 1. l. quod dicitur 7. de author. tutor. l. cùm vnus 12. de reb. author. iudic. possid.* Non negat Vlpianus, aut Pedius cuius hîc refertur, probaturque sententia. Cum pupillo contrahere videri eum, qui cum seruo ipsius contrahit ex ea causa ex qua pupillus ipse de peculio teneatur, vt scriptum est in *d. l. 3. §. 1. quib. ex caus. in poss. eat.* Sed ait, quod notandum est, non ita cum impuberibus contrahi, vt tutoris authoritas spectanda & expectanda sit, nimirum, quia non per se, sed per seruum suum pupillus hoc casu contrahit.

[a] *Idem adiicit.* RAT. DVB. Tutor ob eam causam datur pupillo, vt cum tutoris authoritate possit ille omnia facere, quæ per se posset, si suæ ætatis suique iuris esset *dict. l. 5. de regul. iur.* ea verò maximè quæ patresfamilias prudentes & diligentes facere solent, vt patrimonium suum non modò tueantur, sed etiam augeant. Inter quæ etiam peculij concessio est, vt ex eius administratione probaque negotiatione locupletior fiat pater per filiumfamilias, vel dominus per seruum. Quidni ergo saltem ex tutoris authoritate peculium seruo suo pupillus concedere poterit? Præsertim cùm etiam tutor solus & sine pupillo possit omnia facere tanquam dominus rerum pupillarium, quæ pupillus maior factus posset ad maiorem pupilli vtilitatem *l. qui fundum 7. §. si tutor infr. pro emptor.* Exceptis iis quæ factum personale pupilli exigunt, cuiusmodi est aditio hereditatis *l. potuit 5. Cod. de iur. delib.* ne alioqui dum nimia subtilitate circa pupillorum res vtimur, in eorum perniciem respondeamus, vt in *l. penult. Cod. ad SC. Trebell.* eisque hoc veluti commercio habendi & per seruos exercendi peculij interdicamus *arg. l. quòd si minor 24. §. non semper supr. de minor.*

DEC. Tutor domini loco tunc habetur, cùm rectè & ex pupilli vtilitate tutelam administrat, non cùm pupillum spoliat *dict. §. si tutor*, aut quod spoliationi proximum est, cùm pupillum coniicit in discrimen amittendi minuendive patrimonij, puta si quid ex bonis pupilli alienare velit sine decreto, aut etiam cum decreto ex alia causa quàm æris alieni, quod nec Prætori ipsi permittitur *l. 1. l. magis puto 5. §. non passim de reb. eor. qui sub tutel. l. cùm plures 12. §. penult. l. tutor ad vtilitatem 22. l. Lucius 46. §. vltim. de admin. tutor. author. nouissimè Cod. eod. titul.* Atqui concessio peculij est huius generis, & condicionis, non solùm si libera peculij administratio concedatur seruo, qui eo casu etiam res pupillares alienare potest *l. si conuenerit 18. §. vltim. supr. de pignor. action.* sed etiam si peculium simpliciter concessum sit, cùm eo quoque casu futurum sit, vt ex serui contractibus de peculio pupillus obligetur: quemadmodum proximè diximus, atque ita euenire possit facilè vt eius quantitatis, quæ in peculio est, iacturam pupillus incurrat, interdum pro parte, interdum etiam in totum. Quæ iactura in diligente patrefamilias, qui suis rebus consulere per se possit, non ita facilè metuenda est. Potest enim & debet in singula ferè momenta species & causas peculiorum inquirere, ne qua per fallaciam serui fraus & captio emergat *l. peregrè 44. §. quæsitum infr. de acquir. poss.* At tam exacta diligentia non solùm in pupillo speranda non est, sed nec nisi vix in eius tutore. Merito igitur placuit non posse pupillum seruo suo peculium constituere, ne quidem ex tutoris authoritate, quia licèt ex concessione peculij possit etiam lucrum aliquod sperare, quale quantumque cæteri patresfamilias, qui per seruorum peculia locupletiores plerumque fiunt. Id tamen ex casu & futuro euentu pendet maximè, cuius periculo rem pupillarem committere neque boni tutoris fuerit, neque prudentis legislatoris. Ad quorum officium nihil magis pertinet, quàm vt rem pupillarem in tuto collocent, quantum fieri potest, nec eam vlla de causa, quamuis honesta ne quidem spe maioris commodi, quæ nihil nisi paulo ampliùs quàm nihil est, periclitari patiantur *dict. author. nouissimè.* Sanè si pupilli pater peculium concesserat, non faciet ætas pupillaris, vt ademptum intelligatur, sicuti nec superueniens furor. An faciet potiùs vt nec adimi iam possit, siue à pupillo ex authoritate tutoris, siue à furioso ex authoritate curatoris? Eiusdem enim esse videtur peculium adimere cuius est constituere, neque expectandum est, vt pupillo vtilius sit consilium tutoris quàm patris *dict. l. magis puto §. sed si pater & seqq. de reb. eorum iunct. l. si pupillorum 7. §. si pater eod. l. 1. Cod. quand. decret. opus non est.* Sed tamen non ita est. Possunt enim multa post mortem patris accidere in persona serui, quæ faciant, vt ob vtilitatem pupilli vel furiosi permittendum sit tutori, vel curatori adimere seruo peculium, quod verisimile sit patrem ipsum si viueret hodie adempturum *l. in confirmando 8. cum seqq. infr. de confirmand. tutor.* Idque in furiosi curatore subiicit Vlpianus in *§. seq.* cuius eadem hac parte ratio est, quæ tutoris, vt ex Tuberone & Cel-

BIU Cujas

ne & Celso idem tractat in *l. quam Tuberonis* 7. §. 1. *infr.* Est ergo difficilior & pupillo periculosior peculij constitutio quàm ademptio. Nec peculium illum constitutum esse potest, quod etiam adimi non potest: nam cùm homini simile sit, vt eleganter Fronto dicebat, mortale vt sit necesse est tunc autem moritur, cùm adimitur, *l. peculium nascitur* 40. *l.* 4. *infr.*

4 ¶ In furiosi quoque curatorem dicimus dandam de peculio actionem. nam & huius seruus peculium habere potest: non si fuerit concessum, vt habeat: sed si non fuerit prohibitum, ne habeat.

Ad §. 4. In furiosi.

Rat. dvb. Non dat Prætor actionem de peculio nisi ex contractu eius personæ, quam in sua potestate habeat is, qui conuenitur *l.* 1. §. *verba autem, & toto tit. supr. quod cum eo qui in alien. potest. est.* Atqui curator furiosi non habet furiosi seruum in potestate, cùm nec dominus eius sit, nec bonæ fidei possessor nec fructuarius, vt alicui eorum, de quibus huc vsque diximus, æquiparari possit. Non igitur danda in eum est actio de peculio, præsertim cùm nec peculium constituere & concedere seruo furiosi possit, *l. quam Tuberonis* 7. §. 1. *infr.* non magis quàm tutor seruo pupilli, vt diximus ad §. *præcedentem*, vt proinde vix seruus furiosi peculium habere posse videatur, quippe quod habere non possit, nisi concedente aut saltem consentiente domino, *d.* §. 1. Quomodo autem consentire potest furiosus qui nec sentire intelligitur? *l. si tibi* 8. §. *vnius infr. de opt. legat.* Quomodo rursum dari actio de peculio, vbi nullum est peculium? *l. quæsitum* 30. *infr.*

Dec. Curator furiosi non tantùm bonis datur, vt curator minoris, sed ipsi etiam personæ furiosi, vt tutor personæ pupilli. Lex enim duodecim tabularum dedit ei potestatem in personam bonáque omnia furiosi, verbis illis, *si furiosus quis existet agnatorum gentiliúmque in eo pecuniáve eius potestas esto.* Pertinet ergo etiam curator furiosi ad Edictum Prætoris de peculio, tantóque magis quàm tutor quod ex contractu serui pupillaris dari potest actio de peculio contra pupillum, quem sufficit iudicium accipere cum authoritate tutoris: at furiosus neque iudicium accipere, neque aliud omnino agere quicquam potest, ne quidem auctore curatore: sed curatorem ipsum omnia eius nomine agere necesse est, *l. in negotiis* 5. *de regul. iur.* In quo sicuti minùs iuris habet furiosus quàm pupillus, quia certum non est ætatem allaturam furioso resipiscentiam, quomodo iudicium allatura est pupillo. Ita plus iuris necesse est hac parte habere curatorem furiosi, quàm tutorem pupilli. Nec rursum quicquam vetat seruum furiosi habere peculium, quia licèt neque ex ipsius furiosi, neque ex curatoris concessione habere possit: potest tamen ex concessione quæ furorem præcesserit. Non enim furor superueniens irrita facit ea, quæ ante furorem ritè rectéque facta inueniuntur, *leg. patre furioso* 8. *de his qui sui vel alien. iur. sunt*, licèt impediat facienda *l. heredibus* 77. §. *vlt. ad Senatusconsultum Trebellianum.* Cur verò curator furiosi, qui cætera ferè omnia facere furiosi nomine pro suo iure potest, peculium tamen concedere non possit? Ratio petenda est ex iis, quæ ad §. *prox.* scripsimus circa pupillum, pupillíque tutorem. Nam quæ nec tutor pupilli solus, nec pupillus ipse tutore authore facere potest, ea nec furiosi curatorem facere posse certum est. Nihil ergo impedit quominus in curatorem furiosi actio de peculio detur. Eo scilicet casu quo peculium aliquod seruo constitutum sit ante furorem, quod postea non sit ademptum: quod fit si à curatore prohibeatur seruus ne peculium habeat: nuda enim voluntas sufficit eius, cui prohibendi ius est, & durante etiam furore nihil vetat adimi peculium quod constitui tamen eo tempore non posset, nempe si furiosi vtilitas id suadeat, ob detectos fortè malos mores serui, qui antea homo frugi credebatur.

5 ¶ Si filiusfamilias, vel seruus pro aliquo fideiusserint, vel aliàs interuenerint, vel mandauerint, tractatum est, an sit de peculio actio: & est verius, in seruo causam fideiubendi, vel mandandi spectandam: quam sententiam & Celsus libro sexto probat in seruo fideiussore, si igitur quasi intercessor seruus interuenerit, non rem peculiarem agens: non obligabitur dominus de peculio.

Ad §. 5. Si filiusfamilias.

Rat. dvb. Tenetur dominus actione de peculio ex omni contractu serui, etiam qui ad alterius peculium pertineat, putà fructuarij. Hactenus saltem vt priore conuento eo ad cuius peculium tractatus respicit, dominus in superfluum teneatur, quemadmodum è contrario scriptum est de fructuario in *l. hinc quæritur* 19. §. 1. *versic. quæ quæstio infr. iunct. l.* 2. *supr.* Ergo etiamsi extra causam peculiarem seruus fideiusserit, aut aliter interuenerit, aut mandauerit, aut quo alio modo contraxerit, dicendum est generaliter, & indistinctè dominum actione de peculio teneri: ne alioqui decipiatur is, qui cum seruo alieno & peculiato contraxit, non contracturus vtique nisi eum peculium habere sciuisset. Intuitus enim est ipsius peculium quasi proprium eius patrimonium *d.* §. *quæ quæstio*, cùm peculium serui quasi hominis liberi patrimonium esse intelligatur *l. quoties* 47. §. *vlt. infr.* Atque ita in patre seruatur, vt ex quolibet contractu filijfamilias etiam ad causam peculiarem non pertinente de peculio teneatur, §. *sed si filius* 9. *infr.* cùm tamen in cæteris ferè in omnibus præsertim quan-

BIU Cujas

tum ad actionem de peculio, eadem ratio esse soleat filijfamilias & serui patris ac domini. Communiter enim de vtroque edictum Prætoris conceptum est, *l.1. §. potestatis supr.* Dec. Non potest fieri, vt ex contractu serui dominus aliter de peculio teneatur quàm si contractus ille teneat : & quidem ex persona domini, qui ex eo conueniendus est : nam ex persona serui qui ciuilis obligationis actiuæ & passiuæ prorsus incapax est, fieri certè nequit, vt teneat. Atqui dominus non alios serui sui contractus tenere patitur, vt ex iis conueniri possit, quàm qui ex peculiari causa facti sint, quia concedendo ei peculium permisisse videtur, vt de peculio contraheret, peculiúmque ipsum & consequenter dominum, cuius peculium est, obligaret. Alij autem contractus qui ad causam peculiarem non pertinent, sicut nihil cõmune habent cum peculio, ita nec cum domino: bene igitur Vlpianus ex Celso scribit, in seruo causam fideiubendi vel mandandi spectandam esse, vt si fideiusserit, vel mandauerit, aut aliter contraxerit, non agens rem peculiarem, dominus ex eo contractu nullo modo obligetur, id est, ne quidem de peculio, quia nec contractus tenet *l. seruus inscio 19. & seq. infr. de fideiussor.* Nisi in rem domini contraxerit, quod extra causam quoque peculiarem facere potest. Quo casu dominum de in rem verso conueniri posse certum est *d.l. quoties 47. §. 1. inf.* Filijfam. alia ratio est, sicut enim obligatur ex omnibus causis, quãuis peculium nullum habeat, *l. filiusfamilias 39. de obligat. & act.* ita etiamsi non ex peculiari causa contrahat, dummodò tamen peculium habeat, patrem obligat de peculio, *d. §. sed si filius 9. & seq. infr. l. nulla res 5. Cod. quod cum eo.* Iunge §. *prox. seq.*

6 ¶ Iulianus quoque libro duodecimo Digestorum scribit : si seruus mandauerit, vt creditori meo solueretur : referre ait, quam causam mandandi habuerit, si pro creditore suo solui mandarit, esse obligatum de peculio. quod si intercessoris officio functus sit, non obligari dominum de peculio.

Ad §. 6. Iulianus.

Rat. dvb. Fieri potest, vt seruus alienus tibi mandauerit, vt meo creditori solueres pro suo creditore, qui tamen creditor fuerit ex alia quàm peculiari causa. Ergo distinctioni quæ posita est in §. præcedente, consequens erat, vt Iulianus scriberet, ita demùm teneri dominum tibi actione de peculio, si serui creditor, pro quo tu ex mandatu eius soluisti fuerit peculiaris. Dec. Nihil interest hac parte an seruus fideiusserit, an mandauerit. Vtroque enim modo intercessio fit. Vtroque igitur casu eadem distinctio adhibenda est, ex qua causa fideiusserit, vel mandauerit, an ex peculiari, an ex alia, debétque hic §. ita intelligi ex superiore, vt supponantur termini habiles. Idem enim sensus est, eadémque ratio huius §. & præcedentis. Cúmque Vlpianus de seruo fideiubente ac mandante promiscuè tractasset, ac de fideiubente exemplum ex Celso attulisset, consequens fuit, vt de seruo quoque mandante subiiceret hîc ex Iuliano, mutata quidem facti specie, sed eadem tamen retenta distinctione. Itaque omnia quæ ad §. præcedentem scripsimus ad hunc quoque accommodari possunt.

7 ¶ Cui congruit, quod idem Iulianus scribit : si à filio meo fideiussorem accepero : quidquid à fideiussore accepero, id me, non de in rem verso, sed de peculio actione mandati, præstaturum. Idem accipias & in serui fideiussore. Idémque, si alius mihi pro filio meo debitore soluisset. Quod si filius meus [a] debitor non fuisset, exceptione doli fideiussorem vsurum : &, si soluisset, condicturum scribit. [b]

Ad §. 7. Cui congruit.

Rat. dvb. Cùm pater, qui centum sibi à filiofamilias deberi dicebat, fideiussorem ab eo accepit, & à fideiussore postmodum centum exegit, negari non potest, quin tota centum in rem suam verterit. Ergo si postea fideiussor pro indemnitate consequẽda mandati actione experiatur contra patrem, vt solida centum reddat, non est audiendus pater, si nolit præstare, nisi quantum est in peculio. Alioqui eueniet, vt ex fideiussoris iactura locupletetur. Non enim potest pater actionem de in rem verso recusare, si in rem eius versum esse appareat. Dec. Multùm refert, an pater à filijfamilias creditore pecuniã accipiat tanquam à creditore filij, an verò tanquam à suo debitore. Priore casu pecunia filiofam. credita, si in rem patris versa sit actione de in rem verso contra patrem repetitur. Posteriore verò licèt versa sit in rem patris, attamen per actionem de in rẽ verso repeti non potest, quæ non credita fuit, sed soluta. In proposita verò specie fideiussor filijfamilias apud patrem duplici respectu considerari potest. Et tanquam creditor filij pro quo fideiussit, & tanquã debitor patris apud quem fideiussit. Porrò cùm pecuniam ab eo exigit pater ex fideiussore exigit tanquã à debitore, nec facit eum creditorem. Cùm verò agit fideiussor post solutionem vt indemnitati suę cõsulat aduersus patrem, agit tanquam creditor filijfamilias ex causa mandati. Non igitur agere potest contra patrem ex ea causa de in rem verso, sed tãtùm actione de peculio, quia filius nihil in rem patris vertit, pater verò non ex contractu filij, sed ex suo acceptam pecuniam vertit in rem suam, nec pecuniam filio creditam, sed sibi solutam. Præcedit enim hoc casu obligatio patris obligationem fideiussoris, priúsque est, vt fideiussor hic constitutus sit debitor patris, eíque soluerit aut saltem condemnatus fuerit, quàm vt filijfamilias creditor effectus sit. Denique nemo soluendo id quod debet pleniorem aliquam actionem contra eum ipsum, cui soluit, parare sibi non magis potest, quàm nouam acquirere. Vna enim eadémque obligatio potest quidem interdum plures obligationes tollere, *l. in numerationibus 44. de solut.* at non similiter & obligationem tollere, & parere actionem, *l. si non sortem 26. §. si centum l. cum is 32. §. 1. supr.*

BIU Cujas

supr. de condict. indeb. Quod autem diximus de filijfam. fideiussore, idem & de eo accipi debet, qui pro filiofamil. patri soluisset, quod ei ex causa iusta filius debuisset: nam & is quoque contra filium quidem actionem mandati habet in solidum. At contra patrē nonnisi de peculio simplicē, nō illam etiam quæ de in rem verso. Nihil enim refert quantū ad actionem mandati, an quis pro alio soluat citra fideiussionem, an pro alio fideiubeat dummodò postea soluat. Nec aliud est, si quis pro seruo fideiusserit apud dominū vel ei soluerit, vt hîc Vlpian. subiungit, scilicet quātum ad actionem de peculio, siquid seruus domino ex causa peculiari debuit. Nam quod ad mandati actionem quæ contra filiumfamilias daretur in solidum, ea verò contra seruum dari certè non potest. Atque hæc quidem huius §. vera sententia & ratio est. Sed non possum intelligere, qua ratione possit Vlpianus præfari hanc Iuliani sententiam superiori congruere cùm huius §. species nihil commune habeat cum superiore. Ibi enim & in anteriore quoque tractatum est de seruo fideiubente aut mandante pro alio: hîc verò de serui fideiussore vel negotiorū gestore, qui pro seruo soluerit. Ibi denegatur actio de peculio contra dominum, si non in causam peculiarem vel aliter in rem domini seruus fideiusserit aut mandauerit. Hîc verò conceditur, in illa specie diuersa constituitur ratio filijfamilias & serui, vt ostendimus ex §. *sed si filius & seqq. infr.* In specie autem huius §. prorsus eadem. In illa denique nulla occurrit quæstio de in rem verso, sed tantùm de actione de peculio, quæ nec danda videbatur, sicuti nec datur, nisi cum ea distinctione: an ex peculiari causa fideiusserit, vel mandauerit, necne. In hac verò nō dubitatur, quin actio de peculio cōpetat, & quidē indistinctē: sed de illo tantū, an cōpetat etiā de in rē verso. Ex quibus omnibus cogor dicere connexionem huius §. cum præcedentibus per verba illa, *Cui congruit*, non tam Vlpiani esse, quàm compositorum qui responsa illa prudentum veterum pro arbitrio interpolarunt, correxerunt, miscuerunt.

a *Quòd si filius meus.* RAT. DVB. Non semper quidem exceptiones quæ competunt reo, competunt etiam fideiussori *l. exceptiones 7. infr. de excep.* Sed vt quæ non competunt, reo competunt fideiussori ex persona rei, inauditum est. Atqui exceptio doli nunquam competit filio contra patrem, iis nimirum casibus quibus filius à patre conueniri potest, quia turpis est propter adiectam doli mentionem & patris existimationem suggillat apud bonos & graues viros, licèt non sit famosa *l. licèt 7. infr. de obseq. parent. & patron. præst. l. 4. §. aduersus de doli mali excep.* Ergo nec fideiussori filijfamilias danda doli exceptio est: imò nec alia vlla cùm filijfamilias fideiussor fuit, quia nec vlla filiofam. potest competere, ne quidem in factū, cùm exceptio omnis præsupponat actionem: filius autem familiàs conueniri à patre nulla actione possit *l. 4. supr. de iudic. l. ne cum filiofam. 16. inf. de furt.*

DEC. Exceptiones quæ non personæ debitoris principalis, sed ipsi rei cohærent, sed etiam fideiussori competunt *d. l. exceptiones 7.* Eiusmodi autem est exceptio doli, vt ibidem scriptum est. Quæ licèt filiofamilias aduersus patrem dari non possit, duplici ratione illa quam attulimus. Et quia minùs honesta est, & quia filiusfa. cōueniri à patre nūquā potest, nō eo minùs tamen fideiussori eius danda est, & quidē ex persona filijfamilias, quia si filiusfamilias qui nihil debet conueniri posset, à patre exceptionem haberet, non quidem doli, sed in factum propter verecundiam paternam, vt loquitur *l. si superstite 5. in fin. Co. de dolo & d. §. aduersus.* Quæ exceptio in factum eadem est effectu, quæ exceptio doli cui subsidiaria est, nec ab ea differt, nisi honestate. Nascitur enim ex eadem æquitate ad vim & potestatem infringendam actionis, quæ dolo malo exercetur. Indeque apparet verum esse, quod disputauimus ad *l. qui se debere 7. supr. de condict. caus. dat. & ad l. qui exceptionem 40. supr. de condict. indeb.* Exceptionem doli non esse odiosam nisi nomine, at dandæ illius causam non minùs esse fauorabilem quàm exceptionis in factum, quæ effectu & origine eadem est cum exceptione doli. Sed & defendi potest in proposita specie dari exceptionem doli fideiussori filijfamil. non ex persona filij quem ponimus nihil debuisse patri, sed ex sua propria nec tanquam fideiussori, cùm fideiussoria obligatio, quæ necessaria tantùm est non possit subsistere sine principali aliqua saltem naturali *l. 6. §. vlt. l. fideiussor 16. §. fideiussor infr. de fideiuss.* sed tanquam nudo promissori obligato ex propria stipulatione interposita sine causa. Quo casu parata est debitori exceptio doli si ex eiusmodi stipulatione conueniatur, nō quasi nihil ipse debeat (alioqui nec conueniri posset) sed quia dolo malo facit, qui perseuerat ex ea stipulatione petere quam interposuerit sine causa *l. 2. §. circa inf. de doli mali excep.*

b *Etsi soluisset condicturum scribit*, Patri scilicet cui soluit, non filiofamilias pro quo soluit.

RAT. DVB. Qui fideiussorem dedit, hoc ipso videtur ei mandasse, vt solueret. Proinde si indebita sit pecunia, quam soluit fideiussor, condictio ei danda est contra debitorem, pro quo soluit fideiussorio nomine, postea debitori contra stipulatorem, licèt aliud probandum sit, si suo nomine fideiussor soluerit *l. indebitam 47. supr. de condict. indeb.*

DEC. His solis pecunia condicitur quibus quoquomodo soluta est, non quibus solutio proficit, *l. his solis 49. eod.* In proposito autem solutio facta est patri, nec potest filiofamilias proficere: quamuis ipsius nomine solutum sit, cùm nihil ipse debuerit. Patri ergo condicere fideiussor debet, non filiofam. tametsi quasi filijfa. fideiussor soluerit: quamuis etiā ipsi filiofam. condicere posset, si vellet, *d. l. indebitam.* Sed stultus certè esset, si actionem inanem pro efficaci eligeret contra filiumfamilias, qui bona nulla habeat, quique nec ex condemnatione vrgeri posset, nisi post mortem patris, nec tum quoque nisi in quantum facere posset, *l. si dubitet 10. §. filiusfamilias infr. de fideiuss.* Inanis enim est actio, quam debitoris eludit inopia *l. nam is 6. supr. de dolo. iunct. l. lex Cornelia 28. in fin. de vulg. & pupilli substit.* Nec rursus posset filiusfamilias regressum habere contra patrem nec proprio suo iure, nec si fideiussor actionibus suis cessisset (ad quod saltem eum teneri æquum esset *arg. l. in creditore 38. in fin. de euict. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. penult. de solut.*) cùm inter patrem & filium lis nulla esse possit *d. leg. 4. de iudic. d. leg. 16. de furt.* & ita necesse esset, in damno morari filium, qui tamen nihil patri debuisset, quod euidenter iniquissimum esset. Sed etsi is rei gerendæ ordo esse posset, vt fideiussor contra filiumfamilias indebiti condictione primùm ageret, deinde filius contra patrem: commodius tamen esset ac expeditius vitandi circuitus gratia condictionem dare fideiussori rectà contra patrem *argum. l. dominus 53. supr. de condict. indeb.*

BIU Cujas

8 ¶ Si seruus, cùm se pro libero gereret, compromiserit: quæritur, an de peculio actio ex pœna compromissi, quasi ex negotio gesto, danda sit: sicuti traiecticiæ pecuniæ datur. sed hoc & Neruæ filio, & mihi videtur verius, ex compromisso serui non dandam de peculio actionem. quia nec, si iudicio condemnetur seruus, datur in eum actio.

Ad §. 8. Si seruus.

RAT. DVB. Non fit compromissum nisi per stipulationem nec proinde negari potest, quin aliquod negotium gestum fit facto compromisso, & quidem negotium tale quod gerere potuit, seruus si ex causa peculiari compromissum factum sit, quomodo videtur supponendum iuxta distinctionem positam in §. *si filiusfamilias & seq. supr.* Atqui compromissum sine pœna nullum fit, cùm ex compromisso nulla nascatur exceptio, sed tantùm pœnæ petitio fit *l. 2. supr. de recept.* Consequens igitur est, vt de peculio actio ex compromisso serui tanquam ex negotio gesto ad pœnam dãda sit: quemadmodum & si traiectitiam pecuniam seruus mutuam accepisset. Præsertim cùm non modò à lite, sed etiam à litis metu discedi interfit etiam domini, quod fit per compromissum & sententiam arbitri æquè ac per sententiam iudicis *l. 3. §. 1. eod l si dictum 56. §. si compromisero infr de euict.*

DEC. Seruis permissum est stipulari ex persona dominorum & in eorum vtilitatem *Instit. de stipulat seruor.* sed non promittere, ne quidem per stipulationem, puta fideiubendo, nisi in rem domini vel ex causa aliqua peculiari *d §. si filiusfamilias & l. quoties 47. § 1. infr. hoc tit l. seruus insscio 19. & seq. infr. de fideiuss.* Ideóque tractat hic §. de seruo gerente se pro libero, quia vix alioqui tam stultus quisquam reperiretur, qui à seruo extra duas supradictas causas stipulari vellet multo minus cum eo compromittere, non magis quàm litigare. Eius namque est de lite compromittere, qui & litigare potest, cùm redacta sint compromissa ad instar iudiciorum *l. 1. supr. de recept.* Cum seruo autem nulla actio esse nec proinde sententia vlla ferri potest *l. cum seruo 107. de regul. iur.* Porrò cùm seruus gerit se pro libero non eo magis verum dominum obligat de peculio. Imo tanto minùs, quod non potest hoc casu dicere is, qui cum ipso contraxit intuitum se peculium serui tanquam hominis liberi patrimonium. Quæ tamen ratio tota fuit inducendæ actionis de peculio, vt diximus in præcedentibus. Sola excipitur causa traiectitiæ pecuniæ, quæ dominum obligat de peculio ex contractu serui gerentis se pro libero, vt hîc Vlpianus scribit: nempe vt arbitror propter vtilitatem maritimæ negotiationis, & nauigandi necessitatem quæ persæpè non patitur, vt de condicione personæ quis inquirat diligentiùs, vt posteà tutiùs contrahat: nec largitur plenius deliberandi consilium *argum l. in princip. supr de exercit. act.* nam & alia multa singularia recepta sunt circa traiectitiam pecuniam fauore commerciorum, támque periculosæ negotiationis, vt in *l. quibusdam 7. & pass. inf de nautic. fœnor. iunct. l. 3 Codice de vsur.* At non benè comparabitur seruo gerenti se pro libero qui traiectitiam pecuniam mutuam accepit, ille qui ex compromisso pœnam debuit, cùm se pro libero quoque gereret, vt deiecta eius condicione danda sit de pœna compromissi in dominum similiter actio de peculio. Nullus enim fauor publicus est in compromisso, quod seruus tanquam liber homo fecerit, comparandus hic potiùs est seruo, qui tanquam liber homo iudicium acceperit & condemnatus sit. Ex qua causa constat, dominum conueniri non posse, neque dem de peculio, quia iudicatum nullum est, quod redditum fuit contra seruum, negotium autem à seruo gestum ex quo dominus conueniri possit actione de peculio, tale esse necesse est, vt teneat, & valeat ipso iure, nulla si quidem est actio nuda de peculio, sed actionem aliquam subesse oportet, cui qualitatem illam possis adiicere de peculio quæ non nisi principalis alicuius actionis adiectio quædam & accessio est: dicimus enim teneri patrem vel dominum ex tali vel tali contractu aut quasi contractu, puta ex emptione aut ex stipulatu de peculio, id est ad finem vsque peculij: non autem teneri propria aliqua, & per se subsistente actione de peculio. Tale igitur negotium esse necesse est, ex quo aliqua nasci possit actio non tantum in filiumfamilias, sed etiam in patrem si filiusfamilias contraxerit, aut si seruus sit, tale negotium ex quo cum non possit nasci actio in seruum, possit tamen in dominum, quod non contingit facto per seruum compromisso non solùm si pro libero se gerebat, quod seruilem condicionem immutare non potest, sed nec si de re aliqua peculiari compromississe dicatur: quia nec de re peculiari litigare, ac iudicio adesse potuit *l. seruus 6. C. de iudic.* adeò vt nec si fideiussorem ex hac causa dederit, fideiussor tamen teneatur, vt benè Cuiacius noster tractat *libr. 8. Obseru. cap 11.* nec proinde iudicanti actio de peculio contra dominum dari posset, vbi iudicatum nullum esset. Quod in filiofamilias diuersum est, qui rectè cõuenitur & condemnatur extra causam peculiarẽ, vt dicemus ad §. *prox. & ad §. idem scribit infr.* Et hoc est quod ex Neruæ filij sententia Vlpianus hîc scribit, ex compromisso serui non esse dandam de peculio actionem in dominum, *quia nec si iudicio condemnaretur seruus daretur in eum actio*, id est, *in dominum*: sic enim legendum est, non vt vulgo nullo penitus sensu *in rem*, nisi probabiliùs putes & conuenientiùs, vt pro his duabus actionibus reponamus *tamen*: alterutrum enim sanè non modò probabile, sed etiam necessarium est. Fuítque hæc eadem sententia Octaueni quoque Iureconsulti à Paulo relata & probata in *l. non distinguemus 31. §. si seruus 8. supr. de recept.* vbi scripsimus, non esse scilicet dandam pœnæ compromissoriæ executionem in dominum.

9 ¶ Sed si filius fideiussor, vel quasi interuentor acceptus sit: an de peculio patrem obligat, quæritur. & est vera Sabini, & Cassij sententia existimantium, semper obligari patrem de peculio: & distare in hoc à seruo.

Ad §. 9.

BIU Cujas

Ad §. 9. Sed si filius.

Iungendus est hic §. cum §. *si filiusfamilias 5. supr.* Est enim portio quædã & antitheſis illius §. In quo cùm eſſet propoſita quæſtio promiſcuè de filiofamilias vel ſeruo, qui pro alio fideiuſſerit, vel mandauerit, vel aliter interuenerit. An ex eiuſmodi fideiuſſiore vel interceſſione danda ſit in patrem aut dominum actio de peculio, nihil tamen reſpondit Vlpianus, niſi de ſeruo, & quidem adhibita ea diſtinctione ex qua cauſa ſeruus interceſſerit, vt ſi ex cauſa peculiari, teneatur dominus de peculio: ſin ex alia non teneatur. Eumq; tractatum in perſona ſerui mandantis proſecutus eſt ex Iuliano in §. *Iulianus.* Item in ſeruo compromittente aut condemnato in §. *prox. ſi ſeruus* nulla interpoſita filijfamilias mentione, niſi quod per inſcitiam Triboniani & compoſitorum ineptè additum fuiſſe monuimus in §. *cui congruit.* Reſtabat igitur, vt moneret Vlpianus quid in filiofamilias iuris eſſe arbitraretur: hoc verò præſtat in hoc §. & aduerſatiuè ſcribit. Sed ſi filius fideiuſſor vel quaſi interuentor acceptus ſit veram eſſe Sabini & Caſſij ſententiam exiſtimantium, ſemper obligari patrem de peculio, id eſt, non adhibita diſtinctione illa quam in ſeruo adhibendam eſſe dixerat: vtrum ex cauſa peculiari, an ex alia interuenerit, in eoq; diſtare filiumfamilias à ſeruo. RAT. DVB. Non debet eſſe deterior cõditio patris quàm domini in actione de peculio, quia nec alia voluntas eſt patris concedentis peculium filiofamiliàs, quã domini concedentis ſeruo. Nam & eius qui cum filiofamilias contrahit, melior iam condicio eſt in eo, quod habet filiumfamilias obligatum in ſolidum *l. ſi quis 44. infr.* non etiam ſeruum ille qui contrahit cum ſeruo: ideoq; facilius fuit obligandus dominus quàm pater, non durius pater, quàm dominus, vt creditori proſpiceretur. Nec proinde ex filijfamilias interuentione extra cauſam peculiarem facta actionem de peculio contra patrem dari æquum eſt quæ ex interuentione ſerui nõ daretur contra dominũ. Et ita Caius noſter ſenſiſſe videtur in *l. contra 30. §. ſi filius ſupr. de pact.* vbi ait, ſi filius vel ſeruus pacti ſint in rem de non petenda pecunia, eorum pactionem ita demùm ratã eſſe habendã contra patrem dominúmve, ſi liberam peculij adminiſtrationem habeant, & de ea re pacti ſint, quæ ſit peculiaris: quo admiſſo nulla certè videtur eſſe hac parte inter filiumfamilias & ſeruum differentia.

DEC. Filiusfamilias ex omni contractu obligatur etiam inuito patre, adeóque ciuiliter, vt conueniri & condemnari poſſit *l. filiusfamilias 39. de oblig. & act. l. ſi dubitet 10. §. filiusfamilias infr. de fideiuſſ.* & conſequenter obligat peculium tanquam proprium ſuum patrimonium, & per medium peculium, patrem quoque cuius peculium eſt *l. 3. §. ſed vtrum l. patri 27. in princip. ſupr. de minor.* ad finem ſcilicet peculij, quod ipſum nihil aliud eſt, quàm actione de peculio, at ſeruus neque peculium ſuum obligare poteſt, neque dominum de peculio, niſi ex voluntate domini ſi non expreſſa ſaltem tacita qualis illa eſt, quæ ex peculij conceſſione colligitur. Illa porrò non ad alia ſerui negotia porrigitur, quàm quæ ad peculij cauſam ſpectent. Non igitur eadem diſtinctio adhiberi poteſt in filiofamilias, quæ meritò adhibetur in ſeruo. Denique cùm filiusfamilias contrahit, obligat peculium ciuiliter & ex ſua perſona, non patris: ſeruus autem ſicuti non poteſt ſeipſum obligare ciuiliter, ita neque peculium ſuum, quod verè ſolius domini eſt, niſi ex domini perſona & conſequenter ex eiuſdem domini voluntate. Actio enim de peculio, quæ honoraria eſt, non aliter dari poteſt, quàm ſi aliqua ſubſit, ſi non ciuilis, ſaltem honoraria obligatio, quæ ipſam pariat. Sola enim naturalis qua ſeruus ſe obſtringit, cùm contrahit ſufficere in hanc rem non poteſt. Nec repugnat Caius in *d. l. contra §. ſi filius*, quia ibi non de actione de peculio loquitur, ſed de pacto, de non petendo per filiumfamilias aut ſeruum inito: quod ſicuti non valet, ſi in ipſius filijfamilias aut ſerui perſonam concipiatur, quia neutri eorum poteſt competere petitio, quæ per pacti exceptionem elidi poſſit. Ita ſi in rem conceptum ſit, vt patris quoq; vel domini perſonã poſſit comprehendere valet, id eſt, patri dominoq; nocet, ſed ita demum, ſi & liberam peculij adminiſtrationem habeat filiusfamilias aut ſeruus, qui ſic pactus eſt, & ea res de qua pactus fuit, peculiaris ſit, quia in re non peculiari, quæ tamen ad patrem vel dominũ ſpectet, non eſt permittendum filio vel ſeruo, vt patrem aut dominum obliget non petere, nec magis filio quàm patri, cùm nec filius ipſe ex hac cauſa ſit obligatus in cuius non minus quàm in ſerui perſona inutile eſt pactum, vt diximus: at cùm dicimus, ex quolibet contractu filij etiam extra rem peculiarem obligari patrem de peculio de eo demum filio intelligimus, qui ad ſeipſum ſuumq; peculium obligandum vtiliter contraxerit. Cæterum ſicut ex inutili contractu ſerui, qui nullam neque ciuilem neque honorariam obligationem in ſeruũ ipſum aut in ipſius peculium poſſit producere, nulla quoque de peculio actio contra dominum naſci poteſt: ita neque contra patrem ex conuentione filij, quæ in ipſius filij perſona ſit inutilis. Quamquã nec patitur Caius indiſtinctè, nocere patri pactum filij de non petendo, tametſi filius & liberam peculij adminiſtrationem habuerit, & de peculiari re pactus ſit, ſed illud exigit præterea, vt non animo donandi tale pactum interpoſitum ſit, quia licet peculij adminiſtratio conceſſa libera det filio, itẽq; ſeruo etiam alienandi poteſtatem *l. ſi conuenerit 18. §. vlt. & l. ſeq. ſupr. de pignor. act.* non tamen donandi, quia donare eſt perdere *l. filiusfamilias 7. infr. de donat.*

10 ¶ Quare & ex compromiſſo pater tenebitur. & ita Papinianus quoque libro nono Quæſtionum ſcribit. nec intereſſe ait, ex qua cauſa compromiſerit: vtrùm ex ea cauſa, ex qua potuit cum patre de peculio agere: an verò ex ea, qua non potuit: cùm ex ſtipulatu pater conueniatur.

Ad §. 10. Quare & ex compromiſſo.

Eſt hæc illatio ex præcedentibus eaſdem proin-

de admittens dubitandi & decidendi rationes. Videbatur enim non aliter dandam eſſe de peculio

BIU Cujas

actionē contra patrē ex compromisso filijfamilias quam si de causa aliqua peculiari compromissum factum esset: satisq; magna videbatur hac parte retineri differentia illa de qua in §. *prox. supr.* inter filiumfamilias & seruum, cùm ex compromisso serui etiam si de peculiari causa factum sit, dominus de peculio non teneatur §. *si seruus supr.* Sed decidendi ratio est, quam Vlp. exprimit iis verbis *cùm ex stipulatu pater teneatur.* Sensus est, non fieri compromissum nisi per stipulationem: ex stipulatione autē filiumfamilias obligari, vt ex alio contractu quolibet, nec minus cùm promittit ex causa aliqua nō peculiari, quàm si ex peculiari *d. l. filiusfamilias* 39. *de oblig. & action.* proinde non de esse actionem, ex qua pater conueniri possit, eandem nimirum illam ex qua filius ipse conueniri potest, id est ex stipulatu: sed cum hac differentia, vt filius quidem conueniatur in solidum, pater verò ad finem peculij, hoc est cum adiectione illa de peculio. Quod in seruo secus est, qui sicut ex promissione sua conueniri ipse nullo casu potest, ita neque dominum obligare nisi eo casu quo ex ipsius voluntate, aut expressa, aut tacita promiserit, quod vix aliter potest contingere, quàm si ex causa peculiari, & quidem aliter quàm per compromissum, quia ex compromisso non magis coram arbitro stare seruus potest, quàm in iudicio coram Prætore *l. seruus* 6. C. *de iudic. iunct. l.* 1. *supr. de recept.* præter id quod compromissum alieno nomine fieri non potest citra mandatū speciale, vt neque transactio *l. mandato generali* 60. *supr. de procurat.* quia de negotio quodammodo transigit, qui compromittit *l. si dictum* 56. §. *si compromisero infr. de euict.* Filius autem familias proprio nomine & de alia quoque re quàm peculiari & compromittere potest, & litigare, & condemnari, ex eaque causa sicuti se obligat suumq; peculium, ita & patrem de peculio ea ipsa actione, quæ contra filium ipsum competit, siue ex stipulatu sit, siue ex iudicato, vt subiicitur in §. *seq.*

11 ¶ Idem scribit, iudicati quoque patrem de peculio actione teneri. quod & Marcellus putat etiam eius actionis nomine, ex qua non potuit pater de peculio actionem pati. nam sicut in stipulatione contrahitur cum filio, ita iudicio contrahi. proinde non originem iudicij spectandam, sed ipsam iudicati velut obligationem. quare, & si quasi defensor[a] condemnatus sit, idem putat.

Ad §. 11. *Idem scribit.*

RAT. DVB. Non alia actio in patrem de peculio datur, quàm quæ ex contractu venit *l.* 1. §. *si filiusfamilias supr. de his qui deiec. vel effud.* Atqui actio iudicati siue hoc speciali nomine vocari eam velis, quod olim Vltramontani senserunt siue in factum, vt alij putant ex *l. actori* 8. C. *de reb. credit.* non ex contractu nascitur, sed ex sententia, quæ toto genere differt à contractu. Sententia enim, adeóque iudicium redditur in inuitum: contractus autem nascitur ex conuentione *l. inter stipulantem* 83. §. 1. *de verb. oblig. l.* 1. *l.* 5. *& 7. in princip. sup. de pact.* ergo actione iudicati ex persona filiifamilias teneri pater de peculio non potest, nec si ex causa peculiari sententiam & condemnationem filiusfamilias passus sit, cùm per iudicatum fiat nouatio *l. vlt. C. de vsur. rei iudic.* adeóque per litis contestationem *l. delegare* 11. *l. aliam* 29. *infr. de nouat.* multo minùs igitur ex ea causa, ex qua pater non poterat anteà de peculio conueniri, puta ex causa delicti *d.* §. *si filiusfamilias*, & ex qualibet alia pœnali causa *l. ex pœnalibus* 58. *de regul. iur.* sicuti enim nemo litigando, & litem contestando, facit condicionem suam deteriorem *l. non solet* 86. *& seq. eod. d. l. aliam.* ita neque alterius quàm eius cum quo litigat, ne alioquin alteri per alterum iniqua condicio inferatur contra *reg. l. non debet* 74. *de regul. iur.* DEC. Quemadmodum stipulatione contrahitur, ita & iudicio, propter stipulationes iudicio sisti, quæ olim propter iudicium, vt ratum fieret, interponebantur *l.* 1. *infr. de stipulat. prætor.* dato etiam fideiussore *l.* 1. 2. *& pass. supr. qui satisd. cogant.* ergo quæratio facit, vt ex alio quolibet filiifamilias contractu pater de peculio teneatur eadem facere debet, vt iudicati quoque de peculio teneatur. Etiam eius actionis nomine ex qua non potuisset, alioquin pater de peculio conueniri, cùm prior illa causa nouetur per contestationem *d. l. delegare* 11. §. 1. *de nouat.* multo magis per sententiam *d. l. vlt. C. de vsur. rei iudic.* nec origo iudicij spectāda est, id est, ex qua causa iudicium dictatum & acceptum sit, sed propria ipsa & immediata iudicati obligatio, ex quo dicimus dandam esse iudicati actionē de peculio contra patrem, vt & in *l. tutor* 69. *infr. de fideiuss.*

a *Quare & si quasi defensor.* RAT. DVB. Defensor ille est, qui pro alio reo iudicium accipit, & eandem quam reus vicem subit *l. minor.* 51. §. 1. *supr. de procurat.* Et quemadmodum alium defendere nemo cogitur, ita nec defensoris pater: est enim voluntarium & spōtaneum defensoris officium, nec proinde fraudi esse debet alij, quàm ipsi defensori, qui imputare sibi debet, cur ad alienam defensionem vltro accesserit, quod non similiter patri possis imputare.

DEC. Defensor sicuti pro alio litem vltro suscipit, ita & alienam subit condemnationem, tanquam, qui & ipse iudicio contraxerit, ita vt in eum quoque perinde ac in reum principalem iudicati executio danda sit, si fuerit condemnatus *l.* 4. *in princip. infr. de re iudic.* Nihil ergo refert, an filiusfamilias quasi debitor ipse condemnatus sit, an quasi alterius defensor, quod pertinet ad obligandum patrem de peculio, cùm vtroque casu proprio nomine, & quasi ex proprio contractu teneatur, eadémque proinde actione iudicati.

12 ¶ Ex furtiua causa filio quidem familias condici posse constat: an verò in patrem, vel in dominum de peculio danda est, quæritur. & est verius, in quantum locupletior dominus factus esset, ex furto facto actionem de peculio dandam, idem Labeo probat: quia iniquissimum est, ex furto serui dominū locupletari

BIU Cujas

cupletari impune. Nam & circa rerum amotarum actionem a filiæfamilias nomine, in id, quod ad patrem peruenit, competit actio de peculio.

Ad §. 12. Ex furtiua.

RAT. DVB. Ex delictis filiifamilias non datur in patrem actio de peculio, neque noxalis. De peculio namque actio, non nisi ex contractu venire potest, vt proximè diximus ex *l. 1. §. si filiusfamilias sup. de his qui deiec. vel effud.* Noxales autem, non nisi contra dominos ex delictis seruorum conuentos, inductæ sunt, quia nec nisi serui noxæ dedi possunt *tit. de noxal. action.* Atqui condictio furtiua est ex delicto, id est, ex furto quod & nomen ipsum ostendit *l. si ambo 10. §. quoties infr. de compensat. l. si mulier 21. §. hæc actio infr. rer. amot. l. sed si damnum 9. §. siue autem infr. hoc tit. l. si duo 13. §. idem Iulianus.* vbi scripsimus *supr. de iureiur.* Ideoque nec datur vnquam, nisi contra furem, vel furis heredem, quorum neutrum de furis patre dici potest *l. ex furtiua 5. & seq. supr. de condict. furt.* Ergo condictio ex causa furtiua contra solum filiumfamilias danda est, non etiam contra patrem, ne quidem de peculio.

DEC. Quemadmodum actiones ex delicto etiam merè pœnales ex vtraque parte tam actoris quàm rei, tametsi alioquin non dentur contra heredes, tanquam extincto per delinquentis mortem crimine, dantur tamen de eo quod ad heredem peruenit, vt turpe lucrum ei extorqueatur, neque is ex alieno scelere ditetur *l. 5. in princip. iunct. l. 7. in princip. & §. 1. supr. de calumniat. l. sicuti 38. de regul. iur. l. vnic. C. ex delict. defunct. l. 3. in princip. infr. vnde vi.* Ita & condictio furtiua aliáve actio quælibet ex delicto, quamuis absolutè danda non sit ex delicto filij, contra patrem ne quidem de peculio, danda tamen est, quatenus ex filij furto peculium locupletius factum est, quoniam cùm peculium filiifamilias magis sit patris quàm filij *l. 3. §. sed vtrum versic. nec eo mouemur l. patri 27. in princip. supr. de minor.* ita eueniret, vt ex scelere filiifamilias pater locupletaretur, contra naturalem æquitatem. Nec alia ratio domini est, si ex serui sui facto furtoque conueniatur, vt hîc Vlpianus ex Labeone subiicit. Adeò vt nec audiendus sit, si pro toto furto seruum noxæ dedere velit, id autem quo locupletius peculium factum est, retinere: debet enim priùs reddere per condictionem in peculium propositam, quatenus peculium ex eo furto locupletius factum est, & ad eum peruenit. In residuum verò noxæ seruum dedere *l. si seruus 4.* vbi scripsimus *supr. de condict. furt.* Abutuntur autem grauissimè hoc Vlpiani responso, qui cum Iacobo Cuiacio negant dari condictionem furtiuam in solidum contra heredem, ex eo quod nec detur in solidum contra patrem, quasi pater sit quodammodo heres filij in vniuersitate peculij, eodemque quo heres iure censendus. Nam cùm furtiua condictione non alius teneatur, quàm fur ipse vel heres furis *l. ex furtiua 5. eod. tit.* quis non videt prorsus diuersam esse rationem heredis & patris? Aut quis vnquam præter istos furis patrem vel furem dixit, vel furis heredem? Et quidem viuo filio constat non esse, cùm viuentis hominis neque hereditas neque heres esse possit *l. 1. infr. pro hered. l. 1. de hered. vendit.* Eo autem mortuo licèt pater occupet peculium, non ideò tamen fit heres filij, quia patrio iure occupat nō hereditario, etiamsi peculium sit castrense filiifamilias militis dum ne testati *l. 1. & 2. infr. de castr. pecul.* nec quasi nunc primùm successionis iure quæsitum, sed quasi nunquam ademptum *l. 1. §. si is qui bona 22. de collat. bonor. l. proponebatur 9. de castrens. pecul.* Quanto minùs potest videri pater heres, aut quasi heres filij in peculio non castrensi, quod iam diximus, magis esse patris quàm filij *d. §. sed vtrum & d. l. patri.* nisi fortè eo tandem absurdi deueniendum erit, vt patrem faciamus suum heredem filiofamilias, sicuti filiusfamilias suus heres est patri *l. in suis 11. de liber. & posthum.* Inde verò est, quod iidem illi prudentes nostri, qui condictionem furtiuam aduersus heredē in solidum dandam esse responderunt in *l. in condictione 9. de condict. furt.* iidem illi negarunt dandam esse contra patrem vel dominum absolutè, sed dandam esse contra filiumfamilias solum *d. l. ex furtiua.* ita vt ne quidem de peculio pater dominúsve teneatur, sed tantùm de eo quod peruenit *dict. l. si seruus 4. eod. & in hoc §.* Idque non ratione illa ridicula quam isti parum subtiliter comminiscuntur, quòd pater tanquam vna persona cum filio, furtum quod filius fecit, vna, quodammodo fecisse intelligatur (sic enim patrem quoque furem faciunt, quòd si ita esset, quidni & condictione furtiua in solidum non peculio tenus, & ipsa quoque actione furti obstringeretur) sed quia, vt scriptum est in hoc §. iniquissimum esset ex furto filiifamilias, vel serui locupletari dominum vel patrem impunè: alioqui ius aliud constituendum erit in domino quàm in patre, cùm nemo vnquam dixerit eandem censeri personam domini, & serui qui nec personam vllam habet ac ne quidem caput in ciuitate *l. 3. §. vlt. & l. 4. de capit. minut.* Sicut autem falsissimum est, quod isti volunt patrem esse quasi heredem & successorem filiifamilias in peculio profectitio. Ita & quod addunt condictionem furtiuam dari contra quemlibet successorem ex *l. si pro fure 7. in fin. de condict. furt.* Debet enim is locus intelligi de cæteris successoribus heredi similibus, id est, qui heredum loco sunt, vt bonorum possessores, is cui restituta est ex Trebelliano hereditas: item is cui libertatum seruandarum causa bona addicta sunt, & alij si qui sunt similes, at non etiam singulares successores, quos constat nec si rem ipsam furtiuam possideant, condictione tamen furtiua teneri posse cùm non sint iuris successores, sed tantùm directa rei vindicatione: In quo etiam isti falluntur egregiè, vt & in cæteris ferè omnibus, quæ contra nos, aut potiùs contra Vlpianum in *d. l. 9. de condict. furt.* circa tractatum hunc de condictione furtiua scribere ausi sunt. Sed in eo maximè quod contrario errore volunt, ne quidem furem ipsum condictione furtiua teneri, scilicet inquiunt, si nihil ad ipsum peruenerit, vt puta si opem consiliúmve tantùm dederit ex *l. proinde 6. eod. tit.* Nam is cuius ope consilióve furtum factum est, licèt furti teneatur iure ita constituto per legem 12. tabul. fur tamen non est ab initio licèt facilè ex postfacto fur fieri possit, si quid fortè ex furto contrectauerit *l. qui seruo 36. l. in furti 50. §. consilium infr. de furt.* quo casu nec dubitandum est, quin ei tanquam furi condici possit, quomodo accipi debet, quod scriptum est in *l. sæpe 53. §. 1. de verb. signific. iunct. l. vulgaris 21. §. vlt. de furt.* Et quidem non tanquam ei ad quem aliquid ex furto peruenerit (alioqui nec teneretur, nisi quatenus ad eum peruenisset, quod falsum est) sed tanquam furi ac pro-

BIU Cujas

inde in solidum, quemadmodum heres quoque ipsius teneretur, licèt nihil ad eum peruenisset, sed istos tanquam Remoras, missos faciamus.

a *Nam & circa rerum amotarum actionem.* RAT. DVB. & DECID. eadem est, quæ ad huius §. sententiam præcedentem de condictione furtiua: solent enim hæ actiones eodem ferè passu ambulare, quoniam habent multa, similia. Illud præsertim quòd ambæ sunt ex delicto *d.l. si mulier* 21. §. *hæc actio infr. rer. amot.* nec tamen aut famosæ, aut pœnales, sed merè rei persecutoriæ, sed cùm ambæ sint iure quodam singulari comparatæ habent etiam pleraque diuersa & singularia. Condictio enim furtiua ciuilis actio est, rerum amotarum prætoria *l.* 2. C. *rer. amot.* Illa condictio per quam intendimus furem, aut furis heredem dare oportere §. *sic itaque Instit. de action.* Hæc non item, cùm nulla condictio sit prætoria, sed ciuiles omnes, & per eam intendimus restituere aduersarium, non dare oportere *l. si cùm dos* 8. §. 1. *rer. amot.* Condictio furtiua stricta est, vt cæteræ omnes condictiones, rerum amotarum arbitraria *dict.* §. 1. Denique condictio furtiua datur in solidum contra heredem *dict. l.* 9. *de condict. furt.* Rerum verò amotarum non nisi de eo, quod ad heredem peruenit *l. vltim. Cod. rer. amot.* Quod tamen ad patrem attinet, conueniunt in eo, quod neque viuis neque mortuis liberis, qui alterutra actione tenebantur, possit pater conueniri in solidum, at ne quidem de peculio solido, sed eatenus duntaxat, quatenus peculium locupletius factum est *l.* 3. §. *vlt. & l.* 5. *infr. rer. amot.* Et ita debet accipi, quod scriptum est in *l. pen. supr. de condict. furt.* vt constat ex hoc §. eadem nimirum æquitatis ratione, ne ex delicto filiæ quæ res amouit pater impunè locupletetur, non quasi persona filiæ, quæ res amouit & persona patris vna eademque esse existimetur, vt illi volunt, contra quos proximè disputauimus. Cætera petenda sunt ex postrema parte Chiliadis nostræ de *error. pragmat.* vbi de his omnibus fusissimè.

13 ¶ Si filiusfamilias duumuir pupillo rem saluam fore caueri non curauit: Papinianus libro nono Quæstionum, de peculio actionem committere: ait. nec quicquam mutare arbitror, an voluntate patris decurio factus sit, quoniam rempublicam saluam fore pater obstrictus est.

Ad §. vlt. Si filiusfamilias.

RAT. DVB. Pupilli causa fauorabilior videtur, quàm cæterorum ad obligandum patrem non solùm de peculio, sed etiam supra peculij quantitatem in solidum, si filius duumuir, & magistratus municipalis nō curauerit caueri pupillo idoneè, cùm miser pupillus nō contrahat cum tutore, sed incidat in tutorem, vt Papinianus ratiocinatur in *l. vlt. rem pupill. salu. for.* itemque in magistratum, ad cuius diligentiam & curam pertinet, vt idoneos fideiussores pupillo quærat, per quos abundè cautum esse possit rem pupilli saluam fore, quod ni fecerit, teneri eum, æquum est subsidiaria in factum actione de qua in *tit. de magistr. conuen.* Quidni ergo & patrem similiter, id est, in solidum, præsertim, si vt fieri solet, filius ex patris voluntate decurio factus sit: nam cùm hoc ipso promittere intelligatur rempublicam saluam fore, videtur etiam obstrictus, vt rem pupilli saluam faciat, cùm fauor pupilli & vtilitas etiam ad reipublicæ fauorem & vtilitatem pertineat, vt infirmæ huic ætati, quæ sibi nequit prospicere, si non satis benè per Magistratus, saltem per leges meliùs consulatur.

DEC. Aliud est promittere rempublicam saluam fore, aliud verò rem pupilli *l.* 1. *in princip. infr. de magistr. conuen.* Pater qui voluntatem accommodat, vt filius duumuir & decurio fiat, non ad aliud se obligat, quàm vt rem publicam saluam fore promittat, de re pupillo non cogitat, nec de aliis quæ in dies possunt emergere ad magistratus curam pertinentia, quoniam licèt ad reipublicæ vtilitatem quoque aliquo modo pertineant, id tamen non fit, nisi per consequentias quasdam quas non solet legislator attendere: nec eò vsque extendi debet voluntas illa patris, vt eum obliget in solidum erga omnes, quibus fieri possit, vt filius ipse per suam siue negligentiam siue imperitiam obstringatur *arg. l.* 1. §. *licet autem* 20. *supr. de exercit. action.* Alioqui facilè abibit patris obligatio in infinitum, nec dubitandum est, quin ita posito iure futurum esset, vt eo metu deterriti plerique parentum minùs facilè honoribus & muneribus filiorum consentirent, remque publicam saluam fore promitterent. Atque ita Vlpianus ex Papiniano hîc scribit. Itemque ex Iuliano iisdem propemodum verbis in *d. l.* 1. §. *vlt. de magistr. conuen.* De illo dubitari probabiliùs poterat, an neque de peculio pater hic teneatur, cùm filiusfamilias non curando, vt caueatur pupillo idoneè non tam ex contractu aut quasi contractu, quàm ex delicto aut saltem quasi delicto obligari videatur, ad indemnitatem pupillo præstandam veluti pœnæ nomine, & ad puniendam eius culpam, vel etiam dolum *arg. d. l.* 1. §. *vlt. de magistr. conuen.* Imperitia enim culpæ adnumeratur, vt habet iuris *regula* 132. *de reg. iur.* & magna negligentia culpa est, magna culpa dolus est *l. magna* 226. *de verb. signific.* Sed tamen rectè placuit dandam esse in patrem hoc casu actionem de peculio, quia non tam ex delicto nascitur hæc actio, quàm ex quasi contractu sicut & actio tutelæ *l. si quis* 5. §. *tutelæ infr. de oblig. & action.* cùm eadem actio detur in magistratus, quæ competit in tutores, ac proinde rei merè persecutoria non pœnalis. Vnde est, quod vsurarū quoque accessionem admittit, quam pœnales actiones non admittunt *l. vltim. de magistr. conuen. l.* 1. *Cod. de fiscal. vsur. lib.* 10. *titul.* 8. nisi quod hæc quæ datur in magistratus subsidiaria est *dict. l.* 1. *in princip. & pass. de magistr. conuen.* Datur enim illo colore quasi magistratus in se receperint periculum, quod ad tutores eorúmve fideiussores pertinuisset, si pupillo idoneè cautum fuisset, quasi & ipsi taciti quidam sint tutelæ fideiussores. Quid verò refert, an fideiusserint, an verò periculum in se receperint *dict. l.* 1. *vers. parui enim refert.* Patrem igitur ex hac causa de peculio teneri, perinde æquum est, ac si filiusfamilias rem pupilli saluam fore fideiussisset, nec proinde ad hunc casum accommodari potest, quod scriptum est in *l. ex pœnalibus* 58. *de regul. iur.*

Peculij est,

BIU Cujas

4. POMPONIVS libro 7. ad Sabinum.

PEculij est, non id, cuius seruus seorsum à domino rationem habuerit: sed quod dominus ipse separauerit, summa serui rationem discernens. nam cùm serui peculium totum adimere, vel augere, vel minuere dominus possit: animaduertendum est, non quid seruus, sed quid dominus constituendi seruilis peculij gratia, fecerit.

Ad l. Peculij 4.

RAT. DVB. Peculium est, vt Tubero dicebat, quod seruus permissu domini separatum habet à rationibus dominicis, deducto eo si quid domino debetur *l. prox. §. vlt. infr.* Separatio igitur ab ipso seruo fieri potest, nec necesse est, vt à domino fiat. Sed sufficit, vt eam dominus permittat, quod facere videri potest etiamsi expressim non concedat peculium, sed voluntatem suam tacitè insinuet, id est, si sciat nec contradicat. Hoc enim est permittere *l. 2. §. vlt. l. datem 37. infr. solut. matr.* DEC. Peculium habere seruus non potest, nisi concedente domino *l. quam Tuberonis 7. §. 1. infr.* nisi iam semel concessum sit: tum enim sufficit, vt non adimatur, quomodo Vlpianus ibi explicat. Non potest autem non adimi, nisi quod aliquando datum & concessum fuit. Porrò specialem voluntatem requirit concessio, nec contenta est nuda patientia, & non contradictione, aut simpliciabnutiuo, vt Paulus loquitur in *l. inter stipulantem 83. in princip. de verb. oblig.* (quamuis concessum possit augeri etiam domino ignorante *l. 39. & 49. infr.*) Aliud enim & plus est permittere, quàm non prohibere *l. necnon 28. §. quoad eius supr. ex quib. caus. maior.* Verum igitur est, quod Pomponius hîc scribit, peculij esse, non id cuius seorsum à domino seruus rationem habuerit, sed quod dominus ipse separauerit serui rationem à sua discernens certa aliqua summa: nisi malis hîc legere *suum à serui ratione discernens*, pro eo quod vulgo *summa serui rationem*, aut quod malo, *suam à serui rationem discernens*, vt tum demùm videatur seruus habere peculium à rationibus dominicis separatum permissu domini, cùm dominus ipse separauit, aut saltem separandi voluntatem expressè declarauit: nam, vt Pomponius rationis loco subiicit, cùm serui peculium iam concessum possit dominus vel totum adimere, vel minuere vel augere, consequens est, vt ab initio multo magis animaduertendum sit, non quid seruus, sed quid dominus constituendi seruilis peculij gratia fecerit. Ne alioquin ex serui arbitrio pendeat, an plus minúsve in peculio habeat, vt tanto locupletior quodammodo sibi aliisque videatur, cùm peculium serui quasi patrisfamilias quoddam patrimonium sit *l. quoties 47. §. vlt. infr.* eaque res tanto pauperiorem faciat dominum propter actionem de peculio, qua tenetur in plus, si plus in peculio sit.

1 ¶ Sed hoc ita verum puto, si debito seruum liberare voluit dominus: vt, etiam si nuda voluntate remiserit dominus, quod debuerit, desinat seruus debitor esse. si verò nomina ita fecerit dominus[a], vt quasi debitorem se seruo faceret, cùm re vera debitor non esset: contra puto. re enim, non verbis, peculium augendum est.

Ad §. 1. Sed hoc ita.

RAT. DVB. Ad priorem huius §. partem. Peculium non nuda voluntate, nec verbis, sed re ipsa & traditione constituendum augendumque est, vt scribitur in fine huius §. & in *l. non statim 8. infr.* Non ergo sufficit ad augendum peculium, vt nuda voluntate remiserit dominus seruo, id quod ei seruus debuit, sicuti nec sufficeret ita dominum fecisse nomina, vt quasi debitorem se seruo faceret, cùm verè debitor non esset, vt sequitur in hoc §.

DEC. Obligatio naturalis quæ sola contrahi potest inter dominum & seruum, nuda domini voluntate tollitur. Alioqui nullus esset eius tollendæ modus, cùm neque acceptilatio, neque alius contractus vllus interponi possit inter eos obstante iure dominicæ potestatis, vt de cautionibus inter patrem & filium interponendis loquitur Papinianus in *l. Imperator 50. infr. ad SC. Trebell.* Sufficit enim ad dissoluendam naturalem obligationem, vt vinculum æquitatis quo solo sustinebatur, naturalis obligatio contrario æquitatis vinculo dissoluatur *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis infr. de solut.* Potest igitur seruus desinere, & reuera desinit ipso iure esse debitor domini statim atque dominus non vult eum manere debitorem. Nihil enim refert ad liberandum ipso iure debitorem etiam à ciuili obligatione, an numeratione debitoris, an acceptilatione creditoris tollatur obligatio *l. si mulier 10. supr. de condict. caus. dat.* Atqui debitor qui liberatur, hoc ipso censetur factus esse locupletior *l. si pupilli 66. in fin. de solut. l. species 11. infr. de acceptilat.* Fit ergo locupletius peculium serui, ac proinde augetur, cùm seruus ab obligatione naturali, qua obstrictus erat domino, liberatur: atque ita non verbis tantùm, sed re ipsa locupletior fit seruus, quantùm in peculio locupletior fieri potest.

a *Si verò nomina ita fecerit dominus.* RAT. DVB. Non debet difficilius domino facere, se ex non debitore debitorem serui, quàm seruum facere ex debitore non debitorem: vtrumque enim ex eiusdem domini voluntate pendet, cùm ei soli talis voluntas noceat, nec rursus ei magis vno casu quàm altero. Atqui priùs fieri potest nuda domini voluntate, vt proximè diximus. Ergo & posterius.

DEC. Nuda voluntas & nuda ratio non potest facere quemquam debitorem *l. non solùm 49. §. vltim. infr. hoc titul. l. nuda ratio 26. infr. de donat.*

BIU Cujas

Sunt enim legitimi quidam modi inducendæ obligationis non tantùm ciuilis, sed etiam naturalis, inter quos non est nuda voluntas. Et quamuis sint etiam legitimi quidam modi tollendæ obligationis tam ciuilis quàm naturalis *l. obligationum ferè* 44. *versic. placet de oblig. & action.* In hoc tamen refert quantum ad naturalem obligationem pertinet, an de inducenda ea tractetur, an de tollenda quod cùm nuda debitoris voluntate induci non possit, nuda tamen creditoris voluntate ipso iure dissoluitur, præsertim cùm neque acceptilationi, neque pacto, neque iuriiurando locus esse potest, vt suprà diximus ex *dict. §. naturalis l. Stichum* 95. *de solut.* Proniores enim esse debemus ad liberandum, quàm ad obligandum *l. Arrianus* 41. *de oblig. & action.* quia liberatio reponit omnia in pristinum naturæ statum, quem obligatio mutauerat.

2 ¶ Ex his apparet, non quid seruus ignorante domino habuerit, peculij esse: sed quid volente, alioquin & quod subripuit seruus domino, fiet peculij, quod non est verum.

Ad §. 2. Ex his apparet.

Illatio hæc est ex eo, quod in præcedentibus dictum est: cùm ergo quæritur, quid sit peculij, non quid seruus ignorante domino habuerit inspiciendum esse, sed quid domino volente, vt intelligamus nec scientiam & patientiam domini sufficere, sed expressam exigi ipsius voluntatem. Hoc verò confirmat Pomponius apposita ratione *alioquin*, inquit, *& quod subripuit seruus domino peculij fiet, quod non est verum.* Nec enim ferendum est, vt cuiusquam patrimonium augeatur, & locupletetur ex furto alióve scelere, multo minùs verò peculium serui ex furto quod ipse domino fecerit, vt prona est ad furtum & ad scelus quodlibet nequitia seruilis ingenij, sicuti nec quisquam ex improbitate sua consequi debet actionem *l. itaque fullo* 12. *§. 1. infr. de furt.* Rationes igitur dubitandi & decidendi ad hunc §. eædem illæ sunt, quæ ad initium huius legis.

3 ¶ Sed sæpe fit, vt, ignorante domino: incipiat minui serui peculium, veluti cùm damnum domino dat seruus, aut furtum facit.

Ad §. 3. Sed sæpe fit.

RAT. DVB. Non potest nec debet fieri condicio ignorantis domini deterior per seruum *l. melior* 133. *de regul. iur.* Atqui non potest minui peculium serui, quin fiat deterior condicio domini cuius peculium verè est, non etiam serui nisi conniuentibus domini oculis, vt Seneca dicebat & Vlpianus noster in *l.* 4. *§.* 1. *infr. de manumiss.* Ergo nullo casu permitti debuit, vt ignorante domino peculium serui minueretur. Inductus enim & pro vtili habitus est seruorum vsus in republica, vt per eos domini locupletiores fierent, non vt pauperiores *l. penult. §. filiusfamilias in fin. de castrens. pecul.*

DEC. In eo quod fit per iniuriam ratio iuris seruari non potest, cùm iniuria dicatur ex eo quod non iure fit *l.* 1. *infr. de iniur. l. in his* 15. *supr. de legib.* Cùm ergo seruus inuitis legibus damnum aut furtum facit domino, fieri non potest, vt re vera non minuatur peculium, si in eo damnum datum, & furtum à seruo factum sit: nec aliud supereſt, nisi vt dicamus imputare sibi dominum debere, cur tali seruo cuius mores meliùs cognitos & probatos non habuerit peculium concesserit. Quasi qui nec damnum sentire vllum videatur quod ex culpa sua sentit ex *reg. l. quod quis* 203. *de reg. iur.* Sed & cùm alij quàm domino seruus damnum dat aut furtum facit, nocet tamen domino, faciúque eum tanto pauperiorem, cùm dominum obliget, non quidem actione de peculio, sed noxali, vt damnum decidere cogatur, nisi malit seruo carere, eumque noxæ dedere *l.* 1. *supr. de noxal. action. & Instit. eod. titul.* Sed eo casu non tam peculium serui diminuitur, quàm patrimonium illud domini, quod extra peculium est. Sanè potest dominus omni casu conuenire seruum domi, vt loquitur *l. vltim. Cod. an seruus pro suo fact.* id est, flagris & verberibus egregiè cæsum castigare, malisque, si velit, condicionibus vendere, puta exportandum extra Italiam, aut nunquam manumittendum.

4 ¶ Si opem ferente seruo meo, furtum mihi feceris: id ex peculio deducendum est, quo minùs ob rem subreptam consequi possint.

Ad §. 4. Si opem ferente.

RAT. DVB. Ex peculio semper deducendum est, quicquid domino debetur *l. proxim. in fin. infr. l. sed si damnum* 9. *§. peculium & pass. hoc titul.* Atqui domino debetur id omne, quod ei abest *dict. l.* 9. *§. siue autem.* Abest verò quicquid domino subreptum est, ab alio quàm à seruo, qui opem furi tulit non minùs, quàm si seruus ipse solus subripuisset, adeoque si conueniri à domino seruus posset, qui opem tulit, furti actione non minùs quàm fur ipse conueniretur *l. proinde* 6. *supr. de condict. furt.* itemque interdum furtiua condictione *l. sæpe* 53. *§.* 1. *de verb. signific.* nempe si fur ipse quoque cœpisset fieri per aliquam rei furtiuæ contrectationem *l. qui seruo* 36. *in fine principij iunct. l. vulgaris* 21. *§. vltim. l. in furti* 50. *§. consilium de furt.* Deducendum igitur ex peculio est, quicquid domino subreptum est, opem ferente seruo, non illud solùm quominùs ob rem subreptam consequi dominus possit.

DEC. Quod dicimus deduci debere ex peculio id

BIU Cujas

lio id omne, quod ei debetur qui de peculio conuenitur, ita accipiendum est, si non hoc aliunde consequi dominus possit *l. si noxali* 11. §. *quod autem infr.* Vix enim est, vt abesse aliquid videatur ei, qui actionem habet dummodo efficacem ad rem suam consequendam ex regula *l. is qui actionem* 11. *de regul. iur.* Atqui in proposita specie dominus habet condictionem furtiuam aduersus furem ipsum, cui seruus opem tulit: non ergo deducendum est de peculio, nisi quanto minùs à fure per condictionem furtiuam consequi dominus potuerit. Fieri enim potest, vt non sit fur soluendo ad restituendum id omne, quod per furtum abstulerat, quo casu nullam pro residuo actionem habere dominus videtur quam debitoris eludit inopia *l. nam is* 6. *supr. de dolo.* Planè etiamsi quadruplum per actionem furti consecutus sit dominus, non eo magis impedietur deductio totius æstimationis furti ex peculio, si post solutam pœnam nihil supersit furi, quòd condicenti domino possit reddere, quia furti actio tota pœnalis est, nec eius quod domino abest, persecutionem vllam continet *l. qui vas* 48. *in princip. l. si pignore* 54. §. *cùm furti infr. de furt. l. si pro fure* 7. §. 1. *supr. de condict. furt.* Vt proinde post solutam quoque pœnam non eo minùs verum sit, dicere totum id quod subreptum est domino abesse, sicut è contrario tum quoque cùm seruus furtum fecit sola rei subreptæ æstimatio deducitur ex peculio, non etiam furti pœna *dict. l. sed si damnum* 9. §. *siue autem infr.*

5 ¶ Si ære alieno dominico exhauriatur peculium serui: res tamen in causa peculiari manet. nam si aut seruo donasset debitum dominus, aut nomine serui alius domino intulisset: peculium suppletur, nec est noua concessione domini opus.

Ad §. 5. Si ære alieno.

RAT. DVB. Quemadmodum id quod seruus domino debet, in primis & ante omnia deducendum est ex peculio, vt proximè diximus ex *l. sed si damnum* 9. §. *peculium infr.* quia, vt ibi Vlpianus ait, præueniisse dominus, & cum seruo suo iam egisse creditur (nullum enim priuilegium præponi patri, vel domino potest cùm ex persona filij vel serui de peculio conueniuntur *l. ex facto* 52. *infr.*) vt proinde eatenus peculium minuatur, quatenus domino seruus debet, & quidem ipso iure non minùs quàm si agenti domino seruus iam soluisset, ita fatendum videtur, si toto ære alieno dominico peculium serui exhaustum sit, nullum amplius videri esse peculium, tanquam quod ipso iure extinctum sit, vt eadem ratio sit totius ad totum quæ partis ad partem *vulg. l. quæ de tota* 76. *supr. de rei vindic.* Ergo fieri non potest, vt exinde res peculiares remaneant in causa peculiari. Implicat enim contradictionem, vt peculium ipso iure exhaustum sit, & extinctum, & nihilominus res peculiares in peculiari causa remaneant, cùm nec peculiares dicantur nisi à peculio.

DEC. Multum refert, an dicamus peculium minui vel exhauriri ipso iure, an ipsa in re: quemadmodum & cùm de dote tractamus, quam constat ipso iure minui per impensas necessarias ipso iure, distinctio illa quoque necessaria est, an dotis diminutio fiat ipso iure tantùm, an etiam ipsa in re *l. quod dicitur* 5. *de impens. in reb. dotal.* secundum veram illius loci interpretationem & emendationem quam attulimus *libr.* 1. *coniect. cap.* 2. Peculij enim sicut & dotis vnum corpus est, constans ex distantibus, si fortè plures res in peculium, aut in dotem concessæ sint *l. rerum mixtura* 30. *de vsucap.* & tamen cùm sit nomen generis & vniuersitatis, iuris quoque potestatem pati potest, vt ipso iure minui possit. Minuitur autem peculium omnimodo ipso iure per deductionem, quæ ex peculio ipso iure fit eius, quod domino debetur, id est, siue in rebus & corporibus consistat peculium, siue in pecunia numerata. At non semper minuitur ipsa in re, sed eo tantùm casu, quo peculium consistat in pecunia numerata. Nam non tantùm in peculio pecuniario, sed & in ipsa pecunia ratio admittit diminutionem fieri, non item corporum diminutionem fieri propter pecuniam *dict. l. 5. de impens. in reb. dotal. fact. l. si is qui* 56. §. *vltim. de iur. dot.* Ergo si corpora & res, id est, species sint in peculio, non faciet deductio eius quod domino debetur, vt res desinant esse peculiares pro parte, nec proinde vt si totum peculium ære alieno dominico, id est, quod à seruo debetur domino, exhaustum sit, desinant esse peculiares in totum, sicuti nec fundus dotalis desinit per impensas necessarias dotalis esse siue in totum siue pro parte, vt supradictis locis scriptum est. Sed faciet ea deductio siue minuat solummodò, siue totum exhauriat peculium, vt quamuis res non desinant esse peculiares: perinde tamen inhibeatur actio creditorum in peculiares illas res, ac si peculiares esse desiissent, donec pleniſſimè domino satisfactum sit, æstimato in pecunia numerata vt fieri necesse est vniuerso peculio, & per certam summam discreto, vt habet initium huius legis, vt possit apparere, an deducto omni eo quod domino debetur, futurum sit aliquid superfluum ad satis faciendum cæteris creditoribus, an nihil. Quemadmodum & cùm impensa necessaria in dotem facta tanti est, quanti totus fundus est, retineri potest totus fundus, donec impensa soluta sit, sed tamen remanet dotalis ita, vt interim alienari non possit *dict. l. si is qui §. vltim.* nec existimandum est subtilitate iuris magis quàm effectu aliquo niti hanc distinctionem. Habet enim hunc effectum, vt si fortè quod domino debetur à seruo ei solutum sit, siue à seruo ipso, siue ab alio eius nomine, non sit opus concessione noua domini ad constituendum ex integro peculium, sed prima concessio sufficiat, quia res semper peculiares manserunt, sicuti nec noua constitutione dotis opus est, vt fundus dotalis fiat, qui talis semper mansit: quod secus esset, si dos, aut peculium, nihil nisi pecuniam numeratam habuisset: nec enim res quæ peculiaris esse desiisset,

BIU Cujas

iterum peculiaris fieri posset, sine noua concessione, sicuti nec peculiaris ab initio sine peculij constitutione effici potuisset: neque fundus fieri dotalis absque noua constitutione: quamuis tacita interdum possit sufficere, vt in specie *l. dotem* 30. *infr. de iur. dot.* Ita fit vt ære alieno dominico siue diminutum, siue exhaustum peculium ex postfacto suppleri possit, quandiu res peculiares in eodem statu manent, perinde ac si dominus totum debitum seruo donasset, vt Pomponius hîc scribit.

6 ¶ Non solùm id in peculio vicariorum ponendum est, cuius rei à domino: sed etiam id cuius ab eo, cuius in peculio sint, seorsum rationem habeant.

Ad § vlt. Non solùm.

RAT. DVB. Peculij vicariorum non alia ratio constitui potest, quàm peculij ordinariorum. Pendet enim vtrumque à domini voluntate, ad cuius dominium sicuti omnes serui pertinent, tam vicarij, quàm ordinarij, sic & eorum peculia. Etsi enim seruum vicarium eum appellamus, qui conserui sui ordinarij quodammodo seruus est, vt apud Martialem, *Esse sat est seruum iam nolo vicarius esse*, fieri tamen nequit, vt seruus ordinarius habeat vicarium eiúsve peculium in suo dominio, aut in sua potestate, cùm non sit ipse suæ potestatis *l. sic eueniet* 21. *infr. ad leg. Iuliam de adult.* Atquin peculij ordinarij est, non id cuius seorsum à domino seruus rationem habuerit, sed quod ipse dominus separauerit, vt initio huius legis scriptum est. Ergo nec in vicariorum peculio aliud ponendum est, quàm quod dominus in eo peculio esse voluerit, non etiam id cuius rationem vicarij habeant, seorsum ab eo in cuius peculio ipsi sunt.

DEC. Eo ipso quod dominus seruo suo ordinario peculium constituit, etiam vicario constituisse existimandus est *l. definitio 6. infr.* Nulla ergo separatione noua opus est, quæ à domino fiat peculij ordinarij à peculio vicarij, sed separationem illam à seruis ipsis, & inter ipsos fieri satis est. Est enim vicarius quodammodo seruus ordinarij: & quemadmodum ipse in peculio ordinarij est, ita & ipsius peculium, sed ita tamen vt separatim ratio semper ponenda sit peculiorum serui ordinarij, & vicarij *l. si seruus meus* 17. vbi dicemus *infr.*

5. VLPIANVS libro 29. ad Edictum.

DEpositi nomine pater vel dominus duntaxat de peculio conueniuntur, & si quid dolo malo eorum captus sum [a].

Ad l. Depositi 5.

RAT. DVB. Sacra & religiosa quodammodo res est depositi restitutio, & cuius integri denegata restitutio insignem quandam perfidiam arguit *l.* 1. §. *hæc autem* 4. *l. bona fides* 31. *l. vltim. infr. depos.* Eamque ob causam olim depositi actio priuilegium habebat quibusdam casibus, ante chirographarios nec priuilegiarios creditores *l. si ventri* 24. §. 1. *de reb. author. iudic. possid. aliàs l.* 9. §. 1. *de priuileg. credit.* & habet hodie, vt compensationem nullam admittat *l. penult. Cod. depositi. l. vltim. Cod. de compensat.* Item vt seruus qui depositum accepit, si manumissus sit, & adhuc depositum teneat, in ipsum danda sit depositi actio non in dominum, licèt ex cæteris cauſis in manumissum actio non detur *l. si apud* 21. §. 1. *infr. depos.* Atqui non redditur depositum, nisi totum reddatur, adeoque incorruptum sicuti nec commodatum nec pignus *l.* 3. §. 1. *supr. commod. l. eleganter* 24. §. *vltim. de pignor. action.* Cùm ergo rem penes filiumfamilias vel seruum depositam cogatur pater aut dominus reddere, & quidem actione depositi, consequens videtur, vt actio depositi contra eos danda sit absolutè, non cum illa adiectione *de peculio duntaxat.*

DEC. Aliud est si conueniatur quis depositi, aut commodati proprio nomine, & ex sua persona, aliud verò si ex persona, & nomine alterius. Priore casu ea obtinent, quæ proximè diximus, posteriore verò non item, quia licèt æquissimum sit depositum totum reddi, multo tamen æquius est, vt pater vel dominus, qui ex persona filiifamilias vel serui conueniuntur actione depositi, non alia de cauſa quàm quia filiofamilias vel seruo peculium concesserint, non in plus teneantur, quàm in peculio sit, & ita magna æquitas maiore & contraria æquitate eliditur, vt in *l. si seruus* 61. §. *quod verò infr. de furt.* In actione commodati idem iuris est *l.* 1. §. *si filiofamilias supr. commod.* Sequitur.

a *Et si quid dolo malo eorum captus sum.* RAT. DVB. Dolus quidem malus venit in actionem depositi, & quidem solus non etiam culpa saltem leuis, nisi ita conuenerit *l.* 1. §. *si conuenit l. quod Nerua* 32. *infr. depos. l.* 5. §. *nunc videndum supr. commod. l. contractus* 23. *de regul. iur.* sed solius depositarij, ergo solius filiifamilias vel serui, qui depositum accepit, non etiam patris aut domini. Non enim quod ex persona filiifamilias vel serui tenentur depositi actione de peculio, facit eos depositarios, vt ex eo constat, quod non in solidum, sed ad finem duntaxat peculij tenentur, vt proximè scripsimus. Ergo etiamsi dolo patris vel domini aliquid in re deposita factum sit in captionem & fraudem depositoris, non ideo teneri debent, vt neque filiusfamilias ipse ex dolo patris. DEC. Actio depositi quæ in patrem vel dominum datur ex contractu & persona filiifamilias vel serui, licèt non detur, nisi de peculio, attamen non minùs depositi actio est, quàm quæ in solidum contra filiumfamilias competit: adiectio enim illa qualitatis *de peculio* naturam & substantiam actionis non mutat, vt sæpius iam diximus. Ergo perinde admittit dolum patris aut domini, qui depositi actione conueniuntur, ac si essent ipsi depositarij. Neque sanè dolum ipsorum impunitum manere æquum esset, qui nulla iuris parte impunitus manere vnquam debet, ne tum quidem cùm ei soli nocet, qui dolum admisit *l. procurator* 11.

BIU Cujas

curator 11.§.1.infr.de dol.mal. except. multóque esset iniquius, dolũ patris à filiofamilias qui solus depositarius est præstari, cùm suus cuique dolus nocere debeat, non alteri, *l.factum 155.de regul.iur.l.3.quand. ex fact.tutor.* dolum igitur patris & domini hoc quoque iudicio depositi vindicari necesse est, tametsi cum ipsis contractum non sit *l.* 1. §. *filiumfamilias 42. infrà depos.* idémque in commodati actione iuris est *dicta lege tertia* §. *penultimo suprà commod.*

1 ¶ Sed etsi precario res filiofamilias[a]: vel seruo data sit: duntaxat de peculio pater, dominúsve obligantur.

Ad §. 1. Sed etsi precario.

RAT. DVB. Precariũ magis ad donationis & liberalitatis quã ad contractus causã pertinet, *l.interdictũ 14.infr.de precar.* Atqui actio de peculio non solet dari in patrem vel dominum, nisi ex contractu serui vel filijfamilias *l.1.§. si filiusfamilias supr.de his qui effud. vel deiec.* ergo si precario res aliqua filiofamilias, vel seruo data sit, nulla in patrem eo nomine actio danda est, ne quidem de peculio, nec in dominum, præsertim cùm precarium nihil nisi beneficiũ sit, quod cũ filiofamilias, vel seruo fit, nemo patri aut domino factum esse dixerit: magis enim facti quàm iuris est, quandoquidem nullam iuris obligationem cõtinet, tanquam quod reuocabile sit ad nutum concedentis *l.1.& 2.de precar.* quæ autem sunt facti, non transeunt ad patrem aut dominum *l. qui heredi 44.de condic.& demonstr. l.quod dicitur 130.de verb.obligat.*

DEC. Precarium licèt non obliget concedẽtem, quominùs illud reuocare ad nutum & pro arbitrio possit *d.l.2.de precar.* obligat tamen accipientem, vt reddat: nec tantùm interdicto in eam rem proposito, sed etiam actione præscriptis verbis quæ ex bona fide oritur *d.l.2.vers. itaque, iunct.d.l.interdictum eod.tit.* contrahitur enim συνάλλαγμα quoties quis alienam rem accipit certa lege *l.iuris gentium 7.§.1.de pact. l.dominus 8.& pass.de præscr. verb.* ergo patrem quoque & dominum ex eadem causa, & siue actione siue interdicto teneri æquum est, saltem de peculio, non minùs quàm si filius vel seruus ex vero, meróque contractu obligati essent, magísque dubitari potest, an non potiùs in solidum quàm de peculio duntaxat pater vel dominus conueniendi sint: nam quemadmodum iuuari non decipi beneficio eum oportet, qui accepit *l. in commodato 17.§. sicut autem in fin. suprà commodat.* ita nec decipi oportet, multóque minùs, eum qui beneficium certa lege dedit, non alioquĩ daturus *l.1.C.de donat. quæ sub mod. l.vlt.C.de reuoc. dona.* deciperetur autem is qui precarium filiofamilias vel seruo concessit, si solidum nec à filiofamilias neq; à seruo consecutus, non haberet obligatum patrem vel dominum, nisi de peculio: nam nec eorum qui liberalitatem acceperunt, sed eorum duntaxat, qui dederunt, priuilegium illud est, vt non suprà quàm facere possint, conueniantur, ne alioqui ex liberalitate sua periclitentur *l.inter eos 19.§.1.l.& exheredatum 49.& seq.infr.de re iudic.* sed pro patre vel domino fortior illa ratio facit, quòd non debeat grauior eorum esse condicio, cùm ex persona serui vel filijfamilias conueniuntur, quàm si ex commodato, in quo etiam beneficium vertitur, conuenirentur: cùm imputare sibi possit, & debeat is, qui precarium eiusmodi personis concessit: nihil autem imputare possis patri vel domino qui precarium non accepit, nisi cui filiofamilias vel seruo peculium concesserit: quę tamen ratio non ad plus obligare illum potest, quàm vt actione de peculio duntaxat, & ad finem peculij teneatur.

2 ¶ Si filiusfamilias iusiurandum detulerit, & iuratum sit: de peculio danda est actio. quasi contractum sit. Sed in seruo diuersum est[a].

Ad §. 2. Si filiusfamilias.

RAT. DVB. Qui iusiurandum aduersario defert, facit eum iudicem in sua causa *l.1.infr.quar.rer.act.nõ det.* atque ita donat ei quodammodo litis victoriam: donandi autem & perdendi potestatem nullam filiusfamilias habet, multóque minùs seruus, nec si liberam habeat peculij administrationem *l.filiusfamilias 7.infr.de donat.l.contra 30.§.vlt.supr.de pact.* non est igitur ferendum, vt ex iurisiurandi delatione per filiumfamilias facta, pater de peculio teneatur, non magis quàm dominus ex delatione serui.

DEC. Iusiurandum habet vim stipulationis, nouationis, trãsactionis, & rei iudicatæ *l.1.& 2.l.qui iurasse 26.§.vlt.l.tutor 35.§.1.supr.de iureiur.* atqui ex omnibus istis causis pater de peculio tenetur, vt dictum est in præcedentibus, ergo & ex iureiurando per filiumfamilias delato si ex eo iuratum sit.

a *Sed in seruo diuersum est.* RAT. DVB. Etiam dominus ex contractib. serui tenetur de peculio, perinde ac pater ex contractibus filijfamilias *l.1.§. verba autem & seqq.& pass.hoc tit.* atqui ex delatione iurisiurãdi facta per filiumfamilias tenetur de peculio pater eo colore, quasi cum filio contractũ sit, ergo & in seruo idem probandum est quod in filio, & in domino quod in patre.

DEC. Iusiurandum habet quidem vim contractus, sed qui in iudicio factus sit, quoniam habet etiam instar non solùm iudicati, sed etiam iudicij *d.l. qui iurasse §. vlt. supr. de iureiur.* Seruus autem sicut in iudicio stare nullomodo potest, ita neque omnino quicquam facere quod iudicij instar habeat, adeò vt neque possit compromittere, ne quidem ex causa peculiari *l.3.§. si seruus supr. hoc titu.* meritò igitur placuit diuersum ius hac parte constitui in seruo, quàm in filio, tametsi non defuerint ex antiquis prudentibus, id est, ex Proculianis, vt Cuiacius interpretatur *lib.8.Obseruat.cap.11.* qui in vtroque idem iuris constituendum putauerint, vt Paulus refert in *l.quidam 22.* vbi scripsimus *supr.de iureiur.*

3 ¶ Peculium dictum est, quasi pusilla pecunia, siue patrimonium pusillum.

BIU Cujas

Ad §. 3. Peculium.

Etymologia est peculij, vt dictum sit peculium quasi pusilla pecunia, vel pusillũ patrimoniũ scilicet filijfamilias vel serui: nec.n. paterfamilias quisquam habere peculium potest, *l. vlt. §. vlt. C. de inoffic. testam. l. certum est 13. C. de famil. erciſc.* RAT. DVB. Non potest filiusfamilias proprium quicquam habere à patre, nec si pater donet, *l. donationes 31. §. pater infr. de donat.* quia inter patrem & filiumfamilias consistere donatio non potest *l. 2. C. de inoff. donat. l. sine emancipatis 17. C. de donat.* obstante scilicet iure patriæ potestatis *l. Imperator 50. ad SC. Trebell.* adeò vt nec peculij castrensis capax fieri potuerit filiusfamilias ex constitutionibus, quin veluti paterfamilias in eo constitueretur *l. 2. supr. tit. prox.* Seruus autem cùm sit omnino incapax acquisitionis, ita vt etiam inuito domino acquirat penè ex omnibus causis, id est, extra causam hereditatis *l. etiam 32. de acquir. rer. domin. l. seruus vetante 62. de verb. oblig. iunct. l. qui in aliena 6. de acquir. hered.* patrimonij alicuius habendi quantumlibet pusilli omnino incapax est, etiam volente domino quandiu seruus manet: non ergo dici potest peculium esse quasi pusillam pecuniam, aut quod effectu idem est pusillum patrimonium siue filijfamilias, siue serui. Pecuniam enim pro patrimonio dixit lex duodecim tabularum in illis verbis, *Paterfamilias vti super pecunia sua legassit ita ius esto, l. verbis legis 120. de verb. significe.*

DEC. Non potest equidem filiusfamilias aut seruus habere verè ac propriè patrimonium, ne quidem sub nomine peculij, & cùm eo nomine abutimur, vt in hoc §. *& in l. hinc quæritur 19. §. 1. l. quoties 47. §. vlt. infr. l. peculium & ex eo 39. infr.* significamus, tale quid quod illi habeant conniuentibus, vt ita dicam, patris vel domini oculis, *l. 4. §. 1. infr. de manumiss.* quia seruile peculium solius domini verè est, non etiam serui: filij verò familias peculium magis est patris quàm filij *l. 3. §. sed vtrum vers. nec eo mouemur l. patri 27. in princip. supr. de minor.* Habet enim paullo plus iuris hac in re filiusfamilias quàm seruus, quia fuit capax acquisitionis, cùm pater nolebat sibi per filium acquiri, & ex aliis quibusdam causis etiam extra castrense, vel quasi castrense peculium, vt sæpiùs docuimus, & probauimus ex *l. 4. §. sed & filiusfamilias supr. de edend. l. nec is 13. §. vlt. l. cùm heres 52. infr. de acquir. hered. l. cogi 16. §. si pater filio, d. l. Imperator 50. ad Senatusconsultum Trebellian. l. 1. Codice qui admit. ad bonorum possess.* dum ne ex contractu aliquo paterno, vt dixi ex *dict. l. 2. Codic. de inoff. donat. l. sine emancipatis 17. Codice de donat.* Fuit autem ex summa parentum & dominorum vtilitate inductus vsus peculiorum, nõ solùm vt per filiosfamilias, vel seruos locupletiores fierent, sed etiam vt haberent filiorum ingenia, & seruorum alioqui proniora ad libidinem & nequitiam quo se exercerent, ociíque pericula deuitarẽt. Cæterùm manere peculium filijfamilias & serui in patrimonio ac domino patris vel domini, ex eo apparet quod in patris & domini potestate est, peculium illud quandocunque adimere, aut in totum aut pro parte dum ne dolo malo, & in fraudem eorum qui cum filiofamilias, vel seruo contraxerunt *l. prox. in princip. sup. l. peculium nascitur 40. infr. l. 1. tit. prox.* Deniq; non possunt filijfamilias vel serui proprium vllum habere patrimonium, cùm sint ipsi in aliena potestate *l. sic euenit 21. infr. ad leg. Iul. de adult.* ideóque dicitur peculium quasi patrimonium hîc & in *dict. l. 47. §. vltim. infr.* & velut patrimonium in *d. l. 39.* Etsi verò peculium dictum est, quasi pusillum patrimonium, nihil tamen vetat, etiam magnam esse quantitatem in peculio, siue actum sit per bonam filijfamilias aut serui administrationem, & parsimoniam, siue per donationes, quas à quolibet sibi fieri promeruerit, vt in *d. l. peculium & ex eo 39. infr.* siue aucta patris aut domini in filiumfamilias, aut seruum voluntate, sed origine peculiorum inspecta, dubitandum non est, quin à pusillæ pecuniæ concessione cœperint, quia nec prudentis esset patrisfamilias, egregiam pecuniæ quantitatem eius administrationi committere, cuius prudentiam in rebus administrãdis nondum satis compertam habuisset: aliter verò peculij appellatio olim accepta est apud rusticos illos quos Celsus refert in *l. si chorus 79. §. 1. de legat. 3.* audisse se dicentes, pecuniam sine peculio fragilem esse, peculium appellantes id, quod præsidij causa seponeretur.

4 ¶ Peculium autem Tubero quidem sic definit, (vt Celsus libro sexto Digeorum refert) quod seruus, domini permissu, separatum à rationibus dominicis habet, deducto inde, si quid domino debetur.

Ad §. vlt. Peculium autem.

RAT. DVB. Definitio hæc peculij à Tuberone tradita non conuenit peculio filijfamilias, sed seruili tantùm, vt ex eo apparet quod & de seruo & de domino, déque rationibus dominicis loquitur, quorum omnium nihil est, quod de peculio filijfamilias dici possit; & tamen filiusfamilias tam verè peculium habet, quàm seruus, nec ad filiosfamilias, & patres minùs, quàm ad seruos & dominos totus hic tractatus pertinet *l. 1. §. verba autem & §. potestatis sup.*

DEC. Habent quidem etiam filijfamilias sua peculia, sicut & serui, sed rariùs & cum hac differentia quòd habent, prætereà ius sui heredis, cuius potestate sit, vt totius patrimonij paterni sint quodammodo heredes ac domini iam viuo adhuc patre *l. in suis 11. de liber. & post. l. 1. §. largius infr. de succeſſ. edict. l. vlt. de bon. damnat.* vt proinde non possit tanta fieri patrimoniorum separatio in peculio filijfamilias, quanta in peculio serui: quamquam & separationem aliquam in eo peculio æquè fieri necesse est, vt discerni possit, quid & quantum sit in peculio, quod nesciri alioquin posset. Itaque potest hæc definitio aptari etiam peculio filijfamilias, vt sit id quod filius patris permissu separatum habet, non tam à rationibus paternis [nec enim tam facilè parentes bona sua administrabant per liberos, quàm domini per seruos, metu fortasse discordiarum, quas siue bonæ siue malæ administrationis materia excitare solet, ac ne seuerius ob eam causam exercere patriam pote-

BIU Cujas

potestatem in liberos cogerentur] quàm à toto patris reliquo patrimonio, deducto inde si quid patri debeatur, *l. sed si damnum 9. §. prætereà ver. nam vt elegãter infr.* in vtroque tamen peculio intellige concessionem & constitutionem, factam esse reuera & traditione, non nudis verbis aut nuda voluntate *l. 4. §. 1. supr. l. non statim 8. infr.* Cætera quæ ad hanc definitionem pertinent, iam explicata sunt ad initium legis proximè præcedentis & ad *§. vlt. l. prox. supr.* iunge *l. si seruus meus 17. infr.*

6. CELSVS libro 6. Digestorum.

DEfinitio peculii, quam Tubero exposuit, vt Labeo ait, ad vicariorum peculia non pertinet, quod falsum est. nam eo ipso, quòd dominus seruo peculium constituit, etiam vicario constituisse existimandus est.

Ad l. Definitio 6.

RAT. DVB. In definitione illa peculij quam Tubero tradidit, nulla vicariorum mentio fit, nulla etiam seruorum ordinariorum, quorum permissu vicarij habeant seorsim & separatim sua peculia: ergo benè Labeo dicebat definitionem illam peculij à Tuberone traditam ad peculia vicariorum non pertinere, in eóque mancam esse.

DEC. Eo ipso quod dominus seruo suo ordinario peculiũ constituit, etiam vicariis eius constituisse credendus est, nec proinde alia separatione & concessione opus est: bona igitur & sufficiens est definitio Tuberonis, & ad peculia quoque vicariorum pertinens: præsertim cùm sicuti vicarius est, quodammodo seruus ordinarij, ita & ordinarius quodammodo vicarij sui dominus videri potest, qui permittere ideo potest vicario, quid & quantum velit eum seorsim habere ex peculio quod vtriusque dominus seruo ordinario pro se suisque vicariis cõstituit: iunge quæ scripsimus ad §. *vltimum l. 4. suprà.*

7. VLPIANVS libro 29. ad Edictum.

QVam Tuberonis sententiam & ipse Celsus probat.

Ad l. Quam Tuberonis 7.

Coniungendum est initium huius legis cum fine *l. 5. supr.* nam cùm Vlpianus noster definitionem peculij à Tuberone traditam ex Celso retulisset, superat, vt eam definitionem quam Labeo impugnauerat, etiam Celso placuisse diceret. Multum namque refert in vnoquoque tractatu, vt eius rei de qua quæritur certa sit & indubitatè vera definitio, ex quà tanquam ex certissimo & potissimo principio cætera omnia ad illum tractatum pertinentia decidenda sunt. Illa autem Celsi sententia & adprobatio contra Labeonis reprehensionem, interposita est ex eodem Celso in *l. prox. præced.* nec frustrà cùm ex Vlpiani verbis nesciri posset in quo, aut à quo reprehensa esset Tuberonis definitio.

1 ¶ Et adiicit, pupillum vel furiosum constituere quidem peculium seruo non posse. verùm ante constitutum (id est ante furorem, vel à patre pupilli) non adimetur ex his causis: quæ sententia vera est. Et congruit cum eo, quòd Marcellus[a] apud Iulianum notans adiicit, posse fieri, vt ex dominis seruus peculium habeat apud alterum, apud alterum non, vt puta si alter ex dominis furiosus sit, vel pupillus: si, vt quidam (inquit) putant, peculium seruus habere non potest, nisi concedente domino. ego autem puto, non esse opus concedi peculium à domino seruum habere: sed non adimi, vt habeat, alia causa est peculij liberæ administrationis: nam hæc specialiter concedenda est.

Ad §. 1. Et adijcit.

RAT. DVB. Neque filiusfamilias, neque seruus peculium habere potest, nisi consentiente adeóque concedente domino vel patre, vt sequitur in hoc §. nec malè videtur dici posse de peculio, quod de vsufructu eleganter Celsus dicebat in *l. 1. §. interdum supr. de vsufr. adcresc.* vsumfructum quotidie constitui, cùm in singula momenta liberum sit patri vel domino peculium aut minuere, aut etiam totum adimere: nam & inde fieri videtur, vt quod ex postfacto deberi patri vel domino incipit, deducendum sit ex peculio, quòd non sit verisimile patrem vel dominum concedere filio vel seruo in peculium habere id, quod sibi debeatur, quomodo Vlpianus noster ratiocinatur in *l. sed si damnum 9. aliàs l. peculium §. prætereà infr.* atqui nec pupillus, nec furiosus concedere potest peculium, imò neque consentire seruo peculium iam habenti, cùm pupillus iudicio careat, furiosus verò etiam mente ac sensu ita vt nec sentire videatur *l. si tibi 8. §. vnius de opt. legat. l. 2. §. 1. supr. de procurat. l. in eo 110. §. pupillus de regul. iur.* ergo dicendum est, non solùm pupillum vel furiosum constituere seruo peculium non posse, quod nec eorum tutori vel curatori permittitur, *l. 3. §. Pedius* vbi dixi *suprà.* Sed & si quod constitutum sit à furioso ante furorem, aut etiam à patre pupilli, pro adempto haberi, id debere per superuenientem furorem aut noui domini pupillaritatem, quasi cessante voluntate quæ non potest videri durare, cùm nulla sit.

BIU Cujas

DEC. Aliud est concedi & constitui nunc primùm peculium, aliud verò concessum & constitutum non adimi, peculium concedi quidem & constitui sine expressa voluntate non potest. Sed vt non adimatur, quod simplex abnutiuum est, vt Paulus loquitur in *l. inter stipulantem* 83. *in principio de verborum obligat.* nulla voluntate opus est: imo verò ad adimendum voluntas adimentis, non minùs necessaria est, quàm ad concedendum voluntas concedentis. Proinde fatendum est, non magis posse pupillum vel furiosum adimere peculium, quod iam ritè concessum est, quàm quod nunquam concessum fuit, nunc primùm concedere. Porrò peculium quod iam concessum nec ademptum est, necesse est concessum manere, in eámque rem adiumento magis est, quàm impedimento superueniens furor vel noui domini pupillaritas, sic dicimus ex superuenienti furore, non dissolui matrimonium, quod anteà ritè contractum fuit: quamuis matrimonium inter inuitos sicuti non contrahitur, ita neque retineatur *l. patre furioso* 8. *supr. de his qui sui vel alien. iur. sunt. iunct. l. si patre cogente* 22. *derit. nupt. l. heredibus* 77. §. 1. *ad Senatusconsultum Trebellian.* Itémque eum qui cum pupillo non contraxerit, expectare pupilli pubertatem *l.* 3. §. 1. *infr. quibus ex caus. in possess. eat.* Et hoc est quod vulgari nostrorum iactatur brocardico: multa facta tenere, quæ fieri tamen prohibentur: aliud ergo est dare, aliud non adimere: sicut & aliud, non dare, aliud adimere.

a *Et congruit cum eo quod Marcellus.* Ego verò vbi congruentia ista sit, non magis video, quàm in *l.* 3. §. *cui congruit suprà hoc titul.* Proximè namque Vlpianus eum casum tractauit, quo seruus furiosi peculium habuerit constitutum à domino suo ante furorem, itémque seruus pupilli constitutum à patre: nunc verò ex Marcelli notis ad Iulianum proponit eum casum quo vnus idémque seruus duos habens dominos, pupillum vnum vel furiosum, alterum verò suæ ætatis & sanæ mentis vnum habeat peculium: quo casu euenire, ait Marcellus, vt seruus hic apud vnum ex dominis habeat peculium, non etiam apud alterum. Quod tamen si Marcellus intellexit de peculio quod concessum fuerit ab vtroque domino, ante furorem alterutrius, vel à patre pupilli aut furiosi, non solùm non congruit, sed etiam ex diametro repugnat superiori sententiæ, quæ habet non eo minùs durare peculium, quod nec ademptum sit, nec adimi à furioso aut pupillo possit, neque concessione aliqua opus esse, cùm sufficiat ademptum non fuisse: si verò Marcellus intellexit de peculio, quod pupillus ipse vel furiosus iam furore percitus constituerit, non solùm diuersus erit casus à superiore, sed omnino contrarius, nec proinde illi congruens; & in quo præterea falsum erit, quod Vlpianus respondet in *vers. ego autem puto*, non esse opus concedi peculium à domino seruum habere, sed non adimi, vt habeat: nec enim nisi absurdè possis tractare de peculio non adempto, aut non adimendo, quod nunquam concessum fuerit, sicut è contrario frustrà dicas & ridiculè, non esse opus concedi à domino peculium, quod iam concessum sit, nisi eam propositionem restringas ad nouam & secundam concessionem, de qua tamen nihil hîc Marcellus, nihil Vlpianus, sed cùm verba illa quæ de non ademptione peculij loquuntur, cogant nos fateri, sequendam esse priorem interpretationem, illud etiam fatendum est, calumniosam videri adnotationem Vlpiani ad Marcellum siue sic intelligas, vt Marcellus eorum opinionem adprobauerit quos putasse refert peculium habere non posse seruum, nisi concedente domino, cùm istorum sententiam referat, duntaxat non etiam probet, imò improbet potiùs formula illa loquendi, *si vt quidam putant*, at in *l. quidam* 22. *supr. de iureiur. l. Papinianus* 23. *de donat. inter virum & vxorem, l. lecta* 41. *supr. de reb. credit.* siue sic intelligas, vt non tam Marcelli quàm istorum opinionem Vlpianus improbet, cùm nec illos credibile sit, de eo casu sensisse, quo concessio peculij aliqua præcesserit, sed quo nulla; nec potest quicquam verius dici, quàm & propositione ista cõtinetur, seruum habere peculium non posse, nisi domino concedente. Id enim est, quod diximus ad *l.* 4. *in princip. supr.* permissionem & concessionem domini expressam & specialem requiri ad constituendum nunc primùm peculium. Quis enim vnquam dixit noua & secunda concessione opus esse, si ademptio nulla intercesserit? vnde facilè moueor, vt in hac quoque adiectione non minùs quàm in *d.* §. *cui congruit*, Triboniani manum agnoscere mihi videar, præsertim ob illa verba satis inuoluta & contra Vlpiani morem, *ego autem puto non esse opus concedi peculium à domino seruum habere, sed non adimi vt habeat*, præter id quod falsa propositio est, si absolutè intelligatur nulla priore concessione supposita: neque enim sola non ademptio potest sufficere ad primam constitutionem peculij: sicuti nec potest peculium non adimi, quod nunquam concessum fuit, vt diximus. Mouet etiam me non parum quod sequitur, *alia causa est peculij liberæ administrationis: nam hæc specialiter concedenda est.* Quasi verò non sufficiat liberam peculij administrationem concessam esse à patre pupilli aut à furioso ante furorem, sicuti sufficit concessum fuisse peculium: cùm enim tandiu durare concessionem liberæ administrationis necesse sit, quamdiu expressim reuocata non est, extrà quàm si seruus sit fugitiuus vel subreptus, vel de quo nesciat dominus, an viuus ille an mortuus sit *l. libera* 48. *infrà*, non possit autem reuocari à furioso neque à pupillo, consequens est, vt & sufficiat eam non adimi, atque ita vt hac parte nulla differentia sit inter concessionem peculij simplicem, & concessionem liberæ administrationis. Fateor ex sola peculij concessione, non posse inferri ad concessionem liberæ administrationis, sed dico vbi semel concessa est, non magis ademptam eam videri per furorem superuenientem, aut noui domini pupillaritatem, quam peculij simplicem concessionem: vbi verò nunquam concessa fuit libera administratio, nec aliud iuris esse, quàm si peculium nunquam concessum fuerit, cùm eo casu speciali quoque, vt diximus, peculij concessione opus sit. Potest sanè curator furiosi liberam peculij administrationem & filiofamilias & seruo concedere, & denegare *l. curator* 24. *infr.* Imò & peculium in totum adimere, si furiosi vtilitas id exigat, corruptis fortasse serui moribus quem curator certè pati non debeat, grassari impunè in peculio furiosi: quamuis peculium adimere longè

BIU Cujas

longè plus sit, quàm peculij liberam administrationem vel concedere vel denegare. Planè rebus omnibus in eodem statu manentibus, non putarem permittendum curatori furiosi, vt filiofamilias vel seruo peculium sine causa adimeret ei, cui furiosus ante furorem concessisset. Idémq; in adeptione liberæ administrationis iuris esse *argu. l. cùm quis* 38. *in princ. de solut. l. de ætate* 11. §. *ex causa supr. de interrog. in iur. fact.* atque ita meo quidem iudicio ex iuris ratione omnino sentiendum est.

2 ¶ Scire autem non vtique singulas res debet, sed παχυμερέστερον *id est, pinguiùs*, & in hanc sententiam Pomponius inclinat.

Ad §. 2. Scire autem.

RAT. DVB. Specialis voluntas vix potest esse sine speciali scientia: nec enim fertur voluntas in incognitum, atqui speciali voluntate patris, vel domini opus est, ad constituendum peculium & efficiendas res peculiares, vt proximè diximus: scire igitur specialiter dominus & pater debet res omnes quæ sunt in peculio. Et quamuis non sit onerandus, vt in singula momenta inquirat, quid sit peculij *l. peregrè* 44. §. 1. *de acquir. poss.* ab initio tamen ea inuestigatio & perquisitio exactissima videtur esse necessaria ad certam veramque peculij constitutionem.

DEC. Scientia quidem exacta requiritur ab initio in constitutione peculij, sed quam moralem esse sufficiat, & probabilem, nec necesse sit esse physicam, & tam præcisam. Solent enim prudentes nostri tùm quoque cùm quid certò ac præcisè statuunt omnia sumere παχυμερέστερον, id est pinguiùs, & latiùs, quod aliàs dicere solent ἐν πλάτει, vt in *l. 3. supr. de condict. tritici*, *l. si arbiter* 28. *infr. de probat. l. ratum* 13. *de solut. l. quo enim* 12. §. *Iulianus infr. rat. rem haber.* id est, cum aliquo temperamento, vt Paulus explicat in *l. quod dicimus* 105. *de solut.* alioqui facilè ius traheretur ad iniuriam, & ea quæ certissimè & rectissimè constituta sunt, hoc prætextu subuerterentur, vt ex prædictis locis cõstat, sanè peculium semel concessum, ex postfacto augeri etiam ignorante domino nihil vetat. *d. l. peregrè* §. 1. *& l. non solum* 49. *in principio infrà.*

3 ¶ Pupillum autem, tam filium, quàm seruum, peculium habere posse, Pedius libro quintodecimo scribit: cùm in hoc (inquit) totum ex domini constitutione pendeat. Ergo et si furere cœperit seruus [a], vel filius retinebunt peculium.

Ad §. 3. Pupillum.

RAT. DVB. Peculium non datur filiofamilias a patre, nec seruo à domino, nisi vt ex patris & domini vtilitate bene administretur, fiátque pater aut dominus per eam administrationem locupletior, atqui pupillaris ætas non est capax bonæ administrationis, cùm ignoret etiam illa quæ videt *l. 1. C. de fals. monet. l. pupillus* 9. *de acquir. hered.* nec valde distet pupillus à furioso *l. Fulcinius* 7. §. *planè interdum infr. quib. ex caus. in poss. eat.* Non ergo ferendum est, vt filiusfamilias vel seruus pupillus peculium habeat.

DEC. Constitutio peculij tota pendet ex constituentis volũtate, proinde siue pater filio impuberi, siue dominus seruo pupillo peculium concesserit, non eò minùs valet constitutio, cùm imputare sibi debeat pater vel dominus, cur pupillo peculium concesserit, sicut & imputamus ei qui pupillum alicui negotiationi præposuerit *l. sed et si quis* 7. §. *vlt. & l. seq. supr. de instit. act. l. 3. §. vlt. supr. de minor.*

a *Ergo et si furere cœperit.* RAT. DVB. Non videtur bona hæc consecutio, vt quod iuris est in pupillo ante furorem, idem esse debeat postquàm furor superuenit. Nec enim certũ est, nec sperari probabiliter potest, ætatem allaturam esse resipiscentiam furioso, quemadmodum certum est allaturam esse iudicium pupillo: vnde fieri posse docuimus sæpiùs, vt iudicium quod pupillo deest, suppleatur per tutorem, non etiam quod furioso deest, suppleatur per curatorem, & vt nihil possit furiosus gerere, ne quidem authore curatore, pupillus verò possit omnia ferè cum tutoris authoritate *l. in negotiis* 5. *de regu. iur.* neque verò quisquam probabiliter dixerit liberam peculij administrationem permanere in furioso, magis quàm in fugitiuo seruo, aut in subrepto, aut in eo, de quo nesciatur, an viuus vel mortuus sit: subintelligenda enim est in conuentione & concessione qualibet tacita hæc condicio, si persona in eadem causa, eodémque statu maneat *l. cùm quis* 38. *in princip. infr. de solut.* neque rursus verè quis dixerit, posse concedi peculium ei qui iam furiosus sit, cùm nihil ipse possit gerere, ne quidem authore curatore, vt modò diximus ex *d. l. 5. de reg. iur.* nec igitur permittendum est, vt pupillus qui in furorem incidit, retineat peculium, quod ipsi ante furorem concessum fuerat.

DEC. Cùm pupillus adeóque minor annis vigintiquinque in furorem incidit, vicium illud ætatis non animi esse intelligitur, ideóque si libet homo sit qui patrem non habeat, tutor ei dandus est, tanquã pupillo, non curator tanquam furioso *l. 3. §. 1. infr. de tutel.* nihil ergo superueniens furor mutare potest in pupillo, cui pater aut dominus peculium concesserit, maximè cùm sit in eius, qui concessit, potestate non solùm liberam peculij administrationem filio vel seruo adimere, si velit, sed totum etiam peculiũ *l. 4. in princip. supr.* Imputet ergo sibi cur non ademerit, cùm posset, non quasi ei qui iam furiosus est, peculium concedi possit, sed quia multa facta tenent, quæ fieri prohibentur, vt diximus ad §. 1. *huius legis.* Sanè vt libera peculij administratio tacitè ac ipso iure reuocata intelligatur, facilius est, quàm vt sola peculij concessio *dict. l. libera*, tanquam quæ sit maioris momenti & periculosiùs retineatur, putà ex causa furoris superuenientis in persona illius, qui peculium habeat cum libera administratione, sed in furioso maiore vigintiquinque annis id obtinet, non in pupillo vel adulto *d. l. 3. §. 1. infr. de tutel.*

BIU Cujas

4 ¶ In peculio autem res esse possunt omnes, & mobiles, & soli. vicarios quoque in peculium potest habere: & vicariorum peculium [a] hoc amplius & nomina debitorum. [b]

Ad §. 4. In peculio.

RAT. DVB. Faciliùs amittitur possessio rerum mobilium quàm rerum soli, vt Papinianus tractat in *l. si rem mobilem 47. infr. de acquir. poss.* Difficiliùs ergo inducendum fuit, vt ex rebus mobilibus peculium constitueretur, ne tam facile foret filiisfamilias aut seruis deteriorem facere parentum aut dominorum condicionem. Inductus enim est vsus peculiorum, vt parentibus & dominis prospiceretur, non vt noceretur, vt diximus ad *l. 1. supr.*

DEC. Commodior ad commercium est, & ad lucrum quotidianum negotiatio rerum mobilium quàm immobilium, & ad exercendum negotiatoris ingenium, quòd earum rerum precia pro locorum & temporum varietate alia & alia sint *l. 3. de eo quod cert. loc. l. precia 63. ad leg. Falcid. l. si seruus 31. sup. ad leg. Aquil.* quod in rebus immobilibus quæ locum nunquam mutãt, non ita est. Nihil ergo prohibet, etiam in rebus mobilibus peculium constitui. Et quamuis ex euentu damnum aliquod ea res adferret patri vel domino imputare sibi deberet, qui tale peculium filiofamilias aut seruo concessisset, cùm totum hoc pendeat ex solius concedentis voluntate, vt diximus ad §. *præced.*

a *Et vicariorum peculium.* RAT. DVB. Vicarij peculium quasi proprium ipsius patrimonium est, non minùs quàm peculium serui ordinarij. Et in peculio vicarij illud tantùm ponendum est, quod is habeat seorsum à peculio serui ordinarij *l. 4. §. vltim. supr.* non ergo computari potest in peculio serui ordinarij peculium vicarij: alioqui dabitur progressus in infinitum, si admittamus posse peculium esse in peculio.

DEC. Eodem modo se habet seruus ordinarius ad suum vicarium, quomodo verus dominus erga seruum ordinarium: nam ordinarius quodammodo dominus est vicarij, & vicarius quodammodo seruus ordinarij: ergo etiam in peculio ordinarij computandum est peculium vicarij, nec verendum est, vt progressus fiat in infinitum, cùm nec vicariorum vicarij dari possint in infinitum. Denique sicut vicarij ipsi sunt in pèculio seruorum, ita & eorum peculia *l. 17. infr.*

b *Hoc amplius & nomina debitorum.* RAT. DVB. Res mobiles & immobiles sunt termini contradictorij, inter quos nihil medium & tertium esse potest, *l. si inter me 15. infr. de except. rei iudic.* Non ergo possunt nomina debitorum constituere tertiam partem bonorum à mobilibus & immobilib. bonis differentem, & qui post res mobiles & immobiles adiicit nomina debitorum, nihil amplius adiicit, eáque fuit iampridem Bartoli nostri sententia, à plerisque non modò doctoribus, sed etiam populis adprobata, vt iura quoque & actiones computari debeant in numero bonorum mobilium aut immobilium, prout competunt ad rem aliquam vel mobilem vel immobilem: sic enim ille ad *l. si sic legatum 75. §. vlt. de legat. 1.* ita vt qui bona sua omnia tam mobilia quàm immobilia, vel donauit, vel vendidit, vel obligauit, vel in dotem dedit, nulla iurium & actionum facta mentione de iuribus quoque & actionibus contraxisse, ac disposuisse existimetur.

DEC. Res omnes siue mobiles siue immobiles sunt corporales, cùm habeant talem denominationem à loco, qui non conuenit, nisi rebus corporalibus: ideò enim dicuntur mobiles, quòd à loco vbi sunt moueri facilè possunt, siue à seipsis, quæ speciliori nomine dicuntur, se mouentes, de quibus in *l. mouentium 93. de verb. signific.* siue ab alio quæ retento generis nomine mobiles appellantur. Immobiles verò ideò dicuntur, quòd à loco in quo sunt, moueri nunquam possint, neque à seipsis, neque ab alio: at iura & actiones sunt de numero rerum incorporalium, quia nec vllo loco contineri possunt neque definitiuè, neque circumscriptiuè *tit. de reb. corpor. & incorp.* apud Iustin. *l. 1. §. quædam supr. de rer. diuis.* vnde est, quod legato rerum omnium quæ alicubi sunt nomina debitorum non continentur *l. Caius Seius 86. de leg. 2. l. quæsitum 78. §. 1. de leg. 3.* differunt ergo toto genere à bonis mobilibus & immobilibus, & constituunt necessariò tertiam speciem bonorum ab aliis bonis separatam. Quod hic locus probat omnium optimè. Eóque passim iure vtimur, maximè verò in Senatu nostro Sabaudiæ, nisi cùm extat cõsuetudo aliqua in contrarium. Qualis esse dicitur apud Geneuates, & Bernenses: itaque errãt quotidie imperitiores plerique Notariorum, qui vt bona omnia in stipulatione comprehendant solent adicere *tam mobilia quàm immobilia*, nec obseruant ea adiectione excludi iura & actiones, quæ alioquin nuda & indistincta bonorum appellatione comprehẽdi simpliciùs & commodiùs potuissent *l. bonorum 49. de verb. signif.* Planè si quando nos cogat necessitas, iura quoque & actiones bonis mobilibus aut immobilibus adnumerare, supradicta Bartoli distinctio sequenda erit, vt latiùs à nobis demonstratum est in Codice nostro Fabriano.

5 ¶ Sed & si quid furti actione seruo deberetur, vel alia actione: in peculium computabitur. hæreditas quoque & legatum, vt Labeo ait.

Ad §. 5. Sed & si quid furti actione.

RAT. DVB. Neque furti actio, neque alia vlla exerceri à seruo potest, cùm in iudicio agere non possit, nec magis conuenire quàm conueniri *l. seruus 6. C. de iudic.* nec rursus etiamsi sit seruus heres institutus, aut legatum meruerit hereditas tamen aut legatum ad eum pertinere potest, sed ad dominum, cui per seruum ita acquiritur, vt ne momento quidẽ temporis consistat acquisitio in persona serui *l. placet 79. de acquir. hered.* non igitur fieri potest, vt quod siue furti, siue alia actione seruo debetur, in peculio eius sit, multóque minùs hereditas in qua institutus sit, aut legatum, quod ei datum fuerit: nam neque istorum capaces sunt serui, nisi ex persona domini *l. non minùs 31. de hered. instit.*

DEC.

BIU Cujas

DEC. Cùm seruo furtum factum est, actio quidem competit domino non seruo, sed tamen non eominùs verum est, deberi seruo naturaliter, quod per eam actionem debetur domino ciuiliter: non enim debetur domino, nisi ex persona serui. Cur non ergo computabitur in peculio serui, in quo erat ante furtum? nam nec minui solet cuiusquam liberi hominis patrimonium, ob furtum quoties furti reposcendi facultas adest, proposita contra furem actione, quia furtum nec acquirendi dominij modus est, nec amittendi: quod autem in liberi hominis patrimonio seruaretur, idem & in serui peculio seruandum est *l. quoties* 47. §. *vltimo infrà*. Idem & in hereditate & in legato probandum est, si seruus officio suo aliquo promeruerit, aut hereditatem aut legatum, aut etiam donationem *l. peculium & ex eo* 39. *infrà*, etsi enim hereditatis & legati & donationis commodum acquiritur per seruum domino, non solùm ignoranti, sed etiam inuito extra causam hereditatis in qua præcedere iussum & voluntatem domini oportet *l. etiam* 32. *de acquirend. rerum domin. iunct. l. qui in aliena* 6. *de acquirend. hered.* ipsa tamen institutio & legati datio, & donatio in personam serui collata est, quem verum est, & institutum heredem fuisse, & legatum aut donationem meruisse: sunt enim ista omnia meri facti, quorum seruus ita capax est, vt nec per eum transeant in dominum *l. qui heredi* 45. *de condict. & demonstr.* sed hoc ita accipiendum est, si non ipsius domini contemplatione seruus heres institutus sit, aut legatum vel donationem acceperit, non aliquo suo officio promeruerit: tunc enim non potest hereditas, neque legatum, neque donatio, esse in peculio serui, nisi ex noua & speciali domini concessione *d. l. peculium* 39. *infr. iunct. l. si serui vsusfructus* 21. *& sequent. supr. de vsufru.* sed & quod dicimus eo casu quo seruus hereditatem, vel legatum, vel donationem officio aliquo suo promeruerit, esse omnia ista in peculio serui, accipiendum est, haud dubiè sub perpetua illa exceptione, nisi fortè dominus hoc proposito fiat, vt nollet fieri ista peculij, quomodo scriptum est in §. *prox. seq.* semper enim meminisse oportet eius quod scripsimus ad §. *pupillum supr.* pendere hæc omnia ex peculij constitutione & ex constituentis domini voluntate: eędémque distinctiones etiam in filiofamilias adhibendæ sunt.

6 ¶ Sed & id, quod dominus sibi debet, in peculium habebit: si fortè in domini rationem impendit, & dominus ei debitor manere voluit: aut si debitorem eius dominus conuenit, quare si fortè [a] ex serui emptione, euictionis nomine, duplum dominus exegit: in peculium serui erit conuersum. nisi fortè dominus eo proposito fuit, vt nollet hoc esse in peculium serui.

Ad §. 6. Sed & id, quod dominus.

RAT. DVB. Cùm seruus aliquid ex peculio suo in rem domini sui impendit fecit id quod debuit, nec aliquid ex suo impendit, sed ex re ipsius domini cuius & totum peculium fuit: absurdum igitur est, vt dominus ex hac causa debitor serui sui constituatur, ac proinde vt id quoque quod ex peculio impensum est à seruo in rem domini adhuc in peculio computetur. Nam etsi seruus eiusdem peculij pecuniam pro alio soluisset, actionem tamen ad eam repetendam, non sibi, sed domino acquisiuisset, ita vt nec momento temporis obligatio & acquisitio in persona serui constitisset *l. placet* 79. *de acquir. hered.*

DEC. Postquàm ob vtilitatem dominorum ita receptum est, vt seruus licèt omnino incapax acquisitionis & habendi patrimonij, peculium tamen habere possit conniuentibus domini oculis, quasi proprium suum patrimonium, illud etiam admitti consequens fuit, vt ex eo peculio posset ipse & debitor fieri, & creditor domini tanquam alterius cuiuslibet, non quidem ciuiliter, quia nec obligari extraneo ciuiliter, nec sibi extraneum obligare similiter potest, sed naturaliter tantùm *l. serui* 14. *l. obligari* 43. *infr. de obligat. & action.* nec tam inspecto iure ciuili quàm facto ipso ex quo potissimùm naturalis obligatio æstimanda est *l. nec seruus* 41. *infrà*: nam cùm serui capaces sint eorum omnium, quæ sunt facti & naturæ tanquam qui iure naturæ à reliquis hominibus in nullo differant *l. quod attinet* 32. *de regulis iuris*, nec proinde ea quæ facti sunt, transeant à seruo in dominum, vt proximè scripsimus ex *l. qui heredi* 45. *infrà, de condict. & demonstrat.* consequens etiam est, vt naturalis obligatio, quæ tota ex facto & naturalis æquitatis vinculo æstimãda est *d. l. nec seruus iunct. l. Stichum* 95. §. *naturalis de solut.* possit in serui quoq; persona consistere, nec per seruum acquiratur domino, vt malè vir doctissimus Iacobus Cuiacius credidit, & nos docuimus latiùs ad *l. frater à fratre* 38. *suprà de condict. indebit.* Alioqui nec seruus domino quicquam debere naturaliter posset, quia potestate confusionis quæ natam quoque ciuilem obligationem solet extinguere *dict. l. Stichum* §. *aditio l. debitori* 50. *de fideiussor.* impediretur natiuitas obligationis naturalis, ne eodem instanti dominus & debitor & creditor sui ipsius constitueretur, nec quod in rem domini seruus impenderit, facere potest, vt eo minùs obligetur seruo dominus sicuti extraneo agente de peculio in eam actionem veniret etiam id, quod in rem domini versum esset *l. filiusfamilias* 19. *infrà de in rem verso*, sed in hoc differt obligatio naturalis qua dominus ex causa peculiari erga seruum suum proprium obstringitur ab ea, quæ inter seruum & extraneum quemlibet contraheretur, quod suam obligationem naturalem tollere dominus potest nuda sua voluntate, si nolit ipse manere serui debitor non etiam extraneus, vt sequitur in hoc §. Etsi enim dici solet neminem posse facto suo suam obligationem tollere inuito creditore *l. si seruum* 91. §. *nunc videamus infrà, de verborum obligat.* ad hanc domini erga seruum suum obligationem naturalem non pertinet, quæ tam infirma est, vt inuitum dominum non possit constringere: nimirum quia hæc quoque obligatio

BIU Cujas

peculiaris est, & cùm totum peculium seruo adimere dominus possit, vt tam sæpe diximus, quidni & hanc quoque obligationem tanquam partem peculij, *argument. l. iuris gentium* 7. §. *adeò*, in illis verbis, *nam si potest tota res tolli, cur non & reformari? supr. de pact. l. alumna* 30. §. *qui filias de admin. legat. iunct. l. non debet cui* 21. *de regul. iur.* idem est si debitorem serui dominus conuenerit, & ab eo aliquid exegerit: nam & quod exegerit in peculio serui computabitur, quia licèt id seruus ipse exigere non potuerit, qui nec agere potuit, ex eius tamen si non persona quæ iure ciuili nulla esse intelligitur *d. l. quod attinet*, saltem contractu egit dominus & ex obligatione illa ciuili, quę ex quolibet iusto contractu serui acquiritur domino. Seruus si quidem licèt obligari ciuiliter etiam extraneis cum quibus contrahit, non magis possit quàm ipsi domino, eos tamen domino suo ciuiliter obligat: & consequenter in vicem pecuniæ quam ex peculio dedit, ad ciuilem illam obligationem comparandam, quæ actionem peperit, æquum est id, quod per actionem illam exactum fuit, quodammodo substitui, & eidem peculio adscribi. Itaque ratio dubitandi hac parte illa fuit, quòd dominus non ex serui persona quicquam exegerit, sed ex sua propria, & ex ciuili obligatione, quæ serui nec fuit vnquam, nec esse potuit: sed decidendi illa est, quod obligatio illa ciuilis ex contractu serui descenderit, & ex ea re quæ in peculio ac veluti patrimonio serui fuerat.

a *Quare etsi fortè.* RAT. DVB. In emptione serui quem ex peculiaribus nummis seruus comparauit, non plus impensum fuit, quàm quanti precium formale serui fuit. Ergo si ex ea emptione dominus euicto seruo, qui emptº fuerat duplũ cõsecutus sit, fortè ex interposita duplæ stipulatione, solũ simplum computari debet in peculio, non duplum.

DEC. Quemadmodum seruus emptus ex peculio fuit peculiaris tanquam substitutus & subrogatus in locum nummorum qui peculiares fuerunt, ita & euicto seruo quicquid ex ea causa dominus consecutus est, id est, duplum totum eiusdem iuris & peculij censeri debet, tanquam subrogatum in vicem serui, qui ante euictionem peculiaris erat, & tanquam ex ipsius serui contractu, & stipulatione acquisitum. Exemplo eius quod dicimus, si seruus æstimatus in dotem datus sit, & postea euictus ob cuius euictionem maritus duplum consecutus sit, cogendum esse maritum actione de dote soluto matrimonio, non simplum duntaxat, sed totum duplum mulieri reddere, quia maritus occasione dotis duplum illud consecutus sit, & sufficiat indemnem eum seruari, non etiam ea re mulieris lucrum facere *l. quoties* 16. *infrà, de iur. dot.* Eadem enim iuris ratio, & proportio seruanda est inter dominum & seruum, cùm tractatur de peculio, quæ seruaretur inter extraneos de patrimoniis suis contrahentes, postquàm placuit peculium serui sic esse inspiciendum quasi verum liberi hominis patrimonium *d. l. peculium* 39. *d. l. quoties* 47. §. *vlt. infr. hoc tit.* & consequẽter seruum ipsum tanquam liberum hominem, & patrem familias, quod ad causam peculij attinet, nisi quod in potestate domini est, sicuti peculium totum seruo adimere: ita facere nuda voluntate, de qua tamen constet, vt in peculio non sit, quod alioquin esse deberet, vt Vlpianus hîc subiungit, & in *l. si peculium* 6. §. 1. *in fin. de pecul. legat.*

7 ¶ Sed & si quid ei conseruus debet, erit peculij: si modò ille habeat peculium, vel prout habebit.

Ad §. vlt. Sed & si quid ei.

RAT. DVB. Quod seruus debet conseruo suo in eiusdem domini potestate constituto, ipsi domino deberi intelligitur *l. sed etsi* 9. §. *huic definitioni, l. si seruus* 17. *infr. hoc titul. l. denique* 8. §. *qui Stichum infr. de pecul. legat.* ergo non potest videri esse in peculio serui creditoris, sed in separato patrimonio domini.

DEC. Quod seruo debet conseruus domino quidem deberi intelligitur, vt ex peculio debitoris deducatur, si modò ille peculium habuit, aut habebit, eo scilicet iure quo peculium inspicitur; tanquam quod verè sit in patrimonio domini, sed non eo minùs auget peculium serui creditoris, quatenus in eo peculio seruus habetur pro patre familias: obligatio enim naturalis inter conseruos contrahitur, quomodo inter seruum & dominum, sed eius commodum totum acquiritur domino, quia effectum suum exercere non potest in vtilitatem serui, id est, quantum ad deductionem retentionem, exceptionem & compensationem, qui præcipui effectus sunt naturalis obligationis, quia conseruus, quem ponimus conserui sui creditorem, neque à conseruo suo, neque à domino conueniri vnquam potest. Non aliis autem, quàm illis, qui ipsi conueniuntur, prodesse effectus vllus naturalis obligationis potest, vt diximus ad *l. frater à fratre* 38. *supra, de condict. indeb.*

8. PAVLVS libro 4. ad Sabinum.

NOn statim, quod dominus voluit ex re sua peculij esse, peculium fecit: sed si tradidit: aut, cùm apud eum esset, pro tradito habuit. desiderat enim res naturalem dationem. Contrà autem, simul atque noluit[a], peculium serui desinit peculium esse.

Ad l. Non statim 8.

RAT. DVB. Peculium pẽdet ex sola domini constitutione, id est, ex domini peculium constituentis voluntate *l. prox.* §. *pupillum supr.* Cuius enim potest interesse alterius, quàm domini? Ergo statim atque voluit dominus aliquid ex re sua esse peculij dicendum est, factam esse rẽ illam peculiarẽ: id enim est, quod vulgo iactari solet, vnumquemque rei suæ moderatorẽ esse, & arbitrum *l. in re mãdata* 21. *C. mãdat.*

BIU Cujas

dat. Nec quicquam esse tam conueniens naturali æquitati, quàm vt voluntas domini rem suam in alium transferre volentis rata habeatur *l. qua ratione 9. §. hæ quoque res de acquir rer. domin.*

Dec. Quemadmodum cùm agitur de vera translatione dominij, non sufficit voluntas transferendi dominij, si non interueniat traditio *d. §. hæ quoque res, aut actus aliquis traditioni æquipollens, vt in §. interdum ead. leg. §. per traditionem & seq. instit. de rer. diuis. l. traditio 20. de acquir. rer domin. l. traditionibus 20. Cod. de pact.* Ita & cùm agitur de constituendo peculio, vt dominium rerum peculiarium, quæ fuerant in puro dominio & patrimonio domini transeant in seruum, fiántque quasi proprium eius patrimonium traditionem similem interuenire, necesse est, vt fictio veritati respondeat *l. confessionibus 13. & l. sequ. in fin. supr. de interrog. in iur. fac.* nè alioqui plus possit fictio in casu ficto, quàm veritas in casu vero. Contra *l. si quis pro emptore 15. de vsucap. l. filio 23. de liber. & posthum.* Quod ergo dicimus peculium pendere ex constitutione & constitutione ex constituentis voluntate, in sensu quidem negatiuo verum est, vt nihil ab initio fieri possit peculij, quod non constituerit, & voluerit dominus [ex postfacto enim augeri peculium etiam ignorãte domino nihil prohibet *l. non solùm 49. infr.*] sed non similiter in sensu affirmatiuo: quasi sola voluntas domini faciat peculium citra vllam traditionem: prius verum, ac posterius falsum est: quamquam nec augeri peculium ex postfacto potest, solis verbis aut nuda voluntate, sed re ipsa *l. peculij 4. §. 1. supr.* & cum dicimus posse augeri etiam domino ignorante, ita semper intelligimus, vt tamẽ re ipsa augeatur, traditio igitur ab initio necessaria est, aut aliquid aliud quod æquipolleat traditioni, puta si res quam dominus peculiarem facere vult, iam sit penes seruum, vt nec ei tradi amplius, sed tantùm pro tradita haberi possit: sufficit enim ficta traditio cùm possessio iam est, penes eum cui peculium constituitur, vt & in *d. §. interdum:* desiderat enim res naturalem dationem, vt Paulus hîc loquitur, id est, veram & realem traditionem.

a *Contra autem simul atque noluit.* Rat. dvb. Nihil tam naturale est, quàm vnumquodque dissolui eo modo, quo colligatum est vulgata iuris regula *35. de regul. iur. l. prout 80. de solut.* atqui peculium non constituitur nuda voluntate, sed vera & naturali traditione, aut saltẽ quasi traditione, vt modò diximꝰ: ergo vt peculiũ desinat esse peculiũ nõ potest nuda volũtas sufficere, sed retrotraditione opꝰ est, *arg. l. ab emptione 58. supr. de pact. l. 1. C. quã. liceat ab empt. disced.*

Dec. Peculium quod per constitutionem & traditionem, aut quasi traditionem factum est velut proprium serui patrimonium, reuera manet in dominio & patrimonio domini, nec nisi conniuentibus domini oculis penes seruum iure peculij ac patrimonij esse intelligitur, *l. 4. §. 1. infr. de manumiss.* potest ergo dominus vel vno nutu oculi, quo significet nolle se ampliùs conniuere, peculium adimere, & quamuis res peculiares adhuc penes seruum maneant, efficere tamen vt desinant esse peculiares: frustráque retrotraditio requireretur ad transferendum in dominum à seruo dominium, quod seruus nunquam habuisset, nec habere potuisset. Alia ratio est dominij reuera translati per traditionem in extraneũ, qui capax sit eius retinendi, donec retrotraditio sequatur: sunt enim legitimi quidam modi transferendi dominij, inter quos traditio est, nuda domini voluntas non est, quæ nec sufficit ad simplicem dominij amissionem *l. si quis vi 17. §. differentia de acquir. poss.*

9. Vlpianvs libro 29. ad Edictum.

SEd si damnum seruo dominus dederit, in peculium hoc non imputabitur: non magis, quàm si subripuerit.

Ad l. Sed si damnum 9.

Rat. dvb. Quod dominus seruo suo peculium habenti debet, auget peculium & peculio computatur *l. quam Tuberonis 7. §. pen. supr.* atquin is qui damnum dat, aut etiam subripit aliquid, fit ex ea causa debitor illius cui damnum dat & subripit, etiamsi seruo damnum datum, vel furtum factũ sit *d. l. quã Tuberonis 7. §. sed etsi quid furti supr.* ergo ipso etiam domino damnum dante in rebus peculiaribus aut subripiente aliquid seruo suo, dicendum est in peculium imputarii id debere, vt ex improbitate domini peculium si non augebitur, saltem nec minuatur: ne alioqui malitiis indulgere videamur *l. in fundo 38. supra de rei vind.* & permittere domino, vt re sua abutatur, contrà quàm scriptum sit in *§. vlt. inst. de his qui sui vel alien. iur. sunt.*

Dec. Damnum dictum est ab adimendo, id est, ab ademptione & quasi diminutione patrimonij *l. 3. infr. de damn. infect.* quid verò potest adimere dominus seruo, qui nihil habet, nec habere potest, nisi quod conniuentibus oculis eum habere dominus patiatur, & cui totum etiam peculium adimere vno nutu dominus possit: neque igitur damnum dare seruo videri dominus potest, sed re sua vti potiùs, non abuti, nisi eo modo quo si seruum nullum haberet, quo casu factum ipsius esset inculpatum, si verò rem aliquam peculiarem dominus seruo subripuerit, multo minùs debitor eius fieri ex ea causa potest tanquam ex causa furti: cùm absurdum sit credere, furtum à domino fieri seruo posse. Quid enim aliud est furtum, quàm contrectatio rei alienæ & interuersio possessionis? *l. 1. §. vlt. de furt.* atqui nihil habere seruus potest, ne quidẽ ex peculiari causa quod non sit domini, nec rursus possessio ipsa rerum peculiarium ad seruum pertinere potest, cùm nihil possit ipse possidere vera possessione & ciuili, quæ licèt facti sit, plurimum tamen ex iure mutuatur *l. possessio 49. in princ. & §. 1. de acquir. poss.* cuius omnino incapaces sunt serui, sed naturali tantùm & actuali possessione, quæ nihil nisi asinina detentatio est, nec actionem furti parere seruo vnquam potest, *l. stipulatio ista 38. §. hi qui sunt, & §. hæc quoque stipulatio infr. de verb. oblig.* imò quod magis est, filiusfamilias ipse qui quoniam liber est, & habet caput in ciuitate, plus juris habet in omnibus ferè, quàm seruus, neque retinere, neque recuperare, neque adipisci possessionem rei peculiaris videtur, sed pater potiùs per filiũ

BIU Cujas

l. filius familias 93. de regul. iur. quis verò rei suæ, & à seipso solo possessæ furtum facere possit? Denique subripere verbum facti est furtum facere verbum iuris: quisquis furtum facit etiam subripit, sed non è contrario quisquis subripit, etiam furtum facit, dominus seruo subripere aliquid potest, at furtum facere non potest, nec si maximè velit.

1 ¶ Planè si conseruus dedit damnum, vel subripuit, in peculium videtur haberi, & ita Pomponius libro vndecimo scribit. nam & si quid dominus [a] ab eo, qui rem peculiarem subripuit, vel consecutus est, vel consequi potest: in peculium esse ei imputandum, Neratius libro secundo Responsorum scribit.

Ad §. 1. Planè si conseruus.

RAT. DVB. Non magis à conseruo, quàm à domino suo damnum pati potest seruus, qui nihil habet quòd ei possit adimi, si damnum ab ademptione dictum est, vt proximè diximus ex *l. 3. infr. de damn. infect.*

DEC. Habet seruus peculium suum à domino veluti proprium quoddam suũ patrimonium quod ei adimi à domino quidem potest ad nutum & arbitrium domini, siue in totum, siue ex parte, & siue per apertam ademptionem, siue damno dato: sed à conseruo non potest, quia in conserui potestate non est peculium, aut quicquam ex peculio adimere cõseruo non magis quàm in potestate extranei, nec à domino ipso factum videri potest, quod à seruo factũ est, per iniuriam conseruo illatam, & quæ ipsius etiam domini damnum & incommodũ respicit: quod ergo conseruus conseruo damnum dedit, vel subripuit, in peculio nihilominus computari dicendum est, perinde atque si ab extraneo damnum datum & furtum factum esset. Nam quod ab extraneo dominus reposceret per actionem furti aut legis Aquiliæ, vt mox dicemus, id à conseruo reposcere potest iure dominicæ potestatis conueniendo eum domi, vt loquitur *l. vlt. C. æn seruus pro suo fact.*

a *Nam & si quid dominus.* RAT. DVB. Quod dominus ab eo consecutus est, vel consequi potest, qui rem peculiarem subripuit, ad vtilitatem ipsius domini pertinet, non autem serui, cui subreptum est: perinde igitur haberi debet, ac si eatenus peculium ipse dominus ademisset: adimit enim qui summam facit, quantum potest, quod priùs fuerat alterius.

DEC. Non adimit peculium dominus, sed confirmat potiùs, qui iniuriam peculio factam vindicat, & quod ex peculio per iniuriam subtractum est reposcit, siue actione furti, siue qua alia *l. quam Tuberonis 7. §. sed & si quid furti supr.* & cùm actio illa sit peculiaris, tanquam acquisita domino ex causa peculij, consequens est, vt id quoque quod per eam actionem reposcitur, peculiare sit, & maneat, quale fuit antea, vt diximus ad *d. §. sed & si quid.*

2 ¶ PEculium autem deducto, quod domino debetur, computandum esse: quia præueniisse dominus, & cum seruo suo egisse creditur.

Ad §. 2. Peculium autem.

RAT. DVB. Cum seruo agere nemo potest ne quidem extraneus *l. cum seruo 107. de regul. iur.* ergo fieri nequit, vt seruus cum domino egisse prior & præueniisse credatur: quomodo enim factum fingi posset, quod re vera fieri nullo modo potest? debent siquidem fictiones respondere veritati *l. confessionibus 13. & l. sequ. §. 1. supr. de interrog. in iur. fac.* & semper supponendi sunt termini habiles *l. tutor 35. §. 1. supr. de iureiur. l. adigere 6. §. quamuis de iur. patron.* nõ ergo bona ratio est, quam adfert hîc Vlpianus vt probet, peculium computandum esse deducto eo quod domino debetur, præsertim cùm absurdum videatur dicere, seruo deberi aliquid à domino & contrahi obligationem aliquam etiam naturalem inter dominum & seruum, obstante scilicet iure dominicæ potestatis. Nam nec obligatio naturalis contrahi potest, nisi inter diuersas personas, vt alius sit debitor, alius creditor. Seruus autem personam nullam habet, qui nec caput vllum habere intelligitur *l. 3. §. vlt. & l. 4. supr. de capit. minut.*

DEC. Quod dominus non potest agere, & iudicio experiri cum seruo, facere debet, vt eo magis præueniisse, & cum eo egisse credendus sit, ne alioqui noceret ei quod agere non potuerit, cùm tamen non possit imputari ei, cur non egerit *l. si quid possessor. 31. §. pen. supr. de hered. petit.* & quemadmodum diximus aliquando debere tutorem aduersus seipsum plus præstare pupillo suo, quàm aduersus extraneũ, quia aduersus alios experiri sine actione non potuit *l. si pupillus 6. §. vlt. supr. de negot. gest. l. tutores imprimis de administr. & peric. tutor.* aduersus seipsum autem potuit *l. quoties 9. §. & generaliter eod. tit.* quamuis non minùs impossibile sit per rerum naturam, vt quis cum seipso agat, quàm vt sine actione cum alio *l. ne cum filio familias 16. infr. de furt.* ita & ei qui agere non potuit ob hoc ipsum interdum succurri debet, quòd non egerit, vt quasi egisse videatur, quoties tale quid est, vt credi debeat acturũ eum fuisse tanquam prudentem & diligentem patremfamilias, si agere potuisset: eáque causa est, propter quam nullum priuilegiũ præponi potest patri vel domino, cùm ex persona filij vel serui conueniuntur *l. ex facto 52. infr. hoc tit.* sicut & in liberto dicimus, nullũ posse antiquiorẽ cõtractũ esse quàm operarũ, sine quo libertas ei data non esset *l. in liberto 77. infr. de solut.* quasi & cũ pater filio vel dominus seruo dat peculium, ea quodámodo lege dare videatur, vt si quandoque debebit aliquid filius patri vel seruus domino, totum id ante omnia ex peculio deducatur: in traditionibus enim rerũ quodcunq; pactum sit, id valere certum est *l. in traditionib. 48. sup. de pact.* quid aũt refert, an expressũ pactũ interuenerit an tacitũ? præsertim inter eos inter quod nec expressum fieri potuisset *l. 3. supr. de reb. credi.* nec semel accidit, vt extra id quoq; quod agitur tacita obligatio aliqua nascatur *l. is qui commodatum 13. supr. commod. l. vlt. de furt. iunct. §. præterea ver. nam*

vt eli-

BIU Cujas

vt eleganter infr. vbi alia etiam ratio redditur, quòd non sit verisimile patrem vel dominum id etiam filio vel seruo concedere in peculium, habere quod sibi debetur. Quò etiam pertinet quod scriptum est in l. finoxali 11. §. denique inf. nō esse in peculio id quod domino debetur. Nec habēt cæteri creditores, quod conquerantur, cùm nec habituri fuerint contra patrem vel dominum actionem de peculio, si non ea veluti lege peculium ab initio concessum fuisset, quomodo & de iis creditoribus solemus dicere, qui licèt anteriores tempore in conuentione pignoris, postponuntur tamen ei qui saluam ipsis fecit pignoris causam l. interdum 5. infr. qui potior. in pignor. hab. l. licet 7. C. eod. nec quod seruus in potestate domini sit, nullámq; personam iure ciuili habere intelligatur, facere potest, quomin⁹ obligatio naturalis inter seruum & dominum contrahatur, quippe quæ ex facto ipso æstimanda sit & ex æquitate iuris naturalis l. nec seruus 41. infr. hoc tit. iure namque naturali inspecto nulla differētia est inter liberos homines & seruos l. quod attinet 32. de reg. iur. dicitur tamen hoc priuilegium domini, vt in eo quod sibi à seruo suo debetur cæteris omnibus creditoribus præferatur d. l. ex facto 52. infr. l. 1. supr. de tribut. act. & priuilegium deductionis in l. 5. §. sed est quæsitum 7. eod. titul. quia non tam ex conuētione aut ex lege à domino expressim dicta, quàm ex merà iuris potestate, peculij concessionem ita interpretantis proficiscitur: intellige tamē hæc omnia si pater aut domin⁹ dolo careāt, quādoquidē etiāsi per dolū ademerint peculiū vel imminuerint, perinde tamē tenētur, ac si neq; ademissēt, neq; imminuissēt, vt scriptū est in §. præterea infr.

3 ¶ Huic definitioni Seruius adiecit, & si quid his debeatur, qui sunt in eius potestate: quoniam hoc quoque domino deberi, nemo ambigit.

Ad §. 3. Huic definitioni.

RAT. DVB. Obligatio naturalis cùm sit meri facti, non potest per seruum acquiri domino, sed consistit in persona serui etiam cùm dominus ipse est obligatus seruo l. nec seruus 41. infr. hoc tit. alioqui non posset naturaliter obligari dominus seruo, nec seruus domino, si ita ius esset vt naturalis quoque obligatio per seruum domino acquireretur, quia potestas confusionis eo casu impediret natiuitatem obligationis, vt sæpiùs iam suprà diximus & latiùs ad l. frater à fratre 38. supr. de condict. indeb. ergo quod seruo peculium habenti debet conseruus, qui in eiusdem domini potestate est, non debet ex peculio deduci, tanquam quod ipsi domino debeatur. Et hoc sanè §. maximè abutuntur, qui cum Cuiacio defendunt naturalem obligationem acquiri patri per filium, & domino per seruum, non minùs quàm ciuilem, ex generali regula l. placet 29. infr. de acquir. hered.

DEC. Aliud est tractare de obligatione naturali filij vel serui, aliud verò de eo, quod ex naturali illa obligatione debetur filiofamilias, aut seruo: naturalis obligatio illa consistit in persona filijfamilias vel serui, quia tota facti est, vt diximus ad §. prox. quæ autem facti sunt, non transeunt ad patrem vel dominum l. qui heredi 44. de condic. & demonstr. sed quod ex obligatione illa naturali debetur, cùm non possit dici debitum, nisi in ordine ad acquisitionem, & ad solutionem, sicut & quod debetur ciuiliter, vt constat ex definitione obligationis apud Iustin. titu. de obligat. & ex l. cùm amplius 84. §. is natura debet de regul. iur. domino deberi dicitur & patri non seruo, aut filiofamilias, inspecto scilicet effectu magis quàm iure ipso obligationis, quoniam nihil solui potest seruo ex quacunque obligatione, quod non statim acquiratur domino etiam inuito l. etiam 32. de acquir. rer. domin. l. seruo inuito 62. de verb. obligat. nihil filiofamilias, quod non statim acquiratur patri volenti sibi acquiri: meritò igitur Seruius ad Neratij definitionem adiecit, etiam id quod debetur iis qui in eiusdem domini potestate sunt, deducendum esse de peculio, quia id quoque domino debeatur, quia si inter conseruos actio aliqua esse posset, aut inter dominum & seruum ex persona & contractu alterius conserui, is rei gerendæ ordo esse deberet, vt seruum debitorem conseruo suo condemnari primùm oporteret, deinde soluere, quo casu quod solutū esset conseruo, aut etiā domino ex contractu & persona conserui, haud dubiè domino acquireretur nō min⁹ quā si ipsi domino debitū, & solutū fuisset.

4 ¶ Prætereà id etiam deducetur, quod his personis debetur, quæ sunt in tutela, vel cura domini, vel patris: vel quorum negotia administrant, dummodo dolo careant[a], quoniam & si per dolum peculium vel ademerint, vel imminuerint: tenentur. nam si semper præuenire dominus, & agere videtur: cur non dicatur, etiam hoc nomine eum secum egisse, quo nomine vel tutelæ, vel negotiorum gestorum, vel vtili actione tenebitur? nam, vt eleganter Pedius ait. ideo hoc minùs in peculio est, quod domino, vel patri debetur: quoniam non est verisimile, dominum id concedere seruo in peculium habere, quod sibi debetur, sanè cùm ex cæteris causis ipsum à semetipso exegisse dicimus, qui negotia, vel tutelam geret: cur non etiam in specie peculiari exegerit, quod exigi debuit? defendēdum igitur erit, quasi sibi eum soluere, cùm quis agere de peculio conabitur.

Ad §. 4. Prætereà.

RAT. DVB. Quod debetur his personis, quæ sunt in tutela vel cura patris vel domini non potest videri debitum patri, aut domino: alia enim ratio est eorum, qui sunt in patria vel dominica potestate,

BIU Cujas

per quos quicquid acquiritur, vt modò dicebamus, patri ipsi dominóve acquiritur, ita vt ne momento quidem temporis acquisitio consistat in persona filijfamilias vel serui *l. placet 79. de acquir. hered. l. 1. si à parent. quis manum. sit.* At non similiter per eos, qui in potestate tutoris vel curatoris sunt, quicquam acquiritur tutori aut curatori, quin è contrario per tutorem & curatorem acquiritur penè ex omnib. causis eis, qui in tutela vel cura sunt *tot. tit. quand. ex fact. tutor. vel curat.* est quidem tutoria potestas vicaria, quodammodo patriæ potestatis, sed alienæ, id est, defuncti patris pupilli non ipsius tutoris, vt scripsimus in iurisprudentia nostra ad *tit. de tutel.* ergo non quemadmodum quod ipsi domino debetur, aut iis qui sunt in patria vel dominica potestate deducendũ est ex peculio quoties pater vel dominus de peculio conueniũtur, ita & deduci debet quod iis debetur, qui in tutela vel cura sunt, multoque minùs quod debetur iis, quorum negotia pater vel dominus administrant: cum administratio tutoris vel curatoris sit necessaria, officium autem negotiorum gestoris merè voluntarium *l. tutori 20. C. de negot. gest.*

Dec. Quemadmodum pater vel dominus semper præuenisse & cum filio vel seruo suo ante omnes egisse creditur, vt proximè diximus, ita & cum seipso egisse credendus est, eorum omnium nomine pro quibus tutelæ vel negotiorum gestorum actione siue directa, siue vtili conueniri possit: imputatur enim tutoribus vel curatoribus, cur cõtra seipsos nõ egerint illo etiam casu quo actionem nullam aduersus seipsos habuissent: aduersus alios enim agere sine actione non potuerunt *l. si pupilli 6. §. vlt. supr. de negot. gest. l. si quid possessor 31. §. pen. de petit. hered.* aduersus seipsos potuerunt *l. quoties 9. §. & generaliter infr. de admin. tutor.* porrò sicut ex cæteris causis tutorem vel curatorem à seipso exegisse dicimus, quia exigere debuit, cur non etiam in specie peculiari dicamus exegisse eum à filio vel seruo primùm, deinde à seipso quod exigere debuit? defendendum igitur erit, siue patrem, siue dominum quasi tùm sibi soluere ex peculio quod illis debetur, qui in tutela vel cura sunt, vel quorum negotia administrarunt, cùm incipiunt de peculio conueniri: egisse quidem ante videntur, sed non tam citò soluisse: nam & inter eos inter quos actio & exactio locum habet, actio semper præcedit exactionem & solutionem: cùm ergo deducit pater vel dominus in actione de peculio id quod sibi vel iis, quos habet in potestate vel quorum negotia gerit ex officio, siue necessario, siue voluntario debetur, non tunc soluere intelligitur, aut sibi aut negotiorum dominis, cùm deducit, quasi deductio solutionis vim habeat, sed deducit quasi iam solutum eo tempore quo cœpit de peculio conueniri, vt nec vllus quæstioni locus relinqui videatur, an soluendum amplius sit, quod iam solutum fuerit, aut saltem pro soluto habendum, adeò vt solus quoque agendi de peculio conatus sufficere hîc debeat quomodo Vlpianus scribit in huius §. postremis verbis.

a *Dummodo dolo careant.* Rat. dvb. Non facit dolo qui iure suo vtitur *l. si duorum 52. infr. de action. empt.* iuris enim executio non habet iniuriam *l. iniuriarum 13. §. 1. infr. de iniur.* atqui iure suo vtitur pater vel dominus, cùm deducit ex peculio, id quod sibi à filiofamilias vel à seruo debetur, aut iis quos habet in potestate, aut quorum negotia tanquam tutor vel curator, vel negotiorũ gestor administrat, quia non est verisimile patrem vel dominum id concedere filium vel seruum in peculium habere, quod sibi & aliis huiusmodi personis debeatur: non ergo potuit aut debuit exceptio ista hîc adiici.

Dec. Hæc deductio quæ ex peculio fit à patre, vel à domino, si non ademptio, certè diminutio aliqua peculij est, ac proinde ademptio ex parte: nam quod imminuitur ex parte adimitur, sicut & quod deterius fit ex parte perit, *l. 3. supr. de condict. tritic. l. 3. §. 1. commod.* atqui neque adimere, neque diminuere peculium dolo malo pater vel dominus potest, quin hoc ipso teneatur, de peculio saltem intra annum ac si neque ademisset, neque diminuisset *l. summatim ratione 21. infr. hoc titul. l. filiusfamilias 19. infr. de in rem verso.* ergo bona & necessaria hęc exceptio est, ne dolus patris vel domini noceat creditoribus qui bona fide cum filiofamilias vel seruo contraxerunt intuiti eius peculium tanquam proprium ipsius patrimonium *l. hinc quæritur 19. §. 1. l. & ancillarum 27. §. vlt. inf.* deniq; dolus impunitus remanere nũquã debet, ne tũ quidem cum ei soli nocuit, qui dolum admisit *l. procurator 11. §. 1. de doli mal. except.* multò minùs si alij cui nihil imputare possis nociturus sit.

5 ¶ Sed & creditor serui qui hæres extitit domino ejus, deducit de peculio, quod sibi debetur, si conueniatur: siue libertatẽ seruus acceperit, siue non. idémque & si legatus sit purè seruus. nam quasi præuenerit, & ipse secum egerit: sic deducet, quod sibi debetur, nullo momento dominium in manumisso, vel legato purè habuerit. & ita Iulianus libro duodecimo scribit. certè si sub conditione[a] seruus libertatem acceperit, minùs dubitanter Iulianus eodem loco scribit, hæredem deducere. dominus enim factus est. ad defensionem sententiæ suæ Iulianus[b] etiam illud adfert: quod si ei, qui post mortem serui, vel filij intra annum potuit conueniri de peculio: heres exstitero: proculdubio deducam, quod mihi debetur.

Ad §. 5. Sed & creditor.

Rat. dvb. Creditor serui directa libertate donati à domino suo etiamsi domino heres extiterit, nunquam tamen cum eo egisse, aut sibi ex peculio soluisse videri potest, cùm eius dominium nũquam habuerit. Cõpetit. n. directa libertas seruo tam citò quã heres institutus fit heres, per additionẽ & eo ipso instãti quo aditur hereditas, ita vt seru⁹ fact⁹ liber nõ alium patronum & manumissorẽ, quã defunctum ipsum habere intelligatur, vnde & Orcinus appellatur *l. 3. §. planè si fortè de legit. tutor. l. si socius 48. de manum.*

BIU Cujas

manum. testam. id est nullius *l. 4. in princip infr. de bon. libert. l. legatum* 80. *de legat. 2.* Ergo nec potest videri creditor, hic licèt domino heres extiterit, tùm sibi soluere, quod sibi seruus debuit, cùm incipit de peculio conueniri, vt scriptum est in fine §. præcedentis. Prius enim est, vt cum seipso egisse quàm vt sibi soluisse videatur: cùm non magis possint ista fingi facta esse, quàm fieri vno eodémque instanti. Eadémque dubitandi ratio est in ea specie, quæ mox subiungitur, si seruus debitor alicui sit legatus purè. Nam neque hoc casu dominium serui vllo momento mansit penes hunc creditorem: quod Vlpianus exprimit iis verbis, *licèt nullo momento dominium in manumisso vel legato purè habuerit dict. leg. legatum.*

Dec. Non quidem verè præueniisse & cum seruo egisse videri potest, creditor hic qui serui dominus numquam fuit, sed tamen quasi præueniisse & quasi cum seruo egisse intelligendus est, vt perinde possit deducere, quod sibi ab eo seruo debetur, tanquam qui licèt dominus serui huius numquam factus sit, in domini tamen ius & locum successerit, ideóque eodem iure censendus sit, quo esset, si seruus hic neque testamento manumissus: neque purè legatus fuisset, est enim legatum delibatio hereditatis quà testator alicui collatum, quid velit, ex eo quod alioquin vniuersum heredis foret *l. legatum est* 116. *in princip. de leg. 1.* Nec quod seruus manumissus aut purè legatus nullo momento fuerit in dominio huius creditoris eiusdémque heredis, damno adficere debet creditorem, eundémque heredem cui nihil imputari potest, & qui diligenter sibi prospexerat ab initio contrahendo cum seruo habente peculium, & ex cuius contractu obligauerat sibi dominum de peculio *argum. l. 3. infr. de separat.* nisi fortè quis imputare ei velit, cur domini quem seruus debitorem fecerat hereditatem adierit, atque ita se sui ipsius debitorem fecerit, cùm esset anteà creditor, & per consequens facto suo confusione obligationem extinxerit, quod tamen esset ridiculum: quid enim addere potest aditio, nisi vt qui antea neque dominus erat neque debitor, sed tantùm creditor fiat dominus? Heredem enim qui dicit, vtique dicit dominum §. *vltim. Institut. de hered. qualit. & differ.* Atqui si creditor hic per aditionem potuisset etiam serui huius fieri dominus, tanto magis ob hoc ipsum præueniisse & cum eo egisse crederetur: non ergo debet ei nocere, quod non est, & quod si esset, prodesse ei potius deberet, neque rursus quod per aditionem hereditatis domini quem habebat debitorem actione de peculio, factus sit ipse sui ipsius debitor potest parere confusionem ad extinguendam obligationem naturalem, quæ nec tùm extinguitur, cùm idem est debitor ex persona serui, tanquam ipsius dominus, & eiusdem creditor quominus saluam habeat deductionem eius quod sibi debetur ex peculio, si ab alio incipiat conueniri: nam neque alijs casibus confusio quæ per aditionem hereditatis contingit impedire solet deductionem & retentionem *l. imponenda* 6. *l. irritum* 8. C *ad leg. Falcid. l. Stichum aut Pamphilum* 95. §. *aditio vers. aliquando infr. de solut.* Denique non potest maior esse confusionis potestas in persona huius creditoris qui adeundo hereditatem domini numquam tamen dominus serui factus est, quàm si cum hereditate dominium quoque serui acquisiuisset. Quo casu prodesset ei, vt diximus, non noceret quod dominus serui debitoris factus fuisset, nec deterior eius conditio fieri ob id solùm potest quod ex postfacto dominus serui factus sit, quàm si iam inde ab initio seruus hic cùm contrahebat, dominum eum habuisset.

a *Certè si sub conditione* Rat. Dvb. Cùm seruus hic debitor accepit libertatem, aut legatus est sub condicione, quæ posteà quandocunque extitit, perinde haberi debet ac si ab initio purè data ei libertas aut purè legatus ipse fuisset. Existens enim quandocunque conditio facit puram dispositionem quæ anteà fuerat conditionalis *l. vlt. §. 1. de vulg & pupill. substit. l. potior qui potior. in pignor. hab. l. is cui via §. 1 supr. quemad. seruit amitt. l. & post Iulium* 2. §. 1. *famil. ercisc.* Ergo non habet hic casus minorem dubitationem, quàm superior, nec debuit Iulianus casum hunc datæ sub conditione libertatis aut legati serui ab eo casu distinguere, quo seruus purè legatus fuerit, aut purè libertatem acceperit. Dec. Seruus sub condicione legatus aut qui non nisi condicionalem libertatem meruit, interim heredis est, & quidem pleno iure *d. l. & post §. vlt. l generaliter* 29. §. 1. *infr. qui & à quib. manum. liberi non fiant.* Atqui in superioribus casibus purè datæ libertatis aut purè legati serui, tota dubitandi ratio ex eo pendebat, quod ne vno quidē momento dominium serui penes creditorem hūc fuisset, vt præueniisse & quasi cū eo seruo egisse censeretur, sicuti diximus. Ergo hic casus longè minorem habet dubitationē, cùm dominus aliquo tempore factus sit. Quo tempore præueniisse & cū seruo iā tùm suo egisse credendus est, quāuis illud quoq; verū sit existentē, quādocunq; condicionē legati facere, vt dominium rei legatæ quod interim fuit heredis nunquam ipsius fuisse videatur, sed cōtinuatū recta via à testatore in legatariū *d. l. is cui via §. 1.* vbi scripsimus & ad §. *res quæ.* Sed hoc fit ex fictione & potestate iuris, ne dominij translatio à testatore in legatariū impediatur per mediū ius mediāmq; personam heredis *l. si ego* 9. § *si res infr. de iur. dot.* & ne interim liceat heredi, tāquā domino quicquā facere in re legata, in legatarij iniuriam *d. l. generaliter* 29. §. 1. *qui & à quib. manum.* Cæterùm inspecta rei veritate dominium rei sub condicione legatæ interim pleno iure est heredis.

b *Ad defensionē sententiæ suæ Iulianus.* Rat. Dvb. eadem ferè est ad hunc versiculū, quæ ad superiores: nam & cùm ei qui post mortē filij vel serui sui intra annū potuit cōueniri de peculio heres extiti verum est, nunquam me fuisse dominū serui, nec cum eo egisse videri, qui iā tùm decesserat, cùm domino heres fui, & quāuis de filiofamilias obligato nō idē tractari possit, quod ad dominij causā pertinet quia cùm in patris sui dominio nunquā fuerit, multò minùs in meo esse potuit, idem tamē iuris est, quantū ad hoc vt cū eo egisse nunquā videri possim, qui iā mortuus fuit antequàm ius vllum contra eū agendi habuerim. Nō ergo videor posse deducere in actione de peculio id quod mihi debetur, sed decidendi ratio fortior illa est, quòd quamuis post filijfam. vel serui mortē heres extiterim domino, qui adhuc intra annū potuit de peculio cōueniri, eadē actio de peculio, quæ cōtra ipsum cōpetebat, datur cōtra me iure hereditario, ac proinde quēadmodū si dominus conuentus fuisset, aut pater post mortē filiifam. vel serui, æquè potuisset deducere quod sibi debitū fuisset, atque si viuo filio vel seruo etiam post annū fuisset cōuentus, (annalis siquidē actio de peculio censetur in cæteris omnib. eodē iure quo perpe-

BIU Cujas

tua, *l.2. & 3. infr. tit. prox.*) Ita ego quoque similiter deducere potero quod mihi debebitur. Quid enim refert, cùm heres sum & tanquam heres conuenior actione de peculio, an deducam id quod mihi debetur, an verò id quod ipsi defuncto debitum fuit? Imò longè maior ratio est, vt possim deducere id quod mihi debetur. Cuius nomine etiam actionem de peculio habere possem alio herede existente *arg. leg. sequens quæstio 68. de legat. 2.* Est enim semper facilior deductio & retentio possidenti, quàm actio *l. 1. infr. de pignor. l. 1. §. is autem de superfic. l. inuitus 156. §. cui damus de regul. iur.* Nec debet creditor serui idémque heres domini deterioris ob id condicionis esse, quàm alius heres quilibet quòd sit etiam creditor ex propria persona, *arg. leg. 1. §. vlt. infr. si à parent. quis manum. sit*, cùm si esset creditor ex persona defuncti, & iure hereditario perinde deductionem hanc ex peculio facere posset. Nam etsi defunctus huic creditori soluisset, quod eius seruus debuisset, id ex peculio deducere vel dominus ipse vel alius ipsius heres quilibet actione de peculio conuentus potuisset *§. vlt. infr. hac lege.* Quod autem in hoc §. scriptum est de seruo debitore mortuo, idem accipe de seruo quoque manumisso : nam & manumissio morti hac parte æquiparatur *l. Iulianus 6. infr. qui & à quibus manum. leg. si mihi 92. de solut.* & post manumissionem serui æquè actio de peculio est annalis *d. l. 1. infr. tit. prox.*

6 ¶ Siue autem ex contractu quid domino debeat, siue ex rationum reliquis : deducet dominus. Sed & si ex delicto ei debeat, [a] vtputà ob furtum, quod fecit : æquè deducetur. Sed est quæstionis [b] vtrùm ipsa furti æstimatio, id est, id solum, quod domino abest, an verò tantum quantum, si alienus seruus commisisset, id est, cùm furti pœnis. sed prior sententia verior est, vt ipsa furti æstimatio sola deducatur.

Ad §. 6. Siue autem ex contractu.

RAT. DVB. & DECID. eadem est, quæ ad superiores omnes huius tituli locos in quibus scriptum est, dominum conuentum actione de peculio posse ante cæteros omnes id deducere, quod sibi debetur, nisi quod cùm seruus ex contractu aliquo factus est domini debitor, imputari magis videtur posse domino, cur cum seruo suo contraxerit, quem sciebat, neque obligari ciuiliter, neque actione vlla conueniri posse, ita vt si quid ex ea causa damni patiatur, nec damnum pati vllum videatur ex regula *l. quod quis 203. de reg. iur.* Quanquam dici etiam illud potest, non minùs imputandum esse domino, cur citiùs à seruo rationes non exegerit, & reliquorum solutionem non vrserit, cùm iure dominicæ potestatis facere id quandoque potuerit, conueniendo seruum domi, vt loquitur *l. vlt. C. an seruus pro suo fact. post manumiss. teneat. iunct. l. filio 7. vt legat. seu fideic. seruand. caus. caueat, l. 4. C. de obseq. patron. præst.* Sed absurdum esset dominum, qui concedendo peculium seruo facit eum capacem commercij, & inuitat cæteros ad contrahendum cum eo, interdicere sibiipsi hoc commercio, & deterioris condicionis esse quàm alios, quomodo esset, si non posset sibi obligare seruum naturaliter, nec haberet priuilegium deductionis pro actione, quàm extraneus quilibet creditor haberet contra eum ex contractu inito cum seruo : nisi priuilegium illud aliquo suo facto perdiderit, vt in *l. procuratoris 5. §. sed est quæsitum supr. de tribut. action.* Intellige tamen hunc locum de contractu quolibet, qui sit iuris gentium, cuiusmodi sunt ferè omnes, *l. ex hoc iure 5. supr. de iustit. & iur. l. iuris gentium 7. in princip. de pact.* at non etiam de contractibus, qui sunt iuris ciuilis : cùm enim seruus pro nullo habeatur iure ciuili, non potest capax esse contractuum, qui sit iuris ciuilis, putà si vel à domino stipulari quid velit, vel stipulanti domino promittere, sed eorum tantùm qui sunt iuris gentium, *l. quod attinet 32. de regul. iur.* & quorum capaces remanent etiam illi qui ciuitatem totiúsque iuris ciuilis consortium amiserunt, *l. deportatus 15. inf. de interd. & releg.* Potest quidem seruus etiam stipulari, sed ex persona domini *Instit. de stipulat. seruor. & infr. eod. illo titul.* Ergo non à domino ad eum obligandum, multò minùs promittendo, vt se obliget domino, quemadmodum iam alio loco supra docuimus.

a *Sed & si ex delicto ei debeat.* RAT. DVB. Cùm dominus peculium seruo concedit, nihil de futuro serui delicto cogitat : sed tantùm de bona eius administratione. In mandato enim quantumuis generali, nunquam dolus, nec fraus continetur *leg. si procuratori 6. §. Celsus ait supr. de condict. indeb. l. creditor 60. §. vlt. infr. mandat.* Ergo cùm nihil habeat commune causa peculij cum causa delicti, non debet ex peculio deduci quod seruus domino ex delicto debet putà ex furto. Præsertim cùm dominus seruum hunc qui furtum rei peculiaris aut alterius fecit, conuenire possit domi, vt loquitur *l. vlt. Cod. an seruus pro suo fact. post manumiss. teneat.* id est, flagris & verberibus cædere.

DEC. Quòd ex delicto seruus domino debet, tantò magis debet, cùm præter spem & expectationem domini id fecerit. Eadémque ratio est huius quoque debiti deducendi atque si ex contractu debitum fuisset : quod enim dominus seruum conuenire domi & castigare potest, non facit, vteò minùs ei res absit, quam furto seruus subtraxit. Non ergo aliter indemnitatem consequi potest, quàm si conuentus à cæteris creditoribus actione de peculio huius quoque deductionis priuilegio vtatur, tanquam quod tantò fauorabilius videri debeat, quantò grauior & indignior delicti causa est, ex qua debet seruus.

b *Sed est quæstionis.* RAT. DVB. Quisquis furtum fecit, is debitor ex delicto est, non tantùm eius rei, quam furto subripuit, vel æstimationis ipsius, sed etiam pœnæ legitimæ, dupli scilicet ex lege duodecim tabularum, si furtum nec manifestum fuit, aut quadrupli ex iure Prætorio, si manifestum. Ideóque duplex actio ex delicto, contra furem comparata est, condictio furtiua ad rei furtiuæ vel æstimationis persecutionem, & actio furti ad pœnam *leg. si pro fure 7. §. 1. & leg. seq. supr. de condict. furt.* Adeò autem duplex hoc debitum est, vt si is cui furtum factum est, actione vna egerit, & exegerit, non minùs alia rursum experiri

experiri possit *d. §. 1. & l. si pignore 54. §. cùm furti infr. de furt.* quia in actionē pœnalem numquam venit ipsa res quæ furto subrepta est, nec æstimatio eius siue furti manifesti, siue nec manifesti agatur *l. qui vas 48. in princip. eod. tit.* Ergo si verū est, vt est, quod proximè diximus, dominū ius habere deducēdi ex peculio etiā id quod seruus ex furto alióve quolibet delicto debet, cōsequēs est dicere nō solū ipsam furti æstimationem, hoc est, id solum quod domino abest, ex peculio deduci debere, sed tantùm etiam quantum si alienus seruus furtum commisisset, id est, cum furti pœnis: tanti enim dominus serui condemnaretur si mallet damnum decidere quàm seruum noxæ dedere. Semper enim excipienda est facultas dedendi noxæ ex *lege 12. tabul.* si id dominus malit *l. miles 6. §. 1. de re iudic. l. 1. & tot. tit. supr. de noxal. act.* Videturque hæc sententia iis consentanea, quæ diximus in præcedentibus, eo colore dominum conuentum actione de peculio posse ex eo deducere id, quod sibi debetur, quasi alios creditores præuenisse, & cum seruo suo prior egisse intelligatur *§. peculium autem & §. præterea supr. hac lege.* Quid enim hoc aliud est, quàm videri dominum egisse cum seruo suo quemadmodum ex contractu habito cum seruo extraneo cōtra dominum agere de peculio potuisset, vt quia cum seruo suo agere non potuit, ea deductio sit ipsi vice actionis. DEC. Priuilegiū deductionis datum est domino vt indēnitatem duntaxat, non etiam vt lucrum consequatur. Est enim fauorabilis causa domini adeóq; fauorabilior quam cæterorum creditorum quatenus certat de damno vitando, nō etiam quatenus lucrū captere vult ex damno alieno, Quod & in alijs pleriſque iuris partibus euenit *l. quoties 16. in fin. de iur. dot. l. 3. in princip. de vi & vi armat. l. vlt. §. sin verò creditores C. de iur. delib.* Atquin si dominus posset deducere ex peculio serui furis etiam pœnā quadrupli, consequeretur lucrum & quidem ex damno alieno. Haberet enim pœnam in merq lucro, & supra id quod ei abesset, indeque fieret, vt tanto minus superesset ex peculio ad satisfaciendam cæteris creditoribus, qui proinde in damno morarentur. Nec videtur iniuria affici dominus, cùm ita lucrum ei extorqueatur non damnum infligatur, quomodo idem Vlp. noster ratiocinatur *in l. quod autem 6. §. simili modo infr. Quæ in fraud. credit.* Benè igitur concludit Vlpianus veriorem esse priorem sententiam, vt ipsa furti æstimatio sola deducatur, non etiam furti pœna. Id est quantum per condictionem furtiuam consequi dominus posset, si ab extraneo seruo furtum passus fuisset, non quantum per actionē furti. Ex quo intelligimus quàm parum subtiliter faciant, qui vt contra nos totamq; Iurisprudentiam defendant condictionem furtiuam non nasci ex delicto, sed ex nescio qua causæ suæ figura, sic locum hunc interpretantur, quasi fur debitor quidem sit ex delicto, sed respectu actionis furti, non condictionis furtiuæ. Nam cùm Vlpianus hîc apertè scribat, posse dominum deducere, quod seruus ex furti delicto debet, nec tamen minus apertè neget, deducere eum posse pœnam, quam per actionem furti consequi ab extraneo fure posset, sed solam rei furtiuæ & subreptæ æstimationem, an non prorsus consequens est, dicere dominum id solum deducere posse ex peculio tanquam sibi ex delicto debitum, quod per furtiuam condictionem ab alio fure quolibet consequi posset? Ergo debetur ex delicto quod per furtiuam condictionem petitur, licet illud quoque verum sit, ex delicto etiam deberi pœnam siue dupli, siue quadrupli, quam actor per actionem furti pœnalem persequitur. Quare non pugnat, quod ijdem adferunt ex Africano in *l. seruus 30. de action. emp.* esse hunc seruum debitorē domini ex causa condictionis. Cuius enim obsecro condictionis, nisi furtiuæ? & cur ex causa condictionis furtiuæ, nisi quia ex furto, & consequenter ex delicto? Iunge quæ hac de re scripsimus ad *l. si duo 13. §. idem Iulianus supr. de iureiur. & ad l. in condictione 9. supr. de condict. furt.*

7 ¶ Si ipse seruus sese vulnerauit, non debet hoc damnum deducere: non magis, quàm si se occiderit, vel præcipitauerit. licèt enim etiam seruis naturaliter in suum corpus sæuire. sed si à se vulneratum seruum dominus curauerit[a], sumptuum nomine debitorem eum domino puto effectum. quamquam si ægrum eum curasset, rem suam potiùs egisset.

Ad §. 7. Si ipse seruus.

RAT. DVB. Quod seruus domino debet ex delicto deducere dominus potest cōuentus actione de peculio, vt scriptū est in §. præcedente. Atqui seruus qui seipsum vulnerat, delinquere procul dubio videtur, & damnum infert domino, quem tanto pauperiorem facit, quanto se viliorem *l. 3. supr. de condict. tritic.* Potest igitur hoc quoque dominus ex peculio deducere, quanto vilior seruus factus est, quasi debitum sibi ex delicto serui: Multóque magis idem dicendum est, si seipsum seruus occiderit aut præcipitauerit. Nam si nec liber homo dominus est membrorum suorum, qui cæterarum rerum omnium dominus esse potest *l. liber homo 13. supr. ad leg. Aquil.* Quanto minus ferendum est, vt seruus sui ipsius dominus sit, qui seruus alterius est?

[a] DEC. Seruis concessum est naturaliter in corpus suum sæuire, quia cùm iure ciuili & in republica pro nullis habeantur *l. quod attinet 32. de reg. iur.* & pro quadrupedibus *l. 2. supr. ad leg. Aquil.* non est verendum ne seipsos lædēdo lædant rempublicam quomodo contingeret in homine libero qui cùm Reipublicæ priùs quàm sibi ipsi natus sit, necesse est, vt rempublicam ipsam pro domina agnoscat *l. 1. §. & generaliter infr. de ventr. in poss. mitt.* & legem quæ personarum ac rerum omnium quibus constat respublica, domina est *l. 2 supr. de legib.* Non ergo delinquit seruus qui seipsum vulnerat, vel occidit, vel præcipitat, nec proinde fit debitor ex delicto, cùm non delinquat, quisquis facit, quod licet sibi facere, & quidem naturaliter, id est, non iure quidem naturali, sed ductu tamen & impetu solo naturæ humanæ in brutalem degenerantis. Nam & brutis animantibus idipsum licet, quibus nihil illicitum est ad quod naturali motu deferantur, quia nec iniuriæ faciendæ capacia sunt, nec damnum facere dicuntur, sed pauperiem *l. 1 sup si quadrup. paup. feciss. dicat.* Ideoque bene Vlpian. in *dict. leg. liber homo*, de libero homine loquitur ad differen-

BIU Cujas

tiam serui de quo in hoc §. Ita fit vt hac parte plus iuris habere videatur seruus quàm liber homo, si plus iuris habere est, esse infeliciorem. Videtur autem Vlpianus hoc loco ad id alludere, quod tot locis scribit Seneca, homini ad vitam ingressum vnum duntaxat à natura datum esse, sed exitus quamplurimos & quot ferè velit. Nam & prudentes nostri etiam in libero homine hoc facilè admittunt, vt possit sibi manus inferre, dum ne alicuius criminis conscientia & accusationis metu, nec sine causa aliqua, sed vel tædio vitæ vel impatientia doloris, quod in persona nostri Aristonis inedia voluntaria consumpti euenisse Plinius in Epistolis refert, vel æris alieni magnitudine, & pudore, aut etiam iactationis gratia, vt quidam Philosophi fecerunt *l. 3. §. siquis autem & §. sic autem infr. de bon. eor. qui mort. sibi conscier. l. liberorũ* 11. §. *non solent supr. de his qui not. infam. l. siquis filio 6. §. eius qui deportatur infr. de iniust. rupt. l. eius qui 34. de testam. milit. l. 1. §. siquis non metu de Senatusconsulto Silaniano l. omne delictum 6. §. qui se vulnerauit de re militar.* Quod tamen à sacrosanctæ religionis nostræ moribus ac legibus tam alienum est, vt nec in seruo id tolerandum sit, qui ad imaginem Dei Opt. Max. æquè ac liber homo creatus est. Prudentes verò nostri in libero quidem homine supradictam distinctionem admiserunt: sed in seruo nullam eique vt seipsum vulnerare & occidere posset, si vellet, permiserũt, quasi is nec homo esset, aut in Rep. esse cẽseretur. Malus tamen & pessimus seruus ille esse creditur, qui tale aliquid facit, quo magis se humanis rebus extrahat, tanquam nihil in alium non ausurus, qui aduersus seipsum hoc ausus est, vt idem Vlpianus eleganter scribit in *l. cùm autem 23. §. excipitur, infr. de ædilit. edict.* & qui sibiipsi non pepercit, multò minùs aliis parcet, inquit Marcianus in *d. l. 3. §. sic autem de bon. eor. qui ant. sentent.*

a *Sed si à se vulneratum seruum dominus curauerit.* Intellige de seruo vulnerato à seipso non domino: nam in eo quem dominus vulnerasset aliud vtique probandum esset.

RAT. DVB. Non delinquit seruus, qui seipsum vulnerat, etiam sine causa: nec ideò fit debitor domini sui ex delicto, vt proximè diximus. Ergo nec si dominus in eo curando sumptum aliquem fecerit, debitor tamen ex ea causa fiet domini, non magis quàm si ex alia causa ægrum dominus curasset. Omni enim casu rem suam potiùs egisse dominus credendus est, cuius interfuit seruum curari.

DEC. Sumptus à domino facti ad seruum curandum, qui seipsum vulnerauit, negari nõ potest, quin ob serui culpam facti sint, quos non fuerat dominus facturus, si seruus seipsum non vulnerasset: cùm igitur factum serui causam iis dederit, meritò debitor sui domini ex ea causa factus intelligitur, non quidem ex delicto neque rursum ex contractu: sed ex quasi contractu, & eo ipso iure quo aduersus extraneum ex huiusmodi causa etiam negotiorum gestorum ageretur, *leg. si seruum alienum* 10. *Cod. de negot. gest. leg. sed an vltrò* 10. §. *vltim. supr. eodem illo titul.* Quod autem etiam suum negotium dominus hoc casu gessisse creditur, non principaliter fit, sed tantùm per consequentias, quæ attendi non solent, *leg.* 1. *leg. quod dicitur 7. infr. de authoritate tutor.*

8 ¶ Item deducetur de peculio, si quid dominus serui nomine obligatus est, aut præstitit obligatus. ita si quid ei creditum est iussu domini[a]: nam hoc deducendum, Iulianus libro duodecimo Digestorum scribit. sed hoc ita demùm verum puto, si non in rem domini, vel patris, quod acceptum est, peruenit. alioquin secum debebit compensare. Sed & si pro seruo fideiusserit[b]: deducendum, Iulianus libro duodecimo Digestorum scribit. Marcellus autem in vtroque si nondum quicquam domino absit, meliùs esse ait, præstare creditori: vt caueat ille refusurum se, si quid præstiterit dominus hoc nomine conuentus: quàm ab initio deduci: vt medij temporis interusurium magis creditor consequatur. Sed si de peculio conuentus dominus[c] condemnatus est: debebit deinde sequenti actione de peculio deduci. cœpit enim dominus, vel pater, iudicati teneri. nam & si quid serui nomine[d] non condemnatus præstitisset creditori, etiam hoc deducere.

Ad §. vlt. Item deducetur.

RAT. DVB. Multum referre videtur, an dominus serui sui nomine obligatus tantùm sit, necdum tamen quicquam præstiterit, an verò iam præstiterit aliquid ex causa eiusmodi obligationis. Posteriore siquidem casu aliquid iam abest domino, non etiam priore.

DEC. Etiam priore casu videtur abesse domino id in quo est obligatus *l. si quis mandatu* 28. *supr. de negot. gest.* Marcellus tamen magis probat, vt non sit hoc casu locus deductioni, sed melius sit præstare creditori, vt caueat ille refusurum se, si quid posteà dominus præstiterit ex obligatione illa conuentus, vt medij temporis interusurium creditor potiùs consequatur, qui alioquin morabitur in damno quàm dominus cui nihil adhuc abest, & cuius indemnitati non minùs tutò per cautionem quàm per deductionem consulitur: semper enim quantum fieri potest, iis consulendum est, potius qui certant de damno vitando, quàm iis qui lucrum captant ex damno alieno, vt diximus ad *§. sive autem, vers. sed est quæstionis supr.* Idque est quod Vlpianus ex Marcelli ad Iulianum notis in hoc §. subiungit, *in vers. Marcellus autem.*

a *Ita si quid ei creditum est iussu domini.*

RAT. DVB. Cùm seruus iussu domini contrahit, aut etiam extraneus cum seruo, videtur dominus ipse contrahere, qui iubet *l. 1. infr. quod iuss.* Non igitur potest dominus, cõuentus actione de peculio hoc deducere tanquã sibi debitum à seruo, cùm ab ipso

BIU Cujas

ipso domino ex persona propria debeatur.

Dec. Videtur quidem dominus ipse contrahere, mutuámq; pecuniã accipere, qui iubet eam credi seruo: sed hoc eo pertinet, vt creditori obligetur in solidũ non de peculio duntaxat *d.l.1.quod iuss.* Sed nõ facit ea res quin fiat dominus hoc ipso creditor serui sui cui pecuniam credi iubet, quémadmodum ex hac causa haberet contra alium, cui credi mandasset, actionem negotiorum gestorum, nisi poneres pecuniam huic seruo vel filiofamilias creditam iussu patris vel domini, in rem ipsius domini vel patris versam esse. Hoc enim casu, vt Vlpianus subijcit, debebit dominus vel pater secum pensare, vt loquitur Africanus in *l. quæ dotis 33.solut. matr.* id est, compensare tanquam vicissim ipse debitor serui vel filij sui constitutus, non quicquam ex peculio deducere. Nec sanè hæc Vlpiani nota & adiectio dubitationem vllam recipit, cùm is in cuius rem pecunia aliqua versa est, hoc ipso debitor eius pecuniæ fiat.

b *Sed & si pro seruo fideiusserit.* Rat. dvb. Non statim atque fideiussit aliquis pro extraneo habet, tamẽ mandati actionem, sed ita demum si soluerit, aut iam condemnatus sit, cùm fieri possit, vt numquam soluat, nec ad solutionem vrgeatur *l. Lucius 38.§. 1. infr. mandat. l. si pro ea 10.* Nec igitur permittendum est domino, qui pro seruo suo fideiussit, vt quicquam ex peculio deducat hoc nomine, cùm nihil adhuc ei absit. Dec. Abesse iam domino intelligitur id, in quo serui sui nomine, ex causa fideiussionis obligatus est *d.l. si quis mandatu 18.in fin. supr. de negot. gest.* quamuis Marcellus contra putauerit, non esse permittendum domino deductionem huius pecuniæ ab initio, id est, antequã ex causa fideiussionis soluerit, non quasi supradictam iuris propositionem desumptam ex *d. l. si quis mandatu.* non probauerit, quæ verissima est: sed quoniam in proposita specie est aliquid quod melius dici possit, vt indemnitati domini citra iniuriã cæterorum creditorum consulatur, & cæteris quoque creditoribus citra iniuriam domini, adhibito scilicet remedio cautionis præstandæ per creditorẽ agentem de peculio contra dominum de refundẽdo omni eo, quod dominum ex eiusmodi fideiussionis causa præstare, quandoque, contigerit. Ita enim fiet, vt domino nihil interim deducente interusurium totius medij temporis lucro cedat creditoris, qui alioquin moraretur in damno, vt iam diximus: nec idcirco tamen dominus periclitatur, cui per cautionem abunde consultum est, sed interusurij lucrum ei duntaxat eripitur, quod ad creditorem de damno vitando certantem pertinere æquius est. Semper enim melius est, repetitioni fauere, quàm aduentitio lucro *l. non debet actori 41.§. 1. de regul. iur.* Nec proinde hoc casu potest vsurpari ea iuris regula quæ vult cùm de lucro duorũ quæritur, meliorem esse causam possidentis *l. nemo prædo est 116.§. vlt. eod.* nec illa rursũ quæ habet, quoties vtriusque causa lucri ratio vertitur, eũ esse præferendum cuius in lucro causa tempore præcedit *l. quoties vtriusque 98. eod.* Hic enim certat dominus de lucro captando: creditor autem miser, qui pro actione solidi contentus esse cogitur actione de peculio, nihil aliud agit, nisi vt maneat in damno: denique domino nullum damnum infligitur, sed interusurij lucrum duntaxat ei eripitur, quod longè diuersum est *l. quod autem 6.§. simili modo infr. quæ in fraud. credit.* In perpetuum autem verissima & æquissima est iuris regula, eam semper capiendam interpretationem, per quam fiat, vt vtriusque partis indemnitati consulatur *l. ex his 8. eod. tit. tit.*

c *Sed si de peculio conuentus dominus.* Rat. dvb. Etiam cùm dominus de peculio conuentus ex causa qualibet & condemnatus est, nihil tamen adhuc ei abest reuera, cùm nihil dum ex condemnatione præstiterit, nulla iudicati adhuc secuta executione, quæ nec fortassis vnquam sequetur. Quid enim si creditorem sine herede alióve vllo successore mori contingeret, ac ne fisco quidem successore relicto? vt in *l. habere licere 57.infr. de euict. l. 1.§. idem Pomponius 14. versic. quid enim infr. depos.* Ergo etiam hoc casu supradicta Marcelli distinctio retinenda est, vt nihil possit dominus ex causa condemnationis deducere, non magis quàm ex causa fideiussionis quousque aliquid præstiterit: sed cautione à creditore præstanda contentus esse debeat, vt in superioribus casibus, ne interusurium medij temporis eripiatur creditori agenti de peculio, qui alioquin tanto plus ex debito suo sit amissurus. Dec. Quisquis pro alio fideiussit, si ex ea causa condemnatus sit, habet exinde mandati actionem, nec expectandum est, vt soluere cogatur, vel ex iudicati causa in carceres detrudatur *d. l. Lucius 38.§. 1. infr. mandat. d. l. si pro ea 10. C. eod. l. fideiussor. 45. infr. de fideiuss.* Porrò quo casu etiam actio fideiussori extraneo danda esset contra eum, pro quo fideiussisset, non est denegandum domino, vt deductione vtatur, cuius scilicet non minor, at potius maior longè fauor est, quàm actionis. Nec aduentitius ille casus computandus est, qui euenire non nisi rarissime potest, vt creditor, qui priore actione de peculio iudicatum dominũ fecit sine herede, alióve vllo successore moriatur *l. Iulianus 6. infr. qui & à quib. manum.* Ergo de sequenti actione de peculio deducendum id quoque erit, in quo dominus ex causa fideiussionis condemnatus est: cœpit enim iudicati teneri, quod sufficit, propter rerum iudicatarum authoritatem, quę tanta est, vt de futura omnimodo iudicati executione nec dubitandum sit: ne alioquin lusoria sint iudicia & iudicata, quorum vigor totus in executione consistit *l. si longis 7. Cod. de exec. rei iudic. leg. si Prætor 75.supr. de iudic. leg. vltim. infr. ne quid in loc. public. fiat. leg. à Diuo Pio 15. infr. de re iudic.*

d *Nam & si quid serui nomine.* Rat. Dvb. Videtur imputari posse domino, qui pro seruo suo fideiusserat, cur ex causa fideiussionis soluerit, antequam condemnaretur. Nec debet eius facilitas fraudi esse creditori, vt medij temporis interusurio priuetur, ex quo alioquin sibi soluere potuisset: sicut enim credulitas, ita & facilitas sua cuique imputanda est, non alteri *l. 1.§. dolum autem supr. de eo per quem fact. erit. l. qui hominem 34.§. si nullo de solut. leg. vir vxori 17. in fin. principij infr. ad SC. Velleian. l. si quis inficiatus 13. infr. depos.*

Dec. Qui scit se debitorem esse actoris, non prohibetur bonam fidem agnoscere *leg. quoties 9.§. nec vtique infr. de admin. tutor.* Debet enim vnusquisque aduersum se agere etiam sine actione §. *& generaliter ead. leg.* Proinde tantum abest, vt expectare debeat condemnationem, quæ optimo cuique cauenda & fugienda semper est, vt nec debeat expectare, vt conueniatur, si mali & perfidi hominis suspicionem velit effugere. Cùm non nisi aduersus perfidos homines iure ciuili actiones cõparatæ sint, vt Theophilus scribit

BIU Cujas

in *tit. de action. iunct. l. cùm ampliùs* 184. §. *is natura debet de reg. iur.* Nihil ergo est, quod imputetur domino, si soluerit etiam priùs quàm condemnaretur: multò minùs si post condemnationem non expectata dispendiosiore iudicati executione. Permittenda igitur ei est vtroque casu deductio ex peculio, quia & mandati aut negotiorum gestorum actio ipsi competeret, si pro extraneo ante condemnationem soluisset, mandati quidem si præcedente mandato fideiussisset. Negotiorum gestorum autem si mãdatum nullum interuenisset, *l. ex mandato* 20. §. 1. *infr. mandat.* Nam quo casu dominus agere posset contra extraneum, eodem casu si ex persona serui conueniatur, de peculio habet beneficium & priuilegium deductionis: nec addenda est hoc casu distinctio, quæ aliàs in fideiussore soluente addi solet: an omiserit exceptionem aliquam debitori principali competentem ex *leg. si fideiussor* 29. *in princip. & pass. eod. tit.* Nulla enim potuit seruo competere exceptio cum quo nec actio vlla fuit, *vulg. leg. cum seruo* 107. *de regul. iur. iunct. leg.* 2. *leg. exceptio* 22. *de excep.*

10. GAIVS libro 9. ad Edictum Prouinciale.

SI verò adhuc in suspenso est prius iudicium de peculio, & ex posteriore iudicio res iudicaretur: nullo modo debet proris iudicij ratio haberi in posteriore condemnatione: quia in actione de peculio occupantis melior est condicio. occupare autem videtur, non qui prior litem contestatus est, sed qui prior ad sententiam iudicis peruenit.

Ad Si l. verò 10.

RAT. DVB. Tum incipit competere domino vel patri priuilegium deductionis, cùm incipit conueniri actione de peculio, quia tum sibi soluere intelligitur, *l. prox. §. præterea in fin. supr.* Ergo etiamsi adhuc in suspenso sit prius iudicium de peculio institutum contra patrem vel dominum, nec dum sit pater aut dominus condemnatus, & ex posteriore iudicio res iudicetur. Prioris tamen iudicij ratio habenda est, in posteriore condemnatione, vt perinde ex peculio deducatur, & ex posteriore condemnatione id quod deduci posset, si ex priore iudicio iam condemnatus dominus fuisset. Quid enim dici posset iniquius, quàm deteriorem esse condicionem patris vel domini in iudicio posteriore de peculio, ob id solùm quod qui prior egit, negligentior fuerit in prosequenda lite, & tardiùs ad sententiam iudicis peruenerit, quàm qui posterior ad iudicium venit? Nisi fortè imputare volumus patri vel domino, cur in priore iudicio non vrserit aduersus seipsum condemnationem vt deductionis priuilegium aut sibi acquireret, aut acquisitum non amitteret, quod certè esset ridiculum.

DEC. Sensus legis non ille est, vt in iudicio posteriore de peculio deduci non possit, illud ipsum quod in priore deduci potuisset, sed hîc potiùs, vt quod petebat creditor, qui prior quidem egit de peculio: sed posterior ad sententiam iudicis peruenit, non sit deducendum in posteriore actione de peculio, quomodo deduceretur, si ex priore iam iudicatum esset, ratione illa quam Caius hîc adfert, quod in actione de peculio melior condicio sit occupantis *l. ex facto* 52. *infr. hoc tit. l. non enim* 6. *supr. de tribut. act. l.* 3. *supr. quod cum eo qui in alien. pot. est.* Occupasse autem is demùm videtur non qui prior litem contestatus est, sed qui prior ad sententiam iudicis peruenit. Neque in eo vlla fit iniuria patri vel domino, qui aduersus hunc qui prior egit, sed posterior obtinebit, deducturus æquè est, quicquid posteriori creditori priùs præstiterit, & inter solos creditores hęc contentio est, quorum alteri qui prior ad sententiam iudicis peruenit, imputari non potest, cur diligentior nõ fuerit in contestando: alteri verò qui prior egit, imputandum est, cur non diligentiùs litem prosecutus sit, vt citiùs ad sententiam perueniret. Quamuis in aliis plerisque causis occupare intelligatur ille, qui prior litem contestatur, vt in actione tributoria *d. leg. non enim*, vbi rationem diuersitatis attulimus. Itémque in duobus reis stipulandi *l. ex duobus reis stipulandi* 16. *infr. de duobus reis*, & in eo qui sibi aut alij stipulatus est, *l. si quis stipulatus* 57. §. 1. *de solut. & in specie l. si Titius & Seius* 9. *infr. de verbor. obligat.* Bene igitur Caius scribit, si adhuc in suspenso sit prius iudicium de peculio & ex posteriore priùs res iudicetur, nullomodo debere prioris iudicij rationem haberi in posteriori condemnatione, quia fieri id non posset, citra iniuriam diligentioris creditoris, cuius debitum deduci æquius est aduersus negligentiorem quàm debitum negligentioris aduersus diligentiorem. Patris autem vel domini nihil prorsus interest: nam quod in priore iudicio deduci potuisset, in posteriore quoque deducetur.

11. VLPIANVS libro 29. ad Edictum.

SI noxali iudicio conuentus dominus, litis æstimationem obtulerit, de peculio deducendum est, quod si noxæ dederit, nihil est deducendum.

Ad l. Si noxali 11.

RAT. DVB. Non debet esse in potestate patris vel domini, vt deteriorem faciat aduersarij sui condicionem *l.* 11. *supr. de alienat. iudic. mutat. caus. fact.* Nec proinde vt possit ex peculio deducere vel non possit: nam cùm deducit, facit vtique deteriorem condicionem creditoris agentis de peculio, qui tanto minùs consecuturus est. Atqui est in potestate & electione domini conuenti actione noxali ex delicto serui, vt vel damnum decidat, præstita litis æstimatione vel seruum noxium noxæ dedat. Ea namque vis & potestas est noxalis iudicij, *leg.* 1. *& pass. supr. de noxal. action.* Ergo si hæc distinctio adhibeatur, quam Vlpianus hîc ponit, an noxali iudicio conuentus dominus litis æstimationem

BIU Cujas

tionem obtulerit, an seruum noxæ dedere maluerit, vt priore casu deductio fiat ex peculio, posteriore non item erit in potestate domini facere, vt deductioni locus sit, vel non sit. Dec. Quod seruus debet ex delicto, deducendum est ex peculio, perinde atque id quod ex contractu debetur *l. sed si damnum 9. §. siue autem supr. hoc tit.* Atqui quicquid pro capite serui præstitum est, à domino, in eo seruum debitorem domini sui constitui certum est *l. Stichus 16. infr. de pecul. legat.* Ergo si noxali iudicio conuentus dominus litis æstimationem obtulerit, conuentus posteà de peculio eam poterit deducere. Neque verò hoc ipsius electioni & voluntati tribuendum est, sed potestati illius, quæ dominum sanè obligat, vt serui sui factum præstet, & pro eius delicto præstet integram litis æstimationem: quod autem potest etiam dominus, si velit, seruum noxæ dedere, non tam ex summo iure proficiscitur, quàm ex legis duodecim tabularum benignitate, quæ domino hanc eligendi facultatem saluam esse voluit, ea ratione æquitatis quòd non debeat seruus damno adficere dominum in plus, quàm quanti ipse est *l. 2. supr. de noxal. act. §. summa autem ratione Instit. eod.* Idque est, quod dici solet, noxæ deditionem semper sequi nec vnquam præcedere pecuniariam condemnationem *l. miles 6. §. decem inf. de re iudic.* Itaque cùm dominus pro noxa serui offert litis æstimationem, licèt ita sibi acquirat ius deductionis, non ideò tamen facit duriorem creditoris de peculio agentis condicionem, quàm ex iuris ratione esse debeat: quamuis faceret meliorem, si pro litis æstimatione noxæ deditionem eligeret, quandoquidem eo casu nihil ex peculio deduceretur, ne quidem æstimatio serui, cùm non possit seruus quisquam videri in suo ipse esse peculio *l. depositi 38. §. Stichus infr. d. l. Stichus 16. in fin. de pecul. legat.* Porrò nemo iubetur facere meliorem aduersarij sui condicionem, sed deteriorem facere tantùm prohibetur: nec distinguimus, quanta summa sit, quam dominus ex delicto serui pro litis æstimatione præstiterit, quia licèt tanta sit, vt expediret domino seruum ipsum noxæ dedere potiùs, quàm pro eo damnum decidere, totum tamen quod ipse præstiterit ex peculio deducetur, neque dolo quicquam fecisse dominus videbitur, qui tanti habuit, seruo illo non carere *dict. l. Stichus*, vbi tamen eleganter Africanus ait, non idem esse, si vicarium serui ordinarij dominus pro ipsius vicarij delicto noxæ dederit. Tunc enim etiam ex ordinarij serui peculio deducendum esse precium vicarij, quòd eo nomine seruus ordinarius ob defensionem vicarij sui debitor suo domino constitutus esse intelligatur.

1 ¶ Sed & si quid dominus soluturum se serui nomine repromisit, deduci oportebit. quemadmodum si quid domino seruus pro debitore expromiserat [a]. Idem est & si pro libertate [b], quid domino expromisit: quasi debitor domino sit effectus. Sed ita demum, si manumisso eo, agatur.

Ad §. 1. *Sed & si quid dominus.*

Rat. dvb. Quod dominus soluturum se serui sui nomine repromiserit, nondum solutum est, nec proinde abesse adhuc quicquam eo nomine domino videtur, qui nec fortassis ex sua vnquam promissione conuenietur. Non ergo interim deductioni locus esse hoc casu potest, sed tantùm cautioni quam à creditore agente de peculio præstandam esse suprà diximus ex Marcello in *l. sed si damnum 9. §. vlt. supr.* Quasi seruus non sit interim debitor domini, & melius sit interusurium medij temporis lucro cedere creditoris agentis de peculio, & certantis de damno vitando, quàm domini cui sufficit indemnitatem præstari eo tempore, quo aliquid ei abesse cœperit.

Dec. Domino abesse iam videtur id, in quo est pro seruo obligatus *l. si quis mandatu 28. in fin. supr. de negot. gest.* Ergo in actione de peculio hoc quoque deducendum erit. Neque Marcellus in hoc dissentit à Iuliano, sed in eo tantùm, quod Iulianus deductionem hanc ab initio fieri debere putabat, Marcellus verò non nisi eo casu, quo creditor agens de peculio non mallet cauere se refusurum domino, quicquid illum ex hac causa præstare quandoque contingeret, idque propter medij temporis interusurium: proinde etiam ex Marcelli sententia deductio facienda est, & quidem ab initio nisi creditor offerat cautionem. Hoc enim ei præstandum & indulgendum esse Marcellus voluit, scilicet patenti, vt in *l. 4. §. hoc autem iudicium infr. de damn. infect.* Et ita locus hic & totus §. ex illo intelligendus, & supplendus est. Nam & cùm præstatur cautio, hoc ipso deductio fieri intelligitur saltem ex postfacto. Cautio siquidem pro deductione est, vt diximus ad *d. §. vlt.*

a *Quemadmodum si quid domino seruus pro debitore expromiserat.* Rat. dvb. Non fit expromissor, nisi per stipulationem *l. & eleganter 7. §. seruus supr. de dol. mal.* vbi diximus *l. aliquando 13. in princip. infr. ad SC. Velleian. l. qui libertinus 37. §. sed si creditori infr. de oper. libert.* sicuti nec fideiussor *l. blanditus 12. C. de fideiuss.* expromissione enim fit nouatio *l. si verò 64. §. sed etsi reum 4. solut. matr.* quæ tamen non fit, nisi per stipulationem *l. 1. & pass. de nouat.* Atqui seruus cùm non habeat ius stipulandi, nisi ex domini sui persona *Instit. de stipulat. seruor.* sicuti non potest stipulari à domino, ita nec rursum videtur ei quicquam per stipulationem posse promittere, vt eadem ratio sit obligationis serui passiuæ quæ actiuæ, non potest igitur pro debitore domini aliquid ipsi domino expromittere, vt domino obligetur.

Dec. Inter dominum stipulantem & seruum promittentē naturalis obligatio contrahitur, quamuis non etiam ciuilis, quia stipulatio quælibet etiam inutilis habet consensum, non minùs quàm contractus qui sunt ex iure gentium, qui sufficit ad inducendam naturalem obligationem *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis infr. de solut. iunct. l. an inutilis 8. de acceptil.* Naturalis autem obligatio sufficit ad nouationem, id est, ad transferendam in alium ciuilem quoque priorem obligationem *d. l. 1. in fin. de nouat.* Potest igitur seruus obligari domino si expromittat pro alio ipsius domini debitore, & consequenter hoc quoque deducendum est in actione de peculio, tanquam à seruo debitum domino ex contractu, ex regula legis *sed si damnum 9. §. siue autem supr.* Aliud est, si seruus à domino stipuletur, non enim valet stipulatio, ne quidem ad dominum naturaliter obligandum, quia stipulatio tota iuris ciui-

BIU Cujas

lis est, nec proinde stipulandi ius habere seruus potest, nisi ex persona domini, quemadmodum diximus. Ergo vt stipuletur ab extraneo pro domino, non à domino ipso.

b *Idem est & si pro libertate.* RAT. DVB. Quod pro libertate promittitur in eum casum, & in illud tempus promittitur, quo libertas data erit, atqui nullum potest habere peculium is, qui iam liber est, nisi filiusfamilias proponatur: ergo neque ex peculio deducendum erit hoc quod seruus pro libertate promisit, quasi collata obligatione in tempus inhabile, quod ad causam peculij attinet *arg. l. Stichus* 39. *infr. de testam. manum. l. quod sponsæ* 4. *C. de donat. ant. nupt.*

DEC. Manumissione quidem desinit esse peculium, sicut & seruus desinit seruus esse, sed non extinguitur tamen actio de peculio, quæ etiam post manumissionem intra annum durat *l. 1. infr. tit. prox.* Quandiu autem durat actio de peculio, tandiu quoque necesse est, superesse ius deductionis faciendæ ex peculio, cùm deductio illa fiat in iudicio, quod de peculio contra dominum eiúsve heredem fuit institutum. Ergo & quod seruus pro libertate expromiserit, æquè deducetur, quasi seruo effecto domini debitore etiam ante manumissionem. Sed hoc ita si post eius manumissionem de peculio agatur, quomodo adhuc intra annum agi posse diximus. Nam si ante manumissionem ageretur, non posset deduci ex peculio ea summa, quæ nondum esset debita, tanquam non nisi sub condicione promissa libertatis præstandæ. Condicionem enim priùs existere necesse est, quàm ex condicionali obligatione aliquid debeatur, siue ciuiliter siue naturaliter *l. cedere diem* 213. *de verb. signific.* Cæterùm secuta manumissione adeò debitum intelligitur, id quod in seruitute pro libertate consequenda à seruo promissum fuit, vt quamuis non soleat seruus post manumissionem ex eo, quod in seruitute gessit conueniri, quasi alius homo factus, hoc tamen nomine conueniri possit actione in factum, si post manumissionem noua stipulatio nulla de ea re interceserit *l. promissæ* 3. *C. an seruus pro suo fact. iunct. l. eum actum* 17. *supr. de negot. gest.* Interdum etiam actione de dolo, vt in specie *d. l. & eleganter* §. *seruus de dolo.* Nec enim decipiendus est dominus, qui non aliter manumissurus fuit, sicut nec alius quisquam qui id fecit, quod aliter facturus non erat *l. si donaturus* 9. §. 1. *supr. de condict. caus. dat. l. purè* 5. §. *si eum infr. de doli mal. except. l. vlt. C. de pact. int. empt. & vendit. iunct. l. in traditionibus* 48. *supr. de pact.*

2 ¶ Sed si à debitore dominico seruus exegerit: an domini debitorem se fecerit quæritur. & Iulianus libro duodecimo Digestorum, non aliter dominum deducturum ait, quàm si ratum habuisset, quod exactum est. eadem & in filiofamilias dicenda erunt. & puto veram Iuliani sententiam. naturalia enim debita spectamus in peculij deductionem. est autem natura æquum, liberari filium, vel seruum obligatione, eo quòd in debitum videtur exegisse.

Ad § 2. *Sed si à debitore.*

RAT. DVB. Seruus qui à dominico debitore pecuniam exegit, nullo mandato præcedente exigit eam rem, quæ domino fuit debita. Ergo facit se hoc ipso domini sui debitorem, non minùs quàm si mandato præcedente exegisset, imò tanto magis quod exigens sine mandato, culpam saltem contrahit, immiscendo se rei ad se non pertinenti *l. culpa est* 36. *de regul. iur.* quæ culpa etiam delicto & furto proxima est, cùm ex huiusmodi causa plerumque furtum fiat *l. si vendidero* 80. §. *si Titius infr. de furt.* nec debet melior esse condicio serui exigentis sine mandato, quàm si cum mandato, sicut nec illius qui in mala fide est, quàm eius qui in bona *l. non solùm* 13. *supr. de noxal. action.*

DEC. Quod seruus exegit à debitore dominico, id est, non peculiari absque mandato, perinde adhuc debetur domino ac si solutum seruo non fuisset, quia per eam solutionem debitor liberari non potuit, nec si crediderit seruum habere mandatum *l. qui hominem* 34. §. *si nullo infr. de solut.* nec enim debuit tam credulus esse, tamque facilis ad soluendum, sed exigere mandatum debuit, vt tutò solueret *l. si quis inficiatus* 13. *infr. depos. it. iunct. l. 1.* §. *dolum autem supr. de eo per quem fact. erit.* Nulla ergo ratio est, vt eius pecuniæ, quam seruus nullo interueniente mandato à domini debitore exegit debitor factus videatur. Alioquin haberet dominus duos eiusdem pecuniæ debitores, & eum qui soluisset, & seruum qui solutionem accepisset, quod esset absurdum. Proinde verum est, quod Iulianus dixit, hanc pecuniam non aliter ex serui peculio deducendam esse, quàm si dominus exactionem ratam habuerit, quia si ratam habeat, facit vt debitam pecuniam exegisse videatur seruus, qui alioquin sibi indebitam exegit, non modò si falsus procurator fuerit, sed etsi falsò putauerit, habere se ius exigendi, & ideò si liber homo esset, condictione ipse teneretur, tanquam indebito accepto, quia solutio quæ non potest parere liberationem, parit semper condictionem *l. cum quis* 38. §. 1. & §. *qui hominem de solut. l. si non sortem* 26. §. *si centum l. cum is* 32. §. 1. *supr. de condict. indeb.* extra casum singularem *l. Neratius* 63. *eod. tit.* Idque est quod Vlpianus ex Iuliano scribit, naturalia debita spectari in peculij deductione, scilicet ea demùm debita deduci ex peculio, quæ naturalem habent æquitatem, ex qua scilicet sola æstimatur naturalis obligatio *l. Stichum* 95. §. *naturalis de solut.* quamuis vt debitor vel seruus domino, vel dominus seruo esse intelligatur ex causa ciuili computandum sit, vt non ex alia causa inter has personas obligatio naturalis contrahatur, quàm ex qua ciuilis obligatio inter alios contraheretur *l. non solùm* 49. §. *vlt. infr. hoc tit.* Atqui tantùm abest, vt natura æquum sit, obligari seruum vel filiumfamilias ob id, quod indebitam pecuniam exegisse videatur, vt è contrario natura æquum sit eum liberari, non quasi aliquando fuerit obligatus, sed hoc potiùs sensu ne in obligationem incidat ob eam causam, quippe qui nullum patri vel domino damnum intulerit, à quo non est debitor liberatus *d. l. si vendidero* 80. §. *si Titius de furt.* Et ita locus hic alioqui satis obscurus intelligi proculdubio debet. Quomodo enim liberaretur seruus vel filius, qui nunquam fuisset obli-

BIU Cujas

set obligatus? Quod autem loquitur Vlpianus post Iulianum de indebita pecunia exacta. Noli sic intelligere, quasi fuerit omnino indebita (ponimus enim debitam fuisse domino, & debitorem dominicum fuisse illum qui soluit) sed quia fuit indebitè per seruum aut filiumfamilias exacta, qui eius exigendæ nullum ius omnino habuerit, vt in *l. si procuratori* 14. vbi dixi *supr. de condict. cauſ. dat. l. si procurator 6. l. cùm indebitum* 57. §. 1. *supr. de condict. indeb.* Caue rursus ne huius loci rationem ex eo petas, quòd non videatur quisquam alij mandasse, vt indebitam pecuniam exigeret ex *d. l. si procurator 6.* §. *Celsus ait.* Pertinet enim ratio illa ad eum casum, quo is qui indebitum exegit, mandatum generale habuerit ad exigendum, vt in specie illius legis: nos verò eum casum tractamus, quo nullum prorsus mandatum seruus hic habuerit exigendæ pecuniæ à dominico debitore: quod verò addit Vlpianus idem in filiofamilias probandum esse, non aliam vtique recipit, aut dubitandi aut decidendi rationem, quàm quæ à nobis de seruo allata est. Pari enim passu filiusfamilias & seruus ambulant, itemque pater & dominus in actione de peculio, nisi cùm diuersitatis ratio aliqua reddi potest, vt in *l.* 3. §. *sed si filiusfamilias supr. iunct. l.* 3. §. *vnde etiam infr. de iniust. rupt. & irrit. fact. testam.*

3 ¶ Est autem quæstionis: an id, quod dominus semel deduxit, cùm conueniretur: rursus, si conueniatur de peculio, eximere debeat: an verò veluti solutum ei videatur, semel facta deductione. & Neratius, & Nerua putant, item Iulianus libro duodecimo scribit, si quidem abstulit hoc de peculio, non debere deduci: si verò eandem positionem peculij reliquit, debere eum deducere.

Ad §. 3 Est autem quæstionis.

RAT. DVB. Deductio habet vim solutionis *l. Stichum aut Pamphilum* 95. §. *aditio versic. aliquando infr. de solut.* Videtur enim sibi soluere dominus per deductionem, iam tum cùm incipit de peculio conueniri *l. sed si damnum* 9. §. *præterea in fin. supr.* Atqui bona fides non patitur, vt idem bis exigatur *l. bona fides* 136. *de regul. iur.* Ergo neque vt bis idem deducatur, cùm effectu ipso nihil differat deductio à solutione, nisi quod deductio commodior quædam solutio est. Sibi enim ipse soluit, qui ex peculio deducit, quod sibi debetur.

DEC. Non videtur deductum, quod non durat deductum, quomodo solemus dicere, non videri in rem versum, quod non durat versum *l. si pro patre* 10. §. *versum infr. de in rem vers.* nec permissum quod non durat permissum *l. item eorum 6.* §. *pen. supr. quod cuiusq. vniuers. nomin.* nec lis instituta in qua quis non perseueret *l. nam etsi is* §. 1. *supr. de inoffic. testam.* nec in potestatem domini peruenisse id, quod ita peruenit, vt auelli tamen ab eo possit *l.* 4. §. *tunc in potestatem infr. de vsucap.* nec denique solutum, quod non durat solutum *l. si rem* 20. *l. si quis aliam* 46. *l. in perpetuum* 61. *l. qui res* 98. *in princip. &* §. 1. *infr. de solut.* Ergo dominus qui post deductionem factam ex peculio eandem peculij positionem reliquit, nec deduxisse credendus est: siue hanc nouam quandam concessionem peculij esse velis, siue manente eodem peculio, & in eadem positione relicto, id quod deductum fuerat redditum potiùs, quàm denuò concessum esse *arg. l. filio* 23. *infr. de liber. & posthum. l. ab hostibus* 12. *C. de postlim. reuers. & redempt. ab hostib.* Est enim facilis reditus cuiusque rei ad suam naturam *l. si vnus* 27. §. *pactus ne peteret in fin. supr. de pact. & d. l. filio.* Ita demùm ergo id quod semel deductum est, deduci iterum non poterit, si dominus de peculio id re vera abstulerit, non etiam si eandem peculij positionem reliquerit. Sicut enim re non verbis peculium & constituendum & augendum est *l.* 4. §. 1. *l. non statim* 8. *supr.* Ita re quoque non verbis minuendum est per deductionem, & ablationem vt quod deduci potuit, deductum verè dici possit: quamuis alioqui nuda domini, vel patris voluntas sufficiat ad peculium vel adimendum in totum, vel minuendum *d. l. non statim in fin.* nec quod in vna actione de peculio dominus deductionem fecerit verbo tantùm, ad minuendam actionem illam, impedire potest, ne in alio quoque iudicio eandem deductionem faciat, quam re ipsa nondum fecerit. Tametsi in compensatione aliud sit, quæ vni petitioni destinata, alij postea obiici non potest *l. quod Labeo* 13. *infr. de compens.* nimirum quia deductio, quæ nudo tantùm verbo fit deductio non est: at compensatio etiam nudo verbo facta & opposita, vera compensatio est, veræque solutionis vim obtinet, tanquam quæ fiat ipso iure, si modò obiiciatur *l. si ambo* 10. *& pass. eod. ill. titul. infr. & Cod.*

4 ¶ Denique scribit: si seruus vicarium quinque valentem in peculium habuit, & domino quinque deberet, pro quibus vicarium dominus deduxisset, & mortuo postea vicario alium eiusdem precij seruus comparauerit: non desinere domini esse debitorem, quasi vicarius ille domino decesserit. nisi fortè, cùm eum seruo ademisset, & sibi soluisset, tunc decesserit.

Ad §. 4. Denique.

RAT. DVB. Deductio vim solutionis obtinet, vt modò dicebamus ex *l. sed si damnum* 9. §. *præterea in fin. supr.* Atqui solutio siue naturalis sit, siue ciuilis & imaginaria, vt acceptilatio, tollit obligationem omnem etiam naturalem, liberatque debitorem, dummodò facta sit vero creditori *l. in numerationibus* 44. *l. penult. & pass. infr. de solut.* §. 1. *& pass. Instit. quib. mod. tollit. oblig. l. debitori* 50. *infr. de fideiuss.* Ergo si ser-

BIU Cujas

uus vicarium quinque valentem in peculio habuerit, & cùm domino quinque deberet, vicarium dominus deduxerit, exinde habendus est pro liberato, & deductionis quasi solutionis potestate: & quamuis eo vicario mortuo seruus alium eiusdem precij comparauerit, non debet ea res facere, vt nouus hic vicarius, quasi in prioris locum subrogatus, ad dominum pertinere debeat iure deductionis, aut deduci à domino nunc possit: cùm is qui deductus fuerat, non seruo, sed domino perierit. Nec enim periculum casus fortuiti contingentis post solutionem ad eum pertinere potest, qui soluit, cùm fuerit liberatus, & obligatio semel extincta nunquam reuiuiscat *l. qui res* 98. §. *aream de solut.* Periculum autem rei cuiuslibet non ad alium quàm ad dominum spectare debeat *vulg. l. pignus* 9. *l. quæ fortuitis* 6. *C. de pignor. act. l. contractus* 23. *in fin. de regul. iur.* nec quod seruus hic quinque debebat domino, non vicarium ipsum, ad rem facit: siquidem constat etiam aliud pro alio volenti creditori solui posse *l. manifesti* 17. *C. de solut. l. si non sortem* 26. §. *si centum supr. de condict. indeb.*

DEC. Non videtur deductus à domino, eique solutus vicarius, quem in eadem peculij positione etiam post deductionem manere dominus voluit, secundùm ea quæ diximus ad §. præcedentem, cuius hic non nisi appendix, & ex eo illatio quædam est. Ergo quamuis vicarium valentem quinque dominus in priore actione de peculio, pro quinque deduxerit, cùm tamen eundem vicarium eidem seruo in peculium reliquerit, non ideo videri potest seruus in illis quinque liberatus, nec proinde vicarius ille domino quasi iam solutus decessisse, sed perinde ac si nulla dum deductio facta esset, poterit dominus in alia actione de peculio eadem quinque deducere, & pro iis, si velit, nouum vicarium, non tanquam in locum prioris, qui nunquam deductus fuisse intelligitur, subrogatum, sed tanquam peculiarem, & eo iure quo aliud quidlibet quod peculij esset, posset deducere, nisi forte, inquit Vlpianus, prior ille vicarius tum decesserit, cùm dominus eum iam seruo ademisset sibique soluisset, quia quandiu eum reipsa non abstulit, & seruo ademit, in eodem peculio eum reliquisse intelligitur, eandemque peculij positionem, quæ ante deductionem fuerat, conseruasse, licèt nullam aliam expressam voluntatis suæ testationem ea de re interposuerit. Planè si dominus vicarium illum, non tantùm verbo, sed etiam facto ademerat, isque posteà decessisset, aliud probandum erit, quoniam deductio illa vera fuit, nec eo minùs effectum suum habuit, quòd idem vicarius posteà decesserit, quem eo casu domino non seruo decessisse certum esset.

5 ¶ Idem rectè ait: si, cùm vicarius valeret decem, dominus conuentus de peculio quinque pro seruo præstitisset, quoniam quinque ipsi debebantur, mox vicarius decessisset: aduersus alium agentem de peculio, decem dominum deducturum. quia & in eo, quod iam pro eo soluit, debitorem seruum sibi fecerit. quæ sententia vera est: nisi seruo ademit vicarium, vt sibi solueret.

Ad §. 5. Idem rectè ait.

RAT. DVB. Si cùm vicarius valeret decem, dominus conuentus de peculio quinque præstiterit, quoniam quinque ipsi debebantur, atque ita vicarium in peculio retinuerit, isque vicarius subinde decesserit, negari non potest quin prior deductio effectum suum habuerit, cùm non nisi quinque dominus soluerit creditori agenti de peculio, cui alioquin citra deductionem soluere decem debuisset. Ergo aduersus alium creditorem agentem posteà de peculio, non debet dominus decem deducere, sed quinque tantùm, quasi aliis quinque per deductionem iam solutis: ne contra bonam fidem eadem quantitas bis exigi videatur, nec quod dominus eundem vicarium in eadem peculij positione reliquerit, meliorem ipsius condicionem facere debet, cùm videri possit, ita fecisse, non tam vt vicarium illum totum in peculio relinqueret, quàm quia non poterat totum vicarium deducere, quem ponimus dignum fuisse decem, cùm tamen quinque duntaxat domino deberentur. In quo hic casus differt à superiore, maioremque videtur habere rationem dubita. di: sed decidendi ratio illa est, quam Vlpianus exprimit, quia & in quinque illis, quæ dominus hic pro seruo suo iam soluit, debitorem sibi seruum fecit, qui proinde non minùs remanet debitor in decem, quàm si nihil dominus deduxisset: nam quod ad seruum pertinet, nihil deduxisse dominus intelligitur, cùm seruus in peculio suo vicarium retinuerit. Et ex decem, quæ dominus nunc deducit, quinque sunt, quæ ex noua causa debentur, illa scilicet, quæ pro seruo dominus præstitit priori creditori: nec enim antea domino debebantur, sed quinque duntaxat. Hæc verò quinque, iam olim domino debita, etiamnum debentur, quia soluta non sunt, sed deducta verbo tantùm per vicarij retentionem, qui tamen in eodem, vt dixi, mansit peculio. Nam si seruo ademisset dominus vicarium, vt sibi solueret (quomodo poterat adimere, si voluisset, non quidem iure deductionis, quia quinque duntaxat ei tum debebantur, cùm priore iudicio de peculio conuentus fuit, sed quia præstando creditori quinque pro seruo fecerat se creditorem in decem) nihil posset nunc in posteriore iudicio deducere, tanquam qui iam tota decem sibi soluisset per ademptionem vicarij, quamuis postmodum defuncti, cùm periisset domino non seruo, iuxta ea quæ diximus ad §. præcedentem. Parumque refert, an priori creditori quinque tantùm deberentur, an decem. Vtroque enim casu, æquè decem in posteriore iudicio deducentur. Ponendum tamen est, vt posuimus, debita ei fuisse decem, non quinque duntaxat. Alioqui non debuisset Iulianus scribere, dominum priore iudicio conuentum de peculio, quinque tantùm pro seruo præstitisse, quoniam ipsi quinque debebantur. Siquidem etiamsi nihil debitum fuisset domino, non tamen potuisset dominus pro seruo plus, quàm quinque præstare creditori, cui non nisi quinque debita fuissent.

Quod au-

BIU Cujas

6 ¶ Quod autem deduci debere diximus id, quod debetur ei, qui de peculio conuenitur: ita accipiendum est, si non hoc aliunde consequi potuit.

Ad §. 6. Quod autem.

RAT. DVB. Deductio parit retentionem, nam quod ex peculio deducitur, retinetur. Atqui melius & commodius est, domino retinere, quàm petere *l. plus cautionis 25. de regul. iur.* Non ergo dominus eo minùs deducere ex peculio debet ea quæ sibi debentur, quòd aliunde possit per actionem ea consequi, vel in totum, vel ex parte. DEC. Priuilegium deductionis quod domino datum est, vt conuentus de peculio ex persona serui possit deducere ex peculio id, quod sibi debetur (sic enim vocatur in *l. ex facto 52. infr. hoc tit. l. procuratoris 5. §. sed est quæsitum supr. de tribut. act.*) non aliam rationem habet, quàm æquitatis, & necessitatis, ne alioqui moretur dominus in damno si beneficium deductionis, & rerentionis ei denegetur cùm actionem aduersus seruum suum habere nullam possit, ideoque præueniisse alios omnes creditores, & cum seruo suo prior egisse, sibique soluisse creditur *l. sed si damnum 9. §. peculium supr.* Atqui nihil tale verendum est, cùm dominus aliunde quàm ex peculio consequi indemnitatem suam poteſt, vt in specie *l. 4. §. si opem supr.* Illud igitur temperamentum meritò inducendum fuit, vt eo casu non posset ex peculio quicquam deducere, vt scilicet creditori agenti de peculio prospiceretur, quem alioquin ex deductione per dominum facta damno affici necesse esset. Quippe qui ex contractu serui nullam nisi de peculio actionem habeat, nec aliunde quàm ex peculio indemnitatem suam sperare possit. Æquum sanè est domino priùs consuli, sed longè æquius vtrique prospici, id est, etiam creditori. Vt quantum fieri potest, neutra pars lædatur *l. ex his 8. infr. quæ in fraud. credit. l. seruus dotalis 58. in fin. solut. matr.* Excipe tamen casum *l. quod seruus 56.* vbi dicemus *infr.*

7 ¶ Denique Iulianus scribit, venditorem, qui seruum cum peculio vendidit, si de peculio conueniatur, non debere deducere, quod sibi debetur. potuit enim hoc ex ratione peculij detrahere, & nunc condicere quasi in debitum: quoniam non est in peculio, quod domino debetur. potest (inquit) etiam ex vendito agere. quod ita erit probandum [a], si tantùm fuit in peculio, cùm venderet, vt satisfacere debito dominus possit. ceterùm si postea quid accessit, condicionibus debiti existentibus, quod dominus non distraxerat: contrà erit dicendum.

Ad §. 7. Denique Iulianus.

RAT. DVB. Actio de peculio quæ intra annum datur aduersus dominum, qui seruum suum siue cum peculio, siue absque peculio vendidit, eadem actio est, quæ contra dominum daretur perpetua, si venditus seruus non esset, easdemque deductiones recipit, & condiciones *l. 2. infr. tit. prox. iunct. l. 1. cod.* Atqui in actione de peculio perpetua deducitur id omne, quod domino debetur, vt docuimus in præcedentibus. Ergo & eum dominus seruum suum vendidit, etiamsi cum peculio vendiderit, si tamen actione de peculio conueniatur, æquè permittendum est, vt deducat, quod sibi debetur. Neque enim credendus est, ius illud deductionis transtulisse in emptorem, cùm venditor ipse sit, qui conuenitur, nec quod venditori debetur, etiam emptori debeatur.

DEC. Non habet dominus priuilegium deducendi ex peculio, quod sibi debetur à seruo, si aliunde possit id consequi, vt dictum est in §. *prox. præced.* Atqui in proposita specie habet venditor duplicem actionem, per quam possit indemnitati suæ prospicere, condictionem indebiti per quam repetat, quod ex peculio soluit ad concurrentem vsque debiti sui quantitatem, quia non est in peculio id, quod domino debetur, cùm non sit verisimile dominum id concedere seruo in peculium habere, quod sibi debetur *l. sed si damnum 9. §. præterea supr.* poteratque venditor etiam post venditum cum peculio seruum, tradendo peculium detrahere ex ratione peculij id, quod sibi debebatur quasi nec venditum, & præterea actionem ex vendito, quæ cùm sit bonæ fidei danda est, venditori ad consequendum id omne, quod bonum & æquum est, licèt non desit alia strictior actio *l. 2. C. de pact. int. empt. & vendit.* adeoque si opus sit etiam ad rescindendam ipsam venditionem *l. ex empta 11. §. is qui vina infr. de act. empt.* Nihil ergo causæ est, cur in hac specie danda domino sit deductio in præiudicium creditoris agentis de peculio, cùm domino, eidemque creditori aliter consultum esse possit, creditori verò non possit.

a *Quod ita erit probandum.* Restrictio hæc est ad posteriorem partem sententiæ Iuliani, qua parte dat venditori actionem ex vendito contra emptorem, cui vendidit seruum cum peculio, ad repetendum id omne, quod deduci ex peculio potuit, nec tamen deductum est. Ait enim Vlpianus non vsque quaque id probandum esse, sed cum hac distinctione, si tantum fuit in peculio serui, cùm dominus venderet, quantum erat in debito, vt scilicet ex eo peculio satisfacere debito dominus posset. Nam si postea quid accesserit peculio quod dominus non distraxerat, contrà erit probandum, inquit Vlpianus, id est, non erit ferendum, vt venditor actione ex vendito repetat omne id, quod sibi debetur, eo prætextu quòd hodie tantum sit in peculio, quantum satis est, ad satisfaciendum domino. Non enim actio ex vendito porrigi potest vltra id, quod venditum est, & quod peculio vendito accessit extra causam venditionis, emptori proficere debet non venditori. Sunt tamen qui verba illa *si quid postea acceßit*, intelligere malint de eo, quod accesserit debito ad illud augendum, puta si debitum fuit vsurarium, vt sensus sit, non esse dandam actionem domino eidemque venditori, contra emptorem ex vendito ad omne id, quod ho-

BIU Cujas

diè debeatur propter vsurarum fortè accessiones, quæ post factam venditionem deberi cœperint, sed sufficere illi debeat habere actionem ex vendito ad eam vsque debiti quantitatem, quæ venditionis tempore debebatur *arg.l.diuortio 35.§.vlt.supr.de negot.gest.* Pro qua interpretatione faciunt verba illa *condicionibus debiti existentibus*, nisi quod pro *existentibus* mallem legere *exigentibus*. Alia enim condicio est debiti gratuiti, alia vsurarij. Sed vereor ne huic interpretationi non satis conueniant verba illa, quæ apud Vlpianum sequuntur, *quod dominus non distraxerat*, quæ nemo non videt referri ad debitum non posse, sed ad peculium, nisi malles rursum pro *distraxerat* legere *detraxerat*: nam & paullo antè scriptum est, *potuit enim hoc ex ratione peculij detrahere*. Et ita mihi omnino videtur. Alioqui non minùs difficile erit aptare priori interpretationi verba illa *condicionibus debiti exigentibus*, & quis eorum sensus esse possit, dicere, multo minùs si legas *existentibus*. Sic namque interpretari ac si scriptum esset, *si quid postea accesserit peculio*, per quam accessionem fiat, vt hodie satisfieri in totum possit venditori, cui antea satisfieri non potuisset, si modò condiciones debiti extiterint, non eo magis tamen permittendum venditori, vt agat ex vendito ad totum debitum consequendum, non videtur mihi probabile, cùm neque de condicionali debito Vlpianus hîc loquatur, neque debitum vllo modo dici possit, quod sub condicione debetur, antequàm condicio extiterit *l.cedere diem 213. de verb.signific.l.is cui 42.de oblig.& action.*

8 ¶ Idem scribit: si quis seruum, cuius nomine de peculio habebat actionem, comparasset: an possit deducere, quod sibi debetur: quoniam aduersus venditorem habeat actione de peculio, & rectè ait posse. nam & quiuis alius potest eligere, vtrum cum emptore, an cum venditore ageret. hunc igitur eligere pro actione deductionem. nec video quid habeant creditores, quod querantur: cùm possint ipsi venditorem conuenire, si quid forte putant esse in peculio.

Ad §.8.Idem scribit.

RAT. DVB. Non potest dominus serui conuentus actione de peculio deducere ex eo quod sibi debetur, si aliunde consequi indemnitatem possit §. *quod autem supr.* Atqui cùm quis seruum comparauit, cuius nomine habebat de peculio actionem, habet vtique aduersus venditorem actionem de peculio, scilicet intra annum *tit.prox.infr.* Ergo si conueniatur ipse, ex eiusdem serui persona actione de peculio tanquam nouus dominus, non est ei concedendum, vt aduersus creditorem agentem deducat id, quod sibi debetur.

DEC. Quilibet creditor serui venditi eligere potest, contra quem malit agere de peculio, an contra venditorem intra annum, ex parte illa edicti, de qua in *l.1.in princip.infr.tit.prox.* an potiùs contra emptorem tanquam dominum actione perpetua. Ergo cùm idem est emptor, & creditor, nihil impedit quominùs eligat pro actione deductionem, id est, quominùs deducat, quod ab alio quolibet emptore consequi per actionem posset, & à seipso si posset secum agere: habet enim hæc deductio velut instar actionis, vt etiam secum egisse videatur, vt & in specie *l.9.§.peculium & §.praterea à supr.* Neque verò habent cæteri creditores quod conquerantur, quorum tamen duntaxat gratia de iure deductionis quæritur, vt per eiusmodi deductionem, quàm minimùm fieri potest, lædantur. Possunt enim ipsi quoque venditorem conuenire de peculio, si quid fortè putant esse in peculio. Et cùm habeant electionem, an cum eo agere velint, an cum emptore admissa deductione. Non debet deterioris condicionis esse emptor idemque creditor: quomodo esset si contra venditorem agere de peculio cogeretur. Amitteret enim actionem quam habere deberet, contra quemlibet alium emptorem & quam exercere aduersus seipsum non potest, si non ei liceret pro actione illa impossibili possibilem eligere deductionem. Iunge *l.si ex duobus 32.§.pen.infr.hoc tit.*

9 ¶ Non solùm autem, quòd ei debetur, qui conuenitur, deducendum est: verùm etiam si quid socio eius debetur. & ita Iulianus libro duodecimo Digestorum scribit. nam qua ratione insolidum alteruter conuenitur, pari ratione deducere eum oportet, quod alteri debetur. quæ sententia recepta est.

Ad § vlt.Non solùm autem.

RAT. DVB. Quod inter alios actum est, aliis neque prodesse debet, neque nocere *tot.tit. C.inter alios action.aliis non nocer.* Ergo non est ferendum, vt qui actione de peculio conuenitur deducat, quod debetur alteri *l.sed in emptore 13.infr.* Satis enim magnum priuilegium domini est, vt possit deducere quod sibi debetur, nec vsque adeò extendendum est ad iniuriam & perniciem creditorum agentium de peculio, vt id etiam quod alij debetur deducatur. Sunt enim priuilegia omnia etiam quæ in corpore iuris clausa sunt, minùs fauorabilia, tanquam prohibita iis verbis legis duodecim tabularum, *Priuilegia ne irroganto*, & consequenter restringenda potiùs, quàm vel amplianda, vel multiplicanda.

DEC. Ius deductionis huius sicut habet pro causa naturalem obligationem, ita totum pendet ex naturali æquitate §. *sed si à debitore supr.* Naturalis autem æquitas facit, vt qui conuenitur actione de peculio possit deducere non tantùm id, quod sibi, sed etiam quod socio debetur. Quemadmodum è contrario, pro eo quod vnus ex sociis debet, alius quoque socius conueniri, & quidem in solidum potest. Eademque vrget vtroque casu ratio & iuris & æquitatis, cùm societas faciat omnia inter eos

BIU Cujas

ſnter eos communia *l. 1. & paſſ. infr. pro ſocio. l. quod debetur 51. infr. hoc tit. l. 3. in princip. ſupr. de tribut. act.* Vt ſocietatis commoda eum ſequantur quem ſequuntur incommoda ex regula *l. ſecundum naturam eſt 10. de regul. iur.* Nec poſſunt creditores peculiares hoc incommodum recuſare, pro quo habent etiam hoc commodum, vt quem ex ſociis velint aduerſarium ſibi poſſint eligere. Illum etiam cum quo non contraxerunt, adeóque penes quem peculium non eſt vt ſubiiciatur in *l. ſeq.*

12. IVLIANVS libro 12. Digeſtorum.

QVia hoc caſu etiam cum eo agi poteſt, penes quem peculium non eſt.

Ad l. Quia hoc caſu 12.

RAT. DVB. Actio de peculio habet denominationem ſuam à peculio, nec aliam cauſam, quàm peculium: ergo non poteſt contra eum dari penes quem non eſt peculium. DEC. Societas inducit communicationem bonorum omnium inter ſocios & quidem ſola conuentionis poteſtate & traditionis cuiuſdam tacitæ, quæ inter eos interuenire creditur *l. 1. §. 1. & l. 2. infr. pro ſocio.* ac proinde facit, vt peculium quod ſeruus communis habet vtriuſque ſocij eſſe intelligatur. Hoc verò ſufficit, vt alteruter de peculio in ſolidum conueniri poſſit, licèt peculium penes alium ſit quã penes eum qui conuenitur. In hac enim actione non tam inſpiciendũ eſt penes quem, quàm cuius ſit peculium, & quamuis peculium non ſit vtriuſque in ſolidum, quia duo eiuſdem rei domini in ſolidum ſinguli eſſe nõ poſſunt *l. 5. §. ſi duobus ſupr. commod. l. de hereditate 19. §. pater. de caſtrenſ. pecul.* Singuli tamen ſocij in ſolidum conueniuntur, quoniam qui cum ſeruo communi contrahit, vniuerſum eius peculium quod vbicumque eſt velut patrimonium intuetur *l. ſi ex duobus 31. in fine principij infr. hoc tit.* Nec debet in plures aduerſarios diſtringi qui cum vno contraxit *l. & ancillarum 27. §. vlt. eod. l. 2. ſupr. de exercit. act.* Is tamen qui conuenitur in ſolidum audiendus eſt, ſi actionem quã contra ſocium habet præſtare paratus ſit *l. quod debetur 51. in fin. infr. hoc tit. Junge l. quare 28. & quæ ibi dicam infr.*

13. VLPIANVS libro 29. ad Edictum.

SEd in emptore & venditore verà non eſt. item in fructuario & proprietario, & cæteris, qui non ſunt ſocij. ſed & in domino, & bonæ fidei emptore. nam & Iulianus libro duodecimo Digeſtorum ſcribit, neutrum eorum deducere id, quod alteri debetur.

Ad l. Sed in emptore 13.

RAT. DVB. Eadem ſolet eſſe cauſa emptoris ſiue ad petendum, ſiue ad defendendũ, quę fuit auctoris, id eſt, venditoris *l. inuitus 156. §. pen. de regul. iur.* ideoq. ſolet exceptio rei iudicatę à vẽditoris perſona ad emptorem tranſire *l. ſi à te 9. §. vlt. infr. de except. rei iudic.* quamuis dici ſoleat res inter alios iudicatas aliis nec prodeſſe debere nec nocere *Tot. tit. Cod. int. alios act. & quib. res iudic. non nocet.* Fructuarius autem in pleriſque cenſetur veluti procurator proprietarij *l. 1. §. vltim. infr. de oper. noui nunciat.* Denique bonæ fidei emptor in pleriſque loco domini eſt *leg. bonæ fidei 48. de acquir. poſſ.* quia bona fides tantùm poſſidenti præſtat quantum veritas vbi lex impedimento non eſt *l. bona fides 136. de regul. iur.* Ergo ſiue emptor ſerui ex cuius perſona & contractu agitur de peculio, conueniatur deducere poterit non tantùm quod ſibi, ſed etiam quod venditori debetur in cuius locum & ius ſucceſſit, ſiue fructuarius conueniatur deducere poterit ſimiliter etiam id quod debetur proprietario, denique bonæ fidei emptor quod debetur etiam domino. DEC. Alia perſona eſt venditoris, alia emptoris: alia item fructuarij, alia propritarij: alia denique domini, alia bonæ fidei emptoris; habentq; hi omnes iura ſeparata, & ex ſeparatis cauſis manantia *l. 1. §. 1. & infr. de SC. Silan. l. pen. de acquir. poſſ. iunct. l. naturaliter 12. §. nihil commune eod.* Et quamuis ſuccedat emptor in ius & locum venditoris, non ideo tamen eadem perſona eſſe intelligitur, quia vniuerſalis ſucceſſor non eſt, ſed ſingularis, in quem proinde obligationes perſonales ſiue actiuæ ſiue paſſiuæ non tranſeunt, niſi quæ ſunt venditæ *leg. vltim. §. 1. infr. de contr. empt. leg. 1. §. ſi heres ad S C. Trebell. l. æris alieni 15. C. de donat.* Ergo quod priuilegium datum eſt domino, vt poſſit in actione de peculio id deducere quod ſibi debetur, non æquè dandum eſt emptori vt poſſit deducere quod debetur venditori. Nec fructuario vt deducat quod debetur proprietario, nec denique bonæ fidei emptori vt deducat quod domino. Secundùm ea quæ in dubitandi ratione diximus ad *§. vltim. l. fi noxali 11. ſupr.* Idémque dicendum generaliter de iis omnibus qui ſocij non ſunt, quia ſoli ſocij excipiuntur propter eam diuerſitatis rationem quam attulimus *ad d. §. vltim.* dummodò ſciamus ſocios hac parte habendos eſſe eos etiam inter quos ſeruus communis eſt, quamuis ſine ſocietate, quia quod ad hunc ſeruum attinet habentur pro quodammodo ſociis & eodem iure cenſentur *leg. 3. in princip. ſupr. de tribut. act. l. & ancillarum 27. §. vltim. infr. hoc tit.* tanquam quos non conſenſus, ſed res ipſa coniunxerit ad ſocietatem vt Paulus loquitur in *leg. heredes 25. §. non tantùm ſupra famil. erciſcund.* Extra hos caſus numquam ferendum eſt, vt in actione de peculio alius deducat quod alij debeatur, vt ex eiuſdem Iuliani authoritate Vlpianus hîc comprobat, cuius ſententiam contrariam in ſociis receptam eſſe dixerat, ne quis fortè Iuliani authoritate abuteretur ad eandem ſententiam ampliandam, & ad cæteras quoque perſonas de quibus diximus protrahendam.

BIU Cujas

14. IVLIANVS libro 14. Digestorum.

ITẽ cũ testamẽto præsẽti die seruus liber esse iussus est: cũ omnib. heredibus de peculio agẽdũ est. nec quisquã eorũ ampliùs deducet, quã quod ipsi debeatur.

Ad l. Item cum testamento 14.

RAT DVB. Non debet in plures aduersarios distringi is qui cum vno tantùm cõtraxerit *l. & ancillarum* 27. §. *vlt. infr. l.* 2. *supr. de exercit. act.* Atquin is qui cum alieno seruo contraxit quem dominus testamento præsenti die liberum esse iussit, non nisi cum vno contraxit, cuius totum peculium veluti proprium ipsius patrimonium intuitus est *d. §. vlt & l. si ex duobus* 32. *in fine principij infr. hoc tit.* Ergo non debet in plures distringi aduersarios vt cum heredibus omnibus de peculio agendum habeat, sed permittendum ei est vt contra singulos in solidum experiatur. Præsertim cùm heredes omnes quotquot sunt vnam vnius defuncti personam repræsentent sicut hereditas *l. heres & hereditas* 22 *infr. de vsucap.* eadémque cum ipso persona esse censeantur *Nouell.* 48. *de iureiur. à morient. præst.* DEC. Iura omnia defuncti diuiduntur ipso iure per legem 12. tabularum inter heredes omnes pro hereditariis portionibus *l.* 1 C. *si cert. pet. & tot. tit. Cod. de hered. action. l* 1. *&* 2. C. *si ex plurib. hered. debit.* Exceptis iis iuribus quæ ipso iure indiuisibilia sunt *l. heredes* 25. §. *an ea stipulatio supr. famil. erciscund.* & meritò, quia cùm diuidat hereditatem in tot portiones in quot testator eam distribuit, aut quot sunt eorum capita qui ad legitimam intestati successionem vocantur, non debuit facere aut permittere vt vnus pro alio conueniretur, quasi tot constitutis per fictionem hereditatibus, quot sunt portiones hereditariæ *l. in singulis* 77. *infr. ad legem Falcid. &* §. 1. *Instit. eod. tit.* Atqui ius actionis de peculio, itémque ius deductionis faciendæ in actione de peculio commodè scindi potest, vt scriptum est in fine huius legis. Neque est ex genere eorum indiuiduorum quorum petitio aut præstatio non magis in heredum personis quàm in persona defuncti scindi potest, de quibus in *l.* 2. §. 1. *de verbor. obligationib.* & in quibus tantùm illud obtinet quod subijcitur in §. *ex hu eiusdem legu*, ex persona heredum condicionem obligationis immutari non posse. Ergo bene Iulianus dixit, cum omnibus heredibus hoc casu de peculio agendum esse, scilicet pro hereditariis portionibus, si pro iisdem portionibus peculium penes eos sit. Alioqui conueniendi erunt de peculio singuli heredes, non pro partibus hereditariis, quomodo ratione cæterorum onerum hereditariorum, neque in solidum, quomodo socij solent, sed pro iis tantùm partibus quas in peculio habebunt, quia actio de peculio nõ tam hereditatis quàm peculii onus est, vt dicemus ad *l. si quis seruũ* 29. *infr. ex l. quæsitum* 30. §. 1. *l. si ex duob.* 32. *in prin. infr.* nec proinde quẽquã eorũ amplius deducturũ, quã quod ipsi debeatur. Non enim permittendũ est vt vnus deducat, quod alteri debetur ex cuius persona non conuenitur.

1 ¶ Item cùm seruus viuo domino mortuus est, deinde dominus intra annum plures hæredes reliquit: & de peculio actio, & deductionis ius scinditur.

Ad §. 1 *Item cùm seruus.*

RAT. DVB. Ex persona heredum condicio obligationis, & actionis quæ ex ea obligatione contra defunctum competit immutari non potest *d. l.* 2. §. *ex hu infr. de verb oblig.* Atqui cùm seruus viuo domino mortuus est cœpit actio de peculio intra annum competere aduersus dominum *l.* 1. *infr. tit. prox.* eáque actio in persona domini fuit indiuidua, & in qua non potuisset ille pro parte se defendere, vt nec alius quilibet debitor aut promissor *l.* 4. *in fin. de verb. oblig.* ideóq; & in solidum deducere potuisset quod sibi debebatur. In eoq; differt hic casus à superiore, in quo numquam actio de peculio annalis cœpit competére cõtra defunctũ, qui in testamento duntaxat seruum suum manumisit. Non enim habet effectum manumissio nisi post mortem domini, adeoque post aditam hereditatem: ergo dicendum est si dominus serui iam mortui plures heredes reliquerit intra annum, nec actionem de peculio annalem, nec ius deductionis inter heredes scindi debere.

DEC. Ius actionis annalis de peculio non minus quàm actionis perpetuæ diuiduum est, itemq; vis deductionis, ergo diuiditur ipso iure per legem duodecim tabularum inter plures defuncti domini heredes, quamuis non tam pro hereditariis, quã pro peculiariis portionib. si aliæ partes quã hereditarię factę sint in diuidẽdo peculio, vt diximus proximè. Nec ad hoc genus obligationis & actionis diuiduæ pertinet quod scriptũ est in *d.* §. *ex hu*, sed ad obligationes & actiones indiuiduas sui natura, & quare ideo per legẽ duodecim tabularũ diuidi non possunt ne quidẽ inter heredes vt constat ex verbis illius § *& ex l. heredes* 25. §. *an ea stipulatio supr. famil. erciscund.* Nã in obligationib. diuiduis aliud proculdubio iuris est, vt quãuis promissor non possit pro parte se defendere, heredes tamẽ eius possint, qui nec in solidum cõueniri possũt, nec pro ea parte peculij quæ ad alios coheredes pertinet, sed pro portione sua quisq. hereditaria, & peculiari, diuisio enim illa quę fit per legẽ duodecim tabularum impedit ne in hereditate socij esse videantur *l. quæsitũ* 30. §. 1. *infr. hoc tit.* Iunge *l. si ex duob.* 32. *in princ.* vbi eadẽ quæstio fusiùs tractatur *infr.* & additur vnum ex pluribus istis heredibus conuentum liberare cæteros ipso iure quamuis non etiam ex æquitate: conueniri autem posse & debere pro ea parte peculij quæ penes eum est. Quod intellige siue pars illa maior sit, siue minor portione hereditaria. Nam in solis sociis receptum est vt etiam is penes quem peculium nullum est de peculio tamen in solidum conueniri possit *l.* 12. *supr.*

15. VLPIANVS libro 29. ad Edictum.

SEd si duo sint bonæ fidei possessores: adhuc dicendum erit, neutrum plus deducturum, quàm quod sibi debetur. idémque & si duo sunt fructuarij [a], quia nullam inter se habent societatem. idem dicetur interdum & in sociis [b]: si fortè separata apud se peculia habeant: vt alter alterius peculij nomine non conue-

BIU Cujas

conueniatur. cæterùm si commune sit peculium: & in solidum conuenientur: & deducetur, quod vtrique debetur.

Ad l. sed si duo sint.

RAT. DVB. Cùm duo sunt domini eiusdem serui, potest vnus ex ipsis conueniri de peculio in solidum, ne in plures aduersarios distringatur creditor qui cum vno contraxit,& vniuersum serui peculium tanquam proprium ipsius patrimonium intuitus est *l. & ancillarum* 27. §. *vlt. l. si ex duobus* 32. *in fine principij infr.* vt dixi *ad l. sed in emptore* 13. *supr.* habetq; is qui conuenitur in solidum ius deducendi ex peculio etiam id quod alij debetur *l.* 4. *supr. de tribut. act.* Atqui duo bonæ fidei emptores duorum dominorum iure censentur propter bonam fidem quæ possidenti tantùm præstat quantùm veritas vbi lex impedimento non est *l. bona fides* 136. Ergo æquè dicendum est posse illos singulos & in solidum deducere etiam quod alij debetur, qui non conuenitur. Nam & vno eorum conuento certum est alium ipso iure liberari *l. si ex duobus* 32. *in princip. versſed etsi plures infr.* DEC. Bonæ fidei possessores neque domini sunt neque pro dominis habendi absolutè ac in omnibus, sed in quibusdam tantùm puta cùm tractatur de acquisitione fructuum bona fide perceptorum *l. bonæ fidei* 48. *de acquir. rer. domin.* Nam in cæteris ferè omnibus lex impedimento est, ne possit bona fides tantùm præstare possidenti quantùm veritas cùm bona fides non sit modus legitimus acquirēdi dominij aut quasi dominij. Ergo non quemadmodum in duobus dominis eiusdem serui obtinet vt possit vnus deducere etiam id quod alij debetur *d. l.* 4. *de tribut. act.* Ita & in duobus bonæ fidei possessoribus probandum est, & ratio euidens diuersitatis illa est, quia non sicuti plures domini, ita & plures bonæ fidei possessores in solidum de peculio conueniri possunt, sed eorum quisque de eo peculio quod penes se habet *l. si ex duobus* 32. *vers. sedet si plures infr.* Nec proinde æquum est, vt possit vnus deducere quod alij debetur, cùm ex sua non ex alterius persona conueniatur: quod in duobus eiusdem serui dominis diuersum est *d. l. & ancillarum* §. *vlt. d. l.* 4. *de tribut. act.* Duo enim domini eiusdem rei sunt in ea re quodammodo socij vt dixi *ad d. l. sed in emptore.* At duo bonæ fidei possessores nullam habent inter se societatem sicut nec duo fructuarij, vt sequitur in textu. Mallem ego in principio huius legis legere, *sedet si*: est enim hæc dictio *sed* hîc continuatiua, non aduersatiua.

a *Idemque etsi duo sunt fructuarij.* RAT. DVB. Duo fructuarij melius comparantur duobus eiusdē serui dominis, quàm duo bonæ fidei possessores: habent enim dominium vsusfructus, ideoq; & vindicationem eius habent *Tot. tit. supr. si vsusfr. petat. l.* 1. §. *vlt. infr. de noui oper. nunciat. quæ non nisi dominis datur l. in rem* 23. *supr. de rei vindicat. l. Quintus* 25. §. *argento infr. de aur. & argent. legat.* Præter id quod vsusfructus in multis casibus pars dominij est, *l.* 4. *l. si Titio* 33. §. 1. *supr. de vsufruct.* aut saltem portionis instar obtinet *leg. cùm filius* 76. §. *dominus de legat.* 2. *l. qui vsumfructum* 58. *de verb. obligat.* quia emolumentum rei continet *d.* §. *dominus.* Proinde possunt duo fructuarij videri quodammodo socij in vsufructu sicut & duo domini eiusdem serui vt eorum vnusquisque possit conueniri in solidum de peculio, atque ita deducere id quoque, quod alij debetur *dict. l. & ancillarum* 27. §. *vltim. infr. hoc titul. iunct. dict. leg.* 4. *supr. de tribut. act.* præsertim si non alternis annis fruantur, quod plerunque fit vt in *leg. quoties* 34. *supr. de vsufr. leg.* 2. *supr. quib. mod. vsusfr. amitt.* vel eiusdem temporis vsumfructum inter se partiantur vt in *leg.* 1. *& tot. tit. de vsufr. adcresc.*

DEC. Vsusfructus in iure non in parte consistit *l. Mœuius* 66. §. *fundo de legat.* 2. *leg. si à reo* 70. §. *si reo infr. de fideiuss.* nec malè quis fundum suum dicit etiam cuius vsusfructus alienus est *l. rectè dicimus* 25. *de verb. signific.* Nulla ergo dominij societate duo fructuarij iunguntur, nec magis inter se quàm cū domino proprietatis. Ergo nec bona est eorum comparatio cum duobus eiusdem serui dominis, vt exemplo plurium dominorum possit eorum quisque in solidum conueniri de peculio, & is qui conuenitur deducere quod alij debetur. Sunt verò similiores duobus bonæ fidei possessoribus, vt possit vnusquisque de eo peculio conueniri, quod penes se habet non vltra *dict. leg. si ex duobus* 32. *versic. sed etsi plures infr. hoc tit.*

b *Idem dicetur interdum & in socijs.*

RAT. DVB. Societas facit commune peculium serui communis, sicut & cætera bona omnia sociorum communicat, si sit vniuersalis *l.* 1. *& 2. infr. pro socio.* Ergo facere debet vt & in solidum vnusquisque ex socijs possit de peculio conueniri, non pro ea tantùm parte quam habet in peculio, aut pro qua peculium penes ipsum est, & vt conuentus possit deducere, non tantùm quod sibi, sed etiam quod socio debetur *l. si noxali* 11. §. *vlt. & l. seq.* vbi diximus *supr. hoc tit.*

DEC. Regulariter quidem ita est, sed interdum fieri potest, vt socij peculia habeant separata, ne alter alterius peculij nomine conueniatur: quod cùm accidit non potest inter eos commune esse peculium, cùm expressa conuentio faciat cessare tacitam traditionem, quæ ad inducendam illam communicationem interuenire creditur *d. l.* 2. *infr. pro socio.* extra hunc casum & alios qui proponuntur *in l. seq.* peculium commune est, & in solidum conuenientur singuli, & deducet conuentus vnus quod vtrique debetur *d. l. si noxali* §. *vlt.*

16. IVLIANVS libro 12. Digestorum.

QVis ergo casus est, quo peculium serui communis ad alterum ex dominis solum pertineat? in primis, si quis serui partem dimidiam vendiderit: nec peculium ei concesserit. deinde si quis seruo communi[a] pecuniam, vel res aliquas ea mēte dederit, vt proprietatem earum retineret, administrationem autem seruo concederet. Marcellus notat[b]: Est etiam ille casus, si alter ademerit, vel si omni quidem modo concesserit dominus: sed in nominibus erit concessio.

BIU Cujas

Ad l. *Quis ergo casus* 16.

Non satis aptè videtur hæc lex iuncta esse superiori: nam in superiore quidem dicitur posse aliquo casu peculium serui communis esse non commune: sed quis ille casus sit, statim exprimit Vlpianus, si fortè socij separata apud se peculia habeāt ac Iulianus hîc casum quærit in quo non plura & separata sint eiusdem serui peculia, sed vnicum duntaxat, quod tamen ad alterum ex dominis solum pertineat, de quo in lege præcedente Vlpianus nihil dixerat. Duos ergo casus adfert Iulianus in quibus peculium serui communis ad alterum ex dominis solum pertineat, primus est, si vnus ex dominis partem suam serui communis vendiderit, nec peculium ei concesserit. Nec enim seruus vnquā venditus intelligitur cum peculio nisi expressè dictum sit *l. quoties 29. infr. de contr. empt.* hoc enim casu peculium huius serui non ad alium pertinere potest, quàm ad eum qui partem suam serui non vendidit, cùm emptor qui eiusdem serui dominus nouus est nullam partem in eius peculio habeat. RAT DVB. Peculium quod non est venditū ab eo qui partem suam serui vendidit, penes ipsum remanet *d. l. quoties*: ergo non ad alterum ex dominis solum pertinet. DEC. Pertinet quidem ad venditorem serui, sed qui per serui traditionem emptori factā desiit esse dominus cùm fecerit emptorem dominum partis. Proinde cùm emptor dominus sit serui pro parte, nec vllam tamen peculij partem habeat: & rursus, venditor partem quidem suam peculij retineat quā non vendidit, nulla tamen ex parte dominus sit serui, quia suam vendidit. Consequens omnino est, vt quod penes hunc seruum remanet peculium totum pertineat ad solum dominum qui partem suam non vendidit. Sed totum, inquam, quod remanet post venditionem, non totum quod fuit antè quàm pars serui ab alio domino venderetur.

a *Deinde si quis seruo communi.* Secundus casus est à Iuliano obseruatus in quo euenit, vt peculium serui communis totum pertineat ad alterum solum ex dominis, si quis seruo communi nullum adhuc peculium habenti pecuniam vel res aliquas ea mēte dederit, vt proprietatem eorum ipse retineret, administrationem verò solam seruo concederet.

RAT. DVB. Quod seruo communi datur ab vno ex dominis cùm acquiri non possit ei qui dat, necesse est vt alij condomino, vel si plures sint socijs omnibus & condiuisoribus acquiratur. Nam quod alicui ex dominis acquirere non potest, id alijs qui ad obligationem admittuntur vt acquirat necesse est. *l. proinde 7. in fin. l. item si seruus 9. in princip. infr. de stipul. seruor.* Siquidem persona serui communis eius condicionis est vt in eo quod alter ex dominis potest acquirere, alter non potest, perinde habeatur ac si solius eius esset cui acquirendi facultatem habeat *l. 1. § communis seruus in fin. eod.* Ergo hoc casu peculium non potest ad eum solum pertinere, qui dedit, vt Iulianus credidit, sed ad eum qui non dedit, vel solum, vel saltem pro parte.

DEC. Cùm vnus ex dominis seruo communi pecuniam dat in eius potestate est quemadmodum datā velit. Nam si hoc sollū egerit, vt ea pecunia separaretur à suis rationibus, & in peculio serui esset, vt in hoc casu Iuliani, remanebit eiusdem domini proprietas, & administratio sola serui erit vt peculij: si verò eo modo pecuniam seruo communi dederit quomodo alienis seruis dare & donare solemus, fiet alterius domini, aut sociorum, si plures alij domini sint, communis pro parte quàm in eo seruo habebunt *l. per seruum 37. §. 1. l. quòd fructuarius 49. infr. de acquir. rer. domin.* Atqui ponit Iulianus vnum ex dominis dedisse communi seruo pecuniā vel aliquas res ea mente vt proprietatem earum retineret: solam verò administrationem seruo concederet. Erunt ergo hoc casu pecunia aut res illæ sic datæ in peculium, & quidem tale quod totum pertineat ad eum qui dedit: nulla verò ex parte ad condominum qui nihil dedit. Non enim pendet hoc ex iuris tantùm potestate, sed potissimùm ex dantis domini voluntate *d. l. per seruum* §. 1.

b *Marcellus notat.* Adiiciuntur ex Marcelli notis ad Iulianum duo alij casus in quibus accidit, vt peculium serui communis totum pertineat ad vnū ex dominis. Primus est, si alter ex dominis peculiū ademerit: nihil enim vetat vnum ex dominis adimere peculium, alium verò non adimere. Alter est, si omni quidē modo dominus concesserit peculiū seruo, id est, non adhibita ea distinctione quā adhibuit Iulianus in hac ipsa lege, & in *d. l. per seruum* §. 1. sed in nominibus erit concessio. Primus casus nullam habet dubitationem, cùm ademptione peculium moriatur, quòd habebat seruus communis ab eo ex dominis qui ademit: pro parte verò illius qui non ademit peculium maneat, nec ad alium pertinere possit, quàm ad eum ipsum dominum solum qui non ademit, de illo tantùm queri potest: an si ademptum sit peculium post pecuniam seruo communi creditam & in rem alterius ex dominis versam, possit agi de in rem verso contra eum qui ademit, & pro qua parte cùm iam de peculio agi non possit, nequidem intra annum *l. 1. §. 1. infr. de in rem vers.* Quæ quæstio tractatur ab eodē Marcello in notis ad Iulianum in *l. interdum 14. eod. ill. titul.* vbi dicemus. Iunge quæ *de huius legis quæstione* scripsimus *lib. 1. coniect. iur. ciuil. cap. 9* Quod autem ad posteriorem casum pertinet, ratio illa dubitandi afferri potest, quòd cùm vnus ex dominis pecuniam seruo communi absolutè dedit, id est, non retenta sibi proprietate, acquiritur ea pecunia soli condomino, cui soli acquiri potest secundum id quod proximè scripsimus ex *d. l. per seruum 37. §. 1. infr. de acquir. rer. domin. dict. leg. 1. §. communis seruus, & l. item si seruus 9. infr. de stipul seruor.* nec valde referre videtur an in pecunia, an in nominibus sit concessio, quomodo Marcellus hîc distinguit, cùm appellatione nominum significetur ea pecunia vel alia res quæ in nominibus aut actionibus sit *l. qui chirographum 59. de leg. 3. leg. si conuenerit 18. supr. de pignor. act.* Sed decidendi ratio subtilior illa est, quòd cùm nomina consistant in actionibus, actiones autem transferri in seruum non possint nec magis vtiles quàm directæ, necesse est manere eas penes dominum, & consequenter peculium quod totum in actionibus consistit, penes eum solum esse qui dedit, non penes alium dominum cui nihil ex eiusmodi concessione acquiri potuit nisi si qui seruo à debitoribus solutum esset. Actiones enim non alij possunt competere quàm creditori, nec creditor videri alius dominus, qui neq; donatarius, neq; alio vllo titulo cessionarius est, vt actiones vtiles ex sua persona habeat quas alij cessionarij habent post rescriptū Diui Pij, de quo in *l. si cum emptore 16. supr. de*

BIU Cujas

supr. de pact. l. emptor 5. l. postquàm 7. & seq. C. de hered. vel act. vendit. l. 2. C. de oblig. & act. l. vlt. Cod. quand. fisc. vel priuat. Præsertim cùm is qui concedit nomina seruo communi qui exercendarum actionum prorsus incapax est non aliud possit videri concedere quàm quod ex ijs nominibus aut exigetur aut soluetur vt in *d. leg. si conuenerit 18. supr. de pignor. act.* Nam & cùm seruus manumissus est à domino inter viuos non adempto ei peculio (quo casu peculium quoque ipsi concessum intelligitur) non aliter tamen potest ille debitores hereditarios conuenire, quàm si mandatæ sint ei à domino actiones *l. si Sticho 53. infr. hoc tit.*

17. VLPIANVS libro 29. ad Edictum.

SI seruus meus ordinarius vicarios habeat: id quod vicarij mihi debent, an deducam ex peculio serui ordinarij? & prima illa quæstio est, an hæc peculia in peculio serui ordinarij computentur. & Proculus & Atilicinus existimant, sicut ipsi vicarij sunt in peculio, ita etiam peculia eorum, & id quidem, quod mihi dominus eorum, id est ordinarius seruus, debet, etiam ex peculio eorum detrahetur. id vero, quod ipsi vicarij debent, dumtaxat ex ipsorum peculio [a], sed & si quid non mihi, sed ordinario seruo debent [b]: deducetur de peculio eorum, quasi conseruo debitũ: id verò, quòd ipsis debet ordinarius seruus [c] non deducetur de peculio ordinarij serui: quia peculium eorum in peculio ipsius est. & ita Seruius respondit. sed peculium eorum augebitur [d], vt opinor, quemadmodum si dominus seruo suo debeat.

Ad l. Si seruus meus 17.

RAT. DVB. Eodem modo se habet seruus ordinarius ad suum vicarium, quomodo dominus ad seruum ordinarium. Est enim vicarius serui ordinarij quodammodo seruus, vt hæc lex omnium aptissimè, & apertissimè probat. Atqui dominus solus ille est qui detrahit & deducit quod sibi debetur ex peculio quod habet seruus ab ipso domino: ergo nec alius quàm seruus ordinarius potest & debet deducere ex peculio vicarij id quod ipsi debet vicarius, nec rursum si ipsi domino aliquid vicarius debeat ferẽdum est, vt dominus serui ordinarij deducat quicquam ex eo peculio vicarij, quod non tam domini quàm serui ordinarij esse intelligitur.

DEC. Sicut serui ipsi vicarij sunt in peculio serui ordinarij, ita & ipsorum peculia: semper enim res sequitur personam & condicionem personæ. Ergo quemadmodum dominus conuentus actione de peculio ex persona & contractu serui ordinarij potest deducere id quod sibi debetur à seruo ordinario ex peculio ordinarij, ita & ex peculiis vicariorum tanquam quæ ipsa sint in peculio ordinarij, & multo magis quod ab ipsis vicariis ei debetur, deducere poterit ex eorum peculiis. Nec vllam in eo videri potest iniuriam facere seruo ordinario qui ipse eiusdem domini æquè seruus est, & vicariorum suorum non tam dominus quàm conseruus, quíque deductionem nullam ex vicariorum suorum peculiis facere potest, cùm eius demum fit deducere qui de peculio conuenitur, seruus autem ordinarius nullo casu conueniri possit ex suorum vicariorum contractibus, quia cum seruo nulla actio est *l. cum seruo 107. de regul. iur.*

a *Id verò quod ipsi vicarij debent, duntaxat ex eorum peculiis.* RAT. DVB. Peculia vicariorum sunt in peculio serui ordinarij, vt modò diximus. Ergo nihil refert an quod domino serui ordinarij debetur à vicariis detrahatur ex peculio ipsius serui ordinarij, an ex peculiis vicariorum: vtroque enim casu deductio æquè fit ex peculio serui ordinarij.

DEC. Peculia vicariorum separata & separanda sunt non solùm à rationibus dominicis quomodo peculium serui ordinarij *l. depositi 5. §. vltim. supr.* sed etiam à rationibus serui ordinarij in cuius peculio sunt *l. 4. §. vltim. supr.* non vti ne sint in peculio serui ordinarij, sed ne pro debitis vicariorum, peculium serui ordinarij inquietetur, & ne dominus ex contractibus vicariorum actione de peculio suprà quàm in eorum peculio sit, cõueniatur. Nam quemadmodum inter liberos homines separatio interdum facienda est bonorum defuncti à bonis heredis, ídque propter creditores non heredis, sed defuncti, & postulantibus creditoribus hereditariis, non etiam heredis *l. 1. infr. de separat.* Ita & inter seruos eiusdem domini, separandum est peculium serui ordinarij à peculiis vicariorum, non propter creditores seruorum vicarij, sed propter creditores ordinarij, vt conuentus ab iis dominus actione de peculio plus habeat vnde illis satisfaciat, quàm si concursus creditorum qui cum vicariis contraxerunt, admitteretur, quòd si peculium serui ordinarij non sufficiat ad creditores ipsius dimittendos quatenus separatum est à peculiis vicariorum, nemo dubitat quin actione de peculio cogendus sit dominus iis satisfacere ex vicariorum peculiis, tanquam quæ & ipsa sint ex peculio & in peculio ordinarij: fit enim hæc peculiorum separatio ne peculia confundantur, non vt ex peculio serui ordinarij peculia vicariorum detrahantur. Iunge *l. seq. infr. quæ pendet ex hoc versiculo.*

b *Sed & si quid non mihi, sed ordinario seruo debent.* RAT. DVB. Dominus non deducit in actione de peculio quod alij domino debetur nisi sint socij *l. si noxali 11. §. vltim. & legib. seqq. supr.* Atqui seruus ordinarius dominus est vicarij sui, non ergo potest dominus serui ordinarij deducere in actione de peculio quod ipsi ordinario debetur, quasi alij domino debitum inter quem & eum dominum qui conuenitur nulla potest videri contracta societas.

DEC. Potest dominus conuentus de peculio deducere non tantùm id quod sibi debetur, sed etiam quod cæteris conseruis, quos habet ille in sua potestate *leg. sed si damnum 9. §. 1. & §. huic*

BIU Cujas

definitioni supr. Atqui seruus ordinarius licet pro domino vicarij habeatur fictione quadam iuris si cum vicario suo conferatur, reuera tamen seruus est eiusdem domini cuius & vicarius, ac proinde si cùm domino suo conferatur conseruus est vicarij sui non dominus, sicut è contrario dominus serui ordinarij non minus est dominus vicariorum quàm ordinarij; ergo & quod vicarij debent ordinario potest ex eorum peculiis dominus deducere tanquam conseruo debitum, ac proinde sibi. Quicquid enim debetur conseruo, hoc quoque domino deberi nemo ambigit *dict. §. huic definitioni.*

c *Id verò quod ipsis debet ordinarius seruus.*

RAT. DVB. Potest dominus deducere non tantùm quod sibi immediatè debetur à seruo, sed etiã quod idem seruus debet aliis conseruis qui sunt in eiusdem domini potestate, vt proximè diximus. Atqui quod debet ordinarius suis vicariis, debet vtique suis conseruis. Sunt enim vicarij non minùs conserui eius qui ordinarius est quàm ille conseruus ipsorum: ergo & quod ipsis debet seruus ordinarius deducendum est de peculio serui ordinarij, ex cuius persona dominus de peculio conuenitur.

DEC. Quod seruus ordinarius debet vicariis suis auget peculium vicariorum, & in ipsorum peculio est, sicut & quod dominus seruo suo debet, auget peculium serui si dominus ei debitor manere voluerit *l. quàm Tuberonis 7. §. penult. supr.* Atqui peculia vicariorũ sunt in peculio serui ordinarij, sicut & vicarij ipsi sunt: ergo & quod debetur vicariis est in peculio serui ordinarij, proindéq; ex eo deduci nec potest nec debet.

d *Sed peculium eorum augebitur.* RAT. DVB. Peculium vicariorum non potest augeri ex eo quod seruus ordinarius debet quin peculium ordinarij minuatur, vt in rebus naturalibus euenit generationem vnius esse corruptionem alterius. Atqui peculium vicarij est in peculio serui ordinarij vt iam diximus. Ergo eueniet vt peculium ordinarij & augeatur simul, & minuatur, quod tamen absurdum videtur & implicare contradictionem.

DEC. Peculium serui vicarij eodem modo se habet erga peculiũ ordinarij, quomodo se habet peculium ordinarij erga patrimonium domini, quia & ordinarius dicitur dominus vicarij, quomodo dominus dicitur dominus ordinarij, atqui peculium serui ordinarij augetur ex eo quod dominus ipsi debet *dict. l. quam Tuberonis 7. §. pen. supr.* Ergo & peculium vicarij augeri conueniens est ex eo quod ipsi ordinarius debet. Neque verò absurdum est aut implicat contradictionem vt peculium ordinarij eodem tempore & augeatur & minuatur, fit enim hoc diuersis respectibus. Augetur in peculio vicarij, minuitur in ipso peculio ordinarij quatenus consideratur separatum à peculio vicarij, quæ separatio necessaria est vt peculium vicarij aliquod constituatur quod alioquin constitui non posset. Item vt separetur causa creditorum serui ordinarij à causa creditorum vicarij. Aliter enim atque aliter deductio facienda est si dominus ex persona & contractu serui ordinarij vel ex persona & contractu vicarij de peculio conueniatur. Cæterùm si vtrumque peculium & ordinarij & vicarij consideretur tanquam vnicum, cuius proprietas ad communem dominum seruorum omnium pertineat, idem manebit & eiusdem quantitatis peculium cuius anteà fuit, hoc est neque auctum reuera neque diminutum. Subtilis sanè hic tractatus est, & verba illa Vlpiani, *vt opinor*, non obscurè innuunt visum illi esse casum hunc habere aliquid dubitationis.

18. PAVLVS libro 4. Quæstionum.

CVi consequens est: vt si Sticho peculium suum legatum sit, ísque ex testamento agit: non aliter cogetur id, quod vicarius eius testatori debet, relinquere: nisi is, id est vicarius peculium habeat.

Ad l. Cui consequens est 18.

Est hæc illatio ex eo quod in præcedente lege scriptum est, in versic. *id verò quod ipsi vicarij debent, duntaxat ex ipsorum peculio.* Nam si ita est vt est, consequens omnino fit vt si Sticho seruo ordinario vicarium habenti testator peculium suum legauerit, & Stichus testamento factus liber ex testamento agat vt consequatur peculium, non aliter cogatur id quod vicarius eius testatori debuit penes heredem relinquere, quàm si is vicarius peculium habeat. Nam cùm non possit deducere dominus ex peculio serui ordinarij quod à vicario debetur: sed tantùm ex peculio vicarij, fatendum est nihil posse deduci aut relinqui ex peculio vicarij quod nullum est. Ratio igitur dubitandi & decidendi ad hanc legem, eadem est quæ ad *dict. versic. Id verò quòd ipsi vicarij debent.* Iunge *l. depositum 38. §. Stichus*, & quæ ibi dicemus *infr.*

19. VLPIANVS libro 29. ad Edictum.

HInc quæritur, si ordinarij serui nomine actum sit de peculio, an agi possit & vicariorum? & puto non posse. Sed si actum sit de peculio vicarij, agi poterit & de peculio ordinarij.

Ad l. Hinc quæritur 19.

RAT. DVB. Diuersum & separatum est peculium ordinarij serui à peculio vicarij, vt vidimus in *l. si seruus meus 17. supr.* ergo non est bona consecutio vt si de peculio actum sit serui ordinarij nomine contra dominum agi posteà non possit & vicariorum. Id enim est quod vulgo iactari solet ex separatis non inferri *vulg. l. Papinianus 20. supr. de minor.* Aut si hoc admittimus, quia peculia vicariorum sunt in peculio ordinarij, quasi vnum & idem peculium sit ordinarij & vicariorum, cur non æquè dicimus si actum priùs sit de peculio vicariorum etiam de peculio ordinarij postea agi non posse? quod tamen Vlpianus hîc negat.

DEC. Cùm actum est de peculio ordinarij, etiam

BIU Cujas

etiam de peculio vicariorum actum esse ideo intelligitur, non quòd vnum, & idem sit peculium ordinarij & vicariorum eius, sed quia peculia vicariorum in peculio serui ordinarij continentur *d. l. si seruus.* At cùm priùs actum est de peculio vicariorum, non idcirco actum videri potest de ordinarij peculio, quia non similiter peculium ordinarij in peculio vicariorum continetur. Non enim sicut id, quod minus est, continetur in eo quod plus est, ita & quod plus est, in eo quod minus *l. 1. §. si stipulanti inf. de verb. oblig. l. in eo* 110. *de regul. iur.* Agendo igitur actione de peculio contra dominum ex contractu serui, tota de peculio actio consumitur, etiam ex contractu & persona vicariorum, quia omne peculium serui ordinarij & consequenter etiam illud quod habuit in peculiis vicariorum, in iudicium deductum intelligitur, non item cùm actum est de peculio ex persona vicariorum duntaxat. Quæ autem ita sunt inter se comparata, vt vnum in alio contineatur, non quid vnum, sed plura sunt. Aliud enim est id quod continet, aliud quod continetur.

1 ¶ Potest esse apud me duplicis iuris peculium. vt puta seruus est dotalis: potest habere peculium, quod ad me respiciat. potest & quod ad mulierem. nam quod ex re mariti quæsiit, vel ex operis suis, id ad maritum pertinet. & ideo si respectu mariti hæres sit institutus, vel ei legatum datum: id eum non debere restituere, Pomponius scribit, si igitur mecum agatur ex eo contractu, qui ad me respicit: vtrum omne deducam, quodquod debetur mihi, siue ex mea causa, siue ex ea quæ ad vxorem respicit: an verò separamus causas quas in duobus peculiis, vt & causa debiti quod petitur spectetur: vt si quidem ex eo peculio agatur, quod ad mulierem spectat: id deducam, quod ex eo contractu debeatur: si ex eo contractu, qui ad me respicit, meum deducam? Quæ quæstio dilucidius est in fructuario tractata: vtrum ex eo demum contractu potest de peculio conueniri, quod ad se pertinet, an exomni? & Marcellus etiam fructuarium teneri, scribit, & ex omni contractu. eum enim, qui contrahit, totum serui peculium, velut patrimonium intuitum, certe illud admittendum omnimodo dicit: vt priore conuento, ad quem res respicit, in superfluum is, cui quæsitum non est, conueniatur. quæ sententia probabilior est & à Papiniano probatur. Quod & in duobus bonæ fidei emptoribus erit dicendum. Sed in marito melius est dicere[a], simpliciter eum de peculio teneri. Sin autem maritus, huiusmodi serui nomine, aliquid præstiterit: an aduersus mulierem agentem dotis nomine deducere id possit, & ait: si id quod creditori præstitum est ad vtriusque generis peculium pertinebit, pro rata vtrique peculio decedere debere. ex quo intellegi potest, si ad alterum peculium contractus pertinebit, modò soli vxori detrahi, modò non detrahi, si ad id peculium pertinuit contractus, quod apud maritum resedit.

Ad § 1. Potest esse.

Rat. dvb. Difficile est, vt vnus idemque homo plurium personas sustineat, inquit Paulus in *l. si plures 9. supr. de pact.* Atqui non potest quis habere penes se duplicis iuris peculium nisi duorum personas sustineat, vt in eo exemplo videre est, quod hîc adfert Vlpianus, de seruo dotali, qui potest habere peculium vnum, quod ad maritum respiciat, & aliud quod ad mulierem. Id enim fieri non potest quin seruus habeatur, & mariti & mulieris, & vniuscuiusque in solidum, quod tamen fieri nullomodo potest, non magis quàm, vt quis sit in duorum potestate, aut vt duo sint eiusdem rei domini in solidum, contra *l. si filiusfamilias 33. in fin. infr. de testam. milit. l. 5. §. si duobus vehiculum supr. commod. l. de hereditate 19. §. pater de castrens. pecul.* Ergo non potest seruus dotalis nec alius quisquam habere penes se duplicis iuris peculium.

Dec. Seruus dotalis ita est in bonis mariti, vt tamen sit mulieris *l. quamuis 75. infr. de iur. dot. l. si constante 24. §. si maritus infr. solut. matr. l. doce 9. C. de rei vindic.* aut si malis sequi Tribonianeam iurisprudentiam dominium rei dotalis subtilitate iuris pertinet ad maritum, re vera tamen est mulieris *l. in rebus 30. C. de iur. dot.* Nihil ergo vetat quominùs duplicis iuris habeat peculium, sed diuersis respectibus. Vnum respectu mariti, alterum verò respectu mulieris. Nam quod ex re mariti, vel operis suis quæsiit ad maritum pertinere creditur, cùm id omne sit in fructu, fructus autem rerũ dotalium pertineant omnes ad maritum pro matrimonij ferendis oneribus *vulg. l. pro oneribus 20. C. eod. l. dotis fructum 7. infr. eod. ill. tit. l. vlt. infr. solut. matr.* Vnde est quod si respectu & contemplatione mariti sit seruus dotalis heres institutus, vel legatum ei datum fuerit marito acquirit, nec debet maritus soluto matrimonio id restituere, *d. l. vlt. solut. matr.* quia is cuius contemplatione seruus heres institutus est, aut legatum accepit, heres aut legatarius scriptus intelligitur *l. si serui 21. & seqq. supr. de vsufr. l. seruus dotalis 58. solut. matrim. l. si legato 65. de iur. dot.* Ex aliis causis quæ nihil com-

BIU Cujas

mune habent cum fructibus dotis, seruus dotalis acquirit mulieri non marito, & peculium quod habet mulieris est, non mariti *d. l. seruus eod. solut. matrim.* Hic autem tractatus eo pertinet, vt sciamus si maritus actione de peculio conuentus sit ex eo serui peculio, quod ad maritum non ad mulierem respicit, an possit deducere omne quod sibi debetur, siue ex sua causa, siue ex ea, quæ ad vxorem quoque respiciat, an verò separari debeant causæ peculiorum, quasi in duobus peculiis, vt non tam persona serui ex cuius contractu agitur, quàm causa debiti quod petitur, spectetur: vt si quidem ex eo peculio agatur, quod ad mulierem spectet id deducat maritus, quod ex eo contractu debeatur: sin ex eo contractu qui ad maritum solum respiciat, is suum tantummodò deducat, nec tamen respondet Vlpianus ad propositam quæstionem, sed subiicit quæstionem hanc diludiùs tractatam esse in seruo fructuario, vtrum ex eo demùm contractu possit de peculio conueniri qui ad se pertinet (legendum enim est, *qui* non *quod*) an verò ex omni, id est, etiam ex eo contractu qui ad proprietarium pertineat: est enim seruus fructuarius non absimilis dotali in eo, quod duplicis iuris peculium, æquè habere potest, quasi duos quodãmodo habens dominos, proprietarium, & fructuarium, & nunc acquirens huic nunc illi *d. l. si serui 21. & seqq. supr. de vsufr.* Respondet autem ad secundam hanc quæstionem, fructuarium teneri ex omni contractu, id est, etiam ex eo qui spectat ad proprietarium. Contrà quàm scripserit Pomponius in *l. 2. supr.* ratione illa quòd is qui cum seruo contrahit totum serui peculium velut proprium ipsius patrimonium, vbicunque sit intuitus esse videatur *l. si ex duobus 31. in fine principij l. quoties 47. §. vlt. infr. eod.* Sed tamen deflectit in mediam quandam sententiam, quam & probabiliorem & à Papiniano probatam esse Vlpianus ait, vt solent mediæ sententiæ esse humaniores *l. vlt. infr. de iur. fisc. l. adeò 7. §. cùm quis infr. de acquir. rer. domin.* Vt prior quidem conueniri debeat, is ad quem contractus respicit, non sufficiente autem eius peculio in superfluum quod deest etiam alius conueniatur, ne alioqui fraudetur is, qui cum seruo contraxit totius peculij vbicunque, & vndecunque esset, contemplatione. Idemque in duobus bonæ fidei emptoribus dicendum esse adiicit. Ratio igitur dubitandi contra priorem Marcelli opinionem petenda est ex Pomponio in *d. l. 2. supr.* decidendi verò non alia melior quærenda est, quàm quæ à Marcello ipso allata fuit. Aduersus posteriorem autem eiusdem Marcelli sententiam, quæ adhibito temperamento distinguit. Ratio dubitandi petenda est ex ea ipsa ratione, quam Marcellus pro sua prima opinione attulit: decidendi verò ex eo quod Pomponius scribit in *d. l. 2. supr.* Ex qua causa seruus acquirit fructuario conueniendum esse priùs fructuarium, ex reliquis verò proprietarium, scilicet vt distinctio peculiorum fiat, quia duo sunt peculia, licèt vnus tantùm sit seruus, qui duplicis iuris habet peculium, non quidem absolutè, quasi solus ille conueniendus omnimodo sit ad cuius personam contractus respicit, nunquam verò alius, vt credidit malè Pomponius, sed interim, id est, quousque appareat ex eo peculio creditori satisfieri in totum non potuisse: nisi malis ad excusandam Pomponij sententiam, iuxta Marcelli, Vlpiani & Papiniani distinctionem eam intelligere, quod benignius certè fuerit, licèt non Pomponij verbis conuenientius. Prior sanè Marcelli sententia quamuis ex mera iuris subtilitate defendi possit, minùs tamen æqua est. Iunge *l. si creditor 37. §. vlt. infr.*

a *Sed in marito melius est dicere.* Hic versiculus Triboniani proculdubio est, mulieribus, vt solet plus æquo fauere volentis, & existimantis ad quæstionem de seruo dotali propositam nihil ab Vlpiano in præcedentibus responsum fuisse, cùm tamen satis responderit, quando ad propositam de fructuario quæstionem respondit, idemque in duobus bonæ fidei emptoribus iuris esse adiecit. Cur enim aliud iuris in marito constitueretur? Nisi hactenus vt solus quidem ille constante matrimonio de peculio, conueniri possit etiam ex contractu ad mulierem solam respiciente, sed non vt æquè ex solo mariti peculio satisfieri priùs debeat, tum quoque cum ex serui contractu ad solam mulierem respiciente de peculio agitur, salua marito aduersus mulierem soluto matrimonio repetitione: Marcelli enim sententia fuit, quam in sequentibus Vlpianus & refert & probat, si id quod creditori à marito præstitum est, ad vtriusque generis peculium pertineat vtrique peculio decedere ab initio pro rata debere, non ex solo mariti peculio solutum intelligi, sed si ad alterum duntaxat peculium pertinebit, id est, aut ad maritum solum, aut ad solam mulierem, modò soli vxori detrahi, modò soli marito. Nempe si peculium illud sufficiat creditori. Nam si non sufficiat, perinde æquum erit superfluum ex alio peculio præstari, etiamsi mulier ex eo damnum passura sit, ne alioqui fraudetur creditor, qui vniuersum serui peculium, qualecunque & vndecunque esset, intuitus, & bona fide secutus fuisset, quod cùm ita sit non possum intelligere quem sensum, aut quem effectum habere possit totus hic versiculus, quem Triboniano adscribimus. De quo quia plura scripsimus *libr. 8. Coniect. cap. 14.* nihil ampliùs hîc dicemus.

2 ¶ Interdum & ipsi fructuario aduersus dominum datur actio de peculio: vt puta apud eum habeat peculium, apud ipsum verò aut nihil aut minus, quàm fructuario debetur. idem etiam contrà eueniet. quamuis in duobus dominis sufficiat pro socio, vel communi diuidundo actio.

Ad §. 2. Interdum.

RAT. DVB. Duobus dominis sufficit pro socio vel communi diuidundo actio, nec permittendum iis est vt inuicem agant de peculio, quemadmodum scriptum est in fine huius §. *& in l. seq.* Atqui proprietarius & fructuarius sunt duo domini, non ideo solùm quòd ille dominus sit proprietatis, hic verò vsusfructus. Sed etiam quia vsusfructus in plerisque casibus pars dominij est, aut saltem partis instar obtinet, quia emolumentum rei continet, vt diximus ad *l. sed si duo 15. supr. ex l. 4. l. si Titio 33. §. 1. supr. de vsufr. l. cùm filius 76. §. dominus de legat. 2. l. qui vsumfructum 58. infr. de verb. oblig.* Ergo fructuarius cum proprietario agere de peculio non potest, nec contrà proprietarius cum fructuario.

DEC.

BIU Cujas

DEC. Non debet esse deterior condicio fructuarij, cui seruus fructuarius aliquid debet, quàm sit alterius cuiuslibet creditoris ob id solùm, quòd etiam sit fructuarius, cùm sit & creditor *arg. l. 1. §. vlt. infr. si à parent. quis manum. sit l. in bello* 12. *§. si quis seruum vers. rursum cùm constitutio de capt. & postlim.* Atquin alius quilibet creditor serui fructuarij etiam ex ea causa, quæ ad solum fructuarium pertineret, agere tamen posset de peculio contra proprietarium in superfluum, id est, de eo quod ex fructuarij peculio consequi non potuisset, secundum ea quæ ex Marcello Papiniano & Vlpiano proximè scripsimus ad §. præcedentem, cum quibus & Iulianus consentit in *l. si creditor* 37. *§. si actum sit infr. hoc tit.* Ergo & ipsi quoque fructuario danda erit actio de peculio, contra dominum proprietatis, etiamsi ex causa ad fructuarium solum respiciente seruus contraxerit, non quidem regulariter: hoc enim nouum est, sed interdum, id est, vt sequentia explicant, si seruus hic fructuarius habeat peculium apud dominum, apud ipsum verò fructuarium aut nihil, aut minùs quàm fructuario debeatur. Idem ergo etiam contra euenier, vt proprietario danda sit actio, de peculio contra fructuarium ex serui contractu, quamuis ad solius proprietarij causam pertinente, si penes proprietarium nihil sit in huius serui peculio aut minùs, quàm proprietario debeatur, nec obstat quod duobus dominis, sufficiat actio pro socio si socij sint, aut communi diuidundo si non sint socij. Neque enim vsufructuarius dominus est, aut benè domino æquiparatur, vt omnium optimè hic locus probat. Consistit enim vsusfructus in iure non in parte, licèt emolumentum rei contineat *l. Mæuius* 66. *§. fundo de legat.* 2. *l. si à reo* 70. *§. si reo infr. de fideiuss. l. rectè dicimus* 25. *de verb. signific.* Ex his tamen verbis *quamuis in duobus dominis*, apparet manifestè non aliam hîc dubitandi rationem fuisse, quàm quæ à nobis allata est, si ea iungas, quæ scripsimus ad §. præcedentem.

20. PAVLVS libro 30. ad Edictum.

NAm inter se agere socij de peculio non possunt.

Ad l. Nam inter se 20.

RAT. DVB. Nihil vetat ex eadem causa & contra eandem personam plures actiones competere, dum ne sæpiùs actor suum consequatur *l. qui seruum* 34. *infr. de oblig. & action. l. si quis dolo* 51. *§. 1. infr. de re iudic.* & dummodò non deficiat ratio concedendæ actionis. Atqui eadem ratio est, propter quam inter dominos etiam socios agi possit de peculio, atque inter cæteros, cùm seruus communis habet peculium cuius totius intuitu alius dominus cum eo contraxerit. Ergo nec inter dominos actio de peculio deneganda est, præsertim cùm nihil interest socij qua actione à socio conueniatur, an pro socio, an de peculio, an communi diuidundo, cùm istarum actionum omnium idem effectus futurus sit, vt indemnitatem creditor consequatur.

DEC. Is qui habet ciuilem actionem frustra desiderat honorariam *l. 1. supr. de Public. in rem act.* Qui verò habet honorariam pleniorem, frustra honorariam aliam desiderat minùs plenam, quæ minus commodi & vtilitatis sit allatura, quæ etiamsi competeret, stultus esset *§. cæterùm vers. sed erit stultissimus instit. quod cum eo qui in alien. potest.* Atqui habent domini inter se actiones, Pro socio, & communi diuidundo *l. & ancillarum* 27. *§. vlt. infr.* easque longè pleniores quàm sit actio de pecul. quia per eas quisquis agit, consequitur solidum quod sibi abest: per actionem verò de peculio non nisi quatenus in peculio est. Et hæc quidem vera & germana ratio est eius, quod Vlpianus scripsit in fine legis præcedentis. In duobus dominis sufficere pro socio, vel communi diuidundo actionem: nec enim actio de peculio à Prætore comparata est nisi in subsidium, & alia qualibet deficiente; cùm tamen non deficeret æquitas dandæ actionis. Sed quod in hac lege addit Paulus, socios inter se agere de peculio non posse, sicut præ se fert iuris rationem quæ impedit ne socij inter se de peculio agere possint: ita ex iure magis quàm ex æquitate & vtilitate actionis explicari debet, quasi ratio ipsa iuris obstet ne de peculio socius agat, sed pro socio aut communi diuidundo. Et sanè ita est: Nam cùm actio de peculio maximè ac primùm comparata sit contra parentem, vel dominum qui habet filium aut seruum in potestate *l. 1. §. verba autem & §. potestatis supr.* Sociorum autem vnusquisque sit dominus si non in solidum, saltem pro indiuiso, sicut & si citra societatem communem seruum habeant (nec enim potest seruus esse plurium, nisi pro partibus indiuisis, vt intellectu magis quàm corpore partes habeant *l. seruus communis* 5. *de stipul. seruor.*) eueniret vt socius qui contra socium ageret, aut condominus quilibet aduersus alium condominum, quodammodo contra seipsum agere videretur. Indeque est quod nec aliæ vllæ actiones, quæ contra dominum dari solent, inter dominos competunt, putà si seruus communis alterutri dominorum iniuria damnum dederit, aut furtum fecerit, quia si alij extraneo seruus communis tale quid fecisset, cum altero in solidum & lege Aquilia & furti agi posset, quemadmodum ratiocinatur Iulianus in *l. cùm seruus communis* 41. *supr. de noxal. action.* vbi concludit communi diuidundo inter dominos hoc nomine agendum esse. Quamquam non ita generaliter & indistinctè hoc accipiendum est, vt inter dominos omnimodo competat actio pro socio, vel communi diuidundo, pro actione de peculio, sed iuxta distinctionem Iuliani à Caio relatam in *dict. l. & ancillarum §. vltim.* id est, si apud alterum quoque fuit peculium, vt ibi dicemus. Iunge *l. si seruus communis* 8. & quæ ibi scripsimus *supr. de noxal. action.*

21. VLPIANVS libro 29. ad Edictum.

SVmma cum ratione etiam hoc peculio Prætor imputabit, quod dolo malo domini factum est quo minùs in peculio esset. Sed dolum malum accipere

BIU Cujas

debemus[a], si ei ademit peculium. sed etsi eum intricare peculium[b] in necem creditorum passus est: Mela scribit, dolo malo eius factum. Sed & si quis, cùm suspicaretur[c] alium secum acturum, aliò peculium auertat: dolo non caret. Sed si alij soluit[d], non dubito de hoc, quin non teneatur: quoniam creditori soluitur: & licet creditori vigilare ad suum consequendum.

Ad l. Summa cum ratione 21.

RAT. DVB. Actio de peculio non potest dari, nisi de eo quod est in peculio, vt nomen ipsum actionis demonstrat: vnde est quod actio de peculio non tenet si nihil sit in peculio, neque litis contestatæ tempore, neque rei iudicandæ *l. quæsitum 30. in princip. infr.* Peculij enim nomen non iuris nomen est & ciuile, vt hereditatis *l. hereditas 50. supr. de petit. hered.* sed nomen naturale, & quod sola fictione iuris non potest subsistere, sed rei alicuius veritatem & existentiam exigit licèt cõsistere in nominibus quoque possit *l. quis ergo 16. in fin. supr.* Atqui quod dolo malo domini factum est quominùs in peculio sit reuera tamen non est. Implicat enim contradictionem, vt dicamus esse in peculio & factum esse ne sit: Ergo nulla ratio est, vt Prætor in peculio imputet id quoque, quod dolo malo domini factum est, vt non sit.

DEC. Dolus malus cuiusque pro possessione est, vt habet iuris regula *l. qui dolo 131. l. parem 150. de regul. iur.* nec dolum malum cuiusquam ei prodesse oportet, aut etiam impunitum vnquam manere, ne tum quidem cùm doloso ipsi nocet *l. procurator 11. §. 1. & tot. tit. de doli mal. except.* Ergo quod dolo malo domini factum est, ne sit in peculio perinde habendum est, quantum ad dominum & in eius præiudicium ac si in peculio adhuc esset. Hoc verò nihil aliud est, quàm imputari peculio, id est, in eo computari.

a *Sed dolum malum accipere debemus.* Hic versiculus exemplificatiuè, vt loquuntur, subiectus est, potiùs quàm restrictiuè. Sunt enim varij casus in quibus dolo malo domini potest fieri, vt aliquid non sit in peculio ex quibus tres hîc ponuntur. Primus est si seruo peculium ademerit.

RAT. DVB. Non facit dolo malo qui iure suo vtitur *l. si duorum 52. de action. empt.* Atqui iure suo vtitur dominus, cùm peculium seruo adimit. Est enim hoc in ipsius potestate, vt adimat quandocunque velit, & quomodocunque, id est, siue in totum, siue pro parte *l. 4. in princip. supr. l. peculium nascitur 40. in fin. infr.* Nec rursus magnum damnum creditor patitur in ademptione peculij, cùm non eo minùs saluam habeat actionem de in rem verso, etiam tum cùm sine dolo malo facta ademptio est, si in rem domini versa sit pecunia *tot. tit. infr. de in rem vers.*

DEC. Peculium moritur & extinguitur per ademptionem *d. l. peculium nascitur in fin. l. quis ergo 16. supr.* nec potest fieri, vt post ademptum peculium sine dolo malo supersit actio aliqua de peculio, ne quidem annalis *l. sed si damnum 9. §. præterea supr. l. 1. §. 1. l. interdum 14. infr. de in rem vers.* Nec enim ad hunc casum pertinet *tit. prox. quand. de pec. act. est annal.* vt ex verbis & ex interpretatione edicti apparet: meritò igitur Prætor constituit, vt peculium quod dominus ademit dolo malo perinde habeatur acsi adẽptum non esset, ac proinde vt salua sit creditori actio de peculio eadem quæ ante ademptionem, id est, perpetua non annalis: Et quamuis non quælibet ademptio fiat dolo malo, fit tamen aliquando nulla alia de causa, quàm in necem creditorum, vt iis actio de peculio adimatur, quomodo dicimus omissionem & repudiationem hereditatis interdum fieri bona fide, interdum etiam in fraudem *l. quia autem 6. §. si patronus in fin. infr. si quis omiss. caus. testam. l. cùm pater 77. §. Titio fratri antep. de legat. 2.* Nec sanè ferre Prætor debuit, vt in potestate domini esset peculium seruo adimentis dolo malo liberare se ab obligatione & actione de peculio *l. si seruum 91. §. nunc videamus infr. de verb. obligat.*

b *Sed etsi eum intricare peculium.* RAT. DVB. Non est adeò durè agendum cum dominis, vt in singula pene momenta cogantur species & causas peculiorum inquirere *l. peregrè 44. §. quæsitum in fin. de acquir. poss.* quod tamen ni fiat, facilè accidet, vt serui peculium intricetur, atque ita in doli suspicionem incidat dominus etiam ignorans: Quod tamen absurdum fuerit. Nemo enim ignorans dolum admittit.

DEC. Intricatio peculij non illa sola est, quæ domini dolum inducit, sed eius scientia patientis peculium intricari à seruo, idque in necem creditorum peculiarium. Patientia enim absque scientia esse nunquam potest, vnde fit quod habet iuris regula, vt pupillus pati posse non intelligatur *l. in eo 110. §. pupillus de regul. iur.* quoniam ætas illa ignorat etiam ea quæ videt *l. 1. Cod. de fals. monet.* Et quamuis intricatio non sit diminutio peculij, magno tamen incommodo creditores afficit, quibus extricatio plerumque adeò non solùm difficilis & laboriosa, sed etiam dispendiosa est, vt eis commodiùs & vtiliùs fuerit iacturam debiti facere, quàm de peculio experiri. Potest tamen intricatio illa fieri à seruo, vel per imperitiam negotiationis, vel per nequitiam seruilis ingenij domino etiam ignorante, adeoque nec sciente an seruus habeat creditores: quo casu non potest dominus videri in dolo esse. Non enim alius videtur habere consilium fraudandorum creditorum, quàm qui scit habere se creditores *l. omnes 17. §. Lucius infr. quæ in fraud. credit.* Est igitur hic secundus casus quo dominus propter dolum suum omnimodo de peculio tenetur, qui alioquin non teneretur.

c *Sed & si quis cùm suspicaretur.* Tertium exemplum est, in quo datur actio de peculio contra dominum ex ipsius dolo, si dominus cùm suspicaretur alium de peculio secum acturũ aliò peculiũ auertat.

RAT. DVB. Quæ ante iudicium contingunt, non valde pertinent ad officium iudicis nisi nominatim ei fuerint iniuncta *l. Aediles 25. §. item sciendum est infr. de ædilit. edict.* Atqui cùm dominus suspicatus alium de peculio secum acturum aliò peculium auertit, ita facit ante iudicium acceptum: ergo non debet eo nomine condemnari à iudice qui de actione de peculio cognoscit, præsertim cùm nemo ex suspicione sola lædatur: nec rursus peculium diminuatur ex eo quod aliò auertitur.

DEC. Omnibus modis id agit Prætor & agere debet, ne quis vlla in re duriorem faciat aduersarij sui con-

BIU Cujas

sui cõdicionem *l.1.supr.de alien.iudic.mut.cauſ.fact.* Facit autem dominus duriorem condicionem creditoris acturi de peculio, cùm aliò peculium auertit, vt alio incommodiore loco creditor de peculio litigare, cogatur, nec tam facilè scire & explorare possit, quid sit in peculio, & quamuis ex sola domini suspicione cùm suspicatur secum acturum creditorem non lædatur creditor, læditur tamen facto ipso cùm aliò peculium auertitur. Parumque refert, an auertio illa fiat ante an post acceptum de peculio iudicium, quia nec in fraudem futuræ actionis quicquam facere licet *d.l.1.& tot.ill.tit. de alien.iudic.mut. cauſ.fact.* & pro iam conuento habendus est, qui aliquid facit eo metu ne conueniatur, vt optimè hic locus probat, & *l.nouiſſimè 7.§.1. infr. quod falſ. tutor. author.* multò igitur magis idem probandum erit si quis iam de peculio conuentus seruum alienauerit, quia apud emptorem peculium nouum acquisiuerit ante rem iudicatam, vt in *l.ſi poſteaquàm 43.* vbi dicemus *infr.*

d *Sed ſi alij ſoluit.* RAT. DVB. Non debet esse in potestate debitoris, vt facto vllo suo duriorem efficiat aduersarij sui etiam futuri condicionem, vt proximè diximus ex *l.1.& tot.tit. supr. de alien.iudic. mut.cauſ.fact.* Atqui deteriorem facit qui creditorem eligit cui ex peculio soluat, fortassis posteriorem minusque fauorabilem, vt non sit in peculio vnde aliis aut anterioribus tempore, aut crediti causam fauorabiliorem habentibus possit satisfacere. Ergo & hic quoque, qui alij creditori soluit, quàm ei quem iam præuidet & suspicatur secum esse acturum de peculio (hoc enim significat illa dictio *alij*) dolo non caret.

DEC. Dolo nihil facit debitor qui vero creditori soluit, non magis quàm creditor ipse qui licèt posterior tempore aut habens causam minùs fauorabilem, sibi tamen vigilat & diligentior est cæteris, vt quod sibi debetur consequatur. Vnicuique enim licet sibi vigilare ad suum consequendum cùm ius ciuile vigilantibus scriptum sit, non dormientibus aut negligentibus *l.pupillus 24.iunct.l.quod autem 6.§. ſciendum infr.quæ in fraud.credit.l.2.C.de annal.except.l. non enim 16.supr.ex quib.cauſ.maior.* Et apertè iniquum est impunè non soluere illum, quem Prætor cogere possit, vt soluat *d.l.quod autem 6.§.apud Labeonem quæ in fraud.credit.* Denique iuris executio nec dolum habet nec iniuriam *l.iniuriarum 13.§.1. infr.de iniur.* Et ob eam causam Iustiniano placuit, vt is quoque qui heres est cum beneficio legis & inuentarij, posterioribus tamen creditoribus possit tutò soluere, si priores veniant ad vrgendam solutionem *l.vlt.§.ſi verò creditores C.de iur.delib.* Nec rursus nouum est, vt gratificationi locus aliquando esse possit, vt in *l.filium 20.verſ.erit ergo venale infr.de bonor.poſſ.contr.tab.* nisi cum iam par creditorum omnium condicio facta est, vt in *d.§.ſciendum.*

1 ¶ Si dolo tutoris, vel curatoris furiosi, vel procuratoris factum sit: an pupillus, vel furiosus, vel dominus de peculio conueniatur, videndum. & puto, si soluendo tutor sit, præstare pupillum ex dolo eius: maxime si quid ad eum peruenit, & ita Pomponius libro octauo Epistularum scribit. idem & in curatore, & procuratore erit dicendum [a].

Ad §.1. Si dolo tutoris.

RAT. DVB. Dolus tutoris pupilli, vel curatoris furiosi, vel etiam simplicis procuratoris, neque pupillo nocere debet, neque furioso, neque domino, vt eo magis de peculio conueniri hæ personæ possint, iis casibus quibus alioqui non conuenirentur, nisi cum ex eo dolo vel pupillus, vel furiosus, vel dominus locupletior factus est *l.3.infr.quand.ex fact.tutor.l.ſed & ex dolo 15.* vbi diximus *supr. de dolo.l.4.§.illa etiam quæſtio 23.& ſeqq.iunct.§.quæſitum 18.eod.* Nec ad rem pertinet quod tutor vel curator soluendo sit, vel procurator: nemo enim ideo obligandus & damno afficiendus est, quia postea accepturus sit ab alio quod ipse præstiterit *l.nemo ideo 171.de regul. iur.* cùm interſit cuiuslibet non soluere potiùs, quàm solutum repetere *l.3.infr.de compenſ.l.ſtipulatus ſum 15. in princip.infr.de fideiuſſ.* Non ergo debuit Vlpianus distinguere, quomodo distinguit an administratores isti soluendo sint nécne. Neque rursum ita scribere, *maximè ſi quid ad eum peruenit.* Nam cùm dictio hæc *maximè* implicet casum contrarium, ostendit Vlpianus non aliud dicendum esse, tametsi ex dolo tutoris, vel curatoris, vel procuratoris nihil ad pupillum, aut furiosum aut procuratorem peruenerit.

DEC. Actio de peculio ex summa ratione & æquitate introducta est, vt creditoribus peculiaribus prospiceretur, quibus aliter consultum esse non poterat, præsertim iis qui cum seruo alieno peculium habente contraxissent. Nec minùs dominorum ipsorum intererat actionem hanc contra ipsos induci, quoniam alioqui nemo cum seruo alieno, qui conueniri ipse nullo casu potest, contrahere voluisse, atque ita eo commercij genere interdictum esset dominis, vt in *l.quòd ſi minor 24.§.non ſemper supr.de minor.* non sine magno ipsorum incommodo, quibus tot vtilitates quas ex seruorum contractibus sperare possunt, eriperentur. Digni ergo sunt creditores quibus per hanc actionem succurratur aduersus dolum tutoris, vel curatoris, vel procuratoris tum quoque cùm ex istorum dolo, nihil ad pupillum, vel furiosum, vel dominum peruenit. Ne alioqui magno incommodo afficiantur pupilli, furiosi & domini nemine cum eorum seruis contrahere volente, si adeò curiosos esse creditores oporteret, vt haberent inquirendum, an in rem pupilli vel furiosi, vel domini pecunia versa esset. Semper enim cauendum est, ne dum nimia subtilitate circa res pupillorum, vel furiosorum vtimur iis potiùs noceamus *l.pen.C. ad SC.Trebell.* Interestque ipsorum maximè, non minùs quàm creditorum ita ius constitui, vt per seruos eorum res agi commodiùs possint. Nempe si tutor, curator, & procurator soluendo sint ad præstandam dominis indemnitatem, alioquin esset æquius manere creditores in damno quibus imputari posset, cur non fuissent diligentiores in curando, vt pecunia in rem pupilli vel furiosi verteretur *l.vir vxori 17.in princip.infr.ad SC.Velleian.* quàm pupillo vel furioso, qui ignorantes incidunt in tutorem vel curatorem *l.vlt.infr.rem pupill.ſalu.for.* Est igitur æquiſſi-

BIU Cujas

mum hoc Vlpiani temperamentum per quod ita subuenitur creditoribus, vt tamen domini nullum damnum sentiant, tandemque doli pœna tota in eos recidat qui dolum admiserunt *l. seruus dotalis* 58. *in fin. solut. matr. l. ex his* 8. *quæ in fraud. credit.* Planè si ex dolo tutoris vel curatoris aliquid ad pupillum, vel furiosum peruenerit, indubitatum est conueniri eos debere, cùm huiusmodi personarum tantus fauor esse nequeat, vt vllo casu permittendum iis sit ex alieno damno locupletari contra naturalem æquitatem *l. naturaliter* 13. §. *vlt. & l. seq. supr. de condict. indeb. l. iure naturæ* 206. *de regul. iur.*

a *Idem & in curatore & procuratore erit dicendum.* In curatore quidem furiosi idem quod in tutore pupilli dicendum esse nemo ambigit: solent enim pupillus & furiosus pari passu ambulare tanquam qui ambo careant iudicio, & quos proinde alterius iudicio & prudentia regi necesse est, nisi quod furiosus tanto fauorabilior est, quod non tantùm iudicio, sed etiam sensu caret *l. si tibi* 8. §. *vnius infr. de opt. legat. l. Fulcinius* 7. §. *planè interdum quib. ex caus. in poss. eat. l.* 5. *de regul. iur. l. furiosus* 46. *de oblig. & action.* Sed in procuratore aliud iuris esse videtur, quia non sicuti tutor incidit in pupillum, & furiosus in curatorem *dict. l. vltim. rem pupill. salu. fore.* Ita & dominus incidit ignorans in procuratorem, sed eum eligit, quem & qualem vult. Proinde imputare sibi debet si minùs probum & dolosum, minusque idoneum & non soluendo elegerit, quamuis ex eo procuratoris dolo nihil ad dominum ipsum peruenerit, vt omnimodo conueniri possit de peculio ex dolo procuratoris tametsi procurator soluendo non sit. Quomodo solemus dicere de eo qui pupillum, vel minorem annis vigintiquinque alicui negotio præposuit *l. 3. §. vlt. supr. de minor. l. sed & si quis* 7. §. *vlt. supr. de instit. action.*

, Dec. In mandato quantumuis generali nunquam dolus continetur, sed bonæ fidei clausula mandato cuilibet inesse semper creditur *l. creditor* 60. §. *vltim. infr. mandat. l. si procuratori* 6. §. *Celsus ait supr. de condict. indeb.* nec debuit is qui procuratorem constituebat malè de eo quicquam suspicari, cùm vir probus vulgo crederetur. Quis enim dolosum & perfidum procuratorem vltrò eligeret: non debet igitur domino dolus nocere procuratoris, non magis quàm alterius cuiuslibet, si neque ex eo dolo factus sit locupletior dominus, neque procurator ipse soluendo sit. Cæterùm si procurator soluendo sit dominum ex eius dolo teneri æquum erit, sicut & pupillum teneri diximus ex dolo tutoris sui, & curatorem ex dolo furiosi, non quidem absolutè ac generaliter, sed in hac de peculio actione, quoniam ita ius constitui etiam ipsius domini interest, ne alioqui nemo contrahere velit, cum seruo illius qui curam peculij per seruum administrandi procuratori concesserit. Alia quæstio est, an de procuratoris dolo excipi possit aduersus ipsum procuratorem agentem nomine procuratorio. In qua quæstione distinctiones illæ sequendæ sunt quas noster Vlpianus adfert in *d. l.* 4. §. *quæsitum* 18. *infr. de doli mal. except.*

2 ¶ Emptor autem ex dolo venditoris non tenebitur, nec heres, vel alius successor[a], nisi in id, quod ad se peruenit.

Ad §. 2. Emptor autem.

Rat. dvb. Alienatio quælibet fit cum sua causa *l. alienatio* 67. *de contr. empt. l. vnic. C. rem alien. gerent. non interd. rer. suar. administr.* Atqui peculium venditum ab eo qui dolum admisit, in ea causa fuit, vt venditor ex dolo suo conueniri posset de peculio: ergo & emptor poterit, ne alioqui in venditoris potestate fuerit, facto suo, id est, per eam venditionem, aduersariorum suorum, id est, creditorum conditionē duriorem efficere contra *l. 1. supr. de alien. iudic. mut. caus. fact. l. 4. §. 1. infr. de aqua & aquæ pluu. arcend.* Ideoque nimirum solemus dicere, eandem plerunque causam esse emptoris, quæ fuit authoris, id est, venditoris *l. inuitus* 156. §. *penult. de regul. iur. l. si à te* 9. §. *vltim. l. iudicatæ* 29. §. 1. *infr. de except. rei iudic.*

Dec. Emptor non nisi singularis successor est, in quem proinde non possunt transire obligationes personales venditoris *l. vltim. in fin. infr. de contr. empt. l. 1. §. si heres infr. ad SC. Trebell. l. æris alieni* 15. *Cod. de donat.* vt diximus ad *l. sed in emptore* 13. *supr.* multò minùs ergo ferendum est, vt sit successor dolo qui adeò personalis est, vt nec heredem obliget quāuis successorem vniuersalem, vt mox dicemus: adeò vt nec putem posse emptorem conueniri de peculio ex dolo venditoris, etiamsi aliquid ex eo dolo ad ipsum peruenerit. Planè de eo quod peruenit, tenebitur ac non ex dolo, neque ex persona venditoris, sed tanquam nouus dominus & ex propria persona, quatenus saltem peculium serui ad eum peruenisse probabitur *l. si noxali* 11. §. *penult. supr. hoc titul. & ancillarum* 27. §. *si seruus l. si creditor* 37. §. 2. *infr. eod.* non videtur tamen peruenisse si precium pro peculio dederit, quamuis res peculiares penes eum sint *l. sed si quis* 33. *& seq. infr.* Quod autem dicimus alienationem rei quamlibet fieri, cum sua causa, sic accipiendum est, vt ratione onerum realium dominium transferatur in emptorem, cum ea causa quæ futura esset si apud venditorem res mansisset, non etiam ratione onerum personalium, quæ scilicet nec transeunt, nec transire possunt ipso iure in singularem successorem, ne quidem ex pacto nisi ad dandam inter eos actionem *l. 2. Cod. de hered. vel action. vendit. l. cùm res* 22. *Cod. de donat.* si non velit successor vltrò suscipere actiones & spontanea voluntate, vt loquitur *l. 2. Cod. de pact.* Aut nisi cùm post acceptum iudicium alienatio facta est, vt in *dict. l. 4. §. 1. de aqua & aquæ pluu. arcend.*

a *Nec heres, vel alius successor.* Rat. dvb. Heres cùm sit vniuersalis successor, quia succedit in vniuersum ius, quod defunctus habuit, succedit etiam in eius vicia, nec ignoratione sua ea excludit *l. cùm heres* 11. *de diuers. tempor. præscript.* Ergo etiam ex dolo defuncti potest conueniri de peculio, tametsi ex eo peculio nihil ad ipsum peruenerit. Idemque iuris est in alio successore quolibet scilicet qui sit vniuersalis & loco heredis, cuiusmodi est bonorum possessor is cui hereditas ex Trebelliano restituta est, & is cui libertatum seruandarum causa bona addicta sunt ex constitutione Diui Marci. Hi enim omnes passim in iure nostro heredibus æqui-

BIU Cujas

bus æquiparantur *l. 1. 2. & 3. infr. de bonor. poss. l. 2. ad SC. Trebell.* Et apud Iustin. *tit. de eo cui libert. cauſ. bon. addic.*

Dec. Dolus defuncti cùm ſit quid perſonaliſſimum non tranſit in heredem quantūlibet ſucceſſorem vniuerſalem vt neque delicta cùm ſit genus delicti (nec enim poteſt delictum vllum eſſe ſine dolo) ſed morte doloſi extinguitur. Ideoq; non datur actio de dolo in heredem niſi quatenus ad eum peruenit *l. in heredem 26. & ſeqq. ſupr. de dolo.* Ergo etiamſi defunctus dominus peculium dolo malo ademerit, non ideò tamen heres ipſius aut alius ſucceſſor de peculio conueniendus erit niſi in id quod ad eum peruenit, vt Vlpian. hîc ſubiungit & in *l. quæſitum 30. §. vlt. infr.* Nec eſt contrarium quod idem Vlp. ſcribit in *l. ſi hominem 7. §. datur. infr. depoſit.* quoties dolus ex contractu, reiq; perſecutione deſcendit dari ex eo actionem in ſolidū contra heredem ſi vnus ſit, aut ſi plures ſint contra ſingulos pro portionibus hereditariis: & ſi enim actio de peculio ex contractu venit *l. 1. §. ſi filiusfamilias ſupr. de his qui effud. vel deiecer.* dolus tamen, de quo per hanc de peculio actionem vindicando tractamus non ad cauſam cōtractus pertinet, quomodo dolus, qui vindicatur per actionem depoſiti de quo in *d. §. datur.* ſed eſt quid extrinſecum, & extra naturam contractus: ex quo proinde non poteſt actio vlla tranſire in heredem cum contractu, ſicuti tranſit actio depoſiti, vt pluribus tractabimus ad *d. §. datur.* Et verò quàm ſeparata ſit in hac ſpecie cauſa contractus à cauſa doli, ex eo manifeſtè apparet, quod contractus eſt ſerui non domini: dolus autem domini non ſerui. Planè de eo quod ex dolo defuncti ad heredem aliúmve ſucceſſorem vniuerſalem peruenit, dubitandum non eſt quin actio de peculio ex dolo defuncti tranſeat, ne ex dolo defuncti lucretur & fiat locupletior *d. §. datur & d. l. in heredem.* Iunge quæ dicam ad *d. l. quæſitum §. pen. & vlt infr.*

3 ¶ Siue autem poſt iudicium acceptum, ſiue ante dolo factum ſit: continetur officio iudicis.

Ad §. 3. Siue autem.

Rat. dvb. Ea quæ ante iudicium acceptum cōtingunt non valde pertinent ad officium iudicis pedanei, niſi fuerint ei nominatim iniuncta *l. Aediles 25. § item ſciendum eſt infr. de ædilit. edict.* Sicuti nec futuri poſt condemnationem temporis tractatus *l. §. 1. verſ. quid enim de vſur.* Ergo ſi ante acceptum iudicium dolo malo domini aliquid factum ſit in peculio, non poteſt id officio iudicis cōtineri.

Dec. Dolus omnis coercendus eſt à Prætore, & cauendum ne qua fraus fiat creditoribus in peculio, quam vindicari intereſt creditorum non minùs ſi antequam ſi poſt acceptum iudicium facta ſit. Nam & præteritus dolus in iudicium venire intelligitur, cùm de dolo eius agitur qui ſuo nomine iudicium accepit, adeóque ſi tanquam procurator in rem ſuam *l. 4. §. quæſitum eſt 18. infr. de doli mali except. l. iuris gentium 7. § ſiue autem 11. ſupr. de pact.* Id enim agit prætor quantum poteſt ne qua fraus fiat *d. l. iuris gentium §. ait prætor*, quæ verba omnem fraudem excludunt *d. § ſiue autem*, id eſt, etiam quæ ante pactum facta ſit, vt in *d. §. ſiue autem*, vel ante acceptum iudicium, vt in *d. § quæſitum.* In cæteris locus eſt diſtinctioni vtrum ante, an poſt acceptum iudicium contigerint *d. §. item ſciendum eſt.*

4 ¶ Si dominus, vel pater recuſet de peculio actionem: non eſt audiendus, ſed cogendus eſt, quaſi aliam quamuis perſonalem actionem ſuſcipere.

Ad § vlt. Si pater.

Rat dvb. Nemo alienam defenſionem ſuſcipere inuitus cogendus eſt. Voluntarium enim eſt officium cuiuſlibet defenſoris vltro ſe offerentis ad alium defendendum *l. 4. infr. de re iudic.* Vnde eſt quod defenſorem quemlibet etiam locupletiſſimum obligamus ad præſtandam ſatisdationem, tanquam ſibi debeat imputare cur vltrò ſe in eas angustias conie cerit *l. minor 51. §. 1. & ſeq. ſupr. de procurat.* Neque rurſus cogendus quiſquam eſt pati vt ex alieno facto, & contractu conueniatur actione perſonali, cùm non alia de cauſa perſonales obligationes dicantur, quàm quia perſonam quæ conuenienda eſt obligatam habeant, quæ porrò non poteſt obligari niſi ex ſuo contractu vel quaſi aut ex delicto ſuo vel quaſi, aut ex alijs quibuſdam cauſarum figuris *l. 1. de oblig. & action.* Geſtum igitur à nobis aliquid eſſe oportet vt perſonaliter obligemur, nec tamen hoc ſufficit, ſed illud quoque exigitur, vt quęcunque gerimus etiam cùm ex noſtro contractu originem trahunt ex noſtra perſona obligationis initiū ſumant. Alioqui actum noſtrum inanem efficiunt *l. quæcunque gerimus 11. eod. tit.* Atqui actio de peculio quamuis naſcatur ex contractu, non tamen ex contractu patris vel domini, ſed ex contractu filijfamilias vel ſerui *l. 1. §. ſi filiusfamilias ſupr. de his qui effud. vel deiec.* Ergo non eſt cogendus pater vel dominus ſuſcipere hanc de peculio actionem ſi nolit filium, aut ſeruum defendere.

Dec. Tenetur pater itémque dominus actione de peculio ex proprio ſuo facto, cùm pater ille ſit, aut dominus qui filio aut ſeruo peculium conceſſit, non alio vtique propoſito quàm vt de peculio illo poſſent contrahere pro arbitrio non expectata alia patris vel domini voluntate: ſufficit enim prima illa conceſſio, vt voluntas patris vel domini in omnibus filijfamilias vel ſerui contractibus ad cauſam peculij ſpectantibus interueniſſe cenſeatur, vt pluribus ſcripſimus ad *l. 1. §. verba autem ſupr. &* quod contra ſcriptum videtur in *§. præterea Inſtit. quod cum eo.* teneri dominum de peculio, etiamſi ſeruus ſine eius voluntate contraxerit, de ſpeciali voluntate intelligi debet qualis eſt voluntas eius qui iubet, quíque ideo in ſolidum actione quod iuſſu obligatur, quaſi eius fidem ſecutus ſit qui cum ſeruo contraxit *§. 1. eod. tit. l. 1. infr. quod iuſſu l. ſi quis ſeruum 29. §. 1. infr. hoc tit.* vbi eſt textus omnium apertiſſimus. Cæterùm quis vellet ex cauſa peculiari cōtrahere, præſertim cū ſeruo, niſi ſciret cōtrahere ſeruū ex tacita quadā domini volūtate, ideóq. fore vt

BIU Cujas

ex eo contractu obligatum habiturus sit dominum actione de peculio. Nec magis cuiusquam interest quàm parentum vel dominorum ita ius constitui, vt ea spe allecti homines contrahant facilius cum filijsfamilias vel seruis, ex quorum personis & negotiatione nullum alioqui lucrum sperare parentes vel domini possent, vt diximus ad §. 1. *huius legis*: non igitur audiendus est pater vel dominus, si recusetsuscipere actionem de peculio ex contractu filij vel serui, cui concedendo peculium, contrahendi quoque potestatem dedit. Nec tam filium aut seruum qui contraxit videtur pater aut dominus hoc casu defendere, quàm seipsum, quod æquissimum sit teneri eum non quidem absolutè & in solidum, sed ad finem peculij, quia & dominium peculij ad eum pertinet. Et quamuis actio hæc sit rei persecutoria, quia per eam persequitur creditor id quod sibi abest *l. in honorarijs* 3. *de oblig. & act.* in personam tamen non in rem est, quia per eam non intendit actor peculium suum esse aut sibi obligatum, sed aduersarium ex eo peculio dare sibi & soluere oportere, & ad id condemnari debere. Et ideo benè Vlpianus addit *quasi aliam quamuis personalem actionem*, ad differentiam nimirum actionis in rem quã inuitus nemo pati cogitur, cùm liberũ sit cuilibet dicere se non possidere *l. vlt. supr. de rei vindic.*

22. POMPONIVS libro 8. ad Sabinum.

SI damni infecti, ædium peculiarium nomine, promiserit dominus, ratio eius haberi debet: & ideo ab eo, qui de peculio agit, domino cauendum est.

Ad l. Si damni 22.

RAT. DVB. Dominus conuentus actione de peculio id tantùm deducere potest quod sibi debetur & iis quos habet in sua potestate *l. depositi* 5. § *vlt. l. sed si damnum* 9. §. *peculium & seq. supr.* Atqui cùm dominus promisit & cauit de damno infecto ædiũ peculiarium, nomine nihil adhuc debet, quia fieri potest vt ædes non decidant, nullúmque damnum faciant. Et quamuis ante damnum factum interponatur cautio, effectus tamen eius & vtilitas confertur tota in id tẽpus quo damnũ datum erit, habétque tacitam in se veluti condicionem, si quandoq. damnum dari contigerit: extenditur enim actio in id tempus, quo damnum committitur *l. si finita* 15. §. *vlt. infr. de damn. infect.* Ergo nec domino qui de dãno infecto cauit quicquam debetur antequam pro damno facto & farciendo aliquid præstiterit. Proinde nihil adhuc est cuius ratio in actione de peculio haberi pro eo debeat. DEC. Id abesse iam intelligitur, in quo quis obligatus est *l. si quis mandatu* 28. *in fin. supr. de negot. gest.* Ergo qui damni infecti nomine promisit cùm iam sit obligatus de damno si quod contigerit, & quandocunque contigerit, farciendo, dignus est cui succurratur in actione de peculio, non vt ei liceat ex peculio deducere id, quod nondum soluit, sed vt is qui agit de peculio caueat ipsi de refundendo omni eo quod ex causa eiusmodi promissionis præstare ipsum aliquando fortasse oportebit: est enim maximus & omnino necessarius vsus cautionis in his rebus quæ ex incerto & futuro euentu pendent obligationis iam cõtractę *l. sed si damnum* 9. § *vlt supr. l. si post acceptum* 18. *& seq.* vbi dixi *supr. de rei vindic. & alibi pass.* Ideóque prudenter Põponius sic loquitur, vt dicat non quidem deductionem domino dandam esse eius quod promisit præsertim cùm nihil certi promiserit (verba enim stipulationis collata sunt in incertum, id est, in futurum *quanti ea res erit, l. in hac stipulatione* 28. *de dam. infect.*) Sed rationem eius haberi debere, quod dominus ædium peculiarium nomine promiserit, hactenus scilicet vt ei caueatur, quomodo & Paulus loquitur in *l. ex facto* 52. *in fin. infr. hoc tit.*

23. IDEM libro 9. ad Sabinum.

AEdium autem peculiarium nomine in solidum damni infecti promitti debet, sicuti vicarij nomine noxale iudicium in solidum pati[a]: quia pro pignore ea si non defendatur, actor abducit, vel possidet[b].

Ad l. Aedium 23.

RAT. DVB. Dominus non tenetur de peculio insolidum, sed eatenus duntaxat, quatenus in peculio est *tot. hoc tit.* Ergo nec peculiarium ædium nomine in solidum cauere cogendus est, ne alioqui duriùs ædium quàm contractuum peculiarium nomine obligetur.

DEC. Multum interest inter actionem de peculio, & stipulationem damni infecti quæ pro ædibus peculiaribus interponitur. Actio de peculio datur contra dominum ex contractu serui: non alia de causa quàm quia ipse peculium seruo concesserit & cum peculio contrahendi de eo facultatem, vt diximus ad §. *vlt. leg. summa* 21. *supr.* Proinde æquum non est dominum in plus teneri eo nomine quàm quantum sit in peculio, at de damno infecto ædium peculiarium nomine cauere, ac promittere cogitur, non quia sint peculiares, sed quia earum ipse dominus in solidum est, & damnum quod ab ædibus timetur, in solidum quoque timetur. Ergo ædium nomine quamuis peculiares sint in solidum cauere dominus debet, perinde ac si peculiares non essent, alioqui eas vicinus ex secundo decreto sibi possidere iubebitur, postquàm ex primo in earum possessionem missus pignoris iure fuerit: sic enim locus hic intelligi debet ex *l.* 4 §. *duas l. Præcoris* 5. *l. si finita* 15. §. *Iulianus* 16. *infr. de damn. infect.* Quisquis enim dominus ædium vicinum sarum est aut cauere pro ædibus in solidum cogitur, aut ijs in solidum carere. Vltra verò non tenetur, etiamsi damnum ab ædibus quæ deciderint datum longè pluris sit, quàm quanti ędes fuerunt, quia cùm animalia quæ noxam commiserunt, non vltrà soleant dominos onerare quàm vt noxæ ea dedant, multo magis ea quæ anima carent non vltrà debent nos onerare. Præsertim cùm res quidem animales quæ damnum dederunt, ipsæ extent. Ædes autem si ruina sua damnum dederunt, desierint extare, vt eleganter ratiocinatur *Vlpian.*

BIU Cujas

Vlpian. in l. Prætor ait 7. §. 1. eod. ill. tit.

a *Sicut vicarij nomine noxale iudicium in solidũ pati.* Eadẽ ferè ratio dubitãdi est ad hanc sententiã, quæ ad superiorem: nã neq; ex persona vicarij potest dominus conueniri de peculio nisi quatenus in peculio est ipsius vicarij: deinde si quid ab iis domino vel seruo ordinario debeatur *l. si seruus meus 17.* vbi diximus *supr.* ergo nec si vicarius noxam commiserit, cogendus est dominus eum defendere in solidum, sed ad finem vsque duntaxat peculij, ne alioqui in potestate sit vicarij deteriorem facere condicionem domini delinquendo quàm contrahendo. Ideò autem tractat hîc Pomponius de seruo vicario, non de ordinario, quia in ordinario noxam committente, non similiter tractari potest de actione de peculio, quæ scilicet ex contractu venit, non ex delicto *d. l. 1. §. si filiusfamilias supr. de his qui effud.* & quia seruus ordinarius in suo ipse peculio esse intelligit non potest *l. depositi 38. §. Stichus infr. hoc tit. l. Stichus 16. in fin. de pecul. legat.* At seruus vicarius in peculio est serui ordinarij, *d. l. si seruus*, & cùm damnũ dat extraneo sicuti fit ex ea causa debitor, minuitq; peculium serui ordinarij faciendo eum æquè debitorem, videbatur ex persona serui ordinarij qui noxam nullam admisisset dari posse in dominum actionem de peculio vt noxalis actio ex persona vicarij competens aduersus dominum quodammodo in actionem de peculio ex persona serui ordinarij conuerteretur: sed merito Pomponius contra respondet cogendum dominum vicarij nomine iudicium noxale in solidum pati, quia negari non potest quin actio hæc veniat ex delicto. Nec proinde quin noxalis esse debeat, non de peculio: differunt enim toto genere actiones de peculio à noxalibus, cùm illæ ex contractu veniant: hæ autem ex delicto, vt nomen ipsum sonat. Noxam enim aut noxiam dixerunt veteres pro delicto, & aptissimè, cùm noxia dicta sit à nocendo. Noxalis autem actio datur in solidum non quidem eo sensu vt cogatur dominus damnum decidere in solidum nec deditione noxæ liberetur, sed vt si fortè pluris sit seruus qui deliquit, quàm sit in peculio, non liberetur dominus præstando peculium, aut totius peculij æstimationem, sed omnimodo vel seruum siue vicariũ siue ordinarium defendere cogendus sit, plenamq; damni æstimationem præstare, aut seruum noxæ dedere, alioqui actor seruum hunc vicarium quãticumque precij sit abducet, & in bonis habere incipiet *l. 2. §. vlt. supr. si ex noxal. cauſ. agat. l. electio 26. §. vlt. de noxal. action.* Ergo verum est dominum vicarij nomine iudicium noxale pati debere.

b *Quia pro pignore eas si non defendatur actor possidet.* Malo ita legere, reiectis verbis illis, *abducit vel*, quæ tanquam suspecta & irreptitia lineis intercluſa sunt, quàm ea retinere: dictio namque *eas* ostendit Pomponium de solis ædibus rationem reddere, non de vicario, de quo non in plurali numero loquendum fuerat, sed in singulari, aut si in plurali, non certè in genere fœminino. Sed neque verum est, vicarium qui noxali iudicio non defenditur abduci pro pignore. Abducitur quidem, sed ita vt fiat in bonis eius qui abducit *d. l. 2. §. vlti. supr. si ex noxal. cauſ. agat. d. l. electio 26. §. vlt. de noxal. act.* Cùm ergo is qui abducit, nanciscatur ex ea causa dominium bonitarium, vt vocant, fieri certè nequit vt habeat vicarium pro pignore: eius namque est pignori accipere qui rem in bonis non habet: pignori autem dare eius demùm qui habet *l. & quæ nondum 15. §. quod dicitur infr. de pignor.* At is qui mittitur in possessionem ædium ex causa damni infecti, acquirit eo modo ius pignoris duntaxat & quidem prætorij quod permissionem in possessionem constituitur *l. non est mirum 26. §. 1. supr. de pignor. act.* nec priùs fit dominus bonitarius quàm à Prætore iussus sit sibi possidere in odium domini durantis & perseuerantis non cauere à quo tempore si per legitimum tempus possideat vsucapit, & ex domino bonitario fit quiritiarius *d. l. Prætoris 5. d. l. si finita 15. §. Iulianus 16. de damn. infect.*

24. VLPIANVS libro 24. ad Sabinum.

CVrator furiosi administrationem peculij, & dare, & denegare potest tam seruo furiosi, quàm filio.

Ad l. Curator 24.

RAT. DVB. Non potest pupilli tutor vel furiosi curator peculium seruo constituere adeóque nec pupillus ipse cum tutoris authoritate *l. 3. §. Pedius & seq. l. quam Tuberoni 7. §. 1. supr.* multóque minùs furiosus, qui quoniam non tantùm iudicio, sed etiam sensu caret *l. si tibi 8. §. vnius de opt. legat.* nihil omnino agere potest ne quidem curatore interueniente *l. in negotiis 5. de regul. iur.* ergo nec administrationem peculij dare aut denegare filio vel seruo furiosi curator potest: eiusdem enim potestatis esse videtur concedere peculium aut dare liberam peculij administrationem, nisi quod concessio liberæ administrationis specialem exigit voluntatem *d. l. quam Tuberonis 7. §. 1. in fin. supr.*

DEC. Longè facilius est, ei qui peculium iam habet liberam administrationem concedere, quàm nunc primùm peculium dare ei qui nunquam habuit, hoc respicit rei substãtiam, quæ difficiliùs semper inducitur: illud verò non nisi qualitatem, cuius adiectio leuior est, *arg. l. heredes palàm 21. §. 1. vers. nihil enim nunc dat, sed datum significat infr. qui testam. facer. poss.* atqui peculium à furioso concessum antè furorem non idcirco ademptum videri potest, quòd furor domino superuenerit *dict. l. quam Tuberonis §. 1.* Cùm ergo peculium concessum anteà concessum maneat, nihil prohibet quin eius peculij administrationem liberam curator furiosi aut concedere possit aut denegare prout vtilitatem furiosi exigere animaduerterit, ex qua certè totum æstimandum est ne alioqui in furioso eueniat quod in pupillo cauendum & euitandum esse Iustinianus ait in *l. pen. C. ad SC. Trebell.* ne dum nimia subtilitate circa res furiosi vtimur, ipsa subtilitas ad perniciem eius reuertatur. Potest autem fieri vt furioso vtilius futurum sit dari seruo ipsius liberam administrationem quàm denegari, contrà quoque vt longè consultiùs sit denegari, si fortè serui mores vel corrupti vel suspecti sint *arg. l. libera 48. infr.* quo casu etiam in totum peculium adimi melius est vt dixi ad *d. l. 7. §. 1. supr.*

BIU Cujas

25. POMPONIVS libro 23. ad Sabinum.

ID vestimentum peculij esse incipit: quod ita dederit dominus, vt eo vestitu seruum perpetuò vti vellet: eóque nomine ei traderet, ne quis alius eo vteretur: ídque ab eo eius vsus gratia custodiretur. sed quod vestimentum seruo dominus ita dedit vtendum, vt non semper, sed ad certum vsum, certis temporibus eo vteretur, veluti cùm sequeretur eum, siue cœnanti ministrauit: id vestimentum esse peculij.

Ad l. Id vestimentum. 25.

RAT. DVB. Quod acquirit seruus si tale sit vt dominus id ei præstare necesse habeat. peculij fieri non potest *l. peculium nascitur 40. infr.* vbi exemplum ponitur in tunicis & alijs huiusmodi rebus quas præstare necessario dominus seruo debet vt eius ministerio vti possit: ergo dicendum est indistinctè vestimentum in peculio esse non posse, id est, non solum si dominus ita vtendum dederit, vt non semper, sed ad certum vsum, certisq; temporibus eo vteretur, veluti cùm sequeretur eum, aut cœnanti ministraret: sed neque si ita dederit dominus, vt eo vestitu seruum perpetuò vti vellet, eoque nomine ipsi traderet, ne quis alius eo vteretur, idque ab eo eius vsus gratia custodiretur. DEC. Aliud est de eo vestimento tractare quod seruus acquisiuerit: aliud verò de eo quod dominus seruo dederit. De prioris generis vestimento Marcianus loquitur in *d. l. peculium.* Pomponius verò in hac lege de posteriore, quod non acquirit seruus à domino, sed dominus dat seruo, in quo, & si voluntas domini ad constituendum peculium sola est, quæ totum facit, cùm peculium ex constitutione & voluntate domini pendeat *l. quam Tuberonis 7. §. pupillium iunct. l. 4. in princip. supr.* In dubio tamen non est credendus dominus voluisse peculij esse quod in serui vsus proprios & quotidianos esse noluit, sed aliorum quoque vsibus destinatos. Id verò credendus est voluisse incipere esse peculij quod vestimenti nomine proprium quodammodo facere seruo voluit, quale est quod ita dedit vt eo vestitu seruum vti perpetuo vellet, id est, quandiu vestimentum duraret: durare namque in perpetuũ non potest quod quotidiano vsu & non vsu quoque deteritur §. *constituitur Instit. de vsufr.* Quomodo & perpetuam solemus dicere societatem quæ ad mortem vsque vnius ex socijs durat, licèt morte finiatur *leg. 1. infr. pro socio.* Aliud enim est perpetuum quid dicere, aliud verò æternum *l. nulla 70. eod.* neque rursum dictio illa *perpetuò* sic accipi debet, quasi non aliter possit vestimentum hoc esse peculij, quàm si seruus eo quotidie vtatur, sed sufficit vt eo possit ipse vti quoties velit si fortè sit pretiosius, quàm vt vsu quotidiano consumi debeat, dum ne alius quisquam inuito eo vti possit. Hoc enim satis innuunt verba quæ sequuntur, *ídque ab eo eius vsus gratia custodiretur.* At cùm dominus vestimentum seruo dedit ita vtendum vt non semper, id est, quoties seruus vellet, sed certis tantùm temporibus, & ad certum duntaxat vsum eo vteretur, veluti cùm aut dominum sequeretur aut cœnanti ei ministraret, apparet non tam serui, quàm ipsius domini gratia id vestimentum seruo datum, ideóque non ea mente vt peculij fieret. Nihil enim esse in peculio potest quod non videri debeat proprium patrimonium ipsius serui *leg. 5. §. peculium suprà leg. peculium & ex eo 39. infr. hoc tit.* Videtur autem ex hac lege induci posse non malè, vestes illas pretiosiores quas maritus constante matrimonio vxori exhibuit ad ornatum, & ad maiorem ipsius mariti decorem & dignitatem non censeri donatas mulieri, quomodo censentur ea quas in vsus quotidianos submministrari mulieri à viro necesse est, vt quod à domino traditum in peculio serui esse non posset, nec in mulieris patrimonio censeri hac parte debeat quod à marito traditum est, durante matrimonio. De quo vide quæ scripsi in Codice Fabriano *defin. 2. de donat. ante nupt.*

26. PAVLVS libro 30. ad Edictum.

SI semel ex ea causa, id est, quod dolo fecerit, dominus præstiterit de peculio conuentus: cæteris ex eadem causa nihil præstabit.

Ad l. Si semel 26.

RAT. DVB. Dominus qui dolo malo aliquid facit in peculio, vtputa in tribus illis casibus quos Vlpianus expressit in *l. summa cum ratione 21. suprà* obligatum eo nomine creditoribus omnibus æquali iure, quia omnium æquè interest nihil in peculio fieri dolo malo. Ergo quod ex ea causa dominus præstitit vni ex creditoribus à quo priore conuentus de peculio fuit, non debet ei prodesse aduersus cæteros vt ijs agentibus nihil eo nomine præstare debeat: ne sit in ipsius potestate præripere cæteris quod æquè debetur omnibus, cùm par omnium creditorum condicio facta est *leg. quod autem 6. §. sciendum infr. quæ in fraud. credit.*

DEC. Quod semel debetur, semel tantùm solui debet: nam & cùm ex pluribus causis aliquid debetur, vna solutio sufficit ad obligationes omnes perimẽdas, quia nõ vt ex plurib. causis deberi quid nobis potest, ita & nostrũ fieri potest *l. in numerationibus 44. infr. de solut. l. non vt ex plurib. 159. de regul. iur.* Imò etiam qui bis idem promitteret ipso iure tamen ampliùs quàm semel non deberet, *leg. qui bis 18. infr. de verborum obligationib.* multo

multo magis si ex vna eademq; causa vt in proposito, debitum aliquid pluribus fuit. Quod ergo ex causa doli præstitit dominus actione de peculio alicui ex creditoribus iã ab eo conuentus prodesse illi debet aduersus omnes cæteros, ne quid ijs amplius eo nomine præstare teneatur. Quid enim possis ei imputare qui coactus fuerit & iure cogi potuerit ad solutionem? *d. l. quod autem 6. §. apud Labeonem & seq. infr. quæ in fraud. credit. l. ait Prætor 7. §. permittitur supr. de minor.* Quid rursum creditori qui prior egit de peculio & sibi vigilauit? *d. §. sciendum & l. pupillus 24. quæ in fraud. credit.* maximè cùm in actione de peculio melior sit conditio occupantis vt diximus ad *l. si verò 10. supr.* & dicemus ad *l ex facto 52. eod. tit.* Alioquin posset imputari domino curà creditore qui prior egit & cui soluit cautionem nõ extorsisset, vt in tributoria actione *l. 5. §. vlt. & l. seq. supr. de tribut. act.* Neq; potest videri dominus per gratificationẽ soluisse quod priori agenti & exigẽti creditori soluit *d. l. pupillus 24. quæ in fraud. credit.* Sed aliquid potius ex ordine fecisse, vt Paulus loquitur in *l. cùm vnus 12. de reb. author. iudic. possid.* Non ergo cogendus est vt iterum alijs soluat, alioqui dicendum erit tot solutionibus onerandum eũ esse, quot sunt creditores, quod esset ridiculum & iniquum *l. 4. infr. de in rem vers.*

1 ¶ Si tantundem seruus ei debeat, quantum dolo minuit: non erit condemnandus. his consequens erit, vt, manumisso quoque [a], vel alienato seruo, ex causa etiam doli intra annum teneatur.

Ad §. 1. si tantundem.

RAT. DVB. Æquitas sola est quæ merum ius compensationis inducit *l. inter tutores 36. infr. de admin. tutor.* Æquitas autem semper deficit his qui dolo malo aliquid fecisse probantur *l. pen. in fin. ad S.C. Trebell.* Numquã enim æquitas fauet dolo quẽ è contrario semper puniri bonum & æquum est *l. procurator 11. §. 1. de doli mal. except.* Ergo dominus qui dolo malo ademit aut minuit peculium in necem creditorum, non est audiendus si conuentus actione de peculio velit compensare id quod ex causa doli debet cum eo quod sibi debetur, ac proinde omnimodo condemnandus est, vt quod ex dolo suo debet præstet.

DEC. Compensatio ipso & mero iure fit eius quod inuicem debetur *d. l. inter l. si ambo 10. & pass. de compensat.* id est, nullo alio hominis facto requisito, nisi vt opponatur. Nẽpe quia vim solutionis obtinet, *l. si constat 4. Cod. eod.* nec fauore vllo afficitur is qui ad compensationem admittitur, non magis quàm is qui admittitur ad soluendum id quod debet. Quemadmodum igitur dolus compensare volentis non efficit quominùs illi ipsi deberi aliquid vicissim possit: ita nec facere potest quominus ad compensationem admitti debeat, vnde fit vt etiam doli compensatio vtrimque fieri possit *l. domum 57. §. vltim. infr. de contr. empt.* & patium delictorum *leg. viro 39. solut. matrim.* & paris vtrimque culpæ & negligentiæ *d. l. si ambo*, ergo nec fieri potest, vt dominus condemnetur eius quantitatis nomine quam dolo malo ex peculio minuit, cùm eam debere ipso iure desierit hoc ipso quod tantundem ei vicissim debitum fuit. Sed & obseruandum est compensationem, si qua hoc casu pro domino fieri intelligatur pendere ex deductione quam ex peculio fecisse dominus creditur, non tantum eo tempore quo cœpit conueniri de peculio, quo tempore sibi soluisse intelligitur, sed à quo primùm instanti cœpit esse peculij creditor, quia non est verisimile dominum id concedere seruo in peculium habere quod sibi debetur, vt suprà cum Vlpiano diximus in *l. sed si damnum 9. §. prætereà supr. hoc tit.* Et quemadmodum domini dolus, qui interuenit in adimendo vel minuendo peculio non impedit deductionem illam quæ ipsa quoque fit ipso iure, & per fictionem quoque iuris quasi præueniisse dominus & secum egisse sibique prior soluisse intelligatur *d. l. sed si damnum §. peculium & d. §. prætereà.* consequens est vt neque compensationem illam impedire possit quæ ex eius deductionis potestate inducitur: & quæ facit vt nihil aliud deducat dominus quàm quod compensat: ita fit vt euitetur circuitus, qui inducendus esset si dominus ex dolo suo condemnaretur, eique vicissim permitteretur deducere quod sibi deberetur: contra rationem illam quæ ius compensationis generaliter induxit, quòd cuiusque interfit non soluere potiùs quàm solutum repetere *l. 3. infr. de compens. l. stipulatus 15. in princip. infr. de fideiuss.*

a *His consequens erit vt manumisso quoque.*

RAT. DVB. Actio annalis de peculio quæ à Prætore datur cùm seruus qui peculium habuit vel mortuus vel manumissus vel alienatus est *l. 1. infr. tit. prox.* non habet locum eo casu, quo peculium per ademptionem extinctum sit. Nam ademptio vel bona fide facta est vel dolo malo & in necem creditorum si bona fide non est æquum peculio extincto & mortuo per ademptionem, vt loquitur Marcianus in *l. peculium 40. infr.* actionem tamen de peculio durare, ne quidem intra annum *l. 1. §. 1. infr. de in rem vers.* Ideóque nec verba edicti Prætoris casum hunc comprehendunt. Sin dolo malo facta ademptio est, perinde haberi eam æquum est ac si facta non esset, & idcirco superesse actionem de peculio perpetuam non annalem *l. summa cum ratione 21. supr.* Ergo non potest verum esse quod Paulus hîc scribit tanquam consequens superioribus, manumisso quoque vel alienato seruo dominum ex causa etiam doli intra annum teneri.

DEC. Cùm seruus mortuus vel manumissus vel alienatus est non potest esse perpetua actio de peculio, quæ extincto ex his causis peculio, extincta quoque ipsa potiùs ipso iure deberet, visumque est Prætori, sufficere creditoribus debere si ad annum vsque obligatio produceretur *d. l. 1. §. meritò infr. tit. prox.* quod verò dolus malus domini interuenit in adimendo vel minuendo peculio facere non potest actionem perpetuam quæ his casibus ex Prætoris edicto est annalis: nec aliud petere creditores possunt nisi vt in actione illa annua huius quoq; doli ratio habeatur ac proinde intra eum ipsum annum intra quem actio ipsa de peculio proponenda est, in quam necessitas incidit vindicandi huius doli. Neque enim dolus hic nouam actionem parit, sed annalem, quæ à Prætore inducta est, afficit, nouamque ei qualitatem & condicionem quandam adiicit, vt ea actione dolus quoq; domini vindicetur. Idq; ex ipsius edicti verbis illis quæ Vlpianus refert in *d. l. 1. etsi quid dolo malo eius in cuius potestate est factum erit, quominùs peculij esset.*

BIU Cujas

27. GAIVS libro 9. ad Edictum Prouinciale.

ET ancillarum nomine & filiarumfamilias, in peculio actio datur. maximè si qua sarcinatrix, aut textrix erit, aut aliquod artificium vulgare exerceat: datur propter eam actio depositi quoque & commodati actionem dandam [a] earum nomine, Iulianus ait. sed & tributoriam actionē: si peculiari merce, sciente patre, dominóve negotientur: dandam esse longè magis non dubitatur, & si in rem versum est [b] quod iussu patris dominíve contractum sit.

Ad l. Et ancillarum 27.

RAT. DVB. & DECID. eadem est quæ ad *l.* 1. §. vbi idipsum scriptum est quod in hac lege, *Prætoris edictum de peculio & Quod cum eo qui in alien. potest. est negot. gest esse*, dicet, non minus ad fœminas quàm ad masculos pertinere. Nam nec ancillæ facilè in hoc comparantur vt pariant, *l. ancillarū 27. supr. de hered. petit.* Sed potius vt nobis seruiant, & negotientur *l. procuratoris* 5. §. *sed & si ancilla supr. de tribut. action. l. nam & plerique* 6. *de instit. act.* eo scilicet negotiationis genere quod & mulieribus conuenire potest salua sexus verecundia, quæ etiā in ancilla honesta & laudanda est: in filia verò familias omnino necessaria, puta si qua, vt Caius hîc ponit, sarcinatrix aut textrix fuit, aut aliquod eiusmodi artificium vulgare exercuit, quamquam & si alienis negotiis gerendis se immiscuerit idem est *l. si filiafamilias* 14. *supr. de negot. gest.*

a *Depositi quoque & commodati actionem dandam.*

RAT. DVB. & DECID. ad hunc versic eadem est quæ ad *l. depositi* 5. *supr. hoc tit. & ad l.* 3. §. *si filiofamilias supr. Commod.* vbi diximus itemq; ad *d. l. procuratoris* 5. §. *sed & si ancilla supr. de tribut. act.* Quamquam in tributoria actione minorem dubitationē res habet cùm non detur in patrem vel dominum nisi eo casu quo peculiari merce sciente patre vel domino negotientur, Idq; est quod Caius significat his verbis *longe magis non dubitatur* locum habet *d.l. nam & plerique* 6. *supr. de instit. act.*

b *Et si in rem versum est.* Nullam hic versiculus recipit dubitandi causam: nam quod in rem patris versum est à filia vel in rem domini ab ancilla cur non perinde obliget patrem ac dominum, atque si à filio vel seruo versum esset: non tam enim ex persona quàm ex re ipsa hæc actio venit, ideoque furiosum & pupillum non minùs, quàm alium quēlibet dominum obligat *l. furiosus* 46. *infr. de obligat. & act. l. summa cum ratione* 21 §. 1. *supr.* nec tam inspiciendum est à quo, quàm quid & quantum in rem versum sit. Cur verò ex contractu filiæ vel ancillæ potiùs quàm filij vel serui permittemus locupletiorem fieri patrem vel dominum ex aliena iactura? Quòd si pater vel dominus etiam iusserit contrahi cum filia vel ancilla, minor quoque dubitatio est quin ex eo contractu pater vel dominus quodiussu teneatur, cùm ille ipse videatur contrahere, qui iubet, inquit *l.* 1. *in princip. infr quod iuss.* Itaque progressus est hoc loco Caius à casibus dubitabilioribus ad minùs dubitabiles: contrà quàm Africanus facere soleat qui progreditur à dubitabilibus ad dubitabiliores.

1 ¶ Constat, heredem domini id quoque deducere debere quod seruus cuius nomine cum eo de peculio ageretur, ante aditam hereditatem ex bonis hereditariis amouisset, consumpsisset, corrupisset.

Ad §. 1. Constat 10.

RAT. DVB. In actione de peculio non deducitur nisi quod domino debetur, aut ijs per quos etiam dominus fieri creditor potest *l. sed si damnum* 9. § *peculium & seqq. supr.* Atqui seruus qui ante aditam hereditatem ex bonis hereditariis quid amouit, vel consumpsit, vel corrupit, nunquam ex hac causa fuit debitor domini sui post cuius mortem duntaxat deliquit: nec rursus debitor videri potest heredis qui nunc de peculio conuenitur, quoniam damna hæc intulit non heredi, qui nondum adierat, sed hereditati quæ non heredis, sed defuncti personam repræsentat *l. non minùs* 31. §. 1. *de hered. instit. l. hereditas* 34 *de acquir. rer. domin.* Ergo non est concedendum heredi domini cùm ex persona huius serui hereditarij de peculio conuenitur, vt ex peculio deducat quod hic seruus ante aditam hereditatem ex bonis hereditariis amouit, aut consumpsit, aut corrupit, præsertim cùm nec hereditati seruus hic furtum facere potuerit, quia furtum nihil nisi possessionis interuersio est: hereditas autem cùm sit persona ficta, quæ neque pedes, neque manus habet possidere nihil potest, nec proinde furti actionem quæ nunquam ei quæsita fuit ad heredem transferre, vt Vlpianus ratiocinatur in *l.* 1. §. *Scæuola si is qui testam. lib est iussu nunc.* §. 1. *eiusdem legis.*

DEC Heres quandocunq; hereditatem adierit, iam ex die mortis illā adiisse retrofingitur *l. heres quandoque* 54. *de acquir. hered. l. si ex re* 28. §. *vlt. de stipul. seruor. l. omnis hereditas* 138. *l. omnia ferè* 193 *de reg. iur.* deletúrq; memoria hereditatis quasi nulla vnquam fuerit ex quo nacta est heredē, vnde est quod dicim⁹ heredē & hereditatē tāetsi duas appellationes recipiāt vnius tamē personæ vice fūgi *l. heres & hereditas* 22 *de vsucap.* scilicet defuncti cuius personam hereditas primùm deinde heres repræsentat. Proinde seruus hereditarius qui ex supradictis causis factus est debitor hereditatis perinde haberi debet acsi domino ipsi quasi tùm adhuc viuenti debere cœpisset. Quo casu nemo dubitaret quin actione de peculio conuentus heres deducere id posset, quod defunctus si hodie viueret, & conueniretur, posset deducere, nec aliud erit, etiamsi ponas seruum hunc fuisse statuliberum & testamento liberum esse iussum Quamquam enim eo casu deficit ciuilis actio, non tamen deficit naturalis æquitas ex qua Prætor honorariam & pœnalem in duplum actionem ex huiusmodi causa contra statuliberum induxit *d. l.* 1. *in princip. & §.* 1. *ill. tit. si is qui testam. lib. esse iuss.* ex qua actione non dubitatur quin seruus hic hereditarius quamuis statuliber fiat debitor proprius heredis, & quidem tanquam heredis, & ex causa hereditaria, cùm tantò minùs locupletem accipiat hereditatem, quæ esset hodie locupletior si seruus hic nihil ex hereditate amouisset, consumpsisset, corrupisset, quamuis actio illa pœnalis

BIU Cujas

pœnalis, quæ in duplum datur heredi ex eo edicto incipiat ab herede, nec vnquam competierit defuncto. Non enim ob id minùs hereditaria actio est, aut saltem hereditariæ actionis loco habenda *arg. l. hereditariarum 40. de oblig. & act.* inspecta scilicet causa & origine, quæ fuit hereditaria.

2 ¶ Si seruus alienatus sit: quamuis in eum, qui alienauerit, intra annum Prætor de peculio actionem polliceatur: tamen nihilominus & in nouum dominum actio datur. & nihil interest aliud apud eum adquisierit peculium, an quod pariter cùm eum emerit, vel ex donatione acceperit, eidem concesserit.

Ad §. 2. Si seruus.

RAT. DVB. Non sunt multiplicandæ actiones, sine causa & necessitate *l. 2. §. vlt. infr. vi bonor. rapt. l. 1. supr. de Public. in rem act.* sicuti nec multiplicanda sunt entia, vt volunt Philosophi, nisi cùm naturæ necessitas cogit. Atqui cùm seruus alienatus est, ex cuius persona & contractu creditori competebat actio de peculio, nulla necessitas est dandæ actionis de peculio contra eum qui emit, vel ex donatione, aut alio acquisitionis titulo accepit, cùm supersit vetus actio intra annum aduersus eum ipsum qui vendidit, aut aliter alienauit *l. 1. infr. tit. prox.* Nec habet creditor iustam conquerendi causam, quòd actio de peculio, quæ anteà erat perpetua, facta sit per alienationem annalis, cùm æqui potiùs bonique consulere debeat, quod post alienationem serui, adhuc saluam habeat actionem, quam ipso iure nullam habere deberet extincto per alienationem peculio *d. l. 1. §. meritò.* Cumque annus ille sit vtilis imputare omnimodo sibi debet creditor, si intra annum illum non egerit, cùm potuerit.

DEC. Actio de peculio cùm ex contractu serui detur, nec contra seruum dari possit, necesse est, vt contra dominum detur, & quidem contra eum qui dominus sit eo tempore quo agitur, non qui dominus fuit eo tempore quo contrahebatur. Nouum ergo dominum directa actione de peculio teneri & conueniri posse certum est, si modò apud eum seruus peculium aliquod habeat, siue quod acquisierit, siue quod nouus dominus cùm eum emeret pariter rei concesserit. Nec enim aliter de actione de peculio tractari posset, vbi nullum peculium esset, neque obstat si quis dicat, creditores qui cum hoc seruo ante alienationem contraxerunt, non posse videri intuitos tanquam patrimonium serui hoc peculium, quod seruus apud nouum dominum habiturus quandoque esset, de quo, contractus tempore, non cogitabatur. Dicimus enim conueniri nouum dominum, non quasi ex tacita quadam conuentione, aut æquitate, sed ex meta iuris ratione, quæ directam de peculio actionem parit, quia dominus est. At prior dominus qui vendidit, cùm exinde desierit teneri actione directa licèt peculium sibi retinuerit, quia dominium amisit, vtili tamen actione tenetur, quia retinuit peculium. Sed non tenetur nisi intra annum ex æquitate illa Prætoris, quam Vlpianus exprimit in *d. l. 1. §. meritò infr. tit. prox.* Itaque non tam mirum videri debet, quod habeant creditores actionem directam de peculio contra nouum dominum, quàm cur retineant vtilem annalem aduersus eum qui alienauit, sed ratio tamen huius quoque iuris euidens est, quia fieri facilè potest, vt nullum inueniatur peculium apud nouum dominum, si fortè nullum ei nouus dominus concesserit, nec apud nouum dominum seruus vllum acquisiuerit. Quo casu morarentur in damno creditores, si nullam actionem haberent ne quidem vtilem, & annalem aduersus alienatorem, qui alienando seruum peculium sibi excepisset, cuius tamen intuitu & contemplatione cum eius seruo contraxerant. Nam si prior dominus seruum alienauerit cum peculio & peculium tradiderit, certum est ne intra annum quidem de peculio conueniri eum posse, cùm precium hoc peculij non sit peculium, vt ex Neratio subtiliter tractat Vlpianus in *l. si ex duobus 32. §. vlt. infr.* Impossibile autem sit in eum dari actionem de peculio, penes quem nullum sit peculium nisi in specie *l. quia 12. supr.* Eaque nimirum ratio esse mihi videtur propter quam non sicuti mortuo seruo, vel alienato, vel manumisso superest actio de peculio annalis, ita & adempto peculio, quamuis æquè absurdum videatur facto domini peculium adimentis extingui actionem de peculio, atque cùm seruus alienatus est, aut manumissus: nempe quia ademptio extinguit peculium in totum, non etiam serui manumissio, vel alienatio, quæ nomen duntaxat peculij aufert (quia non potest paterfamilias habere peculium *l. vlt. in fin. C. de inoff. testam.*) non autem effectum, quia remanet in bonis & patrimonio eius, in cuius anteà erat. Et remaneret sub nomine peculij, si paterfamilias quoque peculiũ habere posset: Igitur extra casum adeptionis peculij habet electionẽ creditor peculiaris, an cum emptore malit agere, an cum venditore *l. si noxali 11. §. idem scribit sup. l. si creditor 37. §. pen. infr.* Iunge *§. seq.*

3 ¶ Illud quoque placuit (quod & Iulianus probat) omnimodo permittendum creditorib. vel in partes cum singulis agere, vel cum vno in solidum.

Ad §. 3. Illud quoque.

RAT. DVB. Ita comparatum fuit ius vetus, vt si quando eadem res, vel quantitas à pluribus deberetur electione vnius alij liberarentur *l. vlt. C. de fideiuss. l. si ex duobus 32. in princip. inf. hoc tit.* Quemadmodum & is cui plures actiones ex eadem causa competebant eligendo vnam, amittebat alteram *l. quod in heredem 9. §. eligere supr. de tribut. act. l. cùm filius 76. §. variis de legat. 2.* Ergo quod habet electionem creditor peculiaris, an cum emptore velit agere, an cum venditore, vt proximè diximus, non debet facere, quin liberetur venditor in totum, si eligat ille emptorem pro parte, aut contrà & ita videtur sensisse Proculus, cuius opinionem refert & probat Paulus in *l. quoties 47. §. si creditor infr.*

BIU Cujas

DEC. Sententia huius loci non illa est, vt creditor peculiaris, qui contra venditorem egit, aut in solidum, aut pro parte possit mutato consilio aduersus emptorem agere, vel in solidum, vel pro parte, aut contrà: sed vt possit & debeat ab initio eligere, an contra alterutrum velit agere in solidum, an contra singulos diuisa actione, id est, contra vnumquemque eorum pro parte, quomodo & creditori qui duos habet correos debendi permittitur *l. 3. §. 1. infr. de duob. reis l. si creditores 18. C. de pact.* Nulla enim videri potest iniuria fieri ei qui pro parte conuenitur, cùm etiam in solidum & solus conueniri potuit *d. l. si creditores l. reos 23. C. de duob. reis.* Cæterùm siue in solidum contra vnum egerit, non potest aduersus alium postea agere summo iure, siue ab initio cum singulis in partes egerit, non est ei permittendum, vt aduersus alterutrum in solidum experiatur, nisi ab eo consequi solidum non potuerit, quod petiit: nam in actione de peculio ex æquitate, non tam intentio sola, quàm perceptio parit liberationem *l. si ex duobus 32. in princip. infr. hoc tit.* Quod & in cæteris omnibus causis generalius à Iustiniano constitutum est in *d. l. vlt. C. de fideiuss.* an verò re integra permittendum sit creditori actionem diuidere & emptorem ac venditorem conuenire pro æquis partibus, controuersa fuit quæstio inter veteres Iureconsultos & aliud Proculi iudicium & Pauli in *d. §. si creditor.* aliud Iuliani in *l. si creditor 37. §. seruum in fin. infr.* quem Vlpianus hîc refert & probat, cuius sententia licèt magis placuerit cæteris, vt vterq; testatur, alio tamen iure nos, vt Paul. ait in *d. §. si creditor*, id est, cõtrariã Proculi opinionẽ in praxi tandẽ obtinuisse, vt ibi dicemus.

4 ¶ Sed ipsi, qui vendiderit seruum non putat Iulianus de eo quod ante venditionem crediderit, cum emptore de peculio agere permittendum.

Ad §. 4. Sed ipsi, qui vendiderit.

RAT. DVB. Non debet esse deterior conditio domini qui creditor serui sui fuit priùs quàm eum venderet, quàm aliorum creditorum qui similiter ante venditionem serui contraxerunt, cùm in plerisque sit etiam melior, in eo præsertim, quod habet priuilegium deductionis, vt in eo quod sibi à seruo debetur, cæteris omnibus creditoribus etiam anterioribus præferatur *l. ex facto 52. infr.* quasi alios omnes præuenisse, ac secum egisse prior videatur *l. sed si damnum 9. §. peculium & §. præterea supr.* Atqui creditores cæteri habent electionem seruo alienato, an cum emptore agere velint, an cũ venditore. Et quidem cum emptore actione directa & perpetua, quia dominus est, cum venditore verò, quia alienauit seruum, sine peculio, actione vtili & annali ex *tit. quand. de pecul. act. est annal.* Ergo nec venditori ipsi denegandum est, vt agat de peculio cum emptore: nec enim per venditionem serui desiit esse ipsius creditor, quãdoquidem venditio non est, modus tollendæ obligationis siue naturalis, siue ciuilis. Nam & è contrario si creditor serui eum comparauerit, non denegamus ei actionem de peculio contra venditorem, quam alius quilibet emptor haberet, quamuis hoc amplius habeat, quod etiam deducere ex peculio potest quod sibi debetur si hoc malit *l. si noxali 11. §. pen. supr.* Quod ergo emptori conceditur aduersus venditorem, cur non permittamus venditori contra emptorem? Maximè cùm venditor post factam à se venditionem nullum ius deductionis habere amplius possit.

DEC. Dominus idemque serui sui creditor si seruum vendiderit, vel cum peculio vendidit, vel sine peculio, si cum peculio imputare sibi debet, cur peculium vendendo non priùs ex eo detraxerit, quod sibi debebatur: Sera enim detractio est post venditionem, factamque dominij translationem. Quæ translatio etiamsi per traditionem facta non esset, adhuc tamen obstaret venditori exceptio rei venditæ de qua in *l. 1. & tot. tit. infr. de excepr. rei vendit.* Si verò peculium cum seruo non vendiderit, nihil causæ est, cur permittendum ei sit agere contra emptorem, cùm satis sibi soluerit retentione peculij, cuius nomine etiam conueniri ab aliis creditoribus potest, & ex quo tamen cùm conuenietur, vtique deducere poterit quod sibi debitum fuit, & quidem quasi iam solutum, vt proinde si contra emptorem permitteremus ei agere, hoc ipso indulgeremus, vt quod iam ipse sibi soluisset ab alio, iterùm exigeret, quod certè contra bonam fidem esset *l. bona fides 57. de regul. iur. l. si quis dolo 51. infr. de re iudic.* At cæteri creditores in eo dissimilem causam habent & fauorabiliorem, vt possint agere etiam cum emptore, quod nihil eis imputari potest, siue cum peculio, siue absque peculio seruus venditus proponatur.

5 ¶ Sed & si alieno credidero, eumque redemero, deinde alienauero: æquè non putat mihi in emptorem dari debere iudicium.

Ad §. 5. Sed & si alieno.

RAT. DVB. Vulgare nostrorum brocardicum est, nec absurdum facilem esse cuiusque rei reditum ad suam naturam ex *l. si vnus 27. §. pactus ne peteret in fin. supr. de pact. l. filio 23. infr. de liber. & posthum.* Atqui cùm quis seruo alieno pecuniam credidit, eumque postea redemit, etiamsi subinde eum alienauerit, habuit tamen ab initio actionem, de peculio contra eum qui serui dominus tempore crediti fuit. Quæ licet acquisitione serui extincta sit, quasi confusionis potestate, faciliùs tamen potest reuiuiscere per alienationem eiusdem serui postea factam, quia res redierit ad eum casum à quo incepit, & incipere potuit. Ergo dicendum est in hoc saltem casu dandam esse venditori actionem de peculio contra emptorem, esseque hunc casum valde diuersum à superiore in quo nulla vnquam venditori eidemque domino competiit actio de peculio, quippe quàm neque contra seruum, neque contra seipsum habere potuerit *l. cum seruo 107. de regul. iur. l. ne cum filiofamilias 16. de furt.*

DEC. Dominij acquisitione extinguitur actio quam ex facto, aut contractu serui alieni contra dominum habere quis potuit *l. electio 26 §. vlt. supr. de noxal. action. l. 2. in fin. supr. si ex noxal. caus. agat.* Actio autem semel extincta nunquam reuiuiscit *l. qui res 98. §. aream de solut.* ideoque si quando vigeat æquitas, vt

BIU Cujas

tas, vt ressuscitari eam oporteat, restituenda est, vt in *d.l.2.in fin.l.Papinianus* 18. *supr.de seruit.l.si locus* 14. *sup. quemadm.seruit.amitt.non aliter l.ob eam causam* 9. *infr. de præscript.verb.* Ergo non magis in hoc casu, quàm in superiore permittendum est domino, qui seruum vendidit, vt agat de peculio contra emptorem; satisque ei esse debet, quod ex Prætoris beneficio saluam habeat actionem annalem de peculio contra suum venditorem exemplo alterius cuiuslibet creditoris, quam tamen habere nullam ipso iure deberet, vt dicemus in §. *seq.* ponimus enim emptorem hunc non eum ipsum esse dominum qui antea fuerit obligatus de peculio, sed alium in quem actio de peculio nunquam competierat, & alium fuisse primum venditorem, quàm qui secundus emerit, vt apparet ex *d.* §. *seq.* Quamquam nec distinguendum est, quisnam hic nouus dominus sit, an idem ille, qui crediti tempore iam fuerat, an alius, cùm acquisitione dominij confundatur, & extinguatur actio, nisi quæ à Prætore intra annum conseruatur aduersus venditorem, vt diximus. Eademque ratio decidendi locum hîc habet, quæ à nobis ad superiorē casum allata est, quod vel imputare sibi debeat venditor si peculium cum seruo vendiderit, nec quod sibi debebatur exceperit, vel si peculium totum sibi retinuit, sibi quoque ex eo iam soluisse credendus sit.

6 ¶ In venditorem autem duntaxat intra annum post redemptionem numerandum, de eo, quod adhuc alieno crediderim, dandam esse mihi actionem existimat: deducto eo, quod apud me peculij seruus habebit [a].

Ad §.6.In venditorem autem.

RAT. DVB. Non videtur posse imputari domino cur non egerit de peculio contra venditorem suum per totum illud tempus, quo dominus & possessor serui fuit, cùm & dominij acquisitione extincta fuerit actio, vt diximus in §. *præced.* & toto eo tempore potuerit ille ipse de peculio conueniri à cæteris serui creditoribus, si mallent illi eum eligere quàm venditorem *l.si noxali* 11. §. *pen. supr.l.si creditor* 37. §. *penult.in fin.infr.* & §. *si seruus supr.hac lege.* Difficile enim est, ne dicam absurdum, vt quis contra alium agat eo nomine, ex quo conueniri ab aliis ipse possit, quasi contra seipsum agere priùs debeat, & ita sibi soluere. Ergo vel nulla huic emptori contra venditorem danda actio est, ne quidem intra annum quasi per confusionem amissa, vel annus non ex die acquisitionis numerandus est, sed ex die posterioris alienationis.

DEC. Non tantùm cuiuis creditor agere contra venditorem ex antegesto potest, sed & ipse emptor *l.quoties* 47. §. *non tantùm infr.* ne deterioris conditionis sit, quàm alius quilibet creditor, cùm alterius cuiuslibet vice emerit, nec venditoris quicquam interfit, an ab emptore eodemque creditore, an verò ab alio creditore quolibet conueniatur. Nihil ergo causæ est, cur annus intra quem conueniri venditor potuit, non currat emptori ex die redemptionis, cùm acquisitio dominij actionem eius annalem contra venditorem non extinxerit, & ei qui potuit agere imputandum sit, cur non egerit. Nec habet emptor hic idemque venditor de quo conqueratur, cùm satis ei indulgeatur, quod saluam ei relinquit Prætor actionem annalem de peculio contra venditorem, quæ ipso iure extincta videri deberet, non tantùm ob extinctum per serui alienationem peculium (quæ ratio huic emptori communis est cæteris creditoribus *l.1.infr.tit.prox.*) sed magis propria & specialiore ratione, propter confusionem quæ contigit per dominij acquisitionem *l.electio* 26. §. *vlt.sup. de noxal.act.l.2.§.vltim.si ex noxal.caus.agat.*

a *Deducto eo quod apud me peculij seruus habebit.* RAT. DVB. Deductionis vsus eo demùm casu locum habet, quo quis de peculio conuenitur, vt tantò minùs cogatur soluere agenti creditori. Estque priuilegium hoc domini qui conuenitur *l.ex facto* 52. *infr. hoc tit. l.procuratoris* 5. §. *sed est quæsitum supr. de tribut. act.* Ergo non debet hoc ius in eiusdem odium retorqueri, vt etiam agendo deducere cogatur, quod apud eum seruus peculij habuit.

DEC. Cùm dominus conuenitur habet priuilegium deductionis eius quod sibi debetur. At cùm agit, deducere debet quod penes se habet ex peculio. Alia igitur, atque alia deductio est, sed quæ tamen eandem ferè habet rationem: nam & quod deducitur ex peculio, tanquam debitum domino deducitur eo colore quasi iam ipsi domino solutum sit *l.sed si damnum* 9. §. *præterea in fin. supr.* Et quod deducitur peculij existentis penes emptorem agentem contra venditorem, illo etiam colore fit, quasi pro soluto haberi debeat, quod emptor ex peculio apud se habet, & ex quo si conueniretur ab aliis creditoribus, nec ei quicquam debitum esset soluere cogeretur. Et quemadmodum emptor conuentus de peculio à creditoribus potest deducere, quod sibi debetur, & quodammodo seipsum eligere eligendo pro actione deductionem, vt subtiliter ex Iuliano Vlpianus scribit in *l.si noxali* 11. §. *pen. sup.* Ita & cùm agit aduersus venditorem tanquam alius quilibet creditor debet seipsum quodammodo eligere & contra seipsum agere, vt quod alij cuilibet creditori ex peculio soluere teneretur, sibi ipsi soluat. Hoc verò in effectu fit cùm ipse imputat sibi in solutum, quod habet ex peculio, fitque hæc deductio etiam iure tacitæ cuiusdam compensationis, eius scilicet quod hic emptor tanquam emptor debet sibi tanquam creditori. Est enim sui ipsius debitor & creditor diuersis respectibus, & alius quodammodo est, si consideretur tanquam emptor: alius verò si tanquam creditor *l.si paterfamilias* 15. §. *1.supr.de adopt.* Denique nulla ei vnquam fit iniuria qui ex eo, quod penes se habet, aut alienum, aut æri alieno obnoxium, sibi ipsi soluere cogitur, cùm ea solutione perinde indemnitatem consequatur. Sic in *l.si creditor* 37. *in fin. l.quoties* 47. §. *non tantùm infr.*

7 ¶ Sicut autem de eo, quod ipse crediderim seruo meo, non putat Iulianus in emptorem, alienato eo, actionem mihi dari debere: ita & de eo, quod seruus meus seruo meo crediderit: si is, cui creditum fuerit alienatus sit, negat permitti mihi debere cum emptore experiri.

BIU Cujas

Ad §. Sicut autem 7.

RAT. DVB. Cùm vendo tibi seruum cui alius meus seruus pecuniam crediderat, nullum serui mei qui credidit factum intercedit, propter quod videri possit sublata naturalis obligatio, qua seruus venditus idemque debitor huic seruo tenebatur. In quo differt hic casus à superiore: nam cùm vendo tibi seruum, qui mihi debebat, possum videri ius meum totamque obligationem naturalem remisisse, & consequenter actionem de peculio, quam alius quilibet serui creditor contra te habere hodie posset: quia non debui vendere nisi retento, aut excepto eo quod mihi debebatur. Videor autem maluisse ita vendere, vt cariùs tibi seruum venderem, nec facti mei ignorantiam probabiliter possum obtendere *l. quamquam 7. infr. ad SC. Velleian.* Ergo permittendum est, vt ex contractu serui mei eiusdemque creditoris habeam hodie contra te actionem de peculio, licèt eum ipse tibi vendiderim, vt quemadmodum venditio per me facta aliis creditoribus serui mei quibus imputari nihil potest nocere non debet, nec noceret alij seruo meo creditori si posset agere, ita nec mihi nocere debeat venienti ex eius persona, præsertim si creditum eius ignoraui. Quia nec videri quisquam potest remisisse ius illud quod ignorauit sibi competere *l. mater decedens 19. sup. de inoffic. testam.* Alieni enim facti ignorantia semper tolerabilis est *l. vlt. pro suo.* & parcendum est domino, qui noluit onerari, vt in singula momenta causas peculiorum, & statum à seruis suis requireret *l. peregrè 44. §. 1. de acquir. poss.*

DEC. Quod seruus conseruo suo debet etiam domino debet *l. sed si damnum 9. §. huic definitioni supr.* ideoque perinde à domino deduci ex peculio potest *l. si seruus 17. vers. sed & si quid supr.* Ergo sicuti non potest dominus, qui seruum vendidit agere postea de peculio contra emptorem pro eo quod sibi debitum fuit, vt diximus ad *§. sed ipsi 4. supr.* Ita neque pro eo quod seruus ille venditus conseruo suo debuit, quoniam vtroque casu perinde imputari domino potest, cur vendendo seruum non meliùs sibi prospexerit, nec ante venditionem serui diligentius inquisierit, quod nullo labore, nulloque sumptu facere poterat an seruus seruo aliquid deberet, quod in venditione excipi ac retineri oporteret. Debuit enim scire futurum, vt quod seruus venditus conseruo suo deberet, nulla de peculio actione contra emptorem exigi vnquam posset.

8 ¶ Si quis cum seruo duorum, pluriúmve contraxerit: permittendum est ei cum quo velit dominorum, in solidum experiri. est enim iniquum, in plures aduersarios distringi eum, qui cum vno contraxerit nec huius duntaxat peculij [a] ratio haberi debet, quod apud eum, cum quo agitur, is seruus haberet: sed & eius quod apud alterum. Nec tamen res damnosa futura est [b] ei, qui condemnatur: cùm possit rursus ipse iudicio societatis, vel communi diuidundo, quod amplius sua portione soluerit, à socio, sociisve suis consequi. quod Iulianus ita locum habere ait [c], si apud alterum quoque fuit peculium, quia eo casu, soluendo quisque etiam socium ære alieno liberare videtur: at si nullum sit apud alterum peculium, contrà esse: quia nec liberare vllo modo ære alieno eum intellegitur.

Ad §. vlt. Si quis cum seruo.

RAT. DVB. Seruus communis sic omnium est, non quasi singulorum totus, sed tantùm pro partibus indiuisis, quas intellectu magis habent quàm corpore *l. seruus communis 5. infr. de stipulat. seruor. iunct. l. Mœuius 66. §. duorum de legat. 2.* Atqui non potest dominus teneri ex persona, vel contractu serui nisi quatenus dominium in eo habet, quia nec alia ratione tenetur, quàm quia dominus est. Ergo si quis cum seruo duorum pluriúmve contraxerit, non est ei permittendum, vt cum quo velit dominorum in solidum experiatur, sed contra singulos agere debet de peculio pro iisdem partibus, quas habent in dominio serui. Quemadmodum nec seruus potest iis acquirere nisi pro partibus dominicis *l. 1. & tot. ill. tit. de stipulat. seruor.* Ne facilius sit seruo dominos singulos in solidum obligare, quàm ipsis in solidum acquirere, quod absurdum esset. Vt enim æquius, ita facilius longè est per seruum acquiri aliquid dominis, quàm eos obligari *l. seruus vetante 62. de verb. obligat. l. etiam inuitis 32. de acquir. rer. domin. l. qui in aliena 6. de acquir. hered. l. melior 133. de reg. iur.* quod & in filiofamilias iuris est *l. filiusfamilias 22. infr. de solut.*

DEC. Iniquum est in plures aduersarios distringi creditorem, qui cum vno tantùm contraxerit *l. 2.* vbi dixi *supr. de exercit. action.* Qui enim cum seruo plurium, habente ab omnibus peculium commune, contrahit, vniuersum serui peculium cuiuscunque sit, & vbicunque sit velut proprium ipsius patrimonium intueri videtur *l. si ex duobus 32. in fine princip. infr.* Idemque est si seruus vnius quidem domini tantùm sit, sed tamen duplicis generis habeat peculium, vt in specie *l. hinc quæritur 19. §. 1. supr.* Ergo quoties aliquis cum seruo duorum pluriúmve contraxit permittendum ei est, vt cum vtro velit ex dominis in solidum experiatur.

a *Nec huius duntaxat peculij.* RAT. DVB. In duobus sociis speciale est, vt etiam cum eo agi de peculio possit apud quem peculium non est *l. quia 12. iunct. §. vlt. legis præced. & legib. seqq. supr.* Atqui duo domini eiusdem serui non ideò sunt socij: potest enim idem seruus inter aliquos communis esse etiam sine societate puta si duobus pariter legatus, donatúsve aut aliter acquisitus sit *§. item si inter aliquos Instit. de oblig. quæ ex quasi contr. nasc.* Ergo si contra vnum ex duobus dominis eiusdem serui agatur de peculio, eius tantùm peculij ratio haberi debet, quod apud eum est

BIU Cujas

eum est cum quo agitur, non etiam illius quod apud alterum est. Et verò absurdum videtur teneri quem actione de peculio, vt præstet illud etiam peculium quod non habeat. Nam sicuti ex hac actione nihil præstatur, imò neque tenet actio si nihil sit in peculio *l. quæsitum 30. infr. ita neque plus quàm sit in peculio.* Hoc enim fit tantùm per actiones de in rem verso & quod iussu, vt scribit *Iustin. in tit. quod cum eo qui in alien. potest.*

DEC. Quod pertinet ad hanc actionem de peculio, eadem ratio est plurium serui dominorum qui socij non sunt, quæ esset si essent socij, quia in omnibus eadem ratio illa æquitatis locum habet, quod æquum non sit in plures aduersarios distringi eum qui cum vno tantùm contraxerit, vt diximus ad *l. sed in emptore 13. infr.* Vnde fit, vt hæc communio etiam societas quædam dicatur in *l. heredes 25. §. non tantùm 16. supr. famil. ercisc.* Et ratio rationis eadem quoque, quia is qui cum seruo contrahit omne ipsius peculium vbicunque sit, id est, apud quemcunque sit intuetur, velut proprium ipsius serui patrimonium *d. l. ex duobus 32. in fine princip. infr. d. l. hinc quæritur 19. §. 1. supr.* Et hoc nimirum est quod diximus, in hac specie dari actionem de peculio contra singulos in solidum.

b *Nec tamen res damnosa futura est.* RAT. DVB. Nemo ideo condemnandus est, aut cogendus soluere quod ab alio posteà repetiturus sit, si quid præstiterit *l. nemo ideo 171. de regul. iur.* quia cuiuslibet interest non soluere potiùs quàm solutum repetere *l. 3. infr. de compensat. l. stipulatus 15. in princip. infr. de fideiuss.* Non est igitur bona ratio quam hîc adfert Caius, vt vnus ex dominis condemnari possit & debeat actione de peculio in solidum, & eius quoque peculij nomine, quod penes alium sit, quòd possit rursus ipse iudicio societatis, vel communi diuidundo, quod amplius sua portione soluerit, à socio sociisve suis consequi. Damnum enim aliquod subest pro incommodo repræsentationis, licèt ponas illud ipsum incommodum iudicio etiam societatis, aut communi diuidundo resarciri.

DEC. Non est hæc germana ratio illius definitionis quæ habet, posse vnum ex dominis conueniri actione de peculio in solidum, & pro eo quoque peculio, quod penes alium dominum sit, germana illa est quàm nos attulimus. Sed responsio tantùm hæc est ad obiectionem, quæ fieri poterat ex eo, quod supradicta definitio damnosa videretur ei ex sociis, qui prior in solidum conueniretur. Docet autem Caius non esse damnosam, cùm is qui amplius parte sua præstitit consequi à socio indemnitatem possit pro socio, aut communi diuidundo. Similis ratio est in *l. 2. §. item si in facto de verb. oblig. & in l. inter coheredes 44. §. quod ex facto supr. famil. ercisc. l. 3. supr. de exercit. act. l. habebat quis 13. § vlt. de instit. act.* Iunge *l. & si non omnes 8. §. vlt. supr. commun. diuid. d. l. hinc quæritur 19. in fin. supr. hoc tit.* Proinde si qua de causa non posset conuentus partem eius quod soluisset, ab aliis repetere, non esset habenda ratio eius peculij, quod apud alios esset, ne damno & iniuria afficeretur is, qui ex eorum quoque persona soluere cogeretur, vt docet idem Iulianus cuius authoritate hîc Caius vtitur in *l. si creditor 37. §. seruum infr.*

c *Quod Iulianus ita locum habere ait.* RAT. DVB. Etiamsi nullum sit peculium apud alterum ex dominis, qui de peculio non conuenitur, non eo minùs tamen verum est, seruum hunc esse communem plurium dominorum. Ergo non eo minùs dandum est iudicium societatis, aut communi diuidundo ei ex dominis, qui in solidum conuentus solidum præstiterit, vt indemnitatem à socio consequatur, quemadmodum si noxali iudicio conuentus solidam litis æstimationem præstitisset *l. si seruus communis 8. supr. de noxal. act.* Nam & qui peculium nullum habuit, de peculio tamen prior conueniri & quidem in solidum potuit *l. quia 12. supr.*

DEC. Ratio propter quam datur actio pro socio, aut communi diuidundo contra eum ex pluribus dominis, qui actione de peculio in solidum conuentus est, & solidum præstitit aduersus alium qui neque conuentus, neque condemnatus est, non alia est, quàm quia soluendo solidum, liberasse intelligatur socium ære alieno, quod ipse pro parte sua præstare debuisset: æquissimum autem sit & ex bona fide, vt quatenus eum liberauit, eatenus ab eo repetat: atqui ratio illa cessat cùm is solus soluit, apud quem solum seruus peculium habuit. Non enim potest videri liberatus vllo ære alieno, aut actione de peculio is, qui de peculio conueniri nullo modo potuit, quomodo non potest ex sua persona ille qui peculium nullum habet: non tantùm enim seruum communem esse oportet, sed etiam peculium commune, non quidem vt possit creditor eligere, quem ex dominis priorem in solidum velit conuenire, quod malè videtur sensisse Bartolus (potest enim etiam illum eligere, apud quem peculium nullum est *d. l. quia 12. supr.* ne in plures aduersarios distringatur, qui cum vno contraxerit, vt scriptum est in princip. huius §.) sed vt is qui peculium nullum habuit conueniri à socio possit iudicio societatis, aut communi diuidundo. Nam & cùm is socius eligitur & prior conuenitur in solidum de peculio, qui peculium nullum habuit, non ex persona sua conuenitur, sed ex persona socij qui peculium habet. Nemo autem actionem & repetitionem habere debet, ob id solùm, quod aliquid ex persona sua propria præstiterit, non ex persona illius contra quem agere velit, pro se namque totum soluit, non pro alio *l. Papinianus 28. infr. mandat.* Noxalium actionum alia ratio est. Dantur enim contra dominum, quia dominus est, ac proinde quatenus dominus est, & tamen in solidum contra vnumquemque ex dominis, quia seruus pro parte, neque defendi, neque noxæ dedi potest *d. l. si seruus communis.* Ideoque æquum est, vt quod vnus ex dominis in solidum soluit, repetat ab alio pro parte iudicio societatis, aut communi diuidundo, non inspecto eo an penes alium sit aliquod peculium, quoniam in noxalibus actionibus nihil tractatur de peculio. Neque enim ex contractu veniunt, vt actio de peculio, sed ex delicto *l. 1. §. si filiusfamilias supr. de his qui effud. vel deiec.* Obserua autem in hoc §. socios dici etiam eos, qui communem seruum habent sine societate, quamuis inter eos non sit locus actioni pro socio, sed communi diuidundo, vt & in *l. heredes 25. §. non tantùm supr. famil. ercisc.*

28. IVLIANVS libro 11. Digestorum.

QVare etsi socio neque heres, neque bonorum possessor extitisset: eatenus damnari debet is, cum quo actum fuerit, quatenus peculium apud eum erit, & quantum ex bonis consequi potest.

BIU Cujas

Ad §. Quare etsi socio 28.

RAT. DVB. Aduentitij casus non sunt computandi *l. Iulianus 6. infr. qui & à quib. manum.* Atqui aduentitium est, & extra ea quæ communiter accidunt positum, vt quis sine herede ac successore moriatur, ita vt nec fiscum successorem habeat, qui deficientibus, aut repudiantibus agnatis & cognatis omnibus solet succedere, non ergo debet creditoris deterior condicio fieri ob id, quod vnus ex dominis, sine herede alióve successore decesserit, si modò apud eum quoque seruus communis peculium habuerit. Hoc enim ponendum est, secundum distinctionem Iuliani relatam in §. *vlt. legis præcedentis.* Adde quòd tum quoque cùm socius aliúsve debitor quilibet, sine herede ac successore decessit, creditori tamen succurri potest, vt ex edicto Prætoris mittatur in possessionem bonorum defuncti dato bonis curatore qui ea defendat, quomodo etiam fit, si diu incertum sit, an aliquis successor extaturus sit, necne *l. si diu 8. infr. quib. ex caus. in poss. eat. l. idem priuilegium 22. §. 1. de reb. author. iudic. possid. alias l. 7. de priuileg. credit. l. 1. de curat. bon. dand.* Non igitur eo minùs conseruanda est creditori electio, vt contra alium ex dominis in solidum agere possit de peculio. Ratione illa semper vrgente, quòd in plures aduersarios distringi non debeat, qui cum vno contraxerit.

DEC. Consulendũ quidem est creditori quantum fieri potest, vt cum vno quoque ex sociis possit in solidum experiri de peculio, ne in plures aduersarios distringatur, qui cum vno contraxit, sed ita tamen vt non moretur in damno is, qui pro socio solidum, quod in peculio est soluere cogitur. Casum enim illum aduersum socij, qui contrà quàm sperabatur sine herede, vel successore decessit, æquius est ei nocere, qui cum seruo contraxit vltrò, quàm ei ex dominis, qui nullo præsertim tractatu societatis habito incidit in condiuisorem *l. heredes 25. §. non tantùm supr. famil. erciſc. iunct. l. vlt. infr. rem pupil. saluam for.* & cui proinde nihil imputare possis. Et quamuis æquum non sit in plures aduersarios distringi eum, qui cum vno contraxerit, non tamen æquum est, vt contra vnum ex sociis agens in solidum plus consequatur, quàm esset consecuturus si in plures aduersarios distringeretur: atquin etiamsi contra vtrumque ageret non plus tamen consequeretur, quàm quod apud vtrumque esset peculij, aut mortuo sine successore vno ex sociis, quantum ex bonis eius etiam non peculiaribus redigi posset. Ergo & tum quoque cùm agit aduersus vnum ex sociis in solidum, id est, de toto serui peculio, satis ei abundeque esse debet, si is cum quo agit eatenus condemnetur, quatenus peculium apud eum erit, & quantum ex bonis quibuslibet socij, pro quo soluit, consequi tandem possit. Alioqui non iam in solidum de peculio, sed in solidum absolutè & simpliciter ex contractu serui & ex persona socij conueniretur, quod esset iniquum, proinde si ex bonis socij qui sine successore decessit, minùs consequi possit, quàm fuerit in peculio apud socium illum, damnum erit creditoris non socij, non sunt quidem computandi casus aduentitij, id est, qui possunt euenire, vt in *d. l. Iulianus*, sed vbi euenerunt, ratio eorum haberi debet, quia quæ de nouo emergunt nouo indigent auxilio *l. de ætate 11. §. ex causa supr. de interrog. in iur. fac.* Nec adeò nouum & insolens est, vt quis æris alieni magnitudine oppressus moriatur, sine vllo successore siue ciuili siue honorario, ita vt nec ad fiscum bona peruenire possint, vt in *l. habere licere 57. infr. de euict. l. 1. §. idem Pomponius 14. infr. depos.* Nec enim alia bona peruenire ad fiscum possunt, quàm quæ sint soluendo *l. 1. §. an bona infr. de iur. fisc.* Et est sanè æquissima hæc Iuliani sententia, vt vtrique parti quantum fieri potest sine alterutrius iniuria consulatur, vt in *l. ex his 8. in fin. quæ in fraud. cred. l. seruus dotalis 58. solut. matr.* Etsi enim creditori consuli æquissimum est, qui totum serui peculium vbicunque esset intuitus est: quod tamen ob superuenientem vnius ex sociis inopiam redigi ex peculio minùs potest, præstandum non est à socio qui sic in damno moraretur, & actione de peculio vltra quantitatem, quæ ex peculio redigi posset, contra actionis naturam condemnaretur *l. 1. §. si præcepto infr. tit. prox. l. 1. per contrarium 10. infr. de dot. releg.* Nec sanè alia ratione socius tenetur de vniuerso peculio etiam quod penes alium sit *l. noxali 11. §. vlt. & l. seq. supr.* quàm quia habeat cum socio actionem *l. quod debetur 51. infr.* vbi ob hanc causam dicitur audiendum esse socium qui conuenitur si paratus sit actione, quam contra socium habet cedere, quia in omnibus qui idcirco tenentur, quod contra alium actionem habeant, delegatio pro iusta præstatione est. Iunge *l. si creditor 37. §. seruum infr. l. interdum 14. infr. de in rem vers.*

29. GAIVS libro 9. ad Edictum Prouinciale.

SI quis seruum testamento liberum esse iusserit, relictis heredibus his, qui cum seruo contraxerunt: possunt inter se coheredes vel de peculio agere: quia de eo quisque peculio, quod apud eum esset, quolibet alio agente teneatur.

Ad l. Si quis seruum 29.

RAT. DVB. Potest inter coheredes sufficere actio familiæ erciscundæ, ad diuidendum inter eos peculium, ita vt eius quod à seruo vtrisque debitum fuit, ratio habeatur. Quemadmodum & pluribus dominis qui coheredes non sunt, sufficit pro socio, vel communi diuidundo actio *l. hinc quæritur 19. in fin. supr. hoc tit.* Et sicuti agere de peculio inter se socij non possunt, vt subiicitur in *l. nam inter se 20. supr.* Ita neque coheredibus permittendum videtur, tanquam quos ad societatem quandam, si non consensus saltem res ipsa, id est, hereditas coniunxerit *l. heredes 25. §. non tantùm supr. famil. erciſc.* Quò etiam pertinere videtur quod Scæuola respondit in *l. filiofamilias 54. & l. vlt. infr. hoc tit.* Ergo si quis seruum testamento liberum esse iusserit relictis heredibus his, qui cum eo seruo contraxerunt, remittendi sunt illi ad iudicium familiæ erciscundæ, potiùs quàm ad actionem de peculio, quæ tantùm honoraria, nec nisi subsidiaria est *arg. l. 1. supr. de Publician. in rem act.*

DEC. Iudicium familiæ erciscundæ non habet locum inter coheredes, nisi pro rebus & oneribus hereditariis, quæ transeunt in heredes quatenus heredes sunt

BIU Cujas

redes sunt *l.1.& tot.titul.famil.ercisc.* & quorum diuisio facienda est per portiones hereditarias, nec enim aliam diuidendi rationem induxit, aut etiam agnouit lex 12. tab. cùm induxit iudicium familiæ erciscundæ inter coheredes, quàm pro portionibus hereditariis, nisi quod arbitro permisit diuidere per adiudicationes, & condemnationes. Atqui onus actionis de peculio non est hereditarium, quia non transit in heredem, nisi trãseat etiam peculium, nec tenetur heres de peculio, siue nullum peculium habuerit, siue habere desierit, puta si cui seruus legatus sit cum peculio, aut si seruus cum peculio fuerit manumissus: si Iuliano credimus, quem Vlpianus refert in *l.1.§.per contrarium 10. infr. de dot. releg.* quia actio de peculio non hereditatis, sed peculij onus est, quod proinde legato peculij semper cohæret *l. si peculium 6. infr. de pecul. legat.* ideoque transit etiam in emptorem, aliúmve quemlibet singularem peculij successorem *l. si noxali 11. §. penult. l. & ancillarum 27. §.1. supr. l. si ex duobus 32. §. penult. l. si creditor 37. §. seruum infr.* quamuis etiam legato peculio solius heredis sit, nomina peculiaria persequi *l. peculio 5. eod. tit.* Vnde est, quod nec in eum cui restituta hereditas est ex Trebelliano transeunt actiones peculiariæ, vt à creditoribus peculiariis conueniri possit, si fortè heres præcepto retentóve peculio hereditatem restituere iussus sit *l.1.§. si præcepto inf. tit. prox.* vbi rationem adfert Vlp. quia peculium nõ habet fideicommissarius, nec dolo desiit habere, additque non habere heredem hoc casu exceptionẽ restitutæ hereditatis, quia habet peculium. Quamquam non ignoro fuisse hoc quæstionis, & iuris controuersi inter prudentes veteres, Vlpiano teste in *d.l.1.§. item si heres inf. tit. prox.* & Iulianum quidem in ea fuisse sententia, quam diximus ex eodem Vlpiano in *d.l.§. per contrarium.* sed tamen contrariã aliorum sententiam magis communiter à cæteris receptam fuisse, præsertim à Cæcilio & Pegaso: quos idem noster Vlpianus refert & probat in *d.§. item si heres*, & à Marciano in *l. si seruo manumisso 18. iunct. l. præced. de pecul. legat.* Illud certè constat, cùm eius qui de peculio conueniri potuit, plures sunt heredes nõ pro hereditariis portionibus eos conueniri, sed pro qua quisque peculij parte habet ex diuisione peculium, vt qui maiorem, vel minorem peculij partem habuit, quàm esset hereditariã pro maiori quoque vel minori parte conueniri à creditoribus peculiariis possit *l. prox. §.1. & l. si ex duobus 32. in princ. infr.* Quod in cæteris oneribus hereditariis diuersum est *l. ex facto 35. §. vndecio quæsitum infr. de hered. instit.* Vt proinde in persona heredum actio de peculio, neque sit merum onus hereditatis, neque merum onus peculij, sed mixtum hereditatis & peculij, magis tamen peculij quàm hereditatis: nam & illi ipsi qui contra Iulianum senserunt non legatarium peculij, sed heredem actione de peculio conueniendum esse, non tamilla ratione moti sunt, quod heres obstrictus sit omnibus oneribus hereditariis, quàm quia tum quoque cùm peculium legatum est, & ab heredẽ traditum legatario, adhuc tamen peculium penes heredem sit, qui tradendo id legatario, se ab obligatione ex testamento liberauit *d.§. item heres.* contrà quam Iauolenus Iulianum fortè secutus, scripserit in eo quoque herede, qui accepta certa summa peculium dare iussus erat in *l. at cùm heres 35. infr. hoc titul.* Hinc verò fit, quemadmodum arbitror, vt quamuis iudicium familiæ erciscundæ possit accipi inter coheredes, vt indemnitatem consequatur vnus ab aliis de eo, quod pro omnibus præstiterit alicui ex peculiaribus creditoribus *l. his consequenter 18. §. si filiusfamilias l. si filia 20. §.1. supr. famil. ercisc. l. frater à fratre 38. §. idque maximè supr. de condict. indeb.* non tamen perinde locum habere possit, inter heredes sibi inuicem debentes ex causa peculiari, quoniam vel ea non tam indemnitatis præstatio esset dicenda, quam solutio æris alieni, quæ nunquam fit per iudicium familiæ erciscundæ, cùm æris alieni obligatio diuidatur ipso iure per legem 12. tab. *l. 1. C. si cert. pet. l. vlt. C. de heredit. act. l. 1. & 2. C. si vnus ex plurib. hered. debit.* Qua etiam ratione non veniunt in iudicium familiæ erciscundæ nomina debitorum *l. 2. §. vlt. & l. 4. in princip. supr. famil. ercisc.* Vel si admittas, quod diximus, & verissimum est, actionem de peculio diuidi inter coheredes non pro hereditariis, sed pro peculiaribus portionibus *d.l. prox. §.1. & d.l. si ex duobus 32. infr.* fatendum est diuisionem hereditatis & peculij per iudicium familiæ erciscundæ priùs fieri debere: ea verò facta non posse amplius eodem iudicio agi, vt vnusquisque ex heredibus, quod sibi debitum est, consequatur, quia iudicio illo familiæ erciscundæ non nisi semel agi potest *d. l. si filia §. familiæ eod.* in quo differt à iudicio communi diuidundo, vt ibi diximus. Est igitur necessaria inter coheredes actio de peculio, maximè verò in hac specie, in qua seruus testamento liber esse iussus nunquam communis fuit, tametsi peculium ex causa hereditatis factum sit commune. Nam si seruus communis esset, vtique nõ posset, in diuisionem venire seruus, quin de ipsius peculio & peculiaribus creditoribus tractari aliquid, & ab arbitro constitui oporteret. Et hęc quidem alioquin obscura huius loci ratio adferri potest, si Caiũ sic intelligas, vt hoc casu inter coheredes iudicium familiæ erciscundæ accipi non possit, sed tantùm de peculio. Quòd si sic intelligas, vt vtrique iudicio locus esse possit ex illis verbis Caij *possunt inter se coheredes, vel de peculio agere*, quasi disiunctio illa *vel* includat aliam quoque actionem inter coheredes dari solitam, quæ nõ alia est, quàm familiæ erciscundæ (sicut in lege præcedente ex eodem libro sumpta dixerat idem Caius in §. *vlt.* posse socios & condiuisores serui communis agere inuicem pro socio & communi diuidundo) non valde repugnabo. Nihil enim vetat eodem iudicio familiæ erciscundæ & peculium inter coheredes diuidi, & pro partibus peculiaribus alium alij inuicem condemnari, quomodo accipiendum videtur, quod scriptum est in *l. item cum testamento 14. §.1. supr.* si dominus plures heredes reliquerit, & actionem de peculio & ius deductionis inter eos scindi ex *d.l. prox. §.1. inf.* nec rursus quicquã prohibet ei qui ex lege 12. tab. habet partẽ suam hereditariam, assignari ab arbitro totũ peculiũ vel pro maiori parte, quàm sit hereditaria in vicẽ aliarum adiudicationum factarũ coheredibus supra portiones eorũ hereditarias. Adiudicationes enim illas mutuas lex 12. tab. non modò nõ prohibuit, sed etiã permisit & induxit *§. vlt. Instit. de offic. iudic. l. 3. l. & post litẽ 12. §. vlt. sup. famil. ercisc.* Et sanè qui dicit posse coheredes inter se agere, satis innuit, licèt minùs apertè exprimat, posse illos agere iudicio familiæ erciscũdæ, q coheredibus specialiter propositum est: neque tamen ea res excludit actionem de peculio, non vt concurrat cum iudicio familiæ erciscundæ, sed quia possit in subsidium esse necessaria, eo saltem casu quo iam actum sit familiæ erciscundæ, nec ampliùs agi possit: quod in actionibus pro socio & communi diuidundo nunquam euenit,

BIU Cujas

quæ sæpiùs proponi possunt. Cur verò etiam de peculio teneantur, rationem optimam Caius adfert, quia de eo quisque peculio quod apud eum esset etiam alio agente conueniretur. Quam ergo actionem ab alio pati cogeretur, cur non & à coherede ipso patietur? Nulla enim hîc dominij communicatio est, quæ impediat actionem de peculio inter coheredes, quomodo impediret inter socios *dict. l. nam inter se* 20. vbi diximus *supr.* Nec quasi vnus ex sociis, vnus ex heredibus conueniendus est *dict.* §. 1. *l. proxim. infr.* id est, non in solidum, sed pro parte, vt Vlpianus ibidem explicat. Et hæc sanè interpretatio mihi probabilior videtur, nec tam multis inuoluta difficultatibus, alia species & quæstio est *l. filiofamilias* 54. *& l. vltim. infr. hoc titul.* vt ibi dicemus.

1 ¶ Etiamsi prohibuerit contrahi cum seruo dominus, erit in eum de peculio actio.

Ad §. 1 Etiamsi prohibuerit.

RAT. DVB. Non alia causa est concedendæ aduersus patrem, aut dominum actionis de peculio ex contractu filiifamilias vel serui, quàm quia ex eius voluntate, si non expressa saltem tacita videatur contraxisse quisquis cum filiofamilias, vel seruo de causa peculiari contraxit. Quid enim attinebat te seruo tuo, vel filiofamilias peculium dare si nolebas pati, vt de eo contraherent? Atquin cùm pater vel dominus expressa prohibitione contrariam voluntatem suam declarauit, frustrà quæritur quid tacitè voluerit. Expressum enim facit cessare tacitum, vt solent nostri dicere, & prouisio hominis elidit prouisionem legis ex *l. vltim. Cod. de pact. conuent. tam supr. dot.* Ergò si quis prohibente expressim patre, vel domino contraxerit cum filiofamilias, vel seruo quamuis peculium habente, non tamen debet habere actionem de peculio, sed sibi imputare cur aduersus prohibitionem contraxerit.

DEC. Iurisdictionis formam nemo mutare sua voluntate potest *l. si filia* 20. *supr. famil. erciſc.* Hæc autem forma est iurisdictionis Prætoriæ, vt quisquis filiofamilias, vel seruo suo peculium concedit, possit ex istorum contractibus de peculio conueniri: nihil ergo ei prodest, quod contrahi prohibuerit. Cùm imputare sibi potiùs debeat cur peculium non ademerit, cùm posset. Est enim in patris, vel domini potestate peculium quandocunque adimere, etiam sine causa dum ne dolo malo *l.* 4. *in princip. supr. l. peculium nascitur* 40. *inf. l.* 1. §. 1. *de in rem vers.* Itaque quandiu patitur peculium esse penes filiumfamilias vel seruum, si prohibeat cum eo contrahi, hoc tantùm consequitur ne institoria actione teneatur, non etiam vti ne actione de peculio *l. quoties* 47. *in princip. inf.* Quod intellige etiamsi maximè protestetur nolle se vllo modo teneri ex contractibus filiifamilias, vel serui, ne quidem de peculio. Priuatorum enim cautiones & voluntates neque legum, neque edicti Prætorij authoritate censentur, vt ius publicum possint lædere *d. l. si filia. l. vlt. infr. de suis & legit. l. ius publicum* 38. *supr. de pact.*

30. VLPIANVS libro 29 ad Edictum.

QVæsitum est, an teneat actio de peculio: etiamsi nihil sit in peculio, cùm ageretur: si modò sit rei iudicatæ tempore. Proculus, & Pegasus, nihilominus teneri, aiunt. intenditur enim rectè, etiamsi nihil sit in peculio. Idem & circa ad exhibendum [a] & in rem actionem: placuit. quæ sententia & à nobis probanda est.

Ad l. Quæsitum 30.

RAT. DVB. Nemo potest agere sine actione *l. si pupilli* 6. §. *vltim. supr. de negot. gest.* proinde cùm quæritur an quis bene & actionem habeat, illud maximè tempus inspiciendum est, quo incepit agere, id est, tempus litis contestatæ, quod in libris nostris passim dicitur tempus accepti iudicij, aut accipiendi, non etiam tempus condemnationis. Atqui actio de peculio, vt ipsum nomen ostendit, peculium aliquod præsupponit, nec contra eum dari vllo casu potest qui peculium nullum habeat. Etsi enim suprà diximus, etiam cum illo ex sociis penes quem peculium nullum est, de peculio tamen agi posse *l. quia* 12. *supr.* id tamen non aliam rationem habet, quàm quia peculium quod penes vnum ex sociis est, etiam alij est commune. Quæ etiam ratio est, propter quam socij inter se agere de peculio non possunt *l. nam inter se* 20. *supr.* Ergo fieri non potest, vt teneat actio de peculio si nihil in peculio sit, eo tempore quo actio instituitur.

DEC. Multùm interest an de iure tantùm actionis, an de ipsius vi & potestate quæratur. Ius enim actionis subesse necesse est iam tum cùm agi incipit, ne alioqui sine iure & sine actione agi videatur. Ideoque litis contestatæ tempus inspici solet cùm quæritur quid & quantum debeatur *l. litis contestatæ* 37. *supr. de negot. gest. l. vinum* 22. vbi dixi *supr. de reb. credit.* At cùm de vi & potestate actionis quæritur, quæ tota ad sententiam in ea actione ferendam refertur, sententiæ & condemnationis tempus magis spectandum est, quàm litis contestatæ. Non enim eo tempore sententia ferri intelligitur, quo fit litis contestatio, neque retrotrahitur ad tempus litis contestatæ. Aliud siquidem tempus esse necesse est, contestationis, aliud condemnationis *l. pen. & vlt. sup. de cõdict. tritic. l.* 2. §. *quæsitum inf. de priuat. delict.* Atquin is qui agit de peculio hoc tantùm intendit, cùm litè contestatur deberi sibi centum, aut ducenta à filiofamil. vel seruo cum quo contraxit, teneri verò patrem aut dominum, vt eam quantitatem soluat ex peculio, & quatenus peculij vires patientur, nondum inquirens quid & quantum sit in peculio, an verò nihil: sufficiet enim illi si aliquid sit eo tempore quo iudicabitur, nec aliud Papiniani iudicium fuit in *l. eo tempore* 50. *inf.* vt ibi dicemus. Rectè igitur Proculus

BIU Cujas

Proculus & Pegasus quos Vlpianus hîc refert, dixerunt tenere actionem de peculio (sic enim legendum est *tenere* non *teneri*, vt ex quæstionis propositæ verbis apparet) etiamsi nihil sit in peculio tum cùm agitur, si modò sit tempore rei iudicandæ: quo demùm tempore non iam quæritur, quid & quantum actori debeatur, sed ad quid pater vel dominus condemnandus sit, & quid præstare ipse debeat, cùm non in solidum quod debetur, sed in id tantùm quod in peculio est teneatur. Nam quemadmodum peculium ipsum & augmentum recipit & decessionem *dict. l. peculium nascitur* 40. *infr.* ita & actio de peculio *l. si ex duobus* 35. §. *in hoc autem iudicio infr.* Nec bona consecutio est, vt quia tempore litis contestatæ nihil est in peculio non rectè intendat actor sibi ex peculio deberi. Actio enim pendet ex eo quod iure actori debetur: præstatio autem & solutio, itemque condemnatio ex præsenti statu peculij & ex eo quod in peculio est, quodque ideò solui & præstari potest, licèt antea non potuerit. Hinc est quod si ei cum quo actio de peculio erat liberatio legata sit, quamuis tempore quo legati dies cedit, nihil sit in peculio, adhuc tamen legatarius is intelligitur propter spem futuri peculij, aut certè in pendenti est vtrum is legatarius sit, perinde atque si alia quælibet causa dubiam spem legati faceret, vt eleganter Tryphoninus scribit in *l. videamus* 27. *infr. de liber. légat.*

a *Idem & circa ad exhibendum.* Ratio dubitandi & decidendi eadem est, quæ ad sententiam præcedentem: nam qui agit ad exhibendum, quæ actio personalis est *l.* 3. §. *est autem supr. ad exhib.* aut actione in rem siue vniuersali, id est, petitione hereditatis, siue speciali hoc est rei vindicatione *l.* 1. *de rei vindicat.* intendit hoc tantùm debere sibi exhiberi, aut hereditatem, vel rem singularem quam petit suam esse. Vt ergo actiones illæ teneant sufficit litis contestatæ tempore iam interesse actoris exhibitionem postulantis, aut hereditatem aliámve rem petitam ad ipsum pertinere licet, neque res exhibenda neque hereditas, aut alia res petita possideatur ab eo qui conuenitur, dummodò possideat eo tempore quo res iudicatur: quo demùm tempore quærendum est, an exhibendæ aut restituendæ rei habeat facultatem *l. tigni* 7. §. *si quis cum & duob. seqq. cum l. seq. supr. ad exhib. l. quod si in diem* 16. *in princip. supr. de hered. petit. l. sin autem* 27. §. 1. *supr. de rei vindic.* vbi etiam diximus.

1 ¶ Si cùm ex parte herede domini, vel patris agatur: duntaxat de peculio condemnandum, quod apud eum heredem sit, qui conuenitur. idem & de in rem verso pro parte [a], nisi si quid in ipsius heredis rem vertit [b]: nec quasi vnum ex sociis esse hunc heredem conueniendum [c]: sed pro parte duntaxat.

Ad §. 1. Si cum ex parte herede.

Rat. dvb. Actio de peculio quæ contra defunctum exerceri potuit, & ex eius persona datur in heredes est hereditaria. Ideoque non datur nisi in heredem tametsi peculium alicui legatum sit *l.* 11. §. *item heres infr. titul. proxim. l. si seruo manumisso* 28. *iunct. l. præced. infr. de pecul. legat.* Atqui actiones hereditariæ diuiduntur ipso iure per legem duodecim tabularum inter coheredes omnes pro hereditariis portionibus, quia heredes pro ea quisque parte defuncti personam repræsentant *l.* 1. *Cod. si cert. pet. l. vltim. & tot. titul. Cod. de hered. action. l. heredes* 25. §. *an ea stipulatio supr. famil. erciscund. l.* 1. *&* 2. *Cod. si vnus ex plur. hered. debit.* Ergo si quis ex parte sit heres patris, vel domini qui de peculio potuit conueniri, dicendum est pro parte hereditaria conueniri eum debere, non pro qua parte peculium penes eum est, cùm pars illa maior, minórve esse possit quàm hereditaria: nam & hereditas illa est, quæ heredes obligat & adstringit oneribus hereditariis *l. siue à certis* 17. *infr. de duob. reis.* Et lex duodecim tabularum quæ fictionem hereditatis induxit, vt continuationem dominij & translationem actionum omnium, quæ defuncto, & in defunctum competerant, induceret, non alias partes agnoscit inter coheredes, ex quibus vel agere ipsi, vel conueniri possint, quàm hereditarias.

Dec. Hereditas quidem diuiditur per legem duodecim tabularum, aut per arbitrum familiæ erciscundæ ex ea lege datum, pro portionibus hereditariis. Sed res hereditariæ, inter quas etiam peculium est, quod penes defunctum fuit, non semper pro iisdem partibus inter coheredes diuiduntur, quin potiùs officio arbitri ita diuiduntur, vt quædam res vni ex heredibus aliæ alij adiudicentur, pro maiore etiam vel pro minore portione quàm sit hereditaria, adeóque interdum in solidum, prout ratio suggerit commodioris inter heredes diuisionis *l.* 3. *l. cùm putarem* 36. *l. si familiæ* 55. *iunct. leg. item Labeo* 22. §. 1. *& alibi pass. supr. famil. erciscund.* Mutuis scilicet adiudicationibus, aut hinc adiudicationibus, illinc condemnationibus factis, vt in *dict. l. cùm putarem & dict. l. si familiæ.* Ipsa etiam lege duodecim tabularum eam potestatem & authoritatem dante arbitro, vt per eiusmodi adiudicationes dominium iure Quiritium in adiudicatarium transferatur §. *vltim. Instit. de offic. iudic. & apud Vlpian. in Fragment. titul.* 19. *de acquisit. rer.* Inde fit vt tum quoque cùm eiusdem patris vel domini plures heredes sunt ex æquis portionibus, possit tamen arbiter familiæ erciscundæ totum serui peculium, quod apud defunctum fuit & cuius gratia poterat ille de peculio conueniri, vel vni ex heredibus adiudicare, vel inter coheredes omnes ita diuidere, vt maiorem vel minorem peculij portionem vnus habeat quàm alius, & quàm ferat ratio portionis hereditariæ: hoc verò cùm accidit, necesse est illam peculij adiudicationem fieri cum sua scilicet causa, id est, cum suis omnibus oneribus realibus *l. & post litem* 12. §. *res quæ supr. famil. erciscund. l. alienatio* 67. *de contr. empt. infr.* Atqui onus reale peculij est, vt quisquis apud se peculium habet, teneatur actione de peculio, & quidem pro ea parte peculij quam habet: danda igitur est actio de peculio contra heredes non pro

BIU Cujas

partibus hereditariis, sed pro peculiariis *l. proxim. supr. l. si ex duobus 32. infr.* quia actio de peculio licèt sit hereditaria, peculij tamen onus est, non hereditatis, aut certè peculij magis quàm hereditatis, vt diximus ad *dict. l. proxim. in princip. supr.* Neque in eo quicquam fit contra legem duodecim tabularum, quæ nec de peculio, nec de actione de peculio locuta est, non magis quàm si res aliqua hereditaria pignori obligata pro certa summa adiudicetur vni ex heredibus cum onere totius debiti soluendi. Planè si arbiter familiæ erciscundæ ita vellet diuidere hereditatem, vt vni ex heredibus totum peculium adiudicaret, alij verò æris alieni peculiaris soluendi onus totum iniungeret, aut supra eam partem, quam ex peculio retineret, non esset id meo iudicio ipsi permittendum, quia prætoriæ iurisdictionis formam immutaret *l. si filia 20. in princip. famil. erciſc.* quæ illa est, vt is apud quem peculium est de peculio teneatur, aut solus si totum peculium habeat, aut pro ea saltem parte quam in peculio habet *dict. l. proxim. supr. dict. l. si ex duobus 32. l. si creditor 37. §. seruum infr. hoc titul.*

a *Idem & de in rem verso pro parte.* Sensus est si quid in rem patris, vel domini versum sit pro parte, conueniendos esse singulos heredes de in rem verso, pro ea quemque parte pro qua peculium apud eos est.

RAT. DVB. Actio de in rem verso locum habet tum quoque cùm nihil aut minùs est in peculio §. *præterea Instit. quod cum eo l. 1. §. 1. infr. de in rem verſ.* Ergo in hac actione non est inspiciendum quid & quantum sit peculij apud vnumquemque ex heredibus.

DEC. Actio de peculio vna est cum actione de in rem verso, inquit Cuiacius ad *l. seruus 17. §. vltim. infr. de in rem verſ.* Et de peculio quidem principalis intentio est, de in rem verso adiectio: quæ tamen necessaria est, & transit in proprium nomen actionis, si actio de peculio finita sit anno post mortem domini, vel extincta per ademptionem peculij, vel manco peculio non possit porrigi ad eam vsque quantitatem quæ in rem patris versa est vel domini *dict. §. præterea & seqq. & dict. l. 1. §. 1. de in rem verſ.* Ergo quatenus in peculio tantum est, quantum in rem versum fuit, eadem seruanda sunt in actione de in rem verso, quæ seruantur in actione de peculio, nec tantùm si in rem versum sit pro parte, sed etiamsi in solidum, si modò non plus in rem versum sit quàm est in peculio: nam quod plus est in actione de in rem verso non potest peti ad formam actionis de peculio, id est, pro peculiaribus portionibus, cùm aliunde soluendum sit quod solui ex peculio non potest. Conuenientur ergo de superfluo coheredes pro hereditariis portionibus, & hunc sensum esse verius est eorum verborum *pro parte*, vt non referantur ad partem pecuniæ, quæ in rem versa est, sed ad eam partem quæ est in peculio: cùm scilicet summa quæ in peculio est, apud vtrumque ex heredibus minor est, quàm quæ in rem versa fuit, vt ob eam causam agere de in rem verso vtilius sit & commodius creditori, quàm de peculio.

b *Nisi si quid in ipsius heredis rem vertit.* RAT. DVB. Siue in defuncti patris vel domini, siue in ipsius heredis rem pecunia seruo credita versa fuit, æquè actio de in rem verso locum habet. Nihil ergo interesse potest, an in defuncti, an in vnius ex heredibus qui conuenitur, rem & vtilitatem pecunia versa sit.

DEC. Multùm interest an pecunia seruo credita versa sit, in rem defuncti, an in rem vnius ex heredibus. Actio de in rem verso quæ aduersus defunctum competit, cùm sit hereditaria retinet naturam actionis de peculio, quæ similiter hereditaria est, &, vt diximus, vna eadem actio cum actione de in rem verso quatenus in peculio est, id est, ad concurrentem peculij quantitatem. Sed actio de eo quod in rem heredis versum est, cùm incipiat ab herede non potest esse hereditaria, nec obligare coheredem in cuius rem nihil versum est, non magis quàm in rem defuncti, nec proinde quicquam habet commune cum actione de peculio quæ competit aduersus defunctum, vt diuidi debeat inter coheredes pro partibus peculiariis, non magis intra quàm vltra peculij quantitatem: igitur de in rem verso is solus tenebitur, & quidem in solidum in cuius rem versum erit, licèt apud alterum sit pars peculij, quia de peculio actio hîc nulla est, ne quidem pro parte. Si tamen alius coheres in cuius rem nihil versum est conuentus fuerit de peculio in solidum quasi habens penes se totum peculium, quod tamen non habebat, dicimus ipso iure liberatum esse eum quoque ex coheredibus in cuius rem versum est, vt neque de in rem verso conueniri possit *l. si ex duobus 32. verſ. idemq; eſt.* vbi dicemus *infr.* sed est casus huius versic. diuersus ab illo.

c *Nec quasi vnum ex sociis esse hunc heredem conueniendum.* RAT. DVB. Non debet in plures aduersarios distringi qui cum vno contraxit *l. & ancillarum 27. supr. §. vlt. supr. l. 2. supr. de exercit. act.* quique vniuersum serui peculium tanquam proprium ipsius patrimonium intuitus est *l. hinc quæritur 19 §. 1. supr. l. si ex duobus 32. in fine princip. infr.* Atqui in hac specie creditores peculiarij, cum vno tantùm & vnius hominis seruo qui nec nisi vnius generis peculium habebat contraxerunt. Ergo non sunt prohibendi quominùs in solidum experiantur contra vnumquemque ex heredibus defuncti si fortè is plures heredes reliquerit: cùm dici soleat ex personis heredum condicionem obligationis immutari, nec posse nec debere *l. §. 2. ex his infr. de verbor. oblig.* Et verò si pro sociis habentur quod ad actionem de peculio attinet, etiam illi qui vnius serui communis condomini sunt etiam sine societate, & inter quos proinde non pro socio, sed communi diuidundo actio locum habere debeat *d. l. & ancillarum 27. §. vlt. supr.* Quidni etiam hoc admittamus in pluribus eiusdem domini heredibus, vt tanquam socij conueniri possint, & condemnari. Nam si heredis appellatio nihil nisi dominum significat, an non sunt condomini qui sunt coheredes? *§. vlt. Inſtit. de hered. qualit. & differ. l. de hereditate 19. §. paterfamilias verſ. non tamen ſi vt heres infr. de caſtrenſ. pecul. iunct. l. heredes 25. §. non tantùm 16. ſupr. famil. erciſc.* Atquin socij condemnantur in solidum singuli non habito respectu ad peculium quod penes eum est, qui conuenitur, aut apud alterum *l. si noxali 11. §. vlt. & l. ſeq. ſupr.* DEC. Diuisio quæ fit hereditatis siue per legem duodecim tabularum, siue per officium arbitri familiæ erciscundæ adiudicantis peculium, vel vni tantùm ex heredibus, vel omnibus quidem, sed pro aliis quàm pro hereditariis portionibus, facit vt tot videantur quodâmodo esse hereditates quot sunt portiones. Vnde est quod in singulis heredibus legi Falcidię locus est *l. in ſingulis 77. ad leg. Falcid. & §. 1. Inſtit. eod.* & cõsequenter tot esse

tot esse peculia, quot sunt coheredes peculium habentes. Quomodo igitur socij possunt videri inter quos & hereditas iam diuisa est & peculium? Quorsum verò illa diuisio, nisi ob hoc solùm ne alter pro altero inquietetur? De his scilicet, quæ commodam diuisionem recipiunt, cuiusmodi est peculium. In quibus certè non procedit regula *dict. l. 2. §. ex his de verb. oblig.* sed in iis tantùm quæ omnino indiuidua sunt *dict. l. heredes 25. §. an ea stipulatio supr. famil. erciſc.* Quamquam & in iis etiam quæ diuidua sunt, accidit non semel, vt scindatur obligatio in personis heredum, quæ in persona defuncti scindi non potuit *l. 4. §. Cato in fin. de verb. oblig.* Ergo in pluribus heredibus qui ex diuisione hereditatis alias peculij partes habent, quàm hereditarias non potest admitti, vt vnus tanquam socius pro coherede penes quem pars aliqua peculij est, in solidum conueniatur. Nam nec inter socios ita receptum est nisi propter communicationem illam dominij, quæ per societatem contrahitur *l. 2. & 3. infr. pro socio.* quæ porrò communicatio nulla est, ac ne quidem communio post diuisionem. Planè si ante diuisam inter coheredes hereditatem agant creditores peculiarij contra vnum ex heredibus in solidum, puto esse audiendos si modò sint parati actionibus suis quas aduersus alios coheredes habent ei cedere à quo solidum petunt *l. his consequenter 18. §. si filiusfamilias supr. famil. erciſc.* Possunt enim hoc casu coheredes non malè comparari sociis, aut etiam pluribus eiusdem serui dominis, quorum hac parte ratio eadem habetur quæ sociorum *dict. l. & ancillarum §. vltim.* nisi quis dicat, id quod scriptum est in *dict. §. si filiusfamilias*, speciale esse in filiofamilias, qui licèt pro parte tantùm institutus heres, in solidum tamen actionem de peculio pati cogitur §. *sin verò filius sit infr.* Sed speciale ius filiifamilias ad eum casum referendum est, quo iam facta sit diuisio hereditatis & peculij non quo vtrumque sit adhuc indiuisum. Cæterùm diuidi peculium non potest, quin pro iisdem partibus diuisum censeatur onus peculij: actio autem de peculio, vt sæpius diximus, onus peculij est. Iunge quæ diximus ad *l. 14. in princip. & §. 1. & ad l. 29. suprà.*

2 ¶ Sed si ipse seruus sit heres ex parte institutus, æquè cum eo agendum erit.

Ad § 2. Sed si ipse seruus.

RAT. DVB. Alia videtur esse constituenda ratio serui, qui cum creditoribus peculiariis contraxit, posteaque domino suo ex parte heres extitit, alia verò cæterorum coheredum. Nam seruus qui contraxit naturaliter se obligauit in solidum, nec minùs quàm filiusfamilias posset ex ea obligatione in solidum conueniri *l. si quis cum filiofamilias 44. infr. hoc titul.* si seruus obligari ciuiliter, & cum seruo actio aliqua esse posset, quæ nulla certè esse posset quandiu seruus manet *l. serui 14. infr. de oblig. & action. l. cum seruo 107. de regul. iur.* Atqui ratio hæc cessat in seruo, qui ex testamento domini libertatem & cum libertate partem hereditatis consecutus est, qui cùm iam possit conueniri, cur recuset soluere solidum, id quod solidum debet, licèt non nisi naturaliter debeat? Is enim natura debet quem iure gentium dare oportet cuius fidem secuti sumus *l. cùm amplius 184. §. is natura debet de regul. iur.* Et verò qua fronte citra insignem perfidiam desiderare potest hic seruus qui ille ipse est, cum quo contractum fuit, vt in plures aduersarios distringatur creditor, qui cum eo ipso solo contraxit? *d. l. & ancillarum 27. §. vlt. supr.*

DEC. Obligatio naturalis tantùm quæ ab initio actionem parere contra seruum præsertim non potuit, non ob id mutari in ciuilem potest, quod hîc seruus posteà liber, & ex parte heres factus sit. Ergo non eo magis conueniri in solidum potest, cùm obligatio quæ naturalis tantùm est retentionem tantùm parere possit, aut deductionem, aut compensationem, non etiam actionem *l. naturales 10. de oblig. & action. l. fideiussor 16. §. naturales de fideiuss.* Tantumque abest, vt in solidum conueniri possit, vt nec possit ex parte nisi tanquam heres domini, non autem ex propria persona. Noua enim persona est post manumissionem *l. seruus legatus 27. infr. de adim. legat.* Imò nunc incipit esse persona, quia incipit caput habere *l. 3. §. vltim. & l. 4. supr. de capit. minut.* vnde persona dignoscitur *l. cùm in diuersis 44. supr. de relig. & sumpt. funer.* cùm anteà nullus esset nec caput, aut personam haberet *l. quod attinet 32. de regul. iur.* Cùm ergo non teneatur nisi tanquam heres, non sit autem heres nisi pro parte, consequens omnino est, vt non possit conueniri in solidum peculium non magis, quàm alius quilibet heres, nisi solidum peculium ex diuisione hereditatis apud eum sit, aut nisi in rem domini pecunia versa sit. Quo casu non tantùm de peculio, sed etiam de in rem verso teneri & conueniri poterit *l. 3. §. 1. supr.* Nam & generale est, vt seruus ex antegesto conueniri post manumissionem non possit *l. 1. & tot. titul. Cod. an seruus pro suo fact. post manumiss. teneat. l. cum actum 17. supr. de negot. gest.* Differt igitur hac parte seruus à filiofamilias, qui ex omnibus contractibus præterquàm ex mutuo in solidum obligari & conueniri potest *dict. l. si quis cum filiofamilias infr. l. filiusfamilias 39. de oblig. & action.* Idque est quod subiicitur in §. *seq.*

3 ¶ Sin verò filius sit, quamuis ex parte institutus, nihilominùs in solidum actionem patietur. sed, si velit pro parte nomen coheredis redimere[a], audiendus est. quid enim, si in rem patris versum sit[b]? cur non consequatur filius à coherede, quod in patris re est? idem, & si peculium locuples sit[c].

Ad § 3. Sin verò filius sit.

RAT. DVB. Filiusfamilias qui pro parte tantùm heres à patre institutus est, nec habet penes se peculium nisi pro parte, si conueniatur actione de peculio, conuenitur vtique actione hereditaria perinde ac seruus, aut alius heres pro parte institutus quilibet, nec quod sit filiusfamilias

BIU Cujas

facit eum heredem ex asse aut socium. Ergo non magis in solidum peculium conueniri potest, siue seruo eum compares, quia contraxit, siue homini libero heredi ex parte instituto quia & hic pro parte heres est.

Dec. Si quis cum filiofamilias contrahat habente peculium, duos habet obligatos, filiumfamilias in solidum, patrem verò ipsius de peculio *l. si quis cum filiofamilias 44. infr.* Ergo quamuis non sit heres patris nisi pro parte, nec nisi pro parte quoque habeat peculium, quod per mortem patris factum est hereditarium *l. certum est 13. Cod. famil. erciſc.* & actio de peculio qua conuenitur sit hereditaria: non potest tamen recusare quominùs actionem de peculio in solidum excipiat, tanquam qui sit ipse ex sua persona non modò in totam quantitatem peculij, sed in solidum debitum obligatus. Differt enim filiusfamilias à seruo in eo quod obligatur etiam ciuiliter, seruus verò non nisi naturaliter. Item ab alio quolibet herede instituto ex parte, quod ex persona sua in solidum debitum obligatus est. Alius verò coheres quilibet ne quidem in solidum peculium. Quidni ergo boni consulat, si non nisi in solidum peculium conueniatur, qui etiam in debitum solidum conueniri posset? Aut qua fronte desiderare possit, vt in plures aduersarios distringatur creditor, qui cum hoc ipso filiofamilias contraxit? Scio filiumfamilias qui viuo patre obligatus adeoque condemnatus est, si post mortem patris ex ea obligatione, vel condemnatione vrgeatur, non teneri nisi in quantum facere potest *l. si dubitet 10. §. filiusfamilias de fideiuſſ. infr.* Sed si sit heres patris, non est huic distinctioni locus, sed in solidum tenetur *l. si ex alio 9. Cod. quod cum eo qui in alien. potest.* quod intelligo non solùm si ex asse, sed etiamsi ex parte tantùm patri heres extiterit, cùm hæc solidi obligatio non ex patris hereditate descendat, sed ex persona filij qui imputare sibi debet, cur non abstinuerit se in totum bonis patris. Et sanè vix est, vt filiusfamilias qui patri licèt pro parte tantùm heres extitit, non possit in tantum facere quantum est, quod ex peculio fuit apud patrem mortis tempore. Ergo quamuis filiusfamilias qui cum creditoribus contraxit, non nisi pro parte heres institutus sit, actionem tamen de peculio in solidum pati debet, nec tantùm antequàm hereditatis, & peculij diuisio facta sit, vt in *l. his consequenter 18. §. si filiusfamilias supr. famil. erciſc.* sed etiamsi post diuisionem peculij conueniatur: de illo enim casu necessariò intelligi hic §. *debet.*

a *Sed si velit pro parte nomen coheredis redimere.* Rat. dvb. Non alia de causa potest filiusfamilias pro parte tantùm heres institutus, conueniri de peculio in solidum, quàm quia ipse ex sua persona in solidum non modò peculium, sed etiam debitum fuerit obligatus, vt modò diximus. Atqui non debet ex eo fieri deterior condicio coheredum, qui non ipsi contraxerunt, & quibus factum filiifamilias coheredis imputari non potest. Ex regula *l. factum 155. de regul. iur.* Ergo non sunt mandandæ actiones filiofamilias, qui ex facto suo conuenitur licèt actione hereditaria, aduersus coheredes eius, quorum potiùs indemnitati succurrendum videretur contra hunc filiumfamilias si à peculiari creditore pro partibus, siue hereditariis, siue peculiaribus actione de peculio conuenirentur. Quod enim ex vnius coheredum facto alij coheredes præstant, eo nomine habent pro indemnitate repetitionem familiæ erciscundæ iudicis, aut cauendum iis est, si nondum soluerint *l. heredes 25. §. contrà si promiſſor §. idem iuris est & §. si vnus supr. famil. erciſc.*

Dec. Quod actione de peculio filiusfamilias præstat conuentus à creditore peculiari, non præstat ex propria persona, sed tanquam heres patris ex parte, licèt ad solidi peculij præstationem non tam ideo teneatur, quod ex parte heres sit, quàm quia ille ipse sit, qui contraxit. Simile quiddam est in specie *l. Bæbius 30. verſ.* sed in specie quæ proponitur *infr. de pact. dotal.* Cùm ergo cæteri coheredes etiam pro partibus ipsorum hereditariis sint heredes patris non debent recusare, quominùs hereditarium onus subeant actionis de peculio, vt quamuis melioris sint condicionis, quàm filiusfamilias in eo, quod in solidum & supra eam quantitatem peculij, quam habent conueniri non possunt, quia non contraxerunt, pro partibus tamen quas habent ex peculio, sicuti tenentur creditori peculiari si ab eo conueniantur, ita & teneantur pro iisdem partibus indemnitatem præstare ipsi quoque filiofamilias agenti ex actionibus sibi à creditore mandatis. Quid enim eorum interest, an creditori soluant cuius debitores sunt ex causa hereditaria, an verò filiofamilias eidemque creditori ex persona, & iure creditoris agenti? Nam & si quid creditori ipsi præstitissent conuenti ab eo per actionem de peculio, non eò magis repetitionem aliquam haberent à filiofamilias quam nec habuisset pater, si viuus post emancipationem filij & intra annum de peculio conuentus fuisset. Illa siquidem prætoriæ iurisdictionis forma est, vt pater teneatur actione de peculio ex contractu quidem filij, at non ex persona filij, sed ex sua propria, & quatenus pater est, ad quem totum peculium dominij ac proprietatis iure pertinet. Sanè non posset filius in hac specie, contra coheredes agere de indemnitate tametsi solidum creditori soluisset, cùm ex facto suo & propter se non propter coheredes soluerit, si non haberet mandatas à creditore actiones. Nec nouum est, vt quis plus iuris habeat vi mandatarum actionum, quàm alioqui ex propria persona fuisset habiturus *l. vt fideiuſſor 39. infr. de fideiuſſ. l. Modeſtinus 76. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. penult. infr. de solut. l. rem hereditariam 65. infr. de euict.* Recusare porrò creditor non potest, quin filiofamilias soluenti mandet ac præstet actionem, quam habet aduersus alios coheredes: alioquin doli mali exceptione repellendus esset *l. his consequenter 18. §. si filiusfamilias supr. famil. erciſc.* Cui enim non æquum videatur hoc saltem præstare creditorem, quod sine ipsius dispendio futurum sit? *l. in creditore 38. in fin. infr. de euict.* Sed hoc ita si ea cessio petatur ante solutionem, aut in actu ipso solutionis, aut saltem incontinenti: alioqui non posset nisi serò nimis & frustra cedi actio, quæ per solutionem iam sublata & extincta esset *dict. l. Modeſtinus.* Benè autem Vlpianus ita hîc loquitur, *si velit pro parte nomen coheredis redimere*, quia hæc non tam cessio simplex quàm venditio nominis est, & pecunia quæ datur, pro precio habetur mandatarum actionum *l. cùm pupillus 21. infr. de tutel. & ration. distr.*

b *Quid enim si in rem patris versum sit?* Hic casus nullam recipit dubitādi rationē: nam cùm in rem patris

versa est

versa est pecunia, quę mutua filiosa. data fuit, certũ est, etiãsi peculium nullũ sit fortè, quia ademptum aut aliter extinctum fuerit patrem tamen de peculio quidem non teneri, sed de in rem verso teneri *l. 1. §. 1. infr. de in rem vers.* Quod si pater tenebatur eius quoque heredes teneri æquum est, & quidem pro portionibus nõ peculiariis, sed hereditariis, quia tãto locupletiorem & opulentiorem hereditatem singuli heredes consequuntur, & ita locupletarentur exiactura filijfamilias si non indemnitatem ei præstare tenerentur: sed hoc ex vi mandatarum actionum & ex persona creditoris, vt proximè diximus, non ex persona ipsius filijfamilias, qui cùm creditori totum debitum soluit nihil pro coheredibus soluit, sed pro se totum soluere intelligitur, tametsi hereditaria de in rem verso actione conueniatur, quia ipse ex sua persona in solidum obligatus est *d. l. si quis cum filiofamilias 44. infr.* nisi quod post mortẽ patris si ei heres non extitisset, non nisi in quantum facere posset condemnari deberet *d. l. si ex alio 9. C. quod cum eo.*

c *Idem etsi peculium locuples sit.* Sensus est, non tantùm eo casu quo pecunia filiofamilias credita in rem patris versa sit posse filiumfamilias soluentem solidum redimere à creditore actionem pro parte coheredis, sed etiamsi nihil in rem patris versum sit, si modò peculium locuples id est soluendo esse proponatur. RAT. DVB. Datur actio de peculio contra patrem aut dominum eiusq; heredes siue peculium soluendo sit, siue nõ, ad finem scilicet vsque peculij, vt nomen ipsum sonat: ergo distinguere non debuit Vlpianus, an peculium locuples sit, necne.

DEC. Frustra filiusfamilias redimeret pro parte nomen coheredis si nihil esset in peculio, deducto fortassis eo quod ipsi patri aut domino deberetur aliisve personis in eius potestate constitutis, de quibus in *l. sed si damnum 9. §. peculium & seqq. supr. hoc tit.* Inanis enim actio esset quam debitorum inopia elideret *l. nam is 6. supr. de dolo.* Nec quod opulentã hereditatẽ heredes à defũcto habuissent, augere posset actionem de peculio, quæ extendi vltra id quod in peculio est numquã potest. Quod si aliquid in peculio sit, minus tamen quàm creditori pro parte coheredis debeatur, non poterit nominis venditio facere vt cõdẽnari coheres debeat actione de peculio supra eã quantitatẽ peculij quam penes se habeat: quia nec in plus creditori potuisset condemnari si conuentus ab eo fuisset. Ita demum ergo proderit filiofamilias redemisse à creditore pro parte nomen coheredis si peculium quod penes coheredem est (sic enim intelligi Vlp. debet) locuples sit & sufficiens ad præstandam à coherede pro sua parte indemnitatem.

4 ¶ Is, qui semel de peculio egit: rursus, aucto peculio de residuo debiti agere potest.

Ad §. 4. Is qui semel.

RAT. DVB. Quisquis actionem aliquam proponit & exercet hoc ipso eam consumit dum ne frustralis fuerit instituta *l. cùm indebitum 57. in fin. supr. de cond. inde. l. 1. §. vlt. sup. quã. dies vsusfr. legat. ced. l. si sic stipulatus sim 33. in fin. de verb. obl.* vnde est q, nec pupillus nisi finita tutela agere tutelæ potest *l. 1. §. vlt. l. nisi finita 5. supr. de tutel. & rat. distr.* ne alioqui actio tutelæ eiusque priuilegium pupillo aufferretur, si citiùs tutelæ agere ei liceret. Ergo is qui semel de peculio egit nec nisi partem debiti sui consequi potuit, quia non fuit satis locuples peculium, aucto posteà peculio rursus de peculio agere non potest.

DEC. Non potest exerceri neque consumi actio, nisi ea demùm quę competit: prius enim est vt competat, quàm vt perimatur. Atqui non competit nec datur vnquam actio de peculio nisi de eo quod in peculio est tempore rei iudicandæ, vt diximus ad initium huius legis. Ergo pro eo quod tùm in peculio non fuit, & quod ideò consequi actor non potuit, non potest videri actum de peculio, nec proinde consumpta fuisse actio de residuo quæ ante actum peculium non cœpit competere. Et verò in actionibus non minùs quàm in contractibus subintelligenda semper est clausula, *Rebus sic stantibus l. cùm quis 38. in princip. de solut. l. cura 4. §. 1. de muner. & honor. l. ab his 10. §. auctis de vacat. & excus. muner.* quia quæ de nouo emergunt nouo sẽper indigẽt auxilio *l. de ætate 11. §. ex causa supr. de interrog. in iur. fac.* Inde fit vt si de quibusdam tantùm rebus communibus actum sit communi diuidundo, de aliis quæ communes manserunt, diuidendis iterum communi diuidundo agi possit *l. 4. §. hoc iudicium supr. commun. diuid.* quia accessionem & decessionem recipit iudicium communi diuidundo *l. si quis putans 6. §. sed & accessionem eod. tit.* sicut & actio de peculio *l. si ex duobus 32. §. in hoc autem iudicio infrà.* quia & peculium ipsum crescit & decrescit, quamdiu viuit *l. peculium nascitur 40. eod. tit.* Excipiendum est iudicium familiæ erciscundæ, quod nisi semel proponi non potest *l. si filia 20. §. familiæ supr. famil. erciscund.* nempe quia est ex lege duodecim tabularum *l. 1. eod.* lex autem semel tantùm loquitur. Ideóque curare debet iudex familiæ erciscundæ, vt nihil indiuisum relinquat *leg. heredes 25. §. iudex eod.* Sic & potestas legis duodecim tabularum in deferendis hereditatibus legitimis, vnica delatione eáque prima consumitur, vnde fiebat olim vt neque in suis, neque in agnatis esset olim successio *l. 1. §. sciendum de suis & legit. §. placebat Instit. de legit. agnat. success.* Quod tamen à Prætore tandem emendatum fuit, vt scriptum est in *dict. §. placebat*, nempe quia Prætor sæpiùs loquitur, non, vt lex, semel tantùm.

5 ¶ Si annua exceptione sit repulsus à venditore creditor, subueniri ei aduersus emptorem debet. sed si alia exceptione [a] hactenus subueniri, vt deducta ea quantitate quam à venditore consequi potuisset, ab emptore residuum consequatur.

Ad §. 5. Si annua.

RAT. DVB. Habet quidem creditor peculiarius electionem an de peculio agere malit cum emptore, an cum venditore *l. si noxali 11. §. penult. supr. l. si creditor 37. §. seruum in fin. infr. hoc tit.* Atquin is qui electionem habet agendi aut qua actione, aut contra quam personam ex pluribus velit, si malè eligat,

BIU Cujas

sibi debet imputare nec ad aliam vel actionem vel personam redire potest *l. quod in herede* 9. §. *eligere supr. de tribut. act. l. cùm filius* 76. § *variis de legat. 2. l. 2. infr. de duob. reis l. vlt. C. de fideiuss.* Ergo si creditor peculiarius venditorem elegerit in actione de peculio & annua exceptione repulsus sit, quia seruo vendito egit post annum, non est ei subueniendum vt reddire possit ad emptorem. Qui enim semel electione liberatus est non potest inuitus, aut etiam ignorans in obligatione reponi, nec si exceptionis tantùm beneficio liberatus esset *l. vlt. supr. de pact.* quia nec obligatio extincta potest reuiuiscere *l. qui res* 98. §. *aream de solut.* DEC. Actio de peculio quæ alienato vel manumisso seruo datur ex edicto Prætoris cõtra alienatorem vel manumissorem est annalis, nec post annum vllomodo competit *l. 1. infr. tit. prox.* Proinde si post annum agat de peculio creditor contra venditorem non tam malè agit quàm nihil agit, vt de illo scriptum est qui agit ex stipulatione condicionali ante condicionis euentum *d. l.* 1. § *vlt. supr. quand. dies vsusfr. legat. cedat. l. 2.* §. *si quis insulam supr. de eo quod cert. loc.* aut proposita actione in eum contra quem non competebat vt in *l. cùm indebitum* 57. §. 1. *supr. de condict. indeb.* Ergo si annua exceptione repulsus sit à vẽditore creditor, non ideò prohibendus est agere contra emptorem, aduersus quem habet actionẽ de peculio non annalem, sed perpetuam. Adeò vt nec videatur indigere vt ei subueniatur cùm exercendo contra venditorem actionem de peculio sibi non competentem, eam quæ sibi aduersus emptorem competebat non peremerit *d. l. cùm indebitum in fin.* Subuenitur ergo ei data ipsi actione contra emptorem, sed nulla in eam rem adhibita restitutione, nullaq; causæ cognitione.

a *Sed si alia exceptione.* RAT. DVB. Siue creditor de peculio agens contra venditorem repulsus sit annua exceptione, id est quasi agens post annum cùm intra annum agere debuerit, siue alia qualibet exceptione (nam contra actionem de peculio perpetuam eædem exceptiones locũ habent quæ alijs actionibus opponi possunt, puta pacti, doli iurisiurandi, rei iudicatæ & aliæ similes) æquè verum est creditori satisfactum non fuisse, cui tamen verè debitum sit, quod nunc actione de peculio contra emptorem persequitur. Ergo perinde atque superiore casu ei succurrendum est vt contra emptorem agere possit, & quidem pro toto debito, cuius scilicet partem nullam à venditore perceperit, præsertim æquitate ita dictante in actione de peculio, vt debitor non tam agentis intentione sola quàm perceptione liberari debeat, vt scriptum est in *l. si ex duobus* 12 *infr. iunct. d. l. vltim. Cod. de fideiuss.*

DEC. Cùm creditor intra annum egit actione de peculio sibi competente aduersus venditorem, electione illa consumpsit actionem quam habere & eligere potuerat contra emptorem, quem proinde eiusmodi electione liberauit. Sed non tamen simpliciter & absolutè ac in totum, sed pro ea tantùm quantitate quam à vẽditore consequi potuisset, si nulla exceptione repulsus fuisset. Quid enim si nihil aut minus peculij fuit apud venditorem, quàm creditori deberetur? Cur dicamus de residuo peremptam esse actionem contra emptorem quæ nec perempta esset, tametsi venditor nullaeũ exceptione summouisset. Eatenus namque nocere debet iure egisse contra venditorem, non quatenus exactum, sed quatenus actum est. Atqui actione de peculio non petitur tota quantitas quæ debetur, sed ea tantùm quæ in peculio est eius qui conuenitur, aut si maius sit debitum petitur quidem totum id quod debetur, sed ad concurrentem duntaxat vsque peculij quantitatem: consequens igitur est vt tùm quoque cùm creditor iure egit contra venditorem, id est, actione sibi competente de peculio, & exceptione aliqua summotus est, non debeat illi neque electio neque repulsa nocere quominùs deducta ea quantitate quam à venditore consequi potuisset si repulsus non fuisset, residuum ab emptore consequatur, quasi nulla quantum ad residuum facta extinctione, adeóque nec electione contra venditorem, actionis in emptorem competentis. Multum ergo refert an creditor annali de peculio actione contra venditorem expertus annua exceptione repulsus: sit an verò aliqua qualibet exceptione contra perpetuam quoque de peculio actionem competente. Priore enim casu non perimitur actio contra emptorem, quoniam ea quæ contra venditorem electa fuit non competit, posteriore verò perimitur hæc, quia illa competiit, sed quatenus dumtaxat competiit. Non autem competiit nisi quatenus in peculio venditoris fuit adeò vt si nihil in venditoris peculio fuisset puta quod serui peculium cum seruo ipso vendidisset ac tradidisset, non posset venditor de peculio conueniri ne intra annum quidem *d. l. si ex pluribus* §. *vlt. infr.* Sed illud mirari quis possit cur ergo ponamus creditorem agentem post annum actione de peculio annali aduersus creditorem repulsum fuisse exceptione annua, si verum est vt est actionem nullam post annum competiisse, siquidem constat exceptionem nihil aliud esse quàm exclusionem actionis *l. 2. de excep.* Ergo competentis, cùm actio quæ non competit excludi non possit, & non entium, vt dici solet, nullæ sint qualitates *vulg. l. pen. supr. de reb. credit. l. si partem* 19. *quemadm. seruit. amitt.* Sed respondendum est plerunq; fieri vt actio etiam quæ ipso iure nulla competit, detur tamen à Prætore, falsis allegationibus actoris circumuento quo casu reo qui de facto conuenitur necessaria proculdubio exceptio est: quæ nec præsupponit semper competentem actionem, sed tantùm à prætore datã. Dari autẽ potest, si obreptũ aut subreptũ sit prætori etiam ea quæ non competit. Nam sicuti Prætor dat actionẽ annalẽ ex eo edicto de quo in *l. 1. tit. prox.* Ita & multò magis dat exceptionem si is contra quem annalis tantùm competit actio, post annum conueniatur: sic dicimus etiam ei qui se ipso iure liberatum possit contendere, necessariam esse interdum exceptionem, vt tutius possit dici liberatus in *l. qui seruum* 34. §. 1. *in fin. de oblig. & act.* Nempe cùm facti allegatio aliqua est, quæ faciat vt vel minimum dubitari possit an liberatio ipso iure contigerit.

6 ¶ In dolo obiiciendo temporis ratio habetur. fortassis enim, post tempus de dolo actionis non patietur dolum malum obiici prętor: quoniam nec de dolo actio post statutum tempus datur.

Ad §.

BIU Cujas

Ad §. 6. In dolo.

RAT. DVB. Licèt actio de dolo fuerit olim annalis, hodie verò sit biennalis post Iustiniani constitutionem in *l. vl. C. de dolo*, non ideò tamen actio de peculio, tum quoque cum ex causa doli datur annalis esse debet, putà si creditor peculiaris acturus de peculio dicat ademptum fuisse peculium dolo malo domini, aut diminutum, vt in *l. summa cum ratione* 21. *supr.* nam actio de dolo ideò est annalis, quia est famosa & condemnato irrogat infamiam, vnde nec dari debet, nisi cùm alia actio nulla est per quam ei qui dolum passus est, succurri possit *l. 1. & pas. supr. de dolo*, at actio de peculio non irrogat infamiam condemnato, ne tùm quidem cum ex causa doli datur: nec enim numeratur inter eas causas ex quibus irrogatur infamia in *l. 1. supr. de his qui notant. infam.* quomodo actio depositi & alię similes, ergo in actione de peculio quæ datur à Prætore extra eos casus de quibus in *l. 1. infr. tit. prox.* etiamsi ex causa doli detur, ratio temporis haberi non debet, vt post annum nō detur eo casu quo alioquin est perpetua: nam cùm sit rei persecutoria etiam post annum dari debet ex regula *l. in honorarijs* 35. *de obliga. & act.* quamuis non detur in heredem ex doli clausula nisi de eo quod peruenit, vt scriptum est in §. *sequ.* nec proinde bona est ratio, qua Vlpianus hîc vtitur, vt quia de dolo actio annalis est, actionem de peculio quæ datur ex causa doli extra eos casus qui comprehenduntur edicto Prætoris *in l. 1. infr. tit. prox.* annalem quoque esse oporteat: nam & actio depositi cùm ex dolo datur, nihilominùs perpetua est non annalis, adeóq; eò magis est datur in solidum cōtra heredem *l. si hominem* 7. §. *datur. supr. depos.* neque doli exceptio ipsa tēporalis est, sed perpetua *l. purè* 5. §. *vlt. infr. de doli mal. exception.* licèt propria quadam ratione id fiat, quam Paulus adfert eo loco, & quæ actioni de peculio, de qua nunc agimus, minimè conuenit.

DEC. Cùm agitur de peculio ex causa doli, quia peculium dolo patris vel domini ademptum aut diminutum esse dicatur, dolus est fundamentum intentionis actoris quippe qui non aliter possit obtinere in actione de peculio siue annali siue perpetua, quàm si probet & contractum fuisse cum filiofamilias vel seruo, & peculium aliquod esse penes patrem aut dominum eo saltem tempore quo iudicatur, vt diximus initio huius legis & ad §. 1. *supr.* atqui dolus ille est qui facit peculium si dolo malo totum ademptum sit, & facit tanto maius & locupletius peculium quod dolo malo diminutum esse probatur, cùm faciat vt prætor peculio imputet quod dolo malo patris vel domini factum est quominùs in peculio esset *d. l. summa cum ratione* 21. *supr.* ergo licèt dolus hic non obiiciatur per actionem de dolo, cùm tamen actionis substantia & materia ex eo tota pendeat, non est ferendum, vt obiiciatur per actionem de peculio post tempus illud post quod agi de dolo non posset: aliáque ratio est doli qui obiicitur per exceptionem aut replicationem: locus enim est exceptioni & replicationi doli sine vlla præfinitione temporis *d. l. purè* §. *vlt. l. si pactum* 6. *C. de except.* at non item cùm obiicitur dolus per viam actionis ad fundandam actoris intentionem, vt in specie proposita, quod est odiosius *arg. l. vlt. C. de edend.* nec similis est actioni depositi hac parte actio de peculio: nam in actione depositi dolus ex contractu reíque persecutione descendit vt subtiliter ratiocinatur Vlpianus in *d. l.* 7. §. *datur infr. depos.* vbi ex hoc infert quamuis aliàs ex causa doli à defuncto admissi non soleat teneri heres nisi de eo quod ad ipsum peruenit, actionem tamen depositi quæ nunquam datur nisi cùm depositarij dolus interuenit, vel saltem lata culpa quæ dolo æquiparari possit, dari in solidum contra heredem: actio autem de peculio quamuis ex contractu veniat nō quidem patrisfamilias vel domini, sed filijfamilias aut serui, dolus tamen, quo illa tanquam fundamento nititur, non ex contractu reíque persecutione descendit, vt in actione depositi *dict.* §. *datur*, sed planè extrinsecus & aduentitius est, solúsque inducit actionem, quæ alioquin, vel nulla esset, vel ad minorem quantitatem: indéq; etiam est quod cùm actio hæc non detur in heredē nisi de eo quod ex dolo defuncti ad ipsum peruenit, depositi tamen actio detur in solidum *d.* §. *datur, iunct.* §. *seq. & l. prox.* ergo quemadmodum actio de dolo non datur post statutum tempus, vt sub Vlpiani nomine Tribonianus loquitur respiciens ad *d. l. vlt. C. de dolo*, quę actionem de dolo fecit biennalem, cùm antea esset annalis, ita neque actio de peculio quæ dolum pro causa habet, quia nec eò casu dolus ex contractu reíque persecutione descendit, nec in actione de peculio secundum naturam ipsius quæritur de dolo, vt in actione depositi, sed tantùm de peculio, de dolo autem non alia de causa, quàm quia dolus peculium facit aliquando, simile quiddam est in *l. nam postea quàm* 9. §. *si minor supr. de iureiur.* vbi restitutio in integrum etiam per replicationis modum opposita non aliter admittitur quàm si opponatur intra cōstitutū tempus petendæ restitutionis, quamuis aliàs, replicationes omnes etiam doli soleant esse perpetuæ tanquam exceptiones *d. l. si pactum* 6. *C. de except. d. l.* 5. §. *vlt. de dol. mal. except.*

7 ¶ In hæredem autem doli clausula in id, quod ad eum peruenit, fieri debet, vltrà non.

Ad §. vlt. In heredem.

RAT. DVB. & DECID. ad hunc §. pendet ex iis quæ proximè diximus. Nam cùm actio de peculio veniat ex contractu & sit rei persecutoria videbatur danda in solidum peculium aduersus heredem, sicut & actio depositi datur in solidum quātis ex dolo defuncti conueniatur heres & condemnetur *l. si hominem* 7. *datur infr. deposit. iunct. l. in honorarijs* 35. *de oblig. & act.* Sed decidendi ratio est, quia in actione depositi dolus ex contractu reíque persecutione descendit, quomodo scriptum est in *d.* §. *datur*, ita vt verum sit dicere heredem depositarij, cùm ex defuncti dolo condemnatur, condemnari tamen ex contractu ipso depositi, at in actione de peculio dolus non descendit ex contractu, sed omnino extra contractum est. Contractus enim non patris est aut domini, sed filijfamilias vel serui: dolus autem è contrario non filijfamilias aut serui est, sed patris aut domini. Nec cùm heres actione ista

BIU Cujas

de peculio condemnatur ex dolo defuncti, potest dici ex defuncti contractu condemnari, sed tantùm ex ipsius dolo, & vt loquitur hîc Vlpianus *ex doli clausula*, quę in actione depositi nulla est, denique dolus hoc casu facit actionem de peculio quomodo Papinian. scribit in *l. verbis 5. ad leg. Falc.* diẽ aut cõdicionẽ legatũ facere, cũ propter repræsẽtationẽ diei vel condicionis, legatũ valet, quod alioqui non valeret, iunge quod scriptum est in §. *emptor autem d. l. summa cum ratione 21. supr.* & quæ ibi diximus. Ergo sicuti actio hæc de peculio cùm adnexam habet pro fundamento doli allegationem & obiectionem, non datur post tempus illud intra quod actio ipsa de dolo proponi debet: ita neque danda est in heredẽ nisi de eo quod peruenit *l. si plures 17. §. 1. l. in heredem 26. & seq supr. de dolo, & ex regula d. l. in honorariis.* quamuis non sit illa regula perpetua: sunt enim multæ actiones, quæ quia rei persecutionem sui natura continent, perpetuò dantur & post annum, quæ tamen quia pœnales sunt qua parte dolum factúmque puniunt eius qui conuenitur, in heredem non dantur nisi de eo quod peruenit. Pete exempla ex *l. 3. §. penult. & l. 4. supr. si mens. fals. mod. dixer. l. illud quoque 7. §. vlt. & l. seq. de tribut. act. l. furtim cæsa 7. §. hæc actio infr. arbor. furt. cæsar.*

31. PAVLVS libro 30. ad Edictum.

SEd si ipse hæres dolo fecit, solidum præstat.

Ad l. Sed si ipse heres 31.

RAT. DVB. Ex persona heredis condicio obligationis defuncti non immutatur *l. 2. §. ex his infr. de verb. oblig.* atqui actio de peculio quæ contra defunctum ex doli clausula moueri potuit eam condicionem ab initio habuit, vt aduersus heredem transire non posset, nisi de eo quod ex defuncti dolo ad heredem peruenisset, vt proximè diximus: ergo nec si heres ipse dolum admiserit, vltra tamẽ teneri debet actione illa de peculio, sed in eum potiùs danda est, separata & specialis actio de dolo, ne ex dolo suo lucretur, *l. ne ex dolo 12. supr. de dolo.*

DEC. Actio de peculio quæ in heredem datur ex dolo defuncti non excludit dolum heredis, quẽ nemo dixerit fauore aut priuilegio aliquo ne in solidum condemnari debeat, cùm ex suo dolo conuenitur qui impunitus manere nunquam debet *l. procurator 11. §. 1. infr. de dol. excepț. iunct. l. pen. in fin. ad SC. Trebell.* neque necessaria est noua actio de dolo vt dolus hic vindicetur, cùm vindicari possit per actionem de peculio, non quasi sit illa bonæ fidei [nec enim numeratur inter actiones bonę fidei in §. *actionum instit. de action.* quarum proprium, & singulare ius est, vt per eas dolus ipso iure vindicetur *l. sed etsi 21. infr. solut. matrim. l. huiusmodi 84. §. qui seruum de legat. 1.*] sed quia actio de peculio semper illam habet adiectionem, *etsi quid dolo malo domini captus fraudatusq; actor est l. in bonæ fidei 36. infr.* quibus verbis licèt dolus heredis non exprimatur, cùm actio contra dominum ipsum datur, exprimitur tamen quoties in heredem ipsum actio dictatur: nemo enim dubitat quin is qui ex alieno etiam dolo aliquatenus tenetur, multo magis teneri & condemnari debeat in solidum si ex dolo suo proprio conueniatur *l. de eo 18. infr. depositi.* neque iustam conquerendi causam habet heres si actione de peculio conueniatur ex proprio dolo, potiùs quàm separata actione de dolo, ex qua si condemnaretur etiam infamiæ notam incurreret, quæ per actionem de peculio licèt clausulam doli adnexam habeat, nunquam irrogatur. Quod tamen hîc dicitur heredem qui fecit dolo malo solidum præstare sic intellige, vt præstet solidum peculium, non autem solidum debitum: dolus enim peculio quidem imputatur *d. l. summa 21. supr.* sed non supra peculium.

32. VLPIANVS libro 2. Disputationum.

SI ex duobus, vel pluribus hæredibus eius, qui manumisso seruo, vel libero esse iusso, vel alienato, vel mortuo intra annum conueniri poterat, vnus fuerit conuentus: omnes hæredes liberabuntur: quamuis non in maiorem quantitatem eius peculij, quod penes se habet, qui conueniuntur, condemnetur. ídque ita Iulianus scribit. Idém que est, & si in alterius rem fuerit versum[a]. Sed & si plures sint fructuarij [b] vel bonæ fidei possessores: vnus conuentus cæteros liberat: quamuis non maioris peculii, quàm penes se est, condemnari debeat. Sed (si) licèt hoc iure contingat. tamen æquitas dictat[c] iudicium in eos dari, qui occasione iuris liberãtur, vt magis eos perceptio, quàm intentio liberet. [d] nam qui cum seruo contrahit vniuersum peculium eius, quod vbicumque est, veluti patrimonium intuetur.

Ad l. Si ex duobus 32.

RAT. DVB. Plures heredes illius qui annali actione de peculio conueniri potuit, non nisi pro hereditaria quisque portione defuncti personam repræsentant, ideóq; nec nisi pro portionibus illis hereditariis conueniri à creditoribus possunt, tãquam diuisis ipso iure per legem duodecim tabularum actionibus *l. vlt. & tot. tit. C. de heredit. act. l. 1. & 2. C. si vnus ex pluribus hered. debit. vel credit.* nec proinde possunt creditores peculiarij contra vnum ex pluribus illis heredibus agere in solidum: non enim socij sunt nec pro sociis habendi, vt eorum quisque in solidum conueniri & condemnari possit *l. quæsitum 30. §. 1. in fin. supr.* nec rursus videri potest creditor agendo contra vnum ex iis etiam in solidum, amittere actionem quam habuit aduersus heredes cæteros, siue pro hereditariis, siue pro peculiariis portionibus, cùm aduersus singulos in solidum non cõpetierit;

BIU Cujas

petierit: nemo autē exercēdo actionē quę nō cōpetit, cōsumat eam quæ competit, vt diximus ad §. *is qui semel d. l. quæsitum ex l. cùm indebitum 57. in fin. supr. de condict. indeb. l. 1. §. vltim. quand. dies vsufr. legat. ced.* Non potest igitur defendi quod Iulianus scripsit, & Vlpianus ex iuris ratione verum esse admittit, si ex pluribus heredibus eius qui manumisso vel alienato vel mortuo seruo intra annum de peculio potuit conueniri vnus fuerit conuentus, scilicet in solidum, non pro hereditaria tantùm portione [sic enim hic locus necessariò intelligendus est] cæteros omnes liberati, quamuis abeo qui conuentus fuit creditor solidum consecutus non sit, sed eam tantùm peculij partem quæ penes eum fuit, secundùm ea quæ de actione de peculio perpetua contra vnum ex pluribus heredibus danda scripsimus ad *d. l. quæsitum §. 1.*

Dec. Actio de peculio non datur contra heredes plures patrisfamilias vel domini pro hereditariis portionibus, vt cæteræ actiones hereditariæ, licet sit ipsa quoque hereditaria, sed pro partibus peculiariis, quæ apud singulos post factam hereditatis & peculij diuisionem inueniuntur *d. l. quæsitum §. 1.* ac proinde fieri potest, vt vnus ex pluribus heredibus teneatur, nunc pro hereditaria portione si diuisum sit inter eos pro partibus hereditariis peculium: nunc pro minore, aut pro nulla, si minùs aut nihil penitus ex eo peculio apud eum remanserit, nunc denique in solidum si totum peculium apud eum sit. Inde fit vt cùm creditor vnum ex heredibus solum & in solidum conuenit de peculio siue annua siue perpetua actione [nam quod hîc de annali tantùm actione Vlpianus loquitur, non sic debet accipi quasi aliud senserit in perpetua, sed quia de perpetua iam dixerat in *d. l. quæsitum §. 1.*] hoc ipso liberet cæteros, quia eum non alio colore conuenire intelligitur, quàm quasi habētem peculium solidum: in quo si errat, sibi imputet qui non fuerit curiosior ad inquirendum antequam ageret pro qua parte, aut an in solidum peculium esset apud eum in quem parabat solidi actionem, sed non potest ideo dicere se nihil egisse, aut actione ipso iure non competente. Quandoquidem aliquo casu poterat illa in solidum competere, scilicet si conuentus ille totum peculium habuisset, sed hic quidem iuris rigor & nimia asperitas est vt post a Vlpianus subijcit. Æquitas enim dictat, vt in alios coheredes quoque iudicium dari debeat qui non nisi per occasionem iuris liberati sunt, cùm tamen peculij partem penes se haberent, vt magis eos perceptio quàm sola creditoris intentio liberet, quemadmodum postea dicemus.

a *Idēque est etsi in alterius rem fuerit versum.* Rat. Dvb. Ille ex pluribus heredibus in cuius rem versa est pecunia quæ seruo credita fuit viuo domino, tenetur propria & speciali actione de in rem verso, qua cæteri creditores teneri non possunt in quorū rem nihil versum est, & quæ locum habere potest tum quoque cùm de peculio actio nulla supereset *l. 1. §. 1. infr. de in rem vers.* Ergo etiamsi creditor egerit de peculio siue annua siue perpetua actione contra vnum ex pluribus defuncti domini heredibus & quidem in solidum, cùm tamen neque heres ille solidum peculium haberet, neque in eius rem quicquam versum esset, dicendum est non esse liberatum ne quidem ex rigore iuris alium coheredē in cuius rem versa fuit pecunia, quo minus si non actione de peculio, saltē de in rē verso cōueniatur.

Dec. Actio de in rem verso quantum ad eos pertinet qui de peculio conueniri possunt, continetur in actione de peculio, nec duæ sunt actiones sed vna tantùm, licet alias, atque alias pro casuum diuersitate habens præstationes, vt diximus ad *l. quæsitū 30. §. 1. versic. idem est & seq. supr.* Atqui quoties nō p'us in rem versum est, quàm sit in peculio, sufficit actio de peculio, adeóq; commodior est actori quàm de in rem verso, quæ probationem exigit versæ in rem pecuniæ, quæ actio de peculio non requirit *§. præterea Instit. quod cum eo qui in alien. potest.* Ergo cū per electionem vnius ex heredibus conuenti in solidum de peculio is quoque liberatus sit ab actione illa de peculio, in cuius rem versa fuit pecunia, consequens est vt ab actione etiam de in rem verso liberatus sit, perinde ac si creditor qui contra alium coheredem in solidum egit solidum peculium ab eo esset consecutus. Cùm autem dico *solidum peculium*, intelligo etiam solidum debitum, quia pono non minùs fuisse in peculio quàm in debito. Cæterùm si maior esset quantitas pecuniæ debitæ & in rem versæ quàm peculij: aliud certè probandum esset, dicendúmq; ad concurrentem quidem peculij quātitatem liberatum esse coheredem ab actione quoque de in rem verso, sed de residuo tamen quod plus est in actione de in rē verso quā sit in peculio, liberatum non esse, & de in rem verso conueniri adhuc posse, quia ad residuum illud sicut actio de peculio extendi non potuit, ita nec electio malè facta illius ex heredibus qui in solidum conuentus est cum pro parte peculij dumtaxat conueneri debuisset.

b *Sed etsi plures sint fructuarij.* Rat. Dvb. & Decid. eadem ferè est quæ ad sententiam præcedentem. Nam sicuti plures heredes illius qui actione de peculio siue annali siue perpetua tenebatur, possunt eadem actione conueniri non, tamen pro equis partibus aut hereditariis, sed pro peculiariis, id est, quatenus apud vnumquemque eorū peculium est, ita & cùm plures sunt fructuarij, vel bonæ fidei possessores, conueniri possunt singuli, sed non pro ampliore quisque parte quàm quæ apud eum in peculio est, idémq; & in pluribus bonæ fidei possessoribus obtinet. Ex quo fieri videtur, vt nec vnus ex ijs possit eligi in solidum nisi qui solidum peculiū apud se habeat, nec si electus sit ille qui solidum peculium non habuit, actio tamen contra alios competens consumatur, ne quidem ipso iure, tanquam quæ non competierit. Sed tamen contra visum est Iuliano, ratione illa, quod non eò minùs debeat electio nocere illi, qui cùm singulos fructuarios & bonæ fidei possessores conuenire posset, vnumquemque pro sua parte peculij, maluit vnum eligere & in solidum conuenire tanquam habentem totum peculium, quo casu solidum ab eo consequi potuisset, in quo siue iuris siue facti ignorantia errauerit, debet sibi imputare qui potuit & cōsulere peritiores *l. regula 9. §. pen. de iur. & fact pignor. l. in bonorum 10. de bonor. poss.* & facti veritatem diligentius inquirere *l. vir vxori 17. in fine principij infr. ad SC. Vellei.* aut quod tutiùs fuisset & expeditiùs, vnumquemque pro ea peculij parte, quæ apud eum esset conuenire. Denique sufficit actum esse in solidum cum vno, vt ex ipsa quoque agentis voluntate & intentione cæteri liberati intelligantur, cùm non potuerit separatim agi cum pluribus in solidum, maximè si ex parte agentis protestatio nulla intercesserit *arg. l. 1. §. 1. infr.*

BIU Cujas

quod legat. sed in his quoque scilicet fructuarijs & bonæ fidei possessoribus pluribus, quorum vnus conuentus sit in solidum apud quē tamen peculium solidum non fuerit, aliud ex æquitate probandum est, vt ex electione & intentione actoris sola non liberentur alij, sed tantùm perceptione.

c *Sed licèt hoc iure contingat tamen æquitas dictat.*

RAT. DVB. Nihil est æquius quàm suam cuiq. culpam nocere: cùm nec sentire quisquam videatur damnum quod ex culpa sua sentit *l. factum* 151. *l. quod quis* 203. *de regul iur.* Ergo etiam ipsa æquitas dictat creditori, qui malè elegit eligēdo in solidum eum qui solidum peculium non habuit, malæ suæ electionis pœnam sentiat, id est, actionem quā aduersus alios habuit, amittat, vt & in *l. electio* 26. *sup. de noxal. act. l.* 1. §. *penul supr de exercit. act. l. habebat quis* 13. *supr. de instit. act. l. quod in herede* 9. §. 1. *de tribut. act.*

DEC. In omnibus quidem, sed maximè in iure æquitas spectanda est *l. in omnibus* 90. *de regul. iur.* Et ideo placuit in omnibus præcipuam esse iustitiæ & æquitatis magis quàm stricti iuris rationem *l. placuit* 6. *C. de iudic. l.* 2. § *item Varus in fin. infr. de aqua & aquæ pluu. arcend.* & si quando æquitas pugnet cum æquitate, quod perraro quidē sed tamē aliquando accidit prævalere illam debere, quæ maior est *l. si seruus* 61. §. *quod verò. infr. de furt.* Sicut è contrario cùm in aliqua specie nihil constitui potest quod non aliquid iniqui habeat, id potiùs sequendum est, quod minimum habeat iniquitatis *l. quoties* 200. *de regul iur.* Atqui aperte iniquum est in damno morari creditorem, nec solidum quod sibi debetur consequi, ob id solum quod malè elegerit, conueniendo in solidum eum, qui solidum peculium non habuit, in lucro autem manere illum ex pluribus heredibus aut fructuarijs aut bonæ fidei possessoribus, qui licet non fuerit conuentus partem tamen peculij, apud se habeat cùm creditor contrahens cum seruo totum ipsius peculium vbicunque & vndecunque esset, intuitus sit, tanquam proprium ipsius serui patrimonium *l. hinc quæritur* 19. §. 1. *supr. l. peculium & ex eo* 39. *infr.* Sicut enim æs alienum cuiusque patrimonij, nō certi loci sed vniuersarum facultatum onus est. *l. si fideicommissum* 50. §. 1. *supr. de iudic.* Ita ei onus peculij ad totum peculium pertinet, vbicumque & vndecunque sit *d. l.* 19. §. 1. *supr. l.* 1. §. *si præcepto* vbi dicemus *infr. tit. prox.* Est igitur æquius dari iudicium de peculio in eos, qui partem aliquam peculij habent, vt ab iis creditor consequatur quod ab eo quem elegit consequi non potuit. Iniquè namque obscura mens lucri est fauere repetitioni quàm aduentitio lucro *l. non debet* 41. §. 1. *de regul. iur.* & ei qui certat de damno vitando, qualis est creditor quàm ei qui de lucro captando *l. vlt.* §. *sin verò creditores C. de iur. de lib.* qualis ille est qui cùm partem peculij possideat onus tamen peculij hoc est æris alieni quod eam peculij partem respicit subire recusat contra *l. secundum naturam* 11. *de regul. iur.* & id agit quantum potest, vt cum aliena iactura locupletetur aduersus æquitatem iuris naturalis *l. iure naturæ* 206. *eod. l. nam hoc natura* 14. *supr. de condict. indeb.* Nam nec error iuris, multò minus autem facti nocet cuiquam in dominis amittendæ rei suæ *l. iuris ignorantia* 7. *& seq. de iur. & fact. ignor.* Alia ratio est creditoris, qui cùm plures correos debendi haberet, contra singulos egit pro æquis partibus atque ita actionem suam diuisit: et si namque ab vno partem debiti consequi non possit, non ideo tamen ad alium redire potest, vt ab eo aliquid vltra partem suā exigat cùm sibi debeat imputare, cur partem suam diuiserit *l. si creditores* 8. *C. de pact.* cui nec derogauit Iustinianus cùm cōstituit in *l. vlt. C. de fideiuss.* vt vnius ex correis electione alius non liberetur. Alia rursum quæstio est, an ex pluribus actionibus competentibus vna electa pereat, aliàs de qua scripsimus ad *d. l. habebat & add.* §. *eligere* Est autem hic locus notandus, & in auxilium euocandus aduersus eos, qui cōtra prudentum nostrorum responsa non erubescunt æquitatem obiicere, quasi sint illi meliores æquitatis arbitri & magistri, quàm fuerint prudentes nostri, quibus nihil tam solemne & familiare est, quam vt si quando mera iuris ratio ab æquitate dissentiat, obseruent æquitatem, eámque iuris rigori anteponant nisi cùm alioqui fieret, vt contra ipsissima legis alicuius verba responderent, vt in specie *l. prospexit* 12. *infr. qui & à quib. manumiss.* Nam strictæ iuris rationi æquitatem anteponere potuerunt, sed legum autoritati non potuerunt *d. l.* 2. §. *item Varus de aqua & aquæ pluu. arcend. l.* 3. *de separat.* Nec minùs ridiculi sunt qui iuris rigori eam duntaxat æquitatem præferunt, quæ sit scripta. Quis enim æquitatem illam de qua in hoc §. agitur, scripserat ante Vlpianum, aut potiùs ante Iulianum qui nec eam prætermisit, vt constat ex *l. si creditor* 37. §. *si actum sit infr.* nec tamen dubitant illi anteponere illam rigori iuris: neque sanè vlla æquitas est, quæ ex scripto æstimanda sit, ne tum quidē cum scripta est, vt alibi sæpe docuimus.

d *Vt magis eos perceptio quàm intentio liberet.* Sen us est, neminem qui alterius debitor sit, liberari ob id solùm debere quod creditor contra alium egerit, & frustrà intenderit alium dare oportere, suo enim quisque facto & solutione liberandus est aut aliquo actu qui æquipolleat, solutioni nō sola intentione actoris, vt in *l.* 4. *supr. de his qui effud. vel dies.* Quanquā non est perpetua hæc regula. Plerunque enim sola electione ita liberatur debitor, vt postea conueniri nunquam possit, licèt actor suum non perceperit, nec nisi per occasionem iuris liberatus sit, vt ad locum illum adnotauimus. Illud sanè constat, non debere occasionem iuris ad cuiusquā trahi iniuriam: nam & doli exceptiones ob id comparatæ sunt, ne cui dolus suus per occasionem iuris ciuilis contra naturalem æquitatem prosit *l.* 2. §. 1. *infr. de doli mal. except.*

1 ¶ In hoc autem iudicio licèt restauretur præcedens: tamen & augmenti, & decessionis rationem haberi oportet. & ideo, siue hodie nihil sit in peculio, siue accesserit aliquid: præsens status peculij spectandus est. Quare circa venditorem quoque [a] emptorem, hoc nobis videtur verius, quod accesserit peculio, posse nos ab emptore consequi: nec retrorsum, velut in vno iudicio, ad id tempus conuentionem reducere emptoris, quo venditor conuentus sit.

Ad §.

BIU Cujas

Ad §. 1. In hoc autem iudicio.

RAT. DVB. In actione de peculio spectatur quid & quantum sit in peculio eo tempore quo res iudicatur *l. quæsitum 30. in princip. supr.* Atquin is qui egit de peculio in solidum contra vnum ex plurib. heredibus aut fructuariis aut bonæ fidei possessoribus, nec solidum ab eo consequi potuit quod non totum haberet peculium si hodie contra alios agat partem aliquam habentes peculij, iam tamen obtinuit vt contra eum qui prior conuentus est res iudicaretur. Nec potest hoc nouum iudicium contra alios institutum persequi quin præcedens restauretur, quia inter eum qui prior conuentus est & alios qui nunc conueniuntur constituendum est quid & quantum in peculio habuerit ille qui condemnatus est, cùm alij non possint teneri nisi in id quod habuit ille minùs in peculio. Ergo licèt hodie quæratur de peculio, non tamen præsens status peculij spectandus est, sed ille qui fuit eo tempore, quo prior vel conuentus vel saltem condemnatus est, vt eadem causa omnium seruetur quæ esset si ab initio omnes simul pro sua quisque peculij parte conuenti fuissent.

DEC. Actio de peculio recipit accessionem & decessionem *l. vlt. infr. tit. prox.* sicut & peculium ipsum *l. peculiũ nascitur 40. hoc tit.* Quãdiu ergo durat actio peculij, tandiu præsens peculij status attendi debet, quantum ad eos qui nunc conueniuntur, siue hodie nihil sit in peculio, siue aliquid accesserit, aut decesserit, vt plus minúsve in eo sit quàm fuerit eo tempore quo prior conuentus & condemnatus est. Nec in eo nulla fit iniuria ei qui posterior conuenitur etiamsi plus præstet, quàm præstaturus fuerat si prius conuentus fuisset, cùm non condemnetur vt soluat nisi ex eo quod hodiè habet in peculio, atque ita quod soluere cõmodè possit. Multo minus fit vlla etiam iniuria creditori si hac de causa minus cõsecuturus sit, diminuto fortassis peculio, cùm boni consulere debeat qui hoc quantulumcunque est amplius consequitur ex Prætoris æquitate quàm ex summo iure consequi ob malam electionem suam debuisset. Sanè illius qui prior conuentus in solidum est & condemnatus pro ea parte peculij quam tum habuit, vix est vt minui vel augeri debeat condemnatio ob id solùm quòd eius peculium est postfacto auctum fuerit vel imminutum, cùm certam formam habuerit condemnatio quæ ex euentu posteriore immutari non potuit, vt de stipulatione scriptum est in *l. vero procuratori 12. §. penult. infr. de solut.*

a *Quare circa venditorem quoque.* RAT. DVB. & DECID. ad hunc versiculum eadem est quæ ad sententiam præcedentem : nam quemadmodum potest creditor peculiarius eligere quem velit ex pluribus defuncti patrisfamilias aut domini heredibus aut ex pluribus fructuariis vel bonæ fidei possessoribus. Ita tamen vti ne quisquam eorum in plus condemnari possit quàm quod in peculio habuit, vt dictum est in principio huius legis. Sic & habet electionem vendito seruo an cum venditore velit agere de peculio an cum emptore, nec tamen ab alterutro consequi ampliùs potest quam apud eum sit peculij *l. & ancillarũ 27. §. si seruus iunct. l. si noxal. 11. §. idem scribit supr. l. si creditor 37. §. seruum infr. hoc tit. l. de peculio 10. supr. de tribut. act.* Et quemadmodum electo vno ex pluribus defuncti patrisfamilias vel domini heredibus aut vno ex pluribus fructuarijs vel bonæ fidei possessoribus, alij ipso iure liberantur, ex æquitate tamen tenentur in quantum habent hodie in peculio. Ita & electo venditore liberatus videtur emptor, & est ipso iure, ex æquitate tamen tenetur de residuo quod à venditore consequi creditor non potuit vt ex peculio quod habet, indemnem præstet creditorem. De illo tantùm dubitari potest an eam indemnitatem præstare debeat ex eo quoque peculio quod emptori accessit post venditoris condemnationem, an ex eo tantùm quod habuit eo tempore quo venditor condemnatus fuit. Respondet autem Vlpianus sibi verius videri, vt id quoque peculium quod emptori post condemnationem accessit creditor possit consequi, quia quod dicimus rei iudicandæ tempus spectandum esse cùm de peculij quantitate quæritur ex *dict. l. quæsitum 30. in princip. supr.* tunc obtinet cùm vnum idémque iudicium est, at hic duo sunt iudicia, & quamuis iudicium præcedens restauretur per posterius, id tamen ex necessitate fit & ex ordine vt sciri possit quid & quantum veniat in posterius iudicium, non etiam vt posterius, quod reuera diuersum est à priore, & separatã exigit condemnationem, ad id tempus reuocetur, & retrotrahatur, quo venditor conuentus fuit, aut condemnatus.

2 ¶ Venditor serui, si cum peculio seruum vendiderit, & tradiderit peculium, ne intra annum quidem de peculio conuenietur. neque enim hoc pretium serui, peculium est, vt Neratius scripsit.

Ad §. vlt. Venditor.

RAT. DVB. Is qui seruum cum peculio vendidit certo precio, & precium illud accepit non tantùm serui, sed etiam peculij precium habere intelligitur: est enim precium rei venditæ, ponimus autem non modò seruum, sed etiam peculium ipsius venditum fuisse. Ergo perinde habendus est acsi peculium sibi retinuisset, quoniam qui precio fruitur rem ipsam habere videtur *l. quia qui precio 39. supr. de vsufr.* Ergo & de peculio conueniri potest, cùm ea actione teneatur venditor, si modò peculium serui retinuerit, & eum creditor intra annum elegerit.

DEC. Qui vendit seruum cum peculio vno eodémque pretio non duas res vendit vt tot possint dici venditiones quot sunt res, quomodo si plures fundi specialiter nominati vno instrumento emptionis interposito venditi essent, vt in *l. cùm plures 72. infr. de euict. iunct. l. quia dicitur 32. eod.* sed vnam dumtaxat rem vendit scilicet seruum eum accessione peculij. Peculium enim nihil nisi serui venditi accessio est, propter quam seruus tanto pluris venditur *l. si venditor 38. in princip. de act. empt. l. 1. & 2. l. tunc inutile 12. infr. de pecul. legat. l. ex parte 39. §. duos filios supr. famil. erciscund.* Ergo nec precium ab emptore datum pro peculio datum videri potest, sed pro seruo peculium habente. Proinde non potest dici precium hoc esse peculij, quasi in locum peculij venditi subrogatum, sed precium serui. Peculium igitur nullum habet venditor qui seruum cum

BIU Cujas

peculio vendidit licèt serui precium habeat. Nam sicuti seruus in sui ipsius peculio esse non potest *l. depositi* 38. §. *Stichus infr. hoc tit. l. Stichus* 16. *in fin. de pecul. legat.* ita neque precium serui: cõsequens igitur est vt venditor hic post venditionem à se ita factam de peculio conueniri à creditoribus peculiariis nullomodo possit, id est, nequidem intra annum quomodo conueniri posset si post venditionem haberet adhuc peculiũ aut quid aliud quod esset vice peculij. Omnis enim actio de peculio nec minus annalis, quã perpetua, necessario supponit peculium, vt sæpius diximus. Ergo quod tot locis scriptum est creditorem serui venditi electionem habere an velit agere cum venditore, an emptore *l. si noxali* 11. §. *idem scribit l. & ancillarum* 27. §. *si seruus l. prox.* §. 1. *supr. l. si creditor* 37. §. *seruũ infr. hoc tit. l. de peculio* 10. *supr. de tribut. act.* ita intelligendũ est si peculium aliquod apud venditorem remanserit, vt vel ex hoc maximè loco apparet. Iunge *l. seq.*

33. IAVOLENVS libro 12. ex Cassio.

SEd si quis seruum ita vendidit, vt pretium pro peculio acciperet: penes eum videtur esse peculium, ad quem pretium peculij peruenit.

34. POMPONIVS libro 12. ex variis lectionibus.

NOn penes quem res peculiaris sit.

Ad l. Sed si quis seruum 33. *& seq.*

Sicuti pendet hæc lex à §. *vlt. legis præcedentis*, vt intelligamus quantum interfit an venditor serui cum peculio precium peculij acceperit an serui, vt priore casu possit venditor intra annum conueniri de peculio: posteriore vero non possit, ita coniungenda est cum *l. seq.* vtraque enim lex vnico sensu continetur, cùm quis seruũ ita vendidit, vt precium pro peculio acciperet, puta si separatim & separatis preciis & seruum & prætereà peculium vendiderit emptorísque res peculiares tradiderit (hoc enim ponendum necessariò est, vt dominium peculj in emptorem transferatur §. *per traditionem & §. venditæ Instit. de rer. diuis.*) videri esse peculium penes eum qui precium habuit, id est penes venditorem, non etiam penes emptorem licet res peculiares apud eum sint, vt concludamus solum igitur venditorem hoc casu de peculio conueniri posse, non emptorem.

RAT. DVB. Non videtur fieri posse vt res ipsæ peculiares non magis sint peculij quàm earum precium quod ad venditorem peruenit. Sunt enim reuera peculiares, cùm eædem manserint, quæ anteà fuerunt: precium autem quod pro ijs datum est, non nisi fictitiæ & tacitæ cuiusdam subrogationis ac repræsentationis iure, peculium esse intelligitur, *l. quia qui precio* 39. *supr. de vsufr.* Non potest autem imagine ac fictione vlla, naturæ veritas adumbrari inquit Papinianus in *l. filio* 23. *infr. de liber. & posthum.* Ergo meliùs & veriùs est dicere, peculium esse penes emptorem, penes quem sunt res ipsæ peculiares quàm penes venditorem qui nihil nisi precium peculij habet. Etsi enim ex vulgari nostrorum brocardico subrogatum sapit naturam eius in cuius locum subrogatum est *l. si quis eum* 10. §. *qui iniuriarum supr. si quis causs. leg. sed quod inde* 71. *de legat.* 2. Nemo tamen vnquam dicit subrogatum esse illud ipsum in cuius locum subrogatum est, aut precium quod loco rei est esse rem ipsam: nec enim quicquam potest esse vice & loco sui ipsius, nec dubitatur quin aliud sit res ipsa, aliud verò rei precium *leg si alij* 42. §. 1. *supr. de vsufr. §. si res aliena Instit. de legat.*

DEC. Non potest fieri vt vnum idémque peculium sit penes duos in solidum, vt nec aliud quicquam siue dominium respicias *l. 5. si duobus supr. commod. siue possessionem l. 3. §. ex contrario de acquir. possess. l. duo in solidum* 19. *de precar.* Necesse igitur est vt vel totum peculium sit penes venditorem solum, aut penes solum emptorem in solidum, aut penes vtrumque pro parte. Atqui cùm venditor peculium totum certo precio vendidit, & traditis rebus omnibus peculiaribus accepit pretium fieri nequit vt non sit totum peculium & solidum vel penes venditorem solum, vel penes solum emptorem, non etiam pro parte penes hunc & pro parte penes illum non est autem solidum penes emptorem, quia cùm precium ei absit quod dedit, non videtur ex illa peculij emptione valde factus locupletior quod fortasse carius & iniusto precio emerit, longéque iustius est peculium quod ante venditionem penes venditorem fuit, etiam post venditionem apud eum manere, tametsi res omnes peculiares à se abdicauerit, cùm earum nomine sibi pretium retinuerit, & peculium sit ex genere & numero vniuersalium quæ non modò accessionem & decessionem recipiunt, vt diximus, sed etiam facilem vnius in locum alterius subrogationem *l. vtrum autem* 23. vbi diximus *supr. de hered. petit.* Quis enim dixerit abesse peculium, ei qui peculium vendidit & pro peculiaribus rebus habet earum precium? Nulla igitur ratio est, vt quasi peculium habere desierit de peculio quoque teneri desinat, & onus peculij transferatur in emptorem qui res peculiares habere quidem cœpit, sed ex causa onerosa, quæ vltra onerari eum certè non patitur.

35. IAVOLENVS libro 12. ex Cassio.

AT cum hæres iussus est peculium dare, accepta certa summa: non videtur penes hæredem esse peculium.

Ad l.

BIU Cujas

Ad l. At cùm heres 35.

RAT. DVB. Cùm heres peculium accepta certa ſumma legatario dare iuſſus eſt, quamuis ſumma illa condicionis implendæ cauſa ei data eſſe videatur, quia tamen figura condicionis expreſſa non eſt perinde videtur penes heredem eſſe iure hereditario ac ſi heres eo veluti precio peculiũ legatario vendere iuſſus eſſet, & legatarius eam ſummam pro precio inferre *l. in ratione 30. § tametſi iunct. § vendere & ſeqq. infr. ad leg. Falcid.* vbi Mæcianus hanc ob cauſam ſcribit eam ſummam in legatorum quoque Falcidiam imputari debere, in quam tamẽ non ſolent imputari ea quæ condicionis implendæ cauſa capiuntur *l. id autem 76. l. in quartam 91. eod. tit.* Ergo quemadmodum cùm quis peculium certo precio vendidit & tradidit accepto precio peculium adhuc penes eum eſſe intelligitur, vt dictum eſt in legib. præcedentibus, ita & cùm heres accepta certa ſumma peculium dare iuſſus eſt, nihilominus peculium apud eum eſſe intelligendum eſt, vt proinde de peculio conueniri debeat ipſe non legatarius: tanto magis quod et am cùm peculium alicui ſimpliciter legatum eſt, nec aliquid heres pro peculio retinuit, adhuc tamẽ placet heredem conueniri debere de peculio non legatarium, non tam quatenus heredem qui omnibus creditoribus hereditariis ſatisfacere debeat, quàm quia peculiũ adhuc ipſe habere videatur, cùm tradendo id legatario ſe liberauerit ab actione ex teſtamẽto qua ei tenebatur, vt ſubtiliter Vlpianus ex Cæcilio diſputat in *l. 1. § item heres infr. tit. prox.* quem ſequitur Marcianus in *l. ſi ſeruo 18. de pecul. legat.* quamuis Iulianus contra ſenſerit in *l. 1. § per contrarium de dot. releg.* vt diximus ad *l. ſi quis ſeruũ 29. ſupr.* cuius opinionẽ fortaſſe Iauolenus in hac lege ſecutus eſt. & ita ſanè omnino dicendum eſt: nõ enim ratio illa Cæcilij & Vlpiani eo minus locum habet in herede qui certa ſumma accepta peculium legatario dare iuſſus eſt, imò tanto magis vt peculium adhuc penes ſe habere videatur, quia id tradendo liberauerit ſe ab obligatione præſtandi ex teſtamento legati. Perinde namque liberatur cùm accepta ſumma peculiũ dare iuſſus eſt atque cum nulla accepta. Nec ſummæ perceptio quicquã hîc addere poteſt, niſi vt tanto facilius credi poſſit peculium eſſe nihilominus penes heredẽ quaſi ſummam illam pro peculij precio, vt diximus, & iure hereditario acceperit maximè ſi dantis perſona demõſtrata non fuerit ſecundum Papiniani diſtinctionem in *l. acceptis 93. ad leg. Falcid. & in l. deducta 58. §. acceptis ad SC. Trebell.* cùm verò ea quoque Marciani ſententia & diſtinctio quæ ponitur in *d. §.* tametſi Iuliano quoque placuerit, vt ibidem Marcianus refert, dicendum eſt Iauolenum in hac lege Iuliani quidem ſententiam probaſſe, ſed non æquè Iulianum hanc Iauoleni opinionem probaturum fuiſſe, niſi eo ſaltem caſu quo expreſſa conditionis figura heres à legatario eam ſummam conditionis implendæ gratia datam accipere iuſſus eſſet, ac demonſtrata præterea dantis perſona, vt Iulianus, ſi non cum Iauoleno, attamen cum Papiniano conſentiat. Iunge quæ dicemus ad *d. §. item heres.*

36. VLPIANVS libro 2. Diſputationum.

IN bonæ fidei contractibus quæſtionis eſt, an de peculio an in ſolidum, pater, vel dominus tenerentur. vt eſt in actione de dote agitatum, ſi filio dos data ſit, an pater dumtaxat de peculio conueniretur? ego autem arbitror, non ſolùm de peculio, ſed & ſi quid præterea dolo malo patris capta fraudatáque eſt mulier, competere actionem. nam ſi habeat res, nec reſtituere ſit paratus [a]: æquum eſt eum, quanti ea res eſt, condemnari. nam quod in ſeruo, cui res pignori data eſt, expreſſum eſt: hoc & in cæteris bonæ fidei iudiciis accipiendum eſſe, Pomponius ſcripſit. namque ſi ſeruo res pignori data ſit: non ſolùm de peculio, & in rem verſo competit actio: verùm hanc quoque habet adiectionem, *Et ſi quid dolo malo domini captus fraudatúſque actor eſt.* videtur autem dolo facere dominus, qui, cùm haberet reſtituendi facultatem, non vult reſtituere.

Ad l. In bonæ fidei 36.

RAT. DVB. Pleniores fiunt præſtationes & vberiores ex bonæ fidei contractibus quàm ex ſtrictis, cùm ex ijs agitur iudicio bonæ fidei non ſtricto §. *in bonæ fidei & ſeq. inſtit. de action.* ſed cùm ex bonæ fidei contractu agitur de peculio contra patrẽ vel dominum, quia nec alia contra eos actio competit *l. 3. §. ſi filiusfamilias ſupr. commod. l. depoſiti. ſupr. hoc tit. l. 1. §. filiumfamilias 42 de poſ.* eadem actio de peculio eſt quæ contra eos daretur ex ſtipulatione cõuenirentur, omniq; caſu actio de peculio ſt icta eſt, videtúrq; abſurdum quærere an actione de peculio in ſolidum an de peculio tantum pater vel dominus teneatur, cùm nomẽ ipſũ actionis oſtendat de peculio vltra id quod in peculio eſt agi non poſſe. Ergo etiam ſi filiofamilias dos data ſit, dummodò non iuſſu patris dicendum eſt cum patre agi quidem nihilominus poſſe, quod videatur dos ad eum peruenisſe penes quẽ eſt peculiũ, ſed ſufficere vt in id damnetur quod in peculio eſt, aut ſi quid in rem patris præterea verſum ſit, vt idem Vlpianus noſter ſcribit in *l. ſi cùm dotem 22. §. tranſgrediamur infr. ſolut. matrim.* Nec quærendum eſſe an dolo malo patris aliquid in ea dote factum ſit, quoniam in actione de peculio is demum dolus à prætore imputatur peculio per quem factum eſt quominus ſit in peculio, *l. ſumma cum ratione 21. ſupr. hoc tit.* At longe aliud eſt dolum admiſſum eſſe in ipſa quãtitate peculij vt minùs eſſet in peculio: aliud verò in dote aut alia re quæ per actionẽ de peculio petatur. Prior dolus vindicari poteſt per actionem

BIU Cujas

de peculio, quia & quod dolo malo patris vel domini factū est, quominus esset in peculio, perinde haberi debet ac si esset. At posterior non item, quia actionum bonæ fidei singulare ius est vt earum potestate dolus vindicetur, nec minùs actiones doli quàm exceptiones ipso iure bonæ fidei iudiciis insint, propter illa verba *ex bona fide*, quæ in iudiciorum bonæ fidei formula semper addebantur *l. sed si ideò 21. sol. matrim. l. huiusmodi 84. §. qui seruum de legat. 1.* adeóque quod magis est, ipsæ etiam condictiones *l. vlt. in princ. &* §. 1. vbi dixi *sup. de condict. ob turp. vel iniust. caus.* In strictis iudiciis qualis est actio de peculio aliud est tum quoque cùm ex bonæ fidei contractu venit, quia non tam ex quo contractu agatur inspiciendum est quàm qua actione. Etsi non nego extra casum hunc actionis de peculio perrarò posse contingere vt ex bonæ fidei contractu detur actio quæ sit stricti iuris, si eum quoque casum excipias quo ex bonæ fidei contractu aliquo nascatur condictio vt in *d. l. vl. de condict. ob turp. caus.* cùm omnes condictiones sint stricti iuris.

DEC. Bonam fidem quæ non tam stricto iuri quã dolo opponitur in omnibus contractibus etiam qui sunt stricti iuris considerari æquum est, inquit, *l. bonam fidem 4. C. de obligat. & action.* Sed tamen maximè in bonæ fidei contractibus, in quib. illa etiam bona fides quæ nihil nisi æquitatem significat, exuberare potissimùm debet. *l. bona fides 31. infr. depos. l. bona fides 50. & l. ex empto 11. §. vlt. infr. de action. empt.* Quid enim tam contrarium est æquitati & bonæ fidei quã dolus? Ergo cùm ex contractu bonæ fidei actio de peculio venit, licèt ea sit stricti iuris, dolum tamen per eam vindicari æquum est, nec tantùm filij aut serui, sed etiam patris & domini, licèt cum iis contractum non sit *d. l. 1. §. filiumfamilas 42. infr. depos.* Non quidem æquitate & potestate iudicij, quæ in hanc rem nulla esse potest, nec in aliud quidpiam nisi pro fructibus post litem contestatam perceptis ex ea re quæ aliquando fuerit actoris *l. videamus 38. §. si actionem inf. de vsur.* Sed vi & potestate clausulæ quę in actione illa siue generali de peculio siue specialiore de in rem verso adiici debet, *& siquid dolo malo patris dominive captus fraudatúsque actor est*, vt actio quoque de dolo quæ alioqui seperatim & proprio iudicio instituenda esset, actioni strictæ insit, quomodo in ciusmodi actionum formulis inseritur etiam clausula exceptionis doli, quæ alioqui non inesset §. *sed & in stricti iuris iudiciis Instit. de action. l. 2. §. circa, & pass. de doli mali except.* vt & in iudiciis arbitrarius *l. sumptus 48. de rei vindicat. leg. Papinianus 14. supr. de Public. in rem act.* Idque est quod Vlpianus hîc scribit *non solùm de peculio & de in rem verso actio competit, verùm hanc quoque habet adiectionem*, vt intelligamus non noua & alia actione quàm ex contractu bonæ fidei de peculio vel de in rem verso hoc fieri, sed eadem ipsa actione habente tamen adiectionem supradictam, quæ in actione de peculio vel de in rem verso ex contractu stricti iuris competente non apponeretur. Alioqui nulla esset inter contractus bonæ fidei & stricti iuris differentia, quod tamen hæc lex negat. Est enim hęc actio quodammodo mixta ex actione bonæ fidei & stricta: ideóque mixtam quandam naturam habet, quam non habet actio de peculio vel de in rem verso, quæ nascitur ex contractu stricto. Tota enim stricta est. Iunge *d. l. 1. §. filiumfamilias 42. infr. depositi. l. & ideò 7. §. idem ait infr. de in rem vers.* & quæ ibi dicemus.

a *Nam si habeat res, nec restituere sit paratus.* RATIO DVB. Res in dotem datæ filio, & quas pater penes se habet, peculiares non sunt, cùm sint dotales. Ergo vel actione de peculio repeti non possunt tanquam nihil habentes commune cum peculio, sed potiùs iudicio de dote, vel si patrem eo quoque nomine teneri æquum est, quod res dotales non restituat, quarum restituendarum habet facultatem quasi hoc ipso faciat dolo malo, vt scriptum est in fine legis. Cur condemnatur duntaxat quanti ea res est, non etiam quanti mulier in litem iurauerit, ne alioqui iusto precio cogatur illa res suas vendere *l. si filiofamilias 25. §. maritum infr. solut. matr.*

DEC. Iudicium de dote aut quod idem est, rei vxoriæ, quod bonæ fidei est, & in quo propter eam causam iurari potest in litem, quoties competit iure dominij ex regula *l. in actionibus 5. supr. de in lit. iur.* non potest locum habere nisi contra maritum aut mariti heredem *l. dotis actione 9. C. solut. matrim. & pass. ill. tit. infr.* Atqui pater neque maritus neque mariti heres est. Non potest igitur conueniri iudicio de dote: sed tantùm de peculio vel de in rem verso, siquid in rem ipsius præterea versum sit *d. l. si cùm dotem 22. §. transgrediamur infr. eod. ill. tit.* Atqui actiones istæ de peculio & de in rem verso sunt stricti iuris, in quibus proinde nunquam iurari in litem potest extra casum *d. l. in actionibus §. planè l. aliàs 6. de in lit. iur.* Sufficit ergo vt condemnetur pater *quanti ea res est*, id est, quanti actoris interest. Quæ & actionis de dolo natura & condemnatio est *l. arbitrio 18. in princip. &* §. 1. iunctis iis quæ ad eum locum aduersus Tribonianum scripsimus *supr. de dolo.* Et quidem propter adiectam à Prætore in actione de peculio doli clausulam: quia dolo facere videtur pater vel dominus, qui cùm habeat facultatem restituendi, non vult tamen restituere. Multò magis si dolo fecerit quominus possit restituere, *d. §. maritum & l. qui restituere 68. supr. de rei vindic. l. 1. §. vlt. infr. depos.* Est autem hoc ius primum in contractu pignoris inductum, vt re pignori data seruo, non solùm de peculio & de in rem verso dominus teneatur, verùm hanc quoque adiectionem habeat actio de peculio, *& si quid dolo malo domini captus fraudatúsq; actor est.* Sed quod in hoc cõtractu qui bonæ fidei est constitutum fuit, ad alios quoq; bonæ fidei contractus debet porrigi in quib. nec alia siue dubitandi siue decidendi ratio est. Etsi verò ex contractu pignoris nascitur actio pignoratitia, quæ bonæ fidei est. Attamen contra patrem vel dominum ex contractu filijfamilias vel serui, non simplex actio pignoratitia competit, sed cum adiectione illa *de peculio* vel *de in rem verso*, quæ strictam facit actionem, quam alioquin bonæ fidei esse non ambigeretur. Idémque in actione depositi aut commodati de peculio & aliis actionibus bonæ fidei, quæ contra patrem vel dominum nonnisi de peculio dantur, iuris est, *l. 3. §. si filiofamilias supr. commod. d. l. 1. §. filiumfamilias infr. depos.*

37. IVLIANVS libro 12. Digestorum.

SI creditor filij tui hæredem te instituerit, & tu hæreditatem eius vendideris: illa parte stipulationis, *Quanta pecunia ex hereditate ad te peruenerit*, teneberis de peculio.

1 § Si

Ad l. Si creditor 37.

RAT. DVB. Cùm dominus serui à creditore peculiari institutus hereditatem ipsius adiit, certum est aditione cõfusam esse obligationem, qua pater creditori tenebatur, & ea confusione extinctam quoq; actionem de peculio, cùm iura creditoris & debitoris in eandem personam confluxerint, nec sui ipsius debitor quisquam aut creditor dici possit *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. aditio infr. de solut. l. heres à debitore 21. l. debitori 50. de fideiuss. l. debitori 7. C. de pact.* etsi autem idem heres institutus eam hereditatem alij posteà vendiderit, non idcirco tamen conueniri magis dominus potest, non solùm quia semel extincta obligatio nunquam reuiuiscit *l. qui res 98. §. aream de solut.* sed etiam quia eadem confusionis retinendæ ratio semper durat, cùm heres qui hereditatem vendidit non eo minùs heres remaneat, ideoque & creditoribus hereditariis perinde atque anteà teneatur *l. 2. C. de hered. vel act. vendit.* quisquis enim semel heres fuit, semper heres perseuerat *l. Iait Prætor 7. §. sed quod Papinianus supr. de minor. l. ei qui soluendo 88. de hered. inst. l. ex facto 43. §. vlt. de vulg. & pupill. substit.* extra casum illum *d. §. vlt.* si heres post aditionem in seruitutem reductus sit, aut si testamentum per inofficiosi querelã rescissum sit *l. in substitutione 31. eo. ill. tit. de vulg. & pupi. substit. l. circa 19. de inoff. testam.* atqui emptor hereditatis non plus iuris in hereditate, aut ex causa hereditatis habere potest quàm habuerit venditor ipse vẽditionis tempore, cùm per emptionem hereditatis nihil aliud sibi acquirat, quàm vt loco heredis esse videatur *l. 2. in pri. & §. cum quis infr. de hered. vel act. vẽd.* ergo non magis permittendum est emptori, vt ob id quod ex contractu serui dominus creditori debuit, agat contra venditorem, quàm vt venditor agat cõtra seipsum. DEC. In venditione hereditatis solet interponi ex parte emptoris stipulatio illa *quanta pecunia ex hereditate ad te peruenerit*, quæ ideò dicebatur stipulatio emptæ & venditæ hereditatis, ex qua stipulatione tenetur venditor, vt quicquid ad se peruenerit ex hereditate restituat emptori: peruenisse autem intelligitur id omne per quod in effectu per hereditatem factus ille sit opulentior *d. l. 2. §. peruenisse & pass. eâdem lege*, atqui non potest negari quin dominus serui idémq; debitor creditoris peculiarij factus sit locupletior ex creditoris sui hereditate, cùm ea ratione liberatus sit ab actione de peculio, qua tenebatur defuncto, & quolibet alio herede existẽte, mansisset obligatus. Fit enim locupletior quisquis à creditore liberatur *l. si pupilli 66. in fin. de solut.* ergo ex supradicta stipulatione cogendus est præstare emptori, quãtum actione de peculio aut de in rem verso præstitisset, alij cuilibet creditoris sui heredi, non obstante confusione, quæ per hereditatis aditionem facta est, quasi non tam in sui quàm in alterius cuiuslibet heredis locum emptorem substituerit *d. §. cùm quis*, nec necesse est vt actio de peculio, vel de in rem verso, quę per confusionem intercidit, per venditionem ressuscitetur: & ita intelligi debet quod hîc Iulianus scribit *teneberis de peculio*, non vt venditor conueniatur ab emptore actione de peculio, sed vt ex supradicta stipulatione teneatur præstare quicquid de peculio filij seruíve, aut in rem versum inueniatur, vt scriptum est in *d. l. 2. §. illud quæsitum est de hered. vel act. vendit.* at præterea nihil, id est, non solidum quod seruus filiúsve familias debuit, quia nec de solido conueniri pater aut dominus potuisset, sed de peculio duntaxat.

1 ¶ Si seruo tuo permiseris vicarium emere aureis octo, ille decem emerit, & tibi scripserit se octo emisse, túq; ei permiseris eos octo ex tua pecunia soluere, & is decem soluerit: hoc nomine duos aureos tãtùm vindicabis: sed hi venditori præstabuntur duntaxat de peculio serui.

Ad l. Sed si seruo tuo.

RAT. DVB. Sicuti causa emptionis indiuidua est *l. cùm ex causa 139. de verbor. oblig.* quia neque emptor fuerat partem empturus, neque venditor partem venditurus *l. tutor vrgentibus 47. §. 1. supr. de minor. l. si quis aliam 46. infr. de solut.* ita & obligatio precij, quoniam precium omne in pecunia numerata consistere necesse est *§. precium institut. de empt. & vendition.* aut in qua alia re quæ sit vice pecuniæ numeratæ, vt in *l. 1. C. de rer. permut.* quamquam contractus ille non tam emptionis contractus est, quàm emptioni similis, nisi precium fuerit certum & taxatum, precium autem quod in pecunia siue numerata, siue numeranda consistit, non potest nisi indiuiduum esse, cũ numerus omnis vltima eáque indiuidua vnitate concludatur, ex eáque formam, & denominationem suam accipiat: ergo si seruo tuo permiseris vicarium emere aureis octo, ille verò decem emerit, & tibi scripserit se octo emisse, tuque ei permiseris eos octo aureos ex pecunia tua soluere, & is decem soluerit, dicendum est totam illam venditionem, & pro toto precio factam ex voluntate tua fuisse, vel non fuisse, si ex tua voluntate, nullã ergo te vindicationẽ habere duorũ aureorũ quos seruus citra permissionẽ tuã soluit, si nõ ex tua volũtate posse te igitur nõ tãtũ duos illos aureos, sed cum illis etiam octo alios vindicare. Denique cùm sit vnicum precium vnius venditionis, non potest diuerso iure censeri, vt pars vna vindicari possit, alia non possit *arg. l. eum qui ædes 23. infr. de vsucap.* Præsertim cùm dominium vicarij à seruo empti, non pro parte, sed in solidum acquisitum sit domino, cui nec pro parte acquiri potuit, pecuniæ autem quæ pro precio datur, dominium in venditorem ab emptore transferri debeat *l. ex empto 11. §. 1. de action. empt.* & quidem in solidum *l. Iulianus 13. §. offerri eod. l. quod vendidi 19. infr. de contr. empt.*

DEC. Non habet seruus potestatem alienandi res domini, ne quidem peculiares, nisi liberam habeat peculij administrationem *l. si conuenerit 18. §. vlt. sup. de pig. act.* Cęterarũ verò rerũ nullo modo nisi quatenus facit ex voluntate domini, nec si liberam peculij administrationem habeat, idque ex generali iuris regula, quæ non patitur id quod nostrum est sine facto nostro in alium transferri *l. id quod nostrum 11. de regul. reg.* Itémq; ex speciali illa quę meliorẽ quidẽ condicionẽ nostram per seruos aut filios sam. no-

BIU Cujas

stros fieri posse vult, at nō etiam deteriorem *l. melior 133. eod.* ergo si dominus permiserit seruo, vt vicarium sibi emeret, emptúmque solueret ex pecunia domini ad octo vsque aureos duntaxat, ille verò non solùm ignorante, sed etiam inuito domino decem soluerit, non potest fieri, vt duorum illorum aureorum quos vltra octo soluit dominium transtulerit in venditorem, cùm nemo plus iuris in alium transferre possit quàm ipse habeat *l. nemo plus iuris 54. eod.* neque verò debuit seruus siue in emendo seruo, siue in soluendo precio, id precium egredi quod mandato & permissione domini continebatur *l. ita vt omnes 36. §. 1. iunct. l. diligenter 5. infr. mandat.* cùm igitur dominium illorum duorum aureorum manserit penes dominū dubitari non potest quin habeat eorum vindicationem quos potest suos dicere *l. in rem 23. supr. de rei vindic. l. Quintus 27. §. argento infr. de aur. & argent. legat.* At quantum ad alios octo aureos pertinet qui volentè & expressim permittente domino ex eius pecunia soluti sunt, quia dominium eorum translatum est in venditorem, vindicatio eorum competere nulla potest, sed neque condictio, cùm soluti fuerint ex iusta causa, nec venditorem & re & precio carere æquum sit *d. l. ex empto 11. §. qui autem l. bonæ fides 50. de action. empt.* præsertim venditore non conquerente quod à seruo deceptus fuerit, si pro eo quod ad integri precij solutionem deest, malit esse contentus actione de peculio, quàm ipsi competere dubitandum non est, quia & seruus ipse, si conueniri posset vtique ex ea causa insolidum teneretur: ita ergo fiet, vt si nihil, aut minùs sit in peculio, moretur venditor in damno, cùm pro decem aureis quibus seruum vendidit, non nisi octo sit habiturus, quod apertè iniquum sanè fuerit, ideóque hoc casu ratio facit, & æquitas dictat, vt dominus si duos illos aureos vindicet, nec vicariū quem penes se habet restituat, doli mali exceptione repellendus sit, si modò venditor sit paratus recepto vicario, illos octo aureos, quos ex pecunia serui accepit, ei reddere, vt ita in pristinum statum reponantur, & sine cuiusquam iniuria ab emptione discedatur, vt in *l. ab emptione 58. supr. de pact. l. si dotalis 58. infr. à solut. matr. l. ex his 8. in fin. quæ in fraud. credit.* & hoc videtur mihi ad Iuliani sententiam addendum esse, si ponas nolle venditorem stare venditioni, quin ei plenissimè satisfiat de precio, viuente adhuc apud seruum aut dominum vicario, qui reddi adhuc possit: quamuis non ignorem dici posse imputandum esse ei qui cum seruo contraxit, cur cum eo contraxerit quem sciebat nō posse obligari ciuiliter, neque ex eius contractu aliam habere actionem quàm de peculio: cæterum ponendum est hunc vicarium non nisi octo aureis dignū fuisse, alioqui essent duo reliqui aurei versi in rem domini qui proinde eorum nomine non tantùm de peculio, sed etiam de in rem verso conueniri posset, multoque magis repelli exceptione doli, si duos illos aureos vindicaret.

2 ¶ Seruum communem, quem cum Titio, aut cum Sempronio habebam, Titio vendidi, antequàm eius nomine ageretur mecum de peculio, quæsitum est: si de peculio cum Titio, aut cum Sempronio ageretur: an eius peculii, quod apud me esset, ratio haberi deberet. dixi, si cum Sempronio ageretur, numquam rationem eius peculij, quod apud me esset, haberi debere: quia is nullam aduersus me actionem haberet, per quam id, quod præstitisset, consequi posset. Sed & si cum Titio post annum, quàm vendidissem, ageretur: similiter non esse computandum peculium, quod apud me est: quia iam mecum agi de peculio non posset. Sin autem intra annum ageretur, tunc quoque habendam huius peculij rationem: postquàm placuit, alienato homine, permittendum creditori, & cum venditore, & cum emptore agere.

Ad §. 2. Seruum.

RAT. DVB. Actio de peculio communis serui nomine insolidum competit contra vnumquemq; ex dominis, ne in plures aduersarios distringatur creditor, qui cum vno seruo contraxerit *l. & ancillarum 27. §. vlt. supr.* videtur enim creditor vniuersum serui peculium vbicunque esset intuitus esse tanquā proprium ipsius patrimonium *l. hinc quæritur 19. §. 1. l. si ex duobus 32. in fine principij supr.* ergo si seruum communem quem cum Titio & Sempronio habebam [sic enim legendum esse puto & pro *aut*] Titio vendiderim antequam eius nomine ageretur mecum de peculio, & quæratur an agente creditore de peculio contra Titium aut Sempronium eius quoque peculij ratio haberi debeat quod apud me est, non debet adhiberi distinctio, an cum Titio agatur, an cum Sempronio, sed tantummodò, an intra annum an post annum, vt si intra annum mei quoque peculij rationem haberi oporteat, non etiam si post annum.

DEC. Plures quidem domini conueniri de peculio in solidum possunt, & quidem ita vt vno insolidū conuento etiam peculij quod apud alios est ratio habenda sit, sed ita tamen vt quod vnus ex iis pro aliis præstiterit, possit ab iis repetere iudicio societatis aut communi diuidundo *d. l. & ancillarum §. vlt.* proinde si qua ratio sit propter quam is qui conuenitur, nullam à sociis repetitionem habere possit, non est æquum vt in eo condemnando, eius quoque peculij quod apud aliòs sit ratio aliqua habeatur, ne dāno afficiatur is qui in solidum conuentus est si ex aliorum quoque persona præstare aliquid cogeretur, atqui postquàm Titio seruum vendidi si Sempronius de peculio conueniatur in solidum, & pro eo quoq; peculio quod apud me est, nullam contra me siue pro socio siue communi diuidundo actionem habere posset, cum quo seruus ei communis ampliùs nō esset, sed cum solo Titio: non enim dantur illę actiones nisi inter socios & condiuisores: ergo in actione illa de peculio, eius tantùm peculij ratio habenda erit quod apud Titium & Sempronium inueniatur, non etiam quod apud me qui partem in eo seruo habere

BIU Cujas

bere desij: quamuis enim creditoris indemnitati cõsulendum sit quantum fieri potest, ne in plures aduersarios distringatur qui cum vno contraxerit, vt diximus, id tamen ita temperandum est vt in damno non maneat is qui pro aliis conuenitur *l. quare 28. sup.* atsi cum Titio agatur de peculio, subdistinguẽdum necessariò est an intra annũ agatur, an post annum: hoc enim posteriore casu nec mei peculij ratio habenda debet, quia iam mecum agi de peculio non potest, neque à Titio cui vendidi, neque à creditore, cùm actio de peculio, quæ contra venditorem datur ex edicto sit annalis, nec rursus posset Titius contra me vllam habere repetitionem cùm non magis socius aut condiuisor meus sit quàm Sempronius, sed si intra annum agatur cum Titio de peculio aliud probandum est, quia potest hoc casu Titius habere contra me repetitionẽ eadem proposita actione de peculio, postquàm placuit alienato seruo permittendum esse creditori, & cum venditore agere & cum emptore *d. l. si ex duobus 32. §. pen. & l. si noxali 11. §. penu. supr.* dum ne eodem tempore, & diuisa actione *l. quoties 47. §. si creditor inf.* si [Proculianos sequi malumus quàm Sabinianos qui contra putarunt *l. & ancillarum 27. §. illud quoque supr.*] nec minùs si creditor ipse seruum emerit, quàm si alius quilibet, vt in *d. l. si noxali §. pen.* in proposito autem Titius cui vendidi fit meus creditor, & quidem peculiaris, cùm à creditore alio conuentus præstare cogitur ei, quantum in peculio est, etiã peculio quod apud me est, computato: nec quicquam vetat quominùs contra me agat de peculio Titius, qui iam socius meus non est, quamuis socij quandiu socij sunt inter se agere de peculio non possint, *l. nam inter se 20. supr.* nec in eo vlla mihi fit iniuria, cùm quantum Titius sibi à me vult præstari, tãtumdẽ creditori præstare cogerer, si ille me, quod pro suo iure facere intra annum posset de peculio conueniret, scio tamen virum doctissimum Iacobũ Cuiacium *lib. 24. obseru. cap. 8.* locum hunc emendare deletis verbis illis *cum Titio aut*, & ita legere *cõmunem quem cum Sempronio habebam*, nec insubtiliter, vt de peculio actum sit cum Titio non tanquam cum socio, vt nostra interpretatio supponit, sed tanquam cum emptore, habeátque ille repetitionem contra me tanquam emptor, non tanquam socius, mihique videtur emendatio hæc expeditior quàm nostra quę pro *aut* reponit &, vulgata certè lectio defendi nullo modo potest, Cuiacij ergo emendatio & interpretatio omnino probanda est, nos iis etiam satisfacere voluimus quantum potuimus qui receptæ lectionis assertores religiosiores sunt, ad superstitionẽ vsque.

3 ¶ Si actum sit de peculio cum eo, qui vsumfructum in seruo habet: & minùs consecutus sit creditor: non est iniquum, vt ex vniuerso eius peculio, siue apud fructuarium, siue apud proprietarium erit, rem consequatur.

Ad §. 3. Si actum sit.

RAT. DVB. Non alia ratio est proprietarij & fructuarij quàm plurium proprietariorum, aut fructuariorum apud quos singulos sit pars aliqua peculij, quia omnes de peculio tenentur, si quidem is qui cum seruo contrahit, vniuersum eius peculium tanquam proprium ipsi⁹ patrimonium intuitus esse videtur vbicumque peculium illud sit, & vndecunq;, vttoties diximus ex *l. hinc quæritur 19. §. 1. l. & ancillarũ 27. §. vlt. l. si ex duobus 32. supr. hoc tit.* atqui quoties plures sunt proprietarij vel fructuarij, vel etiam bonæ fidei possessores, ius ita est vt conuento vno in solidũ, cæteri omnes ipso iure liberentur *d. l. si ex duobus*, vbi scripsimus *supr.* ergo idem quoque in proprietario & fructuario dicendum est, vt si actum sit de peculio, cum eo qui vsumfructum in seruo habet, & minùs consecutus sit creditor, quàm ei debeatur, non possit pro residuo redire ad proprietarium tanquam ipso iure liberatum. DEC. Summa equidem & stricta iuris ratio ita facit, sed æquitas aliud dictat, vt nõ tam intẽtione quàm perceptione liberentur ij apud quos peculium est, quemadmodum scriptum est, & nos explicauimus in *d. l. si ex pluribus*, idque est quod Iulianus hîc scribit *non esse iniquum*, vt ex vniuerso serui peculio, siue apud fructuarium, siue apud proprietarium erit creditor suum consequatur, dixit *non esse iniquum* pro eo quod Vlpianus dixit in *d. l. si ex duobus*, æquitatem hoc dictare, vt intelligas Iulianum non minùs æqui & boni quàm stricti iuris peritissimum fuisse, nec minùs quàm Vlpianum in proposita specie animaduertisse quantum à summo iure distaret æquitas, quam tamen præferri oporteret, quamuis Vlpianus eo loco Iuliani sententiam sic referat quasi iuris summam duntaxat rationem viderit: æquitatis autem nullam penitus rationem habuerit: obseruãdum autem est cùm seruus habet duplicis iuris peculium, vnum quod proprietarium respiciat, alterũ quod fructuarium, non esse in electione creditoris vtrum priorem conueniat de peculio, sed eum priorem conuenire debere ad cuius peculium causa debiti respicit, posteà verò, & duntaxat in subsidium conueniendum esse illum ad cuius peculium non respicit debitum *d. l. hinc quæritur §. 1. vers.* certè illud admittendum, vbi scripsimus, & ad *l. 2. supr. hoc tit.* & ita hic quoque locus intelligi debet, vt postquàm creditor egerit cũ fructuario de re ad solius fructuarij peculium respiciente, si tamen minùs consecutus fuerit, de residuo possit agere etiam contra proprietarium, quamuis debitum illud nihil commune haberet cum proprietario, iunge *§. vlt. d. l. hinc quæritur suprà.*

4 ¶ Nihil interest, operas suas conduxerit seruus à fructuario, an pecuniam mutuam ab eo acceperit. dari itaque debebit actio ei aduersus dominum proprietatis deducto eo quod seruus, peculij nomine, apud fructuarium habet.

Ad §. vlt. Nihil interest.

RAT. DVB. Operæ in rerum natura non sunt *l. operæ 9. infr. de oper. libert.* opera namque in actu consistit, nec antè in rerum natura est quàm dies venerit, quo præstanda est *l. 1. supr. de oper. seruor.* non priùs autem dies venisse intelligitur, quàm præterierit, *l. 3. l. si quis 13. §. iudicium de operibus libert.* vbi autem dies præteriit, iam alterius diei, ac proinde aliæ operæ sunt quemadmodum si alij præstarentur *l. quia aliæ 12. eod.* ergo si seruus fructuarius operas suas à fructuario conduxerit, non perinde haberi debet ac si

BIU Cujas

mutuam pecuniam à fructuario accepisset, vt possit similiter agere de peculio cõtra dominũ proprietatis, quomodo posset si mutuã seruo pecuniã dedisset.

Dec. Operę cùm debentur, quia non possunt peti nisi præteritæ, nec rursus præteritæ præstari, quia iam aliæ sunt, consequens omnino est vt earum æstimationem solam peti præstarique necesse sit, vnde est quod dici solet perinde operas à libertis ac pecuniam creditam peti *l. à duobus 4. eod. tit. de oper. libert.* ergo & quod ad actionem de peculio attinet, non minùs dabitur illa contra proprietariũ pro operis quas conduxerit seruus à fructuario, quàm si fructuarius pecuniam ei credidisset, deducto scilicet eo quod seruus peculij nomine apud fructuariũ habet, vt in *l. sed si duo 15. in fin. l. & ancillarum 27. §. inventorem supr.* operas enim debet seruus fructuario, ideóque nec eas locare ipsi potest *l. sed & si quid 25. §. idem Iulianus* aliàs *l. si seruo supr. de vsufr.* si ergo eas conduxerit à fructuario perinde fit debitor fructuarij ac pecuniæ creditæ.

38. Africanvs libro 8. Quæstionum.

DEposui apud filiumfamilias decem, & ago depositi de peculio. quamuis nihil patri filius debeat, & hæc decem teneat; nihilo magis tamen patrem damnandum existimauit, si nullum prętereà peculium sit. hanc enim pecuniam, cùm mea maneat, non esse peculij. denique quolibet alio agente de peculio, minimè dubitandum ait, computari non oportere, itaque ad exhibendum agere me, & exhibitam vindicare debere.

Ad l. Deposui 38.

Rat. dvb. Etiam depositi nomine quod penes filiumfamilias, vel seruum est, depositi actio in patrẽ vel dominum datur *l. depositi 5. supr. l. 3. §. si filiofamilias supr. commod. l. 1. §. filiumfamilias infr. deposit.* præsertim si nihil patri vel domino debeatur, quod ex peculio deduci possit, & debeat, atqui cùm deposui penes filiumfamilias decem, & nihil patri filius debet certũ esse, videtur saltem ea decem quæ deposui & quæ filius tenet esse in peculio, ergo possum pro his decem agere de peculio contra patrem. Dec. Ex depositi titulo non trãsfertur dominium, at ne quidem possessio, quamuis re & traditione contrahatur, quia non id agitur inter deponentem & depositarium *l.* licèt *17. §. 1. infr. depos.* vt euenit etiam in commodato *l. rei commodatæ 8. & seq. supr. commod.* atqui nihil fieri potest peculij quod non alienetur, & cuius dominiũ in patrẽ vel dominum non transferatur: peculium enim licèt filio vel seruo detur à patre vel domino, magis tamen patris vel domini est, imò solius patris aut domini quantum ad proprietatem. Ergo si decẽ hæc adhuc extent, nec consumpta probentur de peculio agi eo nomine contra patrem non potest si aliud prætereà nullum peculium sit: aliquod enim peculium esse oportet, saltem condemnationis tempore, vt pater vel dominus de peculio condemnari possit *l. quæsitum 30. sup. hoc tit.* proinde si aliquod peculium prætereà sit, rectè pater in proposita specie de peculio & conuenietur & condemnabitur, non quasi eo magis hæc decem fiant peculij, sed quia etiam depositi nomine quod alienatum sit & adhuc extet, perinde agi depositi de peculio potest atque si res deposita in peculium cõuersa fuisset, dummodo aliquod vel minimum peculium sit ad quod referri possit condemnatio, ideóque nimirum ponit Africanus decem ista extare, & à filiofamilias, vel à patre adhuc teneri, quia si consumpta essent, sicuti mea manere non possent, quandoquidem consumptio, licèt non sit modus acquirendi aut transferendi dominij: modus tamen est amittendi, vt sæpius docuimus, ita & fierent proculdubio peculij, ob idq; nec quicquam esset quod impediret, quominùs possem contra patrem agere de peculio, esséque pater mihi dãnand⁹ si modò nihil patri fili⁹ deberet, aut minùs deberet quã decẽ, tametsi prætereà nullũ peculiũ esset, quia & cũ extant nõ alia de causa deficit actio de peculio, quàm quia deficit peculiũ: hanc verò pecuniam quandiu extat & mea manet, non fieri peculij probat Africanus hoc argumento, quod si alius quilibet ageret de peculio contra patrem, siue aliud prætereà esset peculium, siue nullum, hæc decem quę apud filiumfamilias deposuissem, & mea manerent, peculio non computarentur, neque ad inducẽdam actionem de peculio, quæ sine peculio aliquo, vt diximus, esse non potest, siue ad augendam peculij quantitatem, quia verè diceret pater esse mihi restituenda tãquam mea nec vnquam facta peculij: ergo & nemine alio agente non actione de peculio ea petere debeo, sed per actionem ad exhibendum vt mihi exhibeantur, & exhibita per me vindicentur, vt & in *l. penult. infr. deposit.* dabitur autem mihi actio hæc, ad exhibendum contra eum qui hæc decem teneat, siue pater sit, siue filius, quia filiusfamilias quoque conueniri ex omni causa potest *l. filiusfamilias 39. infr. de oblig. & actione*, ad exhibendum tenetur quisquis rem tenet, ita vt eius exhibendæ habeat facultatem etiamsi naturaliter tantum incumbat possessioni *l. 3. §. vlt. & l. seq. supr. ad exhib.* quamuis filiusfamilias neque retinere, neque recuperare, neque adipisci possessionem rei peculiaris videatur, sed pater *l. filiusfamilias 93. de reg. iur.* idcirco tenendi verbo vsus est Africanus non possidẽdi, vt realem & actualem, nõ veram & ciuilem possessionem significaret, quam nec exigit rei vindicatio, quomodo eam exigit interdictũ vti possidetis *l. officium 9. supr. de rei vind.*

1 ¶ Si nuptura filiofamilias, dotis nomine certam pecuniam promiserit: & diuortio facto agat de dote cum patre: vtrúmne tota promissione, an deducto eo, quod patri filius debeat, liberari eam oporteret? respondit, tota promissione eam liberandam esse. cùm certè, etsi ex promissione cum ea ageretur, exceptione dolimali tueri se posset.

Ad §.

Ad § 1. Si nuptura.

RAT. DVB. Certum est patrem pro ea dote quæ filiofamilias data vel promissa est à muliere, non teneri iudicio de dote soluto matrimonio nisi de peculio *l. si cùm dotem 22. §. transgrediamur infr. solut. matrim. l. in bonæ fidei 36. supr. hoc titul.* In actione autem de peculio deducendum esse ante omnia id, quod patri debetur, vel ex ipsa peculij diffinitione *l. depositi 5. §. vltim. supr.* Nec priuilegium vllum posse præponi patri cùm ex persona filij de peculio conuenitur *l. ex facto 52. infr.* Proinde ne quidem dotis, siue quòd pater præueniſſe, & cum filio suo prior egisse videatur *l. sed si damnum 9. §. peculium supr.* Siue quòd non sit verisimile patrem filio concedere, id in peculio habere quod sibi debetur §. *præterea eiusdem legis.* Ergo si nuptura filiofamilias dotis nomine certam pecuniam ei promiserit, siue præsente siue absente patre, & diuortio facto agat illa cum patre de dote, id est, dotis actione de peculio, licèt non ad aliud teneatur pater, nec ipse quoque filiusfamilias, nisi vt mulierem promissione sua liberet *l. nupta 30. §. 1. infr. solut. matrim.* Cùm tamen ad hoc ipsum teneatur iudicio de peculio, dicendum videtur non tota promissione liberari eam debere à patre, sed deducto eo, quod ipsi patri debeatur.

DEC. Si ex ea promissione mulier soluto matrimonio à patre conueniretur, vtique posset se doli mali exceptione tueri, non tantùm pro ea quantitate quæ supereſſet deducto eo quod patri à filiofamilias deberetur, sed in totum, quia æquum non esset vllam dotis partem præstari à muliere, quæ iam à marito diuertisset: quamuis enim ex iusta causa ab initio facta esset promissio, soluto tamen matrimonio rediit ad non causam, vt in *l. 1. §. vltim. supr. de condict. sin. caus.* incipitque maritus eiusque pater dolo malo facere si ex ea promissione agere perseueret, quæ res doli mali exceptionem inducit *l. 2. §. circa infr. de doli mal. except.* Ergo nec si agat mulier actione rei vxoriæ de peculio contra patrem, deducendum est, quod à filio debetur patri, sed tota promissione liberanda est, vt ne quidem pro ea quantitate quam filius patri debet, maneat illa obligata possitque conueniri ex sua promissione. Est ergo hic casus valde singularis, in quo pater conuentus actione de peculio non deducit quod sibi debetur. Et ratio specialitatis est, quia quod hoc casu per actionem de peculio petitur tale est, vt nulla ex parte imminuat peculij quantitatem, quæ apud patrem est, sed impedit duntaxat ne quantitas illa augeatur, quæ nec nisi valde iniquè ex damno & iactura mulieris augeri posset, nihil nisi meram, sed integram liberationem petentis.

2 ¶ Stichus habet in peculio Pamphilum, qui est decem. idem Pamphilus debet domino quinque. si agatur de peculio, Stichi nomine: placebat, æstimari debere pretium Pamphili, & quidem totum, non deducto eo quod domino Pamphilus debet. neminem enim posse intelligi ipsum in suo peculio esse. hoc ergo casu damnum dominum passurum: vt pateretur, si cuilibet alij seruorum suorum peculium non habenti credidisset. idque ita se habere euidentiùs appariturum ait[a], si Sticho peculium legatum esse proponatur. qui certè, si ex testamento agat, cogendus non est eius, quod vicarius suus debet aliter, quàm ex peculio ipsius, deductionem pati. alioquin futurum, vt, si tantundem vicarius domino debeat, ipse nihil in peculio habere intellegatur. quod certè est absurdum.

Ad §. 2. Stichus.

RAT. DVB. Quod vicarius ordinarij debet domino ex peculio deducendum est, perinde atque quod ordinarius eidem domino debet, quia nec peculium vllum intelligitur nisi deducto omni eo quod domino debetur, vt proximè diximus ex ipsa diffinitione peculij *l. 5. §. vltim. l. sed si damnum 9. §. peculium & §. præterea supr. hoc titul.* Ne alioqui damnum patiatur dominus, cuius causa cæteris omnibus fauorabilior est, in priuilegio illo quod habet deductionis *l. ex facto 52. infr. l. 5. §. sed est quæsitum supr. de tribut. action.* Atqui cùm agitur de peculio contra dominum Stichi nomine, qui habebat in peculio Pamphilum dignum decem, eundemque debitorem domini in quinque si in ea actione æstimetur & computetur precium Pamphili totum non deducto eo quod Pamphilus domino debet, eueniet sanè, vt dominus damnum patiatur, & amittat quinque illa quæ sibi à Pamphilo debentur, quem ponimus aliud peculium nullum habere ex quo ea quinque deduci possint. Hoc verò absurdum videtur, cùm in actione de peculio maior semper habenda sit ratio domini, quàm alterius cuiuslibet quisquis ille sit, vt si quem in damno morari omnino necesse sit, alterius quàm domini periculum damnumque esse oporteat. Ergo dicendum videtur in proposita specie, cùm Stichi nomine de peculio agitur contra dominum æstimationem quidem ineundam esse Pamphili, vt ex ea peculium Stichi constituatur, sed tamen deductis quinque illis quæ Pamphilus domino debet, ne alioquin eueniat, vt eorum quinque iacturam dominus incurrat.

DEC. Cùm serui ordinarij vicarius aliquid domino debet deducendum quidem est, etiam id quod à vicario debetur domino, sed ex peculio vicarij tantùm non etiam ex peculio ordinarij, ne confundantur peculia serui ordinarij & vicariorum, quorum ratio distincta & separata propter creditores esse debet *l. si seruus meus 17.* vbi diximus *supr.* Atqui non potest videri Pamphilus, vt nec alius quisquam in suo esse peculio, quia peculium quodlibet necesse est distinctum esse à persona eius qui

BIU Cujas

habet peculium, vt idem Africanus noster subtilissimè suo more disputat in *l. Stichus 16. in fin. de pecul. legat.* Ergo nihil hoc casu deducere potest dominus ex Pamphili æstimatione, cùm Stichus ipse nihil debeat domino, qui ex Stichi non ex Pamphili persona conuenitur. Quomodo enim conueniretur de peculio ex persona Pamphili, quem ponimus nullum habere peculium? Ita fiet vt moretur dominus in damno. Quidni verò? Cùm imputare sibi debeat cur Pamphilo crediderit peculium nullum habenti. Nam & idem eueniret si alij cuilibet seruorum suorum æquè nullum peculium habenti credidisset.

a *Idq; ita se habere euidentiùs apparitурum ait.* Confirmat suam sententiam Africanus nouo argumento proposita alia specie non minùs obscura, vt probet ex peculio Stichi non posse nec debere deduci quod debet Pamphilus domino: nam si Sticho peculium cum libertate legatum esse proponatur, & is ex testamento agat, vt peculium consequatur, cogetur quidem pati deductionem eius quod ipse domino debuit, at non similiter eius quod suus vicarius debet, nisi peculium aliquod habeat vicarius, quo casu sicuti ad Stichum id quoquè peculium pertinebit, quia non minùs peculia vicariorum, quàm ipsi vicarij sunt in peculio ordinariorum *dict. l. si seruus 17. supr.* Ita & ex legato peculio deducetur, quod vicarius domino debuit, quatenus scilicet peculium vicarij patietur. Alioqui eueniret, vt si tantundem vicarius domino deberet quanti ipse ipsiusque peculium esset, aut potius quanti esset totum Stichi peculium, Stichus ipse nihil in peculio habere intelligeretur, quod certè absurdum esset. Quemadmodum enim aliud est, quod Stichus debet, aliud quod Pamphilus, & aliud peculium Stichi, aliud Pamphili. Ita nec ferendum est, vt ex peculio Stichi deducatur, quod debet Pamphilus, quamuis ex peculio Pamphili deducendum sit etiam, id quod Stichus debeat, quia Pamphili peculium Stichi quoque peculium est, non contrà *d.l. si seruus.* Est igitur eadem dubitandi & decidendi ratio ad hanc speciem, quæ ad superiorem, licèt alia planeque diuersa species sit ab eodem Africano tractata in *l. Stichus 16. §. 1. infr. de pecul. legat.*

3 ¶ Seruo, quem tibi vendideram, pecuniam credidi. quæsitum est, an ita mihi in te actio de peculio dari debeat, vt deducatur id, quod apud me ex eo remanserit. quod quidem minimè verum est, nec intererit, intra annum, quam vendiderim, an postea experiar. nam nec cæteris quidem, qui tunc cum eo contraxerint in me actio datur. in contrarium quoque agentibus mecum his, qui antea cum eo seruo contraxissent. non deducam id, quod postea mihi debere cœperit. ex quo apparet, onus eius peculij, quod apud me remanserit, ad posterioris temporis contractus pertinere non debere.

Ad §. vlt. Seruo.

RAT. DVB. In actione de peculio fit deductio eius quod domino debetur, vt toties suprà diximus, & eo colore quasi dominus tum soluere sibi videatur cum incipit de peculio conueniri *l. sed si damnum 9. §. præterea in fi. supr.* Ergo cùm de deductione facienda quæritur id maximè inspiciendum est, quid & quantum debeatur eo tempore quo de peculio agitur, siue pristinus dominus agat ipse de peculio contra emptorem, quod pro suo iure facere potest, si modò agat de eo quod ipse seruo iam facto emptoris crediderit post venditionem, vt in specie huius §. *l. & ancillarum 27. §. sed ipsi qui vendiderit & seq. supr.* siue ipse ab aliis de peculio conueniatur intra annum ex edicto de quo in *l. 1. infr. titul. proxim.* Proinde si seruo quem tibi vendideram crediderim pecuniam, atque ita post factam à me venditionem, sicut non dubitatur, quin eo nomine possim contra te agere de peculio. Ita nec dubitandum videtur, quin deducere debeam, id quod apud me ex eo peculio remanserit, vt tanto minùs à te petam quasi ex eo peculio mihi ipsi soluere debeam id in quo seruus tuus debitor meus est, vt si tantum apud me remanserit, quantum mihi debetur, tota mea contra te de peculio actio intercidat. Si verò deducto eo aliquid ex debito adhuc supersit, id solùm per actionem de peculio exigatur. Maximè verò si contra te agam intra annum, intra quem aduersus me competit actio de peculio annalis, vt quod aduersus alios agentes deducere possem in mei commodum, id me agente deducatur similiter in mei incommodum. Quasi quod fit intra annum à die venditionis peculij perinde habendum sit ac si ante venditionem factum esset, cùm eadem actio de peculio sit, & quæ ante venditionem fuit perpetua, & quæ post venditionem annalis est.

DEC. Onus peculij quod apud me remansit, vt ex eo & aliis creditoribus, & mihi quoque soluere debeam etiam post factam à me serui venditionem, ad eos contractus non pertinet, qui post venditionem facti sunt, sed ad eos solos qui ante, quia nec peculium quod apud me remansit, verè peculium est, nisi hactenus, vt Prætori materiam præbeat conseruandæ in fauorem anteriorum creditorum actionis de peculio, quæ per peculij extinctionem intercidere summo iure deberet, & quæ sine aliquo peculio intelligi nullo modo potest *d. l. 1. §. meritò autem infr. titul. proxim.* Itaque siue ego qui post venditum tibi Stichum seruum meum cum eo contraxi, siue alij quoque ab eo tempore factæ venditionis contraxerint, neque prohibendus sum experiri tecum de peculio, hoc prætextu quod mihi soluere debeam ex eo, quod apud me remāsit, neque si ab aliis conueniar de peculio, quamuis intra tempus prætorium, potero deducere ex eodē peculio, quod apud me remāsit, id quod mihi debetur, ex

contractu

contractu inito post venditionem, quia verum est, quod mihi eo tempore deberi cœpit, nunquam domino debitum fuisse, vt ratiocinatur Paulus in *l. quoties* 47. §. *penult. infr.* Nec proinde æquum est distinguere, an intra annum agam vel conueniar, an post annum, sed hinc distinctioni tunc tantùm locus est, cùm de eo ære alieno agitur, quod seruus à me venditus contraxerit siue mecum, siue cum aliis ante contractam venditionem. Nec sanè quicquam causæ fuit cur Prætor peculij, nomen ac memoriam, ipsamque actionem de peculio conseruaret pro iis creditoribus, qui post venditionem cum seruo credidissent. Non enim possunt isti dicere intuitos se fuisse patrimonium, quod habebat seruus ante venditionem, cùm post venditionem contraxerint.

39. FLORENTINVS libro 11. Institutionum.

PEculium & ex eo consistit, quod parsimonia sua quis parauit, vel officio meruerit à quolibet sibi donari. idque velut proprium patrimonium seruum suum habere quis voluerit.

Ad l. Peculium & ex eo 39.

RAT. DVB. Peculium pendet ex sola domini constitutione & constituentis voluntate *l. quam Tuberonis* 7. §. *pupillum supr.* quia peculij est, non id cuius seruus seorsum à domino rationem habuerit, sed quod ipse dominus separauerit suam à serui ratione discernens, vt scriptum est in *l.* 4. *supr.* Ergo non potest peculium ex eo consistere, quod sua parsimonia filius, vel seruus parauit. Vt neque ex eo quod officio aliquo meruerit, à quolibet sibi donari, cùm ea omnia per seruum acquirantur domino non solùm ignoranti, sed etiam inuito ita vt ne momento quidem temporis consistat acquisitio in persona serui *l. placet* 79. *de acquir. hered. iunct. l. etiam inuitis* 32. *de acquir. rer. domin. l. seruus vetante* 62. *de verb. oblig.* Quod in filiofamilias simile est, nisi quod acquirit ille patri etiam ignoranti quidem, sed non inuito *l. filiusfamilias* 16. *infr. quod testam. facer. poss. l. 1. si à parent. quis manum. sit.* Habet enim personam integram, & acquisitionis capacem patre nolente sibi acquiri, vt docuimus sæpius ex *l.* 4. §. *sed & filiusfamilias supr. de edend. l. is qui heres* 13. §. *vltim. l. cùm heres* 52. *de acquir. hered. l. cogi* 16. §. *si pater filio l. Imperator* 50. *ad SC. Trebell. l. 1. Cod. qui admitt. ad bonor. possess.*

DEC. Fiunt hæc omnia peculij non ipso iure, aut sola serui, vel filiifamilias voluntate, sed ita demùm si pater, aut dominus voluerit filium, aut seruum suum ea habere velut proprium patrimonium, id est, separatum à rationibus paternis aut dominicis. Voluntatem igitur & constitutionem patris, aut domini semper requirimus, & ab eo factam separationem. Sanè optimum siue patris, siue domini consilium est ea omnia quæ filiusfamilias, vel seruus ex sua parsimonia, vel industria meritisque acquisierit, in peculium ipsi concedere, vt eo veluti præmio ad parsimoniam & industriam inuitetur. Quid enim concedi possit in peculium si non ista conceduntur? Ideo autem adiicit Florentinus *velut proprium patrimonium*, quia quasi patrimonium liberi hominis peculium filiifamilias, aut serui esse intelligitur *l. quoties* 47. §. *vltim. infr. iunct. l. hinc quæritur* 19. §. 1. *& l. si ex duobus* 32. *in fine principij supr. eod.* Placet autem quod vir doctissimus Iacob. Cuiacius notauit. Peculij nomen esse naturale, patrimonij ciuile, quo significatur patris esse diuitias liberis parare, sicut & matrisfamilias liberos parere, vnde & matrimonium à matre, non à patre appellatur. Nisi ideo etiam fortasse, quod mater semper certa sit, pater verò non alius quàm quem nuptiæ demonstrant *l. quia semper* 5. *supr. de in ius vocand.*

40. MARCIANVS libro 5. Regularum.

PEculium nascitur, crescit, decrescit, moritur, & ideo eleganter Papirius Fronto dicebat, peculium simile esse homini. quomodo autem peculium nascitur, quæsitum est & ita veteres distinguunt[a], si id adquisiit seruus, quod dominus necesse non habet præstare, id esse peculium: si verò tunicas, aut aliquid simile, quod ei dominus necesse habet præstare, non esse peculium. ita igitur nascitur peculium. crescit, cùm auctum fuerit, decrescit, cùm serui vicarij moriuntur, res intercidunt, moritur, cùm ademptum sit.

Ad l. Peculium nascitur 40.

RAT. DVB. Nasci, crescere, decrescere, & mori ad ea tantùm pertinet, quæ animam aliquam habent, aut sensitiuam, aut saltem vegetatiuam. Sunt enim isti effectus omnes animæ, vt Aristoteles docet *libr. 3. de anima.* Atqui peculium filiifamilias, aut serui ex earum rerum numero non est, cùm non minùs in fundis & rebus inanimatis, quàm animatis possit consistere, maximè verò in pecunia quæ negotiationi exercendæ omnium aptissima est, & quam nec nasci, nec crescere, aut decrescere, nec mori posse certum est, licèt domino suo perire pluribus casibus possit, malè igitur ac minùs verè loquitur, qui peculium ait nasci crescere, decrescere & mori.

DEC. Habet peculium suas accessiones, & decessiones, quia significat corpus quoddam vniuersale, vt grex, populus, legio, & alia huiusmodi quæ constant ex corporibus distantibus de quibus in *l. rerũ mixtura* 30. *inf. de vsucap. l. proponebatur*

BIU Cujas

76. *supr. de iudic.* ideoque & augmentum recipit & diminutionem *l. si ex duobus* 32. §. *in hoc autem supr.* non minùs quàm hereditas *l. item veniunt* 20. §. *item non solum supr. de heredit. petit.* quamuis non sicut hereditas in iure consistat, nec sine corpore aliquo intellectum iuris habeat *l. hereditas* 50. *eod. l. grege legato* 21. *& seq. de legat.* 1. Et hoc est quod eleganter Papirius Fronto dicebat, peculium simile esse homini, quem nasci, crescere, decrescere, ac mori quotidie videmus. Quomodo autē peculium nascatur, crescat, decrescat, & moriatur, statim explicat Marcianus.

a *Et ita veteres distinguunt.* RAT. DVB. Alia videtur adhibenda esse distinctio circa vestimenta serui cum quæritur, an sint illa peculij. Nimirum ea, quam tradit Pomponius in *l. id vestimentum* 25. vbi iam scripsimus *supr. hoc tit.* Dicendumque potiùs videbatur tum nasci peculium, cùm à patre vel domino constituitur per separationem *l.* 4. *supr.* siquidem totum pendet ex patris, vel domini constitutione *l. quam Tuberonis* 7. §. *pupillum supr.* sicut & mori dicitur peculium cùm adimitur *infr.* Neque verò distinctio quam circa vestimenta Marcianus hic ponit, conuenire videtur filiofamilias, qui cùm sit ciuis Romanus perinde ac pater *l. nam ciuium* 4. *supr. de stat. homin.* vix alias recipit vestimentorum distinctiones, quàm quas pater ipse reciperet: cùm tamen peculium quoque filiifamilias non minùs nascatur quàm serui, quia nec minùs peculium est.

DEC. Nascitur quidem peculium tam filiifamilias, quàm serui ex patris, vel domini constitutione. Sed id tam certum est, vt non fuerit admonendum, sed casus ille potiùs in quo citra vllam domini constitutionem peculium ipso iure penes seruum esse incipiat. Quod ita demùm contingit si quid seruus acquisiuerit, quod dominus necesse non habeat ei præstare. Nam si tunicas aut quid aliud simile emerit, quod ei dominus præstare necesse habet, id peculium censeri non potest. Hoc verò quod de tunicis & aliis vestimentis dici potest, quomodo accipi debeat, iam explicauimus ad *d. l. id vestimentum* 25. *sup.* Cætera quæ hîc subiiciuntur de peculio crescente, cùm auctum fuerit siue per accessiones fructuum & fœtuum, vt in *l. vlt. infr. tit. prox.* siue per adiectionem quantitatis & rerum peculiarium, siue per auctam earum æstimationem, decrescente per mortem vicariorum, aut si quo alio modo res peculiares intercidant. Denique moriente per ademptionem, neque interpretatione vlla indigent, neque vllam dubitandi rationem admittunt. Illud solummodò addendum videtur, mori peculium non eo tantùm casu quo adimatur quod facere quandocunque volens pater, vel dominus potest, sicut & peculium augere, vel minuere, dum ne quid faciat dolo malo *d. l.* 4. *& l. summa* 21. *supr.* Sed tum quoque cùm seruus moritur aut filiusfamilias. Itemque cùm pater moritur per cuius mortem filiusfamilias factus sui iuris desinit, posse habere peculium *l. vlt. in fin. C. de inoffic. testam. l. certum est* 13. *C. famil. ercisc.* adeoque seruo alienato sine peculio, aut manumisso *l.* 1. §. *meritò infr. tit. prox.* quia his casibus peculium si adhuc viueret, necesse esset manere penes patremfamilias, qui porrò peculium habere nullo casu potest *d. l. vlt.* Ob eamque causam necessarium fuit edictum Prætoris de quo in *l.* 1. *infr. tit. prox.* vt quamuis mortuo peculio, actio tamen de peculio singulari beneficio Prætoris saltem intra annum salua esset, *dict.* §. *meritò.* Quod adempto peculio secus est, quia tunc actio quoque ipsa de peculio prorsus moritur, nec in annum vsque sequentem producitur si non sit facta ademptio dolo malo *l. quis ergo* 16. *vers. Marcellus supr. hoc tit. l.* 1. §. 1. *l. interdū* 14. *inf. de in rem vers.* Ideoque fortassis Marcianus hoc vnū exēplū attulit mortui peculij cū ademptū est, non cū filiusfamilias mortuus, aut emācipat⁹, vel seru⁹ manumissus alienatúsve est.

41. VLPIANVS libro 43. ad Sabinum.

NEc seruus quicquam debere potest, nec seruo potest deberi. sed, cùm eo verbo abutimur, factum magis demonstramus, quàm ad ius ciuile referimus obligationem. itaque quod seruo debetur[a], ab extraneis dominus rectè petet. quod seruus ipse debet, eo nomine in peculium[b], & si quid in de in rem domini versum est: in dominum actio datur.

Ad l. Nec seruus 41.

RAT. DVB. Etiam quod naturaliter debetur verè ac propriè debetur, habetque exactionem si non iure ciuili, saltem iure gentium, si nolit perfidus videri & esse debitor cuius fidem secuti sumus *l. cùm amplius* 184. §. *is natura debet de reg. iur.* Atqui seruus quoque naturaliter obligari potest, quia quod ad ius naturale attinet, omnes homines sunt pares, nec vlla liberorum & seruorum distinctio est *l. quod attinet* 32. *eod. l.* 4. *supr. de iustit. & iur.* Ergo cùm dicimus seruum debere, aut seruo deberi benè ac propriè loquimur, nec eo debendi verbo abutimur, vt hîc Vlpianus scribit, alioqui non erunt verè ac propriè obligationes naturales tantùm, quod tamen euidenter falsum est, cùm habeant suos effectus quàm plures, etiam ciuili ac prætorio iure adprobatos, vt puta compensationis *l. etiam* 6. *infr. de compensat. exceptionis l. iuris gentium* 7. §. *igitur nuda supr. de pact. deductionis l. sed si damnum* 9. §. *peculium & seq. supr. & pass. hoc tit.* Retentionis, & impediendæ repetitionis soluti *l. naturales* 10. *de oblig. & act. l. fideiussor* 16. §. *naturales de fideiuss. l.* 3. §. *vlt. supr. quod quisq. iur. l. naturaliter* 13. vbi diximus *iunct. l. frater à fratre* 38. *& pass. supr. de condict. indeb.*

DEC. Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius rei soluendæ secundum nostræ ciuitatis iura, inquit Iustinianus initio *tit. de verb. oblig.* Cùm ergo is demùm dicatur debitor qui obligatus est. Consequens est, vt is qui necessitate ac vinculo iuris obstrictus non est, vt aliquid soluere cogi possit secundùm Romanæ ciuitatis iura, is nec obligatus nec debitor propriè dici possit, vt cui non conuenit diffinitio, nec conueniat diffinitum: atqui seruus eiusmodi est, quia cùm iure ciuili omnino nullus, & incognitus sit, cum eo nulla actio esse potest *l. cum seruo* 107. *de regul. iur.* Ergo cùm dicimus seruū debere, aut seruo deberi, abutimur hoc verbo debendi,

BIU Cujas

debendi, nec tam ad ius ciuile quàm ad merum factũ referimus obligationem, vt hîc Vlpianus ait. Debitor namque is propriè dicitur à quo inuito pecunia exigi potest, *l. debitor* 108. *de verb. sign.* sicuti neque creditor alius intelligitur, quàm qui actionem aliquam habet aut ciuilem, aut honorariam, aut extraordinariam, & qui nulla exceptione repelli possit, non etiam is cui natura tantùm debetur, *l. creditores* 10. *iuncta l. creditor* 55. *eodem tit.* Obseruandum autem est quod Vlpianus ait obligationem serui, quæ naturalis tantùm est referri ad factum vt intelligamus naturalem obligationem æstimari tantùm ex facto non etiam ex iure. Ius enim cùm dicimus in libris nostris ius Romanum & ciuile per emphasim intelligimus, §. *sed his quidem Inst. de iur. natur. gent. & ciuil.* non autem ius naturale vel gentium Ex hoc verò sequitur quod docuimus ad *l. frater à fratre* 38. *supr. de condict. indeb.* contra Cuiacium obligationem naturalem filijfamilias aut serui non acquiri patri, siue actiua siue passiua sit: quoniam ea quæ sunt facti non transeunt ad patrem vel dominum, *l. qui heredi* 44. *de condict. & demonstrat.* Sed tamen non est putandum ex quolibet facto promittentis nasci obligationem naturalem (alioqui etiam furiosus prodigus & ebrius & infans, & si quæ aliæ huiusmodi personæ sunt promittendo naturaliter obligarentur quod falsum est, cùm nec fideiussor pro iis acceptus obligetur, *l. is cui bonis* 6. *de deverbor. obligat. l. si à reo*, 70. §. *si à furioso de fideiuss.*) sed illud præterea requiritur, vt adsit vinculum aliquod æquitatis quo naturalis obligatio sustineatur, *l. Stichum aut Pamphilum* 95. §. *naturalis, de solut.* Et ea nimirum obligatio naturalis est quæ omnes illos effectus habet, quos diximus compensationis, exceptionis, deductionis, & retentionis. Et quamuis plerunque accidit, vt qui naturaliter tantùm obligatus est, sit etiam obligatus iure naturali, aut quod idem est naturâ, vt in seruo enenit. Facilius tamen est, vt quis obligetur naturaliter, quàm vt obligetur iure naturali, vt in pupillo cernere est, qui neque promittendo, neque mutuam pecuniam accipiendo sine tutoris authoritate obligatur iure naturali, *l. quod pupillus*, 41. *supr. de condict. indeb.* & tamen obligatur naturaliter, *l. 1. in fi. de nouat. l. cùm illud* 25. §. *heres, quand. dies legat. ced. d. l. Stichum*, §. *aditio, de solution.* sed efficacius si mutuam pecuniam accipiat sine tutoris authoritate quàm si promittat, ob eam diuersitatis rationem quam attulimus ad *d. l. naturaliter*, 13. §. *vlt. sup. de condict. indeb.*

a *Itaque quod seruo debetur.* RAT. DVBIT. Alia est persona serui, alia domini. Nec quomodo dicimus patris & filijfamilias vnam eandémque personam videri *l. vlt. C. de impub. & aliis substit. l. isti quidem* 8. *supr. quod metus causa, l. ne cum filiofam.* 16. *infr. de furt.* ita & possit quis nisi ridiculè dicere dñi & serui eandẽ personã esse, cùm nec personã vllam seruus habeat, qui neque habet caput *l.* 2. §. *vltim. & l.* 3. *supr. de capitis minut.* Ergo quod debetur seruo non potest videri debitum domino, præsertim quod ad naturalem obligationem pertinet cuius solius capax seruus est: cùm, vt diximus, naturalis illa obligatio serui siue actiua siue passiua tota ex facto æstimetur, ea verò quæ facti sunt non transeant ad dominum, *d. l. qui heredi.* Et verò cùm non possit nasci obligatio neque naturalis neque ciuilis, nisi ex aliquo contractu, vel quasi contractu, delicto vel quasi aut alio quolibet negotio *l. 1. de oblig. & actio.* Contractus autem omnes & delicta, adeóque ipsa etiam negotia omnia sint facti *l. consilio* 7. §. *vltim. infr. de curat. furios.* quomodo fieri potest, vt quod seruus fecit & gessit, dominus ipse fecisse ac gessisse videatur? Denique constat obligationes quæ tantùm naturales sunt non parere actionem, *d. l. naturales*, 10. *de oblig. & act. d. l. fideiussor*, 16. §. *naturales de fideiuss.* Ergo fieri nequit, vt quod seruo ab extraneis debetur, dominus rectè petat. Alioqui videbitur agere sine actione, quod fieri non potest, *l. si pupilli*, 6. §. *vlt. supr. de neg. gest.* DEC. Vtilitatis causa receptum est, vt quisquis cùm seruo contrahit, ipsi quidem seruo naturaliter tantùm obligetur. Sed tamen etiam domino ciuiliter obligetur, perinde ac si cum domino contraxisset. Quisquis enim cum seruo contrahit, non tam seruum ipsum & eius peculium quasi proprium ipsius patrimonium, quàm domini personam intuetur. Nihilque eius interest cùm id faciat per quod ciuilis obligatio inter alios contrahi solet an obligetur domino ciuiliter, quandoquidẽ perinde seruo ciuiliter obligaretur, si seruus obligationis ciuilis cõtrahendæ & sibi acquirendę capax esset. Nec eò minùs obligatur ciuiliter is qui cum seruo contrahit, quòd ea ciuilis obligatio acquiri seruo non possit, cùm per eũ acquiratur domino confestim, id est, in ipso instanti cõtractus, ita vt ne momento quidem tẽporis in persona serui consistat, *l. placet* 79. *infr. de acq. hered.* Cùm ergo dñs petit ab extraneis, quod seruo debetur, nõ petit tanquã debitũ seruo naturaliter, sed tanquã sibi debitũ ciuiliter. Est enim actio ius persequendi in iudicio quod sibi non quod alij debetur, *l. nihil aliud*, 15. *de oblig. & act.* Nec magna esset vtilitas seruorum in rep. si non per eos dominis etiam ignorantib. adeóque inuitis, vt diximus, ex omni penè causa acquireretur. Per quod fit aliquando vt dominus Romæ moriens egenus & non soluendo, per seruos suos in prouincia agentes in ipso mortis instanti locupletetur, vt in *l. de hereditate* 19. §. *filiusfamilias, in fin. inf. de castr. pecul.* Et quemadmodum dominia rerum per traditionem seruo factam, ita & obligationes ciuiles, & quæ ex obligationibus ciuilibus nascuntur ciuiles actiones, itémque honorariæ, & extraordinariæ, omnes denique quas sibi acquirere dominus per seipsum posset, *tot. tit. Institut. per quas person. nobis acquir. & tit. per quas person. oblig. nob. acquir.* non quasi factum serui transeat in dominum, sed quia transit ius quod ex illo facto proficiscitur, vt de filiofamilias patri stipulante scriptum est in *l. quod dicitur* 130. *de verb. oblig.*

b *Quod seruus ipse debet eo nomine in peculium.* RAT. DVB. Quemadmodum ex contractu serui datur actio domino contra eum qui cum seruo contraxit, proximè diximus: ita & dominum ex eiusmodi contractibus ciuiliter obligari æquum est, ac proinde in solidum, non de peculio, aut de in rem verso duntaxat conueniri, vt quod iuris pro domino contra extraneos statuitur ipse eodem vtatur. An non enim absurdum est eos qui cum seruo contrahunt perinde haberi ac si cum domino contraxissent quantum ad hoc vt obligentur domino ciuiliter in solidum. Non autem videantur contraxisse cum domino quantum ad hoc, vt eum in solidum obligatum habeant, sed cum seruo ne agere possint contra dominum nisi de peculio, vel de in rem verso, si quid ampliùs quàm in peculio est in rem versum proponatur.

DEC. Nulla fit iniuria iis qui cum seruo contrahunt, quamuis domino in solidum obligentur,

quia nec aliter cum seruo contrahunt quàm quomodo contracturi essent cum domino, si is adesset. Quis enim nisi domini intuitu & contemplatione contrahere cum seruo vellet? Aut quæ ratio esse posset contrahendi vtiliter cum seruo, si non ad vtilitatem maximè contrahentis, persona domini inspiceretur? At fieret iniuria domino, qui non contraxit ipse, sed in eos qui cum seruo contraxerunt, incidit, si ex contractu serui vltra peculij quantitatem & supra quam in rem versum sit, teneretur, essétque in potestate serui, ignorantem, adeóque inuitum dominum obligare æri alieno, quòd esset iniquum, *l. qui in aliena, 6. in princip. infr. de acquirenda hereditate.* Melior enim conditio nostra fieri potest, per eos quos in potestate habemus, sed deterior fieri non potest, *l. melior, 133. de regul. iur. l. penultima infrà depositi.* Itaque sibi debet imputare qui accessit ad contractum cum seruo ineundum, cùm sciuerit aut scire debuerit ex ratione iuris & ciuilis & prætorij, ita comparatum esse, vt non alia lege cum seruo contrahere extraneus possit, *argum. l. si duo, 38. de acquirenda hereditate.* Nec ideò tamen fit vt contractus quisquam claudicet, cùm vix sit vt ex eodem contractu serui & dominus extraneo, & extraneus domino obligetur, quanquam si hoc contingeret, cùm nihil prohibeat eodem contractu plura capita contineri mutuas & correspectiuas obligationes inducentia, imò eiusdem quoque articuli & capitis respectu claudicare contractum in tam aperta diuersitatis ratione, vt in *l. Iulianus, 13. §. si quis à pupillo antepen. infr. de actio. emptionis.* Iunge quæ scripsimus ad *l. 1. supr.* Et adde *l. ei qui 7. C. quod cum eo.*

42. PAVLVS libro 30. ad Edictum.

IN adrogatorem de peculio actionem dandam, quidam rectè putant. quamuis Sabinus, & Cassius, ex antegesto de peculio actionem non esse dandam, existimant.

Ad l. In adrogatorem 42.

RAT. DVB. Sicut ex antegesto non datur actio in manumissum, quamuis idem ille sit qui ante manumissionem contraxit, *l. 1. & tot. tit. C. an seruus pro suo fact. post manumiss. teneat, l. eum actum 17. supr. de negot. gest.* Ita nec videtur danda actio de peculio in adrogatorem ex iis contractibus quos adrogatus iniit ante adrogationem, cùm ipse eo tempore nec peculium habuerit, nec habere potuerit, tanquam qui tunc esset paterfamilias. Nec enim paterfamilias peculium vllum habere potest, *l. vlt. in fin. Cod. de inofficioso testamento.* Et actio de peculio quæ ipso tempore contractus non nascitur, nec postea quandocunque nasci potest, cùm ex ipso contractu veniat *l. 1. §. si filius familias supr. de his qui effud. vel deiect.* Ac quemadmodum onus peculij non pertinet ad posterioris temporis contractus, id est, eos qui post serui venditionem facti sunt, *l. deposui, 38. §. vlt. supr.* Ita nec ad eos pertinere debet qui ante adrogationem facti sunt ab interrogato & eo tempore quo peculium adhuc nullum erat, vt diximus.

DEC. Paterfamilas qui se dat adrogandum simul cum capite, fortunas quoque suas omnes in familiam & domum adrogatoris sui transfert, *l. qui ex liberis, 11. §. testamento infr. de bonorum possessione secund. tab.* Ob eámque causam ita comparatum est, vt onera quoque eius qui in adoptionem datur siue per adrogationem siue per adoptionem simplicem, ad patrem adoptiuum transferantur, *l. penultim. supr. de adopt.* Fit enim alienatio sua causa, *l. alienatio, 67. de contrahenda emptione.* Nec aliter certè constitui ius posset sine summa creditorum iniuria, qui cum adrogato tum patrefamilias contrahentes vniuersum eius patrimonium intuiti sunt quod hodie penes adrogatorem inuenitur. Nam si actio de peculio ideò comparata est, ne alioqui fraudarentur creditores, qui serui peculium velut proprium ipsius patrimonium intuiti essent, vt toties in præcedentibus diximus, quanto magis habenda ratio est eorum qui cum patrefamilias contrahentes verum ipsius patrimonium pro consequenda indemnitate præ oculis habuerunt? Mirúmque potiùs illud videri debet, cur non repeatur adrogator in solidum, ac non de peculio intaxat, cùm per adrogationem, qui titulus acquirendi est per vniuersitatem succedat in iura omnia eius qui adrogatus est, vt nec malè dici possit heredis loco esse *tit. de acquisit. per adrogat. Institut.* Sed dicendum est iura quidem actiua adrogari, quia bonorum ipsius appellatione continentur, in adrogatorem transire cum ipsa vniuersitate bonorum, sed non æquè iura passiua, quoniam iuris successor non est adrogator, neque heredis loco: sed singularis successor, quomodo is qui vniuersitatem hereditatis emit, *l. 2. C. de heredit. vel act. vendit.* Ideóque nulla in eum creditoribus adrogati personalis actio competit, sed nomine tantùm filij conueniri potest, hactenus vt si nolit filium defendere, permittatur creditoribus vrgere missionem in possessionem bonorum filij, vt Iustin. scribit in *§. vlt. dict. titul. de acquisit. per adrogat.* Cùm verò filij nomine pater adrogator conueniatur, consequens est, vt si filius hîc peculium habeat, possit pater & debeat conueniri de peculio, quomodo alius quilibet pater filij sui nomine conueniretur. Est enim longè faciliùs vt actio de peculio ad eos contractus retrotrahatur qui facti sunt antequam esset peculium, quàm vt ad posteriores extendatur factos eo tempore, quo peculium esse iam desiit: Et ita pro iis quorum sententiam Vlpianus refert & probat, contra Sabinum & Cassium disputari posse arbitror. Illud omnino addendum est ex Pomponio in *l. si quis 7. infr. de pecul. legat.* quamuis adrogator neque heres sit, neque heredis loco, si quis tamen creditori suo adrogandum se dederit, & agatur de peculio cum adrogatore, non minùs ei permittendum esse quàm heredi, vt quod sibi debetur ex peculio filij deducat, scilicet tanquam pater, cùm non nisi tanquam pater conueniatur de peculio, *l. si quis reum, §. §. vlt. de liber. legat.* non tanquam heres, aut quasi

alius

alius singularis successor quilibet conuentus actione de peculio, *l. si noxali* 11. §. *penultim. & vltim. supr.* Quisquis enim conuenitur, de peculio potest deducere, quod sibi debetur.

43. PAVLVS libro 30. ad Edictum.

SI posteaquam tecum de peculio egi, ante rem iudicatam seruum vendideris: Labeo ait, etiam eius peculij nomine, quod apud emptorem quæsierit, damnari te debere: nec succurrendum tibi. culpa enim tua id accidisse, qui seruum vendidisses.

Ad l. Si posteaquàm 43.

RAT. DVB. Is qui seruum vendidit cuius nomine de peculio conueniri poterat, licet nihilominùs teneatur de peculio intra annum *l. 1. inf. tit. prox.* adeóque emptori ipsi non minùs quàm cæteris creditoribus *l. quoties* 47. §. *non tantùm infr.* non tamen tenetur supra eam peculij quantitatem quæ apud ipsum est, & pro peculio quod apud emptorem seruus quæsiit emptor conueniendus est non venditor *l. si noxali* 11. §. *pen. & vltim. l. & ancillarum* 27. §. *si seruus alienatus supr.* Nec aliud est etiamsi priùs actum sit contra venditorem *leg. si ex duobus* 32. § 1. *versic. quare circa venditorem quoque supr.* Hoc ipsum enim sonat nomen actionis de peculio vt non possit dari supra eam quantitatem peculij quæ apud illum est qui conuenitur. Ergo si posteaquàm de peculio egi tecum tu ante rem iudicatam seruum vendideris, non videtur verum quod Labeo dixit & Paulus probat. Etiam eius peculij nomine quod apud emptorem seruus quæsierit, damnari te debere præsertim cùm ex eo nullum damnum sensurus sis, tanquam ab emptore ipso consecuturus, quod à venditore consequi non potueris.

DEC. In peculio id quoque computatur, quod per eum qui de peculio conuenitur factum est, quominus in peculio sit *leg. summa cum ratione* 21. *supr.* Atqui per te factum est & per venditionem abs te iudicio pendente factam quominus hodie & rei iudicandæ tempore in peculio serui apud te sit quod ille apud emptorem quæsiit, quia si non vendidisses ille apud te quæsiuisset. Ergo perinde teneri debes de eo quoque peculio quod apud emptorem est, atque si apud te esset: cùm enim mihi imputare non possis quod tardiùs egerim qui ante venditionem iam te conueneram, ego tibi imputabo cur iudicio pendente vendideris, quia quoties post iudicium aliquod acceptum alienatio fit, id semper statuere iudex debet quod statueret, ac iudicaret si alienatio nulla facta esset, siquidem alienatione facta nihilominùs iudicium manet, & consequenter in eo damni ratio venit etiam eius quod post alienationem contingit, inquit idem Paulus noster in *l. quamquam* 4. §. 1. *infr. de aqua & aquæ pluu. arcend.* Alioqui esset in potestate eius qui conuentus est duriorem & deteriorem aduersarij condicionem etiam post acceptum iudicium facere quod nec ante acceptũ licet *l. 1. supr. de alien iudic. mut. caus. fact.* Neque sanè dolo caret is qui iudicio pendente alienat quoties per eã alienationẽ accidit quod vix est vt nõ accidat vt deterior actoris condicio fiat, quomodo fit in proposito, cũ valde intersit mea vnicò iudicio peculium totum serui debitoris mei consequi, quasi totum apud te constitutum potiùs quàm post rem tecum iudicatam nouum aduersus emptorem iudicium instituere de eo peculio quod post venditionem seruus apud eum quæsiit *d. l. si ex duobus* 32. §. 1. *supr. l. minor annis* 40. *in princip supr. de minor l. terminato* 3. *in fin. C. de fructib. & lit. expens.* Etsi verò culpam hanc Paulus vocat non dolum, quem prætor & Vlpianus exigit in *d. l. summa cum ratione*, de culpa tamen lata & magna intelligi hoc debet quæ dolo æquiparatur & ad eum tam prope accedit, vt etiam dolus esse dicatur in *l. magna* 226. *de verb. signific.* Non enim quæuis culpa & alia quàm lata sufficeret vt quod reuera in peculio eius qui conueniretur non esset in peculio tamen computaretur. Cæterùm si dolus inducitur ex eo quod fecit dominus ex sola suspicione quòd alius secum de peculio acturus esset, vt scriptum est in *d. l. summa versic. sed etsi quis cùm suspicaretur*, quanto magis ex eo quod factum est pendente iam & inchoato iudicio? Iunge *l. si quis seruum* 23. *infr. de action. empt.* lex qua lege & ex Marcelli ad Iulianum nota videtur hæc quoque lex sic intelligenda & supplenda vt de eo demùm peculio quod seruus venditus apud emptorem quæsiuit teneri debeas, quod ille apud te fuerat acquisiturus si venditus non fuisset, proinde si quid ei donatum sit ab extraneo non ipsius, sed tui tantùm contemplatione, peculio tuo non computabitur, quia id non haberes hodie si eum non vendidisses *l. si seruus* 21. *& seqq. supr. de vsufr.*

44. VLPIANVS libro 63. ad Edictum.

SI quis cum filiofamilias contraxerit, duos habet debitores: filium in solidum, & patrem dumtaxat de peculio.

Ad l. Si quis cum filiofamilias 44.

RAT. DVBIT. Non sicut is qui cum seruo contrahit domini magis quàm serui personam intuetur, quia scit se cum seruo actionem habere nullam posse vt diximus ad *l. nec seruus* 21. *supr. hoc tit.* ita & dici potest eum qui cum filiofamilias contrahit respicere ad personam quoque patris quandoquidem cum eo contrahit qui personam habet integram, quique ex omnibus causis præterquàm ex mutuo ciuiliter obligari & conueniri non minùs quàm pater potest *l. filiusfamilias* 39. *infr. de oblig. & act. l. tam ex contractibus* 57. *supr. de iudic.* Nec quicquam causæ esse videtur quare is qui cum vno tantum contrahit duos debeat habere debitores. Cùm dici soleat quod & verissimũ est, in contractibus, aliquando licèt perrarò tẽpus quidem aut conditionem subintelligi posse,

BIU Cujas

sed personam numquam nisi quæ expressa sit *leg. si ita stipulatus* 126. §. *Chrysogonus in fin. de verb. oblig.* Atqui in contractu inito cum filiofamilias neque pater interuenit, neque de patre obligando quicquam expressum est, quod quamuis expressum esset, ex solius tamen filij facto & voluntate obligari pater non posset *l. 1. & tot. tit. C. ne filius pro patr. & pater pro fil. ten. leg. qui in aliena 6. in princip. de acquir. hered.* Satis ergo est quod is qui cum filiofamilias contrahit solum eum habeat obligatum in solidum, nec ei adeò indulgendum est vt patrem quoque obligatum habeat de peculio, quandoquidem neq; cum patre, neque patris iussu contraxerit, maximè verò cùm actio de peculio sit honoraria, & velut in subsidium ex necessitate quadam inducta *l. hinc quæritur* 19. §. *vlt.* vbi diximus & ad *l. seq. supr.* Frustra enim honorariam actionem requirit is qui iam habet ciuilem *l. 1. supr. de Public. in rem act.* Dec. Is qui cum filiofamilias contrahit quem scit nulla ex suo capite habere bona *l. lex Cornelia* 28. *in fin. de vulg. & pupill. substit.* peculium ipsius quod à patre habet intuetur tãquam proprium filij patrimonium, quasi non aliter cum filiofamilias contracturus. Quid enim ei prodesset quæsita contra filiumfamilias ciuilis actio in solidum, ex qua nihil posset exigere viuo patre propter inopiam debitoris *l. nam is 6. supr. de dolo.* neque ex condemnatione, quam patre viuo aduersus filiumfamilias obtinuisset, post mortem patris agere nisi in quantum facere filiusfamilias posset *l. si dubitet* 10. §. *filiusfamilias infr. de fideiuss. l. si ex alio 9. Codic. quod cum eo.* Necessario igitur inducenda fuit actio prætoria de peculio contra patrem ex contractu filijfamilias non minùs quàm contra dominum ex contractu serui, ne alioqui deciperentur ij qui cum filiofamilias contrahentes peculium eius intuiti essent quod tamen magis patris est quàm filij *l. 3. §. sed vtrum l. patri. 27. in princip. supr. de minor.* atque ita de patre quoque sibi obligando ad finem vsque peculij cogitassent. In quo non habet pater quod conqueratur qui dando peculium filio extraneos omnes qui cum eo contraxerunt vt contraherent, inuitauit, atque ita decepisse eos videretur si actionem de peculio filij nomine suscipere recusaret, præsertim cùm in eius potestate maneat peculium quandocumque velit adimere filiofamilias, & ab actione de peculio ita se liberare vt subiicitur in *l. seq.* dum ne adimat dolo malo, & in fraudem creditorum *l. summa cum ratione* 21. *supr.* Quidni verò? Cùm etiam domino liceat adimere peculium seruo, contra quem tamen miser creditor nullam vnquam actionem habere possit *d. l. summa & l. 4. supr.* Plane ex contractu filij nemo dixerit æquum esse conueniri patrem supra quantitatem peculij: cum nec alia ratio sit conueniendi patris quàm quia is peculium filio concesserit, & alijs vt cum eo contraherent causam & materiam præbuerit. Limitata enim causa vt est in vulgari nostrorum brocardico non nisi limitatum producere effectum potest *vulg. l. in agris* 16. *infr. de acquir. rer. domin.* Iunge quæ scripsi ad *l. 1. supr.*

45. Pavlvs libro 61. ad Edictum.

IDeóque, si pater filio peculium ademisset, nihil minùs creditores cum filio agere possunt.

Ad l. Ideoque 45.

Rat. dvb. Nemini permittendum est vt facto suo citra solutionem aut aliam satisfactionem tollat suam obligationem *l. si seruum* 91. §. *nunc videamus infr. de verbor. oblig.* Cùm obligatio sit iuris vinculum quo necessitate adstringimur etiam inuiti alicuius rei soluendæ gratia, *Institut. de obligat. & act.* Vnde est quod iudicium quoque redditur in inuitum non in volentem *leg. inter stipulantem* 83. §. 1. *de verb. obligat.* Atqui pater ex contractu filiifamilias obligatur de peculio, vt dictum est in *lege prox. præced.* & ita tamen vt nec supra quantitatem peculij, nec nisi quandiu peculium durat teneatur. Non debet igitur esse in eius potestate vt adimat peculium, ne quidem bona fide, cùm in arbitrio debitoris nunquam esse debeat an sit debitor nécne, *leg. 2. §. 1. supr. de eo quod cert. loc.* Maximè cùm sublata per ademptionem peculij actione de peculio, non magnum commodum sperare creditor possit ex alia actione quæ salua ei supereſt in solidum aduersus filiumfamilias, siue quod viuo patre nulla bona filiusfamilias regulariter habeat cùm acquirat omnia patri *leg. lex Cornelia* 28. *in fin. de vulg. & pupill. substitut. leg. 1. si à parent. quis manum. sit*, siue quod etiam post mortem patris futurum sit vt non possit conueniri in solidum, sed in quantum duntaxat facere poterit, nisi heres extiterit patri vt proximè diximus ex *leg. si non dubitet* 10. §. *filiusfamilias infr. de fideiuss. leg. si ex alio 9. Cod. quod cum eo.*

Dec. Non facit dolo pater cùm iure suo vtitur, *leg. si duorum 52. infr. de action. empt.* Vtitur autem iure suo cùm peculium adimit, dummodò sine fraude id faciat, quandoquidem varias potest habere causas adimendi filio peculij citra fraudem *leg. 4. l. summa cum ratione 21. supr. leg. quia autem 6. §. si patronus in fin. de iureiur.* Nec ad rem pertinet quòd per eam ademptionem fiat vt creditores actionem suam de peculio amittant. Id enim fit per consequentias quæ in iure nostro attendi non solent si modò id quod principaliter fit iustè ac licitè fiat *leg. 1. leg. quod dicitur 7. infrà de author. tutor.* Sed non faciet ademptio peculij quin salua supersit actio contra filiumfamilias, quia non de peculio illa actio est neque ex peculio pendet, sed ex contractu, ideóque datur in solidum: est enim actio principalis, cùm aduersus eum detur qui ipse contraxit, nec quia peculium habuerit, sed quia ipse contraxerit, quæ autem datur contra patrem non nisi accessoria est; qua proinde sublata per ademptionem peculij, non ideo sublata dici potest actio solidi contra filium, quomodo tamen è contrario si filius liberatus sit ab obligatione sua, patris quoque obligatio de peculio tollitur, tanquam accessoria ex regula *leg. cùm principalis* 178. *de reg. iur.* nisi cùm filiofamilias mortuo Prætor saluam retinet actionem de peculio intra annum *l. 1. infr. tit. prox.*

46. Idem

BIU Cujas

46. IDEM libro 60. ad Edictum.

QVi peculij administrationem concedit, videtur permittere generaliter, quod & specialiter permissurus est.

Ad l. Qui peculij 46.

RAT. DVB. qui totum vel omne dicit nihil excepit aut excludit *l. Iulianus respõdit 68. alias l. testatorem in princip. de legat. 3.* & sibi debet imputare qui nimis generaliter locutus est nec excepit specialiter ea, quæ nolebat generali sermone contineri: sunt enim verba generalia tãto periculosiora quãto sunt generaliora, semperq; imputari potest ei qui legem apertiùs non dixerit, cùm posset, *l. veteribus 39. supr. de pactis. l. Labeo 21. infrà de contr. emption.* vbi dicitur ob hanc causam contra eum faciendam esse interpretationem. Ergo qui administrationem peculij siue filiofamilias siue seruo generaliter concedit, generaliter permittere & concedere videtur omnia, non adhibita distinctione illa quid specialiter fuerit ipse concessurus vel non. DEC. Verba generalia non alia ratione vim habent operandi generaliter, quàm quia in genere species omnes continentur *l. semper specialia 147. de reg. iur.* Sicut & partes in toto *l. in toto 113. eod.* Ergo nec aliud videri potest in generali concessione administrationis contineri, quàm quod concedens fuerit specialiter concessurus: sunt enim verba omnia quantumlibet generalia ciuiliter intelligẽda, & ita vt neque absurdi neq; iniqui quicquam sequatur *l. si procurator 6. §. Celsus ait supr. de condict. indeb. l. creditor 60. §. vlt. infr. mandat.* Et quædam sunt quæ in sermone etiam generali tacitè excepta videri debent, vt Celsus eleganter scribit in *l. si cui simplicius 9. sup. de seruit.* Idq; per iustam interpretationem quam verba generalia facilius admittunt quàm specialia, quibus ideò vti melius est, ne quis dubitationi locus relinquatur *l. iam hoc iure 4. ad finem infr. de vulg. & pupill. substit.* Hinc dicimus in mandato generali non contineri vt mandatarius dolo malo aliquid faciat *d. §. Celsus ait & d. l. 60. §. vlt. mandat.* quia non sit verisimile mandatorem tale quid specialiter mandaturum fuisse, quod nec mandare sine crimine potuisset. Idémque generali obligatione rerum omnium quas quis habeat habiturúsque sit, non contineri ea quę verisimile sit specialiter quemquam obligaturum non fuisse, vt puta supellectilem, vestem, & alia huiusmodi quæ debitor in quotidiano vsu habet *leg. obligatione 6. infr. de pignor.* Semper. n. sumi debet interpretatio ex eo quod verisimile est, cũ vt Bald. solebat dicere, quicquid non est verisimile imaginem habeat falsitatis.

47. IDEM libro 4. ad Plautium.

QVotiens in taberna ita scriptum fuisset, *Cum Ianuario seruo meo geri negotium veto*: hoc solum consecutum esse dominum constat, ne institoria teneatur, non etiam de peculio.

Ad l. Quoties 47.

RAT. DVB. & DECID. eadem est ad hunc locum quæ ad §. 1. *l. si quis seruum 29. supr.* Eadem enim vtriusque loci sententia est, nisi quod ibi Caius loquitur de prohibitione qualibet per dominum facta ne cum seruo contraheretur, hic verò Paulus de proscriptione ante tabernam facta prohibendæ seruo negotiationis gratia in hæc verba, *Cum Ianuario seruo meo geri negotium veto*, qua proscriptione ac veluti protestatione consecutus dominus videbatur, ne ex contractibus, quos posteà inire quis cum seruo vellet aut institoria aut de peculio actione conueniri posset, quasi imputare sibi deberent qui contra voluntatem ac prohibitionem domini contraxissent *l. sed si pupillus 11. §. de quo palam & seqq. supr. de instit. act.* Sed contrà Paulo videtur & rectè proscriptionem illam prodesse quidem domino debere quantum ad institoriam actionem ne ea conueniri dominus possit, quandoquidem non alius ea teneri potest quàm qui tabernæ institorem præposuit: non potest autem videri præposuisse qui palam & publica ante tabernam ipsam proscriptione prohibuit, ne cum seruo contraheretur *d. §. de quo palam*, Sed quod ad actionem de peculio nil prodesse, quia non sit in potestate domini facere, ne ex serui peculium habentis contractibus teneatur de peculio nisi adimendo peculium bona fide, vt diximus ad *l. ideóque 45. supr.* Nemo enim iurisdictionis formam pro arbitrio suo mutare potest, vt diximus ad *d. §. 1. ex Papiniano in l. si filia 20. supr. famil. erciscun. l. ius publicum 38. de pact.* nec sibi cauere aduersus leges, aut edictum Prætoris *l. vltim. infr. de suis & legit.* Prætor institoriam actionem proposuit contra eos tantùm qui certæ negotiationi aliquem institorem præposuerunt, at de peculio actionem contra eos omnes qui peculium vel filiofamilias vel seruo concesserunt, & concessum non ademerunt, quoniam ad publicam vtilitatem pertinet, vt cum huiusmodi personis cõtrahere possit quisquis velit, cum quibus vtique contrahi perinde posset, etiamsi peculium nullum haberent: pater enim tenetur de peculio ex contractu filijfamilias ex contractu serui, ille quia pater, hic quia dominus est, non quia peculium concesserint, quamuis non teneantur nisi quatenus peculium patitur, ideóque nimirum actio de peculio tenet quoties agitur ex contractu filiifamilias vel serui, quamuis nihil sit in peculio eo tempore quo agitur, si modò aliquod peculium sit tempore rei iudicandæ *l. quæsitum 30. supr. hoc tit.*

1 ¶ Sabinus respondit, non aliàs dandam de peculio actionem in dominum, cùm seruus fideiussisset, nisi in rem domini, aut ob rem peculiarem fideiussisset.

Ad §. 1. Sabinus respondit.

RAT. DVB. Ex contractu serui tenetur dominus actione de peculio si modò rei iudicandæ tempore aliquid in peculio sit, vt proximè diximus. Ergo & cùm seruus fideiussit, licèt neque in rem domini, neque ob rem peculiarem fideiusserit dicendum est dominum de peculio teneri quomodo & patet ex filiifamilias fideiussione teneretur *l. 3. §. sed si filius supr.* Solet enim eadem ratio esse patris, quæ domini, & filiifamilias quæ serui in actione de peculio.

BIU Cujas

DEC. Obligatio domini de peculio ex contractu serui accessoria est ad obligationem serui, nec fieri potest vt obligetur dominus de peculio ex eo serui contractu qui non teneat: atqui seruus ex causa fideiussionis obligari nullomodo potest nisi in rem domini, aut ex causa peculiari *l. seruus inscio 19. & seq. infr. de fideiuss.* id est ne quidem naturaliter. Ex quo enim alio contractu potest obsecro seruus ciuiliter obligari? *l. serui 14. infr. de oblig. & action.* An non verò satis est naturalem serui obligationem subesse ad inducendam contra dominum actionem de peculio *l. nec seruus 41. supr.* Cur autem seruus ex fideiussione obligari nullomodo possit extra supradictas duas causas, ratio non obscura illa est, quòd fideiussio non fit nisi per stipulationē *l. græcè 8. infr. de fideiuss. l. blāditus 12. C. eod.* Atqui seruus nō est capax ineūdę stipulationis siue actiuè, siue passiuè, nisi ex sui domini persona *Instit. de stipul. seruor. in princ.* cū sit incapax eorum omnium, quæ sunt iuris ciuilis *l. quod attinet 32. de regul. iur.* Ergo non nisi ad domini vtilitatem ne alioqui quod dominorum fauore introductum est, in eorum odium retorqueatur contra *l. nulla 25. supr. de legib. l. quod fauore 6. C. eod.* proinde non est permittendum seruo vt fideiubendo dominum obliget, quia nec seipsum obligare per stipulationem potest, nisi cùm aut in rem & vtilitatem domini id factum est, vnde est quod nec compromittere seruus potest, nec compromittendo dominum suum obligare de peculio *l. 3. §. si seruus & duob. seqq.* vbi diximus *supr.* Et in his duobus inter cætera differt filiusfamilias à seruo, vt ibidem scriptum est. Non enim similes sunt in omnibus, & per omnia, ne quidem in actione de peculio, vt Iustinianus præfatur initio *Tit. Instit. quod cum eo. Iunge l. nulla res 5. C. eod. ill. tit.*

2 ¶ Si semel actum sit de peculio: quamuis minùs inueniatur rei iudicandæ tempore in peculio, quam debet, tamen cautionibus locum esse non placuit de futuro incremento peculij: hoc enim in pro socio actione locum habet: quia socius vniuersum debet.

Ad §. 2. Si semel.

RAT. DVB. Is qui semel egit de peculio, non eo minùs de residuo debiti agere potest aucto posteà quandocunque peculio *l. quæsitum 30. §. is qui semel supr.* nec enim potest actio de peculio exerceri aut competere, nec proinde consumi, nisi quaterus in peculio est tempore rei iudicandæ, vt ibidem diximus. Nec rursum videri æquum potest, sola intentione agentis creditoris, ac non potiùs perceptione liberari eum qui tenetur de pēculio *l. si ex duobus 32. supr.* Ergo si rei iudicandæ tempore minus inueniatur in peculio quàm debeatur, æquum est dominum aut patrem cauere saltem de futuro incremento peculij, vt scilicet si cōtingat augeri quandocunque peculium id quoque præstetur. Nec enim magnum damnum aut incommodum patris vel domini est in præstanda repromissione præsertim nuda, & quæ onus satisdationis adnexum non habeat *argum. l. in creditore 38. in fin. de euict.* Talis verò cautio est quam socius socio præstat cum actione pro socio cōdemnatur in minùs quàm debeat, quia minùs facere potest *l. verum est 63. §. item videndum infr. pro socio.* Item quàm maritus pro dote vxori, quòd si ad meliorem fortunam peruenerit etiam id quod minùs persoluit vxori restituet *l. vnic. §. cùm autem C. de rei vxor. act.* vt ea cautio pro iusta præstatione sit, vt & in *l. in omnib. 41. supr. de iudic.* quomodo & de delegatione scriptum est à Papiniano in *l. quod debetur 51. in fin. infr. hoc tit.* Cùm enim possit augeri peculium, & sperandum sit ita fore (semper enim quantū fieri potest de hominis cuiuslibet fortuna & facultatibus sperat ciuilis legislator *l. inter stipulantem 83. §. sacram de verb. oblig.*) debet Prætor id quoque prospicere quod potest euenire *arg. l. si quis domum 9. §. 1. vers. idem quærit infr. locat.* in eumq; casum etiam creditoribus, qui in damno interim morātur, prouidere, quod tamen nec leuiore incommodo, nec melius facere possit, quàm iniuncto onere nudę cautionis. DEC. Iniquissimum est superuacua & indebita cautione quemquam onerari *l. hæc stipulatio 14. in fin. infr. vt legat. seu fideic. seruand. caus. caueat.* Atqui pater vel dominus qui de peculio conuenitur, totumq; soluit, quod rei iudicandę tempore fuit in peculio, licèt minùs soluerit quàm debeatur creditori, totum soluit quod debet. Residuum enim non ab ipso debetur, sed à filiofamilias vel seruo: potest quidem fieri, vt plus aliquando fortasse debiturus sit, nimirum si contingat peculium augeri ex postfacto: sed verum tamen est nihil eum interim amplius debere ipso iure. Cur ergo præsenti die cogatur cauere de eo quod in præsenti nō debet, quodq; nec fortassis vnquam sit debiturus? Alia ratio est socij, mariti, & aliarum huiusmodi personarum, quę ob reuerentiam aliquam iis debitam priuilegium habēt, ne suprà quàm facere possint conueniantur. Non enim eo minus verum est vniuersum eos debere, id est suprà etiam quàm facere possint, licèt habeant exceptionem, ne interim ad solidi solutionem vrgeantur *l. Nesennius 41. §. vlt. iunct. l. sunt qui 16. & seqq. infr. de re iudic. §. vlt. Instit. de replicat.* Non ergo bona est hac parte comparatio actionis de peculio, & actionum pro socio & de dote. Nam per istas solidum persequimur quamuis non semper cōsequamur: per illam verò de peculio ne quidē persequimur, solidum, sed illud ipsum quod consequimur, id est quicquid in peculio inuenietur rei iudicandæ tempore: ac præterea nihil *§. sunt præterea 36. Instit. de action.* Adde quod singulare illud ius est actionum bonæ fidei vt in iis ex causa cauendum aliquando, sit prius etiam quàm debeatur *d. l. in omnib.* Eiusmodi verò sūt actiones pro socio, & de dote, & aliæ nō paucæ, quas Iustin. enumerat in *§. actionū Instit. de action.* At de peculio actio non bonæ fidei, sed stricti iuris est, vt diximus ad *l. in bonæ fidei 36. supr.*

3 ¶ Si creditor serui ab emptore esset partem consecutus: competere in reliquum in venditorem vtile iudicium, Proculus ait. sed, re integra, non esse permittendum [a] actori, diuidere actionem. vt simul cum emptore, & cum venditore experiatur. satis enim esse, hoc solum ei tribuit, vt, rescisso superiore iudicio, in

tio, in alterum detur ei actio: cùm electo reo, minus esset consecutus. & hoc iure vtimur.

Ad §. si creditor 3.

RAT. DVB. Habet equidem creditor electionem an cum emptore velit agere, an cum venditore *l. si noxali* 11. §. *pen. supr.* Sed si alterutrum eligat ad alterū redire non potest, etiamsi à priore conuento solidū consecutus non sit, quia electione vnius alter ipso iure liberatur *l. si ex duobus* 32. *supr. l. quod in herede* 9. §. *eligere supr. de tribut. act.* Ergo si creditor serui ab emptore partem sit consecutus, neque directum, neque vtile iudicium competere potest de reliquo in venditorem.

DEC. Æquitas semper præferenda est stricto iuri *l. placuit* 5. *C. de iudic.* Etsi verò summum ius facit vt electo vno alius liberetur, æquitas tamen dictat vt non tam intentione agentis creditoris quàm perceptione liberari alium oporteat, cùm creditor qui cum seruo contraxit vniuersum eius peculium quasi proprium ipsius patrimonium intuitus sit, vt ex Iuliano & Vlpiano scriptum est in *d. l. si ex duobus, & in l. si creditor* 37. §. *pen. supr.* vbi diximus. Hoc autem iudicium posterius quod in venditorem datur creditori qui priùs egit de peculio contra emptorem, Proculus vtile vocat non directum, tanquam quod non nisi ex æquitate & vtilitatis gratia competat aduersus strictam iuris rationem, & quia nec aliter datur quàm si superius priúsque iudicium institutum contra emptorem rescissum sit, quasi agendum sit contra venditorem eo colore ac si nūquam cum emptore actum esset, quamuis deducendum sit ex posteriore iudicio quod actor ex priore consecutus est. Omnes enim rescissoriæ actiones dicuntur vtiles, quia nunquam rescissio fit nisi ex æquitate Prætoria *l. in honorariis* 35. *de oblig. & act. & tot. in. supr. ex quib. caus. maior.*

a *Sed re integra non esse permittendum.* Sensus est, si antequàm creditor egerit de peculio in solidū contra emptorem malit ille actionem diuidere, & pro æquis partibus emptorem & venditorem simul ac eodem tempore conuenire, non esse eum audiendum, nec ipsi permittendum vt cum emptore & vēditore simul experiatur, nè quidem pro partibus.

RAT. DVB. Nihil interest emptoris neq; venditoris an singuli conueniantur ab initio de peculio pro partibus diuisa creditoris actione, cùm possit eorum vnusquisque eligi ac in solidum conueniri. Quænam enim fit iniuria ei qui in solidum conueniri potest, si pro parte conueniatur. Ideóque merito placuisse videtur prudentibus Iuliani sententia quam Vlpianus refert, & probat in *l. & ancillarū* 27. §. *illud quoque supr.* & quæ extare videtur in *l. si creditor* 37. §. *seruum in fin. supr.* Alienato seruo permittendum esse actori non solùm eligere an cum emptore malit agere an cum venditore, sed etiam & cum venditore & cum emptore simul agere, diuisa nimirum in partes actione, quod tamen Paulus ex Proculo hîc negat.

DEC. Multæ fuerunt prudentum veterum circa actionem de peculio inter se dissensiones, vt dicemus ad *l. eo tempore* 50. *infr.* Inter cæteras verò hæc vna fuit, ni fallor, in qua dissenserunt Sabiniani à Proculianis, & consequenter à Proculo Iulianus qui Sabinianus fuit. Dissentiendi autem causam illud præbuit quod Sabiniani viderunt nihil interesse creditoris aut emptoris, an conueniantur singuli pro parte eodem tempore, cùm potuerint singuli separatim eligi & in solidum vnusquisque solus cōueniri. Annon enim commodius iis est actionē in partes diuidi, ne ab eo tēpore alter pro altero exigatur? vt euenit in duob. correis debēdi *l. si creditores* 18. *C. de pact. l. reos* 23. *C. de fideiussor. & mandat.* Creditoris verò interesse potest commodioris exactionis gratia vtrunque simul & vno eodémque iudicio conuenire vt à singulis partes consequatur, à quorum neutro solidum cōsequi se posse intelligeret. Quinimò interdum euenit vt qui duos in solidum obligatos habet etiam vno electo alium quoque conuenire possit, etiam pendente priore iudicio, vt accidit in debitore & mandatore *l. creditor* 60. *infr. mandat.* nempe quia hoc casu vnius electio alium non liberabat etiam iure vetere *l. vltim. C. de fideiuss.* Atque rationes istæ sunt, vt arbitror, quibus moueri Iulianus potuit, & quotquot Sabiniani eum secuti sunt. At ex contrario mouit Proculum & Paulum, licèt is quoque Sabinianus fuerit, quod ex sola æquitate contra iuris rationem iam inductum illud sit & indultum creditori, vt possit eligere cum quo malit agere, an cum emptore tanquam nouo domino actione perpetua de peculio, an contra venditorem actione annua quæ singulari iure ac beneficio Prætoris comparata est, ne in damno morarentur, Itémque vt postquàm elegerit nec solidum tamen consequi potuerit ad alterum pro residuo redire possit: quamuis fuerit ille per electionem ipso iure liberatus, vt proximè diximus. Cur non igitur satis hoc ei esse debeat quod ei tribuitur vt rescisso superiore iudicio in alterum detur ei iudicium vtile? Aut cur nulla cogente necessitate patiamur priuilegia multiplicari vt ei licere debeat etiam re integra actionem diuidere & cum vtroque simul eodem tempore experiri? Mihi tamen si inter tantos viros iudicium interponere quis audeat Iuliani sententia probabilior videtur. Non ob id solùm quod durum videatur denegari creditori quod ipsi commodius, emptori verò & venditori si non vtilius saltem sine dispendio futurum sit vt pro partibus ambo præstent quod à singulis solidum peti posset, si ratio & quantitas peculij pateretur, sed etiam quia negari non potest quin valde incommodum sit creditori duobus diuersis iudiciis, & diuersis temporibus experiri ad consequendum debitum quod diuisa actione consequi solidum ab initio & vno iudicio potuisset. Itaque non possum satis mirari quod Paulus post relatam Proculi sententiam hoc iure nos vti ait. Cùm Iuliani sententia ab aliis prudentibus frequentiùs recepta & creditoribus & emptori ac venditori longè commodior & vtilior esse videatur. Quis enim nescit interesse non modò litigantium, sed etiam reipublicæ vt litium & iudiciorum numerus minuatur nec duobus iudiciis fiat quod vno fieri posset? *l. quidem* 21. *supr. de reb. credit. l.* 1. *C. de admin. tutor. l.* 3. *C. de fructib. & lit. expens. l. minoribus* 6. *supr. de minor.* Hanc verò rationem quæ & iuris & æquitatis est non diluit ratio Proculi. Sic miratur Caius in *l. liberum* 9. *supr. de religios.* quare constare videatur, actionem de qua ibi tractatur, neque heredi, neque in heredem dari, cùm tamen meram rei persecutionem contineat: præualuit tamen in praxi sententia Proculi, si Paulo credimus. Id enim est quòd ille ait hoc iure nos vti.

BIU Cujas

4 ¶ Non tantùm autem quiuis creditor cum venditore ex antè gesto agere potest, sed & ipse emptor, idque & Iuliano videtur, quamuis & deducere ipse potest aduersus alium agentem, dum tamen id, quod apud se habet, computet.

Ad §. 4. Non tantùm autem.

RAT. DVB. Emptor serui cuius nomine competit actio de peculio, tenetur ipse de creditoribus, tanquam nouus dominus, & quidem actione perpetua, cùm tamen venditor non teneatur nisi annali & priuilegiaria ex edicto Prætoris, de quo in *l. 1. infr. tit. prox.* ergo non magis permittendum est emptori, vt agat de peculio contra venditorem, intra annum, quàm venditori vt agat contra emptorem, quod ei vtique non licet *l. & ancillarum 27. §. sed ipsi qui vendiderit & seq. supr.* & quemadmodum is qui vindicat eam rem de cuius euictione tenetur doli mali exceptione repellitur ratione illa quod ipse de euictione teneatur *l. vindicatem 17. l. Seia 72. de euict.* ita & eâdem doli exceptione summouêdus videtur emptor qui de peculio agit contra venditorem tanquam creditor cùm ab aliis creditoribus possit ipse eadem de peculio actione conueniri, quasi contra seipsum agere primùm debeat, & ex peculio quod apud eũ seruus habet soluere, antequam vẽditorem inquieret: nulla enim ratio est, vt non sit deterioris conditionis hic creditor qui cæteris creditoribus de peculio tenetur, quàm cæteri creditores qui de peculio agere tantùm, non etiam conueniri possunt.

DEC. In venditorem serui datur ex edicto Prętoris actio de peculio intra annum creditoribus omnibus peculiaribus quibus ante venditionem tenebatur *d. l. & ancillarum 27. §. in venditorem supr. & tot. tit. prox. infr.* atquin is qui emit seruum fuerat ante vẽditionem ex creditoribus, neque per emptionem desinit esse creditor: ergo aliorum creditorum exemplo saluam retinet contra venditorem suam de peculio actionem: nec par ratio est venditoris volentis similiter agere de peculio contra eum ipsum cui vẽdidit, cùm debeat sibi imputare cur non sibi priùs soluerit, aut seruum vendiderit ea lege, vt sibi debitum ab emptore solueretur, vt diximus ad *d. §. sed si ipse vendiderit*, nec quod emptor hic quoque cæteris creditoribus teneatur, ad rem facit: sufficit enim ad excludendam doli exceptionem, vt non possit emptor à venditore ipso conueniri: nam si dolo non facit qui ab aliquo id petit quod redditurus sit alteri *l. si socer 44. §. Lucius infr. solut. matr.* quantò minùs dolo faciet emptor qui petit à venditore, id quod nec ipsi vẽditori nec alij vlli ex creditorib. redditur? fit, licèt cæteris creditoribus de peculio sit obligatus? Planè quæ ratio emptorẽ obligat vt aliis creditorib. peculiariis respondere teneatur, eadẽ facit vt sibi quoque primùm soluere debeat ex peculio quod habet si ab iis conueniatur, deducendo quidem id quod sibi debetur aduersus alium quemlibet agentem, sed ita tamen vt prius computet in deductione illa peculiũ quod apud se habet: sic enim locus hic intelligi debet, non ita vt agens emptor de peculio contra venditorem computare priùs debeat quod apud se habet ex peculio serui, nec nisi de residuo agere possit contra venditorem: ita enim fieret vt contra se priùs agere videretur, atque ita sibi adimere electionem quam habent creditores cęteri an agere malint cum venditore, quàm cum emptore *l. si noxali 11. §. pe. supr.* itaque postrema illa verba huius §. *dum tamen id quod apud se habet, computet*, referenda sunt & restringenda ad proximam illam præcedentem clausulam, *quamuis & deducere ipse potest aduersus alium agentem*, non ad primam huius §. sententiam, quæ est de danda emptori actione de peculio aduersus venditorem: benè autem Paulus, posse quemuis creditorem ex antegesto agere contra venditorem, id est, ex eo quod ante venditorem gestum fuit, quia de contractibus à seruo vendito post venditionem factis nulla ratio est vt venditor quoque teneatur, sed solus emptor, tanquam nouus, & solus dominus.

5 ¶ Si seruus, deducto peculio, venditus sit: procedit, vt venditor & deductione vti possit. &, si post venditionem cœperit aliquid venditori seruus debere. non minuit peculia: quia non domino debet.

Ad §. 5. Si seruus.

RAT. DVB. Cùm dominus seruum suum deducto peculio vendidit, atque ita obstrinxit se creditoribus peculiariis, vt ab iis de peculio adhuc intra annum conueniri possit [hic enim casus est in quo Prætor annalem actionem induxit contra venditorem, de qua in *l. 1. infr. tit. prox.* non etiam si seruus cũ peculio venditus sit *l. si noxali 11. §. vlt. supr.*] id egit proculdubio vt conuentus à creditoribus peculiaribus deducere posset ex peculio quicquid sibi deberetur: cùm id quod debetur domino, ne quidem in peculio esse intelligatur *l. sed si damnum 9. §. præterea supr.* ergo etiamsi post venditionem aliquam pecuniam huic seruo crediderit, id quoque poterit deducere ex peculio quod adhuc penes se habet, eiusdem vt videtur conuentionis potestate qua peculium ipsum sibi excepit. Fieri enim potest vt facilior fuerit ad credendam seruo pecuniam ob id quòd existimauerit quandiu penes se peculium haberet, tamdiu quoque habiturum se vnde pecuniam sibi debitam retinere posset, ac sibi soluere.

DEC. Ea demùm pecunia in actione de peculio deducitur quæ domino debetur *l. 5. §. vlt. l. sed si damnum 9. §. peculium & seqq. l. sed si duo 15. in fin.* atqui pecunia post venditionem seruo vendito per venditorem credita nunquam debita fuit domino, quia vẽditor eo crediti tempore iam dominus esse desierat: non ergo potest deducere quod post venditionem credidit, nec tale creditum minuere peculium potuit. Idque nimirum est quod Africanus ait in *l. depositi 38. §. vltim. supr.* onus eius peculij quod apud venditorem remansit ad posterioris temporis contractus non pertinere.

6 ¶ Quæ

6 ¶ Quæ diximus in emptore, & venditore, eadem sunt, & si alio quouis genere, dominium mutatum sit: vt legato, dotis datione, quia, quasi patrimonium liberi hominis, peculium serui intelligitur, vbicunque esset.

Ad §. vlt. Quæ diximus.

RAT. DVB. In plerisque iuris partibus longè alia ratio est hominis venditi, alia legati, alia denique in dotem dati: qui enim venditur, is propriè alienatur à venditore, qui verò legatur, potiùs à lege alienatur quàm ab homine: lex enim illa est quæ facit vt res legata scilicet per vindicationem, tam citò sit legatarij quàm heredis res singulæ *l. legatum* 80. *de legat. 2.* qui autem datus est in dotem, licèt in mariti dominium transierit, adhuc tamen aliquo modo est vxoris propter spem restitutionis in casum soluti quandocunque & quomodocunque matrimonij *l. quamuis* 75. *infr. de iur. dot. l. in rebus C. eod.* non ergo quæcunque in superioribus dictæ sunt de emptore & venditore, tam facilè trahendæ sunt ad legatarium aut ad maritum, cui seruus in dotem datus est.

DEC. Prætor in edicto de quo *infr. tit. prox.* locutus est de seruo alienato: alienationis verò nomen latiùs patet quàm venditionis & emptionis, tametsi lex 12. tabul. aliquando emptionis nomine complexa sit omnem alienationem, vt Pomponius refert in *l. statuliberi à cæteris* 29. *ad fin. infr. de statulib.* alienationem enim cùm diximus omnem actum significamus per quem dominium transfertur *l. 1. C. de fund. dotal. l. si fundum* 16. *inf. eod. ill. tit. l. alienationis* 28. *de verb. signific.* atqui dominium transfertur per legatum nõ minùs quàm per venditionem à domino factam *d. l. legatum* 80. *de leg. 2. l. à Titio* 64. *ad fin. de furt.* imò tantò magis quod ex causa venditionis traditio omnimodo requiritur ad dominium transferendum, itémq; vt precium solutum sit aut aliter eo nomine satisfactum *l. quod vendidi* 19. *de contr. empt. §. venditæ Instit. de rer. diuis.* in legato autem nulla traditio requiritur, quia sufficit sola authoritas legis *l. 1. & 2. supr. de Public. in rem act.* lex enim vnus est ex modis trãsferendi dominij iure Quiritium non minùs quàm traditio, vt Vlp. scribit in *Fragment. tit. 19. de acquisit. rer.* ex causa verò dotis æquè dominium transfertur in maritum saltem bonitarium *d. l. quamuis*, quia dos datur eo voto, vt perpetuo remaneat penes maritum propter liberos qui ex matrimonio sperantur *l. 1. eod. titu. de iur. dot.* nihil ergo interest an ex his aliisve huiusmodi causis, an ex venditione mutatum sit dominiũ, quoties quæritur de peculio, & de actione annali contra eum danda, qui dominus anteà fuit *l. 1. §. in alienatione & seq. infr. titul. prox.* vbi additur idem esse in seruo quoq; donato & permutato, quia ex his etiam causis cùm donatio per traditionem fit dominium in donatarium, & in permutantem transferri nemo ambigit *l. traditio* 20. *iunct. l. numquam nuda* 31. *infr. de acqu. rer. domin. l. 1. & pass. de donat. l. 1. de rer. permut.* ideò autem his omnib. idem iuris est quantum ad annalem actionem de peculio, quæ in alienatorem intra annum datur, quia quasi patrimonium liberi hominis peculium esse intelligitur vbicunque sit, vt Paulus hic scribit, & nos iam sæpiùs monuimus ex *l. hinc quæritur* 19. *§. 1. l. si ex duobus* 32. *in fine princ. supr.*

48. IDEM libro 17. ad Plautium.

Libera peculij administratio non permanet neque in fugitiuo, neque in subrepto, neque in eo, de quo nesciat quis, viuat, an mortuus sit.

Ad l. Libera 48.

RAT. DVB. Licèt fieri nequeat, vt prudens paterfamilias liberam det peculij administrationem seruo fugitiuo, aut quẽ aliquis subripuerit, aut de quo nesciat ille an viuus sit an mortuus, non tamen bona consecutio est, vt libera peculij administratio semel concessa cẽseri debeat reuocata ob hoc solùm quod ex supradictis tale quid superuenerit, præsertim cùm liberam peculij administrationem nemo habeat nisi cui ea specialiter concessa est *l. quam Tuberonis* 7. *§. 1. supr.* Quæ verò specialiter concessa sunt ea tantò difficiliùs adimi possint, & specialem quoque reuocationem exigant, vt vnumquodque dissoluatur eo modo quo colligatum est, ex *vulg. regula, l. nihil tam naturale* 35. *de reg. iur. l. prout* 80. *de solut.* quò etiam referri potest tritum illud nostrorum brocardicũ, multa facta tenere quæ fieri prohibentur ex *l. patre furioso* 8. *supr. de his qui sui vel alien. iur. sunt.* nam etsi quis ante furorem peculium, & liberam quoque si voles eius administrationem seruo concesserit, non ideò quod in furorem posteà inciderit reuocata concessio esse intelligitur *d. l. quã Tuberonis* §. 1. vbi diximus, imputari siquidem domino potest cur his casib. peculium, liberámque eius administrationem non ademerit: quod enim non mutatur, cur stare prohibeatur? inquit *l. sanctimus* 27. *C. de testam.*

DEC. In concessione, promissione, ac dispositione ferè qualibet subintelligitur seu per clausula *rebus sic stantibus*, ne alioqui facilè in captionem incidant, qui contraxerunt *l. cùm quis* 38. *in princ. l. si cùm Cornelius* 82. *ad fin. infr. de solut.* Generale enim est, vt quæ de nouo emergunt, semper nouo indigeant auxilio *l. de ætate* 11. *§. ex causa supr. de interrog. in iur. faciend.* Longéque aliud est si in furorem incidat is qui peculium, aut liberam peculij administrationem concessit: aliud verò si is cui concessio facta est, priore casu nulla causa est reuocãdæ concessionis quæ ab initio benè facta tamdiu durare debet, quamdiu reuocata non est ab eo qui eius reuocandæ ius habeat, *d. l. quã Tuberonis* §. 1. posteriore verò secus est ob nouum & inopinatum casum, de quo concessionis tempore cogitatum videri non potest, neque cogitari probabiliter potuit: quis enim tam stultus sit, vt furioso seruo liberam peculij administrationem fuerit concessurus? aut fugitiuo qui sicut sui ipsius furtum facit domino quantum potest *l. 1. C. de seruis fugit.* cæterarũ quoque rerum domini possessionem interuerteret si posset *l. rem quæ nobis* 15. *in fin. de acquir. poss.* aut seruo subrepto, qui iam in alterius quodammodo potestate & arbitrio sit, aut ei denique de quo nesciatur an viuus sit, an mortuus? nec est quod quis imputet domino, cur seruo quem in eiusmodi statu esse sciuit, peculium non ademerit nedum liberam peculij ad-

BIU Cujas

miniſtrationem. Fieri namque facilè poteſt, vt ſeruo fortaſſis in prouincia longè agente tale quid ei accidat quod non niſi poſt longum tempus dominus reſciat : quo toto medio tempore multa facere ac ſtruere ſeruus poſſet in necem & perniciem domini, ſi non ipſo iure reuocatio illa facta intelligeretur à quo tempore, ſeruus aut furere aut fugitiuus vel ſubreptus eſſe cœpiſſet aut incertum eſſe an viueret, nécne. Benè igitur Paulus ait liberam peculij adminiſtrationem in huiuſmodi ſeruo non permanere, quamuis peculium ipſum non idcirco ademptum videatur: nō enim peculij, ſed adminiſtrationis, præſertim liberæ conceſſio illa eſt quæ irrogare domino damnum poteſt. Quod eò pertinet, vt ſi idem hic ſeruus depoſita fortaſſe nequitia ſeruilis ingenij ad meliores mores redierit ac in domini poteſtatē aut ſi de furis qui eum ſubripuerat manu euaſerit, hoc ipſo liberam peculij adminiſtrationem quam contrario facto amiſerat, recuperet, nec noua indigeat conceſſione, non magis quàm in ſpecie *d. l. quam Tuberonis* §. 1. idémque multò magis iuris eſt, ſi dominus ſeruum quem mortuum audierat viuum eſſe reſcierit: ideò autem liberæ adminiſtrationis reuocatio hęc tacita non tantùm vtilis, ſed etiam neceſſaria eſt, quia is qui habet liberam peculij adminiſtrationem ſiue filiusfamilias ſiue ſeruus ſit, multa facere poteſt quæ non poſſet ſi non haberet, quale illud eſt inter cætera, vt etiam alienare poſſit *l. ſi conuenerit* 18. §. *vlt. & l. ſeq. ſupr. de pignor. act.* ſic & in procuratore diſtinguimus etiam qui totorum bonorum procurator ſit, an liberam habeat bonorum adminiſtrationem, nécne, vt ſciamus an plus minúſve mandato contineatur *l. procurator cui* 58. *& ſeqq. l. procurator totorum* 63. vbi diximus *ſupr. de procurat.*

1 ¶ Cui peculij adminiſtratio data eſt, delegare debitorem ſuum poteſt.

Ad §. 1. Cui peculij.

RAT. DVB. Qui in noſtra poteſtate ſunt ſolutionem quidem noſtro nomine accipere interdū poſſunt, ſed nouare obligationem non poſſunt, *l. non ideò* 25. *infr. de nouat.* atqui omnis delegatio nouatio eſt, & ſpecies nouationis præcipua ſiue per ſtipulationem fiat, ſiue per conteſtationem litis, cum delegare nihil aliud ſit quàm vice ſua reum alium conſtituere *l. delegare* 11. *& paſſ. eod. tit. l. vlt. C. eod.* ergo delegare debitorem ſeruus non poteſt nec ſi peculij adminiſtrationem habeat ſicuti nec donare *l. contra* 28. §. *vlt. ſupr. de pact.* DEC. Is cui peculij adminiſtratio præſertim libera permiſſa eſt ſiue filiusfamilias ſit, ſiue ſeruus omnia facere poteſt, quæ facere poſſet ille ipſe qui peculij adminiſtrationē conceſſit, niſi quod non habet ius donandi, quia donare perdere eſt *d. l. contra* §. *vlt. l. filiusfamilias* 7. *infr. de donat.* habet ergo etiam ius nouandi, ſed peculiaria debita duntaxat nō alia, maximè ſi etiam meliorem ſuam conditionem faciant, quanquam nec aliud eſt, etiamſi qua in re circa peculium faciant deteriorem, dummodo citra fraudem quæ ab omni mādato & conceſſione ſemper excluſa eſſe intelligitur *l. creditor* 60. §. *vltim. infr. mandat.* indiſtinctè enim & generaliter vera hęc prępoſitio eſt, ſi ipſi ſtipulati ſint: nam ſi alium iubeant ſtipulari adhibenda diſtinctio eſt an animo donandi id fecerint, an vt ipſi filio vel ſeruo negotium gereretur, quo caſu etiam actio mandati peculio acquiritur, vt eleganter Caius tractat in *l. vltim. de nouat.* multò igitur magis permittetur ei cui libera peculij adminiſtratio conceſſa eſt delegare debitorem, cùm delegatio ſolutionis vim obtineat, *l. quamuis*, 8. §. *interdum infr. ad SC. Velleian.* Nemo autem ambigat quin generali mandato cum adminiſtratione libera contineatur mandatum ſoluendi creditoribus, *l. ſed & id quoque* 59. *ſupr. de procur.* Cùm verò is qui reum delegat hoc ipſo alienet & amittat debitorem, §. *præterea Inſt. quibus mod. tollit. oblig.* intelligimus locum hunc intelligendum eſſe, non de quolibet habente adminiſtrationem peculij, ſed de eo tantùm qui liberam habeat, de quo Paulus initio huius legis: nam nec alius poteſt alienare res peculiares quā cui libera peculij adminiſtratio conceſſa eſt *l. ſi conuenerit* 18. §. *vlt. & l. ſeq. ſupr. de pignor. act.* Eodémque modo accipienda mihi videtur, *l. vlt. de nouat.* & quotquot alię loquuntur de peculij adminiſtratione ſpecialiter conceſſa: vix enim eſt, vt ſpecialiter concedatur, quin libera concedatur.

49. POMPONIVS libro 4. ad Quintum Mucium.

NOn ſolùm id peculium eſt, quod dominus ſeruo conceſſit: verùm id quoque, quod ignorante quidem eo acquiſitum ſit, tamen, ſi reſciſſet, paſſurus erat eſſe in peculio.

Ad l. Non ſolum 49.

RAT. DVB. Peculium pendet ex domini conſtitutione & conſtituentis voluntate *l. quam Tuberonis* 7. §. 1. *ſupr.* & id demùm peculij eſt quod dominus ipſe ſeparauerit, ſuam à ſerui ratione diſcernens *l.* 4. *eod.* ergo ſpeciali & expreſſa domini voluntate opus eſt, vt aliquid fiat peculij, nec tacita quæ ex ſola patientia inducitur, poteſt ſufficere. DEC. Multùm intereſt an de conſtituendo peculio agatur, an de augendo, conſtitui quidem & incipere non poteſt ſi ne expreſſa domini voluntate quæ ſcientiam comitem ſemper habet, ſed augeri facilè poteſt etiam domino ignorante, non ſolùm, quia ſui natura acceſſiones & deceſſiones recipit *l. ſi ex duobus* 32. §. 1. *& l. peculium naſcitur* 40. *ſupr.* ſed etiam, quia tale quid poſſit acquiri à filiofamilias, vel à ſeruo, quod pater aut dominus ſi reſciuiſſet, paſſurus fuiſſet eſſe in peculio, quod ex natura & qualitate tā rei acquiſitæ quàm filiſfamilias aut ſerui peculium habentis dignoſci facilè poteſt, & ſanè voluntates ac conceſſiones omnes, præſertim quę ſunt fauorabiles & publicè priuatímque vtiles, qualis eſt cōceſſio peculij, adiuuandæ ſunt fauorabili interpretatione ex eo ꝙ veriſimile eſt concedentem voluiſſe, aut voluiſſe, ſi præuidiſſet id quod accidit, aut poſt euentū reſciuiſſet, vel ob id maximè, vt hoc ipſo inuitentur, & filiſfamilias & ſerui ad acquirendū etiam ignorātibus parentib. aut dominis, peculij ſui locupletandi gratia ꝙ ipſi quoq; quaſi proprium patrimoniū ſuū intuentur: nec nouum eſt, vt tacitæ voluntatis eadē ratio ſit quæ expreſſæ *l. 3. ſupr. de reb. credit.* & vt ſcientia cum patientia vim habeat tacitæ conuentionis *l. qui patitur* 18. *inf. mandat.* ſed non videtur paſſus qui ignorauit, aut qui etiamſi videat & ſciat, tamen pro ignorante habetur, vt pupillus *l. in eo* 110. §. *pupillus de reg. iur. l. 1. C. de falſ. monet. Iunge d. l. quam Tuberonis* 7. §. *ſcire autem*, & quæ ibi ſcripſimus *ſupr. hoc tit.*

Ad §.

BIU Cujas

1 ¶ Si ignorante me, seruus meus negotia mea administrauerit: tantidem debitor mihi intelligetur, quanti tenebitur, si liber negotia mea administrasset.

Ad §. 1. Si ignorante me.

RAT. DVB. Negotiorũ gestio nõ obligat iure Prętorio, nisi vt qui aliena negotia ignorante domino gessit, & agere & cõueniri possit actione negotiorũ gestorũ, quæ ob id tãtũ à Prætore cõparata est *l. 1. & 2. & pass. sup. de negot. gest.* At qui nihil tale tractari potest qui nec actione negotiorum gestorum, nec alia vlla vel agere vel conueniri potest *l. seruus. 6. C. de iudicl. cum seruo* 107. *de regul. iur.* Ergo si me ignorante seruus meus negotia mea administrauerit, non ideo tamen debitor meus intelligi poterit, vt tanti teneatur quanti teneretur si liber administrasset: & ad quid prodesset dicere teneri cũ negotiorũ gestorũ actio neque ei neque contra eum competere possit? vt diximus: neque verò aliud remedium videtur superesse domino cuius negotia seruus malè administrauit nisi vt eum dominus conueniat domi, quomodo loquitur *l. vlt. C. an seruus pro suo fact. post manum. teneat.* Nam nec si seruus hic manumissus fuerit, ex antegesto tamen poterit vnquã conueniri *l. cum actum* 17. *supr. de negot. gest. l. 1. & tot. ill. tit. An seruus pro suo fact.* DEC. Aliud est negotiorum gestio, & quæ ex ea gestione nascitur obligatio, aliud verò negotiorum gestorum actio. Negotiorum gestorum actionem induxit Prætori, at non etiam negotiorum gestorum obligationem quæ ex ipsa gestione nascitur, quæ tota facti est & ex qua non dubitatur, quin & naturalis obligatio nascatur solo facto & solã gestione, itémque post edictum Prętoris, etiã honoraria: proinde si seruꝰ meus ignorante me negotia mea malè gesserit, obligatur mihi naturaliter, quãuis non iure honorario quia nõ minus prętorio quã ciuili iure serui pro nullis cõputãtur *l. qui testamẽto* 20. *§. seruus inf. qui testam. facer. poss.* sed iure naturali nulla inter eos & liberos homines differentia est *l. quod attinet* 32. *de regul. iur.* Et vt debitor seruus domino, vel dominus seruo intelligatur computandum est ex causa ciuili, vt subiicitur in *§. seq.* Vbi causam ciuilẽ generaliùs eam intellige quæ comprehendat etiam honorariam, quomodo iuris ciuilis generaliter sumpti appellatione etiã ius Prętorium continetur *§. constat autem Instit. de iur. natur. gent & ciuil.* Iure autem honorario liber homo qui negotia mea ignorante me malè gessisset, vtique obligaretur mihi, & actione negotiorum gestorum teneretur quanti ob malam gestionem mea interesset *d. l. 1. 2. & pass. de negot. gest. l. si quis absentis 5. de oblig. & act.* Ergo & tantidẽ seruus meus debitor mihi esse intelligetur, nec inutilis hic tractatus est, quamuis seruus qui negotia mea gessit, neq; agere possit, neque conueniri: proderit enim si seruus hic peculium habebit vt sciatur quid & quãtum deducere dominus ex peculio debeat tanquã creditor cũ de peculio conueniretur, & quid peculio imputare si ex vtili gestione serui debitor fuerit ipse constitutus secundũ ea quę diximus ad *l. quã Tuberonis 7. §. sed & id quod & ad l. sed si damnum 9. §. peculium & seq. & alibi sæpe supr.* Et ita hic §. iuxta tituli huius tractatum intelligi debet.

2 ¶ Vt debitor vel seruus domino, vel dominus seruo intelligatur: ex causa ciuili computandum est id eóque si dominus in rationes suas referat, se debere seruo suo, cùm omnino neque mutuum acceperit, neque vlla causa præcesserit debendi: nuda ratio non facit eum debitorem.

Ad §. vlt. Vt debitor.

RAT. DVB. Nec seruus quicquã debere potest nec ei à domino deberi, sed cùm eo verbo abutimur factum magis demonstramus quàm ad ius ciuile referimus obligationem *l. nec seruus* 41. *supr. hoc tit.* Ergo vt debitor seruus domino, vel dominus seruo esse intelligatur ex causa ciuili computari non potest. Quid enim habet commune ius ciuile cum naturali obligatione, quæ ex solo iure gẽtiũ æstimatur *l. cũ amplius* 184. *§. is natura debet de regul. iur.* DEC. Naturalis obligatio ex facto quidem æstimanda est, sed nõ ex facto quolibet, at ex eo dũtaxat quod causam aliquam habeat iustã & ciuilem, id est eiusmodi quę inter personas capaces obligationis ciuilis inuicem contrahendę posset ciuilem quoque obligationem inducere: hic enim huius propositionis sensus est, vt exemplum quod subiicitur, demõstrat, Nam si dominus in rationes suas referat debere se seruo suo decem, cùm tamen omnino neque mutuum acceperit, neque vlla alia debendi causa præcesserit ex qua ciuiliter alij obligari posset, nuda ratio non faciet dominum debitorem ne quidem naturaliter, quia nec erga alium faceret eum debitorem ciuiliter *l. nuda ratio 26. infr. de donat. l. si peculium 6. §. pen. ante finem infr. de pecul. legat.* sic dicimus nihil tam naturale esse quàm voluntatem domini res suas in alium transferre volentis ratã haberi. *l. qua ratione 9. §. hæ quoque res de acquir. rer. domin.* quia traditio modus est non tãtũ iuris Quiritium, sed etiã iuris gentium ad transferendum dominium. *l. in rem 23 supr. de rei vindic. Iunct. §. per traditionem Instit. de rer. diuis.* Et tamen nudam traditionem non transferre dominium ne quidem iuris gentium, nisi præcedat causa iusta, & quæ sit habilis ad dominiũ transferẽdũ *l. quanquam nuda traditio 31. de acquir. rer. domin.* Ex quo intelligimus quantopere soleant nostri errare interpretes, qui tam multis casibus adeò faciles sunt ad inducẽdam obligationem naturalem ex ea causa ex qua numquam ciuilis induceretur, vtputa ex testamento minus solemni de quo diximus ad *l. 1. & ad l. fideicõmissum 62. supr. de condict. indeb.* Etsi enim non negamus longè facilius induci naturalem obligationem quàm ciuilem, vt in ipsa quoque huius §. specie apparet: causam tamen aliquam subesse semper necesse est, quæ saltem aliquo casu & inter aliquas personas posset sufficere, vt ciuilis quoque obligatio induceretur: sunt enim modi quidam contrahendæ obligationis etiam naturalis perinde ac ciuilis, inter quos nuda hominis voluntas non est, vt hic locus omnium optimè probat quantum ad obligationem naturalem. Nec quod dominus nuda etiam voluntate liberare seruum suum potest à naturali obligatione & peculium ei adimere *l. 4. §. 1. l. non statim 8. & d. l. quã Tuberonis §. sed & id quod supr. facere debet*, vt nuda etiam voluntate possit se facere serui sui debitorem: hoc enim difficilius est, vt pluribus docuimus ad *d. l. 4. §. 1. supr. hoc tit.*

BIU Cujas

50. PAPINIANVS libro 9. Quæstionum.

EO tempore, quo in peculio nihil est, pater latitat: in bonorum possessionem, eius rei seruandæ causa mitti non possum, qui de peculio cum eo acturus sum: quia non fraudationis causa latitat, qui, si iudicium acciperet, absolui deberet. nec ad rem pertinet, quod fieri potest, vt damnatio sequatur. nam & si in diem vel sub conditione debeatur: fraudationis causa non videtur latitare: tametsi potest iudicis iniuria condemnari. Sed fideiussorem datum eo tempore, quo nihil in peculio est[a] teneri putat Iulianus, quoniam fideiussor futuræ quoque actionis accipi possit: si tamen sic acceptus est.

Ad l. Eo tempore 50.

RAT. DVB. In possessionem bonorum debitoris rei seruandæ causa mitti solet creditor quoties debitor latitat, si modò constet ita esse illum debitorem vt actione aliqua possit conueniri, & fraudationis causa latitare ne vocari in ius possit *l. Fulcinius 6. §. 1. & seq. & § si in diem infr. quib. ex caus. in poss. eat.* Nam cùm omnium actionum instituendarum principium ab ea parte edicti proficiscatur quæ est de in ius vocando §. *omnium Instit. de pœn. temer. litig.* certum est fieri non posse vt actione vlla conueniatur qui per absentiam & latitationem suam facit ne prehendi, & in ius vocari & obtorto collo, vt Plautus dicebat, rapi possit. Fiebat enim vocatio per prehensionem, vt sæpiùs docuimus, præsertim ad *tit. de in ius vocand.* Atqui pater ex contractu filij conueniri potest de peculio, non solùm si quid in peculio sit, sed etiam si nihil sit tempore litis contestatæ. Non enim ob id minùs tenet actio de peculio, adeò vt ex ea sequi possit condemnatio, si modò tempore rei iudicandæ in peculio aliquid inueniatur *l. quæsitum 30. supr. hoc tit. l. cùm fideiubeat 35. infr. de fideiuss.* Ergo & hoc casu si pater latitet quamuis ante institutam actionem (nemo enim accepto iam iudicio & dicta actione latitare potest) mittendus est creditor in possessionem bonorum patris, perinde ac si iam eo tempore aliquid in peculio esset. Eóque iure nos vti Vlpianus ait in *d. l. Fulcinius §. si quis actione quib. ex caus. in poss. eat.*

DEC. Non fit missio in possessionem, nisi hæc tria concurrant, vt verus sit debitor qui latitat *d. §. si in diem*, vt verè latitet, & vt in fraudem creditorum latitet, in fraudem, inquam, non consilio tantùm, & proposito, sed reuera *d. l. Fulcinius §. 1. & seq.* Atqui pater qui ex contractu filij debitor est actione de peculio, quamuis verè debitor sit & verè latitet, illo etiam tempore quo nihil penitus est in peculio, ita vt conueniri possit actione de peculio, & si conuentus esset actio vtique teneret, fieri tamen non potest vt eo tempore creditores suos fraudet, contra quos si iudicium acciperet absolui omnimodo deberet: actio enim illa de peculio, licèt interim teneat ipso iure, vt diximus, inutilis tamen & inefficax est quandiu nihil est in peculio *l. seruus tuus 20. supr. de dolo l. depositi 38. in princip. supr.* Adeò vt nec onerandus sit dominus cautione vlla pro futuro incremento peculij, quod potest accidere, quia verum est interim nihil eum debere *l. quoties 47. §. vltim. supr.* vbi diximus: ergo nec interim mittendus est creditor in bonorum possessionem patris tanquam in creditorum fraudem latitantis. Atque ita Papinianus hîc concludit ad cuius rationem planè non video quid ab Vlpiano responderi possit: in hac enim quæstione dissensisse Vlpianum à Papiniano non dubito, & Vlpiani tamen sententiam compositoribus magis placuisse, siue Vlpiani, siue Compositorum esse velis, quod scriptum est in *d. §. si quis actione*, hoc iure nos vti, vt creditor in possessionem bonorum patris mitti possit. Vlpianus nihil aliud inspiciendum putauit, nisi an pater conueniri possit latitationis tempore, & an si tùm conuentus esset actio de peculio teneret vt constat ex verbis *dicti §. si quis actione iunct. præced. §. si in diem.* At Papinianus multò subtiliùs, ni fallor, id maximè intuendum putat, an actio illa de peculio quam fatetur tenere, talis sit, vt ex ea posset sequi condemnatio inspecto tempore latitationis, quia non possit quis videri latitare eo tempore quo si iudicium acciperet absolui deberet. Vlpianus actionem hanc de peculio quæ iam competit, & impetrata teneret, habet pro actione præsenti ac proinde quæ debitum aliquod præsupponat quia tenet, Papinianus verò eam respicit tanquam futuram, quia hodie inutilis, & efficax esset, quia secundum præsentem statum peculij nulla potest ex ea sequi condemnatio, vt ex sequentibus illis Papiniani verbis apparet, *quoniam fideiussor futuræ quoque actionis accipi possit.* Denique Vlpianus intuetur id quod esse potest, & accidere, Papinianus verò id tantùm quod est, non quasi rationem illam Vlpiani non viderit, vt suspicari audet Cuiacius, existimans non aliud responsurum fuisse Papinianum, quàm Vlpianum, si quis ei rationem Vlpiani obiecisset (quod ferre certè non possunt qui video ea ratione Papinianum summæ imperitiæ vel saltem inertiæ reum fieri, ne addam, improbitatis si aut obiectionem Vlpiani non vidit aut si vĕdit attamen contra eam obiectionem responderit quam nulla subtilitate vel arte diluere potuerit), sed quia vidit & credidit malam, nulliusq; momenti rationem esse. Quid enim aliud, obsecro, sibi voluit cùm ita scripsit *nec ad rem pertinet quod fieri potest vt damnatio sequatur?* An non illud ipsum est quod ait Vlpianus pluribus verbis, Fieri posse vt ex huiusmodi actione proposita eo tempore quo nihil est in peculio possit sequi condemnatio, non iniuria iudicis, vt malè addit Cuiacius, de quo hec Papinianus iudicauit, sed iusta condemnatione tempore aliquid in peculio esse reperiatur. Nam neque Papinianus negat, quod ex Proculi primùm & Pegasi sententia tandem à cæteris quoque prudentibus receptum fuit, vt in actione de peculio si quæratur an aliquod sit peculium, aut quantum sit in peculio rei iudicandæ tempus inspici oporteat *d. l. quæsitum 30. in princip. supr.* cum in cæteris quoque actionibus ferè omnibus idem obtineat, vt diximus, ferè omnibus idem obtineat, vt

diximus

diximus ad illam legem. Sed negat hoc sufficere vt mutato rerum statu, & adueniente aliquo peculio possit sequi aliqua iusta condemnatio si præsens status talis sit vt non possit videri pater in fraudem creditorum latitare, quod contingit, quoties si eo tempore iudicium acciperet absolui omni modo deberet. Nec enim quod actio tenet, facit vt eo minùs absolui reus debeat, cùm non ex alia actione quàm quæ ipso iure tenet, sicuti condemnatio ita & absolutio sequi possit, siquidem is demùm potest absoluere, qui potest & condemnare *l.1.& 3. infr. de re iudic.* Proinde ratio hæc Papiniani, vt nemo non videt sententiam & rationem Vlpiani manifestissimè conuincit. Respondet tamen Papinianus ad obiectionem Vlpiani specialiùs, ostenditque cùm de latitatione quæritur, & de mittendo creditore in possessionem bonorum debitoris ex causa latitationis inspiciendum esse quis rerum status sit eo tẽpore, non quis ex postfacto esse possit. *Nam etsi in diem,* inquit, *vel sub conditione debeatur fraudationis causa non videtur latitare, tamen si potest iudicis iniuria condemnari.* Sensus est in possessionem bonorum eius qui non nisi in diem vel sub conditione debeat non posse mitti creditorẽ, nec si latitet debitor, quia videri non potest fraudationis causa latitare, cùm adhuc cõueniri non possit, nec magis ille qui in diem certam, quàm qui sub conditione debet, vt fatetur Vlpianus ipse in *d.l. Fulcinius §. si in diem*, quãuis qui in diem certam debitor est, iam verè debitor sit, non etiam qui sub conditione, *l. cedere diem 213. de verb. sign.* Nempe quia non magis hic quàm ille cõueniri interim vtiliter & iure potest, imò quòd magis est si quis verè debitor sit & conueniri in effectu possit, si tamen exceptione aliqua tutus sit per quam possit actionem elidere, non videbitur fraudationis causa latitare, nec missionem creditoris in missionem bonorum ex ea causa pati cogeretur, eodem ipso Vlpiano fatente in *d.§. si in diem in fin.* Hoc verò cur ita? Nimirum ratione illa, qua mouetur Ppinianus: quia si eo tempore iudicium acciperet, absolui omnino deberet propter exceptionem, & tamen fieri posset fortasse vt eam non opponeret siue per imperitiam, siue qua alia de causa, quo casu perinde condemnaretur, & quidem iustè ac si nullam exceptionem haberet. Nulla enim prodesse potest exceptio, ne quidem compensationis, tametsi actionem elidat ipso iure, quasi vi factæ iam solutionis, si non opponatur. Nec enim aut diuinare aut supplere illam iudex potest vel debet, *l. vlt. C. de compensat.* Idque est quod ait Paulus in *l. creditor 55. de verborum significationib.* Eum qui exceptionem timet, licèt de temporali tantùm exceptione ibi loquatur non de perpetua similem esse conditionali creditori, quia fieri aliquo casu potest, vt exceptio non opponatur, putà si eius opponendæ tempus præterierit. Denique, exceptiones competunt sub perpetua illa conditione tacita & quæ ex rei natura inest si opponantur. Proinde non faciunt quominus actio interim teneat, & tamen faciunt ne fraudationis causa latitare videatur debitor, qui exceptione aliqua siue perpetua siue temporali tutus est, *d.§. si in diem vers. idem dicendum est,* Eadem nimirum ratione Papiniani, quia si nunc cõueniretur, & iudicium acciperet, in ea causa esset, vt absolui deberet, quamuis non opposita exceptione posset iustè, vt diximus, cõdemnari. Non ergo inspiciendum est, quid euenire aliquo casu possit: sed ex præsenti statu considerandum est quid iure fieri possit & debeat. Alioqui etsi in diem vel sub conditione quis debitor sit, quo casu nullus condemnationis metus iustus subesse potest, æquè tamen dicendum erit adhuc posse hunc debitorem, si latitet etiam fraudationis causa latitare, cogendúmque pati pœnam missionis: quia fieri potest vt iniuria iudicis condemnetur. Nec est quod dicas cum Cuiacio non esse bonum argumentum: quia non sit satis honestum rationem haberi eius quod iniuria iudicis potest contingere. Non enim est hic casus ex eorum numero, qui semel tantùm aut bis nec nisi perrarò accidunt, quos παραβαίνειν οἱ νομοθέται: sed qui sæpissimè & passim, vt Cuiacius ipse fateri cõgitur, & cõstat ex tam multis iuris locis, in quibus frequentissimam videas fieri mentionem rei perperam iudicatæ per sordes, aut imperitiam, aut gratiam, aut ambitionem iudicis, quæ omnia iniuriæ appellatione continentur, *l. si per imprudentiam 51. de euict. l. seruo, 65. §. cùm Prætor ad Senatusconsultum Trebellianum, l. exceptione, 67. de fideiuss.* Quod si dicas iniquum esse, vt ob id quod debitor in diem vel sub conditione per iniuriam iudicis condemnari potest, dicendus sit, interim fraudationis causa latitare. Admittam equidem (nam & Papinianus sine dubio habet hoc pro absurdo:) sed dicam pro Papiniano ex eo igitur apparêre non esse spectandum, quid ex postfacto & rei iudicandę tempore possit accidere. Sed quid iuris sit in absoluendo vel condemnando reo, tunc cùm missio in possessionem postulatur. An non enim multò faciliùs sperari aut potiùs timeri potest, vt per iniuriam iudicis malè iudicetur, quàm vt aliquid eo tempore sit in peculio quod hodie non sit. Est enim casus ille omnino aduentitius & ab extrinseco, vt qui nihil hodie habet in peculi, o habiturus tamen sit eo tempore, quo res iudicabitur. Casus autem isti aduentitij non sunt computandi, inquit, *l. Iulianus 6. infrà. qui & à quibus manum. liber. non fiant.* At verò, vt per imperitiam aut aliam iniuriam iudicis malè iudicetur tam frequens est in omnibus propemodum tribunalibus vt nihil sit frequentius, nihil formidabilius, quid addam? nihil penè certiùs apud illos præsertim qui non ex legibus, sed ex æquitate illa sua cerebrina, ac planè equina liberum iudicandi, quomodo velint, non quomodo debeãt, arbitriũ sibi adrogãt. Bonũ igitur est argumentũ Papiniani sumptũ ab eo, quod sæpiùs accidit, & quod addere pudet, à cõmuniter accidentib. Cùm sententia per iniuriã iudicis reddita tantæ sit authoritatis, quantæ est sententia ritè rectéq; lata *d.§. cùm Prætor*, nẽpe propter rerum iudicatarum authoritatem, vt ibi scriptum est quam omni casu saluam integrámq; seruari interest etiam reipublicę, ne alioqui nullus litium finis futurus sit, si post rem iudicatam quærendum adhuc sit, aliter quàm per auxilium appellationis, an bene iustéque, an perperam & iniquè iudicatum sit: in summa non patitur Papinianus, vt quisquam audiatur nullo iure litigans vel litigaturus ob id solùm quod fieri aliquo casu possit, vt litigando ius acquiratur. Improba & execranda vitilitigatorum vox illa est, litigando iura crescere, aut quod indignius est, litigando ius acquiri, quam cùm apud me aliquando quidam vsurpasset. Itáne, inquam, litigas nullo iure, ob hoc tantùm, vt litigando ius acquiras? Iamiam igitur te condemnabo, priusquàm ius aliud tibi acquiratur, ne possis negare te iure condemnatum. Ex hac verò Papiniani ratiocina-

BIU Cujas

tione intelligimus eum non dubitasse quin is qui in diem vel sub conditione creditor est mitti non debeat in possessionem bonorum debitoris. Non quia is qui in diem certam vel sub conditione promisit, nondum sit verè debitor (id enim de conditionali tantùm debitore dici potest, non de eo qui in diem certam promiserit *d.l.cedere diem*, *l.in diem debitor* 10. *supr. de condict. indeb.*) sed quia non magis ille qui in diem certam debitor est conueniri interim potest, quàm qui sub conditione, quin causa cadat creditor, tanquam tempore plus petens, *l.vnic.§.vlt.sup. quand.dies vsusfruct.legat.ced.l.2.§.qui ita stipulatur, supr. de eo quod certo loco.* Vnde est quod nec compensari interim potest, quod in diem debetur *l.quod in diem, 7.infr.de compensat.* In eóque consentit cum Papiniano Vlpianus in *d.§.si in diem*, licèt ibi non de missione in possessionem bonorum debitoris loquatur: sed tantùm de venditione. Eadem enim missionis quæ venditionis ratio est, cùm in possessionem non alius mittendus sit, quàm qui potest bona ex edicto vendere, vt Paulus scribit in *l.pen.§.vlt.eod.tit. quibus ex caus.in possess.eat.* vbi hanc ob causam discrtè scribit creditorem conditionalem in possessionem non mitti. Quod cùm ita sit, non possum satis intelligere aut concoquere, quod ex eodem Paulo scriptum legimus in *l.in possessionem 6.§.eod.tit.* in possessionem mitti solere creditorem, etsi sub conditione pecunia ei promissa sit. Quomodo enim mitti solet qui non mittitur? si Paulus scripsisset in *d.l.pen.§.vlt.* creditorem conditionalem mitti non debere, dici fortasse posset non esse ista contraria, mitti quidem non debere, sed mitti tamen solere. Priore quidem sententia ad ius relata. Posteriore verò ad factum, quanquam parum probabiliter. Quis enim crederet solere Prætorem facere, quod tamen facere non debeat? Sed de facto solo Paulus loquitur, cùm ita scribit *in possessionem non mittitur*, itémque cùm addit rationem iuris, *quia is mittitur, qui potest bona ex edicto vendere*, vt intelligas nihil hîc Prætorem facere, nisi quod iuris ratio permittit. Factum ergo Prætoris vtroque loco demonstratur. Nec proinde recipi potest quod vir doctissimus tentat vt Paulum cum seipso conciliet conditionalem creditorem, mitti quidem solere in possessionem de facto. Sed tamen missionem hãc infirmam esse ac sine effectu, quamuis fiat iussu Prætoris, quia venditio ex ea sequi non potest, antequam conditio extiterit. In quo ridiculum sanè facit Prætorem, à cuius maiestate omnino alienum est, vt illusoria sint & sine effectu eius decreta, *l.vlt.infr.ne quid in loc.public.l.si Prætor 73.supr. de iudic.* Et cur Prætor soleret id facere, quod non aliquando: sed semper inane ac sine effectu esse soleret? Nam nec illud verum puto, quod Cuiacius existimat, ex ea missione, quæ facta sit ante condicionis euentum posse venditionem sequi posteaquam conditio extiterit. Etsi enim non eodem tempore fieri missio in possessionem, & bonorum venditio potest. Eodem tamen tempore vtriusque faciendæ ius incipere necesse est, vt supradicta Pauli ratiocinatio ostendit in *d.l. penult. §. vlt.* & Vlpiani in *d.§.si in diem & §.seq.* quia inutilis esset missio quàm venditio subsequi nulla posset vt apparet ex verbis ipsis Edicti, quæ Paulus refert in *d. l. in possessionem, §.1.eod.* Vigor enim missionis totus in venditione sistit, sicuti vigor sententiæ in ipsius executione *l. si longis 7. C. de execut. rei iudic.* Nec potest missio in possessionem pendente conditione facta pendêre ipsa in diem vsque euenientis condicionis, qua tandem existente, nouam missionem & ex integro fieri necesse esset, vt venditio ex ea subsequi posset. Alioqui paulatim illud quoque inducendum erit vt sufficiat missum quem esse in bonorum possessionem eius qui nullo modo fuerit debitor, id est, ne quidem sub conditione, si modò posteà debitor esse cœperit, quod tamen perabsurdum esset, eáque videtur Vlpiani sententia esse & ratiocinatio in *d. §.si in diem*, in illis verbis: *Quid enim interest an debitor quis non sit, an nondum conueniri possit? Nam etsi non sit debitor, idem dicemus.* Quasi dicat, licèt quis hodie non sit debitor: fieri tamen posse aliquando debitorem. Quo colore si quis diceret in possessionem bonorum eius mitti posse illum qui nondum sit creditor, an non esset ridiculus? Itaque, vt dicam tandẽ quod sentio, nõ possum dubitare quin sententia Pauli corrupta sit in *d.l.in possessionem*, & ex ipso Paulo sic emendanda, vt pro *etsi* legamus *nisi*, errore satis lubrico, & qui aliis etiam locis occurrit, vt alibi obseruauimus. Sic enim assequemur, vt Paulus non modò cum iuris ratione, quod semper curandum est, sed etiam cum seipso consentiat. Hoc verò tractandum hîc nobis fuit accuratiùs, vt Papiniani nostri sententiam & rationem ab Vlpiani obiectione, & à Cuiacij iniuria tueremur. Probat ergo Papinianus non esse bonam obiectionem illam Vlpiani, vt creditor actionis de peculio mitti possit in possessionem bonorum debitoris quasi fraudationis causa latitantis eo quoque tempore quo nihil penitus in peculio sit, eo solo colore, quòd ex ea actione sequi aliqua cõdemnatio possit, si contingat rei iudicandæ tempore aliquid in peculio inueniri. Perpetuus enim est Papinianus noster in eo quòd omnia ex præsenti statu constitui & æstimari vult, nihil omnino ex incerto futuri temporis euentu, ne ex eo ius ipsum quoque reddatur incertum, quod tamen certum semper esse debet, *l.2.inf.de iur.& fact.ignor.* Simile enim est quod ille respõdit in *l. verbis 5. in fin.ad l.Falcidiam*, si quod in diem vel sub conditione debebatur, purè legatum sit, non modò valere legatum propter repræsentationis commodum, in quo prudentes omnes consenserunt: sed etiam validum manere neq; ex postfacto intercidere ob id quod viuo testatore dies vel condicio venerit, cùm ab initio constiterit: in quo habuit dissentientem Paulum in *l. debitor 82. de legat. 2.* & cum Paulo cæteros omnes qui pro principio iuris habebant, etiam illa quæ ab initio constitissent ex postfacto irrita fieri, si ad eum casum peruenissent à quo incipere non potuissent, vt Iustinianus noster testatur in *§. ex contrario Institut. de legat.* vbi addit sibi eorũ sentẽtiã displicuisse, Papin. verò nostri placuisse. Nec pugnat quod suprà admisimus, non negasse Papinianũ actionẽ de peculio tenere tũ quoq; cùm nihil adhuc est in peculio, quia fieri possit vt aliquod peculiũ sit tẽpore rei iudicandæ: cùm tamen inspecto præsenti rerũ statu contrarium sentire potiùs debuisset. Nã vt hunc quoq; scrupulũ qui solus superest diluamus, respõdemus etsi iuris non facti quæstio illa est, an actio de peculio teneat necne, iuris tamen quæstionem & rationem non ex futuro illo facto & euentu pendêre, adeóque nec ex præsenti illo, an peculium aliquod sit hodie aut futurum posteà sit: sed ex præsenti rerum statu, quo etiam inspecto certum est patrem ex contractu filij familias obligatum esse, & pariter dominum ex contractu serui. Illum tanquam patrem *l. 5. §. vlt. infr. de lib. & legat.* hunc tãquã dominum, licèt nihil aliud sit in peculio, quia

obligatio

obligatio patris & domini sicut ex contractu venit *l.1.§.si filiusfamilias de his qui effud. vel deiec.* ita & eo tẽpore nascitur quo contrahit filiusfamilias vel seruus nõ quo tempore peculium aliquod esse incipit. Alioqui non tã ex contractu quàm ex peculio nasceretur, nec tam de peculio quàm ex peculio actio dicenda esset. Quid ergo facit, inquies, adiectio nomen q̃ peculij? Respicit, inquam, non ius actionis competentis, sed ipsius effectũ, potestatem & executionem: quia erit quidem actio, sed nulla exactio si nihil erit in peculio tum cum de exactione quærẽdum erit, id est, tẽpore rei iudicatæ, vt in alia qualibet actione contingeret, si condemnatus is esset qui bona nulla tum haberet *l.nam is 6.supr.de dolo l. depositi 38.§.Stichus vers.hoc ergo casu supr.hoc tit.* differentia tantũ illa est, quod in cæteris actionibus quarum potestas per inopiam condemnati eliditur, expectari potest, vt bona aliqua superueniant condẽnato, & interim potest suspendi, differriq; iudicati executio *l.si dubitet 10.§.filiusfamilias infr.de fideiuss.* vt & in omnibus qui non condemnantur nisi in quantum facere possunt, de quibus diximus in *l. quoties 47.§.si semel supr.* Sed in actione de peculio non potest differri potestas actionis, neque expectari an aliquod peculium futurũ sit nisi in tempus vsque rei iudicandæ, quia cum habeat adiectionem illam & qualitatem naturaliter insitam, vnde & denominationem & differentiam suam essentialẽ accipit de peculio, fieri certè nequit vt de ea pronũcietur pro actore, quin aliquod peculiũ sit ipso saltẽ condemnationis tempore, quia porrigi vlterius actio non potest, quę per subsequẽs iudicatũ nouatur & perimitur *l.vlt.C.de vsur. rei iudic.* nec fieri potest vt de peculio condemnetur is, qui peculium nullũ habet. Sunt igitur in actione hac de peculio duo consideranda, Actio ipsa primũ quæ tota iuris non facti est, & per quam perse quitur actor id quod sibi quidem iam debetur, sed ex eo quod erit in peculio: deinde actionis huius adiectio & qualitas de peculio quæ tota ad factum refertur id est quatenus est aut erit cum iudicabitur in peculio actio ipsa per se subsistit & tenet etiamsi nihil sit in peculio quia non eo minus verum est obligatum esse patrem ex contractu filij, vel dominũ ex contractu serui etiam si nihil sit hodie nec vnquam futurum sit in peculio & hoc est quod Vlpianus scribit in *d.l.quæsitum supr.* Actorem rectè intendere sibi deberi etiam si nihil sit in peculio, sed adiectio illa de peculio tenet quidem quamdiu res non iudicatur propter spem quæ subest vt iudicati tempore aliquid in peculio inueniatur, sed intercidit, simulque actio ipsa quæ sine qualitate illa de peculio nec esse nec intelligi potest, si eo tempore nihil in peculio sit. Nam & si aliquid fuisset tempore litis contestatæ; nihil verò tempore rei iudicatæ, æquè actio intercideret, exemplo eius quod in actione ad exhibendum scriptum est in *l.tigni 7.§.si quis cum supr.ad exhib.* cui actio de peculio æquiparatur in *d.l.quæsitum.* Cæterùm non vsq; adeò consumitur actio de peculio per sentẽtiam qua fuit absolutus pater ideò quia nihil in peculio fuerit, vt nõ possit iterũ agere creditor ex integro cõtra patrẽ si quid posteà in peculio esse cœperit, quẽadmodũ si priore actione minùs cõsecutus fuisset, quia minus fuisset in peculio, nõ ideo residuũ postea petere aucto peculio per nouam de peculio actionem prohiberetur *d.§.si semel & d.l.quæsitum §.is qui semel.* Est enim actio hæc ex earum numero quę nunquã transeunt in rem iudicatam pro patre vel domino, quoties in totum, aut pro parte absoluitur. Quia scilicet absoluitur non tam defectu iuris ex parte creditoris quàm defectu materiæ ex parte ipsius patris vel domini: materia siquidem actionis huius peculium est, causa verò actionis non peculium, sed obligatio quæ ex contractu filiifamilias vel serui, vt diximus, contra patrem aut dominũ nascitur. Et hęc ita omnino distinguẽda sunt, quomodo subtiliter Papinianus distinxit, ac melius subtiliusq; longè quàm Vlpianus *d.§.si in diem*: quamuis Vlpiani sententia præualuerit, si verum furit quod ille scripsit in *d.§.si in diem* eo iure nos vti, vt & illa Proculi contra Iulianum de qua in *d.l.quoties 47.§.si creditor supr.* Sequitur apud Papinianum.

a *Sed fideiussorem datum eo tempore quo nihil in peculio est.* Alia obiectio est quam præuidet Papinianus, & quam diluit elegantissimè. Cùm enim dixisset non posse creditorem mitti in possessionem bonorum patris tanquam fraudationis causa latitantis eo tempore quo nihil in peculio est, videbat posse obiici. Huius tamen actionis de peculio fideiussorem dari posse tùm quoque cum in peculio nihil est, necessarium ergo esse vt subsit iam actio in cuius proinde fraudem latitatio fieri possit. Respondet autem nihil commune habere hanc obiectionem cum specie proposita. Nam futuræ quoque actionis nomine fideiussorem accipi posse si modò in hoc acceptus sit: quanto magis igitur actionis iam natæ, licèt non nisi futuræ ex ea condemnationis? Sic enim Papinianus intelligi debet non ita quasi actionem hanc de peculio futuram esse putet necdum præsentem & natam quamdiu nihil est in peculio. Idque denotat dictio illa *quoque* quæ vt nostri loquuntur implicatiua est & inclusiua. Nec tantùm actionis: sed etiam obligationis futuræ fideiussorem accipi posse constat *l.4.infr.6.in fin.de fideiuss.* Potest enim obligatio fideiussoris in pendenti esse *l.non quemadmodum 35.supr.de iudic.* vbi Iauolenus hanc ponit differentiam inter obligationem fideiussoriam & iudicium, quòd in pendenti potest illa esse, at iudicium non item quia priusquàm aliquid debeatur iudicium esse nullum potest. Benè verò hîc Papinianus addit, *Si tamen sic acceptus est*, quia in dubio præsentis non futuræ obligationis aut actionis nomine acceptus intelligeretur, & ideo si præsens obligatio aut actio nulla esset, inutiliter acceptus videretur, quod summopere notandum est ad interpretationem *dict. leg.4. & dict.l.stipulatus sum 6.§.vlt.eod.tit.de fideiuss. & §.fideiussor Instit.eod.tit.*

1 ¶ Si creditor patrem, qui de peculio tenebatur, heredem instituerit: quia mortis tempus in Falcidiæ ratione spectatur: illius temporis peculium considerabitur.

Ad §.1. Si creditor.

RAT. DVB. Peculium ex earum rerum numero est quæ accessionem & decessionem recipiunt sui natura *l.si ex duobus 32.§.1.l.peculium nascitur 40.supr.* non minùs quàm hereditas *l.item veniũt 20.§.itẽ non*

BIU Cujas

solùm supr. de hered. petit. Et parer qui tenetur de peculio minùs locuplete, mortis tempore: sed postea aucto ante aditionem, non malè cõparandus videtur debitori minùs idoneo nec soluendo mortis tempore: sed postmodum aucto facultatibus tẽpore aditionis: quem constat locupletiorẽ facere hereditatem non minùs quàm si mortis tempore iam soluendo fuisset, aut quomodo etiam accidit cùm debiti quod fuit conditionale mortis tempore, conditio extitit ante aditam hereditatem. Itémque cùm in hereditate debitum aliquod naturale fuit mortis tempore, quod solutum est tempore aditionis. Nam & hoc casu augetur ex euentu hereditas *l. cum quo 56. versic. aliquis dicet iunct. l. 1. §. id quod natura infr. ad l. Falcid.* Ergo & peculij incrementum quod mortuo iam testatore: necdum tamen adita eius hereditate superuenit pleniorẽ facere debet hereditatem: atque ita concludit Marcellus in *d. versic. aliquis dicet*, & ante eum Iulianus in *leg. si creditor 83. eodem titul.* vbi in illa ipsa specie quam Papinianus proponit in hoc §. id est si creditor filij tui, qui te de peculio conuenire poterat, heredem te instituerit, & legis Falcidiæ ratio ponenda sit cum legatariis propter legata, quibus supra dodrantem onerata est hereditas, ait in quadrantem imputari tibi debere eam peculij quantitatem, non quæ mortis (vt hîc vult Papinianus) sed quæ aditionis tempore fuisset.

DEC. In quantitate patrimonij exquirenda cùm de legis Falcidiæ ratione quæritur mortis tempus spectari placuit, non testamenti, non aditæ hereditatis, *l. in quantitate 73. in princip. l. in ratione 30. eod. tit.* ita vt & damna & lucra omnia quæ post mortem testatoris contingant æquo iure ad heredem pertineant, vt variis exemplis docent & illustrant Iureconsulti supradictis locis. Nec sanè aliter constitui ius posset sine maxima vel heredis, vel legatariorum captione: euidentiùs verò fieret iniuria heredi ad quem damna omnia pertinent, quæ post testatoris mortem contigerunt, si non lucra quoque omnia ad eum pertinerent, *d. l. in ratione, 30. in princip.* Et ex regula *l. secundùm naturam 11. de regul. iur.* Ergo quamuis peculium recipiat augmentum & diminutionem, & consequenter actio de peculio in tempus vsque rei iudicandæ, vt proximè diximus ex *l. quæsitum 30. supr.* cùm tamen de legis Falcidiæ ratione ineunda quæritur, illud demùm peculium computandum est quod mortis tempore præcisè fuit, non quod ex postfacto accessit vel decessit. Non enim tractari quicquam hîc potest de tempore condemnationis, cùm neque actum sit de peculio, neque agi vnquam possit, herede creditoris existente illo cum quo agi de peculio poterat. Cum quo enim ageret nisi cum seipso? Intercidit nimirum actio de peculio, vt & aliæ actiones omnes quæ heredi in defunctum aut defuncto in heredem competebant confusionis potestate, facto eodem sui ipsius debitore & creditore, quod neque naturalis neque ciuilis ratio ferre potest, *l. Stichum aut Pamphilum, 95. §. aditio infr. de solut. l. debitori 50. de fideiuss. l. debitori, 7. Codic. de pact. l. 2. §. cùm quis de hered. vel action. vendit.* Sed quamuis debitor cùm creditori suo heres extitit, confusione liberetur: hoc ipso tamen locupletiorem hereditatem percipere videtur, vt proinde computari ei debeat in quantitate patrimonij id quod debet quamuis aditione confusum sit, *l. 1. §. si debitor, infr. ad l. Falcidiam.* Computabitur ergo peculium quanti præcisè fuit mortis tempore, non quanto pluris minorisve posteà esse cœperit. Atque ita Papinianum sensisse apparet manifestè ex verbis huius §. quæ sicut indistinctè concepta sunt, id est, nulla facta distinctione aucti vel imminuti post mortem peculij. Ita & generaliter accipienda esse arbitror. Non quomodo accipiuntur à viro doctissimo Iacobo Cuiacio qui Papinianum restringere vult ad eum casum quo imminutum sit peculium, non quo auctum fuerit nimirum ne fateri cogatur dissensisse Papinianum à Iuliano, in *d. l. si creditor*, vbi è contrario scribit in legis Falcidiæ ratione cum legatariis ineunda inspiciendam esse quantitatem peculij, quæ aditæ hereditatis tempore fuerit, quasi nec alio casu Iulianus id verum esse crediderit quàm quo peculiũ auctum fuerit, non quo diminutum. Quæ Marcelli sententia & distinctio fuit in *d. l. cum quo 56. ad legem Falcidiam.* Non aliena fortassis à ratione iuris, vt mox dicemus, sed quam tamen vix est vt Iuliani magis quàm Papiniani verba possint admittere. Nam quemadmodum Papinianus hîc scribit generaliter computandum esse peculium, quod fuit mortis tempore, ratione illa æquè generali, quòd in lege Falcidia mortis tempus spectandum sit, ita & Iulianus in *d. l. si creditor*, non minùs generaliter ait spectandum tempus aditæ hereditatis. Ergo omni casu siue auctum siue diminutum peculium proponatur. Et verò non defuisse ex antiquis prudentibus qui dicerent spectandum tempus aditionis etiam imminuto post mortem peculio, apparet clarissimè ex *d. l. cum quo*, in qua Marcellus contra eos disputans, quos ait plerosque putare inspiciendum esse id quod in peculio fuerit cùm hereditas adiretur, rationem eandem adfert quam hîc Papinianus, quòd mortis tempus in legis Falcidiæ ratione ineunda placuerit obseruari. Mox rationis quoque & simul exempli loco subiicit, *Quid enim interest peculium serui post mortem creditoris diminutum sit, an debitor pauperior factus sit?* Nempe præsupponit, de quo nec quisquam dubitauit, peiora post mortem testatoris facta nomina debitorum heredis damno cedere, quod & disertè scriptum est in *d. l. in ratione.* Cùm verò iis verbis *plerique putant*, Marcellus sine dubio perstringat Iulian. cuius hac de re tã aperta extat in sentẽtia *d. l. si creditor*, & ad quem tam multas notas scripsit, in quib. videas eum passim nec plerumque sine magnis rationibus à Iuliano dissentire: esset ista calumniosa reprehensio si Iulianus, non nisi aucto ante aditionem peculio, tempus aditæ hereditatis spectandum esse existimasset. Fateamur ergo liberè cum Marcello dissensisse in hac quæstione Iureconsultos, & Iulianum quidem aditæ hereditatis tempus omni casu spectari voluisse, Papinianum verò nostrum æquè omni casu tempus mortis, Marcellum denique in media illa sententia fuisse quam Cuiacius amplectitur & distinxisse an auctum sit peculium post mortem an imminutum, vt si imminutum fuerit mortis tempus spectari oporteat, si verò auctum sit spectetur tempus aditionis. Vtro igitur tempore siue mortis siue aditionis maior fuerit quantitas peculij, vt quoad fieri potest legata conseruentur integra nec imminuta. Sic enim

apud

apud Cuiacium legendum est. Videamus quænam ex tribus his tantorum prudentum sententiis probabilior videri possit. Pro Iuliano valdè facit, quod confusio debiti per quam fit vt liberetur pater qui actione de peculio tenebatur defuncto creditori, non contingit nisi per aditionem *d.l. Stichum* 95. §. *aditio de solut. dict. l.* 1. § *si debitor ad leg. Falcid.* ac proinde in id vsque tempus manet pater debitor hereditatis ratione peculij, ita vt si quis esset à quo conueniri de peculio pater posset, dubitari non oporteret, quin siue aucto siue imminuto post mortem peculio tanti condemnandus esset pater, quanti eo condemnationis tempore peculium inueniretur siue pluris, siue minoris esset quàm mortis tempore fuisset. Potest igitur peculium crescere aut decrescere etiam à mortis tempore in diem vsque aditionis, tantoque locupletiorem hereditatem percipere videtur, heres idémque debitor defuncti quantum illud est, quod debet eo tempore quo desinit esse debitor, id est, quo adit hereditatem: nam eo demùm instanti videtur ipse sibi non modò condemnari, sed etiam soluere, cùm aditio non tantùm vim confusionis habeat, sed etiam solutionis *dict. §. aditio vers. aliquando d.l. debitori* 50. *de fideiuss. l. quæ dotis* 33. *infrà solut. matrimon.* ideoque nemo vnquam dixit posse peculij quantitatem & computationem crescere, vel decrescere post aditam hereditatem, qua eâdem ratione dicendum erit, si debitum defuncto ab herede fuit vsurarium, computari in hereditate illud debere cum vsuris quæ accesserunt in tempus vsque hereditatis aditæ: verùm enim est tantumdem deberi ab herede adeunte, quò respicere videtur Paulus in *d.l.* 1. §. *si debitor ad leg. Falcid.* cùm ait *computandum esse heredi id quod debet*, non autem *id quod debuit*, relatione scilicet facta ad tempus aditionis quo confusum est debitum non ad præcedens tempus mortis. Idque ita esse apparebit euidentiùs, si ponas heredem hunc sui creditoris hereditatem repudiasse, quæ ita vel ad legitimum defuncti heredem, vel si de lege Falcidia, & legatis tractare adhuc voles, ad vulgarem substitutum peruenerit. Quis enim dubitet, quin peculij incrementum substituto profuturum sit, aut heredi legitimo agenti postea contra patrem hunc de peculio? & quin similiter imminutio peculij sit eidem nocitura? at contra Iulianum facit, ratio illa fortior qua & Papinianus & Marcellus mouentur, quod hic non quærimus de quantitate & computatione peculij, vt sciamus quid veniat in actionem de peculio, & condemnationem, qui alius longè tractatus est, sed vt ponamus rationem legis Falcidiæ inter heredem & legatarios, quæ porrò non aliter finiri potest, quàm mortis tempore inspecto, cùm eo demum instanti quo testator mortuus est constituatur hereditas: ex lege autem Falcidia hereditatis quadrantem saluum & illibatum habere heres debeat *d.l.* 1. *in princip. ad leg. Falcid.* Inspiciendum igitur omnimodo est quid eo instanti ad heredem peruenerit, non quid posteà, vt quamuis peculium augeri post modum vel minui contingat nihil ea res legatariis, aut heredi prodesse, vel nocere debeat. Quod enim pater heres creditoris peculiarij, manet debitor peculij in tempus vsque aditæ hereditatis facere quidem potest vt in id vsque tempus augeri peculium possit vel minui: sed non tamen vt eius augmenti vel diminutionis ratio haberi debeat in ponenda ratione legis Falcidiæ quomodo haberetur si hereditate ad alium deuoluta actio de peculio contra patrem hunc moueretur, alioqui nunquam sciri certò posset, an testator supra dodrantem legasset, nec proinde an legi Falcidiæ locus esse deberet, si ex iis quæ post mortem ante aditam hereditatem contigissent æstimandum id esset non ex eo rerum statu qui moris tempore inueniretur: longéque melius est, ita ius constitui vt damna & lucra omnia quæ hereditati inter tempora mortis & aditionis contigerunt ad heredem solum pertineant, quippe qui adeundo quandocunque hereditatem, iam inde à die mortis adiisse illam retrofingatur *l. heres quandocunque* 54. *de acquirend. hereditat. l. omnis hereditas* 138. *l. omnia ferè* 193. *de regul. iur.* vtique enim si sub instans mortis protinus heres adiisset hereditatem, non dubitaremus, quin ad eum tanquam dominum lucra & damna omnia pertinerent, nec quod peculium habeat accessiones suas & decessiones *dict. l. si ex duobus* 32. §. 1. *& d. l. peculium nascitur* 40. *supra ad rem quicquam facit.* Nam & hereditas ipsa quoniam in iure consistit, multò magis recipit augmentum, & diminutionem *dict. l. item veniunt* 20. § *item non solum supra de hered. petit.* & tamen non eo minùs lucrum & damnum omne quod hereditati accidit, heredi cedit *d. l. in ratione, & d. l. in quantitate.* Non ergo hac parte maior, aut alia pecu[illegible] ratio haberi potest, quàm hereditatis, maximè cùm de lege Falcidia quæritur, quia non peculij, sed hereditatis quadrantem habere heres debet, neque id quod ratione huius peculij heres defuncto creditori debuit, consideratur tanquam debitum peculiare, sed tanquam creditum hereditarium, propter quod tanto locupletiorem hereditatem creditoris sui videtur debitor percepisse. Ac proinde quemadmodum augmentum, quod accedit hereditati non proficit legatariis in computatione Falcidiæ, neque decrementum iis nocet, ita nec incrementum vel decrementum peculij, quod penes heredem creditoris fuit mortis tempore, vt eo locupletiorem hereditatem habuisse videatur: fit quidem locupletior hereditas aucto peculio ante aditionem, sicut & minor eodem imminuto, sed quantum ad heredis duntaxat lucrum & damnum, non quantum ad legatarios, legémque Falcidiam pertinet. Atque ita pro Papiniano contra Iulianum verè & ex iuris ratione disputari posse arbitror. Sed Papiniani aduersus Marcelli distinctionem defensio difficilior esse videtur, non ob id solum quod mediæ istæ erciscundorum distinguentium opiniones probabiliores esse solent, & æquiores, *l. adeò* 7. §. *cùm quis de acquirend. rerum domin. l. vltim. de iur. fisc.* sed etiam quia pluribus si non rationibus saltem exemplis sententiam suam Marcellus confirmat, ad quæ si Cuiacio credimus, respondere nemo possit: æquiparat enim Marcellus dominum eundemque heredē creditoris habentem minùs locuples peculium propter damna quæ peculio post mortem creditoris acciderunt, debitori qui post mortem testatoris pauperior factus sit, & non soluendo, cùm ita scribit,

BIU Cujas

quid enim interest, peculium serui post mortem creditoris deminutum sit, an debitor pauperior factus sit? & verò non potest negari quin debitor defuncti fuerit pater qui ei actione de peculio tenebatur: nam quemadmodum qui cum filiofamilias contrahit, duos habet debitores, filiumfamilias & patrem, sed ambos efficaciter obligatos, filium quidem in solidum, patrem verò de peculio *l. si quis cum filiofamilias* 44. *supr.* ita & qui cum seruo contrahit duos sibi obligat, sed in solidum, seruum naturaliter tantum, dominum verò iure honorario de peculio duntaxat, itaque licèt dominus sit locupletissimus, si tamen minùs locuples sit peculium rectè comparatur inopi debitori, atqui si post mortem testatoris ampliatæ sint facultates eius debitoris qui mortis tempore non erat idoneus, plenior tamen & vberior hereditas iam ipso mortis tempore fuisse intelligitur, & nomen illud non idoneum postea factum idoneum auget ex euentu hereditatem, vt Paulus loquitur in *l. Nesennius* 22. §. *si debitori ad leg. Falcid.* sicut & de naturali debito post testatoris mortem soluto idem Paulus ex Iuliano scribit in *d. l. 1. §. id quod natura ad leg. Falcid.* Reprehensa etiam quorumdam opinione, qui contra putabant, non esse id in hereditate computandum, ergo & cùm locupletius peculium factum est post mortem creditoris, qui patrem vel dominum heredem instituit, dicendum est cum Marcello ex eo quoque peculio quod ante aditã hereditatem superuenit hereditatem augeri, vt tanto locupletior fuisse videatur, tantoque pleniora legatariis legata debeantur: nam & idem accidit, inquit Marcellus, si mortis tẽpore condicionale aliquod debitum in hereditate fuit, & condicio postea extiterit, quod tamen vltimum exemplum non æquè est in expedito: constat enim magnam inter veteres dubitationem fuisse de his, quorum condicio mortis tempore pendet, id est, an quod sub condicione debetur in stipulatoris bonis adnumerandũ sit & promissoris bonis detrahendum, vt Caius refert in *d. l. in quantitate* 73. §. 1. *eod.* vbi concludit hoc iure nos vti, vt quanti ea spes obligationis venire possit, tantum stipulatoris quidem bonis accedere, promissoris verò decedere videatur, nisi malint consentire legatarij cum herede, vt cautionibus res explicetur, id est, vt duorum alterutrum fiat, aut ita ratio habeatur condicionalis debiti tanquam purè debeatur, an ita (nihil enim refert) tanquam nihil debeatur, deinde heres & legatarij inter se caueant, vt existente condicione heres reddat quanto minùs soluerit, aut ea deficiente legatarij restituant quanto plus consecuti sint, quo quidem posteriore casu, id est, cùm interpositis huiusmodi cautionibus res explicatur, crescit sanè ex euẽtu hereditas, at non etiam priore, cùm spes tantùm æstimatur, qui tamen prior modus ineundæ Falcidię cũ non ex heredis, & legatariorum voluntate pendeat, vt interpositio cautionum, sed ex mera iuris ratione sequendus potiùs nobis videtur, de sola iuris ratione laborantibus, tanquam qui etiam prudentibus magis placuerit, cùm eo iure nos vti Caius scribat, nec aliud respõsurum Caium fuisse arbitror, si de naturali debito post mortem soluto nullis cautionib. interpositis consultus fuisset, aut de seruo captiuo ab hostibus reuerso, de quo in *l. serui* 43. *ad leg. Falcid.* nec denique Papinianum nostrum, quem videmus ex eo solo moueri, quòd in ponẽda ratione legis Falcidiæ mortis tẽpus præcisè spectari oporteat: secundũ quam sententiam necessariò dicẽdum est, etiamsi post mortem solutum sit, id omne quod mortis tẽpore naturâ tantùm debebatur, non ideò tamen ex tota illa quãtitate augeri hereditatem, sed tanti dũtaxat quãti nomen illud naturalis debiti, hoc est spes solutionis futuræ vẽdi potuit, etiãsi ante aditionẽ, & eo tempore quo Falcidię cõputatio fit, quæ nec nisi post aditionẽ fieri potest, solutio naturalis illius debiti facta proponatur: alioqui nõ mortis, sed aditæ hereditatis tẽpus præcisè spectandũ esset, quę leges omnes negant, & extra casum obligationis peculiaris, extra controuersiam semper fuit: neq; sanè credendum est, Paulum vel Iulianum, quem Paulus refert in *d. §. id quod natura*, in ea fuisse sentẽtia, vt putauerit id quod natura debetur ita hereditati computandum esse, vt priùs etiam quàm solutum sit proficere debeat legatariis ad Falcidiam minuẽdum; id enim esset augere hereditatem ab initio, non ex euentu, sed id tantum Paulus agit, vt eos refellat, qui nullam penitus in computanda hereditate & ponenda lege Falcidia, naturalis debiti rationem haberi volebant, in quo certè errabant: nam cùm hoc quoque casu ex euentu augeri possit hereditas, quæ fuit ipso mortis tempore, negari non potest, quin saltem spes illa futuræ solutionis & augendæ hereditatis ex hac causa, hereditatem iam inde ab instanti mortis auxerit, nec proinde quin æstimari debeat, quanti vendi tùm potuit, quod vnicum in eiusmodi difficultatibus explicandis remedium esse solet, ab ipso quoq; Iuliano in aliis etiam casibus inductum, vt constat ex *l. 1. §. si heres infrà ad S C. Trebellianum*, nec bona est consecutio, vt quia Paulus & Iulianus hereditatem hoc casu ex euentu augeri putarunt, ex euentu quoque illo rationem legis Falcidiæ ponendam esse existimauerint: nam neq; Caius & Papinianus idipsum negarent, ex euẽtu superiorib. casib. augeri hereditatẽ, qui tamẽ non ideò Falcidiã quoq; ex euẽtu augeri posse admitterẽt: repugnat. n. vt ex postfacto augeatur Falcidia, & vt in eius ratione ineũda mortis tempus præcisè inspiciatur: quare nec Iulianus dixit id quod ex naturali debito postea solutum est augere Falcidiam, sed tantùm *ex euẽtu augere patrimoniũ vel non augere*, nihilq; aliud ex eo infert, nisi quod si posteà solutum sit hereditario iure capitur, & in restitutionem hereditatis venit: cui non statim consequens est, vt in Falcidiã quoque imputari totum debeat, quãuis in eam imputentur omnia quæ iure hereditario capiuntur *l. in quartam* 91. *eod. tit.* quoniam alia ratio est hereditatis restituendæ, alia ineundæ Falcidiæ: imputãtur quidem in quartam omnia quæ capiuntur iure hereditario, sed ita demùm si mortis tempore fuerunt in hereditate: sed in restitutionem hereditatis veniunt, etiã ea quę non fuerunt in hereditate mortis tempore, si modò talia sint quæ non rebus hereditariis, sed hereditati ipsi accepto ferri debeant *l. in fideicommissaria* 18. *ad SC. Trebell.* quale proculdubio est q; ex causa naturalis debiti mortis tempore subsistentis solutum ex postfacto fuit: non enim sicut in ponenda ratione legis Falcidiæ, ita & in restituenda hereditate inspicimus quid fuerit in hereditate mortis tempore præcisè, sed quid heres quandocunque ex hereditate habuerit tãquam heres, *l. debitor* 59. §. *vlt. eodem.* Idem ergo etiam dicamus de nomine debitoris non idoneo tempore mortis, sed facto postea idoneo ante aditionem, scilicet augeri quidem ex eo hereditatem, vt vult Marcellus, nec nos pro Papiniano negamus: sed non eò magis prodesse id legatariis debere ad augenda legata,

BIU Cujas

gata, minuendámque Falcidiam, cùm veriſſimum ſit mortis tempore non fuiſſe nomen idoneum: nec proinde pluris augeri potuerit hereditas ex eo nomine quàm quanti potuit vendi eo mortis tempore, in qua venditione etiam ſpes melioris futuri nominis veniſſet. Quam enim rationem differentiæ poſſis aſſignare vt non hoc quoque caſu, perinde atque cùm de conditionali vel naturali tantùm debito agitur, ſpes ſola æſtimanda ſit quanti vendi poteſt. Quod ſi quis hoc abſurdum putet eo caſu quo poſt mortem & ante aditam hereditatem, poſitámque rationem legis Falcidiæ nomen iam factum ſit idoneum aut condicio debiti extiterit, aut denique naturale debitum ſolutum fuerit. Is cogitet idem fore, etiamſi poſt aditam hereditatem, ſiue ante poſitam rationem legis Falcidię, ſiue poſtea iſta contigerint. Nam & eo caſu perinde augeretur ex euentu hereditas, nec tamen legatariis augmentum illud quicquam proficeret, cùm nemo vnquam dixerit vllo prorſus caſu inſpiciendum eſſe tempus quod additionem hereditatis ſubſequitur, nec rurſus id quod euenire adhuc poteſt perinde computandum eſſe ac ſi iam euenisſet. Dubius.n. euentus ita æſtimãdus eſt, vt tã eius quod poteſt nõ euenire, quã eius q euenire poteſt, ratio habeatur, *l. propter ſpẽ 23. ſupr. fam. ercisc. l. nam hoc modo 11. de hered. vel act. vendit. inf. l. ſi iactum retis, 2. de action. emption.* Quemadmodum igitur etiam ſecundùm eorum ſententiam qui his caſibus in lege Falcidia ponenda tempus aditæ hereditatis ſpectandum eſſe dicerent, ſi iam tum ex euentu aucta eſſet hereditas, fatendum tamen eſſet nondum aucta hereditate fore vt non aliter, quàm per ſolius ſpei æſtimationem computari hereditas, & legis Falcidiæ ratio iniri poſſet, ita & fatendum eſt nihil abſurdi eſſe, vt eodem prorſus modo fiat computatio, tametſi iam aucta fuerit hereditas ex euentu ante additionem, ne alioquin offendatur certiſſima illa iuris regula, quæ vult in ponenda ratione legis Falcidiæ mortis tempus præciſè ſpectandum eſſe, & eum rerum ſtatum qui mortis tempore inuenitur. Neque ſanè dici facilè poteſt quam rationem habeat, quod vult Marcellus, nomen quod poſt teſtatoris mortem deterius factum eſt perire heredi non legatariis: quia mortis tempus ſpectari oporteat, & tamen ſi factum ſit idoneum quod mortis tempore non fuit, legatariis prodeſſe id debere non heredi. An non enim pugnat ea diſtinctio cum iuris regula, quæ ait ſecundùm naturam eſſe cuiuſque rei commoda eum ſequi quem ſequuntur incommoda *d. l. 11. de regul. iur.* Nam ſi quis tentare velit differentiæ rationem illam eſſe, quòd nomina fiant idonea nullo facto heredis. Fieri autem deteriora per aliquam ipſius culpam & negligentiam, quod in iis exigendis non fuerit diligentior. Facilis reſponſio eſt, non poſſe ei imputari cur non exegerit ante additionem, cùm eo tempore nullam adhuc actionem haberet, qua ratione prædo quoque ſecurus eſt, *l. ſi quid poſſeſſor 31. §. illud planè ſupr. de hered. petit.* neque rurſum cur tardiùs adierit cùm in eius arbitrio & poteſtate lex poſitum voluerit, an & quando adiret, *l. 4. ad SC. Trebellianum, d. l. in quantitate 73. ad l. Falcid.* vbi quod dicitur, non eſſe damnoſum heredi, quamuis damna omnia quæ hereditati poſt mortem teſtatoris contigerunt ad eum pertinere dicamus, quia liberum ei ſit non adire hereditatem, oſtendit ſatis, æquè non habere legatarios, quòd conquerantur, tametſi lucra omnia quæ hereditati acciderunt heredi relinquamus, non ſolùm vt par ſit lucri & damni ratio ſecundùm ſupradictam iuris regulam, ſed quia ipſorum etiam legatariorum intereſt vt huiuſmodi lucrorum ſpe & intuitu heres inuitetur ad adeundum. Ne alioqui deſtituto teſtamento futurum eſſet vt nihil ipſi conſequerentur. Quod apertiùs tractat Marcianus in *d. l. in ratione 30. in princip.* vbi non tantùm de damnis loquitur, quomodo Caius in *d. l. in quantitate*, ſed etiam de lucris, & quidem generaliter licèt non quemadmodum peiora facta nomina heredis damno cedere ait, ita & meliora effecta eiuſdem lucro cedere exprimat: ſatis enim exprimit hoc ipſo quod ex vniuerſitate lucrorum heredi relinquendorum, illa non excipit, quomodo excepiſſet haud dubiè & excipere nominatim debuiſſet, quicquid dicat Cuiacius, ſi aliud iuris in iis conſtituendum exiſtimaſſet. Bene vidit obiectionem hanc Cuiacius, & tanti eam eſſe momenti, vt neminem eſſe dicat, quem non illa perturbet, niſi præuiderit, additque longè ſe aberraturum, ſi non afferat ipſe rationem differentiæ: cur non ſicut deteriora facta nomina pertinent ad heredem, ita etiam facta meliora ad lucrum heredis non pertineant: ſed aſtutè & callidè pro hac quæſtione aliam ſtatim longè diuerſam ſubſtinuit. Cur meliora facta nomina augeant hereditatem nec cedant lucro heredis, & tamen fructus poſt mortem percepti & fœtus cedant lucro heredis. Ego verò non hoc quæro. Fateor quod ait vir doctiſſimus, & cuique ſatis obuium eſt, fructus, partus, fœtus, acquiſitiones ſeruorum, & alia huiuſmodi quæ non erant mortis tẽpore nouas eſſe acceſſiones, quę non hereditati acceptæ feruntur, ſed bonis, vt ſcriptum eſt *in d. l. in fideicommiſſaria.* Nomina autẽ iam fuiſſe contracta mortis tempore quamuis non fuerint idonea propter infortunium debitorum, eandémque rationem eſſe debiti condicionalis, quòd licèt non debeatur niſi exiſtente demùm conditione, vires tamen accipit ex tempore contractus, *l. vſusfructus, 26. de ſtipulatione ſeruorum, l. ſi filius familias 78. de verbor. oblig.* Itémque ſerui capti ab hoſtibus & reuerſi poſt mortem teſtatoris, quia per fictionem poſtliminij ſemper in ciuitate manſiſſe intelligitur, *d. l. ſerui, 43. ad l. Falcid.* Denique debiti naturalis exiſtentis quidem iam mortis tempore: ſed ſoluti poſt mortem. Hæc ſciunt omnes nec quiſquam negat, ſed ego quæro, cur non lucra iſta & meliorum factorum nominum, & conditionis poſt mortem exiſtentis (eſt enim etiã lucrũ aliquod ſicut & damnum conditionis, *l. Imperator 50. ad Senatuſconſultum Trebellianum*) & reuerſi ab hoſtibus ſerui & debiti naturalis ſoluti, ad heredem pertineant, ad quem & damna omnia pertinent, maximè verò deterioratorum nominum? Hoc verò eſt quod Cuiacius docere debueret, & in quo tamen hæret. Hærebunt & omnes qui pro Marcello contra Papinianum diſtinguent an meliora facta ſint poſt mortem nomina an deteriora: ſi tamen is Marcelli ſenſus fuit, vt quibus caſibus augeri hereditatem ait, Falcidiam quoque augeri ſenſerint. Non enim hoc illi ſtatim conſequens eſt, vt docuimus. Augetur hereditas ex omni eo quod hereditati accedit ante additionem. Sed non ideò augetur Falcidia, cuius ſcilicet ratio inſpecto præciſè mortis tempore ponenda eſt, non etiam eo inſpecto quod ex poſtfacto fit hereditatis. Itaque non incrementi quod acceſſit ratio habenda eſt, ſed tantùm ſpei futuræ acceſſionis, id eſt,

BIU Cujas

quanti spes illa mortis tempore vendi potuisset, nisi malint legatarij cum herede interpositis cautionibus rem expedire, vt scriptum est in *dict. l. in quantitate* §. 1. sicut autem, neque Iuliani, neque Marcelli sententia in cæteris defendi contra Papinianum potest, ita neque in accessionibus peculij, quę post mortem superuenerunt. Nam cùm maximè augeatur peculium per fructus partus & fœtus, quę sunt accessiones naturales, & per filiorumfamilias & seruorum acquisitiones *l. peculium nascitur* 40. *& præced.* vbi diximus *supr. l. vlt. infr. tit. prox.* Nemo vnquam dubitauit quin partus fructus & fœtus editi post mortem testatoris, itémque seruorum acquisitiones lucro heredis cedere debeant, *dict. l. in ratione & d. l. in quantitate*, quomodo ergo fieri potest, vt in computando peculio, quod per huiusmodi accessiones post mortem testatoris auctum est tempus mortis inspici non oporteat? dices fortassis, aliud esse tractare de fructibus hereditatis, aliud verò de fructibus peculij, nec nego, sed cùm tractemus de vtilitate, non creditorum peculij quorum lucro fructus peculij cedere æquum esset, sed legatariorum id agentium, vt quarta heredis portio per accessiones istas peculij minuatur, quis ferat magis faueri legatariis quod ad fructus peculij attinet, quàm quòd ad fructus hereditatis, vt fructus peculij legatariis proficiant, quibus nec hereditatis fructus proficerent? minúsque iuris habere patrem eundemque heredem creditoris sui in fructibus rei suæ propriæ quàm in fructibus hereditatis? quæ licèt heredis quoque propria sit post additionem, ad legatarios tamen aliqua ex parte pertinet ad emolumentum, siue quòd legatum sit hereditatis deliberatio, qua testator alicui collatum quid velit ex eo quod alioquin vniuersum heredis foret, *l. legatum est* 116. *de legat.* 1. siue quod legatarius in re legata quasi heres quodammodo esse videatur *l. id tempus* 24. §. 1. *infr. de vsucap.* sed hæc ad Papinianum pro Papiniano contra Iulianum, Marcellum & Cuiacium sufficiant.

2 ¶ Etiam postquam dominus de peculio conuentus est, fideiussor pro seruo accipi potest, & ideo qua ratione, si post actionem dictatam seruus pecuniam exsoluerit, non magis repetere potest, quàm si iudicium dictatum non fuisset: eadem ratione fideiussor quoque vtiliter acceptus videbitur. quia naturalis obligatio, quam etiam seruus suscipere videtur, in litem translata non est.

Ad §. 2. Etiam postquam.

RAT. DVB. Fideiussor accipi non potest nisi aliqua, vel præcedat, vel subsequatur, aut ciuilis, aut honoraria, aut saltem naturalis obligatio *l. stipulatus sum* 6. §. *vlt. l. fideiussor* 16. §. *fideiussor infr. de fideiuss.* Est enim fideiussoris obligatio accessoria, quæ proinde sine principali aliqua subsistere, & contrahi nunquam potest, atqui cùm dominus actione de peculio conuentus est nulla ampliùs subesse videtur, neque ciuilis, neque honoraria, neque naturalis obligatio, quia certum est per litis contestationem fieri nouationem, adeóque delegationem quandam *l. delegare* 11. §. 1. *l. aliam* 29. *infr. de nouat.* Per nouationem verò, non solùm ciuilem & honorariam obligationem perimi, sed etiam naturalem, sicut & per solutionem, quia solutionis instar obtinet §. *præterea Inst. quib. mod. tollit. oblig.* ideoque & pignus liberari, & desinere vsuras currere *l. nouatione* 18. *de nouat.* nec tantùm fit nouatio, & prioris obligationis peremptio, si quis pro se iudicium accipiat, sed etiamsi pro alio qui verus debitor fuit adeoq; inuito quemadmodum & si pro eo solueret, *l. solutione* 23. *infr. de solut. l. soluendo* 39. *sup. de negot. gest. l. si Stichum* 8. §. *vlt. de nouat. l. qui seruum* 20. *supr. de interroga. in iur. fac. l. si fundus* 16. §. *si pluris infr. de pignor. l.* 2. *Cod. de pact. l.* 2. *C. de execut. rei iudic.* atqui cùm dominus conuenitur actione de peculio, sicuti conuenitur ex contractu serui, ita & pro seruo conueniri videtur, quia nec seruus ipse conueniri potest, *l. nec seruus* 41. *supr. l. serui* 14. *de oblig. & act. l. cum seruo* 107. *de reg. iur.* liberat ergo seruum à naturali obligatione, qua sola tenetur, & consequenter nulla supereſt obligatio pro qua fideiussorem dare seruus possit.

DEC. Cùm dominus actione de peculio conuenitur, licèt ex contractu serui conueniatur, non tamen pro seruo conuenitur, neque pro serui obligatione, sed pro sua propria, & ex eo iure, non quo seruus obligatus est, sed quo ipse dominus, id est tanquam dominus serui qui contraxit: nam quemadmodum filiofamilias contrahente duæ ex eo contractu nascuntur obligationes, ciuilis contra filiumfamilias, & honoraria contra patrem, illa in solidum, hæc de peculio, neque conuento patre liberatur filiusfamilias quominus adhuc in solidum conueniri & condemnari possit *l. si quis* 44. *supr.* ita & ex contractu serui æquè nasceretur ciuilis obligatio, si obligari ciuiliter seruus posset, *d. l. nec seruus* 41. *supr.* sed cùm non possit obligari, nisi naturaliter, eadem ratio habenda est naturalis illius obligationis, quæ haberetur, si ciuilis esset, vt non magis perimatur per actionem de peculio motam contra dominum quàm perimeretur ciuilis obligatio filijfamilias per actionem de peculio institutam contra patrem, idque est quod Papinianus ait, naturalem obligationem, quam etiam seruus suscipere videtur, id est cuius etiam capax est seruus *d. l. nec seruus*, (quomodo in *l. Pomponius Philadelphus* 35. *supr. famil. erciscund.* idem Papinianus tractans de filiafamilias scribit *specie dotis cuius capax fuisset*) non videri translatam in litem, & vt benè Cuiacius explicat nouatam non esse, ita significans si nouata fuisset, & in litem cum domino institutam translata, aliud se responsurum fuisse, nec æquè admissurum, vt pro naturali illa obligatione serui quæ per nouationem illam, quamuis iudicialem extincta esset, fideiussorem dare seruus potuisset. Etsi enim differentia illa est inter nouationem voluntariam & iudicialem, quòd voluntaria dummodò legitimè facta sit non solùm ciuilem obligationem

BIU Cujas

nem tollit, sed etiam naturalem, ita vt pignora quoque & hypothecæ per eam liberentur & vsuræ desinant currere *d. l. nouatione* 18. *de nouat.* Iudicialis verò non item quæ fit per litis contestationem, *l. lite* 35. *infr. de vsur. l. index* 28. *l. Iulianus* 60. *supr. de condict. indeb. l. grege* 13. §. *etiam de pignor. l. quamuis* 8. *C. eod. l. cùm stipulatus* 90. *de verb. oblig.* quia non solet deterior cuiusquam conditio fieri per litis contestationem: sed plerunque melior, cùm nemo persequendo causam suam deteriorem faciat *l. non solet* 86. *& seq. de regul. iur. l. aliâ* 28. *de nouat. l. vltim. infr. de separat.* id tamen intelligendum est de ea contestatione, quam quis faciat pro seipso, non de ea quàm pro alio, quia per contestationem, quam quis pro alio facit, non tantùm simplex nouatio inducitur, sed etiam delegatio, non minùs quàm si delegaretur debitor per stipulationem *l. delegare* 11. §. 1. *de nouat.* delegatio autem non solùm semper nouatio est, sed etiam semper voluntaria, nunquam necessaria, siue per stipulationem fiat, siue per contestationem, quia litem & iudicium pro alio suscipere nemo cogitur: vnde est, quòd qui alium defendit cùm vltro se liti offerat nō solùm satisdare cogendus est, quamuis locupletissimus sit & cuiuscunque dignitatis *l. qui proprio* 46. §. *qui alium, l. minor* 51. §. 1. *& legibus seqq. supr. de procur.* sed etiam executionem pati sententiæ *l.* 4. *infr. de re iudic.* quoniam alioqui impunè illusisset Prætori, & iudici, cùm accipiendo iudicium, pro alio etiam inuito eum liberauerit *d. l. solutione* 23. *de solut.* in quo miror tam grauiter errasse virum doctissimum, qui ad hāc legem notat, nouationem necessariam, quæ fit, inquit, iudicio accepto pro alio tollere ciuilem tantùm obligationem, non etiam naturalem, quasi hoc ipsum probetur ex hoc §. qui potiùs manifestè probat contrarium: nam si in hac specie dominus, pro seruo suo, ac non pro seipso tantùm iudicium accepisset, non dubitaret Papinianus quin naturalis quoque obligatio serui in iudicium translata esset ac consequenter cuiusdam delegationis iure nouata & extincta, cuius proinde nomine, nec fideiussor accipi, nec soluti repetitio denegari potuisset: & in hoc duplex Cuiacij error est, vnus in eo quod vult iudicio accepto pro alio non tolli naturalem obligationem, alius in eo quod hanc nouationem necessariam vocat, quæ tamen cùm delegatio sit, est omnino voluntaria. Ratio igitur tota huius §. illa est, quòd docuimus in hac specie conuētus actione de peculio iudicium accepit pro seipso non pro seruo, vt æquè, malè idem Cuiacius putat, cùm ex contractu serui fuerit, ipse ad hoc suo nomine obligatus de peculio *d. l. nec seruus*, eum verò qui pro seipso iudicium accipit constat fideiussorem dare posse non minùs post, quàm ante litem contestatam, quia & ciuilis, & naturalis subest obligatio, *leg. Græcè* 8. §. *& post litem infr. de fideiuss.* Neutram enim perimit nouatio necessaria, nec magis ciuilem, quàm naturalem, vt locus ille omnium optimè contra Cuiacium probat, in hoc quoque malè locutum, quod non dubitat, quin per nouationem necessariam ciuilis obligatio tollatur, quæ tamen non tollitur, nisi per subsecutam absolutionem, idque non ipso iure, sed per exceptionem rei iudicatæ, quæ in hanc rem illo quoque casu necessaria est. Porrò naturalem obligationem in hoc §. subesse in persona serui, etiam post dictatam contra dominum actionem de peculio probat Papinianus hoc argumento, quod si post litem cum domino contestatam seruus creditori suo peculiari solueret, vtique non posset repetere, quia naturalem obligationem agnouisset, quæ impedit repetitionem soluti *l. fideiussor* 16. §. *naturales eod. tit. l. naturales* 10. *de oblig. & act. l.* 3. §. *vltim. supr. quod quisq. iur.* est enim duplex hic effectus naturalis obligationis inter alios plures, vt & soluti repetitionem impediat, & fideiussor ei possit accedere, non dissimilis Africani ratiocinatio est, in *l. frater à fratre* 38. §. *quæsitum vers. nam manere supr. de cond. indeb.*

3 ¶ Seruus alienus, cùm bonæ fidei seruiret mihi, nummos à Titio mutuatos, mihi dedit, vt eum manumitterem: & manumisi, creditor quærebat, quem de peculio conueniret? dixi, quanquam creditor electionem aliàs haberet, tamen in proposito dominum esse conueniendum: & eum ad exhibendum mecum acturum pecuniæ nomine, quæ ipsi esset adquisita, [a] nec in eam causam alienata, quæ pro capite serui facta proponeretur. neque enim admittendum esse distinctionem existimantium [b] si non manumittam, domini pecuniam esse: manumissione verò secuta, videri pecuniam ex re mea, quæsitam mihi: quoniam magis propter rem meam, quàm ex re mea, pecunia mihi daretur.

Ad §. vlt. Seruus alienus.

RAT. DVB. Creditor serui alienati ex contractu, qui alienationem præcesserit, habet electionem vtrum velit conuenire emptorem, actione perpetua de peculio, an venditorem actione annali ex edicto Prætoris, de quo *infr. tit. prox.* Creditor serui à domino manumissi, non aliam potest actionem habere de peculio, quàm contra manumissorem intra annum *l.* 1. *dict. tit.* Cùm manumissus à vero domino liber fiat, nec proinde dominum vllum habeat, nec possit ipse ex antegesto conueniri *l.* 1. *C. an seruus pro suo fact. l. eum actum* 17. *supr. de negot. gest.* at cùm seruus manumissus est à non domino, id est à bonæ fidei possessore qui dominus putabatur, sicuti constat non posse illum fieri liberum per huiusmodi manumissionem, ac proinde manere in dominio sui domini, ita nec eum ampliùs bona fide possideri ab eo qui in hunc vsque diem bonæ fidei possessor fuerat, cùm desierit bona fide possidere eum quem manumisit: sed cùm seruus hic nummos acceperit à Titio mutuos, vt eos bonæ fidei possessori, tanquam vero domino suo daret manumissionis gratia, negari non potest, quin contracti mutui tempore is qui nummos accepit bonæ fidei possessor fuerit, ac proinde ex eo contractu potuerit obli-

BIU Cujas

gari & conueniri de peculio, si quidem non minùs bonæ fidei possessor, quàm verus dominus de peculio tenetur, quasi qui hac etiam parte domini loco sit: nam & fructuarius æquè de peculio tenetur *l. hinc quæritur* 19. §. 1. *l. si ex duobus* 32. *supr.* atqui etiam dominus de peculio tenetur, cùm ex edicto Prætoris actio perpetua de peculio, nonnisi contra dominos & parentes qui habent liberos, in potestate comparata sit, *l. 1. supr.* ergo habet creditor electionem vtrum velit de peculio conuenire, an dominum, an bonæ fidei possessorem, sicut & ex pluribus bonæ fidei possessoribus eandem electionem haberet, quem conuenire mallet *d. l. si ex duobus*, itémque ex pluribus fructuariis, vel ex pluribus eiusdem domini heredibus, vt scriptum est in *d. l. si ex duobus*, aut quem ex pluribus eiusdem serui dominis *l. & ancillarum* 27. §. *vltim. supr.* nam & vendito seruo, habet electionem creditor, vtrum malit conuenire, vt diximus, an emptorem perpetuò, an venditorem intra annum *d. l. si ex duobus* §. 1. *vers. quare circa venditorem, l. si creditor* 37. §. *penu. l. quoties* 47. §. *si creditor suprà*. ergo in proposita specie, cùm seruus alienus qui bona fide mihi seruiebat, nummos à Titio mutuatos, mihi dedit, vt eum manumitterem, & manumisi posteà vindicetur à vero domino in seruitutem, dicendum est debere Titium habere electionem, an contra dominum agere velit, an contra me tanquam contra bonæ fidei possessorem: aut si qua ratio sit, propter quam, aut dominus solus teneri debeat, aut ego solus, an non multo æquius est me solum teneri, ad quem pecunia peruênit, quàm dominum, cui pecunia illa data non est, quæ nec fuit à Titio credita, nisi vt seruus manumitteretur, atque ita domini sui potestati, ac dominio subtraheretur? ex qua causa placet, nec si pecuniam dominus acceperit, non secuta manumissione, actione de peculio eum teneri *l. cùm seruus* 54. *inf. mandat.* vbi eleganter idem Papinianus noster ait, Prætorem, cùm proposuit edictum de peculio, de huiusmodi contractibus seruorum non cogitasse per quos seipsi mala ratione dominis aufferunt, tantum abest vt verum esse possit, quod tamen Papinianus hic respondet solum dominum in proposito actione de peculio conueniendum esse.

DEC. Bonæ fidei possessor non alio iure, aut colore tenetur de peculio, quàm quia domini loco sit, & vt in aliis multis iuris partibus penè dominus habeatur *l. bonæ fidei* 48. *de acquirend. rer. domin. l. bona fides* 136. *de reg. iur.* ergo quo casu dominus ipse de peculio conueniri non posset, nec bonæ fidei possessor poterit, atqui dominus non potest conueniri de peculio ex eiusmodi contractu, quo seruus alicui mandauerit de semet emendo, à vero domino *d. l. cùm seruus.* Ergo nec bonæ fidei possessor, cui seruus nummos ab alio mutuatos dedit, vt se manumitteret, conueniri poterit de peculio à Titio, qui pecuniam in hanc causam credidit: etsi enim ponimus eum qui manumisit non fuisse dominum, sed tantùm bonæ fidei possessorem, seruus tamen qui eum credebat dominum, id egit proculdubio, vt se dominio eius subtraheret, alioqui non tam stultus fuisset, vt ei pecuniam in eam rem numeraret: ac proinde mala ratione, vt Papinianus loquitur in *dict. l. cùm seruus.* Non quia velit clam se domino subtrahere, vt malè interpretatur Cuiacius (quid enim clàm facit, in hac specie seruus qui illi ipsi quem dominum suum esse credit, pecuniam numerat, vt manumittatur? aut quid fieri clam potest inter volentes & consentientes?) sed quia libertatem sibi precio comparare vult, quam meritis tantùm & obsequiis parare sibi, & ad dandam eam inuitare dominum debuisset, quomodo Iustinianus noster scribit in *l. si quando* 35. §. 1. *C. de inoff. testam.* ex eodem Papiniano nostro, meritis magis filios ad paterna obsequia prouocandos esse quàm pactionibus adstringendos: est enim generaliter vera & verè aurea illa Marci Tullij sententia: malè rem agi cùm id quod virtute fieri debet (addamus *& fide & obsequio*) tentatur pecunia, eadem igitur ratio, qua mouetur Papinianus in *d. l. cùm seruus*, ne dandam putet emptori actionem mandati de peculio, contra verum dominum ex mandato serui qui se emendum mandauit, vt manumitteretur, fauet etiam bonæ fidei possessori ne possit conueniri de peculio à Titio qui seruo credidit nummos ipsi bonæ fidei possessori datos, vt ab eo manumitteretur: nam si Prætor non cogitauit de danda actione de peculio contra dominum ex contractu quo seruus domino suo se subtrahere voluerit, multò minùs cogitauit de danda ea contra bonæ fidei possessorem, eo ipso casu quo voluerit seruus se subtrahere bonę fidei possessori, qui dominus putabatur, quia nec de bonæ fidei possessore locutus est Prætor, sed tantùm de domino: at non fauet in hac specie ipsi domino, quia non id egit seruus, vt eius dominio se subtraheret, quem dominum suum esse ignorabat, ita fit, quod mirum est, & in quo Papiniani subtilitatem & elegantiam admirari licet, vt melior sit hac parte cõdicio bonę fidei possessoris quàm domini, & vt ea ipsa ratio quæ alias facit, ne dominus possit conueniri de peculio in specie *d. l. cùm seruus*, eadem in proposito suadeat, vt danda sit cõtra dominum: proinde sic habetur hoc casu bonæ fidei possessor pro vero domino, vt verus dominus pro non domino haberi videatur, nisi hactenus, vt de peculio teneatur creditori, quem alioqui in damno morari necesse esset, quòd certè esset iniquum: nam quemadmodum fieri nequit, vt idem seruus duos reuera habeat dominos *l. de hereditate* 19. §. *pater de castrens. pecul. l.* 5. §. *vltim. supr. commod.* ita nec vt eodem contractu duorum dominio se subtrahere voluerit, sed eius tantùm quem esse dominum suum existimabat. Eum igitur solum id est bonæ fidei possessorem cui vt manumitteret nummos dedit, de peculio non teneri oportet contra quem contractus ille ratione mala initus est, non autem verum dominum contra quem hic seruus nihil mala ratione fecit. Cessante enim ratione illa quæ dominum ab actione de peculio speciali quodam iure liberaret, relinquitur, vt ex forma edicti, & iure ordinario dominus conueniendus sit, quamuis bonæ fidei possessor pecuniam acceperit: quia scilicet non ideò acquisita est pecunia bonæ fidei possessori, cui seruus nihil potest acquirere, nisi vel ex re ipsius bonæ fidei possessoris, vel ex operis suis *l. acquiruntur* 10. §. *penultim. l. qui bona fide* 25. *in princip. l. seruus* 43. *de acquirend. rerum domin.* Hîc autem pecunia credita est seruo, non ex re bonæ fidei possessoris, aut ex operis suis aliquid acquirere volenti, sed pro capite ipsius serui, hoc est, vt per manumissionem inciperet habere caput in ciuitate is qui antea nullum habebat: consequens igitur est, vt ea pecunia acquisita sit domino, quia quod seruus alienus bona fide possessus non potest acquirere bonæ fidei possessori necesse

BIU Cujas

cesse est, vt domino acquiratur. Proinde dominum ipsum non bonæ fidei possessorem de peculio teneri cõuenit, quia is demùm de peculio teneri debet cui pecunia acquisita, non cui tradita est, sed domino succurretur data ei actione, ad exhibendum contra bonæ fidei possessorem, quam sine causa pecuniam hanc accepisse, nulloque iure manumisisse ex postfacto apparet. Tenetur enim ad exhibendum quisquis alienam rem tenet, cuius retinendæ nullum ius habeat, & quam si esset exhibita vindicare dominus posset, vt in proposito: est enim actio ad exhibendum præparatoria vindicationis *l. 1. l. 3. §. vlt. & pass. supr. ad exhib.*

a *Quæ ipsi esset acquisita.* RAT. DVB. Dominium non acquiritur, nisi per possessionem *l. per procuratorem 8. Cod. de acquirend. possess.* dominia enim à naturali possessione cœperunt *l. 1. infr. ill. titul.* atqui per seruum bona fide possessum, si quid ei tradatur, sicuti non acquiritur possessio bonæ fidei possessori, si non sit, nec ex re eius, nec ex operis serui, ita neque domino, quia fieri nequit, vt per eum quem non possideo, acquiram possessionem *d. l. 1. §. sed & per eum*, ergo neque dominium *l. si seruus 21. de acquirend. rer. domin.*

DEC. Quod seruus bona fide possessus non potest acquirere possessori, acquirit domino *dict. l. acquiruntur 10. §. penultim. d. l. qui bona 23. §. si quis duobus eodem titul. l. §. de iis autem seruis instit. per quas person. cuique acquir.* scilicet quantum ad dominium, non quantum ad possessionem: dominij enim acquisitio tota ex iure pendet, possessionis autem ex facto, ideoque facilius est, vt ex iuris authoritate per seruum bona fide possessum acquiratur dominium domino, quàm vt possessio. Quamuis è contrario facilius amittatur possessio quàm dominium: amittitur enim possessio mala voluntate, dominium verò, non item *l. si quis vi 17. §. differentia de acquirend. possess.* & sicuti verum est, nihil commune habere proprietatem cum possessione, *l. naturaliter 12. §. nihil commune eodem titul.* ita & alij modi sunt acquirendi & amittendi dominij: alij autem modi acquirendæ, vel amittendæ possessionis, vt benè hic Cuiacius contra Accursium disputat. Sed malè tamen respondet ad *d. l. si seruus*, loqui eam de acquisitione possessionis tantùm non dominij, ita quidem est in specie *d. l. 1. §. sed & per eum*, sed in *d. l. si seruus* de acquisitione dominij agitur, vt probant verba illa *nec meam fieri, quia seruum non possideam.* Respondere debuit eo loco Pomponium referre tantùm sententiam Proculi, sed tanquam singularem & ab aliis prudentibus, præsertim verò Sabinianis explosam, quod in libris nostris non est nouum, cumque non ita scribat Pomponius, *Proculus putat*, sed simpliciter *Proculus* ego sic accipio ac si scripsisset *Proculus putabat*, quomodo si scriptum esset, non dubitarem quin his ipsis verbis Pomponius innueret se Proculi sententiam non probare: sic enim alias prudentum sententias improbatas referre nostri, & hoc ipso refellere modestè solent *l. Papinianus putabat 23. de donat. int. vir. & vxor. iunct. l. cùm hic status 32. §. siue autem eodem titul. l. lecta 40.* in illis verbis *quidam dicebat*, & paullò pòst *vt ille putabat, supr. de reb. credit.* iunge *l. si fideiussor 9. supr. de dolo, & l. Stichum aut Panphilum 95. in fine princip. de solut. l. si venditor 6. §. 1. & l. seq. infr. de seru. export.* Papinianus certè in hac specie cum Sabinianis consentit aduersus Proculum.

b *Neque enim admittendam esse distinctionem existimantium.* RAT. DVB. Cùm bonæ fidei possessor accepit pecuniam à seruo, vt eum manumitteret, si non manumisit, nulla equidem ratio esse videtur, quare pecunia eius facta dici possit, cùm fidem fefellerit, at cùm manumisit, & fidem quantùm in se fuit, impleuit, iniquum videtur non fieri eius pecuniam cùm per manumissionem illam licèt nullo iure factam amiserit, non dominium quod non habuit, sed possessionem, & cum possessione bonam fidem quam habuit. Proinde videtur eo casu pecunia illa ex re ipsius quæsita, quandoquidem quæsita est velut ex possessione serui quæ ipsius fuit, ergo admittenda est distinctio existimantium, si bonę fidei possessor non manumittat, domini pecuniam esse, manumissione verò, secuta pecuniam fieri manumissoris quasi ex ipsius re quæsitam, cùm seruus alienus bona fide seruiens acquirat suo possessori, ex his duabus causis, ex operis suis, & ex re possessoris, vt diximus.

DEC. Multum interest, an pecunia detur bonæ fidei possessori ex re, an propter rem ipsius, quomodo & in *l. penultim. in fin. de sepulchr. violat.* aliud est percipi, quid ex hereditate, aliud propter hereditatem, aut occasione hereditatis, vt loquitur Paulus in *l. debitor 59. in fin. ad Senatusconsultum Trebellian.* Aliud item haberi quid de bonis, aliud verò propter bona *l. 1. §. nunc videamus in fin. de coniung. cum emancip. lib. eius*, quæ datur pecunia propter rem bonæ fidei possessoris, non ideò & acquiritur, sed ea tantùm quæ ex re ipsius datur: in proposito autem pecunia, quæ pro capite serui data est à seruo, eique à Titio credita, non ex re possessoris, sed ob rem eius data est, id est, vt pro eo damno, quod allatura erat manumissio, pecuniam haberet, veluti in damni compensationem: non ergo vno casu magis, quàm alio pecunia fieri potest bonæ fidei possessoris. Obserua tamen quæstionem hanc non vlterius extendi quàm vt sciamus cuius sit hæc pecunia, an domini, an bonę fidei possessoris, non etiam, vt in actione de peculio, aliud vno casu quàm alio constituatur: nam etiamsi bonæ fidei possessori pecunia acquisita esset, non ideò tamen dari contra eum deberet actio de peculio, propter eandem rationem quam attulimus quod Prætor in proponenda actione de peculio non cogitauerit de iis contractibus seruorum qui mala ratione se dominis subtrahunt: non enim ob id minùs locum habet hæc ratio, quòd pecunia domino sit acquisita, vt constat ex *dict. l. cùm seruus.* Quanquam difficilius sanè esset, vt in huius §. specie danda esset contra dominum actio de peculio, si pecunia nec domino ipsi esset acquisita: quo enim iure teneretur: cùm creditor non aliter mutuum contrahat quàm si nummos faciat accipientis *l. 2. §. appellata supr. de reb. credit.* aut eius scilicet cui per accipientem acquiri potest: ita ergo fieret, vt neuter de peculio creditori teneretur, neque bonæ fidei possessor, quia seruus eius dominio se subtrahere mala ratione voluisset, neque dominus, quia ei pecunia acquisita non esset, atque ita miser creditor in damno moraretur, nisi diceremus dandam ei saltem condictionem, aut siue causa, aut ob causam dati causa non secuta, cùm manumissionis effectus nullus subsecutus sit, quomodo daretur ipsi manumisso si liber probatus posteà fuisset *l. 3. §. si liber homo*, vbi diximus *supr. de cond. caus. dat caus. non secut.* nec sanè posset negari quin eo casu pecunia creditoris ad bonæ fidei possessorem sine iusta causa

BIU Cujas

peruenisset, quæres ad conditionē ex æquitate inducendam sola sufficit *l. si & me, & Titium 32. supr. de reb. credit.* & ita Papiniani responsum, hoc certè valdè subtile explicandum esse arbitror, benè Cuiacius ad initium huius legis præfatus est, quoties in libris nostris nomen peculij occurrit, subesse semper nodum & scrupulum aliquem. Sed in huius potissimùm legis totius interpretatione versari mihi videntur potiores, quæ circa tractatum de peculio possunt occurere difficultates.

51. SCÆVOLA libro 2. Quæstionum.

QVod debetur seruo ab extraneis, agenti de peculio non omnimodo dominus ad quantitatem debiti condemnandus est: cùm & sumptus in petendo, & euentus executionis possit esse incertus: & cogitanda sit mora temporis, quod datur iudicatis: aut venditionis bonorum, si id magis faciendum erit: ergo, si paratus sit actiones mandare, absoluetur [a]. quod enim dicitur, si cum vno ex sociis agatur [b] vniuersum peculium computandum, quia sit cum socio actio: in idem redibit, si actiones paratus sit præstare, & in omnibus, quod idcirco teneri dicimus, quia habent actionem, delegatio pro iusta præstatione sit.

Adl. Quod debetur 51.

RAT. DVB. Tanti condemnandus est dominus serui actione de peculio, quantum est in peculio tempore condemnationis *l. quæsitum 30. & l. prox. in princip. supr.* atqui quod debetur seruo ab extraneis computatur in peculio serui, cùm id etiam computetur, quod debetur à domino *l. quam Tuberonis 7. §. sed & id quod & pass. supr.* ergo dominus omnimodo condemnandus est ad quantitatem integram debiti, quod seruo ab extraneis debetur.

DEC. Id demùm in peculio computandum est, quod ita debetur, vt possit exigi, quia id demùm est, quod in effectu debetur: non autem omne quod debetur semper solidum exigitur, quoniam non potest fieri exactio sine sumptu non magis quàm sine lite, si cum perfido debitore res sit, qui vt plerunque fit, litigare malit quàm soluere, *l. minoribus 6. supr. de minor. l. 1. supr. de inoff. testam.* præter id quod euentus executionis potest esse incertus, cùm possit euenire, vt post condemnationem cùm executio iudicati facienda erit in bona condemnati non reperiantur bona, quæ capi & distrahi possint, sine controuersia *l. à Diuo Pio 15. §. in venditione § si rerum § sic quoque & seq. infr. de re iudic.* aut quæ debitore latitante, possint ex edicto Prætoris æquè sine controuersia possideri *l. quamuis 13. de reb. author. iudic. possid.* quo casu inanis propemodùm est condemnatio, quæ executioni mandari non potest, cùm vigor sententiæ in executione consistat *l. si longis 7. C. de execut. rei iudi.* sed & cùm debitor condemnatus soluendo est, cogitanda tamen est mora temporis quod ex humanitate indulgetur condemnato ad soluendum *l. cùm militi 16. §. 1. inf. de compensat.* quod ex lege primùm 12. tab. fuit mēsis vnius, postea duorum, hodie quatuor mensium ex *l. vlt. C. de vsur. rei iudic.* præter moras quas habet exercitio ipsa iudicij *l. etiam 15. in princip. vt legat. seu fideic. seruand. caus. caueat.* cogitandum item tēpus quod necessarium est ad bonorum venditionē peragendam, si aliter iudicati executio fieri non possit *d. l. à Diuo Pio:* de hac enim venditione Scæuola loquitur, non de illa, quæ fit ex edicto Prætoris contra latitantem debitorem ex prima illa parte edicti, quæ mittit creditorem in possessionem bonorum debitoris, de qua in *tit. quib. ex caus. in poss. eat.* & quam sequitur ex alia parte edicti venditio bonorum *leg. Fulcinius 7. §. 1. l. pen. in fin. & pass. de reb. author. iudic. possid.* nunquam enim fit illa missio, neque venditio post condemnationem, sed contra eum qui ob hoc solùm latitat, ne in ius vocari & condemnari possit, vt diximus ad initium *l. prox. sup.* Scæuola autem hoc loco, non nisi de executione loquitur, facienda scilicet post sententiam & condemnationem latam aduersus debitores peculiares: quamquam nihil prohibet, etiam mitti dominum in possessionem bonorum debitoris peculiaris, si malit ille latitare quàm conueniri & condemnari: meritò igitur Scæuola respondet, non in totum condemnari dominum debere actione de peculio ad quantitatem, quæ ab extraneis debetur seruo, sed deductis sumptibus qui probabiliter fieri possunt in litem & inspecto dubio, non tam litis quàm executionis euentu, & mora temporis, quòd in executionem, siue hoc, siue illo modo faciendam impendi oportebit: omnia verò hæc æstimanda sunt pinguiùs, & arbitrio boni viri, quoniam alioqui certa quantitate æstimari non possunt, simile est quod dicimus, si ea actione agatur ex qua fructuum restituendorum condemnatio fieri debeat, non alios tamen fructus intelligi, quàm qui supersunt deductis sumptibus necessariis ad fructus colligendos, & percipiendos, nec minùs in prædonis, quàm in bonæ fidei possessoris persona *l. si à domino 36. §. vltim. supr. de hered. petit. l. 4. l. vlt. in fin. de oper. seruor. l. quod in fructus 46. de vsur. l. 1. C. de fructib. & lit. expens.*

a *Ergo si paratus sit actiones mandare absoluetur.* RAT. DVB. Cauere bonus iudex debet quantum potest, ne ex primę litis materia noua & altera lis cōsurgat *l. 3. in fin. C. de fructib. & lit. expens.* diminuere enim lites debet, earumque materiam, non augere *l. quidam 21. supr. de reb. credit.* ideoque nimirum noluit Prætor in executione iudicati obligationes ex obligationibus fieri ne ex lite fierent lites *l. 4. §. Prætor ait infr. de re iudic.* & lædi creditur quisquis partam ex causa iudicati persecutionem nouo contractu ad initium alterius petitionis redigit *l. minor 40. supr. de minorib.* quidni ergo etiam is, qui pro pecunia sibi debita actionem suscipere cogitur? *l. eum à quo 16. Codic. de solut.* atquin absurditas, & iniquitas hæc emerget si domino conuēto actione de peculio permittatur pro pecunia, quam creditoribus peculiaribus debet, nomina offerre peculiarium debitorum.

Quid

BIU Cujas

Quid enim aliud est mandare actiones, quàm mandare litem? ergo nec si paratus sit dominus mandare actiones absolui tamen debet cùm debitor sit pecuniæ non nominis alioqui permittetur ei aliud pro alio soluere quod nisi volente & consentiente creditore nunquam licet *d.l. eum à quo.16.& seq.C.de solut.l.2.* §. *mutui datio supr. de reb. credit. l. si non sortem 26.*§. *si centum supr. de condict.indeb.* Dec. Multum interest an quis ex suo contractu præcisè & absolutè teneatur ad pecuniam, aut quid aliud præstandum. An verò non alia de causa quàm quòd aliquam aduersus alium habeat actionem. Priore casu idipsum præstandum est quod debetur, nec audiendus est debitor si pro re quæ debetur & petitur, litè offerat & actionem. Semper enim verecunda cogitatio est eius qui lites exec ratur & mauult re carere quàm litè habere *l.4.*§.*1.supr. de alien. iudic. mut. caus. fact.* Posteriore verò quoties quis tenetur & conuenitur ob id tantùm quod contra alium habeat actionem æquum est liberari eum præstando actionem, & delegationē pro iusta præstatione esse vt Scæuola hic loquitur. Ne alioqui latiùs pateat effectus quàm causa, qua cessante & vtique effectus cessare debet. Sic in *l. quòd si in diem 16.* §. *vlt. l. item veniunt 20.* §. *ait Senatus 17. supr. de hered. petit.* Atqui dominus qui de peculio conuenitur, & cui obiicitur tantum esse in peculio, quātum à debitoribus peculiarib. ei debetur non alia de causa cogitur eam pati computationem peculij, quàm quia contra eos debitores paratam habet actionem ex contractu serui, perinde atque ex suo proprio *l. nec seruus 41. supr.* Ergo audiendus est si eam actionem creditori peculiari mandare paratus sit. Ne aliter posito iure plus ei noceat quàm prodesse possit, quod habet contra alios actionem, quod periniquum esset, sic dicimus, eos qui propter rem aliquam onerati sunt vt quid præstent vel faciant, si rem illam derelinquere parati sint, semper audiēdos esse tanquam qui plus etiam præstent quā debeant *l. 15. cū quo 7. in fin. infr. de aqua & aquæ plu. arcend. l. si absente 48. l. cùm fructuarius 64. supr. de vsufr.* derelinquit autem actionem is qui mādat eam suo creditori per delegationem, cui nec magnam videri potest facere iniuriam cùm soluat etiam is qui reum delegat *l. quamuis 8.*§. *interdum infr. ad SC. Velleian. l. qui debitorem 18. infr. de fideiuss.* nisi quod delegationem pro solutione accipere creditor hoc casu cogitur, cùm alias non soleat nec possit fieri delegatio nisi volenti *l. 1. Cod. de nouat. & delegat.*

b *Quod enim dicitur, si cum vno ex socijs agatur.* Non tam hæc ratio dubitandi est quā obiectio quæ mouetur à Scæuola, & propter quam videbatur non magis audiendum esse hunc dominum qui pro pecunia creditoribus serui debita paratū se dicat mandare actiones quas habet contra debitores peculiarios, quàm socium de peculio conuentum, quem suprà diximus in *l. si noxali 11.* §. *vlt. & l. seq.* condemnari posse de vniuerso peculio etiam quod apud socium sit qui non conuenitur. Nam si socius non alia de causa tenetur de peculio socij, quàm quia contra eum actionē pro socio habere possit *l. hinc quæritur 19.*§. *vlt. & l. seq. l. & ancillarum 27.*§. *vlt. & seq. supr. hoc tit.* Cur non similiter condemnamus dominum actione de peculio in solidum ob ea debita quæ à debitoribus peculiaribus debentur, tametsi actiones quas contra eos habet creditori mandare paratus sit? Argumentum est vt apparet à simili, ad quod respōdet Scæuola esse quidem ista similia, sed nō esse verum quod obiectio supponit pro vero, socium conuentum actione de peculio ex persona & pro peculio socij non esse audiendum si pro pecunia actionem pro socio præstare paratus sit. Eodem enim res vtroque casu recidit, vt quia socius non alia de causa tenetur ex persona & de peculio socij, quàm quia pro sua indemnitate paratam habeat pro socio actionem, absoluendus sit si offerat delegationem, quomodo & in alijs omnibus generaliter euenit qui idcirco tantùm tenentur quod aliquam contra alios habeāt actionem: ergo quod locis supradictis scriptum est posse socium de peculio quoque socij conueniri & contra eum cōputari debere vniuersum peculium ita accipi omnino debet & sub hac exceptione, nisi malit actionem pro socio quam contra socium habet creditori suo mandare, vt ad eos locos ex hac lege docuimus. Cęterùm caue ne putes hanc esse legis huius sententiā vt omni casu dominus conuentus actione de peculio audiendus sit si pro pecunia debita offerat cessionem actionum. Id enim tunc tantum obtinet cùm tempore condemnationis nihil aliud est in peculio quàm quod est in actionibus, vt alioqui vel omnino absolui, vel in minorem quantitatem condēnari dominus deberet eo quod vel nihil prorsus vel minus foret in peculio: cùm enim huiusmodi nomina quæ in peculio sunt sola faciant, vt peculiū aliquod sit, & vt de peculio conueniri & condemnari dominus possit. Æquum sanè est vt hoc demū casu delegatio pro iusta præstatione sit, non etiam cùm ex peculio aliunde, & aliter quàm mandatis actionibus satisfieri creditoribus potest.

52. Pavlvs libro 8. Quæstionum.

EX facto quæritur: qui tutelam, quasi liber, administrabat, seruus pronunciatus est: an, si conueniatur eius dominus à pupillo, (cuius quidem potiorem causam, quam creditorum ceterorum serui habendam rescriptum est) an vel id deducatur ex peculio, quod domino debetur? &, si putaueris posse deduci, an interfit, vtrùm, cùm adhuc in libertatē ageret, domini debitor factus est, an postea & an de peculio impuberi competat? Respondi. Nullum priuilegium præponi patri, vel domino potest [a] cùm ex persona filij, vel serui, de peculio conueniuntur. planè in ceteris creditoribus habenda est ratio priuilegiorum. quid enim, si filius dotem accepit, tutelam administrauit? merito igitur & in seruo, qui pro tutore egit, id rescriptum est [b]: & quia occupantis melior solet esse conditio, quàm cetero-

BIU Cujas

rum[c], inhibebitur actio. Planè si ex re pupilli nomina fecit[d], vel pecuniam in arca deposuit: datur ei vindicatio nummorum, & aduersus debitores vtilis actio: scilicet si nummos consumpserunt. hic enim alienare eos non potuit: quod & in quouis tutore dicendum est[e]. Nec tamen interesse puto[f] quando domino debere cœpit: vtrùm cùm in libertatis possessione esset, an postea. Nam & si Titij seruo credidero, eiúsque dominus esse cœpero: deducam quod priùs credidi, si conueniri de peculio cœpero. Quid ergo est? quia de peculio actio deficit[g] vtilis actio in dominum quasi tutelæ erit[h]: vt, quod ille pro patrimonio habuit, peculium esse intelligatur.

Ad l. Ex facto 52.

Ex facti specie, quæ initio huius legis proponitur tres Paulus elicit quæstiones: An si dominus conueniatur à pupillo ex causa tutelæ per suum administratæ toto eo tempore quo liber esse credebatur possit deducere quod sibi debetur. An si possit deducere distinguendum sit vtrum is seruus debitor domini factus sit cùm adhuc in libertate ageret an ex quo seruus pronunciatus est. An denique actio de peculio impuberi competat: debuerat verò hæc tertia præcedere, quia in actione demùm de peculio quæri solet de priuilegio domini in deducendo eo quod sibi debetur *l. depositi 5. §. vlt. l. sed si damnū 9. §. peculium & pass. supr. hoc tit. l. 5. §. sed est quæsitum supr. de tribut. act.* Respondet autem Paulus ad tres illas quæstiones eodem ordine, ad primam habere dominum deductionis priuilegium etiam aduersus pupillū, vt priuilegio pupilli præferatur: ad secundam nihil interesse vtrum seruus debitor domini sui esse cœperit, cum pro libero haberetur an cùm seruus iam pronunciatus esset & vtroque casu priuilegio deductionis pro domino locum esse ad tertiam actionem de peculio deficere, sed vtilem quasi tutelæ pupillo dandam esse in dominum ex administratione serui. Nos de singulis suo ordine videamus.

a *Respondi, nullum priuilegium præponi patri vel domino potest.* Responsio hęc est ad primam quæstionem. RAT. DVB. Pupillus habet priuilegium inter cæteros omnes creditores personalem duntaxat actionē habentes, vt omnibus præferatur, *l. dabimúsque 19. §. 1. & l. si negotium 23. infr. de reb. author. iudic. possid.* aliàs *l. 4. & 8. de priuileg. credit.* Persona enim pupilli digna visa est, quæ priuilegium hoc, & præcipuum fauorē meruerit, vt Papinianus ait in *l. ex pluribus 42. de adm. tutor.* siue quòd in ea ætate non possit ipse sibi consulere in qua ignorat etiam illa quæ videt *l. 1. C. de fals. monet.* siue quod non eligat ipse sibi tutorem quomodo minor plerumque curatorem, sed in tutorem incidat, vt idem Papinianus eleganter ratiocinatur in *l. vlt. infr. rem pupill. salu. fore.* Quę ratio tandem fecit vt personale illud priuilegium prælationis conuersum sit in priuilegium tacitæ hypothecæ à Constantino in *l. pro officio 20. C. de admin. tutor.* Quo exemplo Iustinianus etiam priuilegium illud tacitæ hypothecæ doti dedit, quæ olim non habebat nisi priuilegium personale *l. quæsitum 17. §. si spōsa & l. seq. de reb. author. iudic. possid. alias l. 2. & 3. de priuileg. credit. iunct. l. vnic. C. de rei vxor. action.* Nulla ergo ratio est vt dominus à pupillo conuentus vtatur priuilegio deductionis contra pupillum, eiq; præferatur præsertim cùm imputari possit domino cur non fuerit diligentior in perquirendo & vindicando seruo quem cùm passus est, gerere se pro libero & quasi liberum administrare tutelam pupilli, hoc ipso fecisse videtur vt in damnum, & captionē pupillus inciderit, cui è cōtrario nihil imputari potest. DEC. nullum priuilegium præponi patri vel domino potest non solùm si actione de peculio, sed & si qualibet alia actione ex persona filijfamilias vel serui conueniātur: sic enim generaliter Paulum scripsisse arbitror nō additis verbis illis, *de peculio.* Alioqui non esset accommodata responsio ad quæstionem, cùm in proposita specie non de peculio agi possit contra dominum, sed vtili quasi tutelæ actione, vt Paulus subiicit. Est quidem petrarū vt ex persona filiifamilias vel serui pater vel dominus conueniantur alia actione quā de peculio, quia in exercitoria institoria tributoria & quod iussu non tam ex filij vel serui persona quàm ex sua propria conueniuntur: ideoq; priuilegium in ijs nullum habent *d. l. 1. supr. de tribut. l. 1. infr. quod iuss.* Sed tamen accidit aliquando vt in specie huius legis, ideoq; generalius fuit proponenda regula nec ad actionem de peculio coangustanda, nisi dicamus quod probabilius est ideo adiecisse Paulum verba illa de peculio, quia concepta erat quæstio in actione de peculio, cui licet in proposita specie locus non sit, sed actioni quasi tutelæ: similis tamen illa est actioni de peculio, quia & patrimonium quod hic seruus habuit cùm se pro libero gereret pro peculio accipiēdum est, vt Paulus tandem concludet. Ratio autem generalis huius regulæ illa est, quòd non tantùm in actione de peculio, sed etiam quoties alia qualibet actione conuenitur pater aut dominus ex persona filij vel serui solet esse melior condicio occupantis *l. si verò 10. supr. hoc tit. l. 3. supr. quod cum eo qui in alien. potest. est.* Dominus autem semper occupasse ac cæteros omnes creditores præueniisse, & cum seruo suo prior egisse creditur, sibíq; soluisse tùm cùm cœpit ab aliis creditoribus conueniri *d. l. sed si damnum 9. §. peculium & §. præterea supr. hoc tit.* In quo vno versatur totum priuilegium deductionis, nec quod rescriptū est, pupilli potiorem causam quàm cæterorum serui creditorum habendam esse, vsque adeò latè accipiendum est, vt dominum quoq; qui serui creditor est comprehendat. Planè extra dominum & in cæteris omnibus creditoribus habebitur ratio priuilegiorū *d. l. 3. supr. quod cum eo qui in alien. potest.* Idémq; in patre & filiofamilias seruādum erit, si fortè filius aut dotē acceperit aut tutelā administrauerit. Nam & dotis & tutelę priuilegia seruabuntur post patrē, id est, ita tamen vt patris primùm ratio habeatur, in actione scilicet de peculio, ex qua semper cōueniri pater potest ex quolibet contractu, vel quasi cōtractu filij, nō quomodo in specie huius legis dominus alia actione quā de peculio ex quasi contractu serui conuenitur. Idq; est quod Paulus hîc subiicit.

b *Meritò igitur & in seruo qui pro tutore egit id rescriptum est.*

BIU Cujas

ptum. est Scilicet vt cęteris omnibus serui creditoribus excepto solo domino pupillus præferatur. Ex quo apparet in præcedentibus illis verbis legis parenthesi circumscriptis, *cuius quidem potiorem causam quàm cæterorum creditorum serui habendam rescriptũ est.* dictionem *cuius* non ad dominum referendam esse vt putant qui in hanc rem citant *l. 1. de tribut. act.* sed pupillũ cuius priuilegiũ fatetur Paulus seruãdũ esse inter cæteros serui creditores excepto domino.

c *Et quia occupantis melior solet esse condicio quàm cæterorum.* Sensus est in actione de peculio meliorẽ esse soluere condictionem occupantis quàm cæterorũ. Ideoq; consequens esse, vt si non sit in peculio nisi quantum necesse est vt domino & pupillo satis fiat inhibenda sit persecutio cæterorum & actio de peculio quia occupasse censentur qui priuilegium habent prælationis licèt nondum pupillus egerit. Itaque mallem hîc legere, *Et quia occupantis melior solet esse condicio, cæterorum inhibebitur actio*, delata dictione, *quàm* vt dictio *cæterorum* quæ sequitur impleat sententiam quæ alioqui manca esset illorum *inhibebitur actio.* Sic in §. *prox. infr.* dilata interim cæterorum creditorum actione.

d *Planè si ex re pupilli nomina fecit.* RAT. DVB. Nominibus ex re pupilli factis constat si pupillus ipse stipulatus sit acquiri ei directam in debitores suos actionem, vt & alij creditori cuilibet, si verò tutor ipse stipulatus sit siue pupillo siue sibiipsi, vtilem actionem omnimodo acquiri pupillo *l. 2. infr. quand. ex fact. tutor. l. 2. & 4. C. eod. l. 5. §. pen. supr. de constit. pecun. l. solutum 11. §. per liberam de pignor. act.* Sicut & si seruus publicus nomine pupilli stipulatus sit *l. 4. in princip. infr. rem pupill. salu. for.* Omnimodo, inquam, id est non adhibita illa distinctione quam Paulus hîc adhibet an pecunia quæ mutua creditoribus data est extet an consumpta sit. Nam etiamsi extet vindicari tamen nunquam potest, cùm implicet contradictionem vt fiant nomina & debitores obligentur, itémque vt debitores obligentur nec tamen eorum fiat pecunia. Nulla siquidẽ alia subest causa contrahendæ obligationis ex mutuo, quàm quòd pecunia fiat accipientis *l. 2. §. appellata l. si ego 18. & pass. supr. de reb. credit.* Malè igitur Paulus hîc dat pupillo vindicationem nummorum extantium apud debitores, perinde ac eorum, qui in arca aliqua depositi sunt, malè etiam non nisi vtilem actionem pupillo contra debitores cùm possit habere directam si eo ipso stipulante facta sint nomina, siue cum tutoris authoritate stipulatus sit, siue absque tutore, dum ne crediderit sine tutore *l. obligari 9. infr. de author. tutor.*

DEC. Multùm interest an nomina fiant à vero tutore, an à falso. Si à vero, id obtinet quod diximus vt quamuis pupillus nec crediderit ipse nec stipulatus sit, sed tutor solus, dominium tamen nummorum in debitorem transferatur, tanquam qui ob hoc ipsum fiat debitor ac proinde vindicationem eorum nummorum nullo penitus casu competere pupillo posse, id est, nec si debitores soluẽdo nõ sint nec si tutor ipse quoq; non sit idoneus. Habet enim verus tutor alienãdorũ pupilli nũmorũ ius & potestatẽ ad nomina cõtrahẽda & bene tutóq; sub vsuris collocandã pecuniã adeò vt imputetur ei si non collocauerit, & idonea nomina nõ inuenerit maximè si eodẽ tempore suã pecuniã benè collocasse arguatur: *l. tutor 13. §. 1. de admin. tutor.* At cùm à falso tutore, etiã qui bona fide pro tutore gesserit, nomina facta sunt, fieri nequit vt dominiũ trãsferatur in accipiẽtes, quia nihil ex bonis pupillarib. alienare hic potest, cũ nõ eadẽ sit huius quæ tutoris rerũ pupilli administratio, inquit Celsus in *l. 2. de eo qui pro tutor.* Pecuniã igitur pupillarẽ quę alienata nõ est, & cuius dominiũ penes pupillũ mãserit, ab eo vĩdicari posse dicẽdũ est quãdiu extat apud debitorẽ. Multò autẽ magis si credita sit ab eo quasi tutore, quia tũ tutor neq; verè fuerit neq; esse potuerit, vt in specie huius legis: seruus enim neq; tutor est neq; esse potest, nõ magis quã prętor, cũ prorsus incapax sit eorũ omniũ quæ sunt iuris ciuilis *l. 3. supr. de offic. prætor. l. si quis tutorẽ 22. infr. de testam. tutel. l. quod attinet 32. de regul. iur.* Planè si pecunia illa à seruo tãquã tutore credita, & debitorib. cõsũpta sit, dabimus pupillo vtilẽ in eos actionẽ nõ tã propter stipulationẽ falsi tutoris quomodo daretur si is verus tutor fuisset vt in *d. l. 2. infr. quand. ex fact. tutor. d. l. 2. & 4. C. eod.* quã propter consumptionẽ. Est enim cõsumptio modus nõ quidem acquirẽdi, aut trãsferẽdi, sed amittẽdi dominij: quo amisso vtiq; vindicatio sũpereſse nulla potest, quæ nec nisi rei extantis est. Cur verò directa actio dari pupillo hoc casu nõ possit ratio nõ est obscura, quia ponimus nõ ipsũ pupillũ fuisse stipulatũ, sed falsum tutorẽ, qui etiamsi verus tutor fuisset directã tamen actionẽ suo pupillo acquirere nõ potuisset, sed tantũ vtilẽ, vt iã diximus ex *d. l. 11. §. per liberã sup. de pignor. act.* & aliis supradictis locis. Tutorẽ autẽ ipsum stipulatũ fuisse nõ pupillũ ex eo apparet, quod Paulus ponit à seruo tanquã tutore facta esse nomina. Is enim nomẽ facere dicitur, non cuius pecunia est quæ creditur, sed qui eã dari stipulatur, cũ ex causa quoq; siue præcedẽtis siue subsequẽtis mutui interposita stipulatione, nõ cõdictio ex mutuo, sed actio tãtũ ex stipulatione quæratur *l. cùm enim 6. iunct. §. 1. legis præced. infr. de nouat.* Sed etsi pupillus pecuniã credidisset, quia tamẽ sine veri tutoris qui hîc nullus erat authoritate pecuniã suã alienare nõ potuisset *d. l. obligari:* neq; ex stipulatione quã nõ interposuisset, neq; ex mutuo acquirere sibi actionẽ directã potuisset, nisi quod secuta cõsũptione nũmorũ posset obligatio cõualescere, & actionẽ directã parere, quia & à pupillo ipso & ex eius nũmis mutuũ factũ fuisset, at si pupillus eã pecuniã sibi reddi etiã non interposita tutoris authoritate stipulatus fuisset, dubitari non oporteret quin directã condictionẽ certi ex stipulatione haberet quę & ex omni valida stipulatione acquiritur, etiã quę sine causa facta sit, quãuis ineffi caciter ob doli mali exceptionem quæ illo casu datur obligato *l. 2. §. circa infr. de doli mal. except.* Cuius tamẽ exceptionis nullus in proposito metus esse posset, cũ in dolo potiùs essẽt debitores qui ex stipulatione conuẽti pecuniã quã verè accepissẽt nollẽt reddere, eo prætextu, quòd ipsorũ fieri ea nõ potuisset, cũ tamẽ aut extãtẽ adhuc eã haberẽt, aut cõsumpsissẽt. Videtúrq; hic casus notãdus valde tanquam singularis, in quo ex stipulatione interposita pecuniæ creditæ nomine, quæ non sit in accipientem alienata datur stipulatori actio directa, eáque efficax, sine metu exceptionis doli.

e *Quod & in quouis tutore dicẽdũ est.* Difficilis certè est hic versiculus, nec video qua ratione explicari bene possit. Falsum enim est in quouis alio tutore, id est, etiã qui verus tutor fuerit idem dicẽdum esse quod hucusq. dixit Paul⁹ in eo seruo de quo tractamus, qui verè tutor nec vnquã fuit, nec esse potuit. Nã si referas ad versiculũ proximè precedentem, *hic enim alienare eos nõ potuit*, falsissimũ est verũ tutorem nõ posse alienare nũmos, quos pupilli nomine cre-

BIU Cujas

diderit. Alioqui quomodo crederet? quomodo pupillo nomina faceret? quomodo lucra vsurarum pupillo acquireret? Adeò autē verè alienat pupilli nummos quos credit, vt etiamsi dari eos sibi stipuletur acquirat tamē pupillo vtilē actionē *d.l.2.quand. ex fact. tutor.* quam certè non posset ei acquirere, si nec dominium pecunię pupillaris in accipientem transferre posset: non enim hæc alienatio ex earū numero est, quas oratio Seueri tutoribus prohibuit de qua in *l.1.infr. de reb.eor.qui sub. tutel.vel cur. sunt sine decret.nō alien.* Nempe quia pecunia sterilis & fragilis ac lubrica res est, quæ cùm facilè amittatur, non facilè sine metu retinetur *l.si chorus* 93. §.1.*de leg.*3.& quā proinde pupillo vtilius est aut collocari fœnori vt vsuras pariat, aut in emptionē prædiorū impendi vt fructuū commodum pupillo acquirat *l.tutor qui repertorium* 7.§.*si post depositionem,& pass.infr. de author.tutor.* Rursus si referas versiculum hunc ad id quod paulo antè dictum est, si seruus hic quasi tutor fecerit nomina ex re pupilli dandam esse vtilē actionem in debitores scilicet, id est, ita demum si pecuniam consumpserunt, falsius est, factis à vero tutore nominibus requiri consumptionem pecuniæ ex parte debitorū vt obligentur vtili actione: habet.n.pupillus vtilem omni casu, id est tum quoq; cùm tutor nō pupillo, sed sibi ipsi stipulatus est siue adhuc extet pecunia siue iam consumpta sit, dummodò pupillus malit sibi gestum fuisse negotium quàm tutori *d. l.2. infr. quand. ex fact.tutor.l.2.& 4. C.eod.l.3.C.arbitr. tutel.* Falsissimū denique extante apud debitores pecunia necdum consumpta posse pupillū eā vindicare quasi suā, cùm à vero tutore fuit credita, quandoquidē hoc ipso fuit alienata vt probauimus. Ergo vel hic versiculus ita intelligendus est ac si Paulus post illa verba, *hic enim alienare nō potuit* ita scripsisset *quommodo in alio quouis tutore dicēdum esset posse illum alienare*, aut si cui nimis dura, quod non inficior, hæc interpretatio videbitur præsertim propter articulū illū ampliatiuū, *&*, qui iuxta hunc sensum omnino expungendus esset, dicendum erit necessariò delendum esse hunc versiculum & non tam Paulo, quàm imperito alicui interpreti tribuēdum existimanti non aliud à Paulo responsum fuisse in hoc falso tutore quàm quod in vero tutore respondendum esset ratione vtilium actionum dādarum pupillo ex nominibus à tutore contractis, nec animaduertenti longè aliter Paulum in hoc falso tutore etiam quod ad vtiles illas actiones pertinet respondisse, quam quod in vero responderi oporteat, vt explicauimus: mihi tamē prior nostra emendatio cū sua emendatiuncula magis placet qui video nō esse nouas Paulo & insolitas huiusmodi obscuras & inuolutas locutiones: nec aliud certè Paulū hîc velle quam si scripsisset quomodo potuerat apertius, *hic enim alienare non potuit quod quiuis tutor facere posset*, id est siue testamētarius siue legitimus siue datiuus, dummodò ritè datus sit etiamsi honorarius tantùm nisi interdicta ei sit administratio vel suspectus dictus sit *l.quòd si fortè* 14. §.1. *& seqq. infr. de solut.* vbi dicitur omnibus his tutoribus rectè solui posse. Quid enim aliud est solutionē accipere quàm alienare debitorē? §. *nunc admonendi Instit. quib. alien. licet vel non.*

f *Nec tamē interesse puto*, hîc respōdet Paulus ad propositam secundo loco quæstionem quę illa erat an quicquā interesset vtrum cœpisset hic seruus debitor esse domini sui iam eo tempore quo adhuc se pro libero gerebat an ex quo seruus pronunciatus fuerat: & ait nihil interesse quando domino debitor esse cœperit, vtrum cùm in libertatis possessione esset an posteà. RAT. DVB. Priuilegium quod habet dominus deducendi in actione de peculio id quod sibi debetur, non aliā rationē habet quā quia occupasse ac cæteros omnes creditores preueniisse intelligitur, priorq; cū seruo suo egisse nec voluisse vt in peculio maneret id quod sibi à seruo suo deberetur, vt scriptum est in *d.l. sed si damnum* 9.§.*peculiū & §.præterea supr. hoc tit.* Atqui nihil tale dici potest de domino serui pro libero se gerentis, quia quandiu seruus liber esse creditur potest vero iudicio tanquā liber homo conueniri ab eo qui dominus ignoratur: non potest igitur dominus habere priuilegium deductionis nisi de eo quod credidit postquā seruus hic talis pronunciatus fuit. DEC. Deductionis priuilegio tū demum locus est cùm agitur de peculio: tum enim sibi soluere dominus creditur cū incipit actione de peculio conueniri, vt scriptū est in *d.§.præterea in fin.* Nihil ergo aliud inspiciēdum est nisi an dominus creditor sit eo tempore quo ex persona serui conuenitur de peculio non etiā à quo tempore creditor esse cœperit. Nam & si seruo Titij inquit Paulus credidero eiusq. dominus esse cœpero, deducam id quoque quod prius credidi cùm incipiā de peculio conueniri: ergo & in proposita specie idem dicendū erit, in qua hoc amplius est, quod non alieno seruo credidi, sed ei qui iā tū re vera meus erat, quamuis liber esse putaretur.

g *Quid ergo est? quia de peculio actio deficit.* Responsio est ad tertiā quæstionem suprà propositam vtrum in hac specie competeret impuberi actio de peculio. Respōdet autē Paulus deficere actionē de peculio, sed vtilem quasi tutelæ actionem impuberi dandam esse.

RAT. DVB. Seruus nō aliud patrimoniū aut quasi patrimonium habere potest quàm peculium *l.depositi* 5.§.*vlt. l. hinc quæritur* 19.§.1. *l.si ex duobus* 32. *in princ. l peculium & ex eo* 39. *l. quoties* 47.§.*vlt.supr.* Numquā enim capax est acquisitionis ne volente quidē domino, vnde est quod acquirit domino nō solū ignoranti, sed etiā inuito ex omnibus penè causis *l. etiam* 32.*de acquir.rer. domin. l. seruo* 65.*ad SC. Trebell.* Nec minus cū se gerit pro libero siue bona fide siue mala quā si domino ipsi seruiret: nō enim ob id minus seruus est quod non seruiat, cùm aliud longè sit seruire, aliud verò seruum esse illud facti, hoc iuris est. Tūq; duntaxat distinctionibus locus est, an domino acquirat seruus cū alij quā domino bona fide seruit *l.qui bona fide* 23.*de acq.rer.dom.* nō autē cū se pro libero gerit. Atquin vbicumque peculium est ibi & actio de peculio esse potest: quippe quæ nihil aliud requirit nisi vt & is qui in potestate nostra est contraxerit & peculiū eius aliquod sit eo saltē tempore quo res iudicatur. Ergo nō videtur verū quod Paulus respōdet deficere hîc actionē de peculio. DEC. Peculiū nasci & ab initio esse nō potest nisi quòd à domino ipso constitutū sit. Pendet enim ex cōstitutione domini, & ex cōstituētis voluntate *l.4.in princ.l.quā Tuberonis* 7.§.*pupillum supr.* Nec potest incipere seruus peculiū habere, nisi hoc volēte specialiter domino. Atqui nō potuit vlla voluntas domini interuenire, vt peculiū ei cōstitueret quē seruum suū esse ignorabat, quíq; eo tēpore liber & paterfam. ac proinde peculij habēdi incapax credebatur. Nō ergo potuit seruus vllū eo tēpore habere peculiū quod tale verè esset, quale esse necesse est vt actioni de peculio locus esse possit. Deficit ergo

actio

BIU Cujas

actio de peculio defectu peculij, quamuis quicquid seruus tùm acquisiuit cùm se pro libero gerebat, domino suo acquisiuerit, etiã ignorans ignoranti, vt diximus, & inuito: non enim quicquid per seruũ acquiritur domino statim peculiũ est aut peculij, sed id solum quod dominus peculij esse voluerit & à rationibus suis expressa ac speciali voluntate separauerit *d.l.4.d.l.peculium 39.in fin.supr.hoc tit.*

h *Vtilis actio in dominũ quasi tutelæ erit.* RAT.DVB. Hic seruus qui tutelã administrauit, cũ verè seruus fuerit neq; tutor verè neq; quasi tutor fuit: nam & pro tutore gerere is demùm creditur, qui pro tutelæ actione conueniri potest quæ ipsa nihil nisi vtilis tutelæ actio est. Atqui cũ seruo nulla actio est nec esse potest *l.cũ seruo 107.de regul.iur.* Cũ domino autẽ etsi actio esse potest ex persona serui, vix tamen est vt ad actionem tutelæ vel quasi tutelæ id porrigi debeat, cùm nihil ipse gesserit, neq; geri mandauerit, adeò vt neq; si cauerit rem pupilli saluã fore, stipulatione prætoria possit tamẽ ex ea stipulatione aliter cõueniri quã si gesserit ideóq; gerere cogendus sit *l.4.§. sed enim infr.rẽ pupill.salu.for.* DEC. Ob eã nimirũ causã rescriptũ fuit à Diuo Seuero dãdũ hoc casu iudiciũ vtile in dominũ, vt refert Vlp.in *l.1.§.proinde & si seru⁹ inf.de eo qui pro tutor.* quia directũ certè cõpetere non poterat in eũ qui neq; tutor fuisset, neq; quicquam gessisset, aut geri mãdasset, nec tamen æquum esset sine auxilio manere pupillũ cui nihil imputari posset, nõ magis quàm magistratui qui bona fide tutorem dedisset eũ quem videbat cõmuni omniũ errore, & ciuem & patremf. haberi, vt nec subsidiariam in factũ actionem in eũ dari æquum esset *arg.l.3.sup. tit.prox.d.l.Barbarius 3.de offic.prætor.* Nec tamen erit hæc vtilis actio quasi tutelæ de peculio, quia peculiũ reuerà nullũ est, vt diximus: sed habebit tamẽ hæc actio naturã actionis de peculio tanquã in eius locũ subrogata, vt eandẽ deductionem æris alieni dominici, & priuilegiorũ obseruationem patiatur, ratione illa quã Paulus adfert, vt quod hic seruus pro patrimonio habuit, peculiũ ipsius esse intelligatur. Nã & effectu ipso à rationib. domini separatum fuit, cũ nec seruus dominũ se habere vllũ putaret, si bona fide in libertate morabatur. Quòd si mala fide, & tanquã fugitiuus se pro libero gerebat, tanto minus peculiũ à domino habuisse videri potest, cũ in eo quoq; seruo cui dominus liberã peculij administrationẽ aliquãdo cõcesserat, si postea fugitiuus esse cœperit, administratio illa nõ permaneat *l.libera,48.supr.* Sed non eo minùs tamen dominũ ex administratione huius serui vtili actione quasi tutelæ teneri æquũ est, cùm damno domini eã administrationẽ cedere æquius sit, quã pupilli, vt quatenus per patrimonij sui acquisitionẽ seruus locupletiorem dominũ fecit, eatenus saltẽ obligare illum potuerit, quo admisso nõ idcirco tamẽ damnũ vllũ domino infligitur, sed lucrum quod alioquin habere ei aufertur, ne in damno pupillus maneat, in quo aliter posito iure manere illũ necesse esset, nõ sine magna iniquitate *arg. l. quod autem 6.§.simili modo infr. quæ in fraud. credit.*

1 ¶ Si dos filiofamilias sit data, vel tutelam administrauerit: habenda erit ratio priuilegiorum in actione de peculio, dilata interim ceterorum creditorum actione, vel interpolita cautione, si priores agant, qui priuilegium non habent, restituturi, quod acceperunt, si inferatur postea cum patre actio priuilegij.

Ad §.1. Si dos filiofamilias.

Distingui solet hoc §. à præcedente tota sententia huius legis, sed malè, meo iudicio. Est. n. eius velut appẽdix potiùs & responsionẽ cõtinet ad interrogationẽ quã Paulus in medio primi responsi sui interposuerat de filiofam. iis verbis. *Quid enim si filius dotẽ accepit, tutelã administrauit?* Respondet autẽ id ipsũ quod in seruo dixerat quãtum ad deductionẽ eius quod patri filius debet, & quãtã ad habẽdã rationẽ priuilegiorũ. Nisi quod dat pupillo actionẽ tutelæ de peculio in patrem quã nõ dedit ex persona serui cõtra dominũ, nempe quia filiusf. quãuis & liber, & ciuis Romanus sit, peculiũ tamẽ & habere potest & habet de quo patrem obliget, nõ etiã seruus qui pro libero se gerit, quãdiu seruus ignoratur. Eadẽ igitur dubitãdi & decidendi ratio est ad hanc sententiam quæad præcedentem, quoniam & eadẽ vtriusq; loci sententia est, nisi quod cùm in præcedentib. dixerit Paulus, quia melior occupãtis cõditio esse solet, inhiberi actionẽ cæterorũ serui creditorũ, nunc paullo aliter differri ait interim cæterorum creditorum actiones, id est quousq; satisfactũ sit creditorib. priuilegiariis, qui licèt nõdũ egerint, ob priuilegiũ tamen quod habẽt iã egisse ac priores occupasse intelligũtur. Sed idẽ vtriusq. locutionis sensus est. nã nec existimãdũ est in plurib. serui creditorib. quorũ alij priuilegiarij sint, alij nõ sint inhibendã absolutè cæterorum qui priuilegiarij nõ sunt actionem sed, interim duntaxat, id est quousque priuilegiarius fuerit satisfactum, inhiberi porrò actionem hoc sensu, nihil aliud est quàm interim differri: aut si tamdiu expectare nolent ij qui priuilegium non habent, audiendi quidem erunt etiamsi priores agant nec ad aliud tempus remittendi. Sed ita demùm si parati sint cauere se restituturos quod acceperint si postea contingat inferri cum patre actionem priuilegij, hoc est contra patrem moueri actionem priuilegiariam vt in *l.sed si damnum 9.§.vlt.sup.hoc tit.* Etsi enim non solet locus esse interponendis cautionib. cùm vniuersum quod petitur debetur *l. quoties 47.§ si semel supr.* (quæ ad hunc versiculum dubitandi ratio esse potuit) quia tamen fieri potest vt venientibus postea priuilegiariis nihil prioribus solui debuisse appareat, necessaria cautio est vt in *l. pen. supr. de hered.petit l. dolo 41.infr. ad leg Falcid.* ne alioqui moretur in damno pater qui neque recusare priuilegiariis posset, quominùs iis solueret, cùm etiamsi nondum egissent, occupasse tamen propter priuilegium existimarentur, nec repetitionem vllam habere aduersus eos quibus soluisset quoniam suum recepissent ex regula *leg repetitio 44.supr. de condict. indeb.*

53. IDEM libro II. Quæstionum.

SI Sticho peculium, cùm manumitteretur, ademptum non est, videtur concessum. debitores autẽ conuenire[a] nisi mandatis sibi actionibus, non potest.

BIU Cujas

Ad l. Si Sticho 53.

RAT. DVB. Per manumissionem is qui seruus erat non tantùm fit liber & ciuis Romanus si plenam libertatem acceperit quæ hodie sola supereſt post sublatas ex Iustiniani constitutionib. cæteras species libertatis Latinam quæ & Iuniana & dedititiã. Sed etiam paterfam. Quisquis enim ciuis Romanus & masculus est eum aut patrẽf. aut filiumf. esse necesse est *l. nã ciuiũ 4. sup. de stat. homin.* Nemo autem filiusf. est nisi quem vel natura vel adoptio talem fecerit *l. 1. & pass. supr. de adopt.* Atqui paterf. peculium habere nullum potest, quia eorum qui in aliena siue patria, siue dominica potestate cõstituti sunt ius illud singulare ac propriũ est *l. vlt. in fin. C. de inoffic. testam.* Ergo quoties quis manumittitur hoc ipso peculium ei adimi dicendum est cùm hoc ipso incapax fiat habendi peculij. Idq; non minùs si inter viuos manumissus sit quàm si in vltima voluntate, quamuis ea distinctio ponatur in *l. vlt. C. de pecul. eius qui libert. mer.* quasi melior hac parte condicio esse debeat eius qui inter viuos manumissus est quàm qui in vltima voluntate, cùm tamen constet pleniùs & fauorabiliùs interpretandas esse defunctorum voluntates *l. in testamẽtis 12. de regul. iur.* nec credibile sit heredi suo excepisse testatorem quod inter viuos nec sibi ipsi excepisse videretur. Mauult enim quisque sibi benè esse quàm alteri, certè quàm heredi cui legatarium præponit quisquis legat *l. legatũ est 16. de legat. 1.* sicut & qui mortis causa alicui donat *l. 1. infr. de mort. caus. donat.* DEC. Seruus inter viuos manumissus cui peculium adẽptum non est quod ei cùm seruus esset, fuerat traditum, retinet illud ex pristini domini sui si non expressa saltem tacita voluntate, in cuius scilicet fuit potestate peculium illud adimere si voluisset, ac qui proinde non adimendo, videtur donasse quod donare tùm potuit *l. siue emancipatis 17. C. de donat. l. vlt. infr. de manumiss. quæ seruis ad vniuers. pertin. impon.* Nã & inde est quod Papinianus scribit in *l. donationes 31. §. pater infr. de donat.* Patrem qui filiæ quam habuit in potestate mancipia donauit & peculiũ emancipatæ non ademit videri ex postfacto donationem perfeciſſe. Quæ tamen quoties nulla olim erat interposita stipulatio nõ nisi traditione perficiebatur. Nec nouũ est vt etiam sine noua traditione nuda voluntas domini sufficiat ad rem trãsferendam veluti si quis rem quam tibi iam tradiderat ex causa non habili ad transferendum dominiũ ex noua causa apud te esse patiatur: quamuis enim non ex ea causa tibi eam tradiderit eo tamen ipso quod patitur apud te esse statim acquiritur tibi proprietas perinde ac si eo nomine tradita tibi ex integro fuisset §. *interdum Instit. de rer. diuis. l. quaratione 9. §. interdum infr. de acquir. rer. domin.* donationis autem causa licèt minus fauorabilis facilè tamen præsumitur quoties alia interpretatio probabilior capi nulla potest cùm donari videatur id quod nullo iure cogente conceditur *l. donari 29. de donat. l. donari 81. de regul. iur.* Præterquam si pupillus sit qui manumittit: hoc enim casu peculium non sequitur manumissum etiamsi apud consilium & tutore authore manumissio facta sit *l. pen. infr. de manum. vindict.* quia neq; pupillus neq; tutor eius donare quicquam potest *l. Lucius 46. §. vlt. de admin. tutor.* Extra casum *l. cùm plures 12. §. cùm tutor. eod. tit.* manumissionis factæ in vltima voluntate alia ratio est: non enim peculium quoque ad manumissum pertinet nisi ipsum etiam legatum sit *d. l. vnic. C. de pecul. eius qui libert. mer. l. 1. §. sed ne circa C. de commun. seru. manum. §. si peculium 20. versic. Peculium autem Instit. de legat.* Nempe quia licet defunctorum voluntates plenius interpretemur *d. l. in testamentis*, in eo scilicet quod legatum est non ita tamen vt supra quàm legatum est legatario concedamus non solùm quia in re testatoris non debemus esse liberaliores testatore *l. debitor 59. in fine principij l. facta 63. §. si sub cõdicione infr. ad SC. Trebell.* sed etiam quia in dubio parcendum est heredi quem testator fortunarum suarum omnium successorem facit, vt quàm minimùm fieri potest oneratus cẽseatur *l. Sempronius 47. l. Titia 32. §. qui inuita de legat. 2.* Neque hoc casu factum vllum testatoris interuenit per quod peculium quoque tacitè traditum esse intelligatur. Cùm vltimæ voluntates traditionem nullam exigant ad transferendum dominium: sed sola legis authoritate ac potestate contentæ sint *l. 1. §. vlt. & l. 2. supr. de public. in rem act. l. legatum 80. de legat. 2.*

a *Debitores autem conuenire.* RAT. DVB. Debitorum peculiarium nomina à seruo ipso contracta sunt. Ergo non indiget mandatis sibi à domino actionibus vt debitores illos ex proprio suo contractu conuenire possit. Non enim solet actionum cessio esse necessaria nisi cùm ex alieno contractu vult quis agere vt in *l. si res 59. infr. de euict. l. vt fideiussor 39. de fideiuss. l. Modestinus 76. de solut. l. si res obligata 58. de legat. 1.* Alioqui quid dicemus si, quod aliquando euenit, totum peculium sit in nominibus vt in *l. quis ergo 16. in fin. supr. hoc tit.* An erit in potestate domini nolentis fortasse actiones mandare aduersus debitores peculiarios, vt manumissus cui peculium ademptum non est, nullum habere peculium videatur? An non multo iustius est, vt quia peculium ad eum pertinet, hoc ipso ius & potestatẽ habeat conueniendi peculiares debitores? siue totum peculium siue ex parte in actionibus consistat, nam & in actionibus nominibúsque debitorum perinde ac in corporibus bonorum mobilium & immobilium consistere peculium potest *l. quam Tuberonis 7. §. in peculio supr.*

DEC. Cùm de cedendarum actionum necessitate quæritur non tam inspiciendum est vtrum ex contractu suo vel alieno quis agat quàm quo iure, id est, an ex suo an ex alterius iure, & persona. Nemo enim ex alterius iure ac persona agere vnquam potest nisi ei cessę mãdatæq; fuerint actiones. Atqui peculiares debitores licèt ex ipsius serui contractu conueniantur, non tamen ex eo iure conueniuntur quod contra eos seruo competit, sed ex eo quod domino, quia ex contractu serui obligationes ciuiles & actiones omnes domino statim & ipso iure acquiruntur, ita vt ne momento quidem temporis acquisitio in persona serui consistat, *l. placet 79. infr. de acquir. hered.* Est igitur necessaria etiam seruo perinde ac alij cuilibet cessio actionum domini, vt peculiarios debitores conuenire possit quamuis ipse nomina fecerit. Nec potest eam cessionem recusare dominus, qui seruum manumittendo non adempto peculio etiam peculium ei concessisse ac donasse intelligitur. Et si recuset perinde ab eo manumisso conueniri poterit, atque ab alio quolibet creditore, cùm ex die manumissionis factus liber non minùs agere seruus possit quàm conueniri, nec minùs contra dominum quàm contra alium quemlibet *l. filio 7. infr. vt legat. seruand. caus. caueat. l. 4. C. de obseq. patron. præst.*

54. SCÆ-

BIU Cujas

54. SCÆVOLA libro 1. Responsorum.

Filiofamilias vni ex heredibus prædia prælegauit, vt instructa erant, cum seruis. hi serui domini debitores fuerunt. quæsitum est an ceteris heredibus aduersus eum actio de peculio competat. respondit, non competere.

Ad l. Filiofamilias 54.

RAT. DVB. Actio familiæ erciscundæ quæ inter coheredes competit, non tamen excludit actionem de peculio, nec impedit quominùs possint ipsi etiam inter se de peculio experiri *l. si quis seruum 29.* vbi diximus *supr. hoc tit.* quamuis in sociis aliud receptum sit vt socij inter se de peculio agere non possint *l. nam inter se 20. supr.* Non enim sociis bene comparantur coheredes inter quos communio quidem hereditatis est, sed societas nulla §. *item si inter aliquos Instit. de oblig. quæ ex quas. contr. nascunt.* Ergo & in huius legis specie, id est, si filiofamilias vni ex heredibus pater prædia prælegauerit vt instructa erant & cum seruis qui debitores patris fuerunt, dicendum est cæteris coheredibus permittendum esse vt cum filiofamilias agant de peculio, tanquam diuisa ipso iure per legem duodecim tabularum peculiari obligatione inter coheredes omnes pro hereditariis portionibus, perinde atque ab alio quolibet peculiari creditore conueniri hic filiusfamilias de peculio posset. Quid enim eius interest an à coheredibus, an à quouis alio creditore de peculio conueniatur? *arg. d. l. si quis seruum,* vbi Caius non valde dissimili argumento vtitur vt probet in eius legis specie actioni de peculio locum esse. Non enim negari potest quin coheredes isti creditores seruorum prælegatorum facti sint pro hereditariis portionibus. Cùm pro iisdem partibus successerint in iura defuncti qui creditor eorum fuit. Quidni ergo cæterorum creditorum iure vtentur vt de peculio quoque agere possint? Contra quem verò nisi contra filiumfamilias, eundémque dominum seruorum ex causa prælegati? An non enim quisquis est dominus serui & peculij, etiam de peculio tenetur? etiamsi dominium nactus sit titulo singulari, vt in emptore toties suprà diximus *l. si noxali. 11. §. pen. l. si ex duobus 32. §. 1. l. si creditor 37. §. pen. l. quoties 47. §. si creditor supr.*

DEC. Inter defunctum dominum, & seruos istos, quos filiofamilias vni ex heredibus prælegatos esse ponimus, nulla ciuilis obligatio contrahi potuit, quæ actionem aliquam peperierit, sed tantùm naturalis quæ per se nullam actionem potest producere *l. nec seruus 41. supr. hoc tit. l. naturales 10. infr. de oblig. & act.* neque ex contractibus illis seruorum potuit dominus sibi ipsi de peculio obligari, quia non tantùm iuris ratio, sed ipsa etiam natura impedimento est quominus agere cum seipso quisquam possit *leg. ne cum filiofamilias 16. infr. de furt.* Atqui non potuit lex duodecim tabul. transferre in heredes iure hereditario nisi id quod fuit hereditatis *l. 1. §. Scæuola infr. si is qui testam. lib. ess. iuss.* nec alias actiones siue actiuas siue passiuas, nisi quæ vel ipsi defuncto, vel contra defunctum competierunt *l. vlt. & pass. C. de heredit. act. l. 1. C. si cert pet. l. 1. & 2. C. si vnus ex plurib. hered. debiti vel credit.* Ergo sicuti nulla ex seruorum contractibus quæri actio de peculio potuit ipsi domino, ita neque ipsius heredibus vlla competet aduersus filiumfamilias coheredem, tametsi ipse dominus seruorum effectus sit, quandoquidem nec aliam quàm hereditariam de peculio actionem habere possunt, cùm non fuerint ex propria persona creditores. In quo maximè differt species huius legis ab illa de qua respõdit Caius *in d. l. si quis seruũ.* An ergo nihil eis proderit quod hereditario iure successerint in ius obligationis naturalis quæ fuerat defuncto acquisita; Imo proderit hactenus vt accepto inter coheredes omnes familiæ erciscundæ iudicio sicuti prælegatum seruorum filiusfamilias officio arbitri consequetur, ita & ex eo prælegato deduci patiatur id quod serui naturaliter domino suo debuerunt pro ijs scilicet partibus pro quibus ad eos pertinet hereditas in qua naturalis quoque obligatio illa inuenitur. *l. his consequenter 18. §. si filiusfamilias l. si filia 20. §. 1. & seq.* est enim deductio vnus ex naturalis obligationis effectibus, cuius etiã in iudicio familię erciscũdæ rationẽ haberi ab arbitro oportet *l. frater à fratre 38. versic. adeò vt §. prælegatum & §. 1. & seq. supr. de condict. indeb.* de hoc tamen nihil hic Scæuola respondet, quia nec de eo fuerat interrogatus, sed tãtum an contra filiũ familias coheredem eundemq; prælegatariũ actio de peculio coheredibus competeret. Est autem solemne Scæuolæ vt numquã de alio respondeat quã de quo fuit interrogatus. Miror verò hoc ipsũ Scæuolæ responsum ijsdẽ ferè verbis repetitũ esse eãdẽ prorsus quæstione propositã, & eãdem responsione allata in *l. vlt. infr. hoc tit.* Vnde insigne exemplum & argumentum sumi potest aduersus mendacium Triboniani qui in constitutione illa de confirmatione Digestorũ ausus est affirmare nihil se in Pandectas contulisse quod redundans repetitum, & superfluum videri possit, tam verè quàm illud quod idem adiecit, nihil se in toto iure contrarium reliquisse.

55. NERATIVS libro 1. Responsorum.

Is, cum quo de peculio agebam, à te vi exemptus est, quod tunc, cùm vi eximeres, in peculio fuerit, spectari.

Ad l. Is cum quo 55.

RAT. DVB. In actione de peculio spectandum est quid & quantum in peculio sit tempore condẽnationis *l. quæsitum 30. supr. hoc tit.* Atqui tempus quo quis per vim exẽptus est cùm in ius ad Prætorẽ vocatus esset, aliud semper est quã tempus condemnationis, quia semper vocatio in ius, & necessitas iudicio sistẽdi præcedit condemnationem, cũ actionum omnium instituẽdarum principium ab ea

BIU Cujas

edicti parte proficiscatur quæ est de in ius vocando, §. *omnium Instit. de pœn. temer. litig.* Condemnatio autem illa est, quæ liti & iudicio finem imponit, *leg. 1. infr. de re iudic.* Ergo non est inspiciendum tempus quo quis per vim exemptus est, cùm fortassis eo tempore nihil, aut minus in peculio fuerit, quàm sit eo tempore quo agitur aut tempore condemnationis. Dec. Quoties quis eum qui in ius vocabatur vi exemit, quia fecit contra edictum Prætoris ne quis eũ qui in ius vocab. vi eximat, in eoq; grauiter deliquit actione in factum ex edicto illo tenetur quanti ea res est de qua controuersia est, ita vt etiamsi calumniator sit, eam tamẽ pœnam persequi possit *l. pen. §. 1. ill. tit.* ne quis eum qui in vocab. vi eximat. Proinde inspiciẽdũ est quãti ea res sit illo tempore quo reus vi eximitur, cùm nec pluris nec minoris ea res esse possit de qua controuersia est. Nam & in cautionib. iudicio sistẽdi causa interpositis quæ ad hanc partẽ edicti nõ pertinent, & ex quib. constat id quod actoris interest venire in æstimationem vt ex omnib. prætoriis stipulationib. *l. vlt. infr. de stipulat. prætor.* æstimatio illa eius quod interest referẽda est ad id tempus quo sisti reus debuit non ad id quo agitur, adeò vt nõ eo minùs cõdemnatio sequi debeat quod actoris iam fortè desierit interesse *l. qui autẽ 12. §. 1. supr. si quis caution.* Neque verò confundẽda est actio de peculio, cum actione illa quæ ex alio prætoris edicto competit aduersus eum qui vi exemit patrem vel dominum cum quo de peculio agebatur. Habent enim diuersas omnino causas, & separatas: Actio enim de peculio nascitur ex contractu. Illa verò in factum ex delicto, & in qua non de peculio quæritur, sed quanti ea res sit de qua controuersia est. Tanti autem esse intelligitur, quanti tunc fuit in peculio, non quanto pluris minorisve posteà esse cœperit. Non enim sicut actio de peculio recipit augmentum & diminutionem: quia & peculium ipsum suas habet accessiones & decessiones *l. si ex duob. 32. §. 1. supr. l. vlt. inf. tit. prox.* Ita & actio illa in factum ex edicto, *ne quis eum qui in ius vocab. vi eximat*, eiúsque condemnatio augeri ex postfacto potest vel minui, cùm relata sit præcisè ad tempus præsens quo vis fit, & ad nudam rei de qua controuersia est, æstimationem non ad id quod actoris interest. Quid enim potest interesse calumniatoris? Cui tamen pœnæ persecutionem dandam esse scriptum est in *d. l. pen. §. 1. ne quis eum, qui in ius vocab. vi exim.*

56. Paulus libro 2. ad Neratium.

QVod seruus meus pro debitore meo mihi expromisit, ex peculio deduci debet & à debitore nihilominus debetur. Sed videamus, ne credendum sit [a] peculiare fieri nomen eius, pro quo expromissum est. Paulus. Vtique, si, de peculio agente aliquo deducere velit, illud nomen peculiare facit.

Ad l. Quod seruus 56.

Rat. dvb. Quod dici solet, ac verissimum est in actione de peculio id deduci debere quod ei debetur qui de peculio conuenitur, ita accipiendũ est si non hoc aliunde consequi dominus possit *l. si noxali 11. §. quod autem supr. hoc tit.* Atqui quod seruus meus pro debitore meo mihi expromisit nõ solùm à seruo meo debetur mihi, sed etiã à debitore pro quo expromissum est, quia nihilominùs remanet mihi obligatus, vt Paulus hîc fatetur. Non enim expromissio liberat debitorem nisi facta sit animo nouandi ac proinde per stipulationem, cùm nouatio non fiat sine stipulationem, cùm nouatio non fiat sine stipulatione, quæ porrò inter dominum & seruum vtiliter interponi nulla potest neq; ad obligãdũ seruo dominũ qui ita sibi ipsi obligaretur *l. si quis pro eo 56. §. 1. l. vbicunque 60. de fideiuss.* neq; ad obligandum seruum domino nisi naturaliter *d. §. 1. iunct. §. item inutilis Instit. de inutil. stipulat.* Constat autem ex inutili stipulatione nouationẽ contingere numquam posse. Legitimè enim & vtiliter factam eam esse necesse est, vt prior obligatio perimatur *l. 1. l. nouatione 18. de nouat.* Neque rursus verisimile est id agere dominum qui stipulatur à seruo vt per nouationem velit amittere ciuilẽ obligationẽ quã habet contra debitorem, vt acquirat sibi naturalem in seruum: ita enim faceret condicionem suam deteriorẽ. Proinde intelligẽda est hæc lex de expromissione facta per nudum pactum quę nouationis vim habere non potest, & consequẽter nec expromissorem liberare. Cùm ergo prior meus debitor maneat mihi obligatus, atque ita indemnitatẽ consequi ab eo possim, nõ videtur mihi permittẽdum, vt quod mihi seruus debet ex sua expromissione deducam, in actione de peculio agente contra me alio creditore, *d. §. quod autem iunct. l. 4. §. si opem ferente supr.* Nisi fortè ponas debitorẽ meum non esse soluendo, vt quę mihi contra eum superest actio non nisi inanis & illusoria futura sit *l. nã is 6. supr. de dolo.*

Dec. Expromissio fit animo liberandi debitoris, & ea mente vt solus ille qui expromisit maneat obligatus: in quo differt expromissor à fideiussore, adpromissore, & alijs omnibus intercessoribus *l. & eleganter 8. §. seruus supr. de dolo. l. aliquando 13. infr. ad SC. Velleian. l. qui libertinus 37. §. vlt. de oper. libert.* Ergo quod seruus ex causa expromissionis domino debet eodem iure censendum est quo censeretur si per eam expromissionem liberatus debitor fuisset: nam quod non liberatur non fit ex voluntate serui vel domini, sed ex mera iuris ratione quæ inutilem facit inter dominum & seruũ stipulationem *d. §. itẽ inutilis Instit. de inutil. stipulat.* Iuris autem ratio nunquam debet damno afficere eum qui diligenter sibi prospexerat, vt acquireret ius deductionis, in quo plus cautionis sibi fore putabat quàm in actione contra pristinum debitorẽ exercenda *arg. l. 3. de separat. iunct. l. plus cautionis 25. de regul. iur.* Nec potest ei imputari si pro actione elegerit deductionẽ *l. si noxali 11. §. pen. supr. hoc tit.* nec ei nocere quod debitor quẽ liberatũ volebat, non sit liberatus: non ergo ob id solũ prohibẽdus est vti iure deductionis quod debitorem adhuc habeat obligatum à quo indemnitatem consequi possit: præsertim cum fieri possit, vt eam indemnitatem consequi nequeat, fortè ob inopiam, vt diximus, debitoris, quæ distinctio non cadit in deductionem: semper enim seruus est qui deducit quia sibi ipse soluit, *leg. sed si damnum 9. §. præterea in fin. supr.*

neque

BIU Cujas

Neque ad hunc casum pertinere potest quod scriptum est in *d. §. quod autem.* Ratio certè subtilis est, nec ita facilè cuique obuia, sed digna quæ vel à Neratio, cuius est initium huius legis, vel à Paulo exprimeretur, nec ad torquendum ingenium nobis cogitanda relinqueretur. Sequitur.

a *Sed videamus ne credendum sit.* RAT. DVB. Nõ potest fieri nomẽ peculiare nisi volente & cõsentiente domino cuius debitor fuit & mãsit ille pro quo seruus expromisit. Absurdum. n. est augeri peculiũ serui ex re domini siue inuiti siue ignorãtis *l. peculium & ex eo 39. iunct. l. 4. in princ. supr.* quãuis aliquãdo possit peculium & crescere & minui ignorante quoq; domino augeri per accessiones partuum & fœtuũ, minui verò intercidentib. reb. peculiarib. *l. peculiũ nascitur 40. & l. nõ solũ 49. in princ. supr.* Atqui dominus qui pro debitore suo expromissorẽ seruum suum accepit, nõ ideò amisit debitorẽ, neq; vt peculiare nomẽ eius fieret cõuenit. Ergo fieri nequit vt per solam expromissionem & hoc ipso fiat peculiare citra speciale aliquam domini voluntatem. DEC. Volũtas domini satis interuenire intelligitur, ad faciendum nomẽ peculiare, nõ quidẽ hoc ipso solo quod seruũ suum expromissorẽ accipit, sed tùm maximè cùm aliquo secum agente de peculio deducere vult quod sibi naturaliter debet seruus ex causa expromissionis. Nã cùm accipiẽdo seruum suũ in expromissorem id egerit quantum potuit vt liberaret debitorẽ eúmq; amitteret si mera iuris ratio nõ obstitisset, & hodie vti velit priuilegio deductionis, nõ alio colore quàm quia velit habere debitorẽ pro liberato, nulla ei certè fit injuria etiamsi nomen illud peculiare fieri dicamus, nõ solùm quia nihil iã eius interest, cùm per deductionem sibi satisfaciat, sed etiam quia hoc ipsum maluisse intelligitur. Ille igitur ipse est, qui facit nomen peculiare, vt Paulus loquitur, non paciscendo cum seruo quod Neratius sensisse aut saltem in dubio reliquisse videbatur, sed ducendo in actione de peculio id quod sibi debetur.

57. TRYPHONINVS libro 8. Disputationem.

Si filius, vel seruus, cuius nomine dumtaxat de peculio actum est, ante finitum iudicium decesserit: id peculium respicietur, quod aliquis eorum, cùm moriebatur, habuit.

Ad l. Si filius 57.

RAT. DVB. In actione de peculio inspiciẽdum est quid & quãtũ sit in peculio tẽpore, cõdẽnationis, nõ autẽ quo agitur *l. quæsitũ 30. supr. extra casum l. is cũ quo 55. eod.* Ergo etiamsi seruus vel filius cuius nomine de peculio dũtaxat cõtra patrẽ vel dominũ agebat' antefinitũ iudiciũ decesserit, nõ ideo peculiũ illud inspiciendũ erit ꝙ aliquis eorũ cùm moriebatur habuit: sed quod erit tẽpore rei iudicãdę, cùm nihil vetet etiã post mortẽ filijfam. vel serui crescere peculiũ & cõdẽnationis materiã in tẽpus vsq; rei iudicãdæ vt in *l. Iulianus 17. §. 1. supr. de rei vindic.* vt puta per partus ancillarũ & fœtus pecudũ, aliásq; huiusmodi accessiones naturales si quæ sunt rerum peculiarium vtin specie *§. vlt. huius legis.* DEC. Morte filijfam. vel serui moritur peculiũ ipsius *l. 1. infr. tit. prox.* Peculium verò mortuum nõ potest crescere nec diminui, quia non entis, vt aiunt, nullæ sunt qualitates. Necessariò igitur inspiciẽdũ est tẽpus mortis, quãdoquidem frustrà expectaretur tempus cõdẽnationis. Sic dicimus in condictione triticaria inspiciendũ esse tẽpus cõdemnationis. Sed tamẽ si ante cõdẽnationẽ moriatur seruus qui per triticariã petebatur, inspiciendum esse tempus mortis in ineunda serui æstimatione *leg. 3.* vbi diximus *suprà.* Quod tamen dicimus inspiciendũ esse peculiũ, quod fuit tẽpore mortis filijfam. vel serui cuius nomine de peculio agebatur, an adeò strictè ac præcisè intelligi debet vt fructus, partus, fœtus, & aliæ accessiones naturales excludantur, quæ ante cõdemnationẽ possũt emergere, an verò vt nõ magis excludãtur quã in specie *d. §. vlt. huius legis, iũct. d. l. Iulianus 17. §. 1. de rei vindic.* Sũt qui putent, neq; accessionib. istis naturalibus augeri posse peculiũ quod iã extinctũ est, aliámq; lõgè rationem esse peculij legati extraneo de quo in *d. §. vlt. infr.* vbi nihil prohibet, inquiunt, peculiũ augeri suis accessionib. naturalib. quia manet nec per legatum perit. Itémq; hominis mortui post moram de quo in *d. l. Iulianus §. 1.* quia cùm mora faciat, ne morte serui qui per actionem in rẽ petebatur, possessor liberetur ita & facere debet ne ab eorũ quoq. fructuũ præstatione liberetur quos percipere in tẽpus vsq; rei iudicãdæ potuisset petitor si nec morã passus ille nec seruus mortuus fuisset, ac sanè ridicula videretur huius loci sententia si sic acciperetur, vt non aliter quàm per accessiones naturales augeri possit peculium & condẽnatio peculij. Certũ. n. est filiumf. vel seruum mortuum nihil amplius posse acquirere siue per stipulationem, siue per donationẽ aut per legatũ, aut quouis alio modo. Qui ergo negat inspiciẽdum esse aliud peculiũ quàm quod filiusfa. vel seruus mortis tẽpore habuit, videtur is negare habẽdã esse rationẽ accessionũ naturaliũ quę post filijfa. vel serui mortẽ sua sponte superuenerint, vt scilicet non in maiorem quantitatem cõdemnari debeat actione de peculio quã quæ fuit mortis tẽpore. Sed tamen cõtraria sententia verior est vt cõstat ex *l vlt. inf. tit. prox.* vbi scriptũ est etiã postquam morte serui peculiũ esse desiit, posse tamẽ huius quasi peculij naturales aliquas esse accessiones, & decessiones nos ibi dicemus. Quid ergo si nõ de peculio cũ patre agebatur, vt Tryphoninus in hac lege ponit, sed cũ ipso filiof. in solidum ex *l. si quis 44. supr.* (nã in seruũ quęstio hæc nõ cadit, cũ actione nulla possit conueniri *l. cũ seruo 107. de regul. iur.*) An trãsferetur iudiciũ in patrẽ? Trãsferetur vtiq;, sed nõ in solidũ at de peculio dũtaxat aut de eo quod in rẽ patris versũ erit *l. tã ex cõtractib. 57. sup. de iudic.* In ea tamen actione peculiũ perinde atq; in specie huius legis æstimabitur inspecto eo præcisè tẽpore quo filius decessit, quia vtroq; casu eadem iuris ratio locum habet, cùm æquè moriatur peculium mortuo filio: mortuum autem peculium neque accessionem neq; decessionem recipere vllam possit nisi naturalem *d. l. vlt. infr. tit. prox.*

1 ¶ Sed eum, qui seruum testamento liberum esse iubet, & ei peculium legat, eius temporis peculium legare intelligi Iulianus scribit, quod libertas competit: ideóque omnia incrementa peculij quoquo modo ante aditam heredi-

BIU Cujas

tatem adquisita ad manumissum pertinere.

Ad §. 1. Sed cum qui seruum.

RAT. DVB. Cùm quęritur quid veniat in legatum testamento relictum, non aliud tempus est, quod inspici commodius possit quàm tẽpus testamenti *l. si ita 7. infr. de aur. & argent. legat.* Prudens enim testator quilibet cùm de rebus suis disponit, eũ maximè rerum statum intuetur qui est eo tempore quo testatur: alioqui nõ posset testari certo iudicio si in futurũ tempus quod semper incertũ est dispositionẽ suã cõferret. Ergo cũ dominus testamẽto suo seruũ suũ liberũ esse iubet, eiq. peculiũ legat, nõ de alio peculio sensisse videri potest, quàm quod sit tẽpore testamẽti, aut saltẽ mortis quo demũ tempore testamentũ cõfirmatur à lege, nec ratio vlla esse videtur ob quã inspici debeat tẽpus aditæ hereditatis nisi in verbis testamenti aliquid sit quod eam interpretationem suadeat. DEC. Legato peculio cum libertate nõ potest dies legati cedere ratione peculij quin cedat ratione libertatis: nõ enim seruus capax est legati quandiu seruus est, & antequàm nactus sit libertatẽ, & inutile fieret legatũ si eius dies cederet priùs quã libertatis *l. heredis 7. §. vlt. & l. seq. infr. quand. dies legat. ced.* Atqui legatũ libertatis nõ cedit nisi ab adita hereditate, vt ibidẽ scriptũ est & in *l. vnic. §. libertatib. Cod. de caduc. tollend.* quia cũ libertas semel acquisita retractari nunquã possit, eueniret alioqui, vt etiã nõ adita hereditate libertas quæ semel cõpetiisset, non desineret cõpetere, cùm tamẽ hereditate ex testamẽto nõ adita, nõ magis libertates testamẽtarię valere possint, quã legata cætera eo testamẽto relicta *l. si nemo 9. de testam. tutel. l. si nemo 181. de regul. iur. l. generaliter 24. §. ex testamẽto de fideic. libert.* Ergo nec legati peculij dies cedet ante aditã hereditatẽ. Proinde cũ eius tẽporis peculiũ legatũ intelligatur quo libertas cõpetet, consequẽs est vt illud demũ legato cedat quod hereditatis aditæ tẽpore inuenietur. Et ita ex Iuliano Tryphoninus hic scribit, & Vlp. qui eã Iuliani sentẽtiã apertiùs proponit in *l. deniq. 8. §. vlt. inf. de pecul. legat.* qui locus cum hoc §. *& seq.* coniungendus est. Ergo incremẽta omnia peculij si qua ante aditã hereditatẽ quoquo modo acquisita sint, ad manumissum pertinebũt, & è cõtrario si quid interim ex peculio deminutũ fuerit, dãno cedet legatarij: alia ratio est legati, cuius verba ad ipsum testamẽti tẽpus relata sint, vtputa si testator pronomine possessiuo vsus sit, vt in *l. si ita 7. de aur. & argent. legat.* Possessio enim nisi præsentis tẽporis nulla est. Alia itẽ ratio legati fundi vti instructus est: nã & eo casu verba ad testamenti tẽpus relata faciunt vt testamẽti tẽpus inspiciẽdũ sit nõ quo dies legati cedit, hoc est, mortis. Ita scilicet vt quæ post testamẽtũ instruendo fũdo accesserũt nõ cedãt legato: quæ verò testamẽti tẽpore in fũdo fuerũt, vt esset instructior, ita demùm debeãtur si in tẽpus vsq; mortis & cedẽtis legati in eadem causa mãserint, quia instructi appellatio vim quãdã habet extensiuã, nec instructi nomine venire potest id quod instructus esse fundus viuo testatore desiit. Et hæc Scæuolæ sententia & ratio esse videtur in *l. Lucius 28. infr. de instruct. & instrum. legat.* vbi hanc ob causã malo legere, *fuit* in illis verbis, *ea quibus instructus sit fundus*, nisi malis supplere quib. instructus sit fundus tempore scilicet testamẽti, ne alioqui frustrà sint addita quę sequuntur, *quæ sint in eadem causa*: quibus verbis aliud procul dubio tẽpus significatur, quã quod priorib. expressũ fuerat. Quod adnotare placuit, ne quis putet in legato fundi instructi, cùm quęritur quid eo cõtineatur, tẽpus illud inspiciẽdũ esse quo dies legati cedit: quod certè falsũ est. Præsertim cùm legatum non fundi instructi simpliciter relictũ est, sed his verbis, *vti instructus est*, quomodo legatũ fuisse in specie *d. l. Lucius*, apertè scribit Scęuola, cũ ait Luciũ Titiũ legasse fũdũ vti instructus erat.

2 ¶ At si quis extraneo peculiũ serui legauerit, in cõiectura volũtatis testatoris quæstionẽ esse, & verosimilius esse id legatũ, quod mortis tẽpore in peculio fuerit: ita vt, quæ ex rebus peculiaribus [a] ante aditam hereditatẽ accesserint, debeantur: veluti partus ancillarũ, & fœtus pecudum. quæ autẽ seruo donata fuerint, siue quid ex operis suis adquisierit: ad legatarium non pertinere.

Ad §. vlt. At si quis extraneo.

RAT. DVB. Cùm peculium extraneo legatum est nihil vetat eam accipi interpretationẽ vt id demùm peculium legatũ intelligatur quod fuit tẽpore testamenti, cùm cesset hic ratio quã attulimus ad §. *præcedentẽ*: ibi enim legatũ fuerat peculiũ cũ libertate seruo testatoris, cuius legati dies nõ poterat cedere nisi ab adita hereditate quod hîc non contingit.

DEC. Quęstio hęc tota posita est in cõiectura volũtatis testatoris ex qua pẽdet sine dubio an testator legatũ retulerit ad tempus testamenti, an ad tempus mortis, an ad tẽpus aditę hereditatis. Nec dubitãdũ est, quin eius temporis ratio habẽda esset de quo testatorẽ sensisse appareret, cùm ratio iuris non repugnet. Voluntas enim testatoris in vltimis volũtatib. illa est quę totũ facit *l. si mihi 12. in fin. de legat. 1.* Sed in dubio tamen nihil melius dici potest quàm vt testator legãdo peculiũ extraneo nõ de alio peculio senserit, quàm quod futurum sit tẽpore cedẽtis legati? quod demũ tẽpore incipit legatũ deberi nõ à tẽpore testamẽti. *l. vnic. §. in nouissimo C. de caduc. toll.* Atqui legati huius dies cedit tẽpore mortis testatoris vt cęterorũ legatorũ omniũ si ea excipias quę nõ cedũt nisi ab adita hereditate, & quãuis regula Catoniana velit inspici tẽpus testamenti cũ quęritur an legatũ valeat, vt nõ aliter valere id patiatur moriẽte quandocunq. testatore quàm si fuerat valiturũ si ipso testamẽti tẽpore testator decessisset, extra ea legata quorũ dies nõ cedit nisi post aditã hereditatẽ *l. 1. & 3. de regul. Caton.* nõ tamen confũdit tẽpora testamenti & mortis quę reuera sunt distincta, nec facit vt legatorũ dies cedat tẽpore testamẽti, sed tãtũ tẽpore mortis: alioqui inciperet legatũ deberi ab ipso testatore nõ ab herede quod esset ridiculũ & cõtra legati diffinitionẽ à Iustiniano traditã in §. 1. *Instit. de legat. l. hereditariarũ 40. infr. de oblig. & action.* Mortis ergo tempus in dubio hoc casu inspiciendũ esse testator voluit, nõ testamenti, nõ aditę hereditatis, & certè alia lõgè quęstio est, an legatũ valeat & quodnã tempus inspici oporteat pro validitate legati, alia verò quid & quantum legato contineatur: hęc enim posterior quęstio pręsupponit validitatem testamenti in necessarium antecedens.

a *Ita vt quæ ex rebus peculiaribus.* RAT. DVB. Videntur hęc inter se contraria vt in hoc legato peculij extraneo relicti inspiciendum sit tempus mortis,

mortis, vt proximè diximus. Et vt tamen ea quæ post mortem accesserunt peculio etiam ex rebus ipsis peculiaribus ante aditam hereditatem veluti partus ancillarum & fœtus pecudum legatario debeantur. Nam si mortis tempus inspiciendum est, vt est, omnia quæ post mortem accesserunt indistinctè ad heredem debent pertinere, exemplo eius quod dicimus, in ponenda ratione legis Falcidiæ mortis tempus præcisè spectandum esse, ideóque lucra fructuum partuum & fœtuum, cęteráque accessiones, si quę sunt naturales non minùs quàm ciuiles ad heredem pertinere ad quem etiam damna pertinent, vt diximus ad *l.eo tempore* 50. §. 1. *supr. ex l. in ratione* 30. *in princip. & l. in quantitate* 74. *infr. ad leg. Falcid.*

DEC. Aliud est quærere de rebus peculiaribus quæ veniunt in hoc legatum peculij extraneo relicti: aliud verò de earum rerum peculiarium fructibus & accessionibus naturalibus, in legatum non veniunt nisi res peculiares quę sunt in peculio tempore mortis, sed ea res non facit, quin peculium illud quod fuit mortis tempore augeri possit & debeat suis accessionibus naturalibus, quæ sponte sua ex rebus illis peculiaribus prouenerunt, quibus & fructus ipsi accepto feruntur *l. in fideicommissaria* 18. *vers. quoties infr. ad SC. Trebell.* At non potest augeri aliis accessionibus non naturalibus, sed extrinsecam aliquam causam habentibus puta si quid seruo post testatoris mortem donatum fuerit, aut ex operis eius acquisitum. Non enim sunt istæ accessiones rerum peculiarium quæ in peculio fuerunt mortis tempore, sed nouæ res peculiares quæ posteà superuenerunt, & peculium auxerunt aliunde quàm ex ipso peculio, quę proinde inspecto mortis tempore in legatum peculij venire non possunt neque principaliter neque accessoriè. Etsi enim peculium sui natura recipit augmentum & diminutionem *l. si ex duob.* 32. §. 1. *supr. l. vlt. infr. tit. prox.* distinguendæ tamen sunt accessiones naturales rerum peculiarium ab accessionibus peculij. Peculium legatum augeri non potest post mortē quia præcisè tempus mortis inspicimus, sed res ipsæ peculiares quas in legato esse non ambigitur, augeri possunt per fructus & accessiones suas naturales, per quas ita fit, vt ipsum etiam legatum augeatur, quia & peculium augetur, non principaliter, sed accessoriè, & hæc quoque Iuliani sententia fuit ab Vlpiano latiùs relata in *d. l. denique* 8. §. *vlt. de pecul. legat.* Alia ratio est aliorum legatorum quæ sui natura certam habent & limitatam naturam, neque vt peculium recipiunt in se aliquod augmentum vel diminutionem: non enim possunt augeri, ne quidem per fructus, & alias huiusmodi accessiones naturales. Differunt namque fructus rerum à rebus ipsis, & qui legauit fundum Cornelianum non statim legauit eius fundi fructus sicut & aliud est quęrere de vsuris legatorum, aliud verò de vsuris ipsis legatis, inquit, Papinianus in *l. cùm vnus* 10. §. 1. *infr. de alim. vel cibar. legat.* Sed hereditas illa est quę augetur fructibus etiam rerum legatarum, quia recipit augmentum & diminutionem *leg. item veniunt* 20. §. *item non solùm supr. de hered. petit.* Ideóque cedunt accessiones illę omnes lucro heredis cuius etiam incommodo damna cedunt, sed ita tamen vt non idcirco augeatur vel minuatur Falcidia, quia non sicut hereditas ipsa ita & quarta Falcidia recipit augmētum aliquod, vel diminutionem *d. l. in ratione & d. l. in quantitate*, ne quidem ratione peculij *d. l. eo tempore* 50. §. 1. vbi fusiùs diximus *supr.* Obseruandum tamen est legatum hoc peculij quod per naturales suas accessiones augeri diximus, ad aditam vsque hereditatem, recipere etiam diminutionem si fortè res peculiares post testatoris mortem interciderint, neque cogendum esse heredem prędstare fatum rerum peculiarium quę mortis tempore in peculio fuerunt, si modò sine vlla ipsius culpa & citra moram perierint, cùm peculium sui natura non minùs capax sit diminutionis quàm augmenti quandiu durat, quomodo durat certè hoc casu cùm legatum est: non enim sicut serui ita & patrisfamilias morte peculium moritur & extinguitur. Vbi verò extinctum est, adhuc augmentum exinde recipere potest & diminutionem, sed non nisi per accessiones naturales, non etiam per extrinsecas & ciuiles, *l. vlt. infr. tit. prox.* vbi dicemus, & iam diximus ad initium *huius legis.*

58. SCÆVOLA libro 5. Digestorum.

VNi ex heredibus prædia legauit, vt instructa erant, cum seruis, & ceteris rebus, & quidquid ibi esset. hi serui domino debitores fuerunt tam ex aliis causis, quàm ex ratione Kalendarij. quæsitum est, an ceteris heredibus aduersus eum pecuniæ ab his debitæ actio de peculio competat? respondit, non competere.

Ad l. vlt. Vni ex heredibus.

RAT. DVB. & DECID. eadem est ad hanc legem quę ad *l. filiofamilias* 54. *supr. hoc tit.* Eadem enim vtriusque loci sententia est & ex eodem Scęuola iisdem ferè verbis repetita, licèt illa ex libro primo Responsorum Scævolæ desumpta, hæc ex libro quinto Digestorum, nisi quod hæc ponit seruos debitores fuisse domini sui tam ex aliis causis, quàm ex ratione Calendarij, illa simpliciter ponit fuisse debitores. Sed nihil addit hæc adiectio ad rationes dubitandi & decidendi. Obseruari autem ex his duobus locis potest, Scævolam aliquando in libros suos Digestorum eadem illa retulisse quæ in libros Responsorum, quod etsi ab aliis plerisque prudentibus factum comperio, nescio tamen an Papiniano nostro tale quid vnquam exciderit, Iunge *l. pen. & vlt. infr. de in rem verso.*

BIU Cujas

QVANDO DE PECVLIO ACTIO ANNALIS EST.

Ad TIT. II.

I. VLPIANVS libro 29 ad Edictum.

PRÆTOR ait: *Post mortem eius, qui in alterius potestate fuerit, postéaue quam is emancipatus, manumissus, alienatúsue fuerit: dumtaxat de peculio, & si quid dolo malo eius, in cuius potestate est, factum erit, quo minus peculij esset, in anno, quo primum de ea re experiundi potestas erit*[a], *iudicium dabo.*

Ad l. I.

HVIT' superior Titulus de actione de Peculio perpetua quam Prætor ex contractibus filiorúfamilias vel seruorũ aduersus parentes aut dominos promiscuè pollicetur. Hic titulus est de eadem quidem actione de peculio, sed annali, & quę licet ex eiusdẽ Prætoris iurisdictione ex alia tamẽ edicti parte proficiscitur. Omnis enim actio de peculio honoraria quidẽ est, sed nõ omnis perpetua nõ omnis annalis. Refert autẽ Vlp. initio huius legis verba Edicti, quibus Prætor actionem hanc annalem inducit contra patrem & dominum iis casibus quibus filius emancipatus, vel seruus manumissus, alienatúsue sit. Ratio proponendi edicti non obscura est, quia per emancipationem filij, & manumissionem vel alienationem serui desinit pater, itémque dominus teneri de peculio cùm filio quidem emancipato vel seruo manumisso peculium nullum sit nec esse possit siue apud patrem siue apud filium factum patremfamilias, aut apud manumissum vel dominum (nec enim paterfamilias peculium habere potest *leg. vltim. in fin. Cod. de inoff. testam.*) seruo autem alienato sine peculio peculium quoque desinat esse peculium in persona prioris domini, nec alius proinde quã emptor idemq; dominus conueniri possit de peculio. Atqui nec emptor ipse aliter conueniri potest de peculio quàm si peculium aliquod sit apud emptorem. Ita ergo fieret vt hoc quoque casu creditores qui cum seruo ante alienationem contraxissent in damno morarentur si non iis prospexisset Prætor hac annali actione proposita & retento in obligatione adhuc intra annum venditore, posui alienatum seruum sine peculio, aut quod idẽ est deducto peculio, quia quãdo seruus vẽditus est cũ peculio & traditũ est peculiũ nulla de peculio actio est contra venditorẽ ne intra annum quidem *l. si ex duobus* 32. §. *vlt. supr. tit. prox.* quia nec dominus est, nec habet peculium, sine quo actio de peculio exerceri cum effectu non potest. Sed contra emptorem qui cùm & serui dominus sit & peculium habeat, conueniri statim & rectà potest. Extra hunc casum conuenitur etiam venditor de peculio, sed ex æquitate huius edicti, nõ ex summa ratione iuris Prætorij, quia mortuo, & extincto peculio actio de peculio superesse nulla potest. Quidni ergo, inquies idem edixit Prætor eo quoque casu quo dominus peculium ademerit? Nam & ademptione peculij non minùs quàm morte vel emancipatione filij, aut manumissione serui peculium moritur *l. peculium nascitur* 40. *in fin. supr. tit. prox.* Respondeo patrem vel dominum cùm filio aut seruo peculium adimit suo iure id facere, nec prohibendum esse quominùs impunè suo iure vtatur dummodò adimat bona fide non in fraudem creditorum nec dolo malo *l.* 11. §. *l. interdum* 14. *infr. tit. prox.* Nam si dolo malo & in fraudem id faciat, dignus est qui eo nomine teneatur actione de peculio non annali, sed perpetua *l. summa cum ratione* 21. *supr. tit. prox.* At neque emancipatio filij neque manumissio serui solet fieri in fraudem creditorum, quoniam his modis pater vel dominus prior ipse fraudaretur, neque rursum seruus in peculio sui ipsius est *l. depositi* 38. §. *Stichus eod. tit.* filius verò familias multo minùs. Ideóque non potuit in hos casus illa cadere distinctio an dolo malo patris aut domini facta emancipatio vel manumissio sit, & consequenter æquum fuit indistinctè constitui, vt iis casibus pater vel dominus de peculio intra annum teneretur. Alienatio autem serui quamuis possit fieri dolo malo, & in fraudem creditorum, cùm tamen fit deducto peculio, quomodo fieri eam debere diximus vt actioni annali ex edicto locus esse possit, non potest videri fraus vlla interuenisse in peculio. Potest sanè dolo malo fieri omni casu, id est, siue mortuo siue emancipato filio aut manumisso vel alienato seruo, vt minus sit in peculio, eáque fallaciâ fraudentur creditores, & idcirco benè Prætor in hoc edicto adiecit: *Et si quid dolo malo eius, in cuius potestate est factum erit, quò minus peculij esset*, nimirum iis

BIU Cujas

rum iis casibus quibus proposuit prætor annuam hanc actionem. Nam si neque mortuus, neque emancipatus filius, neque manumissus aut alienatus seruus, sed peculium duntaxat ademptum dolo malo proponatur perpetua, vt dixi, debet esse actio de peculio non annalis. Quemadmodum & omnis actio de peculio cessat hoc casu si dolus cesset *l. quis ergo casus 16. supr. tit. prox. d. l. 1. §. 1. l. interdum 14. infr. tit. prox. iunct. d. l. summa cum ratione.* Videtur autem mihi Marcianus ad hoc respexisse in *l. peculium nascitur 40. supr. tit. prox.* vbi tractans de peculio mortuo ponit exemplum si peculium ademptum sit. Quamuis enim etiam morte & emancipatione filij & alienatione vel manumissione serui peculium æquè moriatur, ita tamen moritur vt beneficio huius edicti in annum vsque sequentem adhuc viuere existimetur, at cùm adimitur ita moritur vt nec viuere amplius fingatur.

a *In anno quo primùm de ea re experiundi potestas erit.* His verbis significatur annum hunc vtilem esse non continuum, & constare ex trecentis sexaginta quinque diebus vtilibus non continuis *l. 1. infr. de diuers. tempor. præscript.* vbi latiùs traditur quid sit experiundi potestatem habere. Posset autem hic annus dici, meo iudicio, non malè prætorius, quia pleræque omnes actiones prætoriæ annales vtili tantùm anno concluduntur, nec vlla est quæ continuo anno contenta sit. Vnde olim exortæ prudentibus multæ difficultates, cùm aliquando accideret vt in annum vsque decimum protraheretur, vt Iustinianus refert in *l. 1. in princip. C. de annal. except.* Sed de hoc alibi opportuniùs dicendum erit. Iunge *l. ei qui seruo 7. Cod. quod cum eo. l. Macedoniani 5. Cod. ad SC. Maced.*

1 ¶ Quamdiu seruus, vel filius in potestate est: de peculio actio perpetua est. post mortem autem eius, vel postquam emancipatus, manumissus, alienatúsve fuerit, temporaria esse incipit, id est annalis.

Ad §. 1. Quandiu seruus.

RAT. DVB. Non debet esse in potestate debitoris vt lædat ius sui creditoris *leg. 1. supr. de alien. iudic. mut. caus. fact.* non magis quàm vt facto suo se liberet ab obligatione *leg. si seruum 91. 91. §. nunc videamus de verbor. obligat.* Atqui lædit ius aduersarij pater aut dominus qui actionem de peculio qua tenebatur ex perpetua facit temporariam & annalem: interest enim creditoris perpetuam potius actionem habere ne tam facilè, tamq; citò exceptione annua repellatur. Porrò in potestate patris est vt filium emancipet aut non emancipet, & similiter in potestate domini vt seruum manumittat, vel non manumittat: nec enim aut filium emancipare aut seruum manumittere quisquam inuitus cogitur *l. liberum 28. l. non potest 31. supr. de adopt. l. filius familias 114. §. sed si liberos de legat. 1.* vbi ratio redditur quia patria potestas inæstimabilis est *l. 4. C. de emancip. liber. l. si cui legatum 92. de condic. & demonstr. l. mulier 22. §. non est dubitatum ad SC. Trebell.* Non debet igitur ob emancipationem vel manumissionem à patre vel domino factam actio de peculio quæ erat perpetua fieri temporalis.

DEC. Nemo filium emancipat aut seruum manumittit vt creditorem lædat, nisi cùm manumissio fit in fraudem creditorum, quæ per legem Æliam Sentiam rescinditur *l. cùm hereditas 5. §. si Titius & leg. seq. & pass. inf. qui & à quib. manum. liber. non fiant.* Itaque si quando ex ea manumissione creditores lædantur, id nõ principaliter fit, sed per cõsequentias, quæ in iure nostro attẽdi nõ solẽt *l. 1. l. quod dicitur 7. de author. tutor.* Tale verò est cùm actio de peculio ex perpetua fit temporaria propter emãcipationem vel manumissionem. Quis non enim iniquissimum esse fateatur eo siue metu siue prætextu prohiberi patrem vt filium emãcipet, & dominum vt seruum manumittat? *arg. d. l. Iuliauus 6. qui & à quib. manum.* vbi eleganter dicitur aduentitios istos casus non esse cõputandos. Et cùm nemo absurdum putet morte serui actionem de peculio fieri annalem ex perpetua si non facto domini, sed suo fato seruus perierit, nec illud quoq; absurdum videri debet idẽ contingere seruo manumisso, quia quantum ad subtrahendum domino seruum manumissio morti comparatur *d. l. Iulianus l. si mihi 92. de solut. l. inter omnes 46. in princ. de fart.* nisi quod non est in potestate domini vt non moriatur seruus. In potestate autem est vt nõ manumittatur: sed neq; prohibendus est dominus ex seruo facere sibi libertum, neq; tam inhumane tractandus seruus cui peculium dominus concessisset, vt ob idipsum peculium manũmitti prohiberetur, cùm ob eam maximè causam comparatum sit nomen & ius peculij vt ex bona frugaliq; serui administratione haberet ille vnde posset de domino benè mereri suisque meritis ingens illud libertatis beneficium tandem aliquando promereri. Pessima namque omnium condicio illa in seruo est vt manumitti non possit, atq; ita quod fauore coniuncto dominorum & seruorum inductum est, in eorum odium retorqueretur aut rursus quia extincto per emancipationẽ filij vel manumissionẽ serui peculio afficeretur dãno creditor si actionẽ de peculio omnẽ amitteret, æquissimũ tẽperamẽtũ prætor secutus est vt saluã quidẽ creditori actionẽ conseruaret, sed annalẽ nõ perpetuã. Ita enim fit vt neuter lædatur vt in *l. ex his 8. in fin. quæ in fraud. credit. l. seruus dotalis 58. in fin. solut. matrim.* nec tam de filij emancipatione aut de serui manumissione conquerendum creditor habeat, quã de seipso suáq; negligẽtia si intra annũ vtilẽ non egerit. At eo casu quo per mortẽ filij familias aut serui & peculium & cõsequẽter actio de peculio extinguitur, nõ tẽperamentum prætoris, sed beneficiũ erga creditores singulare illud est, vt hoc quoq; casu nõ minùs quã superiorib. actio de peculio intra annum conseruetur quæ ipso iure intercidit. Beneficij tamen ratio ex eadem æquitate proficiscitur, quòd casus filiifamilias vel serui non possit imputari creditori vt actionem sibi competentem contra patrem vel dominum amittere debeat, penes quos peculium manet quod filius aut seruus viuens habuerat, licèt apud patrem vel dominum amittat nomen peculij, vt in nomen & ius patrimonij transeat.

2 ¶ Annus autem vtilis computabitur. & ideo si conditionalis sit obligatio: Iulianus scripsit ex eo computandum annum, non ex quo emancipatus est, sed ex quo peti potuit conditione existente.

BIU Cujas

Ad §. 2. Annus autem vtilis.

RAT. DVB. Obligatio conditionalis quandocunq; existente conditione habetur pro pura, id est, perinde ac si ab initio pura fuisset, nec vllam conditionem habuisset, *l. potior* 11. §. 1. *vers. cùm enim, l. qui balneum, 9. infr. Qui potior in pignor. hab.* Id enim est quod nostri solent dicere conditiones quandocunq; existentes retrotrahi ad id tempus quo actus interpositus fuit. Vnde etiam est quod prudentes quoq; nostri solent dicere. In conditionalib. dispositionibus, quæ inter viuos fiũt inspici tempus dispositionis, nõ autem euenientis conditionis *l. si filiusfamilias, 78. de verb. oblig.* licèt in vltimis voluntatibus aliud sit, *l. quæ legata 18. de regu. iur. l. eum, qui 104. de condic. & demonst.* Atqui tractat hîc Vlp. de condicionali obligatione cuius conditio tandem extiterit, & quęstioni causam dederit. Annus ergo nõ ex die impletæ conditionis, sed ex die contractus computandus. DEC. Annus hic vtilis est, & ex ipsis edicti verbis non priùs incipit currere quàm ex quo creditori potestas experiundi fuerit, vt habent verba edicti posita in initio huius legis, atqui nõ est potestas vlla experiendi ex obligatione cõditionali, antequã cõditio venerit. Tũc. n. deberi incipit & prius est vt debeatur, quàm vt peti possit cũ ex obligatione nascatur actio, *l. cedere diẽ 213. de verb. signific.* Ergo non nisi ex die conditionis impletæ potest hic annus currere. Nec si posteà conditio impleta sit quæ dispositionem ab initio purã facere videatur, retrofingi tamen potest creditor agere iam antè debuisse, aut potuisse cùm nemo sine actione agere possit, *l. si pupilli, 6. §. vlt. sup. de neg. gest.* longéq; aliud sit retrofingi actionẽ competiisse, quod iuris est: Aliud verò retrofingi ita cõpetiisse vt exerceri potuerit: in quo quia factum versatur, non potest fictio iuris eò vsque pertingere vulg. *l. deniq; ex quib. caus. maior.* Idẽ ergo est si obligatio in diem fuit, quod in obligatione conditionali, vt nec ante diei euentum annus incipiat currere, quia licèt inter diem certam & conditionẽ, hoc discriminis est, quod quæ sub conditione debentur nullomodo debentur ante conditionis euentum: quæ verò in diem promissa sunt, iam debentur & cessit dies quamuis nondum venerit, *d. l. cedere diem.* In hoc tamen conueniunt, quod non magis hæc quàm illa ante diem peti possunt, nec tantùm si dies certa expressa fuerit: sed etiamsi tacita insit *l. 2. §. si quis ita supr. de eo quod cert. loc.* Imò peioris conditionis sunt, quæ in diem certam quàm quæ sub conditione debentur, quòd si petas ante diem, malè agas & causa cadas: quia petis plus tempore, *§. si quis agens & seq. Instit. de action.* Si verò petas ante conditionis euentum non tam malè agas quàm nihil agas, quia agis sine actione, *l. vnic. in fi. supr. quand. dies vsusf. legat. ced.* Itaque multò minùs imputari potest ei qui in diem creditor fuit, cur non citiùs egerit, quàm ei qui sub conditione cur non ante impletam conditionem: quia periculum pluris petitionis timere ille debuit, quod potuit incurrere. Hic nõ item, & quod nostri volunt condicionem quandocunq; existentem retrotrahi, non similiter ad certam diem protrahunt, vt ea quoque retrotrahatur, quia tempus diei vnius, alterius diei tẽpus & mẽsura esse nunquã potest *l. 3. l. si quãdo 8. l. si quis 13. §. iudicũ inf. de oper. libert.*

3 ¶ Meritò autem temporariam in hoc casu fecit prætor actionem. nam cum morte, vel alienatione extinguatur peculium: sufficiebat, vsque ad annum produci obligationem.

Ad §. 3. Meritò autem.

RAT. DVB. Actio hæc de peculio, quam Prætor dat posteaquam filiusfamilias emancipatus est, aut seruus manumissus, vel alienatus, vel alteruter mortuus, rei persecutoria est. Quid enim aliud agit creditor qui proponit actionem de peculio etiam his casib. quàm vt suũ cõsequatur? Atqui regula est iuris Prætorij honorarias actiones quæ ad rei persecutionem dantur eas, & post annum dari & in heredem, *l. in honorariis 35. infr. de oblig. & actio.* Ergo & hæc quoque de peculio, tanquam rei persecutoria post annum dari debet, sicut & contra heredem datur saltem intra annum, *§. prox. in fi. infr.*

DEC. Etiam honorariæ actiones, quæ rei persecutionem continent, anno tamen finiuntur, si quando ex singulari aliquo beneficio & priuilẽgio, non ex communi iure Prætorio competant, vt in exemplo quod adfert Paulus in *d. l. in honorariis*, de Publiciana, quæ rescissa vsucapione redditur: quia minùs fauorabilis est. Atqui actio de peculio quam Prætor dat ex hac parte edicti non cõpetit iure communi cùm siue morte, siue manumissione, siue alienatione serui, vt & emancipatione filijfamilias extinguatur peculium, ac proinde ipsa etiam de peculio actio, quæ nec est, nec esse potest vbicũque peculium, nec sit, necesse possit *l. quæsitum 30. l. deposui 38. in princ. supr. tit. prox.* Abũdè igitur sufficere creditoribus debet, quod ad annũ vsque & obligationem & actionem hanc producat Prętor, non vt quasi extinctam ressuscitet, quod difficilius est, sed vt impediat ne simul cum peculio moriatur, quę alioqui moreretur, haud dubiè si prętorij edicti potestate non retineretur. Itaque redditur in hoc §. ratio, non cur Prætor actionem hanc annalem induxerit, sed cur annalem fecerit, quæ sui natura & ab initio perpetua erat. Est enim eadem ipsa actio & specie, & numero quæ contra patrem vel dominum ante mortem vel emancipationem filij aut manumissionem serui, vel alienationem ex prima & generali parte edicti competebat: quod verba illa huius §. ostendunt *vsque ad annum producio bligationem*, sed cùm esset mortalis actio non minùs quàm peculium, nullam creditori facit iniuriam Prætor, qui quo tempore moritura omnimodo erat actio eam non tam ex perpetua quàm ex mortua facit annalem.

4 ¶ Alienatio autem, & manumissio ad seruos pertinet, non ad filios. mors autem tam ad seruos, quàm ad filios refertur. emancipatio verò ad solum filiũ[a]. Sed & si alio modo[b] sine emancipatione desierit esse in potestate. annalis erit actio. Sed & si morte patris, vel deportatione[c] sui iuris fuerit effectus filius. de peculio intra annum heres patris, vel fiscus tenebuntur.

Ad §. 4.

BIU Cujas

Ad § 4. Alienatio.

RAT.DVB. Alienationis quidem nomen ad filiosfamilias nõ pertinet, qui à patre alienari, nisi improbè & impiè non possunt, *l.1.C.de parent.qui fil.distrax.* excepto casu *l.2.eod.tit.* sed manumissionis tamen pertinere potest *l.1.& tot.titul.infr.si à parent.quis manum.sit:* nam cùm manumittere nihil aliud sit, quã de manu & potestate dimittere *tit.de libertin.apud Iustinianum*, potestatis verò nomen actiuè commune sit patri & domino, passiuè autem filio & seruo, *l.1. §.potestatis sup.tit.prox.* Quidni perinde filium manumittere pater possit, atque seruum dominus?

DEC. Dicitur quidem interdum manumitti etiam filiusfamilias cùm emancipatur, quia non fiebat emancipatio nisi per tres imaginarias venditiones, per quas necesse erat filium in seruilem imaginariã venditionem deduci *l.3.§.vltim.* vbi diximus *supr.de capit. minut.* propter quam causam pater emancipando filium acquirebat sibi ius & nomen patroni in personam, & bona filij etiã ad petendã contra tabulas eius bonorũ possessionẽ *d.l.1.§.si à parẽ.inf.si à parẽ.quis manum.sit.* Cęterũ ex hoc tãto magis apparet, manumissione propriã esse seruorũ, emãcipationẽ filiorũ, cũ filij nõ alio respectu dicãtur manumitti, quam quia seruorũ imaginẽ quandã induũt in ordinẽ tamen, vt loquũtur, ad emancipationẽ. Itaq; valde impropriè & abusiuè quis hodie loqueretur qui emãcipationẽ filijfam. manumissionis nomine donaret, quandoquidem veteres illæ omnes emancipationis solemnitates & imaginariæ venditiones sublatæ sunt per *l. vlt.C.de emancip.liber.l.vlt.C.de adopt.*

a *Emancipatio verò ad solũ filiũ.* RAT.DVB. Etiam seruo videtur cõuenire nomẽ emancipationis magis quã filio, si à nominis etymologia argumẽtari liceat, cũ seruus etiã mancipij nomine vocetur, nõ itẽ filius, & qui emancipatur quasi extra mancipij causam & fortunã cõstituatur. DEC. No à mãcipio nomẽ emãcipationis deductũ est, sed à mancipatione, quia filij nõ nisi trina mancipatione, id est imaginaria venditione poterant exire de patris potestate ex vetere illa l.12.tab. *Si pater filiũ ter venũdederit:* filię verò exibãt vnica mancipatione, sicut & nepotes, ideoq; cùm emancipabantur, non rumpebant testamentum quomodo masculi *l.verum est 8.in princ.& §.1.infr.de iniust. rupt.* Emancipari ergo solus filius dicitur non etiam seruus, quia non sicut in emancipatione filij, ita & in manumissione serui mãcipatio vlla interueniebat.

b *Sed et si alio modo.* RAT.DVB. Cũ de alicuius edicti potestate & interpretatione quæritur verba edicti maximè spectanda sunt, & ex iis diiudicandæ quæstiones *l.Neratius 11.sup.de seru.corrupt.& alibi passim:* atqui edictũ Prætoris cuius interpretationẽ facit Vlp. in hoc titulo nõ nisi de emancipato filio vel mortuo locutũ est: emancipationis verò nomine quis vnquã dixit alios tollẽdæ patriæ potestatis modos contineri? Est.n. emãcipatio propriusac specialis quidã mõdus liberandi filij à patria potestate, nõ generalis qui aliis quoq; modus cõuenire possit, in quib. scil. mancipatio nulla interueniebat *tit.quib.mod.ius patr.potes. tollit.inst.* DEC. Etiam edicta Prætorũ præsertim fauorabilia, vt sunt omnia & magnis rationib. æquitatis subnixa recipiunt facilè non modò interpretationẽ, sed etiam extẽsionem ad omnes casus similes, id est, in quib. eadẽ vrgeat ratio æquitatis, ita vt dissimilitudinis ratio nulla reddi possit: adeoq; ꝙ magis est, etiamsi verba edicti taxatiuè cõcepta sint *l.1.§.hæc actio sup.si mens.falsi.mod.dixer.* nã & in iure ciuili passim idẽ obtinet, vt vbi eadem ratio est, ibi etiam ius idem constituendũ sit *vulg.l.illud 32.sup.ad l.Aquil.l.3.§.vnde etiã inf.de iniust.rupt.* nemo aũt nõ videt eandẽ planè rationẽ æquitatis facere pro creditore filijfa. vt annalem istam actionẽ habere debeat contra patrem si filius aliter quàm per emancipationẽ exierit de patris potestate atque si fuisset emancipatus. Perinde namq; verũ est sine vllo facto creditoris extingui peculiũ, ꝙ penes eũ fuerat cũ esset in patris potestate, & peculiũ esse desiit soluto quoquomodo vinculo patriæ potestatis: puta etiam sacerdotio vestali aut Flaminio diali, vt vir doctissimus, & de iure nostro adeò benè meritus Gotthof. hîc notat ex Aulo Gellio *lib.1.Noct.Attic.c.13.* Ergo & ad eos casus extendi hoc edictũ poterit, puta si filiusfa. seruus hostiũ factus sit & apud eos decesserit *l.2.§.1.infr.hoc tit.* aut si deportat⁹, quam quã hic casus morti similior videri potest quàm emancipationi, cũ deportat⁹ in pleriſq; ac ferè omnib. iuris partib. pro mortuo habeatur *l.1.§.pen.de bon.poss.contr.tab.l.4.§.si deportatus de bon.libert.l.Gallus 29.§.& quid si tantũ de liber.& posth.* multoq; magis ille qui in veram seruitutem redactus est *l.intercidit 59.de cond.& demonst.l.seruitutẽ 209.de reg.iur.* nec tantùm in legum & creditorũ interpretatione, id frequentissimũ est, vt extensio fiat ad casus similes, sed etiam in vltimis volũtatib. putà si fideicõmissum alicui filiof. relictũ sit in casũ emancipationis, & is vel morte patris, vel quo alio modo de patria potestate exierit, vt in *l.mulier 22.in princ.& vers.Brasidas infr.ad SC.Trebell. iunge l.2.§.1.supr.quod cum eo qui in alien.potest.est.*

c *Sed & si morte patris vel deportatione.* RAT.DVB. Cas⁹ hic quo pater qui de peculio actione perpetua cõueniri poterat, decesserit, vel deportatus sit, nullo modo verbis edicti huius cõprehẽsus fuit, vt neq; actio vlla de peculio annalis proposita cõtra heredẽ patris, multo minùs contra fiscũ si nullo alio herede vel successore existẽte ipse successerit, aut potiùs bona occupauerit, aut si pater non mortuus sit, sed deportatus, quo casu si ex deportatione, vt fieri solet bona publicata sint, non alium quàm fiscũ successorẽ habere potest *l.relegat⁹ 14.§.1.& l.seq.inf.de interd.& releg.* Prætor.n. de morte tantũ filij, vel serui locutus est, non de morte patris vel domini, & de annali actione cõtra patrẽ aut dominũ dãda, nõ cõtra patris heredem, aut contra fiscũ: ergo ad hos casus protrahi edictũ nõ potest, dicendũq; potiùs esset, nouũ edictũ in hanc rem, aut saltem ꝙ aliquando à Prætorib. factũ est, nouam clausulã, vt in edicto *de cõiung.cũ emancip.liber.eius, l.qui duos 3.ill.tit.* DEC. Quę ratio facit, vt Prætoris edictũ, quãuis non nisi de mortuo & emancipato filio locutũ sit, ad alios tamẽ casus similes, mortis putà vel deportationis filij protrahatur, quia scil. eadẽ æquitatis ratio in omnib. locũ habeat, eadẽ facit, vt mortuo quoq; vel deportato patre eadẽ annalis actio protrahẽda sit ad illos casus, tanquã in quib. eadẽ æquitas locũ sibi vindicet. Quid.n. refert an propter filij, an propter patris mortem aut deportationem creditor actionem postulet, aut debiti sui iacturam incurrat? Aut quid rursum an contra patrem, an contra patris heredẽ, vel cõtra fiscum instituat actionẽ de peculio? Ac in herede quidẽ aperta iuris ratio est, quia cũ in ius vniversũ defuncti succedat, nõ alio ferè iure in omnib. quã defunctus censeri potest: in fisco autem licèt nõ æquè sit vniuersalis successor, vt à creditorib. cõueniri directa actione possit: in eo tamẽ proximè ad heredẽ accedit ꝙ nõ alia bona occupare possit, quàm quæ soluẽdo sunt, & quæ supersunt deducto ære alieno *leg.1.§.an bona l. non possunt 11.infr.de iur.fisc.* Atque ita intelligi debet

BIU Cujas

quod hîc scriptum est heredem patris & fiscum de peculio intra annum teneri, non vt contra vtrumq; pari iure actio de peculio intra annũ dari possit, sed vt heres quidem personali actione de peculio cõueniri possit; fiscus verò nõ priùs peculium hoc possit occupare iure suo, quàm deductum sit ex peculio id omne quod creditoribus debetur dummodo intra annum venientibus: nunquam enim fiscus personali actione, tanquam heres obstringitur, quia reuera, nec heres est, nec heredis loco, sed vt Baldus & post eum cæteri interpretes solent dicere anomalus quidam successor.

5 ¶ In alienatione accipitur vtique venditor, qui actione de peculio intra annum tenetur.

Ad §. 5. In alienatione.

RAT. DVB. Alienationis appellatione is demùm actus significatur per quem dominium transfertur *l. 1. C. de fund. dotal. l. si fundum 16. infr. eod. tit. titu. l. alienationis 28. de verb. signifi.* atqui venditio non est ex iis contractibus, qui sine dominij translatione fieri non possunt, vt donatio, permutatio, mutuum, & si qui alij sunt similes, cùm etiam res aliena vendi possit *l. rem alienam 28. infr. de contr. empt.* ergo alienationis nomine venditio propriè, & in primo sensu significari non potest.

DEC. Venditio titulus habilis est ad transferendum dominium secuta demùm traditione *l. nũquam nuda 31. de acquir. rer. domin.* & quamuis etiam res aliena vendi possit, hactenus vt venditor emptori de euictione obligetur: si tamen venditor dominus sit transfert vtique dominium in emptorem *l. ex empto 11. §. 1. de action. empt.* adeò vt nemo possit eam rem videri vendidisse de cuius dominio id actum est, ne in emptorem transiret, sed aut locatio est, aut aliud genus contractus *l. pen. §. vlt. infr. de contr. empt.* idque adeò verum est, vt lex 12. tabularum venditionis & emptionis appellatione vsa plerunque sit, vt omnem alienationem complecteretur, quasi habens venditionis & alienationis nomina pro synonimis, *l. statuliberi à cæteris 29. §. vlt. infr. de statulib.* nec sanè frequẽtior vllus in hominum commercio cõtractus est quàm venditionis ad transferendum dominium *l. 1. de contr. empt.* & in hoc maximè tractatu de peculio, quoties de alienato seruo loquũtur Iureconsulti, ferè de vendito tractant, non de eo qui alio contractus genere alienatus sit, vt in *l. si noxali 11. §. pe. l. sed in emptore 13. l. & ancillarum 27. §. si seruus §. sed ipsi & seqq. l. si ex duobus 32. §. 1. & vl. l. si creditor 7. §. seruum l. quoties 47. §. si creditor & seqq. & pass. sup. tit. prox.* venditor igitur ille maximè est, qui de peculio tenetur intra annum si seruum deducto peculio vendiderit, vt suprà explicauimus ex *d. l. si ex duobus 32. §. vlt.* vbi dicitur alioqui si dominus seruum vendiderit cum peculio, & peculium tradiderit eum de peculio ne intra annum quidem teneri.

6 ¶ Sed & si donauit seruum, vel permutauit, vel in dotem dedit, in eadem causa est.

Ad §. 6. Sed & si donauit.

RAT. DVB. Contractus isti donationis, permutationis, & dotis nihil simile habere videntur cum venditione, si quidẽ aliena quoque res vendi potest. vt proximè diximus ex *l. rem alienam 28. de contr. empt.* at res aliena, neq; donari, neq; permutari, neque in dotem dari potest, quia dominij translationem necessariò continent *l. si filius 14. l. constãte 22. C. de donat. l. 1. infr. de rer. permut. l. doce 9. C. de rei vindic. l. in rebus 30. C. de iur. dot.* ergo quod in venditione proximè dictũ est ad alios istos contractus protrahi non tam facilè debet. DEC. Tantò magis continentur hic contractus sub nomine alienationis, cùm eo nomine is demùm actus significetur per quem dominium transfertur *l. 1. C. de fund. dotal. l. alienationis 28. de verb. signifi.* nec interest quo contractus genere dominiũ mutatũ sit, vt huic edicto locꝰ esse possit *l. quoties 47. §. vlt. supr. tit. prox.* nam etsi legatus sit seruus idem iuris est, cùm ex causa legati dominium trãsferatur recta via in legatariũ sola legis potestate, ac sine vlla traditione *l. 1. in fin. sup. de Publician. l. legatum 80. de leg. 2. l. à Titio 64. infr. de furt. & d. §. vlt.* quamuis vltimæ voluntates nihil alioqui simile aut commune habeant cum contractibus *l. verba 21. infr. de verb. signifi.* in omnibus namque his casibus eadem ratio iuris prætorij & æquitatis facit, vt qui in alium transtulit dominium serui, cuius nomine de peculio poterat conueniri actione perpetua, incipiat teneri actione ista annua, si modò peculium quoque simul cum seruo non alienauerit.

7 ¶ Item heres eius, qui seruum legauit non cum peculio. nam si cum peculio vel legauit, vel liberum esse iussit: quæstionis fuit[a] & mihi verius videtur, non dandam, neque in manumissum, neque in eum, cui legatum sit peculium, de peculio actionem. an ergo teneatur heres? & ait Cælius: teneri: quia peculium penes eum sit, qui, tradendo id à legatario, se liberauit. Pegasus autẽ, caueri debere, ait[b] ab eo, cui peculium legatum sit: quia ad eum veniunt creditores: ergo, si tradiderit sine cautione, erit conueniendus.

Ad §. 7. Item heres eius.

RAT. DVB. Cùm quis seruum suum legauit sine peculio, verum est dicere alienationem, neque à testatore factam esse, nec ab herede, sed à lege, non à testatore, quia quãdiu viuit, nõ amittit rei quã legauit dominium cùm testamẽtum nullas vires habeat, nisi ex die mortis, quo incipit irreuocabiliter confirmari: nec enim testamentum fit, nisi de eo, quod quis post mortẽ suam fieri velit *l. 1. l. lege Cornelia 12. & pass. infr. qui testam. facer. poss.* vnde est quod legata dicuntur incipere ab herede, non à testatore *l. hereditariarum 40. infrà de obligatio. & actionib.* non rursus ab herede, quia legatum transit recta via à testatore in legatarium, quasi nunquam factum heredis *l. legatum 80. de legat. 2.* nec proinde potest videri ab herede alienatum id, quod ipse numquam habuit *l. nemo plus iuris 54. de regul. iur.* Sed alienatio legati fit tota per legem quæ ex modis transferendi & acquirẽdi dominij iure Quiritiũ vnus est, & quidẽ præcipuus, vt Vlp. noster refert in Fragm. *tit. 19. de acquisit. rer.*

sit. rer. Ergo cum seruus qui peculium habebat legatus est etiam sine peculio non magis in heredem tanquam alienatorem quàm in testatorem ipsum qui iã mortuus est actio hęc annalis de peculio dari debet. DEC. Cùm legatur seruus & legati titulo in legatarium transfertur, lex quidem illa est cuius potestate translatio fit etiam non requisita heredis voluntate, quæ tamen omnino exquirenda esset si lex authoritatem suam in eo non interponeret *l. si ego 9. §. si res infr. de iur. dot.* Sed tamen ita lex facit vt subsequatur testatoris voluntatem cui dedit ius & potestatem legis faciendæ *l. verbis legis 120. de verb. signific.* defuncti ergo voluntas illa est quæ huiusmodi alienationis causam primã præbet. Indeq; fit vt legata quoque hereditariarum actionum loco habeantur quamuis ab herede incipiant *d. l. hereditariorum.* Et tamen heredis quoque factum aliquod in eo interuenit, non quidem in facienda traditione, quę ad transferendum legati dominium non est necessaria *d. l. 1. de Publician.* sed in adeunda hereditate quæ si non adiretur legata omnia interciderent, quia ius ipsum testamenti totum solueretur. *l. si nemo 9. de testam. tutel. l. si nemo 181. de regul. iur. l. ea quam 14. C. de fideic.* Adeundo autem heres quasi contrahit cum legatariis non minus quàm cum creditoribus *l. 3. §. vlt. & l. seq. infr. quib. ex caus. in poss. eat. l. si quis absentis 5. §. heres quoque de oblig. & action.* Mirum igitur non est, in heredem dari actionem annalem de peculio quoties seruus qui contraxit, absque peculio legatus est acsi ipse alienasset: præsertim cùm peculij commodum in hereditate ac penes eum remaneat. Is enim maximè de peculio conueniendus est apud quem peculium manet, *l. & ancillarum 22. §. si seruus & seqq. l. si ex duobus 32. in princip. & §. 1. supr. tit. prox. extra casum l. si noxali 11. §. vlt. & l. seq. eod. tit.* Sed si cũ hoc seruo contractũ sit post mortẽ testatoris & ante aditã hereditatẽ, id est eo tempore quo erat seruus hereditarius an adhuc conueniẽdus erit heres actione de peculio *arg. l. 3. in princip. supr. eod. tit.* Ita quidam putant, sed annali non perpetua, quia post aditam hereditatem dominium serui iam inde a die mortis in legatarium translatum fuisse intelligatur. Numquam enim perpetua actio de peculio superesse in eum potest qui dominus serui esse quoquomodo desiit. Sed verius est huius serui nomine contra heredem agi de peculio non posse ex eo cõtractu qui iacente hereditate initus sit, cùm si quid seruus hic eo tempore acquisiuisset ad legatarium, non ad heredem pertineret *l. si tibi homo 86. §. cùm seruus iunct. l. cùm seruus 39. alias l. apud Iulianum §. fructo verſ. & si seruus de leg. 1.* Legatarius ergo ex cõtractu hereditario non heres conueniendus erit, & quidem actione perpetua nõ annali. Neque hic casus dubitationem vllam habere videtur, sed sequens dubitabilior est de quo statim Vlpianus.

a *Nam si cum peculio vel legauit, vel liberum esse iussit quæstionis fuit.* RATDVB. Is demum de peculio conueniendus est qui peculium habet non is qui desiit habere sicut & rei vindicatione solus ille tenetur qui rem possidet non qui desiit possidere, nisi dolo malo desierit, quia nascitur actio illa ex præsenti possessione *l. non alias 24. §. sed si postulatur supr. de iudic. l. vlt. & pass. supr. de rei vindic.* sicut & actio de peculio nascitur quodammodo ex peculio licèt nascatur etiam ex contractu, tãquã ex prima sua & principali causa *l. 1. §. si filius f. sup. de his qui effud. vel deiec. l. nec seruus 41. l. si quis 44. supr. tit. prox.* Atqui quoties legatur peculium siue ipsi seruo manumisso, siue alij cui seruus quoq; ipse legatus sit, verũ est dicere peculium esse penes manumissum aut aliũ quẽlibet legatariũ: heredẽ autẽ qui peculium tradidit, desiisse hoc ipso habere peculiũ. Ergo actione de peculio perpetua legatarius conueniẽdus est; heres autẽ nullo modo, id est, ne quidem annali, atq; ita Iulianus sensit cuius & opinionẽ & rationẽ Vlpian. noster refert in *l. 1. aliàs l. si socer §. per contrarium infr. de dot. relegat.* vbi ponitur ex Iuliano elegans illa differentia inter actionẽ de dote, & actionẽ de peculio, quòd etiamsi quis dotẽ habere desierit actio de dote nihilominùs cõpetit, actio autem de peculio superesse non potest in eum qui desiit peculiũ habere. Eámq; sententiã quæ Sabinianorũ & Cassianorum fuisse videtur secutus est Iauolenus in *l. at cùm heres 35. supr. tit. prox.* vbi scribit ex Cassio, cùm heres iussus est peculium alicui dare, etiam, quod magis est accepta certa summa nõ videri penes heredẽ esse peculiũ, ideóq; nec de peculio cõueniri eum posse. Sic enim omnino intelligẽdus ille locus est, licèt illatio hæc non sit expressa.

DEC. Fuit hoc quæstionis inter prudentes, vt Vlpianus hîc fatetur, id est, iuris controuersi. Nam Pegasus & Cæcilius, qui ex Proculianis fuerũt, magis probauerunt, vt de peculio teneri debeat heres, nõ etiã legatarius ratione illa, quòd peculiũ etiã legatario traditũ nõ tã penes legatariũ esse intelligatur, quã penes heredẽ: quia tradẽdo id legatario se ab actione ex testamento liberauerit, qua hodie adhuc teneretur si peculiũ non tradidisset, vt proinde liberatio illa vice peculij esse debeat quasi tãto locupletior factus heres videatur per traditionẽ peculij, quã doquidẽ locupletior fit quisquis à creditore liberatur *l. si pupilli 66. in fin. inf. de solut. l. species acquirẽdi 11. de acceptilat.* Quidni ergo de peculio teneri debeat? Eáque Proculianorũ sẽtẽtia videtur tãdẽ obtinuisse, cũ placuerit etiã Vlp. qui licèt alioqui Sabinianus fuerit, eã tamẽ sibi veriorẽ videri scribit hîc, itémq. Paulo in *l. quoties 47. §. vlt. supr. tit. prox.* & Marciano in *l. si seruo manumisso 18. infr. de pecul. legat.* vbi ait ille in legatarios sine dubio creditorib. peculiariis actiones nõ cõpetere, tãquã qui nõ sint iuris successores *l. quædã sunt 9. §. nihil interest sup. de edẽd.* sed heres solus in quẽ actiones omnes hereditarię & actiuę & passiuę ex lege 12. tab. trãseũt *l. vlt. C. de heredit. action.* Nec ad rẽ pertinet quòd emptor quoq. donatarius, & alij successores singulares æquè de peculio teneãtur. Nõ. n. tenẽtur ex persona vẽditoris aut donatoris, tãquam successores eius singulares, sed ex propria persona tã quã domini, si apud eos sit aliquod peculiũ vndecũque tãdem quæsitũ *l. & ancillarũ 27. §. si seruus sup. tit. prox.* Legatarius autẽ etsi nouus dominus est & peculiũ habet, reuera nullũ tamen habere intelligitur, sed heres potiùs qui fuit obligatus vt illud peculiũ traderet, & nihilominùs creditorib. peculiariis tanquã successor vniuẽrsalis defuncti respõderet, ac cui deberet sufficere vt pro peculio haberet legati liberationẽ. Ex qua porrò ratione intelligimus, si legatarius peculiũ sibi traditũ habere intelligeretur, nec dubitaturũ fuisse Pegasũ quin de peculio conueniri posset ac deberet, eo penitus iure quo cõueniri possunt cęteri qui & domini sunt & peculiũ possident. Nõ tã enim de eo fuit cõtẽtio inter veteres, an cõueniri de peculio posset ille qui peculiũ nõ haberet siue heres esset siue legatarius, (cõstabat enim nõ posse) quã vtrum traditum per heredem peculium esset penes legatarium cui traditum fuisset, an potiùs penes heredem qui tradendo se ab obligatione liberasset, & à necessitate tradendi: Iulianus putabat esse penes legatarium, quia traditum ei fuisset ab herede: heredem verò ex quo tradi-

BIU Cujas

disset, desiisse habere peculium, adeoque licèt aliqua summa accepta peculium tradidisset *d. l. at si heres*, at Cæcilius multò subtiliùs, vt videtur, imò esse penes heredem, qui pro peculio liberationem sibi quæsiuisset, in eo igitur omnes consentiebant, vt is demùm de peculio conueniri deberet, siue heres esset, siue legatarius, qui peculium haberet, quod porrò cùm penes duos in solidum esse non posset, necesse erat fateri penes alterutrum solum esse, aut penes heredem, aut penes legatarium, iunge quæ scripsimus ad *l. sed si quis seruum 33. cum seq. & ad d. l. at si heres 35. supr. tit. prox.*

b *Pegasus autem caueri heredi debere ait.* RAT. DVB. Heres qui peculium legatum tradidit, tenetur tamen de peculio ex sententia Cæcilij & Pegasi, quia penes se peculium habere, nihilominùs intelligitur, quòd tradendo peculium se ab obligatione tradendi, & ab actione ex testamento liberauerit, vt proximè diximus, nulla ergo ratio est, cur heredi cauere debeat legatarius de eo defendendo aduersus creditores, si quando ab ipsis conuenietur cùm liberatio heredis, quæ peculij vice ipsi est, apud ipsum remaneat, alioqui eueniet, vt & liberationis commodum heredi acquiratur, & legatarius indemnem eum ab actione de peculio præstare teneatur.

DEC. Non est audiendus legatarius si legati commodum quidem amplectatur, onus verò recuset *l. vnic. §. pro secundo vers. neque enim C. de caduc. tollend. l. sed duobus 5. §. 1. de legat. 2.* atqui commodum peculij est habere res peculiares tùm quoque cùm peculium ipsum penes alium est, postquàm placuit fieri posse, vt peculium penes vnum sit, res autem peculiares penes alterum *l. sed si quis seruum 33. & seq. supr. tit. prox.* onus autem peculij est teneri actione de peculio, *l. depositi 38. §. vlt. eod.* ergo cùm res omnes peculiares sint penes legatarium cui peculium traditum est, licèt iuris subtilitate peculium ipsum maneat penes heredem, non potest legatarius petens legatum recusare, quominùs subeat onus actionis de peculio & creditoribus omnibus peculiariis satisfaciat, vt quod secundum naturam est, incommoda eum sequãtur, quem sequuntur commoda *l. secundum naturam 11. de reg. iur.* itaque per doli exceptionem consequi heres poterit, cùm legatarius legatum petet, vt caueat ipsi de eo contra creditores peculiarios defendendo: neque sunt hæc inter se contraria, vt heres solus creditoribus peculiariis obstringatur, nec possint illi legatarium peculij conuenire, & tamen legatarius indemnitatem & indemnitatis cautionem ei præstare teneatur *d. l. si seruo 18. de pecul. legat.* nam & cùm is qui peculium serui legauerat iudicium eo nomine accepit, id est de peculio, deinde decessit, placuit non aliter heredem ex causa legati peculium præstare debere, quàm si de accepto iudicio ei caueatur *l. qui peculium 17. eod.* sic & cùm heres partem bonorum, aut etiam vniuersa bona delata ad fiscum diceret, constaret autem de fideicommisso, decretum est, vt petitor ei caueat, *euicta hereditate restituiri quod solueretur, l. si heres 8.* vbi ita legendum est *infr.* si cui plus quàm per *leg. Falcid.* similiter cùm quis hereditatem sibi delatam, & acquisitam vendidit, diximus respondere nihilominùs eum creditoribus debere, sed tamen indemnitatem ei ab emptore præstandã esse *l. 2. C. de hered. vel act. vendit.* quod & in hereditate donata idem iuris est *l. hereditatem 28. inf. de donat. iunct. l. cùm res 22. C. eod. tit.* caueri ergo heredi ab eo debet cui peculium legatũ est, siue manumissus ille sit, siue extraneus serui & peculij legatarius, quia ad eum veniunt creditores, id est, quia non alius quàm ipse creditoribus respõdere compellitur. Proinde si tam stultus aut incautus fuerit heres, vt peculium sine cautione legatario tradiderit, erit ipse conueniendus à creditoribus cum effectu, id est, ita vt indemnem eum præstare legatarius non debeat, qui cùm legatum iam acceperit exceptionem doli amplius non veretur, nec rursus condictionem indebiti, quia non potest dici indebitum fuisse legatũ quod solutum fuit propter exceptionem doli perpetuam quæ aduersus legatarium competebat ex *l. qui exceptionem 40. supr. de condict. indeb.* quia non competebat ea exceptio heredi ad repellendum absolutè & omnimodo legatarium, sed eo tantùm casu quo nollet, ille petenti heredi cauere de indemnitate. Prius ergo erat, vt heres caueri sibi postularet, quàm vt legatarium ei cauere oporteret: itémque vt petitam cautionẽ recusaret legatarius, quàm vt doli exceptio contra eum induceretur: itaque sibi imputet heres cur non meliùs sibi prospexerit petita ante solutionem legati peculij cautione, conuenietur autem actione de peculio perpetua non annali quomodo & si seruus legatus esset, sine peculio, quo casu vtique perpetua non annali actione heres teneretur, & ita intellige principium huius §. an non enim absurdum esset annali tantum actione teneri heredem qui seruum tradidit legatum, sine peculio? cùm & heres sit, & peculium retineat.

8 ¶ Si, præcepto seruo, & peculio, rogatus sit heres restituere hereditatem: si de peculio conueniatur, Trebelliani exceptione non vtetur, vt Marcellus tractans admittit: is autem, cui restituta est hereditas, non tenetur, vt Scæuola ait, cùm peculium non habeat, nec dolo fecerit, quo minùs haberet.

Ad §. 8 Si præcepto seruo.

RAT. DVB. Cùm restituta est ex Senatusconsulto Trebelliano hereditas omnia iura hereditaria actiua & passiua, quæ heredi, & in heredem competebant transeunt in fideicommissarium, & ex eo tẽpore quemadmodum si heres vi directarum actionum, quæ penes eum remanent experiatur contra debitores hereditarios, exceptione Senatusconsulti Trebelliani, hoc est restitutæ hereditatis repellitur, ita si vicissim ipse conueniatur à creditoribus hereditariis eãdem exceptione summouere illos potest *l. 1. l. ita tamen 27. §. qui ex Trebelliano infr. ad SC. Trebell.* atqui cum heres præcepto seruo & peculio rogatus est hereditatem restituere, non eo minùs fit restitutio ex Trebelliano, quod heres peculium retineat: nam ad inducendum Trebellianum sufficit, vt hereditas restituatur eo modo, quo testator voluit, licèt non tota restituatur, quemadmodum si heres deducta quarta hereditatẽ restituere rogatus esset, nisi quod illo casu durior esset condicio heredis, quia inter eũ & fideicommissarium diuidi actiones hereditarias oporteret, quæ in specie huius §. totæ in fideicommissarium transferuntur *l. si legatus 30. §. multum interest*

BIU Cujas

rerest eod. tit. remanente penes heredem ea re quam ab eo præcipi & retineri testator voluit sine vllo onere hereditario, quasi ex legato ei acquisita, vt benè ac pluribus explicat Iustinianus in §. *si quis vna instit. de fideic. hered.* vbi addit, nec aliud esse, quamuis in ea re qua deducta, vel præcepta hereditatem restituere, quis rogatus est, maxima pars hereditatis contineatur, id est bonorum hereditariorum: æquè enim hoc etiam casu transferri in solidum actiones ad fideicommissariũ, quia nec propriè pars vlla hereditatis in vna re esse intelligitur *l. quamuis 14. infrà, si quis omiss. caus. testam. l. acceptis 93. in fin. ad SC. Trebell.* ergo si præcepto seruo & peculio rogatus sit heres restituere hereditatem, de peculio conueniendus erit fideicommissarius, non heres à creditoribus peculiariis, perinde atque à cæteris creditoribus hereditariis, & exceptio Trebelliani, non minùs contra creditores istos peculiarios quàm contra cæteros heredi danda erit.

Dec. Vbicumque peculium est, ibi & onus est actionis de peculio, quoniam actio de peculio non hereditaris, sed peculij onus est *l. depositi 38. §. vl. iunct. l. quare 28. & pass. supr. tit. prox.* atqui cùm quis præcepto seruo & peculio hereditatem restituere rogatus est, licèt totam hereditatem reliquam restituerit, peculium tamen sibi retinet, ergo & totum peculij onus sentire debet, ac proinde creditoribus omnibus peculiariis respondere: non autem fideicommissarius, qui peculium, nec habet, nec dolo desiit habere, nec dolo fecit, quominùs haberet, vt eleganter Scæuola disputabat: nam etsi heredem hunc in præcepto peculio pro legatario haberi velis ex *d. §. si quis vna*, adhuc tamen certum est legatarium alium quẽlibet, non posse recusare, quominùs rei legatæ onera si qua sunt, omnia sentiat, vt diximus ad §. *præcedentem ex l. vnic. §. pro secundo in fin. Cod. de caduc. tollend.* sed deterioris in eo condicionis, hic heres est, quàm alius quilibet legatarius, quod cùm heres sit, & maneat etiam post restitutam ex Trebelliano hereditatem §. *restituta inst. de fideic. hered.* conueniri vtique potest summo iure à creditoribus hereditariis, qui tamen contra alium legatarium, nullam actionem essent habituri *l. vlt. C. de hered. act. l. si seruo 18. de pecul. legat.* ob eamque nimirum causam necessariò fuit inducenda exceptio Trebelliani tam pro herede si à creditoribus conueniretur, quàm contra heredem si aduersus debitores hereditarios experiretur *d. §. qui ex Trebelliano*, atqui exceptionis huius æquitas deficit, cùm ille ipse heres, qui cõuenitur, habet peculium, cuius præcipuum onus illud est, vt actionem de peculio patiatur: nam etsi alius esset heres, alius verò legatarius peculij, legatarium tamen heredi cauere de eo defendendo oporteret, vt diximus in §. præcedente: pro cautione igitur quam alij præstare deberet, an non æquum est denegari ipsi exceptionem Trebelliani, quam alioquin esset habiturus, similis ferè argumentatio Scæuolæ & Claudij est circa doli exceptionem in specie *l. pen. infr. ad SC. Trebel.* vtrumque igitur verum est quod Vlpianus hîc scribit, & quod Marcellus dicebat heredem conuentum in hac specie non posse vti exceptione Trebelliani qua vteretur, si ab aliis creditoribus merè hereditariis conueniretur, & quod Scæuola eum cui restituta est ex Trebelliano hereditas nullomodo teneri, id est, ne quidem ipso iure, ita vt nulla proinde egeat exceptione, quia licèt in eum simul cum hereditate transeant actiones omnes hereditariæ, non quidẽ directæ, sed vtiles *d. l. 1. d. §. qui ex Trellelliano*, nõ tamen possunt in eum transire actiones peculiariæ, nisi cùm peculio, quia sequuntur peculium quocunque ierit, nec alibi esse possunt, quàm vbi peculium est, vt hic locus probat omnium optimè. Erit autem hoc casu actio de peculio, non anima, sed perpetua, cùm detur contra heredem, & tanquam heredem, & tanquam habentem peculium, sicut & in *princ. §. præcedentis.*

9. ¶ Vsufructu quoq; extincto: intra annum actionem dandam in vsufructuarium, Pomponius libro sexagensimo primo scripsit.

Ad §. 9. Vsufructu.

Rat. dvb. Vsufructu extincto nullum ius fructuario supereſt in re fructuaria, sed vsufructu consolidato cum proprietate totum ius rei & plenæ proprietatis ad proprietarium pertinet. Solus ergo proprietarius de peculio teneri debet non fructuarius, quamuis durante vsufructu placeat fructuarium teneri de peculio, non tantùm ratione peculij, q̃ ad ipsum respicit, sed etiã ratione eius quod ad proprietariũ si fortè seruus fructuarius duplicis iuris & generis peculium habuerit, *l. hinc quæritur 19. §. 1.* vbi diximus *iunct. l. 2. supr. tit. prox.* Neq; verò edictũ hoc Prætoris locutũ est, de dãda cõtra fructuariũ annali actione: sed tãtùm contra patrẽ qui filiũ emãcipauerit aut dominum, qui seruum alienauerit vel manumiserit, quorum omnium nihil est quod in persona fructuarij, vt & alterius cuiuslibet extranei non sit ineptum. Nec enim fructuarius manumittere aut alienare seruum potest, *l. quidam cùm filium, 131. in illis verbis, res in extraneo ineptas, de verborum obligat.*

Dec. Prætoris in hoc edicto proponendo mens illa fuit vt quisquis actione de peculio pepetua conueniri aliquando potuit, non eo minùs teneatur adhuc intra annum post extinctum peculium, si malint contra eum agere creditores peculiarij, quàm contra proprietarium. Atqui fructuarius licèt non sit dominus serui, ex iis tamen est qui perinde ac domini de peculio conueniri possunt, *d. l. 2. C. sed si duo 15. d. l. hinc quæritur §. 1. l. si ex duobus 32. supr. tit. prox.* quia vsusfructus in plerisque iuris partibus portionis instar obtinet propterea quod emolumentum rei contineat, *l. cùm filius 76. §. dominus de lega. 2. l. 4. l. si Titio 33. sup. de vsufr.* Ergo quãuis vsufructu extincto etiam peculium extinguatur, fructuarium tamen ex eadem huius edicti æquitate adhuc intra annum teneri consentaneũ est: nec quod peculium amplius nullũ habeat ad rem facit, quãdoquidem durante vsufructu non tantũ de suo peculio tenebatur: sed & de eo quoque quod ad proprietarium pertineret: quia creditores vniuersum serui peculium vbicunque & vndecunque esset tanquam proprium ipsius patrimonium intuiti videantur *d. l. hinc quæritur, §. 1. d. l. si ex duobus 32. in fi. princip. sup. tit. prox.* videtur quidẽ maior esse ratio dubitandi in fructuario, quàm in venditore aut donatore, qui seruum vendidit vel donauit, deducto retentóque peculio. Illi enim peculium adhuc habent: alioqui si peculium cum seruo alienassent, ne quidem intra annum tenerentur de peculio,

BIU Cujas

d.l.si ex duobus, §. vlt. Sed tamen eadem in fructuario quoque ratio æquitatis obtinet, cum extincto quoque peculio, commoda quæ ex causa peculiari per seruum fructuarium acquisiuit, penes ipsum remaneant. Sed & ipsa quoque pecunia, quæ durante vsufructu in peculio fructuarij fuit, & cuius intuitu creditores contraxerunt non perit fructuario, sed apud eum cum lucris omnibus remanet. In eóque par illius & venditoris causa est. Meritò igitur tam hic quàm ille de peculio intra annum tenetur. Dicitur autem annalis hæc exceptio ad differentiam perpetuæ, quæ durante vsufructu datur. Licèt enim vsusfructus nunquam sit perpetuus, sed temporalis *l.si vsusfructus 6. de vsufruct. leg.* nec proinde contra fructuarium actio vlla perpetua competere posse videatur. Hanc tamen perpetuam non malè dicimus: quia tandiu durat quandiu vsusfructus, nec anno concluditur, sicut & societatem perpetuam dicimus, quæ ad totum tempus vitæ extenditur, quamuis morte finiatur, *l.1. infr. pro socio.*

10. ¶ Quæsitum est apud Labeonem.

SI, cùm filius viueret, tu credens eum mortuum, annali actione egeris: & quia annus præterierat, exceptione sis repulsus: an rursus experiri tibi, comperto errore, permittendum est. & ait, permitti debere, dumtaxat de peculio, nõ etiam de in rem verso[a]: nam priore iudicio de in rem verso rectè actum est: quia annua exceptio ad peculium, non ad in rem versum pertinet.

Ad §. 10. Quæsitum, Alias l. Si, cùm filius.

RAT. DVB. Res iudicata pro veritate habetur *vulg. l. res iudicata 208. de regul. iur. l. ingenuum 25. de stat. homin.* etiamsi per errorem iudicatum sit *l. seruo 65. §. cùm Prætor infr. ad SC. Treb.* atqui verũ est dicere summotũ esse creditorẽ, qui credens filiũfam. mortuum egerat de peculio contra patrem annali actione, absoluto patre, quia annus præterierat, à quo tẽpore filiusfam. mortuus credebatur: ergo etiamsi comperto errore appareat filiumfam. adhuc viuere, non tamen permittendum est creditori iam repulso, vt iterũ experiatur perpetua actione de peculio. Quis. n. ferat post annum quoque eum agere, qui intra annũ agens summotus fuit? & perpetuã actionem ei dari cui annalis denegetur? Dici enim solet absurdum esse, vt qui caret minoribus fruatur maioribus, *l. cui pacto 5. de seru. export.* & quemadmodum annale spatium in longiore tempore continetur, ita & in actione perpetua, id est, quæ etiam post annum datur annalis quoque contineri videtur, quia semper in eo quod plus est, continetur etiam id quod est minùs *l. in eo 110. de reg. iur.* & pars in toto *l. in toto 113. eod.* porrò generale illud est, vt cum id de quo iudicatum fuit, continetur ex parte in eo quod per secundam actionem petitur, obstet exceptio iudicatæ *leg. si quis cùm totum 7. iunct. l. 3. infr. de except. rei iudic.* ergo agenti actione perpetua de peculio postquàm ab annali fuit repulsus, exceptio rei iudicatę obstare debet: inspiciendum enim est, quænam sit proxima causa actionis, nec iam interest, qua ratione quis eam causam actionis competere sibi existimauerit, perinde, ac si quis posteaquam contra eum iudicatum esset noua instrumenta causæ suæ reperisset, inquit Neratius in *l. cùm de hoc 27. eod. tit.*

DEC. Cùm quæritur an rei iudicatæ exceptio noceat, illud maximè inspiciendum est inter cætera, an eadem res sit, eadem actio idem ius & eadem causa petendi *l. cùm quæritur 12. & seqq. eod. ill. tit.* at in proposito eadem quidem res est quæ petitur, sed non eadem actio, neque idem ius, neque eadem causa, siue petendi, siue vincendi, nec denique eadem conditio personarum: prior enim actio fuit quidem de peculio, sed annalis: hæc verò perpetua, quæ nunc proponitur, non idem ius, neque eadem causa petẽdi, aut vincendi, quia priore iudicio creditor victus est, quòd annali actione post annum experiretur, quo tempore annalis exceptio patri competebat: at posteriore hoc iudicio perpetua actio instituitur, quæ cùm sit perpetua summoueri per annuam exceptionem non potest, denique non eadem est conditio personarum, quia priore iudicio pater obtinuit, tanquam conuentus ex contractu defuncti ante annum filij, posteriore autem conuenitur ex contractu filijfamilias adhuc viuentis: mirum igitur non est si creditori perpetua actione de peculio nunc agenti non obstet rei iudicatæ exceptio: præsertim cùm priore iudicio actum fuerit per errorem, quia putabat creditor defunctum filiumfamilias, qui tamen adhuc viuebat, qui error cùm sit alieni facti probabilis est *l. vltim. infr. pro suo*, maximè cùm error communis ille esset ferè omnium qui hunc ipsum filiumfamilias viuere putabant *l. 3. in princ. supr. de SC. Maced.* & quemadmodum solemus dicere, neminem errãtem amittere rem suam *l. si procurator 35. infr. de acq. rer. domin. l. si id quod 7. in fin. infr. de rescind. vendit.* ita nec quisquam per errorem actionem suam sibi competentem debet amittere, si quidem nec quisquam intelligitur in iudicium deducere ius illud, quod sibi competere ignorat *l. mater decedens 19. supr. de inoff. test. l. Clodius 97. de acquir. hered.* error enim facti & imperitiam detegit, & consensum nullum habet *l. si per errorem 15. supr. de iurisdict. l. nihil consensui 116. §. vlt. de reg. iur.* longèque interest, an per actoris errorem malè iudicatum sit, an per errorem iudicis: error enim iudicis non vitiat rem iudicatam, propter rerum iudicatarum authoritatem, siue facti error ille fuerit, siue iuris *d. §. cùm prætor l. & ex diuerso 35. §. 1. de rei vindic.* dum ne dolus litigatoris religionem iudicis circumuenerit *l. Diuus 33. de re iudic.* at error litigatoris, si modò iustus fuerit, illæsum ius ipsius conseruat, hactenus saltem, vt in eo de quo nihil iudicatum est iura sua exercere possit, vt contingit in proposita specie: nam & hoc casu alia res est *l. si quis 18. de except. rei iud.* cùm eadem exceptio annua locum hîc non habeat, non idem iuris esset si de iure actionis, non autem de iure tantùm exceptionis iudex pronunciasset, quomodo intelligi debet, quod ex Neratio diximus in *d. l. cùm de hoc 27. eod. tit.*

a *Nonetiam de in rem verso.* RAT. DVB. Non aliter obstat exceptio rei iudicatę, quàm si eadem actio in posterius iudicium deducatur quæ deducta fuit in prius *l. si is qui heres 25. §. vlt. de except. rei iudic.* atqui ponimus in priore iudicio actum fuisse de peculio, non

BIU Cujas

non autem de in rem verso: de peculio autem non perpetua actione, sed annali qualis de in rem verso nulla est, vt ex Labeone Vlpianus hîc subiicit: Ergo si repulsus hic creditor ab annali exceptione de peculio propter annuam exceptionem velit iterum agere de in rem verso, non est prohibendus, neque exceptione rei iudicatæ summouendus. Imò maior ratio esse videtur, vt permittatur ei agere de in rem verso quàm de peculio.

Dec. Vna eadémq; actio est de peculio & de in rem verso, licèt duas habeat condemnationes, §. *præterea versic. Licèt enim Institut. quod cum eo qui in alien. potest.* Ergo quoties agitur de peculio etiam quæstio de in rem verso in iudicium deducta intelligitur, & consequenter repulsus actor ab actione de peculio, ab actione quoque de in rem verso repulsus intelligitur. Nam cùm sit repulsus per annuam exceptionem, quæ ad peculium duntaxat non etiam ad id quod in rem versum est pertinet, negari non potest, quin rectè actum sit & agi potuerit de in rem verso, etiam post annum siue filius viueret, qui mortuus credebatur, siue iam defunctus esset. Et nihilominus repulsus est ab actione creditor & quidem absolutè & indistinctè siue iure siue iniuria id factum sit: Ergo & ab actione de in rem verso, quæ iam competebat, & quæ pariter in iudicium deducta fuerat. Inspiciendum enim est duntaxat quęnam fuerit proxima causa actionis, nec interest qua ratione creditor eam actionem de peculio sibi competere existimauerit, an quia tantùm de peculio contractum, an quia etiam in rem patris versum esset, vt suprà ex Neratio diximus in *l. cùm de hoc 27. infr. de except. rei iudic.* Potuerat enim & debuerat creditor replicare in rem patris versam fuisse pecuniam, si id se probare posse confidebat, ideóque frustrà opponi annuam exceptionem, quæ aduersus actionem de in rem verso nunquam opponi potest. Id verò cùm non fecerit, & ad annuam illam exceptionem nihil replicauerit, hoc ipso agnouisse videtur, nec in quæstione de in rem verso obtinere se debere, in qua nemo obtinet, nisi qui pecuniam creditam in rem patris vel domini versam esse probauerit, §. *cæterùm, Institut. quod cum eo, qui in alien. potest.* Et idcirco negare non potest, quin ab actione quoq; de in verso non minùs quã ab actione annua de peculio iure summotus sit. Quò etiam pertinet quod ex Iuliano & Pomponio Vlpianus scribit in *l. 1. §. vlt. infr. tit. prox.* actione de peculio perimi actionem de in rem verso, quod tamen non semper & indistinctè verum est, vtibi dem dicemus.

2. Pavlvs libro 30. ad Edictum.

Cvm post mortem filijfamilias annua aduersus patrem actio est, quemadmodum aduersus eum esset perpetua, viuo filio: ideò, si ex causa redhibitionis erat de peculio actio, sex mensium erit post mortem filij. Idémque dicendum in omnibus temporalibus actionibus.

Ad l. Cùm post mortem. 2.

Rat. dvb. Post mortem filijfamilias, quo viuo tenebatur pater de peculio, pollicetur Prætor actionem de peculio annalem in patrem, *l. 1. in princip. supr.* Nec adhibent verba edicti distinctionem vllam, vtrùm actio quæ viuo filio contra patrem competierat temporalis esset, an perpetua. Vbi ergo Prætor non distinxit, nec nos distinguere debemus, *vulg. l. de precio 8. supr. de Public. in rem act.* Proindesi ex causa redhibitionis actio de peculio futura erat, sex mensium duntaxat viuo filio, non eò minùs debet esse annua post mortem filij, quoniam actio quę post mortem filij datur cõtra patrem, sicut non datur nisi ex dicto & indulgentia Prætoris: ita necaliter quàm iuxta formam edicti dari debet.

Dec. Cùm post mortem filijfamilias agitur, (hoc enim verbum necessariò supplendum & addendum est, vt plenus sit sensus & bona constructio) annua aduersus patrem actio est, quemadmodum, id est, ad eundem prorsus modum, quo aduersus eum futura erat viuo filio perpetua. Neque enim id egit Prętor, vt actionem, quam dabat contra patrem, post mortem filij in longius tempus produceret, sed è contrario, vt eam quæ viuo filio longior futura erat anno vno cõcluderet. Ergo si actio quæ viuo filio competebat, non nisi sex mensium fuit, vt putà redhibitoria *l. sciendum 19. §. vlt. l. cùm sex 55. infr. de ædilit. edict.* aut alterius temporis, quod breuius sit quàm vnius anni. Nec ea quæ post mortem filij ex hoc edicto datur, erit annua: sed mensium sex spatio concludetur; quoniam alioqui quod à Prætore inductum est ad diminuendum tempus actionis contra patrem competentis prodesset ad illud augendum & ampliandum, quod certè non minùs absurdum est, quàm vt ex diuerso inducta ad augmentum operentur diminutionem, *l. legata inutiliter, 14. de adimentl. legat.* Semper enim inspiciendum, & retinendum est propositum Prætoris, neque vnquam ab eo deflectendum, *l. 3. §. si emancipatus infr. de bonorum possess. contr. tabul.* Nec cauillandum aut calumniandum est ius Prætorium, sicut nec ciuile, *l. penult. supr. ad exhib.* Idem ergo dicendum est in cæteris quoque omnibus temporalib. actionibus, id est, quæ breuiore spatio, quàm vnius anni circumscribuntur, vt non fiant per hoc edictum annuæ nec longioris vitæ, quàm futuræ essent, viuo filio, certè nec breuioris, ne quis fortè putet, ex eo quod Prætor actiones perpetuas, id est, nullo tempore circumscriptas fecit annales, consequens videri, vt eas quoque, quæ sui natura ad annum vsque extendi non possunt, fecerit adhuc breuiores. Nam quæ erant longiores anno, fecit breuiores, quæ verò breuiores anno non fecit longiores nec breuiores: sed in eodem statu reliquit, quia nec vlla causa erat temporis immutandi.

1 ¶ Si seruus, cui creditum est, apud hostes sit: de peculio actio in dominum non anno finienda est, quandiu postliminio reuerti potest.

BIU Cujas

Ad §. 1. Si seruus.

RAT. DVB. Seruus qui captus est ab hostibus, seruus est hostium non prioris domini, & consequenter habendus est exinde pro mortuo, cùm non possit ipse habere ius postliminij, quod non nisi ciuibus Romanis datum est, *l. postliminij 5. §. vlt. & pass. infr. de captiu. & postlim.* Ergo actio de peculio, quæ ex contractu serui contra dominum competebat viuo seruo, finienda est anno, à quo tempore captus ille est ab hostibus, quasi eo iam tum mortuo.

DEC. Etiam serui habent ius postliminij, non quidem ex persona propria, cùm non sint ciues Romani: sed ex persona dominorum, vt reuersi ab hostibus restituantur dominis suis, & perinde habeantur ac si nunquam apud hostes fuissent, *l. sicut, 10. l. ab hostibus, 12. C. de postlim. reuers.* sicut & aliquando accidit, vt liberi ipsi non nisi ex persona parentum habeant ius postliminij, si fortè apud hostes concepti sint, vt in *l. 1. eod. tit.* Hoc enim exigit & honor Reipublicæ & vtilitas parentum ac dominorum, ex qua totum hoc ius postliminij æstimandum est. Ergo quandiu postliminio reuerti seruus potest, non debet, nec potest haberi pro mortuo, ne postliminij ius illud domino eripiatur: ac proinde non potest ex die captiuitatis incipere actio de peculio fieri annalis, quæ quandiu seruus viuit, perpetua est. Sic dicimus seruos, qui apud hostes sunt mortis tempore, si postea reuersi sint ab hostibus, locupletiorem facere hereditatem, etiam quod ad legem Falcidiam pertinet *l. serui, 43. infr. ad legem Falcidiam:* quamuis in ponenda ratione legis Falcidiæ tempus mortis testatoris præcisè spectandum sit, *l. in ratione, 30. l. in quantitate, 74. eod. l. eo tempore, 50. §. 1. sup. tit. prox.* nempe quia quandocunque reuersus seruus semper in ciuitate mansisse intelligitur per fictionem postliminij, *§. si ab hostibus Instit. quibus modis ius patr. potest. soluit.* quam ideò eleganter Papinianus vocat iuris suspensi constitutionem, *in l. penult. infr. de suis & legit.* quia per eam fit, vt iura ciuitatis omnia in suspenso retineantur, non abrumpantur, *leg. illa institutio, 32. §. 1. de heredit. instit.*

3. POMPONIVS libro 4. ad Quintum Mucium.

DEfinitione peculij interdum vtendum est, etiam si seruus in rerum natura esse desiit, & actionem Prætor de peculio intra annum dat. nam & tunc & accessionem, & decessionem quasi peculij, recipiendam: quanquam iam desiit, morte serui, vel manumissione, esse peculium: vt possit ei accedere vel peculio, fructibus, vel pecorum fœtu, ancillarúmque partubus: & decedere, veluti si mortuum sit animal, vel alio quolibet modo perierit.

Ad l. Definitione vlt.

RAT. DVB. Quod amplius non est, & iam esse desiit, nec accessionem, nec decessionem recipere potest, nec augmentum, nec diminutionem, quia non entis, vt vulgò iactari solet, nullæ sunt qualitates, *vulg. l. eius, qui in prouincia 41. supr. de reb. credit. l. si partem 19. quemadmodum seruit. amitt.* Atqui siue morte, siue manumissione serui iam desiit esse peculium. His enim modis extinguitur & moritur, *l. 1. §. meritò supr. hoc tit.* Ergo ab eo tempore nec accessionem recipere potest, nec decessionem: ac proinde postquam seruus in rerum natura esse desiit, serum est quærere de peculio definiendo, id est, de ponenda ratione & quantitate peculij, vt sciatur quid & quantum sit in peculio: sed præcisè inspiciendum est, quid & quantum fuerit eo tempore, quo seruus moriebatur, vt scribit Tryphoninus in *l. penult. in princip. supr. tit. prox.* vbi diximus.

DEC. Distinguendum est peculium à rebus peculiaribus, *l. sed si quis, 33. & seq. supr. titul. prox.* Morte filijfamilias vel serui peculium quidem esse desinit: sed res tamen ipsæ peculiares esse non desinunt, & ideò possunt augeri accessionibus naturalibus, id est, fructibus, pecorum fœtu, ancillarúmque partubus. Minui verò si mortuum sit animal aliquod, vel alio quolibet modo perierit, quod erat in peculio: quo casu ipsum quoque peculium aut saltem quasi peculium, quomodo Pomponius hîc loquitur, augeri vel minui intelligitur. Accessiones enim & decessiones istæ cùm sint naturales, & sua sponte veniant, non possunt impediri morte & extinctione peculij, & quandiu res peculiares durant, difficile est, vt non adhuc quasi peculium aliquod esse videatur, cui proinde fructus & partus accedant, vt peculio, licèt re vera non tam peculio quàm rebus peculiaribus accepto ferantur, *argum. l. in fideicommissaria, 18. versic. fructus autem infr. ad Senatusconsultum Trebellia.* Et quemadmodum fieri non potest, vt etiam peculio quod fuit & iam esse desiit, non decedant ea quæ ex peculiaribus rebus post mortem serui fato suo perierunt (quis enim fatum illud præstare teneretur?) Ita nec absurdum est augeri ex postfacto fructibus & accessionibus cæteris naturalibus sua sponte prouenientibus, vt eadem ratio sit augmenti & diminutionis, *d. l. penult. §. vlt. sup. tit. prox.* Bene igitur Pomponius hîc scribit definitione peculij interdum vtendum esse, cùm actionem de peculio Prætor dat intra annum, etiamsi seruus in rerum natura iam esse desierit. Nam & tunc quoque, id est, etiam extincto re vera peculio, & accessionem & decessionem quasi peculij recipiendam nihilominus esse, vt neq; recusare dominus possit, quominus peculiariis creditorib. satisfaciat ad finem vsque peculij, quod etiam post mortem serui auctum sit, neque onerari debeat præstatione æstimationis rerum, quæ ex peculio post mortem serui naturaliter, nullaque domini culpa perierunt. Et hanc peculij definitionem eleganter vocat Pomponius, quę constituit finem peculij, & eam quantitatem, vltra quam non possit peculij valor ascendere. Sic Papinianus finem peculij sæpè dixit. Et Paulus finem la-

BIU Cujas

nem latæ culpæ non intelligere, id quod omnes intelligunt in *l. latæ culpæ 223. de verb. signific.* sed cur addit Pomponius *interdum?* Nempe quia non semper accidit, vt post mortem serui augeatur, quasi peculium accessionib. naturalibus, nec rursus vt minuatur morte rerum peculiarium, extra quos ...sus augeri certè vel minui peculium, aut quasi peculium post mortẽ serui nullo modo potest, nec aliter definiendum est peculium, quàm quale quantumq; fuit tẽpore mortis serui. Quomodo enim posset augeri ex donationibus aut aliis acquisitionibus serui iam mortui? Quibus nec augetur semper etiam viuo seruo, puta si quis peculiũ legauerit quod fuit mortis tempore, vt in specie *d. l. pen. §. vlt. sup. tit. prox.*

DE IN REM VERSO.

Ad TIT. III.

I. VLPIANVS libro 29. ad Edictum.

SI hi, qui in potestate aliena sunt, nihil in peculio habent, vel habeant, non in solidum tamen teneantur, qui eos habent in potestate, si in rem eorum, quod acceptum est, conuersum sit, quasi cum ipsis potius contractum videatur.

Ad l. 1.

PAT. DVB. Ex contractibus eorum quos in potestate nostra habemus, teneri non possumus & obligari, nisi in quantum, & quatenus est in peculio *l. 1. l. nec seruus 41. leg. si quis cum filiofamilias 44. supr. de pecul.* nec potest tenere actio de peculio, si nihil in peculio sit *l. quæsitum 30. l. deposui 38. in princ. eod. tit.* atqui actio de in rem verso vna & eadem actio est cum actione de peculio *§. præterea vers. licèt enim instit. quod cum eo qui in alien. potest.* ergo si hi qui in potestate aliena sunt nihil in peculio habeant, vel habeant quidem, sed nõ tamen solidum habeant, non possunt teneri qui eos habent in potestate, nec si id quod acceptum est in rem eorum conuersum sit.

DEC. Creditor qui cum filiofam. vel seruo alieno contraxit, ita vt pecunia in rem patris vel domini versa sit, nõ tam cum filio vel seruo quàm cum ipso patre aut domino contraxisse intelligitur, *§. vlt. eod. titul.* quia ex re obligatio hæc venit, quæ pupillum etiam & furiosum tenere solet *l. furiosus 46. de oblig. & act.* ne alioquin ex aliena iactura locupletetur is, in cuius rem probatur versum esse *l. nam hoc natura 14. supr. de cond. indeb. l. iure naturæ 206. de reg. iur.* non ergo inspiciendum est, quid aut quantum sit in peculio, sed quid & quantum in rem versum sit & probetur. Probatio enim in rem versi semper exigitur ab eo qui in rem versum allegat *l. ei qui 7. C. quod cum eo,* sicut in cæteris omnibus semper eius est probare qui dicit, non qui negat *l. 2. infr. de probat.* In eoque hæc actio de in rem verso incommodior est actori, quàm actio de peculio in qua probandum tantùm est deberi quod petitur, & tantumdem esse in peculio, etiamsi nihil in rem versum sit *§. cæterùm inst. quod cum eo.* & quod dicimus vnam tantùm esse actionem de peculio, & de in rem verso, licèt duas habeat condẽnationes *d. §. præterea & l. 1. §. vlt.* vbi diximus *supr. tit. prox.* non eò pertinet, vt nihil interfit, an quis agat simplici actione de peculio, an cum adiectione illa de in rem verso, alioqui nec diuersas condemnationes haberẽt quomodo habent, sed vt intelligamus, eum qui agit de peculio agere etiam de in rem verso, & contrà, eum qui agit de in rem verso, agere etiam de peculio, si modò aliquod peculium sit, vt actio de peculio tenere possit: sed si vel nullum penitus sit peculium, vel minùs sit in peculio quàm in eo quod in rem versum est, non potest actio de in rem verso dici actio de peculio, quia priore casu actio de peculio non tenet, si nihil sit in peculio, ne quidem tempore condemnationis *d. l. quæsitum & d. l. deposui.* Posteriore verò tenet quidem, sed vsque ad eam quantitatem, quæ est in peculio, non vltra. Quicquid ergo peculium excedit per adiectionem illã de in rem verso petendum est, non per actionem de peculio, & necesse est vt hoc casu actio de in rem verso transeat in nomen proprium actionis, sicut & cùm adẽptum est peculium, aut actio de peculio anno finita est, vt in *§. prox.* ergo se habent ista inter se tanquam excedentia & excessa. Fieri enim potest, vt in actione de peculio plus sit quàm in actione de in rem verso, fieri etiam, vt è contrario plus sit in actione de in rem verso, quàm in actione de peculio *d. §. cæterùm & seq. inst. quod cum eo.* Plus quidem in actione de peculio, si minùs in rem versum probari possit, quàm quod in credito est, & in peculio: plus verò in actione de in rem verso, si in peculio minùs sit, quàm quod & creditum, & in rem versum probatur. Et sanè habent quidem & actio de peculio

BIU Cujas

& de in rem verso eandem causam originis, contractum scilicet cum filiofamilias vel seruo initum, sed tamen diuersas causas condemnationis. Ideò enim actione de peculio condemnatur ex filij vel serui contractu pater aut dominus, quia peculium habet, & quidem quantum satis est ad ferendam condemnationem, itemque quia etiam id quod in rē domini vel patris versum est in peculium conuertitur §. *vlt. infr.* Actione autem de in rem verso, quia tanta pecunia in rem patris vel domini versa probatur, non inspecto eo an min⁹, aut nihil omnino sit in peculio? ex his apparet egregiè nostros errare cùm ex quolibet & cuiuslibet cōtractu dant actionem de in rem verso, contra quemcunque in cuius rē pecunia versa sit. Cùm tamen non sit illa à Prætore comparata nisi ex contractu filijfamilias, vel serui cōtra patrem vel dominum: nec vnquā sanè alia actio deficit, per quam conueniri possit is in cuius rem pecunia versa est ne ex aliena iactura locupleteretur vt in *l. ei qui 7. in fin. Codic. quod cum eo. iunge l. si res 5. §. vltim. infrà, hoc titul. leg. ciuitas 27. suprà, de rebus creditor. iunge §. proximo.*

1 ¶ Nec videtur frustra de in rem verso actio promissa, quasi sufficeret de peculio. rectissimè enim Labeo dicit fieri posse, vt & in rem versum sit, & cesset de peculio actio. quid enim, si dominus peculium ademit sine dolo malo? quid, si morte serui extinctum est peculiū, & annus vtilis præterit? de in rem verso namque actio perpetua est [a]: & locum habet, siue ademit siue dolo malo, siue actio de peculio anno finita est.

Ad §. 1. Nec videtur.

RAT. DVB. Non sunt multiplicandæ actiones sine causa, vt neque multiplicanda entia secundùm Philosophos *l. hinc quæritur 19. §. vlt. sup. de pecul.* atqui poterat sufficere actio de peculio, præsertim cùm ipsa actio de in rē verso, non alia sit quàm de peculio, vt proximè diximus ex §. *præterea inst. quod cum eo & l. 1. §. vlt. supr. tit. prox.* ergo frustra videtur actio de in rem verso promissa. DEC. Fieri potest, vt & in rem versum sit & cesset tamen de peculio actio, fortè si dominus peculium seruo ademerit sine dolo malo, aut si morte serui vel manumissione vel alienatione extinctum sit peculium, & annus vtilis præterierit. His enim omnibus casibus de peculio agi non potest, quia peculium nullum est *l. si propatre 10. §. quare potest dici l. interdum 14. inf. hoc tit. l. quis ergo 16. vers. Marcellus l. summa cum ratione 21. suprà, de pecul. l. 1. in princ. & §. meritò supr. tit. prox.* non ergo frustra hanc actionem de in rem verso Prætor proposuit, & quidem separato nomine, & tāquam actionem diuersam ab actione de peculio, quoniam iis casibus, quibus actio de peculio locum habere non potest, hæc actio transit in proprium nomen contractus, vt proximè diximus post Cuiacium ad *l. seruus 17. §. 1. infr. hoc tit.*

a *De in rem namque verso actio perpetua est.* RAT. DVB. & DEC. eadem est quæ ad sententiam præcedentem. Nam si actio de in rem verso non posset separatim subsistere sine actione de peculio, fatendū esset, finito & extincto peculio nullam superfore actionem de in rem verso, nisi eam quæ supereſt de peculio intra annum: at quia iis casibus quibus cessat actio de peculio, competit actio de in rem verso, si modo in rem versum allegetur, & probetur, transitque in proprium ius & nomen actionis, nihil absurdi est actionem de peculio esse aliquando annalem, actionem autem de in rem verso semper esse perpetuam *l. 1. §. vlt. supr. tit. prox.* nec tam mirum videri debet, quòd actio de in rem verso sit perpetua cùm sit rei persecutoria ex regula *l. in honorariis 35. de oblig. & actio.* quàm quod actio de peculio, quæ semper æquè rei persecutoria est sit aliquando annalis: cuius tamen iuris rationem attulimus ad *l. 1. §. meritò supr. tit. prox.* Cur verò actio hæc de in rem verso perpetua sit non annalis, ratio euidens est, non tantùm ex parte actoris illa quam attulimus, quòd rei persecutionem contineat, sed etiam ex parte patris vel domini qui conuenitur, quod non sit ferendum, vt ex creditoris damno & iactura locupletetur, quomodo contingeret, si neque de in rem verso, neque alia vlla actione teneretur: nam & in aliis omnibus edicti partib. etiam ex quibus causis annuæ sunt actiones & annua interdicta, ex iis causis de eo quod peruenit ad eum cum quo agitur, post annum quoque iudicium dandum est, adeoq; in heredem, vt lucrum ei extorqueatur *d. l. in honorariis l. penu. infr. de interd.* Quod & in actionibus merè pœnalibus obtinet, siue sint ciuiles, siue prætoriæ *l. in heredem 5. iunct. l. si quis ab alio 7. in princ. & §. 1. de calumniat. l. vnic. C. ex delict. defunct. & l. sicuti 38. de reg. iur.*

2 ¶ Item si plures agant de peculio: proficere hoc ei, cuius pecunia in rē versa est, debet: vt ipse vberiorem actionem habeat. Certè si præuentū sit ab aliquo [b] & actum de peculio: de in rem verso actio an cesset, videndum, & refert Pomponius, Iulianum existimare, de peculio actione peremi de in rem verso actionem: quia in peculium conuersum est, quod in domini rem erat versum; & pro seruo solutum est, quemadmodum si ipsi seruo domino fuisset solutum, sed ita demum si præstiterit ex actione de peculio dominus, quod seruus in rem eius verterat. ceterùm si non præstiterit, manet actio de in rem verso.

Ad §. 2. Item si plures.

RAT. DVB. In actione de peculio post priuilegiarios creditores melior est condicio occupantis *l. si verò 10. l. ex facto 52. supr. de pecul.* ergo imputare sibi debet creditor, cuius pecunia in rem patris aut domini versa

BIU Cujas

versa est quod non fuerit diligentior in actione occupãda: non enim negligentibus & dormientibus, sed diligentibus & vigilantibus iura scripta sunt *l. non enim 16. supr. ex quib. caus. maior. leg. quod autem 6. §. sciendum l. pupillus 24. infr. quæ in fraud. credit.* & quantò plures sunt creditores non priuilegiarij, tantò magis debet hic creditor imputare suæ negligentię, cũ tanto diligentior esse debuerit. Addidi *non priuilegiarii*, quia contra priuilegiarios nulla prodesse potest diligẽtia, cùm illi semper occupasse ac prioresegisse intelligantur *d. l. ex facto vers. & quia occupantis*, vbi diximus. Porrò pluribus creditoribus simul agẽtibus & eodem tempore actionem occupantib. certũ est eos concurrere sibiq; inuicem partes facere, ac proinde quò plures sunt creditores, eò minores portiones singulos consequi, cùm inter omnes diuidẽdum sit peculium pro ratis portionib⁹, vt fieri necesse est quoties par est causa omniũ creditorũ, vt in *l. cũ in eo 44. sup. de pact. l. cũ hereditas 59. de admin. tutor. l. 5. §. vlt. sup. de tribu. act.* quomodo igitur verũ esse potest, q̃ Vlp. hîc scribit, si plures creditores agant de peculio proficere hoc ei debere cuius pecunia in rẽ versa est, vt ipse vberiorem actionem habeat? Dec. Quò plures sunt creditores cõcurrentes in actione de peculio, aut alio atq; alio tẽpore agentes, eo minùs singuli possunt cõsequi ea actione, cùm tanto plures portiones fieri necesse sit, siue viriles, siue dispares, vt omnib. aut simul, aut separatim & ex ordine satisfiat: atqui quãto minùs erit in peculio, tãto plus esse necessariũ est in actione de in rẽ verso, quia ad finẽ vsq; peculij actio de in rẽ verso confunditur cũ actione de peculio, & vna eadẽq; censetur esse actio, at in eo q̃ peculij quãtitatẽ excedit, actio de in rẽ verso propriã naturam habere incipit ab actione de peculio separatã: & hoc sensu quaten⁹ decrescit actio de peculio, eaten⁹ crescit actio de in rẽ verso, & cõtrà. Atqui quo plures sũt creditores agẽtes de peculio, eo min⁹ cõmodũ est q̃ ex actione de peculio sperare quilibet creditorũ potest, cũ inter chirographarios creditores adiectio noui creditoris deteriorẽ semper faciat antiquioris cõdicionem *l. 1. §. 1. infr. de separ.* tanto vberior ergo fit hoc ipso actio de in rẽ verso, in quã scilicet id omne veniet quod in actione de peculio venire nõ poterit.

a *Certè si præuentũ sit ab aliquo.* Sensus est si quis ex creditorib. peculiariis præuenerit & occupauerit in actione de peculio, ne cæteris in occupãdo diligẽtio rib. postponeretur, an per actionẽ de peculio consũpta sit, cessetq; actio de in rem verso, & respondet ad quæstionem hanc Vlpianus ex Iuliano & Pomponio, per actionem de peculio perimi de in rem verso actionem.

Rat. dvb. est, quia is qui agit de peculio eam tãtùm actionẽ consumit quã exercet: ergo solã actionẽ de peculio non etiã de in rẽ verso, quæ separatum actionis nomen, & ius habet, & quæ etiam deficiente extinctaq; actione de peculio solet cõpetere *l. interdũ 14. infr. hoc tit.* Dec. Quod in rẽ domini versum est in peculiũ quoq; cõuersum est. Fit. n. peculiare quicquid seruo peculium habẽti creditur, & tanto locupletius facit peculiũ: ergo cũ de peculio actũ est, de eo quoq; q̃ in rẽ versum fuit actum esse necesse est. Proinde sicut is qui egit de peculio actionem de peculio consumpsit; ita & actionem quoq; de in rem verso eodẽ iudicio & propositã & extinctã fuisse credendũ est, & quemadmodũ si q̃ seruo creditũ, & ab eo in rem domini versum est, seruo solutum fuisset à domino liberaretur dominus, nec ea de causa cõueniri à creditore de in rem verso posset, quia se à seruo quẽ priorem & immediatũ creditorẽ habuisset, liberasset, nec nisi de peculio conueniri à creditore serui amplius posset; ita & q̃ actione de peculio cõuentus dominus præstitit creditori, liberare dominũ debet ab actione de in rẽ verso, nõ minùs quàm ab actione de peculio, sed hoc tamẽ cũ distinctione accipiendũ est: nã si ex illa actione de peculio dominus præstiterit creditori q̃ in rem domini seru⁹ verterat, id demùm procedit, q̃ modò diximus. Alioqui bis idem consequeretur creditor si quod in rem domini versum est cõsecutus esset actione de peculio, iterũ peteret actione de in rẽ verso, q̃ alienum esset à bona fide, & à iuris tã ciuilis quã prætorij æquitate *l. si quis dolo 51. in fin. infr. de re iudic. l. bona fides 57. de reg. iur.* At si fingas dominũ actione de peculio aut nihil, aut minùs præstitisse quàm in rem ipsius versum fuerit, puta quòd dimissis priuilegiariis creditoribus, & aliis anterioribus, id est, diligentioribus non superfuerit tantum in peculio quantum in rem domini versum erat, manet proculdubio actio de in rem verso: quã iniquum esset dicere cõsumptam & peremptam esse per actionẽ de peculio, quaten⁹ actio illa de peculio inutiliter & inefficaciter esset instituta. Est enim hæc res ex earum numero in quibus non tam intentio creditoris, quàm perceptio debiti liberat debitorem *l. si ex duobus 32.* vbi diximus *supr. de pecul.* idque ex summa, vt nemo non videt, æquitate, sed quæ in actione de in rem verso tantò maior est, quantò iniquiùs esset locupletari patrem vel dominum ex iactura creditoris.

2. Iavolenvs libro duodecimo ex Cassio.

QVi nummis acceptum seruum manumisit, agi cum eo, de in rem verso non potest: quia, dando libertatem, locupletior ex nummis non fit.

Ad l. Qui nummis 2.

Rat. dvb. Actio de in rem verso cõpetit quoties quis nummos credidit seruo, & ij in rem domini versi sunt, siue peculium aliquod, siue nullum sit *l. 1. §. 1. supr.* atqui ponimus nummos fuisse creditos seruo, vt eos daret domino suo manumissionis gratia, aut si voles: nihil enim refert, numeratos domino serui nomine à creditore ob hoc ipsum, vt seruus manumitteretur, & eos in rem domini versos fuisse. Id enim est quod lex ait, *qui nummis acceptis* quomodo legendum est: non autem *acceptum seruum manumisit*, & quamuis Iauolenus non adiiciat quod nos adiicimus pecuniam in rem domini versam fuisse, id tamen necessariò adiiciendum & supponendum est quoties de in rem verso disputatur: ergo agi cum domino ex hac causa etiam de in rem verso potest.

Dec. Is demùm de in rem verso tenetur qui ex nummis seruo creditis, aut quod idem est serui nomine numeratis fit locupletior. Quid. n. est in rem alicuius pecuniam vertere quàm facere illum locupletiorem? Aut quænam alia ratio inducendæ actionis de in rem verso, quàm ne pater vel dominus ex creditoris iactura locupletaretur?

BIU Cujas

Atqui in proposita specie dominus qui ob acceptos nummos libertatem seruo dedit non ideò locupletior ex his nummis factus intelligitur cùm seruum amiserit: nec distinguimus an pluris minorisve seruus fuerit, si quis domino in eam causam nummos numerauerit, cùm tanti eum dominus estimauerit, tantique habuerit eo carere, vt loquitur Vlpianus, licèt in alia specie in *l.4.§.1.supr.de alien.iudic.mut.caus.fact.* ergo actione de in rem verso dominus hoc casu teneri non potest: nec ad rem pertinet quod seruum amittendo libertũ sibi acquisiuerit: cùm neq; liberti acquisitione quisquam fiat locupletior *l. nemo prædo est 126.§.1.de reg. iur.* at si seruus ipse domino quantitatem dederit, vt manumittatur quã à me mutuam accepit, distinguendum est an plus sit in eo quod seruus dedit quã in serui precio, vt subiicitur in *l.seq.*

3. VLPIANVS libro 29 ad Edictum.

QVòd si seruus domino quantitatem dederit, vt manumittatur, quam à me mutuam accepit, in peculium quidem hanc quantitatem non computari: in rem autem videri versum, si quis plus sit in eo quod seruus dedit, quàm est in serui pretio.

Ad l Quòd si seruus 3.

RAT. DVB. Nihil videtur interesse an domino pecuniam seruus ipse numerauerit manumissionis gratia, quam ab alio mutuam accepit, an verò alius nomine serui ob eãdem causam, vt idem seruus manumitteretur, vt proximè dicebamus; an non enim vtroq; casu seruus pecuniam numerare intelligitur? atqui superiore casu nulla distinctio adhibetur nec quicquam videtur versum in rem domini licet plus sit in eo quod serui manumittendi nomine datum est quàm sit in serui precio, vt apparet ex hac lege quæ in alio casu diuersum ius constituit adhibita huiusmodi distinctione, ergo neque cùm seruus ipse domino pecuniam numerat quam ab alio mutuam accepit, distinctio hæc adhibenda est.

DEC. Cùm alius serui nomine pecuniam numerat, vt seruus manumittatur, ferè est vt seruum ipse emere ac quodammodo manumittere videatur. Proinde non potest distingui quantitas precij à quãtitate datæ pecuniæ, quia totum id quod datum est in serui precio esse, & precij nomine datum intelligitur. At cùm seruus ipse dat pecuniam domino quã mutuam accepit, idq; vt manumittatur, non potest videri seipsum emere tantique æstimare. Distinctio igitur adhiberi commodè potest & necessaria est an plus sit in pecunia quàm in precio serui, vt quamuis nulla pars huius pecuniæ in peculium computari possit, quia ea mente credita seruo est, vt statim & rectà ad dominum peruueniret, non vt penes seruum qui peculium habebat remaneret, in rem tamen domini versa videri debeat pro ea parte quæ serui precium excedit, ideoque actione quidem de peculio nihil ex hac pecunia repetetur, sed actione de in rem verso, id q̃ plus est in eo quod seruus dedit, quã in serui precio sit per actionẽ de in rẽ verso peti poterit.

1 ¶ In rem autem versum videtur: siue id ipsum quod seruus accepit, in rem domini conuertit: (veluti si triticum acceperit, & id ipsum in familiam domini, ei Variorum nomine, consumpserit: aut si pecuniã à creditore acceptam, dominico creditori soluerit. sed & si errauit in soluendo, & putauit creditorem eum, qui non erat: æquè in rem versum esse, Pomponius lib.61. ait, quatenus indebiti repetitionẽ dominus haberet) siue cùm seruus dominici negotij gerendi[a] administrandive causa quid gessit: (veluti si mutuatus sit pecuniam, vt frumentum cõpararet ad familiam alendam, vel si ad vestiendam) siue peculiariter mutuatus, postea in rem domini vertit. hoc enim iure vtimur, vt etiam si priùs in peculium vertit pecuniam, mox in rem domini, esse de in rem verso actio possit.

Ad §.1. In rem autem versum.

RAT. DVB. Certum quidem est, & extra omnem omnino dubitationem in rẽ domini versum videri, si id ipsum quod seruus accepit in rem domini conuerterit, veluti si triticum acceperit, & id ipsum in familiam domini cibariorum nomine consumpserit, aut si pecuniam à creditore acceptam dominico creditori soluerit, cùm his duobus casibus fiat vtiq; dominus locupletior *l. siue hereditaria 22. supr. de nego. gest. l. si pupilli 66. infrà, de solut.* sed si seruus errauerit in soluendo, & putauerit creditorem eum, qui non erat, quis dicat in rem domini versum esse quod indebitum solutum est, & falso creditori? aut locupletiorem factum eũ esse ex ea solutione quę ipsũ à nemine liberauerit? siquidẽ liberatio quælibet supponit antecedentem aliquam obligationem.

DEC. Locupletior fit quisquis acquirit sibi actionem, quoniam is qui actionem habet etiam rem ipsam habere iam videtur *l. is qui actionem 15. de reg. iur.* At in proposita specie habet dominus condictionẽ indebiti aduersus falsum creditorem, qui tanquam verus solutionem accepit. Ergo & de in rem verso cõueniri potest: nec est quod quis replicet, interesse domini non soluere potiùs quàm solutum repetere *l.3.infr. de compensat. l. stipulatus sum 15. in prin. de fideiuss.* nam cum hoc casu nõ alia de causa dominus teneatur quàm quod habeat condictionem, non ad aliud teneri potest quàm vt eam condictionem præstet, ex regula *l. quod debetur 51. in fi. supr. de pecul. l. si quid possessor 31. vers. nisi fortè sup. de her. petit.* atque ita neuter in

damno

BIU Cujas

damno morabitur. Nec simile est, quod si negotiorũ gestor indebitũ soluerit ei cuius negotium gestũ est, non competit repetitio *l. si quis 23. sup. de negot. gest.* Id enim fit, quia sibi debet imputare negotiorũ gestor ꝙ temerè soluerit, non autẽ ei cuius negotia gessit, cuius proinde nihil interest, cũ eo nomine cõueniri nõ possit actione negotiorũ gestorũ. Cuius autẽ nihil interest ei neq; condictio, neq; alia actio vlla dari potest, cũ & obligationes & actiones omnes ad hoc cõparatę sint, vt sibi vnusquisq; acquirat ꝙ sua interest *l. stipulatio ista 8. §. alteri, l. 3. §. 1. de verb. oblig.* At nõ similiter possis dicere, imputare sibi debere seruũ qui falso creditori soluit, quia qui nihil habet ꝙ perdat, vt seruus qui proprium nec habet quicquam nec habere potest, eius periculo nihil est, inquit Vlp. in *l. itaque fullo 12. in princ. infr. de furt.* Cui ergo velis imputare factum serui, qui falso creditori soluit nisi domino, qui peculium administrãdum seruo dedit, & cuius peculium intuitus est creditor, & domini personam secutus, cùm pecuniam seruo credidit? Quid verò si sciebat creditor alios fuisse domini creditores veros, quib. vtiliter seruus soluere & potuisset, & debuisset? an possis aliquid ei imputare? nam nec in exercitoria, vel in institoria actione, quæ tamen specialiorem aliquam rationem habere videtur, aliud vtique à creditore exigimus, nisi vt sciat necessariam esse, vel nauis refectionẽ, vel mercis comparationẽ, non etiam vt ipse curam suscipiat erogandæ in hanc vel in illam causam pecuniæ *l. vlt. iunct. l. 1. §. vnde quærit supr. de exercit. act.* Consequens igitur est, vt hoc casu teneatur dominus de in rẽ verso, hactenus saltem vt condictionẽ quam habet aduersus falsum creditorem qui indebitum accepit, actori præstare, vt diximus, teneatur, vt & in specie §. *idem Labeo infr.* iunge *l. si pro patre 10. §. in rem autem versum infr.*

a *Siue cùm seruus domini negotij gerendi.* RAT. DVB. Cùm seruus pecuniam mutuatus est, vt frumentum compararet ad alendam familiam domini, vel si ad eam vestiendam, nec tamen frumenta vlla aut vestimenta comparauit, aut etiam cùm peculiariter pecuniam mutuatus est, constat his casibus pecuniam conuerti statim in peculium, non autem in rem domini. Ergo quamuis posteà hæc pecunia in rem domini versa sit, actio tamen de peculio duntaxat, non etiam de in rem verso danda est, initio scilicet inspecto quod semper inspiciendum est, maximè cùm de nomine & iure actionis quæritur *l. si procuratorem 8. in princ. infr. mandat. l. si tantùm 12. supr. de SC. Maced. l. 3 §. scio in fin. supr. de minor.*

DEC. In hac specie siue initium negotij consideres, fuit mutua data, & accepta pecunia, vt in rem domini, & quidem in vsus necessarios cõuerteretur, siue finem & effectum rei, tandem in rem domini versa est. Curergo non competat actio de in rem verso, licèt pecunia priùs in peculium, quàm in rem domini versa proponatur? iunge *l. si res 5. §. vltim. infr. hoc titul.* nam nec est quod possis hoc casu imputare creditori qui non tantùm bona fide pecuniam credidit, sed ea quoque mente, vt in rem domini verteretur. Et quamuis non in eam rem versa sit in quam versum iri sperabatur, sufficit tamen, vt in rem domini versa sit quoquo modo ad obligandum dominum actione de in rem verso. In eoque melior est condicio actionis de in rem verso quæ solam domini vtilitatem exigit *d. l. si res in princ. & §. quod seruus*, in illis verbis *rem necessariam vel vtilem domino emit inf.* quàm actionum exercitoriæ & institoriæ, quæ præcisam necessitatem requirunt & necessitatis probationem *d. l. vltim. supr. de exercit. act. d. l. 5. si res 5. infrà, hoc tit.* sicut & in eo deterioris condicionis est quod exigit à creditore, vt sit curiosus in quam rem pecunia vertatur §. *sed si sic accepit in fin.* Illud sanè ad actionem de in rem verso inducendam omnino exigitur, vt pecunia ob hanc causam data sit, vt in rem domini verteretur, quomodo Paulus loquitur *lib. 2. sentent. tit. 9.* quod verò pecunia priùs in peculium versa sit, non tollit actionem de in rem verso si modò eadem pecunia posteà in rem domini versa sit, vt scriptum est in *fine huius* §. Quod tamen quo demùm casu verum sit & quomodo accipiendum, latiùs explicat Vlpianus in *l. si res 5. §. vltim. iunct. l. seq. infr.* vbi dicemus.

2 ¶ Et regulariter dicimus totiens de in rem verso esse actionem: quibus casibus procurator mandati, vel qui negotia gessit, negotiorum gestorum haberet actionem, quotiénsque aliquid ita consumpsit seruus[a] vt aut meliorem rem dominus habuerit, aut non deteriorem.

Ad §. 2. Et regulariter.

RAT. DVB. Non habet procurator actionem mandati contra mandantem si quid ipse soluerit indebitum falso procuratori, quia non hoc ei mandatum esse intelligitur: multò minùs autem negotiorum gestor actionem negotiorum gestorum, cùm nihil gesserit vtiliter, qui falso creditori & indebitum soluit, *l. si quis 23. supr. de negot. gest.* & tamen obligat dominum seruus actione de in rem verso, si pecuniam quam mutuam acceperat, vt vero creditoti solueret, falso soluerit, vt scriptum est in §. *præcedente.* Ergo non est vera regula quæ hîc proponitur, toties de in rem verso esse actionem, quoties & quibus casibus procurator mandati, vel is, qui negotia gessit, negotiorum gestorum haberet actionem.

DEC. Regula quidem ea est, quæ hîc proponitur, sed quæ tamen habet suas exceptiones, vt cæteræ omnes ferè regulæ *l. 1. l. omnis definitio 202. de regul. iur.* Inter cæteras autem hæc vna est, & huius exceptionis ac limitationis, vt aiunt, ratio illa quam attulimus ad §. *præced.*

a *Quotiésque aliquid consumpsit seruus.* RAT. DVB. Ad obligandum patrem vel dominum actione de in rem verso non sufficit, vt res domini deterior facta non sit, sed illud omnimodo exigitur, vt facta sit melior: necessitatem enim aut saltem vtilitatem domini interuenire oportet, vt hæc actio inducatur *l. si res 5. in princ. & §. quod seruus infr.* Longè verò interest, vt nemo nescit an melior res facta sit, an nõ deterior, alioqui multo longiùs pateret actio de in rem verso quàm pateat si sufficeret factam non esse deteriorem rem domini: haberétq; locum etiam in specie *l. 2. supr.* quod tamen ex Iauoleno negauimus. DEC. Potest fieri & euenire facilè, vt ob pecuniã seruo creditã res domini melior quidẽ facta nõ sit, sed tamen nec deterior facta sit quomodo facta esset si ad eam in statu suo conseruandam, neque credita pecunia,

BIU Cujas

neque sumptus vllus factus fuisset. Aliud enim est rem facere meliorem, aliud verò in eo statu in quo est illam conseruare. Et quemadmodum *Non minor est virtus quàm quærere parta tuèri*, ita nec minore interdum sumptu res conseruantur, quàm meliores fiunt. Vtroque igitur modo in rem domini vertitur, & res ipsa quoque fit melior, quæ alioquin fieret deterior. Imò verò maximè necessariæ impensæ dicuntur quæ in rem conseruandam fiunt & quibus non factis res deterior fieret, licèt non ideo fiat melior, *l. impensæ 14. l. vl. de impēs. in reb. dot. fact. l. impensæ, 79. de verb. sign.* Et ita locꝰ hic planè intelligēdus est.

3 ¶ Proinde si seruus sumpsit pecuniam, vt se aleret, & vestiret secundùm cōsuetudinem domini: (id est vsque ad eum modum, quem dominus ei præstare consueuerat) in rem domini vertisse, Labèo scribit. Ergo idem erit & in filio.

Ad §. 3. Proinde si seruus.

RAT. DVB. ET DEC. est quæ ad *versiculum vltimum §. præcedentis.* Hic namque §. nihil nisi illatio est ex eo quod dictum fuit in superiori. Cùm enim seruus sumpsit pecuniā, vt se aleret ac vestiret secūdùm consuetudinē domini, id est, vsque ad eum modum, ad quem dominus victum vestitúmque ei præstare consueuerat, nihil in rem domini versum esse videtur, quia non ideò vel melior vel pretiosior fit seruus, quàm esset anteà, sed eiusdem precij, fortassis etiam minoris, si seruorum precia sint diminuta, sed tamen contrà sensit Labeo: Et rectè. Quid enim magis necessarium ad vitam serui conseruandam, quàm vt & victum habeat & vestitum, quæ duo præcipua sunt humanæ vitæ munimenta? Sine quibus nō modò deteriorē fieri hominē: sed etiam omnino perire necesse est. Nihil ergo est quod magis in rē domini vertatur, quàm quod in alimēta & vestimenta serui creditū & impensum est, proinde hoc etiā casu erit de in rem verso actio. Et quemadmodum solemus dicere speciem acquirendi esse liberari ab obligatione *l. species, 11. de acceptilat. l. si pupillus, 66. in fin. de solut.* Ita & prima, & potissima pars locupletandi patrimonij est non fieri pauperiorem, & quod iam in patrimonio est, bene tueri & conseruare. Idem ergo & in filiofamilias erit, vt quod in eius victum, vestitúmque impensum fuerit dum ne solitum & probabilem impensæ modum excedat in rem patris versum esse intelligatur, *l. filiusfamilias, 19. l. vlt. infr. hoc titul.* Patris enim onus hoc fuit, vt filium aleret, vestirétque, nec proinde Senatusconsulto Macedon. locus esse hoc casu potest, *l. 2. l. Macedoniani, 5. C. ad Senatusconsultum Maced.*

4 ¶ Sed si mutua pecunia accepta domum dominicam exornauit tectoriis, & quibusdam aliis, quæ magis ad voluptatem pertinent, quàm ad vtilitatem: non videtur versum: quia nec procurator hæc imputaret. nisi fortè mandatum domini, aut voluntatem habuit. nec debere ex eo onerari dominum, quod ipse facturus non esset. quid ergo est? pati debet dominus [a] creditorem hæc auferre, sine domus suæ videlicet iniuria: ne cogendus sit dominus vendere domum, vt quanti pretiosior facta est, id præstet.

Ad § 4 Sed si mutua.

RAT. DVB. Etiam cùm pecunia quam seruus mutuam accepit in id erogata à seruo est, vt domum dominicam exornaret tectoriis, & quibusdam aliis huiusmodi rebus, quæ ad voluptatem magis quàm ad vtilitatē domꝰ dominiq; pertineant. Negari non potest, quin res tanto pretiosior facta sit, & cōsequēter dominus locupletior. Atqui cùm de in rē verso quæritur illud maximè & potissimū inspici solet, an dominus vel pater ex ea pecunia locupletior factus sit *l. 2. sup.* Cùm tota ferè huius actionis ratio in ea æquitate consistat, quod iniquum sit patrem vel dominū ex damno & iactura creditoris fieri locupletiorem, *l. nam hoc natura, 14. supr. de condict. indebit. l. iure naturæ 206. de regul. iur.* Ergo etiam hoc casu actio de in rem verso locum habere poterit.

DEC. Non debet pater vel dominus onerari ea impensa, quam non fuerat ipse facturus, ne alioqui cogatur domum ipsam vendere in quam voluntariè impensæ factæ sunt, vt eas præstet, quod esset iniquum, *l. in fundo, 38.* vbi diximus *supr. de rei vindicat. l. seruos 25. sup. de pignor. act.* Qua etiam ratione nec procurator actione mandati hos sumptus domino imputaret, nec gestor negotiorum absentis actione negotiorum gestorum, *l. idémque 10. §. idem ait. infr. mandat. l. ex duobus, 27. supr. de negot. gest.* Non enim videtur vtiliter rem gerere is qui dominum onerat eiusmodi sumptibus quos ipse facturus non esset, *l. sed an vltrò, 10. §. 1. & l. seq. eod. tit.* Regulariter autem dicimus toties de in rem verso esse actionem, quoties procurator mandati, vel is, qui negotia gessit, negotiorum gestorū haberet actionē, *§. & regulariter, 2. supr.* id est, quoties necessaria fuit impensa vel vtilis, quarū impensarum hæc facit rem meliorem, illa non patitur fieri deteriorem. Excipiendus tamen semper casus ille est, qui in hac lege excipitur, nisi is qui impensas istas voluptarias fecit, domini vel mandatum habuerit, vel saltem voluntatem. Hoc enim casu non potest dominus recusare quominùs impensas omnes præstet, quæ voluntate ipsius factæ sunt, quāuis mandatum ea de re nullum interceſſerit. Non enim mandatum in hanc rem exigitur, sed nuda voluntas sufficit, quia non potest vlla videri facta iniuria ei qui semel voluit, *l. in diem, 9. §. 1. infr. de aqua & aquæ pluu. arcend.*

a *Quid ergo est? Pati debet dominus.* RAT. DVB. Imputari potest creditori qui seruo pecuniam credidit, si ea voluntate fuit vt dominum sibi actione de in rem verso obligaret, cur non fuerit curiosior, vt in rem domini pecunia verteretur, id est, vt in vtilem vel necessariam causam impenderetur, *§. sed si sic accepit infr.* Ergo non est ei permittendum, vt impensas illas voluptarias in rem domini factas auferat, cùm pecuniam suam donasse videatur, quomodo solemus dicere de malæ fidei possessore, qui in rem alienam sciens impendit, *l. adeò, 7. §. diuerso, vers. certè Institut. de acquir. rer. domin. l. qui alienum, 14. infr. de donat. l. si seruus, 27. §. si oliuam, supr. ad legem Aquiliam, l. domum, 5. Cod. de rei vindicat.* Nec habet

BIU Cujas

habet hic creditor quod conqueratur quasi maneat in dãno: nullum enim damnum sentire quis videtur, quod ex culpa sua sentiat, *l. quod quis* 203. *de reg. iur.*

Dec. Cùm inter duos contenditur, curandum est, quantum fieri potest, vt desiderio vtriusque satisfiat, nec alteruter lædatur, *l. ex his* 8. *in fi. infr. Quæ in fraud. credit. l. seruus dotalis*, 58. *in fi. solut. matrim.* Ideóque dici solet, quod vni prodest, & alij non nocet facilè concedendum esse, *l. in creditore*, 38. *in fi. de euict.* Atqui cũ permittitur creditori, cui actionem de in rẽ verso denegamus, vt tectoria & alias huiusmodi voluptarias impensas auferat, quæ sine domus detrimento, dominique iniuria auferri possunt, & commodam recipiunt separationem (non enim semper recipiunt, *l. sin autem* 27. *§. vlt. & l. seq. de rei vindic.*) vt loquitur, *l. pro voluptariis*, 9. *de impens. in reb. dotal. fact.* vtrique parti consulitur, & domino ne talium sumptuum refusione oneretur, & creditori, ne in damno prorsus maneat, qui nihil minùs cogitauit, quàm vt pecuniam suam donaret, quam è contrario mutuam dare voluit tantundem à domino repetiturus. Nam nec prædoni hoc denegandum est, si Caio credimus in *l. vtiles* 39. *in fin. suprà, de hered. petit.* De quo tamen videnda sunt, quæ de tota illa impensarum quęstione latiùs scripsimus, ad *d. l. vtiles & ad d. l. in fundo* 38. *de rei vindic. Iunge l. pro voluptariis* 9. *de impens. in reb. dot. fact.* Illud obseruandum est quod in *fi. huius §.* statim sequitur, *ne cogendus sit dominus vendere domum, vt quanti precioſior facta est, id præstet*, non rationem esse *proximi huius versiculi*: sed eius sententiæ, quæ *initio §.* proposita est de non danda contra dominum, ex hac causa, de in rem verso actione.

5 ¶ Idem Labeo ait, si seruus mutuatus nummos à me, alij eos crediderit: de in rem verso dominum teneri, quod nomen ei acquisitum est. quam sententiam Pomponius ita probat, si non peculiare nomen fecit[a], sed quasi dominicæ rationis: ex qua causa hactenus erit dominus obligatus[b]: vt, si non putat sibi expedire nomen debitoris habere, cedat creditori actionibus, procuratorémque eum faciat.

Ad §. 5. Idem Labeo ait.

Rat. dvb. Cùm seruus nummos sibi creditos alij credidit, non videtur eos in rem domini vertisse nec in ipsius vtilitatem. Quęnã enim vtilitas esse potest, si quis se debitorẽ cõstituat eius pecuniæ, ex qua sibi alium debitorem quærat? Annõ multò locupletior est is qui nihil debet, etiamsi nihil ei debeatur quã qui certæ quãtitatis debitor est Titij, & creditor Sempronij? quod enim debes, id soluere necesse habes, vt te tuúmq; patrimonium exoneres. Quod autem tibi debetur, si voles exigere plerunq; iactura tibi aliqua facienda erit, aut litis & sumptuum, si cum improbo & litigioso debitore tibi res sit aut etiam ipsius debiti vel totius vel pro parte, si cum egeno & quinõ sit soluendo, *l. quod debetur* 51. *sup. de pecul. l. nam ii*, 6. *sup. de dolo.* Itaq; nomina ex nominib. facere nunquã prudentis & frugi patrisfam. esse visum fuit. Nec quisquam ferè tam stultus est, vt hoc faciat, nisi qui licêre sibi putant, vt grauioribus vsuris credant pecuniam quam leuioribus acceperint, quod non minùs à bonis moribus, quàm à Christianæ religionis lege alienum est.

Dec. Fit locupletior dominus ex pecunia creditoris qui ex ea sibi acquirit debitorẽ, nec minùs si ex contractu serui, quàm si ex suo proprio. Bona enim cuiusque consistunt etiam in actionibus & nominibus debitorum, *l. bonorum* 49. *infr. de verb. signific. l. quam Tuberonis*, 7. §. *in peculio & l. equis ergo* 16. *in fin. suprà, de pecul.* Atqui cùm seruus acceptam ab vno mutuam pecuniam alij credidit obligat accipientem, eiúsque nomen ita domino acquirit vt ne momento quidem temporis acquisitio in persona serui consistat, *l. seruus vetante*, 62. *de verb. oblig. l. etiam*, 32. *de acquir. rer. domin. l. placet* 79. *de acquir. hered.* Facit ergo dominum locupletiorem, & consequenter obligat cum actione de in rem verso.

a *Si non peculiare nomen fecit.* Rat. dvb. Etiam cùm peculiare nomen factum est, non eò minùs fit ex eo locupletior dominus, cuius & peculium ipsum est iure domini. Serui autem non nisi conuenientib. oculis, vt diximus, ad *l. 1. & alibi sæpè sup. de pec.* Ergo & hoc quoque casu actio de in rem verso in dominum dari debet. Dec. Peculium serui quasi proprium ipsius patrimonium intelligitur, & à rationibus domini separatum & considerantur domini & serui patrimonia quasi separata & diuersarum personarum, *l. 4. l. peculium, & ex eo*, 39. *supr. eod. ill. tit.* Aliud ergo est verti pecuniam in rẽ domini, aliud verò verti in peculium serui. Priore casu dũtaxat habet locum actio de in rem verso. Posteriore autem actio de peculio, *l. quod seruus*, 56. *eo.* Bene ergo Pomponius supradictam sententiam, quæ Labeonis fuit, ita probat, si non peculiare nomen seruus fecerit: sed quasi dominicæ rationis, quoniam alioqui nomen ex pecunia illa credita contractum peculio acquisitum esset non domino, ideóque nec dominum obligare posset nisi de peculio, & quatenus peculij ratio pateretur, Iunge *l. 5. §. vlt. & l. 6. infr.*

b *Ex qua causa hactenus erit dominus obligatus.* Rat. dvb. Actio de in rem verso, quam ex hac causa competere Vlp. retulit, nõ persequitur nomen ex pecunia ipsa credita, contractum, sed pecuniam ipsam creditam & in rẽ domini versam. Est enim rei persecutoria per quam proinde persequitur creditor id, quod sibi abest, *l. in honorariis* 35. *de oblig. & act.* Abest autem non nomen Titij, cui seruus credidit, sed pecunia, quæ ipsi seruo credita est. Ergo ex hac causa non hactenus duntaxat erit dominus obligatus, vt si non putat sibi expedire nomen debitoris habere cedat creditori actionibus, & procuratorem eum in rem suam faciat, quomodo Vlpianus hîc scribit, sed vt omnimodo creditam pecuniam actori soluere ac restituere compellatur. Alioqui videbitur hoc casu aliud pro alio solui creditori inuito, quod ratio iuris non admittit, *l. 2. §. mutui datio supr. de reb. credit.* Et quod ad rem nostram propiùs accedit. Eum à quo mutua sumpta est pecunia, non cogi inuitum suscipere in solutum nomen debitoris, apertè scriptum est in *l. eum à quo* 16. *C. de solut.* Præsertim cùm ita futurum sit vt fiant de lite lites, quod ne quidem in executione iudicati Prætor patitur fieri, *l.* 4. *§. ait Prætor, de re iudicat.*

BIU Cujas

Dec. Quoties quis alteri obstringitur non alia de causa quàm quod actionem habeat in alium, nō ad aliud teneri potest, quàm vt actionibus suis cedat, & eum à quo cōuenitur procuratorem in rem suam faciat, quia delegatio hoc casu pro iusta præstatione est *l. quod debetur 51. in fin.* vbi diximus *supr. de pecul. l. si quid possessor 31. sup. de hered. petit.* atqui in proposita specie non alia de causa dicimus teneri dominū actione de in rem verso ei qui pecuniam seruo credidit, quàm quia seruus eandem pecuniam credidit: alij quoque, cuius nomen domino acquisitum est: ergo nec ad aliud dominum obligari æquum est, quàm vt actionibus suis cedat ei cui ipse obligatus est contra eum quē habet ipse obligatum. In plus enim teneri eum esset iniquum ex contractu serui, si fortè is cui seruus pecuniam credidit improbus debitor sit, aut impudens litigator, aut suspectis facultatibus, quem proinde non expediat domino habere debitorem, ne cogatur pro nomine minus idoneo pecuniā soluere creditori, ex cuius pecunia nunquam fuerat ille tam improbum nomē emпturus, argumento eorum quæ diximus ad §. *præcedentem ex l. si negotia 11. supr. de negot. gest.* nec iustam conquerendi causam habet creditor, tametsi ita sit futurum, vt moretur in damno, cū debuerit esse curiosior in inquirendo, cùm seruo credidit, in quā rē pecunia verteret §. *sed si accepit infr.*

6 ¶ Necnon illud quoque in rem domini versum Labeo ait, quod mutuatus seruus, domino emit volenti ad luxuriæ materiam: vnguenta fortè: vel si quid ad delicias, vel si quid ad turpes sumptus subministrauit; neque enim spectamus: an bono domini cesserit, quod consumptum est, sed an in negotium domini.

Ad §. 6. Nec non illud quoque.

Rat. dvb. Non conuenit viro bono, nec honestati publicæ credere in rem & vtilitatē domini versam esse pecuniam quam mutuatus est seruus si eam licèt volente domino impenderit, vt emeret vnguēta ad luxurię materiam, aut vt quid aliud ad delicias, vel ad turpes sumptus domino subministraret, cùm enim primum iuris præceptum sit honestè viuere, omnia quæ cōtra publicam honestatem fiunt pro infectis, adeóq; pro impossibilibus haberi oportet *l. filius 15. iunct. l. præced. de condic. instit.* Tantùm abest, vt ex ea causa actio aliqua iure ciuili dari debeat. Ergo nec in rem domini versum hoc videri debet, nec de in rem verso actio ex hac causa competere: quomodo solemus dicere generaliter turpes obligationes, nullius esse momenti, nec vllam ex iis actionem dari *l. generaliter 26. & seq. infr. de verb. oblig. l. si vnus 27. §. pacta quæ turpem supr. de pact.* nam cùm & obligationes & actiones ad hoc comparatæ sint, vt vnusquisque sibi acquirat, quod sua interest *l. stipulatio ista 38. §. alteri de verb. oblig.* causam obligationis & actionis honestā esse necesse est, vt actio dari possit *arg. l. si venditor 6. §. 1. & seq. infr. de seru. export.*

Dec. Causa huius actionis in proposita specie honesta est cùm nascatur actio de in rem verso ex eo quod creditor seruo alieno mutuam pecuniam dedit, vt in negotium domini impēderetur, nec potest negari quin creditoris interfit ex honesta causa, cùm absit ei pecunia quam mutuam dedit, & quam, nec dominus negat impensam esse sua voluntate: quamuis in res futiles, inhonestas & turpes, quia sufficit, vt pecunia in manus domini peruenisse videatur, quomodo peruenisse creditur, si eam seruus pro arbitrio & voluntate domini impēderit: alioqui perinde dicēdum esset, etiamsi creditor non seruo, sed ipsi domino pecuniam credidisset, eámq; dominus in malos & turpes vsus impendisset, denegandam creditori condictionem certi ex mutuo: quod esset absurdum, & iniquum. Is enim qui bona fide cōtraxit ob ea quæ accepta pecunia gesta sunt à debitore actionem suā amittere non debet *arg. l. bona fide 27. in princ. infr. ad SC. Velleian.* & quamuis ad inducendam actionem de in rem verso requiramus in creditore curiositatem, vt inquirat, an in rem domini pecunia vertatur, non tamen illud etiam ab eo exigimus, vt inquirat, an in hanc, vel illam causam, dummodo sciat eā impensum iri in negotium domini, ita volētis & iubentis. Et hoc est quod Vlp. hîc scribit, non esse spectandū, an bono domini cesserit quod cōsumptum est, sed an in negotium domini. Negotiū autem domini est quodcunque vult ille sibi negotium esse, siue honestum sit, siue turpe. Alia causa est eius, qui ex mandato luxurioſi adolescentis pro meretrice fideiussit, aut meretrici pecuniam credidit vt in *l. si verò 12. §. si adolescens infr.* mandat. Itemq; mariti qui voluptarias impensas fecit in rem dotalem licèt volente muliere *l. in voluptariis 11. de impēs. in reb. dotal. fact.* quoniam & mandatum rei turpis nullum est, & non debet esse in potestate mulieris, vt sua voluntate dotē, quam minuat ob voluptarias impēsas marito factas cui illa nimis facilè siue nimio amoris ardore, siue fortassis etiam metu verberum, aut fribusculi consenserit.

7 ¶ Vnde rectè dicitur, & si frumentum comparauit seruus ad alendam domini familiam: & in horreo dominico reposuit, & hoc periit, vel corruptum est, vel arsit: videri versum.

Ad §. 7. Vnde rectè dicitur.

Rat. dvb. Verba omnia cum effectu accipienda sunt, & ex effectu æstimanda *l. 1. §. hæc autem verba supr. quod quisq. iur. l. pen. §. docere.* ne quis eum qui in ius vocatus est, vi eximat. Maximè verò cùm tractamus de actione hac de in rem verso, in qua nec sufficit ab initio versum esse in rem patris vel domini nisi duret versum *l. si pro patre 10. §. versum infr. hoc tit.* Atqui cùm seruus tuus mutuam à creditore accepit pecuniam vt frumentum compararet ad alendam tuam familiam, licèt comparauerit, adeóq; frumentum in horreo tuo reposuerit, si tamen id frumentum posteà corruptum sit, vel arserit, vel perierit alio quoquo modo, verum est in effectu nihil in rem tuam versum esse, aut saltem si quid ab initio in rem tuā versū fuisse intelligitur, id nō durasse versū. Ergo actio de in rē verso cōpetere hoc casu non potest.

Dec.

BIU Cujas

DEC. In omnibus negotiis & contractibus initium semper inspiciendum est, & quid ab initio gestum sit, nō quid posteà euenerit. Maximè cùm quæritur an negotium aliquod vtiliter gestum fuerit. Non enim spectandus est euentus, si modò initium fuerit vtile, *l. sed an vltrò*, 10. §. 1. *& legibus sequentib. supr. de negot. gest.* Estque separandus hac in re effectus rei ab euentu. Non enim si quid ex postfacto contigerit, quod ab initio præuideri nec potuit, nec debuit, eò minùs verum est versam ab initio fuisse pecuniam in rem domini, cùm ex ea comparatum est frumentum ad alendam domini familiam, tametsi postea frumentum illud casu aliquo fortuito perierit, quia casum illum fortuitum nocere domino æquius est, quàm creditori, cui nihil imputari potest, *l. quæ fortuitis, 6. l. pignus, 9. C. de pigno. act. l. contractus, 23. de reg. iur.* Et quod dici solet non videri versum quod non durat versum, non de ea duratione accipiendum est, quæ per emergentem casum aliquem fortuitum impediatur, sed quæ sua sponte & naturaliter intercidat, vt in *l. si seruus, 31. supr. famil. ercisc.*

8 ¶ Sed etsi seruum domino necessarium emisset, ísque decessisset, vel insulam fulsisset, eáque ruisset: dicerem, esse actionem de in rem verso.

Ad §. 8. Sed etsi seruum.

RATIO DVBITANDI ET DECIDENDI, ad hunc §. eadem ipsa est, quæ ad præcedentem. Nam cùm seruus tuus ex pecunia sibi credita seruum emit tibi necessarium, & quem tu perinde empturus fuisses, qui seruus postea fato suo perierit, aut quo alio modo citra culpam creditoris, aut si ex ea pecunia insulam fulserit, quæ postmodum ruerit, si quidem euentum inspiciamus nihil certè in rem tuam ita versum est, vt hodie possis videri factus locupletior. Sed tamen initio inspecto negari non potest quin negotium tuum vtiliter gestum sit, cùm pecunia impensa fuerit in rem omnino necessariam, licèt euentus consilio & proposito non responderit, ideóque & actio de in rem verso, his casibus competet, quia & procuratori, cui tale quid contigisset, actio mandati competeret, & negotiorum gestori actio quoq; negotiorum gestorum danda esset, *dict. l. sed an vltrò*, 10. §. 1. *& l. sequ. l. successori*, 12. §. *vlt. supr. de negot. gest. iunct.* §. *& regulariter, &* §. *sed si mutua supr. hac lege.* Non enim possunt isti casus fortuiti imputari creditori, cui satis est, quod bona fide pecuniam suam seruo tuo crediderit, & curiosus fuerit vt in vsus non modò vtiles, sed etiam necessarios impenderetur: nec præterea procurator tuus aut serui tui esse debuit, vt insulam tam bene fulciri, curaret, ne ruere posteà illam contingeret, *argu. l. vlt. supr. de exercit. act.*

9 ¶ Sed si sic accepit, quasi in rem domini verteret, nec vertit, & decepit creditorem: non videtur versum: nec tenetur dominus ne credulitas creditoris domino obesset, vel calliditas serui noceret. quid tamen si is fuit seruus, qui solitus erat accipiens vertere? adhuc non puto nocere domino, si alia mente seruus accepit: aut si, cùm hac mente accepisset, posteà aliò vertit. curiosus igitur debet esse creditor, quò vertatur.

Ad §. 9. Sed si sic accepit.

RAT. DVB. Nihil imputari potest creditori, qui seruo tuo mutuam dedit pecuniam eo consilio & proposito, vt in rem tuam verteretur. Præsertim si propositum illud non in mente retinuerit, quod esset inutile, sed expresserit ea lege numerationi dicta, & seruo tuo ea ipsa lege pecuniam accipiente. Quod Vlpianus significare videtur, his verbis, *sed si sic accepit.* Nec si posteà seruus tuus creditorem deceperit, eámque pecuniam in alios vsus verterit, nocere ea res debet creditori, qui bona fide contraxit, *arg. l. bona fide, 27. infr. ad Senatusconsultum Velleianum*, quique non debuit se quasi tuum procuratorem constituere, vt curaret impendi eam pecuniam in rem tuam, vt proximè diximus, ex *l. vlt. supr. de exercit. act.* Cui enim dolum serui nocere æquius est, quàm domino? Nam neque debet tam curiosus esse creditor, vt inquirat diligentiùs, quid debitor fecerit, aut facturus sit, *l. doli 19. ad fin. infr. de nouat. & deleg.* Et sufficit nihil à creditore factum esse, nisi bona fide, & negotium ab initio vtiliter si non gestum prorsus, tamen cœptum fuisse, vt dari ei debeat actio de in rem verso, sicut & negotiorum gestorum actio ex simili causa dari ei posset, *l. sed an vltrò*, 10. §. 1. *& l. seq. l. successori* 12. §. *vlt. supr. de negot. gest.* Præsertim verò si ponas solitum fuisse hunc seruum, quoties nomine domini pecuniam mutuam acciperet eam in rem domini vertere, & quoties versurum se diceret, id ipsum præstare, quo casu minùs certè imputari potest creditori, curadeò fuerit credulus, vt eius serui fidem sequeretur, qui fallere non soleret, *argum. l. 3. infr. de Senatusconsulto Macedoniano.* Ergo in specie quoque huius §. actio de in rem verso locum habere debet.

DEC. Neque credulitas creditoris, neque calliditas serui nocere domino debet. Sibi enim quisque credulitatem suam imputare debet, non alteri, *l. 1. §. dolum autem, supr. de eo per quem fact. erit, l. qui hominem*, 34. §. *si nullo, infr. de solut. iunct. l. si quis inficiatus*, 13. *infr. depos.* Et serui calliditas non tam domino debet nocere, quo ignorante negotium geritur, quàm ei qui cum seruo contrahit, cuius est sibi prospicere & cautiùs negotiari, vt in *l. 2. Cod. de furt.* ne quid damni ex serui improbitate & calliditate sentiat, *argum. l. qui cum alio*, 19. *de regul. iur.* Maximè quòd suspecta cuique esse debeat nequitia seruilis ingenij, & ad calliditatem pronioris semper quàm ad innocentiam. Et quamuis ex delictis ser-

BIU Cujas

uorum teneantur domini noxalibus actionibus, *tot. tit. de noxal. act.* non similiter tamen tenẽtur ex quolibet dolo & calliditate, quia nec omnis dolus delictũ est, licèt non sit delictum sine dolo. Non est igitur danda de in rem verso actio creditori qui mutuam pecuniam dedit, quamuis ea lege nominatim dicta, vt in rem domini verteretur, siue ea quoque mente seruus tùm fuit, vt pecuniam in rem domini verteret, posteà verò creditorem deceperit, siue iam tùm gerebat animum decipiendi creditoris, & in alios vsus pecuniam vertendi, siue denique solitus erat pecuniam vertere in rem domini, siue non solitus, dicendum est dominum actione de in rem verso non teneri, quia & verum est nihil in rem domini versum fuisse: quod ex re ipsa & ex effectu æstimandum est non ex nuda creditoris voluntate, nec si voluntas quoque serui concurrat, vt & nomen ipsum actionis sonat. Debet igitur curiosus esse creditor, in quam rem pecunia vertatur, si id agit vt acquirat sibi actionem de in rem verso. In eoq; durioris condicionis est, quàm qui agit exercitoria vel institoria actione *d. l. vlt. de exercit. act.* vt diximus ad §. 1. *sup. iunge l. vir vxori 17. in prin. infr. ad SC. Velleian.* Curiositas certè creditoris non potest esse non laudabilis, quoties necessaria est: est autem necessaria iis maximè qui contractus suspectos ineunt vel cum personis suspectis.

10 ¶ Si mutuatus sit pecuniam seruus ad vestem comparandam, & nummi perierint: quis de in rem verso agere possit? vtrum creditor, an venditor? puto autem, si quidem pretium numeratum sit, creditorem de in rem verso acturum, etsi vestis perierit: si autem non fuit pretium solutum [a] ad hoc tamen data pecunia, vt vestis emeretur, & pecunia perierit, vestis tamen familiæ diuisa est: vtique creditorem de in rem verso habere actionem. an & venditor habeat, quia res eius peruenerunt in rem domini? ratio hoc facit, vt teneatur vnde incipit dominus teneri ex vna causa duobus. [b] Proinde etsi tam pecunia [c] quàm vestis periit: dicendum erit, vtrique dominum teneri. quoniam ambo in rem domini vertere voluerunt.

Ad §. vlt. Si mutuatus sit.

RAT. DVB. Cùm mutuatus est seruus pecuniam ad vestem comparandam & pecunia periit, & vestis quoque nihil in rem domini versum videri potest, neque pecunia, neque vestis. Ergo de in rem verso actio locum habere hoc casu non potest, neque in fauorem creditoris, neque in fauorem venditoris. Stulta proinde quæstio esse videtur, an creditori, an verò venditori danda sit hæc actio quæ neutri danda est. DEC. Etiam venditori potest dari actio de in rem verso, si merces eius ad dominum peruenerint, vt sequitur in hoc §. sed cùm vestis periit simul cum pecunia nihil quidem ex bonis venditoris ad dominum peruenit, & ideò venditori actio de in rem verso dari non potest. Sed tamen creditori tanto magis danda est qui pecuniam suam seruo numerauit & credidit in vsus tam necessarios, §. *proinde 3. sup.* & cuius pecuniam ponimus, iam fuisse venditori numeratã, & ad quem perditæ post precij numerationem pecuniæ periculum pertinere non potest, multoq; minùs periculum vestis, quam ex ea pecunia seruus cõparauit. Satis enim est creditori, quod pecuniam crediderit ea mente, eoq; proposito, vt in rem domini verteretur, quodq; versa sit per numerationẽ precij factam venditori licèt versa non durauerit, quia & hodie duraret, si vestis non intercidisset, quomodo Papinianus loquitur in *l. si seruus 31. supr. fam. ercisc.* Itaque indubitatus est hic casus, si ponas quod Vlp. ponit, & solutum fuisse precium vẽditori, & vestem periisse, ita vt certum sit non esse dandam venditori actionem de in rem verso: nam si vestis non perierit, sed ad dominũ, aut quod idẽ est, domini seruũ peruenerit, cùm venditori eadem actio de in rem verso denegari non possit, vt mox dicemus, difficilius est, vt eam creditori quoque demus, quamuis habituro si eam venditor non haberet, secundùm Neratij sententiam in *l. quamuis 18. infr. hoc titul.* Sequitur alia pars distinctionis, si pecunia perierit antequàm precium fuerit venditori solutum, nec vestis perierit.

a *Si autem non fuit precium solutum.* RAT. DVB. Cùm pecunia periit apud seruum priusquàm ex ea precium venditori vestis solueretur, licèt iam diuisa veste familiæ, non potest dici pecuniam in rem domini versam esse quæ periit antequam verteretur, siue fortuito casu id acciderit, siue etiam culpa serui, quamuis citra culpam, etiam creditoris. E contrario autem vestis quam venditor ante numeratum precium tradidit & familiæ diuisit, in rem domini prõculdubio versa est, nec proinde dubitari potest quin contra dominum debeat venditor habere actionem de in rem verso. Per quam vtique consequetur precium vestis, & mercis venditæ. Ergo non est hoc casu danda creditori eadem actio de in rem verso, ne alioquin eueniat non solùm, vt duobus ex eadem causa actio de in rem verso competat quod absurdum esse putauit Neratius in *dict. leg. quamuis 18. infrà.* sed etiam quod absurdius est, vt ei detur, cuius pecunia nullo modo in rem domini versa est, cùm perinde teneatur venditori, ac si nullam creditor pecuniam seruo numerasset.

DEC. Creditori non debet nec potest nocere casus fortuitus pecuniæ quæ periit apud seruum etiam priùs quàm ea venditori mercis numeraretur, cùm & ipse numerauerit seruo ea mente ac lege, vt in precium emendæ vestis impenderetur, & vestis iam diuisa familiæ proponatur, quam non tradidisset venditor, nisi seruus eam emisset, quam porrò non fuerat empturus, nisi creditor in eam rem nummos ei numerasset. Ergo quamuis de venditore cuius merx ad dominum peruenit nulla dubitatio sit, quin actionem de in rem verso habere debeat, non eo minùs tamen eadem actio creditori quoque danda est qui sicuti prior contraxit, ita prior habuisse illam videtur. Et cui nocere non debet, quod

BIU Cujas

quod eandem actionem venditor sibi quæsierit vēdita & diuisa veste familiæ, cùm vni quæsita, siue actio, siue exceptio, ei adimi alterius facto non possit *l. Granius 71. §. si ponamus infr. de fideiuss. l. vlt. supr. de pact.* Estque multo æquius, vt dominus teneatur duobus ex eadem causa, quàm vt ab eo cui semel obligatus fuit, liberetur ob id solùm quod alij quoque obligatus esse cœperit. Non enim legitimus ille modus est tollendæ obligationis iam contractæ, si debitor alij quoq; se obliget, quamuis ea ratione faciat aliqualiter deteriorem prioris creditoris condicionem *l. 1. §. 1. infr. de separat.* atque hæc quidem iudicio meo tota ratio est sententiæ Vlpiani volentis in hac specie dominum duobus teneri eadem actione de in rem verso, quamuis ex vna eademq; causa. A qua tamen sententia longè stat Neratius in *d. l. quamuis*, vt mox dicemus.

b *Vnde incipiet dominus teneri ex vna causa duobus.* RAT. D VB. Vnius tantū, non duorū ex quoquo cōtractu potest esse de in rem verso actio, eius scilicet qui id ipsum credidit quod proximè & immediatè in rem domini versum est, si Neratio credimus in *d. l. quamuis 18. inf. hoc tit.* Nam quemadmodum non potest eadem pecunia bis in rem verti, ita neq; fieri versio pecuniæ aut alterius rei in rem domini à duobus, aut ex re duorum in vna eademque causa. Ergo in proposita specie cùm venditoris merces ad dominum peruenerint, solius venditoris debet esse actio de in rem verso, non creditoris, cuius nummi perierunt antequàm venditori numerarentur: nam etsi numerati essent, & aliqua tamen ratione dominus maneret obligatus vēditori, puta quòd alieni nummi fuissent *l. cùm seruus 54. infr. mandat.* aut vt ponitur in *d. l. quamuis si quis apud venditorem mercis pro seruo fideiussisset*, verum tamen esset proximam & immediatam causam actionis de in rem verso ex merce venditoris, non ex pecunia creditoris, aut ex fideiussione descendere.

DEC. Videtur hæc quæstio fuisse iuris inter prudentes veteres controuersi, nec sine magna vtrimq; ratione. Et Neratius quidem ita sensit, vt scriptum est in *d. l. quamuis*. At Vlpianus in hoc §. *longè aliter*, Cuius sententiam magis probauit Caius, vt apparet ex *l. seq.* sed cum hoc temperamento quod ibi additur, vt tamen occupantis melior condicio sit, non vt dominus in effectu duobus indemnitatem præstare actione de in rem verso teneatur, sed vt occupantis melior condicio sit, sicut & in simplici actione de peculio *l. si verò 10. l. ex facto 52. supr. de pecul. l. non etiam 6. supr. de tribut. act.* Motus autem videtur Vlpianus ea ratione quam suprà attulimus, quod actio de in rem verso quæ creditori competeret etiamsi vestis periisset, non ob id minùs ei concedenda sit quòd præterea cœperit dominus ex eadem causa venditori esse obligatus. Ne vni quæsita actio ei ignoranti ex alterius facto adimatur *d. l. Granius 71. §. pen. de fideiuss. l. vlt. supr. de pact.* Idque non obscurè innuit Vlpianus, cùm ita loquitur *vnde incipit dominus teneri ex vna causa duobus.* Tunc enim duobus teneri incipit, non cùm obligatur priori, sed cùm posteriori. Ait autem teneri hoc casu dominum ex vna causa, non quod diuersæ non sint causæ mutui & venditionis, sicut & diuersæ sunt personæ certantes de in rem verso, creditor & venditor, sed quia & mutui, & venditionis ratio ad vnam eandémq; in rem versi causam refertur, vestiendę scilicet familię, cùm & pecunia in eam causam credita sit, & vestis vendita totique familiæ diuisa. Denique vna eadémque causa non solet duas parere, aut obligationes aut actiones *l. si semel 26. supr. de pecul. l. quibus 18. infr. de verb. oblig.*

c *Proinde et si tam pecunia.* Referendus est hic versiculus, non ad priorem partem distinctionis, id est ad casum illum, quo pecunia perierit post precium numeratum, & vestis quoq; (iam enim eum casum Vlpianus tractauerat) sed ad posteriorem partem, id est ad eum casum quo ante solutum precium & pecunia & vestis perierit: qui casus longè dubitabilior videbatur, quia cùm & pecunia & vestis ante solutionem precij, & ante traditionē mercis periit, neutrum in rem domini versum videtur, neque merx, neque pecunia: neutri ergo videtur danda esse actio de in rem verso, quam tamen Vlpianus dat vtrique. Et ratio quam adfert *quoniam ambo in rem domini vertere voluerunt*, non videtur bona, cùm ad inducēdam actionem de in rem verso non sufficiat nuda voluntas creditoris, nec si serui quoque mens & intentio concurrat, sed effectu ipso in rem versum esse oporteat, ideoq; durare versum, vt diximus ad §. *proxim. præced. ex l. si propatre 10. §. versum infr. hoc tit.*

DEC. Nuda quidem voluntas creditoris mutuam pecuniam dantis aut serui accipientis, non sufficit ad inducendam de in rem verso actionem, sed cùm deuentum est ad actum proximum, vt nihil iam possit imputari creditori, quin diligentiam curamq; adhibuerit quantam debuit, non eo minùs dāda ei est actio de in rem verso quòd euentus non omnino respōderit, vt diximus ad §. *vnde recte & seq. supr.* In proposita verò specie nihil est, quod possis imputare creditori qui seruo mutuam pecuniam dedit, vt eam in rem domini seruus verteret, & curiosus fuit, vt in vestimenta familiæ impenderetur: nihil etiam mercatori qui mercem vendidit, & de precio conuenit, vt ex ea merce familia vestiretur, quamuis postea & nummi perierint antequam mercatori soluerentur, & vestis quoque priusquàm familię traderetur, cùm post conuentionem factam de precio res vendita pereat emptori §. *cùm autem inst. de empt. & vendit.* & pecunia quæ mutua data est pereat debitori tanquam facto domino *l. 2. §. appellata l. 4. & pass. supr. de reb. credit.* Sufficit ergo ad dāda in proposita specie actionem de in rem verso & creditori & venditori, vt id egerit vterque per q̄ certum erat futurum, vt in rem domini pecunia verteretur, si neque pecunia, neq; vestis intercidisset, vt in *d. l. si seruo 31. sup. fam. ercis.*

4. GAIVS libro nono ad Edictum Prouinciale.

SEd dicendum est, occupantis meliorem conditionem esse debere. nam, vtrisque condemnari dominum de in rem verso, iniquum est.

Ad l. Sed dicendum est 4.

RAT. DVB. In actione quidem de peculio id obtinet, vt melior condicio occupantis esse debeat *l. si verò 10. l. ex facto 52. supr. de pecul. l. non enim 6. supr. de tribut. act.* At non etiam in actione de in rem verso, quæ vnius tantùm esse debet, non duorum. Eius scilicet qui idipsum credidit, quod in rem domini versum est, vt scribit Neratius in *l. quamuis 18. infr. hoc tit.* Toties enim occupantis meliorem esse condicionem

BIU Cujas

necesse est quoties par plurium creditorum causa est, *l.quod autem, 6.§.sciendum, l.pupillus, 24.infr.quæ in fraud.credit.* quod in actione de in rem verso iuxta supradictam Neratij sententiam contingit nunquam. Sed etsi quis contra Neratium pro Vlpiano admitteret in proposita specie dominum duobus teneri posse actione de in rem verso. Attamen hoc saltem Neratio concedendum videretur, vt non occupantis melior condicio esse deberet: sed eius cuius merx proximè, & immediatè in rem domini versa esset, id est venditoris non creditoris, vt ratio quæ pro venditore creditorem omnino excludere non potest, venditorem tamen præferat creditori: cui abundè sufficere debeat, quòd saluam habeat de peculio actionem, quam nec denegat Neratius, in *d.l.quamuis.*

Dec. Etiam actio de in rem verso, de peculio actio est, sed cum adiectione illa de in rem verso. Proinde sicut in actione de peculio, ita & in actione de in rem verso occupantis meliorem condicionem esse non solùm nihil prohibet: sed etiam omnino necesse est secundùm supradictam Vlpiani sententiam à Caio hîc approbatam, quæ vult posse dominum ex vna eademque causa duobus in solidum actione de in rem verso obligari, cùm tamen nemini non iniquum videri debeat duobus indemnitatem à domino præstari: quomodo enim non esset duobus in solidum condemnandus is qui duob. in solidum teneretur, si non melior esset condicio occupantis ad alium excludendum? Vt euenit etiam in duobus correis credendi, *l. 2. l. 3. §. 1. de duobus reis.* Nam nec aliter facilè sciri posset vter alteri præferendus esset creditorne an venditor. Quanquam enim pro venditore illa maximè vrget ratio, qua Neratius mouetur, quod si inspicias proximam eo immediatam causam versionis in rem domini, merx venditoris illud ipsum est: quod in domini rem versum est, non etiam pecunia creditoris. Attamen pro creditore quoque illud maximè facit, quod sicuti prior contraxit, & pecuniam credidit, sine qua non fuerat seruus mercem empturus. Ita & prior actionem de in rem verso sibi quæsit, quæ postea nullo facto venditoris auferri ei potuit: sed per mercis venditionem potiùs confirmari. Proinde tanquam in pari vtriusque iure nihil est, quod citra alterutrius iniuriam dici meliùs possit, quàm vt occupantis melior condicio esse debeat, id est diligentioris, vt qui negligentior fuit non de Vlpiano aut Neratio: sed de se solo conquerendum habeat, id est de sua tantùm negligentia, *d.l. quod autem, §. sciendum, & d.l. pupillus, l. non enim, 16. supr. ex quib. caus. maior.* Alioqui sorte dirimenda res esset, vt in *l. sed cū ambo, 14. sup. de l. iudic. si quæ sunt, 5. supr. fam. ercisc.* Sorte autem diligentię meliùs res dirimitur, cùm exprimuntur ambo, vter in actione occupanda diligentior futurus sit.

5. Vlpianvs libro 29. ad Edictum.

Si res domino non necessarias emerit seruus quasi domino necessarias, veluti seruos: hactenus videri in rem eius versum, Pomponius scribit quatenus seruorum verum pretium facit: cùm, si necessarias emisset [a] in solidum quanti venissent, teneretur.

Ad l. Si res 5.

Rat. dvb. In emptione ac venditione, licèt contrahentibus naturaliter, se inuicem decipere, scilicet in quantitate precij *l.in causæ 16. §. idem Pomponius, supr. de minor.* sicut & in mercede locationis & conductionis, *l.item si precio, 22. §. vlt. inf. locat. l. 2. l. si voluntate, 8. C. rescind. vendit.* Emptoris enim dolus qui rescindendæ venditionis causam præbere possit non quantitate precij æstimandus est: sed qualitate facti, inquit, *l. dolus emptoris, 10. eod. tit.* Ergo si quasdam res seruus emerit, quasi domino suo necessarias, licèt re vera non essent necessariæ, tamen de in rem verso actionem habere debet non tantùm pro ea quantitate, quam verū serui preciū facit: sed pro toto formali precio, id est quod formaliter à contrahentibus dictum & præscriptum est. Sic enim vocat Vlpianus noster in *l. in lege 62. §. 1. ad legem Falcidiam*: quia verum precium nunquam formaliter certum est, cùm constituatur ex communi hominum opinione, aliter atque aliter pro locorum & temporum varietate, *l.precia rerum, 63. eod. l. si seruum, 33. supr. ad l. Aquiliam, l. 3. supr. de eo quod certo loco.* Alioqui necesse erit, per actionem de in rem verso, diuidi precium, quod sui natura indiuiduum est, vt sunt formæ rerum omnium. Et verò cùm dicimus causam venditionis esse indiuiduam, *l. cùm ex causa 139. de verbor. oblig.* intelligimus non tantùm ex parte emptoris, qui non fuerat rei partem empturus: sed etiam ex parte venditoris, qui nec partem venditurus fuerat nec minore precio, *l. tutor vrgentibus, 47. §. 1. l. de minor. l. si quis aliam, 47. de solution. l. Iulianus, 13. §. offerri, de act. empt.* Totum igitur formale precium in actionem de in rem verso, venire necesse est, vel nullam omnino ipsius partem.

Dec. In actione de in rem verso, non quid conuenerit: sed quid in rem versum sit, inspicimus, quia ex re ipsa non ex conuentione hæc actio nascitur, vt & in *l. furiosus, 46. de obligat. & act.* Atqui cùm seruus emit domino suo seruos quasi necessarios, qui non erant & maiore precio, quàm quo digni essent, non potest videri tota pecunia conuenti precij in rem domini versa, neque ex causa necessitatis: quia non fuerunt necessarij, neque ex causa vtilitatis, cùm ex ea emptione non fuerit dominus factus locupletior, nisi ad concurrentem vsque valoris quantitatem. Quod enim excedit in damno non in lucro totum est. Ergo hactenus tantùm de in rem verso teneri dominus debet, quatenus seruorum verum precium facit, non quatenus in seruorum emptionem verè impensum est, multùmq; refert an agat venditor ad preciū actione ex vendito contra emptorem: an de in rem verso contra dominum, qui ipse non emit. Priore casu precium indiuiduum est, quia formale est. Posteriore verò necesse est, vt ea precij pars, quæ in rem domini versa est ab alia quæ versa non est, separetur. Quid ergo si è contrario empti serui non necessarij pluris fuerint quàm quanti empti sunt? Non idcircò au-

BIU Cujas

cò augebitur actio de in rem verso, quia per eam non aliud repetere creditor potest, quàm quod ei abest, nec plus quàm absit. Abest autem ea tantùm pecunia, quam credidit, & quæ in seruorum emptionem versa est, non quanti re vera sunt serui, *l. si fundum*, 12. *infr. hoc tit.*

a *Cùm si necessarios emisset.* RAT. DVB. Necessitas emendorum seruorum non potest facere, vt plus in rem domini versum esse videatur, quàm quatenus seruorum verum precium facit. In superfluo enim seruus deceptus est, qui emit cariùs quàm debuerat. Nec igitur hoc casu in solidum precium teneri dominus debet, ne alioqui in plus teneatur, quàm locupletior factus sit.

DEC. In emptione rerum necessariarum non inspicimus quanti sint re vera : sed quanti venditæ. Nemo enim est qui nesciat cariore illas precio & distrahi, & comparari, nec ob id minùs videtur factus dominus locupletior, quòd res minoris sint. Cùm si eam ob causam comparatæ non fuissent, tantò pauperior effectus fuisset, qui rebus omnino necessariis caruisset. Quid enim est rem aliquam tibi esse necessariam, nisi talem eam esse, vt si ea diutiùs careas patrimonij aut salutis diminutionem aliquam haud dubiè sis sensurus? Bene igitur Vlpianus ex Pomponio distinguit, an seruos non necessarios seruus emerit an necessarios, vt priore quidem casu non teneatur dominus in solidum precium actione de in rem verso : sed hactenus tantùm quatenus facit verum serui precium. Posteriore verò in solidum, id est quanto precio serui venierint, teneatur.

1 ¶ Idem ait, siue ratum habeat serui contractum dominus, siue non: de in rem verso esse actionem.

Ad §. 1. Idem ait.

RAT. DVB. Multùm interesse debet, an serui contractum ratum habeat dominus, an non habeat, cùm ratihabitio æquiparetur mandato, *l. vero procuratori*, 12. *infr. de solut. l. vlt. C. de Senatusconsulto Macedoniano & de ratihabit.* Nec possit quis tutiùs cum alieno seruo contrahere, quàm si mandante domino contrahat.

DEC. Interest quidem an dominus ratum serui contractum habeat, necne, quantum ad hoc vt dominus ex eo serui contractu in solidum obligetur. Semper enim tenetur in solidum is qui ratum habet perinde ac si contraxisset ipse sicut & qui contrahi mandauit, *l. 1. in princip. & §. si ratum, infr. tit. prox.* solàque illa quæstio supereest, an teneatur, quod iussu an de in rem verso, de qua dicimus ad §. *seq.* Sed quod ad actionem de in rem verso pertinet, de qua hîc agimus, nihil prorsus interest : quia non ex voluntate nascitur eius qui obligatur : sed ex re ipsa, ipsoque negotio, & ex eo quod alioquin is, in cuius rem versum est, ex aliena iactura contra naturalem æquitatem locupletaretur. Probatur autem versum in rem domini, hoc ipso quod dominus ratum habet, licèt reuera nihil versum sit. Et ita locus hic intelligi debet, vt si dominus ratum habuerit, teneatur indistinctè, de in rem verso, etiamsi neque necessarius, neque vtilis domino contractus fuerit : quia sibi debet imputare, qui ratum habuit: si verò ratum non habuerit, teneatur quidem de in rem verso, sed ita demùm si rem domino necessariam vel vtilem emerit, quomodo scriptum est in §. *seq.*

2 ¶ Quod seruus domino emit : si quidem voluntate eius emit : potest quod iussu agi : sin verò non ex voluntate, si quidem dominus ratum habuerit, vel alioquin rem necessariam, vel vtilem domino emit, de in rem verso actio erit, si verò nihil eorum est, de peculio erit actio.

Ad §. 2. Quod seruus.

Distinguit hic §. eleganter & apertè actionem, quod iussu ab actione de in rem verso, & rursus actionem de in rem verso ab actione de peculio. Nam quoties seruus aliquid domino emit, vel ex voluntate domini emit, vel non ex voluntate, si ex voluntate competit actio quod iussu eáque in solidum : quia dominus qui voluit, & iussit seruum contrahere, contraxisse ipse intelligitur, *l. 1. infr. quod iuss.* Si verò non ex voluntate subdistinguendum est an dominus ratum habuerit aut seruus rem domino necessariam vel vtilem emerit, an non, vt prioribus quidem casibus actio de in rem verso competat, non quod iussu. Posteriore verò nec quod iussu, nec de in rem verso : sed tantùm de peculio. Neque prima pars distinctionis, neque vltima subdistinctionis dubitationem vllam habet: sed quod hîc dicitur si dominus ratum habuerit non esse actionem quod iussu, sed de in rem verso pugnare videtur cum eo quod diximus ad §. præced. ratihabitionem æquiparari mandato ex *l. vlt. C. ad Senatusconsultum Macedonianum*, & apertiùs cum eodē nostro Vlp. in *l. 1. §. si ratum infr. tit. prox.* vbi scribit, si ratū habuerit quis id, quod seruus eius gessit vel filius, quod iussu actionem in eos dari. Et certè ita est, quod iussu actio locum habere non potest, nisi iussu præcedente, adeò vt dubitatum sit an pater vel dominus qui mandauit, vel qui filijfamilias aut serui chirographo subscripsit, ea quòd iussu actione teneatur, quanquam placuit teneri, quod his casibus iussisse videantur, *d. l. 1. §. sed etsi mandauerit infr.* At ratihabitio quamuis mandato æquiparetur : attamen neque mandatum neque iussum est, quia mandatum & iussum semper præcedit: ratihabitio autē semper sequitur, *l. qui in aliena, 6. §. 1. l. si quis mihi bona, 25. §. iussum infr. de acquir. rer. domin.* Idque est, quod ex Pomponio Vlpianus scripsit in §. *præcedente*, siue dominus ratum habuerit contractum serui, siue non habuerit de in rem verso esse actionem ad exclusionem scilicet actionis quod iussu, quæ priore casu competere videbatur: quod verò contrà scriptum est, in *d. §. si ratum*, cùm sit eiusdem Vlpiani & ex eodem Vlpiani libro vicesimonono ad Edictum, in quo dissensisse illum à seipso credibile non est. Non dubito quin

BIU Cujas

mendosum sit, & pro verbis illis *in eos* substituendam esse negationem, legendumque *non datur*: non ob id solùm quòd alioqui mala esset grammatica, cùm de domino, vel patre in singulari tãtùm numero locutus esset Vlpianus iis verbis *si ratum habuerit quis quod seruus eius*, sed etiam, quia & in *præcedente* §. & in *sequ.* ponuntur casus in quibus actio quod iussu æquè locum habere non potest. Facilè autem fuit imperito cuilibet interpreti negationem illam tollere ad id tantùm respicienti quòd ratihabitio æquiparari mandato solet, nec etiam obseruanti edictum Prætoris quod iussu primis ipsis verbis & solo nomine actionis iussum exigere, aut saltem mandatum, vel subscriptionem in ipso actu interuenientem: neque contentum fuisse ratihabitione, quæ numquam nisi post perfectum actum interponitur. Et sanè notandus valde hic casus est in quo ratihabitio vim & effectum mandati non habet, nempe quia edicti verba minimè id patiuntur. Atqui, inquies, de in rem verso actio non aliter locum habere potest quàm si in domini rem, vel necessariam, vel vtilem versum esse proponatur, vt toties diximus. Ratihabitio autem facere non potest, vt quod re vera in rem versum non est, versum sit, quia nec rei veritatem immutare potest. Sed respondendum est secutam ratihabitionem facere vt exoneretur creditor à necessitate probandi versam esse in rem domini pecuniam, quæ versa fortasse non fuit. Qua enim fronte posset dominus probationem exigere versæ in rem suam pecuniæ ex eo contractu quem ipse ratum habuisset. Itaque ratihabitio, licèt non possit facere, vt in rem domini eo magis versa sit pecunia quæ versa nõ est: habet tamen vim probationis, vt teneatur dominus actione de in rem verso in solidum, nulla alia probatione allata, quæ esset vtique necessaria, si ob id de in rem verso ageretur, quod in domini rem vel vtilem, vel necessariam pecunia versa esse allegaretur. Vacat itaque causæ probatio, ob patris consensum & ratihabitionem, vt loquitur Modestinus in *leg. si consentiente 16. infrà, de manumiss.* sic confessio depositi probat depositum, quod tamen non nuda voluntate, aut confessione, sed re tantùm contrahitur *l. Publia 26. §. 1. infrà, depos.* Quid verò interest creditoris, an actionem habeat quod iussu, an de in rem verso, cùm vtraque detur ei insolidum.

3 ¶ Placet non solùm eam pecuniam in rem verti, quæ statim à creditore ad dominum peruenerit: sed & quæ priùs fuerit in peculio. hoc autem totiẽs verum est, quotiens seruus rem domini gerens, locupletiorem eum facit nummis peculiaribus. alioquin si seruo peculium dominus adimat, [a] vel si vendat eum cum peculio [b], vel rem eius peculiarem, & pretium exigat [c] nõ videtur in rem versum.

Ad §. 3. Placet.

RAT. DVB. & DEC. ad hunc §. eandem est quę ad *versic. vlt. §. 1. l. 3. supr.* vbi eadem quæ hîc sententia ab Vlpiano nostro proponitur, hoc iure nos vti, vt etiãsi priùs in peculium versa sit pecunia mox in rem domini, etiam de in rẽ verso actio esse possit. Sed quib. demùm casibus hoc verum sit, & quomodo accipi debeat idem Vlpianus hîc explicat, quod ibi nõ explicauit. Ait autem toties hoc verum esse, vt pecunia in rem domini vertatur, quamuis non statim ad eum peruenerit, sed priùs in peculio fuerit, quoties seruus rem domini gerens locupletiorem eum facit nummis peculiaribus.

RAT. DVB. Peculium domini reuera est, & consequẽter fit locupletior dominus cùm locupletatur peculium: ergo ad dãdam actionem de in rem verso non est prætereà expectandum, vt seruus rem domini gerens locupletiorem eum faciat nummis peculiaribus. DEC. Separandum omnino est patrimonium domini à peculio serui quod veluti proprium ipsius serui patrimonium est, vt diximus ad *l. 3. §. idem Labeo vers. si non peculiare supr. ex l. 4. in princip. supr. de pecul.* cùm ergo locupletius fit peculium, non ideò auctum videri debet patrimonium domini nisi per nummos ipsos peculiares factum sit locupletius, alioqui non esset distinguenda actio de in rem verso ab actione de peculio, & tam citò illa atque hæc nasceretur, quod tamen apertè falsum est, vt ex Tryphonino subiicitur in *l. seq.* ea namque Tryphonini ratiocinationis & sententiæ ratio est.

a *Alioquin si seruo dominus peculium adimat*, Illatio hæc est ex præcedentibus, non confirmatio aut argumentatio ab absurdo. Ex eo namque quod proximè dixit Vlpianus toties in rem domini posse verti pecuniam quæ priùs in peculio fuerit, quoties seruus rem domini gerens iisdem nummis peculiaribus locupletiorem dominum fecerit, infert: si ergo dominus seruo peculium adimat, scilicet antequàm nũmi illi peculiares in rem domini verterentur (posteà enim sera esset, ac inutilis ademptio) aut si vendat seruum cum peculio, vel etiam rem aliquam peculiarem & eius precium exigat, non videbitur in rem versa pecunia, quæ priùs fuerat peculiaris, nec actio de in rem verso pro ea pecunia locum habebit, sed tantùm de peculio.

RAT. DVB. Etiam cùm dominus seruo peculiũ ademit antequàm pecunia seruo credita & facta peculij in rem domini versa esset, fieri tamen facilè potest vt adhuc ea ipsa pecunia quam extare ponimus in rem domini vertatur ab ipso domino, quem nec verisimile est eam proiecturum in mare. Quidni ergo perinde teneatur actione de in rem verso, ac si seruus ipse in rem domini eam vertisset?

DEC. Non potest actio de in rem verso competere vbi peculium nullum est, non magis quàm actio de peculio. Est enim species & pars quædam actionis de peculio, nisi quod prętereà illam adiectionem habet de in rem verso, vt diximus ad *l. 1. supr.* atqui peculij ademptio facit, vt peculium nullum sit, quia peculium maximè adẽptione moritur *d. l. 1. §. 1. l. interdum 14. inf. l. peculium nascitur 40. in fin. supr. de pecul.* Ergo non potest actio de in rem verso nasci post ademptum peculium, quamuis non eo minùs duret si ante ademptionẽ iam cœperat: non enim sicut adẽptio peculij extinguit iam natam actionẽ de peculio si non mala fide & dolo malo facta sit *d. l. 1. §. 1. d. l. interdum l. summa cũ ratione 21. sup. de pecul.* ita & natam actionẽ de in rem verso perimit, quamuis nascendam impediat, ne nascatur: neq; verò pecuniã quoquomodo in rem patris aut domini versam esse sufficit, vt de in rẽ verso detur actio, sed à filiofam. vel seruo non etiã à patre vel à domino ipso, aut ab alio versã esse oportet, quia ex cõtractu filijfam. vel serui ve-

nit

nit, vt & actio de peculio non ex contractu patris vel domini, *l. 1. §. si filiusfamilias supr. de his qui effud. vel deiec.* Quod summopere notandum est aduersus pragmaticos nostros qui tam facilè & ex quocunque contractu dant actionem de in rem verso contra eos omnes in quorum rem versa probatur pecunia. Id enim si ita esset, non oporteret distinguere, quomodo hîc Vlpianus distinguit an ademptum esset peculium nécne ante versam in rem domini pecuniam, sed tantùm an in rem domini versa esset pecunia quoquo tempore, id est siue ante siue post ademptionem, an non. Iunge quæ scripsi ad *d. l. 1. in princip. supr.*

b *Vel si vendat eum cum peculio.* RAT. DVB. & DECID. eadem est quæ ad *l. si quis seruum 33. supr. de pecul.* vbi similiter agitur de seruo vendito cũ peculio, quo casu videtur precium venditionis non minùs ad peculium serui, quàm ad seruum ipsum pertinere. Sed non ita est, quia peculium non nisi accessionis loco esse creditur, preciũ itaq; solius serui est nõ etiã peculij, quamuis fuerit dominus minore precio seruũ venditurus si peculium nõ accessisset *l. si vẽditor 38. de act. empt. l. 1. 2. & 3. de pecul. leg.* fit ergo hoc casu dominus locupletior ex peculio, sed nõ à seruo rẽ domini gerente: quod tamen omnino necessarium est vt sit actio de in rem verso. Alioqui si sufficeret dominũ fieri locupletiorem, nec illud etiam requirẽretur, vt à seruo rẽ ipsius gerẽte locupletaretur, dicendum esset statim ab initio cõpetituram in eum actionem de in rem verso, id est à quo instanti pecunia credita facta esset peculij, quia nimirum exindè aucto peculio dominus quoque locupletior factus esset, quod tamen apertè falsum est vt ex Tryphonino subiicitur in *l. seq.* Idemq; dicendum etiã esset adempto peculio quoniam ademptio peculij licèt extinguat peculium, non tamen extinguit res peculiares, nec impedit quominus æquè locupletior sit dominus post ademptum peculium atq; erat anteà imo tanto certiùs quanto melius vbi prospexit, ne in posterum diminui peculium à seruo posset.

c *Vel rem eius peculiarem & precium exigat.* Alius & tertius casus est in quo Vlpianus ostendit posse pecuniam creditam aut rem aliam quamlibet esse peculij, nec tamen in rem domini versam intelligi, si fortè dominus rem peculiarem vendiderit & precium exegerit: hoc enim casu res peculiaris desinit esse peculiaris nec proinde in rem domini verti à seruo ampliùs potest, sicuti nec rei precium quod ponimus exactum à domino fuisse. Nam si exactum non esset, adhuc in peculio maneret, ac proinde in rẽ domini verti posset. Quid? nónne in rem domini satis vertitur cùm dominus id exigit? Minimè verò, quantũ ad producẽdã actionẽ de in rẽ verso, quoniã à domino illud fit nõ à seruo rem domini gerente.

6. TRYPHONINVS libro 1. Disputationum.

NAm si hoc verum esset, etiam antequàm venderet rem peculiarem, de in rem verso teneretur: quia hoc ipso, quod seruus rem in peculio haberet, locupletior fieret: quod apertè falsum est.

Ad l. Nam si hoc 6.

Lex hęc nihil nisi rationem Tryphonini continet ad confirmandum id quod Vlp. dixerat in lege præcedente. Dixerat Vlpianus non dari actionem de in rem verso eius rei nomine quæ priùs in peculium versa sit, nisi seruus rem domini gerens locupletiorem dominum ex ea re fecerit, & ideò si dominus rem peculiarem quam seruus acquisiuerat vendiderit, ciúsq; precium exegerit, nihil in rem domini versum videri. Hoc vero ita esse probat Tryphoninus hoc argumento, quod alioqui si hoc verum esset vt ad inducendam actionem de in rem verso sufficeret quoquomodo locupletiorem factum esse dominum, sequeretur, vt statim & priùs etiã quàm rem peculiarem vendidisset dominus, & precium exegisset teneretur dominus de in rem verso perinde atque de peculio quia hoc ipso quod seruus in peculio rem habere cœpisset dominus quoque ab eodem instãti locupletior factus fuisset, cùm peculium non sit serui nisi conniuentibus oculis, re vera autem sit domini. Atqui apertè falsum & absurdum est consequens alioqui omnis actio de peculio esset de in rem verso, si quicquid est versum in peculium in rem quoque domini versum intelligeretur, vt diximus. Ergo & antecedens, ex quo sequitur, vt ad legem præcedentem iam explicauimus.

7. VLPIANVS libro 29. ad Edictum.

ET ideò, & si donauerit seruus domino rem peculiarem, actio de in rem verso cessauit. & sunt ista vera.

Ad l. Et ideò 7.

RAT. DVB. Sicuti nemo fit donando locupletior, quamuis accipientem faciat debitorem beneficij eúmque obliget ad ἀντίδωρα *l. sed etsi 25. §. consuluit supr. de petit. hered.* quia donare nihil nisi perdere est *l. filiusfamilias 7. infr. de donat.* Ita & acquirendi modus est ac locupletandi patrimonij accipere donationem. Ergo si rem peculiarem à se acquisitam seruus domino donauerit, in rem domini versa esse videbitur.

DEC. Donatio rei peculiaris à seruo collata in dominum, nihil addit iuri dominij quod habebat dominus in rebus omnibus peculiaribus ante donationem, nisi quod facit vt peculiaris esse desinat qualis anteà erat. Non ergo potest huiusmodi donatio parere actionem de in rem verso, quia non facit hoc casu seruus dominum suum locupletiorem: longéque maior subesset ratio dandæ in dominum actionis de in rem verso, ob id solum quod aucto peculio locupletior factus esset dominus, quàm ob donatam per seruum domino rem peculiarem: quia priore casu reuera locupletior fit dominus, ex contractu serui, posteriore non item. Cessat igitur hoc etiam casu actio de in rem verso.

1 ¶ Planè si mutuum seruus acceperit, & donandi animo soluit, dum non vult eum debitorem facere peculiarem: de in rem verso actio est.

Ad §. 1. Planè si mutuum.

RAT. DVB. Ex donatione serui non intelligitur dominus factus esse locupletior, vt proximè diximus. Ergo & cùm seruus mutuam pecuniam ab aliquo accepit, eámque soluit domini creditori & quidem animo donandi domino quia non vult eum facere peculiarem debitorem, non ideo potest

BIU Cujas

creditori serui contra dominum dari in rem verso actio. Dec. Locupletior fit dominus qui à creditore suo liberatur *l. si pupilli 66. in fin. de solut. l. species 11. de acquir. rer. domin.* Atqui in proposita specie desinit dominus esse debitor sui creditoris. Et quidem ita vt nec debitor peculiaris constituatur. Negari ergo non potest quin pecunia seruo credita in rem domini versa sit, nec proinde quin dominus ex hac causa de in rem verso teneatur. Estque larga differentia inter donationem rei peculiaris factam domino, per quam nihil sibi dominus acquirit. Et solutionem nomine domini factam creditori dominico animo donandi per quam domino acquisita sit liberatio. Priore casu nihil in rem domini vertitur, sed posteriore contrà, idque non tam donationis quàm solutionis potestate.

2 ¶ Illud verũ non est, quod Mela scribit. si seruo meo argentum dederis, vt pocula tibi faceret ex quolibet argento, mox, factis poculis, seruus decesserit, esse tibi aduersus me de in rem verso actionem: quoniam possum pocula vindicare.

Ad §. 2. Illud verum non est.

Rat. dvb. Si seruo meo argentum dederis vt pocula tibi faceret ex quolibet argento mox factis poculis seruus decesserit, possum ego pocula tanquam mea vindicare vt in hoc ipso §. Vlpianus scribit, & rectè: sunt enim mea non tua nec si ex eo ipso argento quod dedisti facta sint, quia non tanquam ex eo facta sunt, sed tanquam ex quolibet vt in *l. si paterfamilias 15. §. 1. suprà, de adoptionib. facit enim hoc quasi quilibet, non quasi suus.* Ideóque benè Vlpianus addidit verba illa, *ex quolibet argento*, quia si seruo meo argentum dedisses, vt ex eo ipso argento non ex alio quolibet pocula tibi faceret, dominium argenti penes te mansisset, factáque ex eo pocula proinde tua fuissent, nec alius præter te vindicare illa posset: id enim vindicare quis potest quod suum est, non quod alienum *l. Quintus 27. §. argento infr. de aur. & argent. legat.* Denique argentum hoc non tuum est, sed in credito, vt in *d. §. argẽto.* Ergo nec pocula tua sunt, sed mea. Tibi autem non nisi personalis contra me actio potest competere ex contractu serui mei, vel de peculio, vel de in rem verso. Atqui factus sum locupletior ex tuo argento, cùm argentum tuum versum sit in pocula quæ sunt mea. Ergo actione de in rem verso teneri debeo non nuda & simplici actione de peculio, nec sanè video quid ad hanc rationem contra Melam pro Vlpiano respondere possit quisquis putet sententiam Melæ actionem de in rem verso sibi contra me concedentis ab Vlpiano reprehendi. Quare non dubito quin primus in illis verbis huius §. *illud verum non est*, abũdet negatio qua sublata scripserit Vlpianus, *Illud verum est quod Mela scribit.* Nam & ratio quæ subiicitur in fine §. *quoniam possum pocula vindicare*, Melæ sententiam confirmat omnino, contrariam autem manifestissimè impugnat, & conuincit: nónne enim optima hæc consecutio est, *ex argento tuo facta pocula mea sunt; ergo argentum tuum in rem meam versum est*, quod verò alij vt receptã lectionem tueantur sic rationem hanc accipiunt, quasi sensus sit, ei cui rei vindicatio competat actionem de in rem verso dandam non esse, fateor me non posse intelligere. Scribendum enim fuerat si ratio erat Vlpiani Melam reprehendentis, *quoniam potes pocula vindicare.* Hoc verò falsissimum est posse te pocula vindicare quæ ex argento tuo seruus meus fecerit si argentum tuum ei sic dederas vt ex quolibet argento pocula sibi faceret. Mea namque sunt non tua. Verissimum ergo est quod Mela scribit esse in hac specie sibi aduersus me de in rem verso actionem. Interpretem qui negationem hanc adiecit, quam nos tollimus, illud fefelliſſe videtur quod initio §. *seq.* scriptum vidit, *Illud planè verum est*, quasi ex eo inferendum sit illud, ergo verum non esse quod in §. præcedente Vlpianus ex Mela retulerat aut non posset vtrumque verum æquè esse & quod ex Mela & quod ex Labeone relatum est, sed illud planiùs & indubitatiùs, quod ex Labeone mox dicemus. Et verò quis credat ita reprehensum Melam ab Vlpiano, vt reprehensionis suæ rationem nullam penitus attulerit? Annon fuit Mela præcipuæ inter prudentes veteres qui de iure scripserunt authoritatis: Quę enim expressa iis verbis ratio est, *quoniam possum pocula vindicare*, Melæ procul dubio est non Vlpiani, vt ostendimus. Quænam ergo, inquies, ratio dubitandi apud Melam? Illa ni fallor vnica, quoniam dubitari poterat an ex tuo argento facta pocula tua essent non mea ex regula generali *l. quæsitum 78. §. illud de legat. 3.* Et sanè tua essent nisi dedisses argentum ea lege vt ex quolibet argento pocula tibi fierent, quo casu non procedit distinctio erciscundorũ quæ ponitur in *l. adeò 7. §. cùm quis de acq. rer. domin.*

3 ¶ Illud planè verum est, quod Labeo scribit, si odores & vnguenta seruus emerit, & ad funus erogauerit, quod ad dominum suum pertinebat, videri in rem domini versum.

Ad §. 3. Illud planè verum est.

Non negat his verbis Vlpianus verum esse quod in §. *præcedente* ex Mela retulerat, sed quod hic refert ex Labeone ait esse verum planiùs, certiùs & indubitatiùs, vt solet ille progredi à casu dubitabiliore ad minùs dubitabilem vt in *l. 1. §. pen. de leg. 3. l. 1. de diuers. tempor. præscript.* Rat. dvb. Non potest videri versum in rem domini, quod in funus alterius quàm domini impensum est, nec viuens quisquam funeratur: ergo nec de in rem verso actio locum habere potest si odores & vnguenta seruus emerit, & ad funus alterius quàm domini erogauerit.

Dec. Nihil interest an seruus odores & vnguenta emerit & erogauerit in funus domini an alterius cuius funus ad dominũ pertinebat: vtroq; enim casu in rem domini versa pecunia esse intelligitur, puta si ad funerandum domini filium impensum sit: funus enim filij æs alienum patris est vt Paulus ait in *l. filiusfamilias 19. infr. hoc tit. l. contra 30. cum præced. supr. de relig. & sumpt. funer.* Funeris autem sumptus accipitur quicquid corporis causa etiam vnguentorum & odorum erogatum est *leg. funeris 37. eod. titul.* Et ex hac causa creditori actio

BIU Cujas

actio funeraria competeret, si eam ipse pecuniam in funus impendisset: at cùm seruo credidit in eam licèt causam, necessaria ei est actio de in rem verso, quoniam agit ex contractu serui, *l. nec seruus, 41. supr. de pecul.* Nec rursum datur funeraria nisi ex bono & æquo, cùm alia actio deficit, quia inter personales actiones habet priuilegium, *l. & si quis, 14. §. hæc actio, & §. qui mandatu ad fin. supr. de religios. & sumpt. funer. iunct. l. quæsitum, 17. de rebus authorit. iudic. possidend. aliàs l. 2. de priuileg. credit.* Differentia tantùm illa est an in funus domini pecunia seruo credita, erogata fuerit, an in alterius funus quod ad dominum pertinebat, quod posteriore hoc casu datur actio de in rem verso contra dominum. Priore verò non nisi contra domini iam defuncti heredem dari potest, sed vtroque tamen casu eadem actionis huius dandæ ratio est.

4 ¶ Idem ait, & si hereditatem à seruo tuo emero, quæ ad te pertinebat, & creditoribus pecuniam soluero, deinde hanc hereditatem abstuleris mihi, ex empto actione me id ipsum consecuturum. videri enim in rem tuam versum. nam & si hereditatem à seruo emero, [a] vt, quod mihi ab ipso seruo debebatur, compensarem: licet nihil solui: tamen consequi me ex empto, quod ad dominum peruenit. ego autem non puto, de in rem verso esse actionem emptori: nisi hoc animo gesserit seruus, vt in rem domini verteret [b].

Ad §. 4. Idem ait.

RAT. DVB. Si cùm hereditam quæ ad te pertinebat, à seruo tuo emissem, & creditoribus hereditariis soluissem, tu mihi eam abstuleris, nullus videtur esse locus actioni, ac ne quidem quæstioni de in rem verso, cùm non animo vertendæ in rem domini pecuniæ soluerim creditoribus, sed vt me liberarem. Quamuis enim nulla creditoribus hereditariis contra hereditatis emptorem actio competat, nisi actiones hereditarias ipse vltrò subire ac suscipere paratus sit: tenetur tamen ex vendito, si non iis satisfaciat: quia in locum heredis substitutus esse intelligitur, *l. 2. C. de hered. vel act. vendit. l. 2. in princip. & §. cum quis infr. eod. ill. tit. l. 2. C. de pact.* Atquin is qui soluendo id agit non tam vt alium sibi obliget, quàm vt se liberet, neque de in rem verso, neque aliam vllam actionem sibi acquirere potest, *l. in hoc iudicium, 14. §. 1. l. si quis cum, 29. supr. communi diuid.* sicuti nec alium liberat, qui suo nomine soluit, & propter suam obligationem, *l. si quid possessor, 31. supr. de hered. petit. l. Papinianus, 28. infr. mandat.* Ergo non est mihi contra te danda actio ex empto, vt consequar quod solui creditoribus hereditariis, non magis quàm actio de in rem verso.

DEC. Receptum est vt ex omnibus contractibus, præsertim verò emptionibus & venditionibus, qui frequentiores contractus sunt, quisquis cum alieno seruo contrahit, & obligetur domino & dominum sibi obliget, non tantùm actione de peculio, sed etiam de in rem verso, si quid in rem domini versum proponatur, *l. nec seruus, 41. supr. de pecul.* Ergo qui hereditatem emit à seruo, quæ ad eius dominum pertinebat, sicuti obligatur vt ea faciat omnia, quæ facere deberet, si à domino ipso emisset, ac proinde vt creditoribus hereditariis respondeat & soluat, *d. l. 2. C. de hered. vel act. vendit.* Ita & dominum habet obligatum, non quidem ne hereditatem emptori auferat, & euincat quam ipse non vendidit & de cuius proinde euictione non tenetur [alioqui doli exceptione repellendus esset, *l. 17. l. Seia, 72. infr. de euict.*] sed vt actione ex empto cogendus sit præstare ea omnia, quæ si vendidisset ipse præstare teneretur ad finem vsque peculij, aut quatenus in rem domini versum est, supra quam in peculio inueniatur. Actionibus enim bonæ fidei non tantùm de peculio adiectio conuenit, sed etiam de in rem verso, *l. in bonæ fidei, 36.* vbi diximus *supr. de pecul.* quia & actio de in rem verso ex bona fide est, cùm non aliam rationem habeat quàm æquitatem illam naturalem, ne dominus vel pater ex aliena iactura locupletetur, vt toties diximus, ex qua æquitate æstimanda est bona illa fides, quæ contractibus & actionibus bonæ fidei nomen dedit, *l. bona fides, 31. infr. depos. l. ex empto, 11. §. vlt. l. bona fides, 50. & pass. infr. de actio. empt.* Ergo in proposita specie danda mihi est contra te ex empto actio, per quam consequar idipsum omne, quod creditorib. hereditariis ac proinde tuis persolui, quamuis longè minùs sit in peculio. Videtur namque in rem tuam versum quicquid ipsis solutum est cum ea solutione fueris liberatus, non ego contra quem nullam illi exercere actionem potuerunt, vt proinde non possim dici soluisse meo nomine quod non debui soluere, nisi hactenus vt te à creditoribus, me verò abs te liberarem. Ideò autem in hac specie de in rem verso quoque tractandum est, non vt actionem ex empto excludamus, sed vt actionem quoque de in rem verso coniunctim inducamus, id est actionem ex empto de in rem verso contra dominum, contra quem scilicet ex contractu serui actio non potest competere, nisi cum adiectione illa de peculio, vel de in rem verso: nam quod dicimus nec de peculio, nec de in rem verso actionem competere alia actione competente, siue ciuili qualis est ex empto, siue honoraria, *l. hinc quæritur, 19. §. vl. l. & ancillarum, 27. §. vlt. sup. de pecul.* tunc verum est cùm alia illa actio non ex contractu serui, sed aliunde nascitur vt in actionibus pro socio & communi dituidundo, de quibus ibi agitur. Cæterùm quæcunque ex serui contractu datur contra dominum actio ea necesse est, vt vel de peculio sit, vel de in rem verso. Extra exercitoriam, institoriam, & tributoriam actionem. Est autem de in rem verso quoties datur contra dominum, nō tantùm ad quantitatem vsque peculij, sed etiam in solidum, vt & contra patrem in specie, *d. l. in bonæ fidei, 36. eod. tit.* de quo dicemus ad *vers. ego autem non puto, infr.* sequitur.

a *Nam & si hereditatē à seruo emero.* RAT. DVB. Cùm hereditatem ad te pertinentem à seruo tuo emi, vt quod mihi ab ipso seruo debebatur, compensarem, verum est nihil me soluisse, id est, nihil mihi abesse, quod creditorib. tuis soluerim. Ergo nec quicquam est quod eo nomine consequi abs te debeam actione ex empto. DEC. Compensatio vim solutionis obtinet, & qui secum compēsat, sibi ipsi soluere intelligitur, *l. 1. 3. & pass. inf. de compens. l. quæ dotis, 33. sol. matr.* Ergo si hereditatem mihi auferas, atq; ita meæ cōpensationis commodum mihi eripias, hoc quoque te mihi actione ex empto præstare æquū est, perinde atque si alij cuilibet hereditario creditori soluissem,

BIU Cujas

quia hoc quoq; ex meo ad te peruenisse intelligitur, ob cōtractum cum seruo tuo habitū, ex quo proinde nō tantū ad finē peculij teneri te oportet, sed etiā quātū in rē tuā versū est: tantū aūt versū est, quantū mihi à seruo tuo debitū fuit, & à me compēsatū, hoc verò cùm Vlpianus ex Labeone scripsisset, subiicit.

b *Ego autē non puto de in rem verso esse actionē emptori, nisi hoc animo gesserit seruus, vt in rē domini verteret*: miror verò Vlp. ita scribere quasi Labeo actionē de in rem verso ab actione ex empto separatā dedisset, aut quasi possit in hac specie dari actio ex empto emptori, quæ nō sit etiā de in rē verso, id est quæ non habeat adiectionē illam de in rem verso, quod vtrūque falsum est, ideóque benè Labeo suæ sententiæ rationē illā attulit, *videri enim in rē meā versum*, non tā ad dandā de in rē verso actionē, ab actione ex empto separatā, (quę nulla hîc est, nec potest esse) quā ad causā dādæ actionis ex empto insolidū, id est cū adiectione illa de in rē verso contra patrē ex cōtractu filij, ex quo regulariter non datur, nisi de peculio, si non supra peculij quātitatem in rē domini versum probetur: nihilque aliud est de eo quod in rem versum esse dicitur tractare, quā de actione de in rem verso, id est de iure actionis, & de ipsius materia simul ac de facto disputare. Sumit. n. hæc actio, vt aliæ nonnullæ denominationem suam à facto ipso, nec ab eo separari facilè potest. Itaq; cū hic versicul⁹ aliquam saltem tacitā, eamq; non iustā Labeonis sentētię reprehensionem contineat, mallem ergo Triboniano illū tribuere quàm Vlpiano, nō tā facilè Labeonem reprehendenti, quod proprium ac singulare quodāmodo Pauli in suis ad Labeonē notis studiū fuit. Accedit quod versiculus hic innuit posse in proposita specie locū esse actioni de in rē verso separatæ ab actione ex empto si fortè seruus tuus vendēdo hereditatē id egerit, vt in rē domini verteret. Hoc autē nec ego verū esse puto, cùm hic quoq; actio ex empto locū habere possit & debeat: sine qua nec actio de in rē verso, quę nihil nisi alterius actionis adiectio est, locū habere posset: obserua tamē actionē hāc ex empto cōtra dominū ex cōtractu serui non esse bonæ fidei simpliciter & absolutè, sed quodammodo mixtā ex bonæ fidei actione & stricta, quia non potest dari absolutè cōtra dominū, sed cū illa adiectione de peculio, vel de in rē verso, vt diximus ad *d. l. in bonæ fidei 36. supr. de pecu.* Triboniani error in hoc loco idē ille fuisse videtur, qui nostrorū interpretū existimantiū actionē aliquā esse de in rē verso per se subsistētē, & quę nec actioni ex empto, nec alij vlli adiecta sit, quod certè falsū est, nec à Labeone, aut Vlpiano vnquā cogitatū: quib. rectè visum est dandam esse emptori in specie huius §. actionē ex empto de in rē verso, & quidē in solidū, quia & solidū in rē domini versū erat. Sed & illud falsū est ꝙ in hoc versiculo scribitur ita demū dandam esse in hac specie actionē de in rē verso, si hoc animo gesserit seruus, vt in rē domini verteret. Quis. n. nescit in emēdo & vēdēdo nihil aliud agi inter emptorē & venditorē, nisi vt sibi vterque cōsulat quantū potest, & aduersariū in precio decipiat citra dolum malū: *l. in causa 16. §. idem Pomponius de minor. l. 8. C. de rescin. vendit.* neq; verò quicquam interest eius, qui hereditatem à seruo emit quid animo seruus gerat, si modò ex eo cōtractu dominus locupletior fact⁹ sit, & in rē eius versū proponatur quicquid emptori abest. Omnimodo igitur danda est emptori actio, ex empto de in rē verso in solidū siue id egerit seruus, siue nō egerit, vt in rē domini pecunia emptoris verteretur: quia sufficit in rē domini solidū versū esse. Plus. n. hoc casu in veritate est, quā in opinione. Alioqui sequeretur, vt in hac specie actio ex empto in solidum danda esset emptori contra dominum, etiamsi nihil in rem domini versum proponeretur: quod tamen æquè falsum est, quia ex contractu serui nunquam tenetur simpliciter dominus qui nō cōtraxit, sed tātū vel de peculio, vel de in rē verso *l. nec seruus 41. l. si quis cū filiafam. 44. sup. de pecul.* ex his apparet versiculū hūc nullomodo defēdi posse, nec alij q̄ Tribonian. adscribi.

§ ¶ Si filiusfamilias pecuniā mutuatus, pro filia sua dotem dederit: in rē versum patris videtur, quatenus auus pro nepte daturus fuit. quæ sententia ita demum mihi vera videtur,[a] si hoc animo dedit, vt patris negotium gerens.

Ad § vlt. Si filiusfamilias.

RAT. DVB. Officium paternum est dotare filiā *l. vlt. C. de dot. promiss.* Ergo si filiusfam. pecuniam mutuatus pro filia sua dotem dederit, in rem suā, nō in rem patris eā vertisse dicendus est. DEC. Nō tantùm patris est dotare filiā, sed etiā aui paterni dotare neptē ex filio, quia eam perinde ac filium ipsū habet in potestate *l. capite 19. aliàs l. qui liberos inf. de rit. nup.* masculorū. n. nostrorū liberi ad onus nostrū pertinēt, *l. pen. de agnos. & alēd. liber.* quāuis officiū aui erga neptē ex officio patris erga filiā pēdeat *l. dotē 6. infr. de collat. bonor.* nec sanè aliter cōstitui ius potuit, cùm filiusfa. nulla bona habeat, nec habere possit, quādiu vult pater sibi per eū acquiri *l. 1. inf. si à parent. quis manum. sit, l. lex Corn. 28. in fin. de vulg. & pup. substit.* nec rursū potest filiusfa. filiā suā nuptui collocare quin pater cōsentiat, qui eā habet in potestate *l. 2. l. nuptiæ 18. & pas. inf. de rit. nupt.* in rē ergo patris versū esse fatēdum est, quod filiusfa. mutuatus est, vt filiæ suæ dotem daret. Adeò vt auo paterno dos hæc profectitia sit tanquā quę ab eo profecta intelligatur *l. profectitia 5. § si filiusfamil. de iur. dot.* Sed hoc cū distinctione, quā ibi Vlp. addit ex Neratio, & quā neq; hîc prætermisit *quatenus auus pro nepte daturus fuit.* nā si ampliorē dotē filiusf. filiæ suę dederit, quā pater eius fuerat daturus, non debet ea res nocere auo, qui ad aliud non tenebatur nisi vt congruam dotem nepti suę daret. Congrua porrò ea dos esse dicitur, quæ & facultatib. & dignitati familię mulieris, maritiq; respondeat *l. quæro 60. & seq. l. cùm posti 69. §. gener. de iur. dot.* nec eo minùs tamen auo mortuo ea dos patri reddenda est, etiā, quod magis est, exheredato, *d. l. dotē 6. de coll. bono.*

a *Quæ sententia ita demū mihi vera videtur*, vereor ne hic quoq; versiculus Triboniani sit, vt & postremus ille §. *superioris.* Primū quia nō alterius quàm suā sententiā Vlp. hîc adfert. Solēt verò prudētes hac vti locutione tū duntaxat cū alterius cuiusdā nō suā opinionē retulerūt: deinde quia hęc ipsa sententia ab Vlpiano ipso proponitur in *d. l. 5. § si filiusfa. 8. infr. de iur. dot.* vbi sententię huius authorē laudat Neratium, nec tamē vllā aliā adhibet distinctionē, nisi vt tanta dos in rē aui versa esse videatur, quātā auus daturus fuit. Postremò quia nec vera videtur hæc adnotatio: vt supradicta sētētia nō aliter vera sit, quā si filiusf. hoc animo filiæ suæ dotem dederit, vt patris sui negotiū gerens. Omnimodo enim auus tenetur de in rē verso pro pecunia cōuersa in dotē neptis ex filio tanquā cōuersa in rē suam dūmodo fuerit auus tantā daturus, quoniā eius negotiū omnimodo geritur. Cumque nō possit filiusf. mutuā pecuniā accipiēdo aliud

negotium

negotium gerere quàm vel propriũ & peculiare vel paternũ, nemo dixerit videri eum gerere negotium peculij sui cũ pecuniã mutuã accipit, vt filiã suã dotet. Id si ita est, apparet nõ sibi tẽperasse Tribonianũ in hac lege quin sępiùs Vlpiano nostro manus inferret. Videtur autẽ motus ex *l.5.§.vl.supr.* in illis verbis, *quoties seruus rẽ domini gerens*, sed nemo nõ videt quàm diuersa sit species huius §. ab illa quæ ibi tractatur.

8. PAVLVS libro trigensimo ad Edictum.

ET nihil interesse Pomponius ait, filię suæ nomine, an sororis, vel neptis ex altero filio natæ dederit. Idem ergo dicemus [a] & si seruus mutuatus fuerit, & domini sui filiæ nomine in dotem dederit.

Ad l. Et nihil interesse 8.

RAT. DVB. Fauorabilior videtur causa filijfamilias qui pecuniã mutuat⁹ est vt filiæ suæ dotẽ daret, quã si vt sororis suæ nomine, aut neptis ex altero filio natæ: cùm his personis minùs arcto sanguinis vinculo coniungatur. DEC. Eadem iuris ratio facit vt omnibus his casibus pater filijfamilias de in rem verso teneatur, quia ad patris onus pertinet non minùs, vt filiam suam primi gradus, neptémq; ex alio filio dotet, quàm vt filij huius filiam: liberorum siquidem omnium quos in potestate sua habet, onera ad eum spectant *d.l.penu.de agnosc.& alend.liber. d.l.capite 19. de rit.nupt.* Proinde quod hîc scribitur de sorore, intelligi de consanguinea quæ sit ex eodem patre nata. Alioqui pater filijfamilias eam dotare non deberet; alia quæstio est de qua in *l.cùm plures 12.§.penul.de admin.tutor.* An frater sororem vterinam æquè ac consanguineam dotare teneatur: etsi hoc ipsum in vterina Paulus ibi negat, sed non cadit quæstio in patrem qui vterinam filiam habere nullam potest.

a *Idem ergo dicemus.* RAT. DVB. & DEC. ad hunc versiculum eadem est, quæ ad *principium huius legis*: nam & cùm seruus pecuniam mutuatus eam pro domini sui filia in dotem dedit, æquè dominum liberat, & in rem patris vertit: atque si filiusfamilias filiæ suæ nomine dotem dedisset.

9. IAVOLENVS libro 12 ex Cassio.

SI verò pater dotem daturus non fuit, in rem patris versum esse non videtur.

Ad l. Si verò 9.

RAT. DVB. Nullus casus esse videtur in quo pater filiam & auus neptem ex filio dotare non teneatur cùm paternum officium sit dotare filiam, & auitum dotare neptem ex filio *d.l.vlt. C. de dot.promiss.l.capite 19. alias l.qui liberos de rit.nupt. l.dotem 6. C. de collat.bon.* Quid ergo est quod hîc Iauolen. scribit, si pater dotem daturus non fuit, in rem patris versum non videri?

DEC. Videtur hæc lex intelligenda de patre non qui nullam penitus, sed qui non tantam dotem daturus fuit *argu.l.7.§.vlt.* in illis verbis, *quatenus auus pro nepte daturus fuit.* Fieri enim facilè potest vt pater propensiore in propriam filiã amoris ardore longè ampliorem dotem filiæ suæ constituat, quàm auus fuerat constituturus, siue aliorum liberorum cogitatione, siue rerum & facultatum suarum cognitione factus tenacior, sed & fieri aliquo casu potest, vt nec dotare neptem auus teneatur, si fortè nata sit ex eo matrimonio quod cũ ignominiosa vxore contra voluntatem patris filius contraxerit. Potest enim auus hanc pro suo iure exheredare nec proinde dotare illam cogitur *l.3.§.si emancipatus de bonor.poss.contr.tabu.* vt neque orthodoxus filiam aut neptem hæreticam *l.cognouimus 19.in princip.& §.1.Cod.de hæret.& manich.* Quid deniq; si aliã non dotandę filiæ, vel neptis causam pater vel auus habeat? puta si patris vel aui vitæ insidiata sit, siue veneno, siue gladio: quis dicat versam esse in rem patris vel aui eam pecuniam quę impensa sit ad dotandam eam, quam egestate perpetua mulctare, ne dicam occidere, pro suo iure potuisset? Deniq; aliud est tractare de patre vel auo qui filiam suam, aut neptem ex filio dotare non teneatur, qui casus perrarò certè potest contingere. Aliud verò de patre vel auo, qui dotare nolit, etiamsi nullam recusandæ dotis causam iustam habeat. Hic enim per Præsidem quidem prouinciæ cogi potest, vt personas illas potestati suæ subiectas in matrimoniũ collocet ac dotet *d.l. capite*, sed non ideò consequẽs est, vt quę inuito eo dos, siue à filiofamilias, siue ab alio, puta à seruo earum nomine data fuerit in rem patris vel aui versa esse videatur. Sufficit enim ad impediẽdam actionem de in rem verso, vt non fuerit pater aut auus dotaturus, licèt dotare debuerit, alioquin is qui dotem huiusmodi daret inuito eo cuius est dotare Præsidis officio quodammodo fungeretur, & hæc certè loci huius sententia est.

10. VLPIANVS libro 29. ad Edictum.

SI pro patre filius fideiusserit, & creditori soluerit: in rem patris videtur versum: quia patrem liberauit.

Ad l. Si pro patre 10.

RAT. DVB. Filius hic qui pro patre suo apud creditorem paternum fideiussit, (nec enim inutilis & sine effectu hæc fideiussio est *l.si dubitet 10.§.filiusfamilias infr.de fideiuss.*) si posteà soluerit nõ tam pro patre suo quàm pro seipso soluisse videtur, cùm esset ipse obligatus. Ergo in rem suam potiùs quàm in rem patris vertisse videtur.

DEC. Solutio à filiofamilias facta liberauit patrem, quia licèt duæ sint personæ debitoris principalis & fideiussoris, itémque duæ obligationes, vna principalis, alia accessoria; vnius tamen duntaxat quantitatis obligatio est, qua siue per debitorem, siue per fideiussorem soluta vterque liberatur, sed ita tamen vt fideiussore soluente liberetur quidem

BIU Cujas

reus à suo creditore, sed hoc ipso teneatur actione mandati fideiussori cuius pecunia liberatus est, *l. ex mandato, 20. §. 1. i fr. mandat. §. penult. Instit. de fideiuss.* Atqui locupletior fit quisquis à creditore suo liberatur, *l. si pupilli, 66. de solut. l. species, 11. de acquir. rer. domin.* Ergo quod filiusfamilis tanquam patris fideiussor soluit, in rem patris versum videri debet, licèt fideiussorio nomine soluerit. Eadem dubitandi & decidendi ratio est in filiofam. qui se pro patre soluturum constituit, de quo idem Vlpi. noster in *l. si filiusfam. 15. infr.* vbi paulò latiùs hæc quæstio tractatur, & additur quod & hîc addendum est, non debere dari actionem de in rem verso contra patrem ex hoc solo, quod pro eo filiusfa. fideiusserit aut constituerit, sed ita demùm si soluerit. Neq; enim fideiubendo aut constituendo liberat patrem, sed soluendo.

1 ¶ Cui simile est, quod Papinianus libro nono Quæstionum scribit, si filius quasi defensor patris iudicium susceperit, & sit condemnatus, de in rem verso teneri patrem. namque filius eum iudicio suscepto liberauit.

Ad §. 1. Cui simile est.

RAT. DVB. Filiusfamilias, qui quasi defensor patris iudicium suscepit si posteà condemnetur, non patris nomine, sed suo condemnatur: quia sibi imputare debet, cur se vltrò obtulerit, & eandem quam pater vicem subire voluerit: hoc enim est defendere eandē scilicet, quam reus vicem subire *l. minor 51. §. 1. supr. de procurat. l. 4. in princip. inf. de re iudic.* Ergo etiamsi soluerit nihil in rem patris vertisse videri potest, sed in suam duntaxat.

DEC. Quemadmodum fideiubendo & soluendo pro patre filiusfamilias liberat patrem, vt proximè diximus: ita & iudicium accipiendo pro patre etiam inuito, *l. solutione, 23. infr. de solut. l. qui seruum, 20. supr. de interrogat. in iur. fact. l. delegare, 11. §. 1. de nouat. infr.* Ergo æquè actionem de in rem verso habere debet creditor, qui pecuniam credidit, ex qua filius hic quasi patris defensor condemnatus victori soluit. Est itaque hic casus de filiofamilias defensore patris, ei persimilis, de quo proximè diximus de filiofamilias patris fideiussore: sed hoc tamen dissimile est quod filius fideiubendo pro patre nondum eum liberat, sed tum demùm cùm soluit. Iudicium autem accipiendo pro patre statim eum liberat, non solùm priùs quàm soluat: sed etiam priùs quàm condemnetur, sed non ideò tamen actio de in rem verso statim nascitur. Quid enim si in ea lite filius vinceret? Quid si ex condemnatione secuta nihil solueret? Expectandum igitur est, ad inducendam actionem de in rem verso contra patrem, vt filius mutuam ad soluendum pecuniam acceperit, aut, vt quis filij condemnati nomine soluerit, putà fideiussor filijfamilias. Neque enim quisquam multò minùs verò filiusfamilias alienæ litis defensor sine satisdatione esse intelligitur, *d. l. minor, 51. §. 1. & ll. seqq. l. qui proprio, 46. §. qui alium, eo. tit.* Sic ergo hic locus intelligendus est, vt filijfamilias fideiussor, qui pro eo quasi patris defensore condemnato soluit, habere debeat, contra patrem, ex hac causa actionem de in rem verso.

2 ¶ Idem tractat Papinianus: & si, quod patrem dare oporteret, à filio ium stipulatus: & ita conuenerim filium. nam & hîc de in rem verso fore actionem, nisi si donare patri filius voluit, dum se obligat[a].

Ad §. 2. Idem tractat Papinianus.

RAT. DVB. Si quod patrem dare mihi oportebat ab eius filiofamilias stipulatus sim, atque ita filium conuenerim, iam liberatus est pater nouationis potestate. Ponendum enim est nouandi animo factam esse hanc stipulationem: quomodo & aliæ stipulationes concipi solebant, quæ nouandi & delegationis faciendæ animo interponebantur, *l. Stichum, 8. §. si quis ita, & l. emptor, 27. de nouat. l. & vno 18. §. 1. de acceptilat.* Ergo etiāsi postea conuentus à me filius soluat, nihil vertit in rem patris: sed in suam, cùm ea solutione se liberet non patrem, qui iam erat liberatus. Nec enim is, qui semel iam liberatus est, iterum liberari magis potest.

DEC. Etsi nouatio in proposita specie liberat patrem, non solutio: attamen cùm solutio fiat in consequentiam necessariam nouationis, quæ facta fuerat in ordine, vt loquuntur ad futuram solutionem, negari non potest quin versa sit in rem patris hæc pecunia, quæ ad dissoluendam filijfamilias obligationem impensa est, & filiofamilias credita. Vt proinde actio de in rem verso contra patrem ex hac causa dari debeat creditori, qui in hanc causam vel soluit pro filiofamilias, vel ei credidit. Nam nec adeò liberatus est pater per nouationem à filiofamilias iure delegationis factam, vt non maneat pater filiofamilias quandocunque soluenti obligatus hoc nomine ac si pro patre filiusfamilias fideiussisset, vt in *principio huius legis, & in l. si dubitet 10. §. filiusfamilias infr. de fideiuss.* Licèt propter impedimentum patriæ potestatis filiusfamilias, qui pro patre soluit, neque mandati, neque negotiorum gestorum actionem habere possit contra patrem, neque de in rem verso, *l. nè cum filiofamilias, 16. infr. de furt. l. Imperator, 50. ad Senatusconsultum Trebellianum, l. 4. supr. de iudic.* Sed pro eo incommodo habet auxilium præceptionis & deductionis in accipiendo cum fratribus iudicio familiæ erciscundæ, *l. si filia, 20. §. si filiusfamilias, supr. famil. erciscund.* Nec eò minùs tamen filio patrem de in rem verso teneri verum est, vt apparet ex *§. seq. in fi.* vbi dicam. Cùm autem in hoc §. loquatur Vlpianus ex Papiniano, de actione de in rem verso, quæ nunquam filiofamilias contra patrem, dari potest, intelligimus ita esse hoc accipiendum, vt alij quàm filiofamilias danda sit ea actio, id est, creditori qui vel pro filiofamilias soluerit, vel pecuniam ei crediderit, vt pro patre solueret, quomodo posuimus. Nisi ponas filium hunc emancipatum esse, eo tempore, quo contra patrem agere velit de in rem verso, vt & in *l. si filiusfamilias, 15. infr.*

a *Nisi si donare patri filius voluit, dum se obligat.* RAT. DVB IT. Non valent donationes factæ inter pa-

BIU Cujas

inter patrem & filium, siue pater filiofamilias, siue filiusfamilias patri donauerit, *l. 2. Cod. de inoffic. donat. l. siue emancipatis 17. Cod. de donat.* ne quidem ex causa dotis *l. Pomponius Philadelphus 35. supr. fam. ercisc.* neque Papiniani temporibus confirmabantur morte ante constitutionem Iustiniani, in *l. donationes quas parentes 25. C. de donat. int. vir. & vxor.* Quid ergo referre potest an filius patri donare voluerit, an non?

DEC. Quisquis pro alio fideiubet donandi animo, nullum aduersus eum habere potest regressum *l. si quis reum 5. in princ. infr. de liber. legat.* Proinde si ex ea fideiussione postea soluat, pro se solo soluit, non etiam pro eo pro quo fideiussit: nec aliud iuris est in filio fideiubente pro patre: quia licèt patri contra filiumfamilias, aut filiofam. contra patrem extra causam castrensis, vel quasi castrensis peculij actio nulla dari possit: obligationes tamen naturales, quæ inter eos contrahuntur ex causa ciuili æstimandæ sunt quomodo de obligationibus naturalibus, quę inter seruos & dominos contrahi possunt, scribit Pomponius in *l. non solùm 49. §. vlt. supr. de pecul.* vt quib. casibus inter alias personas actio aliqua daretur vel denegaretur, iisdem obligatio naturalis inter patrem & filiumfamilias, vel contrahatur, vel non contrahatur. Porrò quo casu non posset pater à filio conueniri, neq; mandati, neq; negotiorum gestorum, neq; alia vlla actione, etiamsi iure patriæ potestatis actio non impediretur. Dicendum est nec ab alio qui pecuniam filio crediderit conueniri patrē posse actione de in rē verso. Ergo si patri filiꝰ donare voluit dū se nouādi animo pro patre obligat: dicēdū est cessare de in rē verso actionē, *ex reg. l. . §. & regulariter supr.*

3 ¶ Quare potest dici, etsi de peculio actionem quasi defensor patris susceperit, teneri patrem de in rem verso vsque ad peculij quantitatem. cuius sententiæ id erit emolumentum: vt, si finita sit actio de peculio, de in rem verso conueniatur. ego, & ante condemnationem [a] post iudicium patris nomine acceptum, de in rem verso patrem teneri puto.

Ad §. 3 Quare potest dici.

RAT. DVB. Commodius patri est teneri de peculio, quàm de in rem verso: quia de peculio actio (quamuis perpetua) certis tamen casibus finiri & extingui omnino potest, putà adeptione peculij sine dolo malo facta, *l. 1. §. 1. supr.* aut cōuerti in annalem ex causis, de quibus in *tit. prox. supr.* & ita anno finiri, cùm è contrario semper actio de in rem verso sit perpetua. Non ergo in rem & vtilitatem patris versum quicquam videtur, ob id solùm quòd is ab actione de peculio sit liberatus, si ex ea causa incipiat posse conueniri de in rem verso. Iuuari autem nos beneficio, non decipi, aut in deteriorem conditionem proiici oportet, *l. in commodato, 17. §. penult. supr. commod.* Ergo si filiusfamilias, quasi defensor patris, actionem de peculio susceperit, licèt eo beneficio patrem etiam inuitum liberauerit, non vsque adeò tamen in rem patris vertisse dici potest, vt eo nomine actionem de in rem verso habere debeat, præsertim cùm ea actio propemodum inutilis & sine effectu futura sit, cùm aduersus patrē nō possit cōpetere vltra peculij quantitatem, quæ actionis de peculio non de in rem verso natura est. Vnde illud etiam fortasse est, quod Paulus scribit in *l. prox. seq.* quod seruus in hoc mutuatus fuerit vt creditori suo solueret non esse in rem versum, quamuis ab actione de peculio liberatus sit dominus. Cur ergo in rem patris vertisse magis filius videbitur, qui actionem de peculio suscipiendo, quasi patris defensor patrem ab actione de peculio liberauerit? an fortè minoris potestatis est liberatio, quæ acquiritur per solutionem veramque numerationem, quàm quæ per susceptionem iudicij factam alieno nomine?

DEC. Filiusfamilias iudicium accipiendo pro patre liberat patrem, §. 1. vbi diximus, *supr.* & consequenter susciipiendo pro patre actionem de peculio liberat patrem ab ea actione de peculio: idque non accessoriè & per consequentias, vt dominum seruus in specie *dicta l. seq.* sed principaliter, & ita vt patrem solum liberet, non etiam seipsum ab ea actione, qua in solidum ex suo contractu tenetur, *l. si quis cum filiofamilias, 44. supr. de pecul.* Ergo facit patrem eatenus locupletiorem, quatenus actione de peculio præstare debuisset, hoc est ad concurrētem vsque peculij quantitatem. Proinde eatenus quoq; illum obligat actione de in rem verso, sed quæ contra naturam actionis de in rem verso æquanda est actioni de peculio, vt peculij quantitatem non excedat, nec minorem quoque summam persequatur. Alioqui locupletaretur pater ex iactura filij cuius facto ab actione de peculio liberatus esset, si non eatenus de in rem verso teneretur: iuris ergo ratio facit, vt pater de in rem verso teneri debeat filio, non quidem, vt à filio cōueniri possit, sed vt filij debitor sit, patreq; mortuo eam quantitatem ex hereditate præcipere filius & deducere possit, quia in rem patris verterit, vt in *l. si filia 20. §. 1. supr. fam. ercisc.* nec leue huius sententiæ emolumentum est, tametsi actio hæc de in rem verso non vltra quantitatem peculij aduersus patrem sit competitura. Est enim vtilius habere actionem de in rem verso quàm actionem de peculio: cùm actio de peculio finiri variis modis possit, actio verò non esse perpetua de in rem verso. Atque ita hîc subtiliter Vlpianus ex Papiniano ratiocinatur, neque in eo vlla fit patri iniuria qui ab actione de peculio quæ mollior est, ita liberatur, vt incidat in actionem duriorem de in rem verso. Id enim fit ex necessaria iuris ratione, & ex quodam iuris ordine, vt Paulus loquitur in *l. cùm vnus 12. de reb. author. iudic. possid.* quia neque liberari potest pater ab actione de peculio, quin hoc ipso fiat locupletior, neque fieri locupletior ex facto filij quin hoc ipso etiam in rem eius vertisse filius videatur. Quamquam non tam de iure quàm de materia actionis de in rem verso hic locus intelligi debet, vt apparet clariùs ex eo quod subiicitur in *vers. seq.* Potest enim teneri quidem pater filio de in rem verso iure naturalis tantùm obligationis, sed conueniri à filiofamilias nullo modo potest, eiusque obligationis effectus differēdus est in id tempus quo filius post mortem patris in diuidenda cum fratribus hereditate possit & debeat præcipere id quod sibi à patre de-

BIU Cujas

bebatur siue ex causa in rem versi, siue ex alia qualibet, vt diximus ex *d.l.si filia*, 29. §.1.*supr.familiæ erciſc.*

a *Ego & ante condemnationem.* RAT. DVB. Ante condemnationem adeóque ante condemnationis executionem nihil adhuc filio abest, licèt actionē de peculio pro patre susceperit. Nihil ergo in rē patris adhuc vertisse dici potest, multò minùs sciri quid & quātum in rem patris verterit. Nondum ergo pater de in rem verso teneri ei potest, præsertim cùm inter patrem & filiumfamilias, neque ciuilis vlla obligatio contrahi possit ob vinculum patriæ potestatis, *l. Imperator*, 50. *infr. ad Senatusconsultum Trebellianum*, neque lis & actio vlla exerceri, *l.4.supr. de iudic.l.nec cum filiofamilias*, 16.*infr.de furt.*

DEC. Ex parte patris certum est liberatū esse eum à quo instanti filiusfa. quasi defensor patris actionē de peculio suscepit eius nomine, nec expectari condēnationem, *d.l.solutione*, 23.*de solut.* Ex parte verò filiisfamilias, licèt nondum condemnatus sit, abesse tamen intelligitur hoc ipsum, in quo obligatus est, *l. si quis mandatu*, 28.*in fin.supr.de negot. gest.* Ergo etiam ante condemnationem verum est filium hunc vertisse in rem patris, & consequenter teneri patrem de in rem verso. Non ita tamen vt actione de in rem verso conueniri à filiofamilias possit. Sed vt obligatio naturalis exinde contrahatur, quæ inter patrem & filium potest consistere, *l. frater à fratre*, 38. §. 1. *supr. de condict. indeb.* effectum suum deductionis & retentionis tum paritura, cùm patre mortuo diuidenda erit inter fratres hereditas *d. l. si filia*, 20. §.1.*supr. familiæ erciscundæ.* Effectus verò huius sententiæ & emolumentum in eo erit, quod si pater ante filij condemnationem decesserit, non eò minùs præcipiet filius, & deducet id in quo est obligatus, quia in rem patris iam verterit: quod tamē non ita esset, si non iam ante condemnationem in rem patris versum esse intelligeretur.

4 ¶ In rem autem versum videtur, prout aliquid versum est, proinde, si pars versa est, de parte erit actio.

Ad § 4. In rem autem versum.

RAT. DVB. Actio de in rem verso datur ex contractu filijfamilias vel serui. Contractus autem in persona filijfamilias vel serui indiuiduus est: quia non fuerat creditor cum filiofamilias vel seruo pro parte contracturus. Ergo non debet siue ex persona patris, siue ex euentu condicio obligationis immutari, *argum.l.* 2. §. *ex his infr. de verb.obligat.* vt pro parte detur actio de in rem verso, pro parte non detur: sed vel in solidum, vel nulla ex parte dari eam necesse est.

DEC. Materia actionis de in rem verso tota diuidua est, cùm facilè fieri possit, fiátque quotidie, vt pecuniæ filiofamilias vel seruo creditæ pars in rem patris vel domini versa sit, pars verò alia versa non sit. Necesse igitur est, vt ipsa quoque de in rem verso actio diuidua sit, & pro ea quidem parte pecuniæ, quæ in rem versa est, competat. Pro alia verò, quæ versa non est, non competat. Id enim nomen ipsum actionis demonstrat, quemadmodum & nomen actionis de peculio demonstrat nihil ea actione persequi creditorem: nisi quod est in peculio. Porrò eadem in cæteris omnibus diuiduis ratio esse solet partis, quæ totius, *l. quæ de tota*, 76. vbi diximus *supr. de rei vindicat.* Iunge §.*præterea*, *Institut. quod cum eo, qui in alien.potest.*

5 ¶ Sed vtrùm in sortem duntaxat tenebitur dominus, an & in vsuras? & si quidem promisit vsuras: Marcellus libro 5. Digestorum scribit, dominum præstaturum, sed si non sint promissæ, vtique non debebuntur: quia in stipulatum deductæ non sunt. Planè si contemplatione domini [a] pecuniam dedi non gerenti seruo negotia domini, sed ipse gerens: negotiorum gestorum actione, potero etiam de vsuris experiri.

Ad § 5. Sed vtrùm in sortem.

RAT. DVB. Ex stricti iuris actionibus non debentur vsuræ, nisi in stipulationem deductæ sint, *l.* 3.*C.de vsur.l.Titius*, 24.*infr. de præscript.verbor.* Atqui actio de in rem verso stricti iuris est, sicut & alia quælibet de peculio actio: nec enim numerantur inter cæteras bonæ fidei actiones, in §.*actionum*, 25. *Institution. de action.* Ergo non potest pater vel dominus ea actione conuentus vsuras vllas debere quas ipse non promisit, licèt filius vel seruus promiserit. Præsertim cùm non sicuti pecunia credita in rem patris vel domini versa est: ita & vsuræ eius pecuniæ in rem domini versæ dici possint, quod vnum tamen in actione ista de in rem verso inspiciēdum videtur. Cùm non ob id competat aduersus patrem vel dominum, quòd filius aut seruus aliquid promiserit: sed quia id quod promisit in rem patris vel domini versum sit. Ex alia verò parte mouet, vt dicendum videatur vsuras omnimodo ex hac actione deberi, quamuis eas neque pater aut dominus, neque filius aut seruus promiserit, quòd actio de in rem verso simillima est actioni mandati aut negotiorum gestorum cùm regulariter nō aliis casibus competat, quàm quib. inter alias personas mādati, vel negotiorū gestorū, agi possit, *l.*3.§.*& regulariter*, *sup.hoc tit.* Atqui in actione negotiorum gestorum vsuras venire constat, etiam quæ promissæ non fuerunt, vt subiicit Vlpianus in *hoc* §.*& in l.& in contraria*, 37.*infr.de vsur.* Quidni ergo etiam in actione de in rem verso? Ita fit vt neutra pars distinctionis vera esse videatur, quam Vlpianus ex Marcello tradit, in *hoc* §. vt si quidem seruus vsuras promiserit, eas dominus præstare debeat. Si verò à seruo promissæ non sint eæ nec à domino debeantur. Promissæ, inquam, per stipulationem: nam etsi per pactum nudum etiam in continenti appositum promissæ sint, constat eas non deberi, *d.l.* 3.*C.de vsur.* in eóque differre vsuras pecuniæ creditæ ab vsuris frumenti vel olei vel hordei mutuò dati, aliarúmque

BIU Cujas

aliarúmque huiusmodi mercium quarum pro temporum & locorum varietate alia atque alia est æstimatio *l. frumenti* 17. *l. oleo* 23. *eod. tit.* Et sanè cùm simpliciter quid promissum nostri dicunt per stipulationem promissum intelligunt *l.* 1. *Cod. de contrah. & committ. stipulat.* nisi paciscendi tantùm animo promissũ proponatur *l. iurisgẽtiũ* 7. §. *quod ferè sup. de pact.*

Dec. Ex contractu filijfamilias vel serui datur actio de in rem verso contra patrem vel dominum, non autem ex contractu patris vel domini: proinde cùm de vsuris pecuniæ creditæ, & in rem versæ quæritur, non illud inspiciendum est an pater vel dominus, sed an filius vel seruus vsuras promiserit, & quidem per stipulationem, vt modò diximus: nec illud etiam exigimus, vt in rem patris vel domini versæ sint, quia nõ principaliter petuntur, sed tãquam accessiones sortis debitæ, & quæ creditoris lucro solẽt cedere, licèt cùm promissæ non sunt, non tam propter lucrum petentium quàm propter moram non soluentium infligantur *l. cùm quidam* 17. §. *si pupillo infr. de vsur.* Debebũtur itaque à patre vel domino si à filio vel seruo promissę sint: non debebuntur si nõ sint promissæ, quoniam actio de in rem verso stricti iuris est, in eóque differt ab actionibus mandati & negotiorum gestorum, quæ sunt bonæ fidei, & ex quibus id circo vt ex cæteris bonę fidei iudiciis vsurę omnimodo præstantur ex die moræ, quamuis non fuerint promissæ *l. mora* 32. §. *in bonæ fidei l. vsuræ* 34. & *seqq. de vsur.* Et quamuis actio de in rem verso aliquid simile habeat cum actionibus Mandati & Negotiorum gestorum quantum ad causam & materiam producendæ actionis: habet tamen omnia dissimilia in præstationibus, maximè verò accessionum, sicut & actiones cæteræ stricti iuris differunt à iudiciis bonæ fidei §. *in bonæ fidei* 26. & *seq. instit. de action.* est igitur optima, iuríque conuenientissima Marcelli distinctio.

a *Planè si contemplatione domini.* Rat. dvb. Nihil interest domini an eius contemplatione ac tanquam ipsius negotia gerens creditor pecuniam dederit, an verò seruo gerenti negotia domini cùm ponamus vtroque casu pecuniam in rem domini versam esse. Non ergo maior ratio est vt vno casu quàm alio vsuræ eius pecuniæ à domino debeantur vel non debeantur, siue iuris rigorem spectes, siue æquitatem.

Dec. Cùm quis pecuniam credit seruo gerenti negotia domini, non id agit vt dominum sibi obliget, nisi de in rem verso ex persona & contractu serui, ex qua actione cùm sit stricti iuris non potest vsuras petere à domino, nisi quæ à seruo promissæ sint, vt modò diximus: at cùm non seruo gerenti negotia domini: sed ille ipse gerens credit pecuniam, id agit proculdubio, vt dominum ipsum rectà & immediatè sibi obliget actione negotiorũ gestorum, quæ quoniam bonę fidei non stricti iuris est, vsurarum etiam non promissarum additamenta facilè admittit. Tantam igitur inter hos casus differentiam esse necesse est, quanta est inter actiones bonæ fidei & stricti iuris.

6 ¶ Versum autem sic accipimus, vt duret versum. Et ita demùm de in rem verso competit actio [a] si non sit à domino seruo solutum, vel filio. Si tamẽ in necem creditoris, [b] id est, perdituro seruo, vel filio solutum sit, quamuis solutum sit: definit quidem versum: æquissimum autem est, de dolo malo aduersus patrem, vel dominum competere actionem. Nam & peculiaris debitor [c] si fraudulenter seruo soluerit, quod ei debebat, non liberatur.

Ad §. 6. Versum autem.

Rat. dvb. Ex quibus causis daretur actio negotiorum gestorum ei qui absentis negotia gessisset, ex isdem datur actio de in rem verso ei qui cum filiofamilias vel seruo contraxit *l.* 3. §. *& regulariter suprà.* Atqui vt detur negotiorum gestorum actio, sufficit negotium vtiliter cœptum esse, nec illud etiam requiritur, vt vtiliter perfectum sit, tantùm abest, vt vtiliter perfectum durare oporteat, *l. sed an vltro* 10. §. 1. *& legib. seqq. sup. de neg. gest.* ergo neq; in actione de in rem verso exigere debemus, vt quod semel vtiliter & in rem patris vel domini versum est, versum duret: alioqui numquam satis tutus erit creditor si etiam futuros euentus præstare teneatur: quos nec alius quisquam præstare cogitur *l. quæ fortuitis* 6. *C. de pignorat. act. l. contractus* 23. *in fin. de fid. instrum.* Et verò si ad heredem semel aliquid & vel vno momento peruenisse sufficit, vt in perpetuum debeat licèt cõsumpto eo decesserit *l. videamus* 17. *supr. quod met. caus. l. cùm Prætor* 127. *de reg. iur.* quidni etiam ad inducendam actionem de in rem verso sufficiet, vel momento vno versum esse?

Dec. In toto ferè iure nostro ita comparatum est, vt nihil videatur factum quod non duret factum, vt videre est in specie *l. item eorum* 6. §. *penult. supr. quod cuiusq; vniuers. nomin. l. nam etsi* 15. §. 1. *de inoff. testam. l.* 2. §. *peruenisse infr. de hered. vel act. vendit. l.* 4. §. *tunc autem* 12. *infr. de vsucap.* maximè verò si de danda actione & inducenda quæratur. Requirit enim actio omnis præexistentem materiam, eámque certam & constantem, vt certa quoque & iusta possit esse actio. Quid enim esset absurdius quàm dari de in rẽ verso actionem eius pecuniæ nomine, quæ eo tempore quo ageretur iam versa esse desiisset? vt in ea specie, quam Vlpianus statim proponit, si quod in rem patris aut domini versum fuit solutum sit filio vel seruo: non igitur sufficit in rem versum esse nisi duret versum, sed de ea demùm duratione id accipiẽdum est, quæ ex natura & qualitate gesti negotij induci possit, vt putà si quod in rem versum fuerat, solutum posteà sit, vt in specie quæ sequitur, & in §. *penu. infr. hac lege*, nõ etiam de ea quæ per casum aliquem fortuitum impediatur, puta si frumentum ex creditoris pecunia comparatum ad alendam domini familiam & in horreo domini reconditum posteà corruptum sit aut arserit: his enim casibus id quod in rem versum est non minùs durare intelligitur, quia etiam hodie duraret si frumentum non intercidisset, neque casus hi fortuiti ad onus, & periculum creditoris pertinere debent *l.* 3. §. *vnde rectè dicitur & seq.* vbi diximus, *supr. ex l. si seruus* 31. *supr. famil. ercisc.* alia ratio est actionis negotiorum gestorum, ad quam nihil aliud requirimus, nisi vt negotium vtiliter geratur.

BIU Cujas

Vtiliter autem geritur, tum cùm vtiliter inchoatur. At in actione de in rem verso in rem versum esse oportet, vt actioni locus esse possit, nec sufficit in rem vertere aut cœpisse aut voluisse nisi in casu, *d.l.3.§.vl. supr.hoc tit.* Effectu autem in rem versum esse sufficit, non etiam euentu, vt in rem versum sit necesse est. Separandus enim est effectus ab euentu vt supradictis locis explicauimus. Alia item ratio est eius actionis quam dicimus in heredem dandam esse de eo, quod ex defuncti dolo ad eum peruenit. Satis enim est vel vno instanti ad eum peruenisse *d.l.cùm Prætor*, quia cùm iam heres sit, sufficit ad eum obligandum, vt non possit dicere nihil ad se ex dolo defuncti peruenisse. Hoc verò non potest dicere si vel vno momento ad eum quid peruenerit. Falsa enim est tota negatio, cuius contraria affirmatio vel vno momento vera est.

a *Et ita demùm de in rem verso competit actio.* RAT. DVB. Actio alicui iustè & ex facto suo quæsita, non potest ei inuito vel ignoranti alieno facto adimi, *l. Granius, 71.§.pen.infr.de fideiuss.* vt neque excepti, *l.vlt. supr.de pact.l.id quod nostrum, 11.l.non debet, 74.de regul. iur.* Atqui ponimus actionem de in rem verso iustè acquisitam fuisse creditori, quòd eius pecunia filiofamilias aut seruo credita in rem patris vel domini, versa fuerit, versaque duraverit. Ergo etiamsi postmodum pater filio, vel dominus seruo soluerit quod in rem versum fuit, non debet ea res nocere creditori, quo ignorante ea solutio facta est, quominus saluam retineat de in rem verso actionem. Alioqui eueniet vt facto suo liberet se pater aut dominus ab ignorante creditore, quod absurdum & iniquum videtur, *l.si seruum, 91.§. nunc videamus, infr.de verb.oblig.*

DEC. Ex contractu filijfamilias vel serui, qui mutuam accepit pecuniam, vt eam in patris aut domini rem verteret, & vertit, non obligatur dominus aut pater creditori de in rem verso nisi per mediam filij vel serui personam: Primus autem creditor patris vel domini filius ipse aut seruus est. Ergo cùm solutio modus naturalis sit tollendæ obligationis siue naturalis siue ciuilis, nec æquum sit eo vinculo manere obstrictum eum, qui soluere atque ita se liberare paratus sit, vt ex vtriusq; obligationis & ciuilis & naturalis diffinitione apparet, *l.cùm amplius, 84.§.is natura debet de regul.iur.& apud Iustin.initio tit.de oblig.& act.* non est prohibendus pater aut dominus filio vel patri soluere quod ei debet etiam inuito creditore, ne alioqui retineatur inuitus in obligatione, quòd esset iniquum, & quod dicitur neminem facto suo posse liberationem sibi acquirere, *d.§.nunc videamus*, ad hunc casum non pertinet, in quo per solutionem aut quid aliud simile solutioni, & æquipollens acquiratur liberatio, vnde & obsignationis remedium introductum est, vt tum quoque cùm creditor non vult accipere solutionem liberati: tamen debitor possit, *l.si creditrici, 6.l.acceptam, 19.C.de vsur.l.nec creditores, 10.C.de pignor.act.l. obsignatione, 9.Cod.de solut.* E contrario autem potest imputari creditori cuius pecunia in rem patris aut domini versa est, cur non citiùs & diligentiùs egerit de in rem verso, cùm pater aut dominus adhuc filij vel serui sui debitor esset, vt & in *l.3. C.de nouat.* nec aliud vnquam exigimus à debitore quisquis ille sit quàm vt soluat vero, & immediato creditori, & bona fide, non in fraudem & necem creditoris, vt sequitur in *textu, iunge l.quidam, 16.infr.*

b *Si tamen in necem creditoris.* RAT. DVB. Non pōt mala fide soluere qui soluit vero creditori. Id enim facit, quod iure siue gentiū siue ciuili facere illū oportet, siue naturalis tātùm, siue etiam ciuilis fuerit obligatio. Nam si ciuilis fuit, iniquū est impunè non soluere eū, quē Prætor, vt soluat, possit cogere, *l.quod autem, 6.§.apud Labeonē, infr.quæ in fraud.credit.* Si verò naturalis tātùm subest obligatio, quæ solo debitoris pudore ac rubore cōtineatur, vt de antiquis fideicōmissis scriptū est à Iustin.in §.1.*tit.de fideic.libert.* tantò minùs imputandum est debitori, qui soluit citiùs ne quasi perfidus erubescere diutiùs cogeretur, *l.cùm amplius, 84.§.is natura debet, de reg.iur.* Nō enim cōparatæ aut necessariè fuerūt actiones nisi aduersus perfidos, vt Theophil.in *tit.de actio.* scribit. Sic dicimus nō posse malæ fidei emptorē eū esse, qui emit à vero domino, nec si pecuniā det ei quē sciat statim perditurū ob id effici malæ fidei emptorem, *l.si quis cum sciret, 8.infr. pro emptor.* Ergo etiamsi perdituro filio vel seruo pater aut dominus soluerit: non ideò tamen mala fide, ac in necem creditoris solutum dici potest. Nam in eo quidem qui pecuniam credit minori fortè & adolescenti luxurioso ea distinctio recipi potest, at non similiter in eo qui soluit quod debet. Pecuniam enim credere non est necesse, at soluere quod debetur necesse est, vt eleganter ratiocinatur Paulus in *l. quòd si minor, 24.§.restitutio suprà de minor.*

DEC. Nemini permittendum est vt iuris sui prætextu alteri inferat iniuriam. Ius enim suum tueri quisque debet, nō iniuriam comminisci, *l.1.§.1.quod vi aut clàm*: & sic debet quisque condicionem suam meliorem facere, vt alterius non faciat deteriorem, *l.1.§.sed & fossas, de aqua & aquæ pluu.arcend.* In eámque causam inductum est à Prætore edictū fraudatorii, de quo in *tit.quæ in fraud.credit.* ad reuocanda sc. omnia quæcunq; in fraudem creditorum alienata quoquomodo, & gesta sunt. Atqui nihil fraudulentiùs facere potest pater aut dominus in necem creditorū filij, aut serui, quàm si perdituro filio pecuniā soluat aut seruo. Cùm ea ratione liberet se ab actione de in rem verso, nec tamen locupletius efficiat peculiū, vt quod per actionē de in rem verso consequi actor nō possit, per actionem de peculio consequatur. Ergo si tale quid pater aut dominus fecerit, i. perdituro filio aut seruo soluerit, liberabit quidem se à naturali obligatione, atq; ita faciet ne actione de in rem verso conueniri amplius possit, quia non durauit in rem versum. Necesse autem est vt duret versum, in id saltem vsq; tempus quo agatur de in rem verso, vt scriptum est *initio huius* §. Sed tamen æquissimum est in vicē actionis de in rem verso dari aduersus patrē vel dominum de dolo subsidiariam actionem, ne dolus patris vel domini noceat creditori, maneatque impunitus, quod ferendum nunquam est, *l.11.§.1. infr. de doli mali except.* Præsertim verò cùm non magis soluere filio vel seruo pater aut dominus cogi possit, quàm pecuniam credere, quod in aliis debitoribus diuersum est, *d.§.restitutio*: adeò vt sufficiat patri vel domino quod peculiaris debitor filij vel serui manere nolit, quasi hoc casu adempto eatenus peculio, *l.7.§.penult.& l.seq.in fin.supr.de pecul.* Quanquam non puto ea ratione perimi posse actionem de in rem verso: sed tantùm vera solutione. Cùm sola voluntas patris aut domini facere non possit, quominus in rem versum duret quod semel versum fuit, non magis quàm vt per nudam voluntatem procuratoris, aut tutoris, vel curatoris liberari possit debitor, qui alioquin per veram solutionem liberari potuisset, *l.22. C.de pact.l.4.C.de nouat.* Pla-

BIU Cujas

uat. Planè nec ademptio peculij dolo malo facta liberat patrem vel dominum ab actione de peculio, sed ita demùm si bona fide facta sit *l.1.§.1. sup.l.interdum 14.infr.hoc tit.l.summa cum ratione 21. & l. quis ergo 16.supr.de pecul.* Quantò minùs liberabit ab actione de in rem verso, quæ semper potentior est? nempe actio de peculio comparata est aduersus damnum creditoris, id est, ne creditor damnum sentiat, actio autem de in rem verso aduersus lucrum patris vel domini, vt scriptum est in §. *sequ.* id est, ne pater vel dominus lucretur ex creditoris damno & locupletetur. In necem verò creditoris solutio à patre vel domino facta videri debet, non vtique si perdituto filio vel seruo soluerit, sed si ea mente, vt propter solutionem perdituro factam creditor in damno maneret. Non enim fit fraus & dolus sine consilio fraudandi. Alius tractatus est de emptore qui emit à domino, sed quem sciebat pecuniam perditurum de quo in *d.l.si quis cum sciret 8. pro emptor.* Sed & obseruandum est in hac specie dolum non facere vt actio de in rem verso ex contractu serui quæsita, & per solutionem quamuis fraudulentam à patre factam extincta, reuiuiscat, quia in omnibus obligationibus & actionibus semel extinctis generale est, vt nunquã reuiuiscant *l. qui res 98.§. aream de solut.l.ob eam causam 9.infrà de præscript. verb.* & in hac quoque §.*penul. infrà.* Sed vt quasi omni alio auxilio cessante actio de dolo inducatur quæ sit creditori in vicem actionis de in rem verso, vt plenissimam indemnitatem consequatur, simile quiddam est in *l. seruus 20.supr. de dolo.* vbi contra dolosum dominum datur actio de dolo, quia neque actio de peculio competit, neque de in rem verso.

c *Nam & peculiaris debitor.* RAT. DVB. & DEC. eadem est quæ *ad versiculum proximè præcedentem,* nam & peculiaris debitor cùm verè debitor serui sit non est prohibendus ei soluere, vt acquirat sibi liberationem. Et tamen si in fraudem & necem creditorũ soluere velit, non est ei permittendum. Ideóque etiamsi soluerit non liberatur, vt hîc Vlpianus scribit. In quo tamẽ differt hic casus à superiore, in quo diximus dominum qui seruo soluit etiam in fraudem creditoris cuius pecunia in rem domini versa est liberare se ab actione de in rem verso, ideóque subsidiaria de dolo actione conueniendum esse. Cur verò tam variè? Nimirum quia fraudulatorium interdictum restituere potest obligationem debitoris peculiaris, vt perinde ac si non esset liberatus Pauliana conueniri possit *l. 1. §. vltim. & l.2.quæ in fraud. credit.* quæ porrò quoties competit, aut alia quæuis actio etiam restitutoria & extraordinaria, cessat de dolo *l.1. §.1.& §.ait Prætor & seq. supr. de dolo.* At non potest edictum fraudatorium restituere obligationem qua dominus seruo tenebatur ob pecuniam in rem domini versam, quia naturalis tantùm fuerat illa obligatio, nec actionem vllam contra dominum creditoribus serui acquirere poterat. Cùm tam peculiaris obligatio qua debitor extraneꝰ tenetur seruo, extraneum obliget domino actione directa siue ciuili siue honoraria ex illo serui contractu competente, perinde ac si dominus ipse contraxisset, *l.nec seruus, 41.supr. de pecul.* Ergo quod hîc dicitur peculiarem debitorem si in fraudem creditorum peculiarium seruo soluat nõ liberari, sic intelligendũ est, vt in effectu non liberetur, sed per Paulianam actionem in pristinam obligationem restituatur, nec proinde necessaria sit creditori contra peculiarem debitorem actio de dolo: quomodo necessaria est contra dominum qui per solutionem fraudulentam seruo factam liberauit se ab actione de in rem verso, quia non potest restitui actio illa de in rem verso contra dominum: quin restituenda sit in necessarium antecedens obligatio naturalis domini erga seruum extincta per solutionem: Quæ porrò obligatio restitui nunquam, vt diximus, potest, quia ea demùm obligatio per edictum Prætoris restituitur quæ actionem parere & restituere simul possit.

7 ¶ Si domini debitor sit seruus, & ab alio mutuatus, ei soluerit: hactenus non vertit, quatenus domino debet: quod excedit, vertit. proinde si, cùm domino deberet triginta, mutuatus quadraginta, creditori eius soluerit, vel familiam exhibuerit, dicendum erit, de in rem verso in decem competere actionem, aut, si tantumdem debeat, nihil videtur versum. nam (vt Pomponius scribit) aduersus lucrum domini videtur subuentum. Et ideo, siue debitor fuit domino, cùm in rem verteret, nihil videri versum: siue postea debitor esse domino cœperit, desinere versum, idémque & si soluerit ei. Plus dicit, etsi tantumdem [a] ei donauit dominus, quantum creditori soluit pro se, si quidem remunerandi animo, non videri versum: si verò alias donauit: durare versum.

Ad §.7. Si domini.

Subiiciuntur in hoc §. alia exempla superiori similia, in quibus id quod in rem versum est non durat versum, & ideo de in rem verso actio creditori denegatur. Primum exemplum est, si cùm seruus debitor domini iam esset ab alio pecuniam mutuatus sit, & domino soluerit. Ait enim Vlpianus dominum hactenus non vertisse quatenus debuit, id quod excedit vertisse. Proinde si cùm triginta deberet quadraginta mutuatus creditori soluerit domini sui vel familiam eius exhibuerit, non nisi in decem competere de in rem verso actionem.

RAT. DVB. Tota quadraginta in rem domini versa sunt cùm ex iis solutum sit creditori cui quadraginta debebantur, aut comparatum frumentum ex quo familia domini exhiberetur, *l.3.§.1.& §. vnde rectè dicitur supr.* Ergo per actionem de in rem verso tota quadraginta peti possunt.

DEC. Quod in rem versum est non tam versum quàm solutum intelligitur ad concurrentem vsque quantitatem illam quæ domino debebatur: semper enim dominus præuenisse & sibi priori soluisse intelligitur *l.sed si damnum 9. §. peculium & §. præterea in fin.l.ex facto 52.supr. de pecul.* Fitque hæc compensatio ipso iure eius quod sibi inuicem dominus

BIU Cujas

& seruus debent, & solutionis vim obtinet. Cùm verò fiat eius quod iam debetur, & ipso iure, apparet id quod seruus domino debuit facere, vt verum sit dicere in rem domini versum nihil esse, in quo differt hic casus ab illis in quibus seruus postea cœpit debere domino, vt sequitur in hoc §. Idque est quod ex Pomponio Vlpianus hîc scribit, per actionem de in rem verso subuentum esse aduersus lucrum domini, hoc est ne lucrum captet dominus ex damno creditoris: nullum autem sentire lucrum potest domin⁹ ex eo quod in rem ipsius versum est, etiamsi non teneatur de in rē verso cùm seruus tantumdem ei debuit, aut cùm fit compensatio ad concurrentem vsque debiti quantitatem, quia in lucro non est debitum quod soluitur. Nec fit locupletior qui debiti solutionem accipit, cùm pro pecunia quę soluitur amittat & alienet debitorem §. *vlt. vers. ideoque si debitor, inst. quib. alien. licet vel non.* Benè igitur infert Vlpianus si debitor seruus fuit domino, cùm pecuniam acceptam mutuam in rem domini verteret nihil videri versum, quasi compensatione debiti vtrimque ipso iure facta. Si verò posteà debitor domino esse cœperit desinere versum esse ob idque cessare actionem de in rem verso, quia non durauerit versum. Et hoc alterum exemplum est eius propositionis, quę posita est *in prin. §. præced.* versum non videri quod non durat versum. Parum enim differt hic casus ab illo de quo in *d. §. præced.* cùm dominus seruo soluit, quia & soluit ille qui cōpensat, & si quo casu compensationem ipso iure fieri verum est, certè tum maximè id obtinet cùm inter dominum & seruum res est aut inter patrem & filium inter quos neque actio vlla exerceri neque exceptio locum habere potest.

a *Plus dicit, etsi tantumdem.* RAT. DVB. Longè aliud est donatio. Aliud verò debiti solutio *l. hoc iure 19. §. si quis seruo infr. de donat.* ergo si dominus tātumdem donauerit seruo quantum pro se creditori seruus soluit, non potest videri solutum quod in rem versum fuerat, nec proinde desinit esse versum.

DEC. Multùm interest an dominus seruo donauerit remunerandi animo, an donandi. Priore casu non tam donatio quàm debiti solutio est, aut si donationem adhuc velis dicere, fatendum est esse donationem remuneratoriam, quæ nec verè donatio est, sed potiùs solutio debiti etiam quod naturaliter tantùm fuerit cōtractum non etiam ciuiliter *l. Aquilius Regulus 27. l. pen. §. 1. eod. titu. l. sed etsi lege 25. §. consuluit supr. de hered. petit.* Proinde hoc casu desinit in rē versum esse, quia quod in rem versum fuerat solutum intelligitur, vt & in specie *l. idēq; 10. §. vlt. inf. mādat.* Si verò aliàs donauit dominus, id est principaliter non remunerādi causa, vt Vlp. loquitur in *l. si verò nō remunerādi 12. in prin. eod. tit.* durat versum, quia mera donatio cū liberalitatē merā cōtineat, solutio debiti esse nō potest *d. l. hoc iure 19. §. si quis seruo de donat.*

8 ¶ Idem quærit, si decem in rem domini vertit, & postea tantamdem summam à domino mutuatus sit, habeat præterea & peculium decem, videndum ait, vtrùm desiit esse versum: an verò, quoniam est peculium, vnde trahatur debitum, de in rem verso non tollimus actionem: an potius ex vtroque pro rata detrahimus: ego autem puto, sublatam de in rem verso actionem: cùm debitor domini sit constitutus.

Ad §. 8. Idem quærit, si decem.

RAT. DVB. Cùm seruus in rem domini decem vertit quæ mutua acceperat, & postea tantamdem summam à domino mutuatus est si præterea decem habeat in peculio, habet vnde possit soluere, quod debet domino citra quantitatis in rem versæ compensationem, quia tantumdem detrahere ex peculio potest, nec proinde necessitas vlla subest cōpensandi debiti cum eo quod in rem versum fuit. Ergo dicendum est, non desiisse hoc casu in rem versum esse, ac proinde actionem de in rem verso superesse, nisi quis putet probabilius vt decem quæ debentur partim ex peculio, partim ex eo quod in rē versum fuit, detrahantur pro rata, secundum quam sententiā fiet, vt actio de in rem verso pro parte intercidat, & pro parte duret. DEC. Ex peculio non fit detractio eius quod domino debetur, nisi cùm dominus deductionis priuilegio vtitur, & sibi soluit: quod tū demùm facere intelligitur cùm incipit de peculio conuenire *l. sed si damnum 9. §. præterea in fin. supr. de pecu.* At compensatio eius quod in rem versum fuit cum eo quod seruus posteà domino debere cœperit fit ipso iure à quo instanti seruus debitor domini cōstitutus est. Priùs ergo solutio eius quod seruus domino debuit facta intelligitur ex eo quod in rē domini versum est, quàm ex peculio. Et consequenter quod in peculio est non impedit quominùs tacitæ cōpensationis iure id quod in rem versum fuerat solutum à domino videatur, atque ita actio de in rem verso tollatur: quæ sicuti difficiliùs inducitur quàm actio de peculio, ita & faciliùs tollitur, tanquam quæ nec adeò fauorabilis sit, nisi cùm captat dominus lucrū ex damno creditoris, quandoquidem nōnisi aduersus lucrum domini cōparata est, vt dicebamus in §. *præced.* Nullum autē domini lucrum est compensantis id quod sibi seruus debet cum eo quod à seruo in rē domini versum fuit ad concurrentem vsq; quantitatē. Neq; valde damnosa est creditori hæc sententia, qui quod per actionē de in rem verso consequi non poterit per actionem de peculio consequetur. Nec enim verendū est, vt conuentus de peculio dominus iterū detrahat ex peculio quod per compensationē versæ in rem suam pecunię iam sibi soluerit.

9 ¶ Idem quærit, si in rem tuam verterit, & debitor tuus factus sit, mox creditor eiusdem summæ, quam tibi debuit: an renascatur de in rem verso actio, an verò ex postfacto non conualescat. quod verum est.

Ad §. 9. Idem quærit, si in rem.

RAT. DVB. Si seruus in rem domini verterit decem quę à Titio mutua acceperat, deinde paris quantitatis

quantitatis debitor domino factus sit, mox creditor domini eiusdem summæ, videtur res in eum statum restituta, in quo erat eo tempore, quo actio de in rem verso competebat, quia compensatio fieri commodè potest earum quantitatum, quas & seruus domino, & vicissim dominus seruo posteà debere cœperit: idque videtur æquius, ne Titio sua de in rem verso actio auferatur, cùm non eò magis futurum sit vt in damno dominus moretur. Sunt enim facilè amplectendæ huiusmodi sententiæ, per quas fit vt neutra pars lædatur, *l. ex his, 8. in fi. infr. quæ in fraud. credit. l. seruus dotalis, 58. in fi. solut. matrim.* Quidni ergo actio de in rem verso, quæ creditori primùm quæsita, postmodum seruo debitore domini effecto sublata videbatur, eodem facto creditore conualescet ex postfacto? Nam & dici solet, facilem esse cuiusque rei reditum ad pristinam suam naturam, *l. si vnus, 27. §. pactus, ne peteret in fi. supr. de pact.*

DEC. Actio semel extincta nunquam reuiuiscit, *l. quires, 98. §. aream, infr. de solut. l. ob eam causam, 9. infr. de præscript. verbor.* quoniam, vt est in vulgari Philosophorum axiomate, à priuatione ad habitum non datur regressus. Atqui actio de in rem verso, quæ creditori ab initio quæsita fuerat extincta penitus fuit compensationis & solutionis potestate, à quo instanti cœpit seruus debere domino suo tantandem summam quantam in rem domini verterat, secundùm ea quæ in præcedentibus disputauimus. Ergo quamuis idem seruus posteà rursum fiat creditor paris quantitatis, non potest eò magis conualescere & reuiuiscere. Nouum namque in rem versum renasci necesse est, vt actio de in rem verso renascatur. Quod autem dominus qui ex causa versæ in rem suã pecuniæ debitor serui sui fuerat, posteà factus eiusdem serui creditor, atq; ita liberatus rursum debitor esse cœperit, non facit vt ea quoque pecunia, quam nunc debet, in rem domini æquè versa sit, aut vt quæ priùs in rem versa fuerat, non fuerit soluta, quorum alterutrum tamen ad inducendam actionem de in rem verso necessarium esset.

10 ¶ Idem tractat, an ex euentu possit in rem patris filius vertere veluti si duo rei, pater & filius fuerint, & filius mutuatus, suo nomine soluat: vel si filio iussu patris credidisti, & filius creditum tibi soluisset. mihi videtur, si quidem pecunia ad patrem peruenerat, videri in rem versum. quòd si non fuit, & suum negotium gerens filius soluit, non esse de in rem verso actionem.

Ad §. vlt. Idem tractat.

RAT. DVB. Cùm duo correi debendi fiunt, constat ambos insolidum obligari, & vnam eandémque videri omnium obligationem in solidum, *l. 2. l. 3. §. 1. & pass. infr. de duobus reis.* nec minus teneri eum ad quem pecunia non peruenit, quàm alium ad quem peruenit, *l. penult. C. eodem ill. tit. l. si non singuli, 5. C. si certum petatur*, & similiter vno soluente alium quoque liberari, *d. l. 2. & d. l. 3. §. 1.* cùm olim etiam sola electione liberarentur ante constitutionem Iustiniani in *l. vlt. C. de fideiuss.* Ergo si pater & filius correi debendi facti sint, & filius familias solus mutuam pecuniam acceperit, ex eáque communi creditori soluerit, dicendum videtur in rem patris versam esse pecuniam, cum ea solutione pater ab ea summa quam in solidum debuit in solidum sit liberatus. Non adhibita distinctione illa, quam tamen Vlpianus ex Pomponio hîc adhibet, an ad patrem pecunia primi creditoris peruenerat, nécne, vt priore tantùm casu solutio in rem patris versa videatur, non etiam posteriore.

DEC. Quisquis ex correis debendi totum soluit quod debetur, non pro correo: sed pro se qui solidum ipse debet soluere intelligitur, ideóque nec regressum vllum habet aduersus correum, ne quidem pro parte nisi remedium adhibeat & auxilium quod vnicum habet cedendarum actionum priusquàm soluat, *d. l. si non singuli, 5. l. si in rem, 12. C. si certum petat. l. 2. C. de duobus reis*, vbi hanc causam legendum esse, *nec soluisse*, pro eo quod vulgò legitur *exsoluisse*, iam alibi & sæpiùs docuimus, contra receptissimum interpretum omnium errorem, qui ex sola illa lege putant dandam correo aduersus correum pro virilis partis indemnitate actionem negotiorum gestorum: quod certè sicut falsissimum est, ita ex hoc maximè, §. manifestè conuincitur: si enim ita ius esset vt correus qui solidum soluisset, actionem aliquam haberet aduersus correum pro virilis partis repetitione. Consequens omnino esset, vt quamuis tota pecunia ad patrem non peruenisset, sed pro parte duntaxat, nihilominus actio de in rem verso, saltem pro parte dimidiæ creditori filij dari oporteret: quia dubitari non posset, quin versa in rem patris esset pecunia pro ea saltem parte, quam pater filio restituere obligatus saltè naturaliter esset, quod tamen in hoc §. apertè negatur. Ergo quamuis per eiusmodi solutionem à filiofamilias factam liberatus pater quoque sit, non tamen potest ea res inducere actionem de in rem verso, quasi versa in rem patris pecunia, quando ea patris liberatio non nisi per necessarias iuris consequentias contigerit, & ex euentu magis quàm ex consilio, cùm id ageret filius & agere deberet, vt seipsum potiùs quàm vt patrem liberaret. Iam autem sæpiùs monuimus non attendi ea quæ fiunt per consequentias, *l. 1. l. quod dicitur, 7. infr. de author. tutor.* nec si pater in consequentiam negotij à filio gesti locupletetur, aut dominus ex pecunia seruo credita vt in specie, *l. prox. infr.* Proinde quod ex euentu pecunia versa sit in rem patris, non dabit actionem de in rem verso creditori: sed ita demùm si patris magis quàm suam rem gerens filius pecuniam mutuam acceperit, vt eam patris quoque nomine solueret, idémque iuris est in alia specie quam Vlp. hîc coniungit, si filio iussu patris pecuniam credideris, & is creditum tibi soluerit. Etsi enim hac solutione similiter liberatus est pater ab actione, quod iussu, qua tenebatur insolidum suo nomine quasi & ipse contraxisset, *leg. 1. infr. tit. prox.* filius tamen primò & principaliter id egit vt seipsum liberaret, cùm & ipse obligatus in solidum esset, non vt patrem, qui non liberatur nisi per consequentias, *l. si quis cum filiofamilias, 44. supr. de*

BIU Cujas

pecul. Suum proinde negotium gerit hoc casu filius non paternum, & in rem suam vertit, non in rem patris, nisi ponas in hac quoque specie, vt & in superiore creditã priorẽ pecuniam ad patrẽ, aut totã, aut saltem pro parte peruenisse: quo casu æquè aut tota, aut pro parte in rem patris versa esse videbitur.

II. PAVLVS libro 30. ad Edictum.

QVod seruus in hoc mutuatus fuerit, vt creditori suo solueret: non erit in rem versum, quamuis actione de peculio liberatus sit dominus.

Ad l. Quod seruus, 11.

RAT. DVB. Seruus in hoc mutuatus pecuniam, vt creditori suo peculiari solueret, si soluat, liberat dominum ab actione de peculio, *l. nec seruus*, 41. *supr. de pecul.* Ergo facit eum locupletiorem. Fit enim locupletior quisquis à creditore & actione aliqua liberatur, *l. si pupilli*, 66. *in fin. de solut. l. species*, 11. *de acceptilat.* ac proinde videtur in rem domini vertisse, exemplo eius quod scriptum est in §. *quare potest dici legis præcedentis*, si filiusfamilias actionem de peculio, quasi defensor patris susceperit, teneri patrem de in rem verso tanquam factum locupletiorem, ob id quod per defensionem filij ab actione de peculio sit liberatus.

DEC. Seruus qui creditori suo peculiari soluit, se primò ac principaliter liberat ab obligatione naturali, qua creditori suo tenebatur *d. l. nec seruus*, dominum verò non nisi per consequentias; & quasi aliud agendo, vt ex eo magis apparet, quòd etiamsi maximè id ageret seruus, vt se tantùm, non etiam dominum suum liberaret, non eò minùs liberaretur dominus etiam inuito seruo, adeóque creditore, si creditoris quoque propositum illud fuisse poneres, vt ea pecunia in rem solius serui, non item domini verteretur. Non solent autem attendi quæ fiunt per consequentias, vt suprà proximè diximus; longè alia ratio est filij qui actionem de peculio, patris nomine, & quasi defensor eius suscepit. Is enim patrem solum ab actione de peculio liberat, non etiam seipsum, cùm in solidum creditori suo remaneat obligatus. Facit ergo patrem omnimodò locupletiorem, & quidem principaliter, & hoc tantùm agens, pro se verò nihil penitus ne quidem per consequentias. Non eadem in seruo tractari potest quæstio quæ in filio, in specie *d.* §. quare dici potest quia seruus pro domino iudicium accipere non magis potest, quàm pro alio, *l. seruus*, 6. *C. de iudic. l. cùm seruo*, 107. *de reg. iur.* Cùm vix certis ex causis permissum ei sit aduersus dominum consistere, *l. vix certis ex causis*, 53. *supr. de iudic. l. mulier*; 22. §. *non est dubitatum, infr. ad Senatusconsult. Trebellian.* Sed quæ in hac lege quæstio tractatur à Paulo de seruo, qui pecuniam mutuatus soluit creditori suo, & ita dominum ab actione de peculio liberauit, eadem æquè in filiofamilias tractari potest. Nam & filiusfamilias ex eâ pecunia, quam mutuatus est soluens creditori suo æquè liberat patrem ab actione de peculio, nec tamen in rem patris vertere pecuniam intelligitur: quia se primùm ac principaliter liberat, patrem verò non nisi per consequentias. Non ergo separanda est, hac parte, causa filij à causa serui, sed liberatio, quæ fit per solutionem creditori peculiari factam ab ea liberatione, quæ patri contingit suscepta per filium quasi defensorem patris actione de peculio.

12. GAIVS libro 9. ad Edictum Prouinciale.

SI fundum patri, dominóve emit seruus, vel filiusfamilias: versum quidem esse videtur. ita tamen: vt, siue minoris sit, quàm est emptus, tantùm videatur in rem versum, quanti dignus sit, siue pluris sit, non plus videatur in rem versum, quàm emptus est.

Ad l. si fundum, 12.

RAT. DVB. ET DECID. Ad hanc legem eadem ferè est, quæ ad *l. si res*, 5. *supr. hoc tit.* vbi eadem ferè sententia proponitur, si rem aliquam seruus emerit pluris quàm quanti re vera sit in rem domini versum esse quantum illud est, quod verum rei precium faciat, id est, vt in hac lege Caius scribit non quanti empta: sed quanti digna res est. Sed adhibita tamen distinctione si rem illam seruus emerit quasi necessariam, cùm non esset: Nam si necessariam rem emisset, totum rei precium formale quantum conuentum & solutum fuisset in rem versum diceretur. Secundùm quam distinctionem Caium quoque in hac lege intelligi debere dubitandum non est. Semper enim minùs plenæ leges, ex plenioribus, & amplioribus interpretationem accipere debent. Sed hîc apud Caium vicissim hoc amplius est, quod ille addit, & Vlpianus supradicto loco prætermisit, si pluris fundus sit quem seruus vel filiusfamilias patri aut domino emit, quàm quanti emptus est, non plus tamen videri in rem versum, quàm emptus est. In quo illa dubitandi ratio occurrit, quòd negari non possit quin dominus aut pater ex hac emptione tanto locupletior factus sit quanti re vera fundus est. Actio autem de in rem verso respicere solet lucrum, quod peruẽnit ad patrem vel ad dominum, cùm aduersus lucrum patris vel domini comparata sit, vt diximus in *l. si pro patre*, 10. §. *si domini supr.* Sed decidendi ratio est apertissima: quia non plus ex pecunia creditoris in rem patris vel domini versum dici possit quàm quanta fuit ea pecunia quæ creditori abest. Ea verò duntaxat quantitas ei abest, quam filiofamilias, vel seruo numerauit, nec quicquam ampliùs. Quod autem in precio fundi empti ampliùs est, quàm in quantitate pecuniæ creditæ non à creditore ad patrem vel ad dominum, sed à venditore

BIU Cujas

ditore peruenit. Non igitur prodesse debet creditori agenti de in rem verso, quæ actio licèt comparata dicatur aduersus lucrum domini, non tamen ita id intelligi debet, vt omne lucrum patri vel domino auferre debeat vndecunque prouenerit: sed sic potiùs ne lucrum vllum ex damno agentis creditoris penes patrem vel dominum manere patiatur. In proposito autem quicquid lucri penes patrem vel dominum manet, ob id, quod res empta pluris est, quàm quanti empta sit ex damno solius venditoris est, non etiam creditoris.

13. VLPIANVS libro 29. ad Edictum.

SI in rem alterius ex dominis versum sit: vtrùm is solus, in cuius rem versum est, an & socius possit conueniri, quæritur? & Iulianus scribit, eum solum conueniri, in cuius rem versum est, sicuti cùm solus iussit: quam sententiam puto veram.

Ad l. si in rem, 13.

RAT. DVB. Iniquum est in plures aduersarios distringi creditorem, qui cum vno contraxerit, *l. & ancillarum*, 27. §. *vltim. supr. de pecul.* nec habere illum electionem, cum quo ex dominis malit agere non minùs in actione de in rem verso, quàm in actione de peculio, secundùm Iuliani quoque sententiam ab eodem Vlpiano nostro relatam in *leg. si ex duobus*, 32. *eodem.* Ergo quoties plures domini sunt vnius & eiusdem serui, licèt non nisi in alterius ex dominis rem versum sit: dicendum tamen est alium quoque posse conueniri, de in rem verso, & quidem in solidum, præsertim si socij proponantur quomodo in *hac lege & seq.* etiam de sociis agitur. Societas enim facit, vt quod in vnius rem versum est, in rem quoque alterius versum esse intelligatur, propter communionem illam bonorum omnium quæ per societatem inducitur, *l. si noxali*, 11. §. *vlt. & legibus sequentibus supr. de pecul. iunct. l.* 1. §. 1. & *l.* 2. *infr. pro socio.*

DEC. Distinguenda est hac parte actio de peculio ab actione de in rem verso. Actio de peculio datur in solidum contra vnumquemque ex dominis, & quem velit creditor eligere. Ne, vt diximus, in plures aduersarios distringatur creditor, qui cum vno contraxerit, quique vniuersum serui peculium tanquam proprium ipsius patrimonium vbicunque, & vndecunque esset intuitus ac secutus est, *d. l. si ex duobus*, 32. *in fine principij, iunct. l. hinc quæritur*, 19. §. 1. *eodem.* At actione de in rem verso non alius teneri potest, quàm is in cuius rem versum est, quia is qui de in rem verso agere vult, non tam intueri debet peculium serui, quàm curiosus esse, in quam & in cuius rem pecunia vertatur, *l.* 3. §. *sed si sic accepit, supr. hoc tit.* Proinde si id egerit, & seruum id agere viderit, vt in vnius duntaxat ex dominis rem pecunia verretur, nihil causæ est cur actionem de in rem verso sibi dari postulet aduersus alium, in cuius rem versum nihil est, sufficitque vt saluam habeat & integram actionem de peculio. Nec quod in rem vnius ex dominis pecunia versa sit, bona consecutio est, vt in rem alterius quoque domini versa videri debeat, quamuis socij sint, nisi ponas contractam inter eos fuisse societatem vniuersorum bonorum, quod neque ponit hæc lex, neque ponendum est; sed habuisse tantùm illos indiuisam communionem in hoc seruo, ita vt ad hanc societatem non consensus: sed res eos coniunxerit, quomodo loquitur Paulus in *l. heredes*, 25. §. *non tantùm*, 16. *supr. familiæ erciscundæ.* Vnde & hîc & alibi sæpè socij appellantur. Adfert autem Vlpianus ex Iuliano simile accommodatissimum, si vnus ex duobus sociis iusserit cum seruo contrahi, alius non iusserit. Is enim solus tenebitur qui iussit, non etiam ille qui non iussit, *l. vlt.* §. 1. *infr. tit. prox.* quia ille qui cum seruo iussu vnius ex dominis contrahit personam duntaxat iubentis intuetur non personam eius qui non iubet: nec, quod illi sint socij facit, vt is quoque qui non iussit, iussisse videatur. In eóque similior est actio de in rem verso actioni, quod iussu quàm actioni de peculio.

14. IVLIANVS libro 14. Digestorum Marcellus notat.

INterdum & propter hoc: quod in rem alterius socij versum est: de in verso cum altero agi potest, qui conuentus, à socio petere potest id, in quo damnatus fuerit, quid enim dicemus si peculium seruo ab altero ademptum fuerit? Paulus: ergo hæc quæstio ita procedit, si de peculio agi potest.

Ad l. Interdum, 14.

Quod Vlpianus in lege præcedente scripserat ex Iuliano si plures sint domini eiusdem serui eum solum de in rem verso conueniri posse, in cuius rem versum est, non etiam alium in cuius vtilitatem nihil versum est, Marcellus in suis ad Iulianum notis, in hac lege docet regulare quidem id esse, sed non perpetuum. Aliquando enim contingere, vt propter hoc, quod in rem alterius socij versum est, de in rem verso cum alio agi possit, si modò is qui conuentus erit posteà repetere à socio possit id, in quo damnatus fuerit. Quid enim dicemus, inquit Iulianus, si peculium seruo ab altero ademptum fuerit?

RAT. DVB. Quod ab vno ex sociis peculium seruo ademptum sit, non debet socium onerare: quia nec facere ademptio potest, vt in eius rem versum aliquid sit, qui nullum ex contractu lucrum sentiat: quæ tamen tota huius actionis indu-

BIU Cujas

cendæ & concedendæ ratio est, cùm non nisi aduersus lucrum domini sit comparata, *leg. si pro patre*, 10. §. *si domini supr.* An verò alter socius lucratur aliquid ob id quod alius, in cuius rem pecunia versa erat, peculium seruo communi ademerit. Ergo ademptio peculij, quamuis faciat, vt de peculio agi ampliùs non possit, si modò bona fide facta sit & sine dolo malo, *l.* 1. §. 1. *supr. l. summa cum ratione*, 21. *&* *l.* 4. *supr. de peculio.* Inducere tamen actionem de in rem verso non potest, non magis quàm facere, vt quod in vnius duntaxat rem versum est, in rem quoque alterius versum sit.

DEC. Ex contractu serui communis certum est conueniri posse vnumquemque ex dominis actione de peculio etiam pro ea parte peculij, quæ apud alium est, ne in plures aduersarios distringatur, qui cum vno contraxerit, *l.* 2. *supr. de exercit. act.* quíque vniuersum peculium vbicunque, & vndecunque esset tanquam patrimonium serui intuitus est, *l. hinc quæritur*, 19. §. 1. *l. si ex duobus*, 32. *in fine principij de pecul.* Atqui cùm quis peculium ademit sine dolo malo fieri nullo modo potest, vt de peculio conueniatur, quia vbi peculiũ nullũ est ne quidẽ rei iudicandæ tempore, ibi nec de peculio actio esse potest, *l. quæsitum*, 30. *eod. l. seruus tuus*, 20. *supr. de dolo.* Ponimus autem totum peculium nõ penes eum fuisse, qui ademit, ita vt contra alium, qui non ademit & de in rem verso & de peculio agi possit. Necesse igitur est vt in locum & vicem actionis de peculio substituatur actio de in rem verso, contra eum qui ademit peculium: quia verum est in rem saltem vnius versum esse, nec electionem adimi creditori debere, contra quem velit agere: dum ne tamen plus consequatur actione de in rem verso, ab eo qui ademit peculium, quàm in fuerat ille præstaturus ex persona socij actione de peculio, si peculium non ademisset. Sic enim hæc Marcelli nota omnino accipienda est. Idque est quod ad Iulianum Paulus notat hanc quæstionem ita procedere, id est, non aliter quàm si de peculio agi non possit. Sed illud tamen præterea Marcellus requirit vt socius, qui ex persona socij de in rem verso conuenietur, possit à socio in cuius rem versum fuit petere id, in quo damnatus eius nomine fuerit. Nam si vel nihil vel minùs à socio consecuturus sit æquum non est vt socij nomine plus præstet quàm repetere ab eo possit, *l. quare*, 28. *iunct.* §. *vlt. legis præced. de pecul.* vbi vide quæ diximus. Sed potissimùm ne hîc longiores simus, videnda sunt quæ ad hanc legem ex professo scripsimus & ad *l. quis ergo*, 16. *supr. de pecul. lib.* 1. *Coniectur. iur. ciuil. c.* 9. Est enim quæstio per se difficilis & ab Accursio, cæterísque interpretibus malè percepta.

15. VLPIANVS libro 2. Disputationum.

SI filiusfamilias constituerit, quod pater debuit: videndum est, an de in rem verso actio dari debeat, atquin non liberauit patrem. nam qui constituit, se quidem obligat, patrem verò non liberat. planè si soluat post constitutum[a] licèt pro se videatur soluisse (hoc est ob id, quod constituit,) in rem tamen vertisse patris meritò dicetur.

Ad l. si filiusfamilias 15.

RAT. DVB. ET DECID. eadem est ad hanc legem, quæ ad *l. si pro patre*, 10. *in princip. supr.* Est enim vtriusque loci eadem quæstio, licèt non eadem omnino species. Ibi agitur de filiofam. qui pro patre primùm fideiussit, deinde soluit. Hic verò de filiofa. qui constituit se soluturũ quod pater debuit. Constitutor fideiussor non est. Fideiussor enim per stipulationẽ tãtùm obligatur, *l. blanditus*, 12. *C. de fideiuss.* Cõstitutor autẽ etiam per nudum pactum, *l.* 1. *& pass. sup. de pecun. constitut.* §. *de constituta Institut. de action.* Fideiussor non nisi iure ciuili obligatur. Constitutor autem iure honorario, *d.* §. *de constituta.* Fideiussor nunquam nisi pro alio obligatur. Constitutor autem etiam pro seipso, *l. heres à debitore*, 21. *infr. de fideiuss. d. l.* 1. §. *vlt. & legib. seqq. de pecun. constit.* Fideiussor denique ad aliud se obligare non potest quàm quod reus principalis debet, *l. Græcè*, 3. §. *illud de fideiussor.* At constitui aliud pro alio potest, sicut & aliud pro alio solui, *d. l.* 1. §. *an potest.* Propiùs enim ad solutionem accedit constitutum quàm fideiussio, adeò vt loco eius cui iam solutum est haberi debeat is, cui constituitur, *l. idem est*, 10. *eod. tit.* Sed quanquam inter cõstitutorẽ & fideiussorem pleræque sunt differentię. In multis tamen conueniunt, sed in eo maximè quod eorum obligatio accessoria est, & exigit necessariò aliquam principalem obligationem cui possit accedere, adeò vt neuter obligari possit duriùs quàm principalis debitor, quod accessionibus omnibus commune est, *d.* §. *illud*, possit tamen efficacius. Sufficit enim vel naturale debitum præcedere quod p ti non poterat, *d. l.* 1. §. *debitum, de pecun. constit. l.* 1. *l. stipulatus*, 6. §. *adhiberi, l. fideiussor*, 16. §. *fideiussor, de fideiussor.* Ita fit, vt neque fideiussor fideiubendo liberet debitorem, neque constitutor constituendo, sed tantùm soluendo, *l. vbi quis*, 28. *supr. de pecun. constitut. l. Lucius*, 38. §. 1. *infr. mandat. l. fideiussor*, 45. *de fideiuss.* vbi adddita negatione legendum omnino est *agere non posse.* In proposita igitur specie illud pro filiofamilias faciebat, vt etiam priusquàm soluerit actionem de in rem verso, habere deberet [suppositis nimirum terminis habilibus, aut contra patrem, si postea emancipatus filius fuisset, aut contra heredes patris, si prior pater aliis heredibus relictis decessisset] quod is constituitur habendus est pro eo cui solutum sit *d. l. idem est*, 10. *de pecun. constit.* Sed decidendi ratio in contrarium est: quia constituendo non liberauit patrem. Qui enim constituit se quidem obligat: sed eum tamen, pro quo constituit non liberat. In quo differt ab expromissore, qui quod alius debet promittit per stipulationem animo nouandi interpositam se soluturum. Itaque omni casu expromissor tenetur etiam post depositum officium, cuius contemplatione expromisit, non etiam constitutor, *leg.* 3. §. *in eum de administrat. rerum ad ciuitatem pertinen.* Ergo non ex solo constituto nasci potest actio de in rem verso.

a *Planè si soluat post constitutum.* RAT. DVBIT. Qui post constitutum soluit pro se soluisse videtur & suo nomine, id est, ob id quod ipse constituit potiùs quàm pro patre. Ergo nec liberare, patrem videtur

videtur, nec proinde in rē patris vertere. Quisquis.n. suo nō alieno nomine soluit, nunquam aliū liberat, *l. si quid possessor, 31. sup. de her. pet. l. Papinian⁹, 28. infr. mand.*

DEC. Non tam proxima & immediata causa solutionis inspicienda est, quæ ex constituto proficiscitur, quàm causa constituti aut fideiussionis & origo contractus, *l. tutor datus, 69. de fideiussor. l. qui id quod, 33. in princ. de donatio.* Atqui pro patre filius constituit, non pro seipso. Ergo in rem patris eam pecuniam, quam soluit, & quæ ad patrem peruenit, vertisse dicendus est, vt in *d. l. si pro patre in princip. & §. vlt. supr.*

16. ALPHENVS libro 2. Digestorum.

QVidam fundum colendum seruo suo locauit, boues ei dederat. cùm hi boues non essent idonei iusserat eos venire, & his nummis, qui recepti essent, alios reparari. seruus boues vendiderat: alios redemerat: nummos venditori non soluerat, postea conturbauerat. qui boues vendiderat, nummos à domino petebat actione de peculio, aut quod in rem domini versum esset: cùm boues, pro quibus pecunia peteretur, penes dominum essent. respondit, non videri peculij quicquam esse, nisi si quid, deducto eo quod seruus domino debuisset. reliquum fieret, illud sibi videri, boues quidem in rem domini versos esse: sed pro ea re soluisse tantum, quanti priores boues venissent: si quo amplioris pecuniæ posteriores boues essent, eius oportere dominum condemnari.

Ad l. Quidam fundum, 16.

RAT. DVB. Negari non potest quin boues, quos seruus emerat, & pro quibus à venditore pecunia petebatur, facti essent peculij, nec rursus quin versi essent in rem domini, cùm eos dominus adhuc penes se haberet. Ergo nec dubitandum est, quin actione de peculio peti precium eorum possit, vel etiam prout creditor elegerit actione de in rem verso.

DEC. Peculij nihil esse potest, nisi quod supereſt, & reliquum est deducto eo quod domino debetur, vt apparet ex diffinitione peculij posita in *l. depositi, 5. §. 1. supr. de pecul.* Atqui in proposita specie seruus qui priores boues minùs idoneos iussu domini vendiderat, eorum precium acceperat, atque ita debitor eorum precij factus fuerat. Ergo si non plus in peculio esset quàm quantum precium illud faceret actio de peculio posteriori venditori competere nulla poterat. Rursus nec de in rem verso, quia licèt boues posteriore loco venditi in rem domini versi essent. Pro iis tamen dominus tantùm soluisset, quanti priores boues fuissent, vnde fiebat, vt nec ab initio in rem domini versum quicquam dici posset, cùm iam antea seruus debitor domini constitutus fuisset secundùm ea quæ diximus ad *l. si pro patre, 10. §. si domini supr.* Consequens igitur est vt non aliter possit venditori actio aliqua competere quàm si posteriores boues amplioris pecuniæ & precij essent quàm ex pecunia precio redactum fuisset. Superfluum igitur duntaxat illud petetur, vtraque actione de peculio, & de in rem verso, vtram venditor elegerit: sed stultus fuerit si non eligat potiùs actionem de in rem verso, cùm paratam habeat versæ pecuniæ in rem domini, penes quem posteriores boues adhuc esse ponimus. Atque ita non minùs eleganter quàm subtiliter Alfenus Varus hîc respondit.

17. AFRICANVS libro 8. Quæstionum.

SEruus in rem domini pecuniam mutuatus, sine culpa eam perdidit. nihilominùs posse cum domino de in rem verso agi, existimauit: nam etsi procurator meus in negotia mea impensurus, pecuniam mutuatus, sine culpa eam perdiderat: rectè eum, hoc nomine, mandati, vel negotiorum gestorum actu-rum.

Ad l. Seruus, 17.

RAT. DVB. Quod seruus in rem domini pecuniam mutuatus eam sine culpa sua perdidit, facit duntaxat vt nihil ei imputari possit. Sed non efficit vt eò magis in rem domini versum quicquam esse videatur. Quomodo enim verti potuit in rem domini pecunia, quæ perdita fuerit. Ergo de in rem verso, cum domino agi hoc casu non potest.

DEC. Quod neque seruo, neque ei qui bona fide in rem domini credidit imputari aliquid potest, facere debet, ne possit æquum videri, vt creditor in damno maneat. Nam si nemini officium suum siue publicum, siue priuatum damnosum esse debet, *l. si seruus 61. §. quod verò infr. de furt. l. videlicet, 29. supr. ex quibus causis maior.* Quanto esset iniquius, vt ex beneficio suo damnum sentiet is, qui vltrò pecuniam suam seruo credidisset, ad bene gerenda negotia domini, & in rem quam sciuit domino vel necessariam prorsus vel saltem vtilem? Non enim ex euentu hæc diiudicanda sunt, sed potissimùm ex consilio, quoties creditor

BIU Cujas

eum curam & diligentiam adhibuit, quam debuit, vt in rem domini pecunia verteretur, *leg. 3. §. vnde rectè dicitur & sequentibus, & §. vltim. in fin. supr. hoc tit.* Nam & ex eadem æquitate fluxit actio negotiorum gestorum, quæ nec ei denegatur, qui pecuniam ab aliquo mutuatus, & eam in negotia mea vtiliter mox impensurus eam sine culpa sua perdiderit, vt neque procuratori actio mandati ex eadem causa denegaretur. Est enim regulariter bona comparatio procuratoris, negotiorum gestoris, & creditoris acturi de in rem verso, *l. 3. §. & regulariter, & §. sed si mutua, supr. iunct. l. si pupilli, 6. §. 1. l. liberto, 31. in princ. supr. de negot. gest.*

1 ¶ Cum Sticho vicario serui tui Pamphili contraxi. actio de peculio, & in rem verso, ita dari debet, vt quod vel in tuam ipsius rem, vel in peculium Pamphili versum sit, comprehendatur: scilicet etiam si mortuo, vel alienato Sticho, agatur [a] quod si, Pamphilo mortuo, agam [b] magis est, vt, quamuis Stichus viuat: tamen de eo, quod in peculio Pamphili versum est, non nisi intra annum, quàm is decessit, actio dari debeat. etenim quodammodo de peculio Pamphili tum experiri videbor. sicuti si quod iussu eius credidissem, experirer. Nec nos mouere debet, quod Stichus de cuius peculio agitur, viuat: quando non aliter ea res in peculio eius esse potest, quàm si Pamphili peculium maneat. Eadem ratio efficiet [c] vt id, quod in peculio Pamphili versum sit, ita præstari debere dicamus, vt priùs eius, quod tibi Pamphilus debuerit, deductio fiat. quod verò in tuam rem versum fuerit, præstetur etiam non deducto eo, quod Pamphilus tibi debet.

Ad §. 1. Cum Sticho.

RAT. DVB. Actio de in rem verso non datur, nisi de eo quod versum est in rem patris vel domini, *l. 1. in princ. l. si res, 5. §. quod seruus, supr. hoc tit.* Ergo si cum Sticho seruo vicario tui Pamphili contraxerim, & tecum agam de peculio & de in rem verso, id duntaxat in actione de in rem verso comprehendendũ erit, quod in rem tuam versum fuerit, non etiam quod in rem Pamphili, cùm Pamphili peculiũ quasi proprium ipsius patrimonium intelligi debeat à tuo separatum, *l. depositi, 5. §. vlt. l. si seruus, 17. supr. de pecul.*

DEC. Quod à Sticho vicario Pamphili versum est in peculium Pamphili in rem quoque domini versum esse intelligitur: quia quanto locupletius est Pamphili peculium, tanto locupletior dominus per Pamphilum factus esse creditur. Cùm peculij cuiuslibet accessio & decessio non alterius tandem quàm ipsius domini lucro vel damno cedat. Sed tamen non ita Africanus intelligendus est, quasi id quod ex pecunia Sticho credita versum est in rem Pamphili petendum sit per actionem de in rem verso, sed vt petendum sit per actionem de peculio, & quidem Pamphili non Stichi, vt sequentia huius §. demonstrant.

a *Scilicet etiamsi mortuo vel alienato Sticho agatur.* RAT. DVB. Mortuo vel alienato seruo, cum quo contractum fuit non nisi intra annum dari actio de peculio contra dominum solet, *l. 1. & tot. tit. prox. supr.* Atqui ponimus contractum fuisse non cum Pamphilo, sed cum Sticho vicario Pamphili. Stichum autem mortuum fuisse vel alienatum, licèt Pamphilus adhuc viuat, nec alienatus sit. Ergo non nisi intra annum de peculio agere possum contra dominum. Sic enim locus hic intelligendus est, id est, de actione de peculio, vt proximè diximus, nõ de in rẽ verso, quæ perpetua sẽper est, nec anno finitur, *d. l. 1. §. 1. l. si pro patre, 10. §. quare potest dici sup. hoc ti.* Nã & præcedẽtia verba sunt de actione de peculio, non minùs quàm de in rem verso, cùm sic Africanus scribit, *actio de peculio & in rem verso ita dari debet.*

DEC. Actio de peculio licèt detur hoc casu ex contractu Stichi, videtur tamen dari de peculio non Stichi, sed Pamphili, cùm in rem & peculium Pamphili versa pecunia sit. Pamphilus autem nec mortuus nec alienatus est. Ergo non tantùm de in rem verso actio, sed etiam de peculio hoc casu perpetua esse debet, non annalis, quamuis mortuus Stichus vel alienatus fuerit.

b *Quòd si Pamphilo mortuo agam.* RAT. DVB. Quamuis mortuus sit Pamphilus, actio tamen de peculio datur ex contractu & persona Stichi, qui fuit vicarius Pamphili: & quem Stichum ponimus adhuc viuere, nec alienatum esse. Ergo perpetua hoc quoque casu debet esse actio de peculio, non annalis. DEC. Non tam de Stichi quàm de Pamphili peculio agere hoc casu videor, licèt agam ex contractu Stichi: quia in peculium Pamphili versa pecunia est. Atqui actio de peculio illius, qui vel mortuus vel alienatus est, non nisi annalis esse potest, quæ summo iure omnino sublata & extincta esse deberet, *d. l. 1. §. meritò supr. titu. prox.* Ergo cùm ponamus mortuum Pamphilum, actio de peculio non nisi intra annum posteaquam decessit Pamphilus dari debebit. Itaque quod hîc Africanus scribit, *Etenim quodãmodo de pecul. Pãphili tũ experiri videbor*, nõ ad hunc posteriorẽ casum restringendũ est, quo decesserit Pãphilus, sed extendendum ad illum quoq;, de quo priùs dictũ est, quo Stichus mortuus vel alienatus sit, viuo adhuc Pãphilo. Vtroq. n. casu de peculio Pãphili, nõ de peculio Stichi experiri videor. Sed articulus *tũ*, qui solus dubitationẽ facit, referẽdus est ad eũ casum, quo pecunia Sticho credita in Pãphili peculiũ versa sit. Id. n. necessarium prorsus est vt verum esse possit, videri me de Pamphili peculio experiri siue Sticho siue Pamphilo alienato vel mortuo experiar. Alioqui de Stichi tãtùm nõ de Pãphili peculio experiri videbor siue Sticho siue Pamphilo mortuo experiar, & cõtrà q̃ in huius legis specie Africanus responderit, priore casu, id est mortuo vel alienato Sticho, erit actio de peculio annalis non perpetua; mortuo autem vel alienato Pamphilo, nihilominùs erit perpetua, non annalis. Idque ita esse, vt dicimus, id est, vt vtroque casu siue Sticho, siue Pãphilo mortuo, de peculio Pamphili expe-

BIU Cujas

experiri videar, ex eo apparet, qđ Africanus subiicit, *ſicut ſi quid iuſſu eius credidiſſem experirer.* Comparatur enim ille qui iubet cum eo in cuius rem verſum eſt, quaſi vterque contraxiſſe ipſe videatur *l. 1. in princip. ſupr. l. 1. infr. tit. prox.* Quemadmodum igitur ſi iuſſu Pamphili cum Sticho contraxiſſem, quamuis non poſſem experiri cum Pamphilo actione quod iuſſu, quia cum ſeruo nulla actio eſt, haberem tamen peculium Pamphili obligatum ob iuſſum ipſius, & tecum experiri poſſem ob iuſſum illud de peculio Pãphili, tametſi reuera contractum eſſet cum Sticho, quia & cum Pamphilo contraxiſſe viderer. Ita & cũ pecunia Sticho credita in Pamphili peculium verſa eſt, poſſum ob id quod in peculium & rẽ Pamphili verſum eſt agere tecum de peculio Pamphili ſi malim de illo quàm de peculio Stichi agere tanquam locupletiore. Sed hæc electio mihi conſeruanda eſt quandiu ambo viuunt Stichus & Pamphilus, quia vtriuſque viuentis peculium aliquod eſt, & alterum ab altero ſeparatum. Sed ſi Pamphilus mortuus ſit de ſolo Pamphili peculio agi poteſt, & quidem intra annum duntaxat, de peculio autem Stichi nullo modo, quamuis adhuc viuat, vt ſubiicit Africanus in *verſ. nec nos mouere debet.*

RAT. D V B. Peculium non moritur niſi ademptione, vel morte, vel alienatione, aut manumiſſione ſerui *l. peculium naſcitur 40. ſupr. de pecul. l. 1. ſupr. titu. prox.* Ergo nec actio de peculio cùm quamdiu peculium ſubſiſtit, tamdiu actionem quoq; de peculio ſubſiſtere neceſſe ſit. Proinde quãdiu Stichus viuit, licèt Pamphilus deceſſerit, actio tamen de peculio Stichi intercidere non poteſt. DEC. Peculium vicarij pẽdet à peculio ſerui ordinarij, quia ſicut ſeruus vicarius in peculio eſt ordinarij, ita & peculium eius *l. ſi ſeruus 17. ſupr. de pecul.* ergo extincto peculio Pamphili, quod per ipſius mortem contingit peculium quoq; Stichi extingui neceſſe eſt, & cõſequenter pecunia Sticho credita nõ aliter in eius peculio eſſe poteſt, vt eo nomine de peculio Stichi contra te agere poſſim, quã ſi peculiũ Pãphili maneat: nõ manet autem eo mortuo, niſi quod beneficio Prætoris per annum adhuc viuere creditur. Idem eſt ſi Pamphilus non mortuus ſit, ſed alienatus. Eadem enim hoc caſu mortis & alienationis ſerui ratio eſt, vt verba illa Africani probant *ſcilicet etiamſi mortuo, vel alienato Sticho agatur.* Cur ergo inquies loquens Africanus de Pamphilo ſcripſit *quòd ſi Pamphilo mortuo agã,* nec adiecit *vel alienato?* Puto, quia Pãphilo alienato diſtinguendum eſſet an alienatus eſſet cum peculio an ſine peculio, & an cum vicario Sticho necne, vt ſciretur quis de peculio Stichi etiam intra annum aut poſt annum teneri deberet, *l. ſi ex duobus 32. §. vlt. ſupr. de pecul.* quæ diſtinctio in Stichum alienatum nõ cadit quem non ponimus vicarium illum habuiſſe, ſed & alienãdi vicarij poteſtatem habet ordinarius, ſi liberam habeat peculij adminiſtrationem *l. ſi conuenerit 18. §. vlt. ſup. de pigno. act.*

c *Eadem ratio efficiet.* RAT. D V B. Hæc actio ſiue de peculio, ſiue de in rem verſo ita dari debet, vt quod in rem Pamphili non minùs quàm quod in rẽ tuam verſum eſt comprehendat, vt initio huius §. Africanus ſcribit. Nõ igitur vno caſu magis quàm alio deductio fieri debet eius quod Pamphilus tibi debuit. DEC. Quod in peculium Pãphili verſum eſt, non niſi cum ſuo onere videri poteſt verſum in rem domini, ac proinde oneris, ſi quod eſt, deductio fieri debet. Atqui peculium Pamphili nõ poteſt intelligi niſi deducto eo quod Pamphilus domino debuit: ea namque peculij diffinitio eſt, vt diximus ad legem præcedentem ex *l. depoſiti 5. in fin. & paſſ. ſupr. de pec.* quod autem Pamphilus debuit Sticho vicario & conſeruo ſuo, id proculdubio debuit domino *l. ſed ſi damnum 9. §. huic definitioni eod.* ergo in actione de peculio Pamphili id ex eo peculio deducendum eſt. Neceſt contrarium quod Vlpianus ſcribit in *l. ſi ſeruus 17. eod. tit.* Id quod vicario ſuo debet ſeruus ordinarius, non eſſe de peculio ſerui ordinarij deducendum, quia peculium vicarij in peculio ordinarij eſt. Subiecta enim ratio illa oſtendit tùm verè id dici cũ peculiũ vtriuſque manet, & ordinarij & vicarij, non autem cùm vtrumque extinctum eſt morte ordinarij, vt in *ſpecie huius* §. Nam & cùm ſeruus ordinarius vicario ſuo aliquid debere incipit, augetur hoc ipſo peculium vicarij, quemadmodum ſi dominus ſeruo ſuo debeat, vt ſcriptum eſt in *d. l. ſi ſeruus in fin.* quod igitur ſeruus ordinarius vicario ſeruo debuit, hoc ipſum, vt extincto vtriuſque peculio per mortem ordinarij, vt debeatur domino, & ex peculio ordinarij deducatur, neceſſe eſt. At quod in rem tuam verſum eſt, id actione de in rem verſo præſtare mihi omnimodo debes, id eſt etiam non deducto eo quod Pamphilus tibi debuit, nempe quia in actione de in rem verſo nihil eſt quod deduci debeat, id eſt, ne id quidem quod ſeruus qui in rem vertit, domino debuit, quia is qui conuenitur de in rem verſo, conuenitur eo colore quaſi ipſe contraxerit *d. l. 1. ſupr.* non autem ex perſona ſerui, quomodo in actione de peculio *l. neq; ſeruus 41. ſup. de pec.* & hæc totius legis huius alioquin ſubtiliſſimæ & ſatis obſcuræ ſententia eſt, ex qua intelligimus id quod initio huius §. ſcriptum eſt, ſi cum Sticho vicario Pamphili ſerui tui contraxerim actionẽ de in rẽ verſo ita dari mihi debere, vt quod vel in tuam ipſius rẽ, vel in peculium Pamphili verſum ſit, comprehendatur, non ſic accipiendum eſſe, vt propter id quod in peculium Pamphili verſum eſt agere contra te poſſim de in rem verſo: alioqui non finiretur anno ea actio, ne quidem mortuo Pamphilo, quoniam actio de in rem verſo ſemper perpetua eſt, ſed ita vt ob id quod in peculium Pamphili verſum eſt agere contra te debeam de peculio Pamphili, de in rem verſo autem de eo quod in rem tuam verſum eſt, itémque ſi malim de peculio: nam quiſquis agere poteſt de in rem verſo, agere poteſt etiam de peculio, quamuis non contra §. *præterea & ſeq. Inſt. quod cum eo qui in alien. poteſt. l. filiusfamilias 19. in fin. infr.*

18. NERATIVS libro 2. Membranarum.

QVamuis in eam rem pro ſeruo meo fideiuſſeris, quæ ita cõtracta eſt, vt in rẽ neam verſaretur: veluti ſi cùm ſeruus frumentũ emiſſet, quo familia aleretur, vẽditori frumenti fideiuſſeris: propiùs eſt tamen, vt de peculio eo nomine, nonde in rem verſo agere poſſis. vt vnius duntaxat in quoquo contractu de in rem verſo ſit actio, qui id ipſum credidit, quod in rem domini verſum eſt.

RAT. D V B. Cùm in eam rem pro ſeruo meo fideiuſſiſti, quæ ita contracta erat, vt in rem meam

BIU Cujas

verteretur, veluti si cùm seruus meus frumentum emisset, quo familia aleretur, creditori frumenti fideiusseris, dubitandum non est quin tenear tibi de in rem verso etiam priùs quàm ex eo frumento familiam meam aluerim *l.* 3. §. *vnde rectè dicitur suprà*, vbi ait Vlpianus actionem hanc sibi competere, etiamsi frumentum postea corruptum sit, vel arserit antequam familia ex eo aleretur, at nec illud negari potest quin etiam de in rem verso teneri debeam ei qui frumentum vendidit, & familiæ meæ diuisit. Duobus ergo ex eadem causa teneri me de in rem verso necesse est: nec proinde verum est quod Neratius in hac lege contrà scribit. Vnius duntaxat in quoquo contractu de in rem verso esse actionem, & quidem eius qui idipsum credidit, quod in rem meam versum est proximè ac immediatè, id est, eius qui frumentũ vendidit, non tuam qui pro me apud frumenti venditorem fideiussisti: nam imò verò si non potior & fauorabilior, saltem æquè fauorabilis: causa tua esse debet cùm prior in rem meam verteris fideiubendo. Atque ita Vlpianus contra Neratium concludit in *d. l.* 3. §. *vltim. supr.* Cuius sententiam Caius probat in *l.* 4. sed cum hoc temperamento, vt occupantis melior condicio esse debeat, quia vtrisque condemnari me de in rem verso iniquum esset: dissenserunt ergo in hac quæstione prudenter veteres, & alia Neratij, alia Vlpiani sententia fuit: dissentiendi verò causa vtrimque probabilis, vt pluribus à nobis tractatum est ad *dict. l.* 3. §. *vltim. & d. l.* 4. neque alia enarratione & explicatione hæc lex indiget.

19. PAVLVS libro 4. Quæstionum.

Filiusfamilias togam emit. mortuo deinde eo, pater ignorans, & putans suam esse, dedicauit eam in funus eius. Neratius libro Responsorum ait, in rem patris versum videri. in actione autem de peculio, quod in rerum natura esset, vno modo æstimari debere, si dolo malo eius, quo cum agatur, factum esset, atquin si filio pater togam emere debuit, in rem patris res versa est, non nunc, quo funerabitur, sed quo tempore emit. funus enim filij, æs alienum patris est. & hoc Neratius quoque, qui de in rem verso, patrem teneri putauit, ostendit, negotium hoc (id est, sepulturam, & funus filij) patris esse æs alienum, non filij, factus est ergo debitor peculij, quamuis res non exstet, vt etiam de peculio possit conueniri: in quam actionem venit, & quod in rem versum est, quæ tamen adiectio tunc necessaria esset, cùm annus post mortem filij excessit.

Ad l. Filiusfamilias 19.

Refertur à Paulo in hac quoque lege alia eiusdẽ Neratij sententia, & reprehenditur circa actionem de peculio in eleganti specie, in qua dabat Neratius contra patrem actionem de in rem verso quasi non posset locum habere actio de peculio, cùm tamen concludat Paulus posse actionem de peculio sufficere, neque necessariam esse de in rem verso, nisi cùm annus præterit aut aliter finita est actio de peculio. Quæstio est de filiofamilias qui togam emerat ex pecunia creditoris, quam togam pater ignorãs & putans suam esse in funus filij dedicauerat. Neratius putabat in rem patris versum videri. Ob id solùm quod dedicata esset in funus filij, vt & cętera omnia impensa in funus quod ad patris onus pertinet *l. & ideò* 7. §. *illud planè supr. l. funeris* 7. *sup. de religios. & sumpt. funer.* Funus autem filij sit æs alienum patris, non filij *l. in patrem* 21. *l. quòd si nulla* 28. *supr. eod. titul.* nisi cùm filiusfamilias castrense peculium habuit, aut quasi castrense *l. si filiusfamilias* 31. *eo. tit.* Cæterùm ob id quod togam filius emisset non putabat conueniri patrem posse, ne quidem de peculio. Ratione illa quod toga in rerũ natura esse desiisset, quod autem in rerum natura non est, vno tantùm modo, vnoque casu æstimari possit, viderique esse in peculio, scilicet si dolo malo eius, quo cum agatur factũ sit, vt in rerum natura esse desierit, *l. sed si damnum* 9. §. *præterea, l. summa cum ratione* 21. *supr. de pecul.* In proposito autem nihil tale dici potest de patre qui non dolo malo, sed ignorans & putans togam suam esse eam in funus filij dedicauit. Atque hæc ad Paulum pro Neratio dubitandi ratio est. Paulus verò in hac Neratij sententia duo reprehendit. Primum illud, quod putabat Neratius versam esse togam hãc in rem patris tunc tantùm cùm filius funeraretur, non etiam tùm cùm toga emeretur. Quid enim si pater filio togam emere debuit? Quidni ex eo die quo empta est in rem patris versam esse pecuniam dicamus? Ad eum scilicet vsque modum ad quem præstare vestimenta filio pater consueuerat, vt in *l.* 3. §. *proinde si seruus* 3. *supr. hoc tit.* Deinde quod dicebat Neratius ex hac causa de peculio actionem aduersus patrem non posse competere, propterea quòd toga in rerum natura esse desiisset absque dolo malo patris: nam cùm non nisi facto patris in natura esse desierit, tanquam ab eo in funus filij dedicata, & in id negotium, quod nec Neratius negabat æs alienum esse patris, non filij, id est, in funus & sepulturã filij (hac enim sola ratione mouebatur, vt in patrem de in rem verso actionem daret) cur non dicamus patrem cùm togam hãc in funus filij dedicauit, hoc ipso factum esse debitorem peculij quod etiam post filij mortem ad effectum actionis annalis de peculio durare adhuc, & viuere intelligitur? Quod si peculij debitor factus est, quidni etiam actione de peculio intra annum poterit conueniri? Nam quod diximus, & in quo Paulus cum Neratio consentit in rem patris togam hanc versam esse, licet alia atque alia ratione, non debet tollere actionem de peculio. Quandoquidem in actionem de peculio venit etiam id quod in rem versum est, & creditori commodius semper est agere de peculio cùm sufficiens & idoneum peculium est, quàm agere de in rem verso, vel ob hoc ipsum ne probare cogatur in rem

BIU Cujas

rem verũ esse, quod in actione de in rẽ verso semper probandum, & plerunque difficilis probationis est §. *præterea & §. cæterum instit. Quod cum eo l. ei qui 7. C. eod. tit.* Planè adiectio de in rem verso tunc necessaria esse potest & omnino est, cùm annus post mortem filij excessit. Alij enim casus vel adempti pecu-

lij, vel emancipati filij, ad huius legis tractatum non pertinent in quo ponimus, & mortuum filium familias, & funeratum. Cùm autem de peculio agi non potest ob id quod in rem versum fuit de in rem verso agendum necessariò est *l. 1. §. 1. l. si pro patre 10. §. quare potest dici sup.*

20. SCÆVOLA libro 1. Responsorum.

PAter pro filia dotem promisit: & conuenit, vt ipse filiam aleret non præstante patre, filia à viro mutuam pecuniam accepit, & mortua est in matrimonio. respondi, si ad ea id, quod creditum est, erogatum esset, sine quibus aut se tueri, aut seruos paternos exhibere non posset, dandam de in rem verso vtilem actionem.

Ad l. Pater pro filia 20.

RAT. DVB. Patre filiam marito collocatam non alente certum est onus illud ad maritum pertinere, qui & ob eam causam habere dotem intelligitur, Pro oneribus scilicet matrimonij *l. pro oneribus 20. C. de iur. dot. l. si is qui Stichum 56. §. 1. infr. eod. ill. tit.* Proinde licèt pater qui pro filia dotem promisit conuenerit, vt ipse filiam aleret, attamen patre id non præstãte videtur in rem mariti non minùs quàm patris versa esse pecunia quæ ad alendam & exhibendam vxorem impensa est, exemplo eius quod Pomponius scribit in *l. quòd si nulla 28. supr. de relig. & sumptib. funer.* Si nulla dos defunctæ mulieris fuit, necilla heredes vllos habeat, neque rursum pater soluendo sit maritum in quantum facere potest funeraria conueniri posse & debere, ne iniuria eius videretur eam quæ quondam ipsius vxor fuisset insepultam relinqui. Quanto igitur magis patre nulla filiæ alimenta præstante maritus alimentis quotidianis verecundiam quoque pulsantibus, vt Papinianus loquitur in *l. pecuniæ 8. de alim. vel cibar. legat.* vxori viuæ præstandis adstringatur? Nec sanè credibile est maritum cùm vxori suæ, vt se aleret mutuam pecuniam dedit tam eo animo id fecisse, vt socerum suum de in rem verso sibi obligaret, quàm vt vitæ vxoris suæ, atque ita suæ dignitati consuleret, ne vxorem fame perire pateretur. Satis ergo ei esse debet quod ex pacto dotali socerum habeat obligatum de alimentis filiæ præstandis, vt plenissimam ex ea causa indemnitatem consequatur. Nec actio de in rem verso in hac specie aut competere, aut accommodata esse videtur.

DEC. In rem patris haud dubiè vertitur quicquid in alimenta liberorũ quæ pater præstare debuit, impenditur, dum ne probabilis, & consuetus modus excedatur *l. 3. §. proinde si seruus supr.* Item quod ad alendam & exhibendam domini familiam *d. l. 3. §. 1. & §. vnde rectè dicitur.* Quænam enim patrifa. aut necessaria, aut vtilis & honesta impensa esse potest, si hæc non est? Atqui in proposita specie ponimus patrem cùm filiam nuptui collocaret, ac pro ea dotem promitteret conuenisse, vt filiam suam ipse aleret, vt & in specie *l. seq.* quæ eadem esse videtur, vt lex est eiusdem Scæuolæ, licèt amplioribus verbis concepta. Nec noua vel absurda conuentio est. Etsi enim vxorem alere maritus debet, id tamen tùm verè dicitur cùm dotem ab ea, aut eius nomine ab alio accepit. Hic verò pater dotem non dederat, sed tantũ promiserat, nullúmq; interim commodum ex dote ad maritum peruenerat, puta vsurarum in id vsque tempus præstandarum quo dos marito solueretur. Quę iusta nec infrequens pactio est quoties interim maritus obstrictus est perferendis oneribus matrimonij, ne diuersa interpretatio fructum dotis ab oneribus matrimonij separet, vt loquitur Vlpianus *in l. cùm pater 11. de pact. dotal.* Cùm ergo neque dotem vllam marito pro filia pater dederit, neq; vsuras dotis, sed tantùm dotem promiserit, quidni filiam alere ex pacto dotali debuit? Quo non facto si filia, vt se aleret, aut seruos paternos exhiberet mutuam accepit pecuniam siue à marito ipso, siue ab alio, an potest negare pater versam esse pecuniam in rem suam? Ergo neque recusare debet quominùs de in rẽ verso conueniatur, vtili saltem actione. Quid enim patris interest an à marito, an ab extraneo filia mutuam pecuniam acceperit? aut an actione de in rem verso vtili, an directa ex pacto dotali? De illo tantũ dubitari potest cur non nisi vtilem actionem de in rem verso det Scæuola in hac specie: cũ directa quoque cõpetere videretur, marito nõ minùs quàm extraneo, ne deterioris conditionis sit maritus, quàm extraneus. Nisi dicamus eas dubitãdi rationes quas attulimus videri facere, vt directa actio non possit hoc casu competere, quia actio de in rem verso cùm sit ipsa actio de peculio, vt diximus ad *l. prox. præced.* non videtur competere, nisi quamuis alia deficiẽte, siue ciuili, siue honoraria *l. hinc quæritur §. vlt. l. & antillarum 27. §. vlt.* vbi diximus *supr. de pecul. & §. prox. infr.* Sed non facere tamen quin vtilis danda sit, aut potiùs, quia de familia quoque exhibita tractat Scęuola, dicendum est idcò directam actionem de in rẽ verso hoc casu non competere quod maritus pecuniam mutuam simpliciter vxori dedisset, id est, non ea mẽte, vt vel in vxoris vel in familiæ soceri alimẽta impenderetur, quo casu quia creditoris voluntas & intentio non concurrit, directa actio de in rem verso contra patrem competere non potest, cùm nõ habuerit maritus animum soceri obligãdi, sed vxoris tantùm, ne alioqui actus operetur vltra intẽtionem agentis contra *l. non omnis 19. supr. de reb. credit.* Id enim est quod Scæuola significat in *d. §. prox. infr. iis verbis, si cum in rem pupilli daretur id in rem eius versum est.* Idque apparet euidentius ex *l. prox. infr.* vbi cùm eadem species tractetur de patre qui dotem filiæ promiserat, & conuenerat, vt ipse filiã aleret, ponit Scæuola maritum mutuos nummos vxori dedisse, cùm iustè putaret, inquit, patrem eius ministraturum tãtum salarium quantum dare filiæ instituerat. Ergo non animo patris obligandi quem filię ministraturũ pecuniam putabat, nec vt in rem patris pecunia verteretur. Datur tamen vtilis, quia verum est effectu ipso versam esse in rem patris pecuniam, & erogatã esse ad ea fine quibus, aut se tueri filia, aut paternam filiam exhibere non potuisset. Alioqui locupletaretur pater ex iactura generi, si indemnitatem ei actione de in rẽ verso præstare nõ teneretur. Præsertim cũ pactum dotale nihil de alenda familia patris expressisset, quod nec mariti onus esse potuit. Non igitur eo minùs teneri pater de in rem verso debet quòd

BIU Cujas

pater ex pacto, vt filiam aleret obligatus fuit. Imò tanto magis quòd conuento eo & condemnato per actionem de in rem verso, futurum est, vt ab obligatione illa pacti dotalis, aut ipso iure, aut quod tutius est, vt in *l. qui seruum* 34. §. 1. *de oblig. & act.* saltem ope exceptionis liberetur, si fortè maritus indemnitatē pleniſſimam vtili actione de in rem verso cōsecutus adhuc ex dotali conuētione ob non exhibitam à socero vxorē agere velit. Improbus. n. sit gener, si bis idem à socero consequi velit *l. si quis dolo* 51 *in fi. de re iudic.* Et ita responsum hoc Scæuolæ omnino supplendum & intelligendum est.

1 ¶ Seruus absentis reipublicæ causa, pupilli seruis pecuniam credidit, subscribente tutore, stipulatione in personam tutoris translata, quęsitum est, an aduersus pupillum competat actio? respondi: si cùm in rem pupilli daretur, id in rem ius versum est, & quo magis actu seruorum confirmaretur: tutor spopondit: posse nihilominus dici, de in rem verso cum pupillo actionem fore.

Ad §. 1. Seruus absentis.

RAT. DVB. Non datur honoraria actio de in rem verso, vt ne alia vlla de peculio quoties aliqua competit præsertim ciuilis, & ex stipulatione. Frustra enim qui habet actionem ciuilem desideraret honorariam *l. 1. supr. de Public. in rem act. l. hinc quæritur* 19. §. *vlt. l. & ancillarum* 27. §. *vlt. supr. de pecul.* Atqui cùm seruus siue absentis Reipublicæ causa siue alterius, pupilli seruis pecuniam credidit, vt in rem domini pupilli impenderetur, eoque nomine subscribente tutore stipulatio interposita est, & in tutorem ipsum translata, qua spopondit ille se soluturum & eam pecuniam restituturum, competit certi condictio ex stipulatione domino serui stipulantis contra tutorem pupilli qui subscripsit, & promisit, quamuis quasi tutor subscripserit, vt scilicet saltem quasi tutor teneatur *l. si non subscripsisti* 15. *C. de admin. tutor.* Ergo non est ex hac eadem causa danda actio de in rem verso contra pupillum, cùm creditoris indemnitati possit esse consultum per actionem quæ ei competit aduersus tutorem, tutori autem per actionem tutelæ, si quod in rem pupilli versum est pupilli rationibus inferre velit, aut quod pro pupillo soluerit, ab ipso repetere *l. 4. §. vltim. infr. de euict. l. si fundus* 13. §. 1. *de reb. eor. qui sub tutel.*

DEC. Potest fieri, & in dubio ita præsumendum est, vt tutoris subscriptio & sponsio interuenerit, nō vt ille transferret in se obligationem pupilli nouandi animo, & actionem de in rē verso perimeret, sed potiùs vt actus ille acceptæ in rem pupilli pecuniæ magis ac magis confirmaretur. Ergo non debet illa subscriptio & promissio tutoris facere, vt eo minùs danda sit in pupillum actio de in rem verso, si pecunia & in rem pupilli data sit, & in rem eius versa sit. Ne alioqui inducta ad confirmandam obligationem, eam infirment & destruant, contra *l. legata inutiliter* 14. *de admin. legat. l. 1. §. si filius emancipatus de bono. possess. contr. tabul.* Nec enim is qui quasi tutor, non etiam quasi fideiussor subscripsit, conueniri potest nisi tanquam tutor *d. l. si non subscripsisti, l. vltim. supr. de instit. act.* Pupilli autem nihil interest, an indemnitatem creditori præstet immediatè per actionem de in rem verso, an per mediam tutoris personam, & tutelæ actionem. Sic dicimus si tutoris iussu seruo pupilli creditum sit, & ex vtilitate pupilli fuerit creditum dandam esse in pupillum actionem: non quidem quod iussu, quia nihil pupillus iussit: sed quod iussit tutor *l. 2. infrà, tit. proxim.* Sed si alia subscribentis tutoris mens fuit, tenebitur etiam pupillus actione non tantùm de in rem verso, sed quod iussit tutor *d. l. 2.*

21. IDEM libro 5. Digestorum.

FIliamfamilias duxit vxorem, patre dotem promittente, & conuenit inter omnes personas, vti eam pater, aut ipsa se tueretur. maritus ei mutuos nummos dedit, cùm iustè putaret, patrem eius ministraturum tātùm salarium: quātum dare filiæ suæ instituerat. eos nummos illa in vsus necessarios sibi, & in seruos, quos secum habebat, consumpsit: aliquantum &, cùm ei res familiares creditæ essent, ex pecunia mariti in easdem causas conuertit, deinde priùs, quàm pater salarium expleret, moritur filia, pater impensam recusat. maritus res mulieris retinet. Quæro, an de in rem verso aduersus patrem actio competat. Respondit, si ad ea id, quod creditum est, erogatum esset, sine quibus aut se tueri, aut seruos paternos exhibere non posset, dandam de in rem verso vtilem actionem.

Ad l. vlt. Filiamfamilias.

Accidit hîc Scæuolæ, quod in *l. filiofamilias* 54. & *l. vltim. suprà, de pecul.* vt eandem speciem & quæstionem tractauerit in libris Responsorum & Digestorum. Nam in hac lege quæ est Scæuolæ libro quinto Digestorum eadem species & quæstio proponitur, quę libro primo Responsorum, vnde sumptū est principium legis proximè præcedentis. Idem ergo Triboniano quoque accidit quod in illo titulo *de peculio*, vt duas eiusdem sententiæ leges in hoc quoque titulo proponeret, contrà quam à se factum

BIU Cujas

factum gloriatur in *Constitutione de confirm. digest.* Est autem species huius legis multo latiùs & diffusiùs proposita quàm in *l. prox. supr.* & quæ seipsam cum supradicta lege apertiùs explicat: ponit enim creditam esse à marito pecuniam vxori, non animo socerum obligandi, sed cùm iustè putaret, fretus scilicet dotali conuentione, patrem ministraturum filiæ tantum salarium, quantum filiæ suæ dare instituerat. Addit, eos nummos illam in vsus necessarios sibi & in seruos quos secum habebat consumpsisse aliquantum, & cùm ei res familiares creditæ essent ex pecunia mariti in easdem causas conuertisse, deinde priùs quàm pater salarium expleret, mortuam esse filiam, patrem impensam recusare, maritum res mulieris retinere. Sed ad quæstionem vtroque loco propositam, an de in rem verso aduersus patrem actio competat. Respondet iisdem prorsus verbis quibus in *d. l. prox. præced.* Si ad ea id quod creditum est, erogatum esset, sine quibus aut se tueri aut seruos paternos exhibere non posset dandam de in rem verso vtilem actionem. Ergo quod scriptum est initio *dictæ legis prox. præced.* ex hac lege supplendum est, quod ad facti circumstantias pertinet, vt iuris ratio bene intelligatur.

QVOD IVSSV.

Ad TIT. IV.

VLPIANVS libro 29. ad Edictum.

MERITO ex iussu domini in solidum aduersus eum iudicium datur. Nam quodammodo cum eo contrahitur, qui iubet.

Ad l. 1.



AT. DVB. Cùm seruus contrahit etiam iussu domini, non ideò tamẽ dominus contrahit, sed seruus, qui porrò contrahendo non potest obligare dominum nisi de peculio, vel de eo quod in rem domini versum est *l. nec seruus 41. supra, de pecul.* Ergo non potest nec debet hoc casu dominus in solidum obligari, sed tantùm de peculio, vel saltem quatenus in rem domini versum est. Nam & is qui agit de in rem verso, agit eo colore vltra quàm in peculio sit, quod ille in cuius rem versum est quasi contraxisse videatur *l. 1. supra titul. prox.* nec tamen ideò in solidum conuenitur is qui de in rem verso tenetur.

DEC. Is qui iubet cum seruo contrahi, contrahere ipse videtur. Nihil enim interest an per se quis aliquid faciat an per alium *l. 5. §. quòd si quis de admin. tutor. l. si quis 7. §. vltim. supr. de iurisdict. l. cùm iussu 64. de solut.* atqui si dominus ipse contraheret, nemo dubitaret quin obligaretur in solidum non adhibita distinctione quantum esset in peculio aut in rem versum, meritò igitur in dominum qui iussit actionem hanc Quod iussu Prætor in solidum induxit. Nec simile est quod dicimus eum quoque in cuius rem versum est contraxisse videri. Sensus enim est, eatenus videri contraxisse, quatenus in rem versum est non simpliciter. At is qui contrahi iubet contrahere absolutè intelligitur. Ergo in solidũ se obligat quatenꝰ iubet. Nam & sic dicimus eum qui mandat deiici videri deiecisse *l. hoc iure 152. de reg. iur.* & eum dare damnum qui iubet dare *l. is damnum dat 169. eod.* Sed adieci quod necessariò adiiciendum est *quatenus iubet*, quia si fortè iusserit dominꝰ credi seruo cẽtum, & creditor ducenta crediderit, non habebit actionem Quod iussu nisi in centum. Et hac parte bona potest esse comparatio actionis Quod iussu & de in rem verso, quoniam sicuti is in cuius rem versum est contraxisse ipse videtur quatenus versum est, ita & qui iussit contraxisse intelligitur eatenus duntaxat, quatenus iussit, *l. 3. infr. hoc titul.* Vnde fit vt aliquo casu plenior possit esse actio de in rem verso quàm quod iussu, putà si iusserim seruo meo, vt à te centum mutua acciperet, tu verò credideris ei ducenta quæ tota in rem meam versa sint. Habebis enim me obligatum actione quod iussu in centum duntaxat; actione verò de in rem verso in ducentis. Sæpius tamen accidit, vt plenior sit actio quod iussu quàm de in rem verso, quia non semper in rem vertitur, quod iussu domini creditur. Itaque quod dicimus, eum qui iussit in solidum obligari sic accipiendum est, vt ad eam vsque quantitatem quam dominus iussit obligetur in solidum, licèt aut nihil, aut minùs sit in peculio, aut in rem verso, & habent se inuicem actiones de in rem verso & quod iussu, vt excedentia & excessa.

2 ¶ Iussum autem accipiendum est: siue testato quis, siue per epistolam, siue

verbis, aut per nuntium: siue specialiter in vno contractu iusserit, siue generaliter: & ideò & si sic contestatus sit, *Quod voles cum Sticho seruo meo negotium gerere periculo meo*: videtur ad omnia iussisse, nisi certa lex aliquid prohibet[a].

Ad §. 1. Iussum autem.

RAT. DVB. Quemadmodum non quicumque dicit, spondeo, obligatur ex sponso, vt est apud Varronem *lib. 5. de ling. Latin.* Sed is demùm qui stipulanti adhibita solennitate verborum spopondit, vt appareret seriò rem agi & animo contrahendæ ciuilis obligationis quæ parere actionem posset *l. iuris gentium 7. §. quod ferè supr. de pact.* Ita & ad inducendam actionem Quod iussu contra dominum quæ faciat, vt ex contractu serui in solidum conueniri possit quatenus iussum est, videtur tale iussum requiri de quo dubitari non possit, quin seriò interuenerit, vt dominus obligaretur, quasi & ipse cõtraxisset. Quale est si testato, id est præsentibus & conuocatis in eam rem testibus quis iusserit cũ seruo suo contrahi aut coram verbis claris & expressis, aut etiam si voles per epistolam à domino iubente subscriptam, at non etiam per nuncium, ne facilè sit falsò nuncio fingere iussum quod nullum sit, nec rursus per verba illa generalia, *quod voles cum Sticho seruo meo negotium gere periculo meo*, (lego enim *gere* non *gerere*:) sunt enim hæc verba generalia plerumque captiosa, & mala interpretatione trahuntur facilè ad incogitata, nisi liberalitatem & iussionem captiosam interpretatio prudentum frangat, vt in *l. cùm Aquil. sup. de transact.*

DEC. Actio Quod iussu nascitur ex voluntate iubentis. Nulla enim videri potest iniuria fieri ei qui semel voluit *l. in diem 9. §. 1. infr. de aqua & aquæ pluu. arcend.* Voluntas autem declaratur, non minùs per nuncium & per epistolam, quàm per testationem aut stipulationem quę certam verborum solennitatem habeat. Ideoq; contractus omnes qui consensu perficiuntur etiam per nuncium & epistolam recte fiunt *l. 1. §. vlt. de contr. empt. l. 1. locat. l. 2. de oblig. & action.* Maximè verò mandatum *l. 1. §. 1. infr. mandat.* quod ad iussum propiùs accedit *§. sed et si mandauerit infr. & l. vlt. in fin. hoc tit.* Debétque sibi imputare is qui iussit, si verbis generalioribus, nec ad vnum specialiter contractum se restrinxerit, sed generaliter ad omnes contractus, vt in suprascripta formula iussum suum porrexerit. Nihil enim vetat iuberi quem ad omnia, vt cum filiofamilias vel seruo alieno contrahat, cum quo non aliter fuisset contracturus, & debuit is qui iussit melius sibi prospicere cùm in ipsius potestate esset legem apertiùs dicere, ex regula *l. veteribus 39. suprà, de pact. l. Labeo 21. infr. de contr. emption.*

a *Nisi certa lex aliquid prohibet.* Hæc verba redolent proculdubio Tribonianum respicientem, ni fallor, ad constitutionem Imperatorum Honorij & Theodosij in *l. vlt.* Quod cum eo quæ prohibet ne domini per seruos colonos conductores, procuratores, actoréve possessionum actione ista Quod iussu, nisi speciale iussum adsit credendę certę pecuniæ, quamuis etiam familiares epistolæ commendatitiæ dominorum interuenerint. Nam quod nõnulli adferunt, non esse permissum seruo aut filiofamilias, tametsi liberam habenti administrationem peculij, vt donet, quia donare sit perdere *l. contra 28. §. vlt, supr. de pact. l. filiusfamilias 7. inf. de donat.* omnino alienum est ab hoc tractatu, in quo non de potestate illius, qui iussus est, sed de voluntate tantùm iubentis interpretanda agitur. Neq; verò dubitandũ est, quin etiam donare seruus vel filiusf. possit, quamuis liberã peculij administrationem non habeat, si modo pater aut dominus iusserit, quia eo casu non tam seruus, aut filius quã pater ipse aut dominus donasse crederetur *l. mortis causa 11. l. tã is 25. §. 1. de mor. caus. do.*

2 ¶ Sed ego quæro, an reuocare hoc iussum, antequam creditor, possit. & puto, posse, quemadmodum si mandasset, & postea ante contractum contraria voluntate mandatum reuocasset, & me certiorasset.

Ad §. 2. Sed ego quæro.

RAT. DVB. Nulla videri potest fieri iniuria ei qui semel voluit, vt modò proximè dicebamus ex *l. in diem 9. §. 1. de aqua & aquæ pluu. arcend.* Debuit enim is qui iussit meliùs secum deliberare antequam iuberet an iubere expediret, vt de donatore scriptum est in *l. si quis argentum 35. §. vlt. C. de donat.* Neque verò facilè Prætor aut ciuilis legislator istam ferre potest inconstantiam *l. in causa 27. supr. de procurat.* Ne ludibrio leges esse videantur ei qui primùm iubet, deinde iussum reuocat, vt Iustin. loquitur in specie *l. vlt. §. vlt. C. de bon. quæ liber.* etiamsi res adhuc sit integra.

DEC. In eo quod ex voluntate pendet, liberum cuique est mutare voluntatem quandiu res integra est, id est dum ne mutatio illa voluntatis damnum aut iniuriam alicui adferat. Quid enim voluntati nostræ tam conuenit, quàm vt sit libera, & ad mortem vsque si nihil aliud obstet ambulatoria? *l. 4. infr. de adim. legat.* Ideóque voluntas posterior in liberis actibus primam perimit, nec nocet voluisse si nunc nolis *l. 1. §. si quis adita l. filij 6. §. 1. infr. ad S. C. Tertyll.* Inde est quod mandatum cui iussum simillimum, & proximum est, reuocari potest contraria voluntate, antequàm secutus sit contractus, & dum adhuc res integra est *§. rectè instit. de mandat. l. si verò 12. §. penult. l. si mandassem 15. infr. eod. ill. tit. l. si quis mihi 25. §. pen. de acquir. hered.* dummodo certioretur ille qui alioquin ex mandati reuocatione deciperetur, & damno afficeretur *d. l. si mandassem.* Imò & interdum sufficit, vt quis iustam causam habeat suspicandi reuocationẽ mandati, vt in *l. si cùm Cornelius 82. de solut.* Ergo & qui iussit seruo credi pecuniam reuocare iussum potest, antequã credatur pecunia, si modò nihil adhuc interfit eius qui iussus est. Quid enim si à debitoribus suis qui vsuras fortè pendebant, pecuniam exegerit, vt eam seruo tuo crederet? Non erit tibi permittẽda reuocatio si non indemnitatem offeras & præstes, ne alioqui dãno afficiatur *d. l. si mandassem*: debueras. n. reuocare antequam ipsius quicquam interesset. Alioqui sera & intempestiua reuocatio est. Sed nec sufficit reuocasse, nisi certioretur de reuocatione is qui iussus est *l. si quis seruo 18. l. qui hominem 34. §. si Titium.*

Ad §.

BIU Cujas

3 ¶ Sed & si mandauerit pater, dominúsve: videtur iussisse.

Ad §.3. Sed & si mandauerit.

RAT. DVB. Aliud est mandare, aliud iubere. Verbum enim *mando* semper habitum est pro verbo obliquo & precario §. *vltim. Instit. de singul. reb. per fideic. relict.* verbum autem *iubeo* directum fuit, & imperatiuum quando sumitur pro *impero*, licèt possit etiam latinè accipi pro *cupio*, vt cùm dicimus, *iubeo te saluere*, ad quod respiciens Tribonianus dixit esse fortè directum in *l. 2. C. commun. de legat.* Ergo vt quis ex hac parte edicti teneatur quod iussu, iubere illum & imperare oportet, non mandare. Nam & de iussu, non de mandato verbis edicti prætorij cautum est *l. 1. & 2. supr. quod cum eo.* Et fuerunt proculdubio prima illa edicti verba quod iussu, quæ huic actioni vt & titulo nomen dederunt.

DEC. Cùm Prætor hanc partem edicti & actionem quod iussu proposuit, non tam ad *iubendi* verbum respexit quàm ad iubentis voluntatem quibuscunque verbis declaratam, ex qua deinde contractus secutus sit vt & in *l. vbi pure 19. §. 1. ad SC. Trebell.* Atqui voluntas illa non minùs mandato patris vel domini, quàm iussu declaratur. Cùm mandatum quoque præcedat, sicut & iussum *l. si quis mihi bona 25. §. iussum, & §. sed quid si mandauit infr. de acquir. hered.* Ergo & si pater dominúsve mandauerit cum filio vel seruo contrahi, iussisse videbitur. Denique iubentes mandantibus æquiparantur in *l. vlt. in fin. infr. hoc tit.*

4 ¶ Sed & si serui chirographo subscripserit dominus, tenetur quod iussu.

Ad §. 4. Sed etsi serui.

RAT. DVB. Iussum præcedere semper debet actum qui iubetur sicut & mandatum *l. si quis mihi 25. §. iussum de acquir. hered.* Subscriptio autem sequitur semper non præcedit. Ergo non potest pater vel dominus teneri quod iussu ob id solùm quòd filij vel serui chirographo subscripserit.

DEC. Subscriptio adhibetur in ipso negotio & contractu, dátq; perfectionem contractui: nam & qui subscripsit, omnia in instrumento contẽta scripsisse intelligitur, & adprobasse *l. sicut 8. §. non videtur infr. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.* dum ne quasi testis subscripserit *l. si pater 6. C. de fideiuss. l. mutuæ 14. C. si cert. petat. l. si non subscripsisti 5. C. de admin. tutor.* Pater ergo qui tanquam pater subscribit instrumento filij mutuam pecuniam accipientis, aut dominus qui tanquam dominus instrumento serui iubere intelligitur, nec recusare potest quominùs actione quod iussu in solidum teneatur: sunt itaq; paria ista patrem vel dominum aut iubere, aut mandare, aut subscribere *l. 3. Cod. quod cum eo.* quia sufficit patris vel domini iussum aut voluntatẽ quamlibet in ipso cõtractu & negotio interuenire, nõ posteà *d. §. iussũ.*

5 ¶ Quid ergo, si fideiusserit pro seruo ait Marcellus, non teneri quod iussu: quasi extraneus enim interuenit. neque hoc dicit ideo, quòd tenetur ex causa fideiussionis: sed quia aliud est iubere. Denique idem scribit, etsi inutiliter fideiusserit, tamen eum non obligari, quasi iusserit quæ sententia verior est.

Ad §. 5. Quid ergo.

RAT. DVB. Qui fideiubet, iubet vt verbum ipsum fideiubendi, & fideiussionis formula ostendit, Fide tua esse iubes; ergo si dominus fideiusserit pro seruo tenetur quod iussu.

DEC. Is demum dominus obligat se actione quod iussu qui tanquam dominus iubet contrahi cum seruo, at is qui fideiubet pro seruo iubet tanquam extraneus: Id enim facit quod extraneus quilibet facere potest; iubere autem cum seruo contrahi alius quàm dominus non potest. Aliud ergo est iubere, aliud fideiubere: itaque non distinguemus an dominus qui pro seruo fideiussit teneatur ex ea fideiussione vt extraneus quilibet an non teneatur: nam etsi tenetur regulariter ex stipulatione cùm pro seruo fideiussit, ideóque nec quæstioni locus esse potest an honoraria actione quod iussu conueniri possit, aut alia de peculio qui ex stipulatione & directa ciuili actione conueniri potest: si tamen ponas inutiliter eum fideiussisse, fortè ob non adhibita stipulationis fideiussoriæ verba solemnia (est enim solemnis actus fideiussionis *l. sciendum 36. de verb. oblig.*) non eo magis tenebitur quod iussu quasi iusserit. Estq; hic casus vnus ex ijs in quibus si non valet quod ago vt ago, non valet vt valere potest. Nempe quia actio quod iussu requirit iussum & voluntatem domini tanquam domini iubentis contrahi cũ seruo non tanquam cum alio quolibet, sed tanquam cum seruo.

6 ¶ Si ratum habuerit quis, quod seruus eius gesserit, vel filius, quod iussu actio in eos datur.

Ad §. 6. Si ratum.

Iam monui ad *l. si res 5. §. quod seruus supr. tit. prox.* corruptum esse hunc §. & addita negatione sic legendum, *si ratum habuerit quis quod seruus eius gesserit, vel filius quod iussu actio non datur.* Nam si verborum constructionem spectemus non habent verba illa *in eos* ad quos referantur cùm in præcedentibus non nisi in singulari numero dictum sit *si quis*, cui consequenter scribendum erat, *in eum.* Deinde falsum est quod ad hoc edictum pertinet iussisse videri eum qui ratum habet, cùm ratihabitio semper sequatur; iussum verò semper præcedere debeat *l. si quis mihi 25. §. iussum infr. de acquir. hered.* Annon enim esset perabsurdum & ridiculum iubere me tibi vt facias quod iam feceris? Fateor ratihabitionem æquiparari mandato: quæ tota ad hunc locum dubitandi ratio est ex *l. semper qui non prohibet 60. de regul. iur. iũct. l. hoc iure 152. §. vlt. eod. l. vlt. Cod. ad SC. Maced.* Sed id obtinet in iis in quibus nihil refert quid prius aut quid posterius fiat, & quoties voluntatem ratum habentis quandocunque

BIU Cujas

interuenire satis est. Quod non contingit in actione quod iussu, quæ non aliter locum habere potest quàm si dominus iusserit contrahi, ergo ante contractum, non posteà. Ita enim verba edicti concepta sunt. Nihilne igitur secuta ratihabitio proderit si fortè nullo iussu præcedente seruus contraxerit, nec in rem domini quicquam verterit? Imò prodesse debebit ad hoc vt dominus teneatur, & conueniri possit, non quidem quod iussu, sed tamen de in rem verso ac si versum in rem totum fuisset, quamuis nulla in rem versi probatio nisi ex ratihabitione proferatur. Atque ita Vlpianus noster cuius hæc lex est, in eodem ipso libro 29. ad Edictum, disertè scribit in *d.* §. quod si seruus, nec vllum hac de re dubitandi locum relinquit. Obseruandum autem est poni speciem & quæstionem hanc mediam inter duas alias in quibus non datur actio, quod iussu, vt tanto apertiùs intelligamus nec in hac specie dandam esse. Quamuis videam interpretes omnes contrà sentire, motos ex eo tantùm, quod vident ratihabitionem regulariter æquiparari mandato, nec animaduertentes speciale esse in hoc casu, vt non æquiparetur propter verba & rationem Edicti. Et certè si dubitatum est an præcedens mandatum iusso æquiparari hoc casu deberet §. *sed & si mandauerit supr.* quis fetat in ratihabitione quæ non nisi mandato æquiparatur, idem iuris esse? Iunge *l. prox.* §. *vltim. infr.* ex quo loco apparet omnia quæ ad actionem quod iussu inducendam necessaria sunt debere ab initio interuenire nec posse ex postfacto accedere.

7 ¶ Si pupillus dominus iusserit, vtique non tenetur nisi tutore auctore iussit.

Ad §. 7. Si pupillus.

RAT. DVB. Pupillus licèt tutorem habeat non eo minùs rerum suarũ dominus pleno iure manet: tutores enim pupillis dantur vt pupillos ipsos eorúmq; patrimonia tueantur, non vt eos spolient *l. qui fundum* 7. §. *si tutor infr. pro emptore. l.* 1. *& pass. infr. de tutel.* Atqui edictum hoc vt det actionem quod iussu, nihil aliud exigit, nisi vt dominus iusserit cum seruo contrahi, nec distinguit an dominus impubes sit, nécne: ergo dicendum est pupillum quoque si tanquam dominus iusserit teneri quod iussu, quãtis non authore tutore iusserit: neque enim distinguere debemus vbi prætor non distinguit *vulg. l. de precio supr. de Publician. in rem act.*

DEC. Obligari nullo modo pupillus potest sine tutoris authoritate quoties obligatio ex persona nõ ex re venit *l. obligari* 9. *& pass. de author. tutor.* Atqui iussum domini ex hoc edicto dominum obligat & quidem in solidum, etiam si neque in peculio quicquam, neque in rẽ versum sit, vt diximus ad principium *huius legis.* Ergo non potest obligari pupillus ex hoc edicto nisi tutore authore gesserit: & sanè parum est quod pupillus sit dominus cùm non habeat ius rerum suarum administrandarum *l. iusiurandum quod* 17. §. 1. *supr. de iureiur.* Dominum namque in hoc edicto prætor eum intelligit, qui de se rebúsque suis obligandis liberum arbitrium habet vt in *l. in re mandata* 21. *Cod. mandat.* qualis certè pupillus non est nisi cùm tutoris authoritas interuenit. Potest enim pupillus omnia facere tutore authore etiam ex quibus deteriorem condicionem suam factus sit *l. potuit* 5. *Cod. de iur. delib. l. in negotiis* 5. *de regul. iur. l.* 4. *in fin. infr. de euict.* sed sine tutore, meliorem tantùm condicionem suam facere potest, deteriorem nullo modo potest præsertim vt se obliget *d. l. obligari.* Aliud est si tutoris solius iussu, pupilli seruo creditum sit. Tunc enim datur actio quod iussu, & quidem contra pupillum ipsum, sed non actio quod iussu, quæ daretur si pupillus tutore authore gessisset, at actio quod iussit tutor *l.* 2. *in princip.* vbi dicemus *infr.*

8 ¶ Si iussu fructuarij erit cum seruo contractum, item eius, cui bona fide seruit: Marcellus putat, quod iussu dandam in eos actionem: quam sententiam & ego probo.

Ad §. 8. Si iussu.

RAT. DVB. Prætor in hoc edicto pollicetur daturum se actionem in solidum ex iussu domini aduersus dominum ipsum, vt initio *huius legis* scriptum est. Atqui nec fructuarius, nec bonæ fidei possessor dominus est, cùm vsusfructus nihil aliud sit quàm ius alienis rebus vtendi fruendi *l.* 1. *supr. de vsufr.* & rectè dicamus fundum totum nostrum esse, etiam cuius vsusfructus ad alium totus pertinet *l. rectè ditimus* 25. *de verb. signific.* consistit enim in iure, non in parte dominij, licet rei emolumentum contineat *l. Mœuius* 66. §. *fundo de legat.* 2. *l. si à reo* 70. §. *si reo de fideiuss.* Bonæ fidei possessor autem quisquis est hoc ipso fatetur se non esse dominum, quia verus dominus possidet iure suo, non autem sola bona fide *l. bonæ fidei* 48. *de acquir. rer. domin. l. qui scit* 25. §. 1. *& vltim. infr. de vsur.* Ergo nec si iussu fructuarij vel bonæ fidei possessoris cum seruo contractum sit, danda est contra eos actio quod iussu.

DEC. Prætor in edicto locutus est de iussu eius qui habeat in potestate, vt constat ex verbis edicti quæ recensentur in *l.* 2. *supr. Quod cum eo.* Atqui & fructuarius & bonæ fidei possessor habent quodammodo seruum in potestate, non quidem iure dominij, sed quod ad hoc pertinet vt ex seruorum contractibus & de peculio & de in rem verso obligentur *l. sed in emptore* 13 *l. sed si duo* 15. *l. hinc quæritur* 19. §. 1. *l. si ex duobus* 32. *in princip. & pass. supr. de pecul.* Latius enim patet potestatis nomen quàm dominij *l. quoties* 21. §. *Prætor ait & seq. l. si seruus* 22. §. 1. *l. si noxale* 27. *& pass. supr. de noxal. act.* Ergo multo magis dicendum est posse & fructuarium & bonæ fidei possessorem ex serui cõtractu in solidum obligari. Fit enim multo clarius nulla iniuria ei qui ex suo iussu in solidum conuenitur, quàm ei qui ex contractu inito se ignorante conuenitur vel de peculio, vel de in rem verso, cùm is qui iubet contrahi, contrahere ipse quodammodo videatur, vt in diximus in principio huius legis.

9 ¶ Si

9 ¶ Si curatore adolescentis, vel furiosi, vel prodigi iubente, cum seruo contractum sit: putat Labeo dandam quod iussu actionem in eos, quorum seruus fuerit. Idem & in vero procuratore[a]. Sed, si procurator verus non sit, in ipsum potiùs dandam actionem, idem Labeo ait.

Ad §. vlt. si curatore.

RAT. DVB. Neque adolescentis, neque furiosi vel prodigi curator dominus est, sed tantùm administrator bonorum domini: ergo ex eorum iussu non est danda, quod iussu actio in adolescentem vel furiosum vel prodigum, sed aut contra neminem, aut contra eos ipsos, qui iusserunt. Nam nec alij contraxisse videri possunt quàm qui iusserunt, non illi etiam qui non iusserunt, vt scriptum est in initio *huius legis*.

DECIS. Omnes hi curatores domini quidem non sunt: sed tamen dominorum loco habentur: quia ius administrandarum rerum eis competit, & agendo rem in iudicium deducunt, non etiam adolescens ipse aut furiosus, aut prodigus sine curatore, *l. iusiurandum, quod* 17. §. 1. *& seq. iunct. l. tutor pupilli*, 35. §. 1. *supr. de iureiur.* Ad causam enim administrationis maximè pertinet, vt quis cum seruo contrahere vel iubeatur, vel non iubeatur. Quanquam in curatore adolescentis paulò difficiliùs hoc videtur, quia non sicuti curator furiosi vel prodigi datur etiam personæ: sed bonis tantùm. Qua ratione fortassis de solo tutore, & furiosi vel prodigi, non item de adolescentis curatore tractat Paulus, in *d. l. iusiurandum, quod* §. 1. vt ibi scripsimus. Sed tamen non est hac parte separandus curator adolescentis ab aliis curatoribus: quia, vt dixi, ad bonorum, non ad personæ administrationem hæc res pertinet, vt euenit in institoria quoque actione, *leg. cuicunque* 5. §. *vlt. supr. de institor. act.* Nec malè cum istis contrahitur, sicuti nec cum tutoribus, ita vt curator quoque adolescentis solus, & agere & conueniri possit, *l. 2. infr. de administrat. tutor.* Quamuis longè tutiùs sit cum minore ipso contrahere adhibita curatoris authoritate, quàm cum curatore sine minore, nisi quòd etiam curatori minoris sine minore solui rectè potest, *l. ait Prætor*, 7. §. 1. *supr. de minor.* Neque verò ius hoc damnosum est adolescentibus, aut prodigis, aut furiosis cùm si quid in iubendo factum sit à curatoribus contra ipsorum vtilitatem de eo regressum habituri sint aduersus ipsos curatores, actione negotiorum gestorum. Nec vllorū magis interest quàm minorum, furiosorum, & prodigorum ita ius constitui, ne alioqui peculiaria eorum negotia facilè aut deferantur penitus, aut saltem negligantur. Dabitur autem his casibus non actio, quod iussu simpliciter: sed quod iussit curator vt in *l. prox. infr.*

a *Idem & in vero procuratore.* RATIO DVBITANDI ET DECIDENDI eadem est, quæ ad sententiam præcedentem. Nam nec procurator domini dominus est quantumlibet verus procurator sit. Sed tamen domini loco est etiam ad obligandum dominum, si modò non excedat fines mandati, qui diligenter custodiendi semper sunt *l. diligenter 5. infr. mandat.* Alioqui falsus procurator esse intelligitur non minùs, qui mandati fines excedit, quàm qui mandatum prorsus nullum habet, cùm in eo in quo excedit, nullum habeat. In eum igitur hoc casu danda erit actio, quod iussu, vt ex Labeone Vlpianus hîc scribit. Ne impunè & creditori & domino illuserit. Planè si rerum omnium procurator sit, tentari potest in eum quoque dandam actionem quod iussu exemplo institoriæ, *l. 6. supr. de institor. act.*

2. PAVLVS libro 30. ad Edictum.

SI tutoris iussu, seruo pupilli creditum sit: puto, si ex vtilitate pupilli fuerit creditum, in pupillum esse dandam actionem, quod iussit tutor.

Ad l. si tutoris iussu, 2.

RAT. DVB. Non minùs iuris habet tutor in pupillum ad eum obligandum præcisè & indistinctè actione quod iussu, quàm curatores adolescentis furiosi & prodigi ad adolescentem furiosum & prodigum obligandum. Cùm non tantùm bonis detur vt curator adolescentis, sed etiam personæ, *l. cùm plures*, 12. §. *cùm tutor, infr. de administrat. tutor. l. iusiurandum, quod* 17. §. 1. *supr. de iureiurando.* Atqui curatores isti omnes iubendo contrahi cum seruo obligant dominos actione quod iussu, vt proximè dictum est in §. *vlt. legis præcedentis.* Nec adhibetur distinctio an ex adolescentis vel furiosi vel prodigi vtilitate creditum sit. Alioqui nil differret actio quod iussu ab actione de in rem verso, si eadem probatione versæ in rem pecuniæ onerandus actor esset. Ergo nec in tutore iubente contrahi cum seruo pupilli adhibenda hæc distinctio est. An ex pupilli vtilitate creditum sit nécne. Nec est quod quis dicat manifestam esse differentiam inter curatorem furiosi vel prodigi & tutorem pupilli, in eo quod neque furiosus, neque prodigus qui quod ad mores & bona pertinet, facit exitum furiosi, iubere ipse potest, ne quidem curatore auctore vt cum seruo contrahatur, sed solus curator, cùm tamen etiam pupillus tutore auctore & iubere, & cætera omnia facere possit, adeóque multò plura quàm tutor ipse sine pupillo, *l. in negotiis*, 5. *de reg. iur. iunct. l. si potuit*, 5. *Cod. de iur. deliberandi.* Nam non facit hæc differentia quin possit tutor etiam solus cùm vult, omnia facere quæ pupillus eo authore posset, & quæ curator furiosi vel prodigi facere potest. Sed etsi separandus esset curator furiosi vel prodigi à tutore, quod non est probabile, quis tamen ferat minùs iuris habere tutorem ad obligandum per se pupillum, quàm habeat curator adolescentis ad obligandum adolescentem?

DEC. Est speciale ius hoc actionis quod iussu, vt ex iussu tutoris non aliter in pupillum danda sit, quàm si ex vtilitate pupilli creditum esse & allegetur & probetur: quia verba edicti denotant & designant personam solam domini habentis ius iubendi: quemadmodum autem in eo numero non est pupillus si sine tutoris auctoritate iubeat, quamuis dominus sit: ita nec tutor, quia dominus non est, quamuis sit

BIU Cujas

loco domini. Idem ergo & de curatoribus furiosi, prodigi & adolescentis sentiendum est, vt si cum seruo contrahi iusserint non aliter, furiosum, prodigum & adolescentem obligent actione quod iussu quàm si ex domini sui vtilitate seruus contraxerit. Nam nec pignus à curatore furiosi datum aliter valet quàm si vtilitate furiosi exigente id fecerit *l. pignus 11. infr. de curat. furios.* Et vt dicam generaliùs non vsquequaque curatori furiosi competit rerum eius alienatio, & libera dispositio, sed quatenus negotiorum exigit administratio vt scriptum est in *l. ab agnato 12. eod.* id est, siue necessitas siue vtilitas administrationis. Atque ita supradicta Labeonis & Vlpiani sententia omnino accipienda est. Nam neque tutor domini loco absolutè est, sed ita demùm si rectè, & ex pupilli vtilitate administret non etiam si pupillum spoliet *l. qui fundum 7. §. si tutor. infr. pro emptor.* Dices, nullius ergo vtilitatis fore creditori iussum tutoris vel curatoris quisquis ille sit si præter iussum cogatur etiam probare in rem versum, cùm nullo quoque iussu interueniente æquè habiturus esset de in rem verso actionem. Hic enim vnicus scrupulus supereſt, ísque diluendus dicendum est, aliud esse dicere creditam fuisse pecuniam ex vtilitate pupilli, aliud verò, eam in rem pupilli versam fuisse. Potest enim fieri faciliùs vt credita sit ita exigente pupilli vtilitate quàm vt in rem pupilli tota versa sit, priore casu consilium solum creditoris inspicitur, posteriore verò etiam effectus rei qui non semper consilio respondet. Denique puto interueniente iussu tutoris vel curatoris satis probari creditum esse ex vtilitate pupilli, nisi pupillus probet contrarium, pupillum igitur hoc casu onerandum esse probatione non creditorem, vt & in specie *l. 2. Cod. arbitr. tutel. & arg. l. dotem 30. infr. de iur. dot.* quod in actione de in rem verso diuersum est. Obserua tamen hoc casu non dari in pupillum actionem quod iussu simpliciter, sed quod iussit tutor, vt Paulus hîc loquitur: quia verum est pupillum non iussisse, licèt tutor iusserit.

1 ¶ Si iussu domini ancillæ vel iussu patris filiæ creditum sit: danda est in eos quod iussu actio.

Ad §. 1. Si iussu domini.

RAT. DVB. Verba edicti loquuntur de eo non de ea *l. 2. supr. quod cum eo.* Ergo ad masculos tantùm quibus creditum est iussu patris vel domini hoc edictum pertinet non ad fœminas.

DEC. In fœminis quibus creditum est iussu patris vel domini eadem iuris ratio locum habet: ergo & idem ius *l. illud 32. ad leg. Aquil.* cùm diuersitatis ratio reddi non possit *l. 3. §. vnde etiam de iniust. rupt.* Nec minùs in actione quod iussu quàm in actione de peculio vel de in rem verso *l. 1. §. de eo. l. & ancillarum 27. supr. de pecul. l. cùm ancilla 11. Cod. quod cum eo.* Sicut & in actione tributoria *l. procuratoris 5. §. sed & si ancilla supr. de tribut. act.*

2 ¶ Si iussu meo cum alieno seruo contractum fuerit, eúmque postea redemero: quod iussu non tenebor: ne actio, quæ ab initio inutilis fuerit, euentu confirmetur.

Ad §. 2 Si iussu meo.

RAT. DVB. Quemadmodum ea quæ ab initio valuerunt ex postfacto fiunt inita si ad eum casum peruenerint à quo incipere non potuerunt *l. quia in eum casum 16. supr. ad leg. Aquil. l. debitor 82. de legat. 2.* Ita è contrario dicendum videtur, ea quæ ab initio non valuerunt & inutilia fuerunt posse ex postfacto conualescere si ad eum casum perueniant, à quo incipere potuerunt. Vt contrariorum eadem ratio sit. Atquin si iussu meo cum alieno seruo contraxeris eúmque postea redemero, quamuis ab initio non interuenerint omnia, quæ fuerunt necessaria ad obligandum me actione quod iussu, quia iusseram quidem, sed non eram eo tempore dominus. Ex postfacto tamen cùm eum redemi concurrunt omnia, quoniam iam seruus meus est neceo minùs verum manet iussisse me vt cum ipso contraheretur.

DEC. Regula iuris certior est, id quod ab initio non valuit, ex postfacto & tractu temporis conualescere non posse, *l. quod initio 19. l. pen. de regul. iur.* quicquid enim geritur necesse est vt valeat & vires habere incipiat eo tempore quo geritur, vel numquam, præsertim cùm de obligatione, & actione inducenda quæritur: id enim est quod solemus dicere in omnibus contractibus inspici præcisè tempus contractus *l. si filiusfamilias 78. infr. de verb. oblig. l. Rutilia Polla 69. de contr. empt. l. si voluntate 8. Cod. de rescind. vendit.* Supradicta verò regula *d. l. quia in eum casum 16. supr. ad leg. Aquil.* non conuertitur in contrariam propositionem. Sed nec placuit illa omnibus, vt constat ex *l. existimo 98. in princip. l. pen. §. 1. inf. de verb. oblig. l. in ambiguis 85. §. 1. de regul. iur.* Non placuit certè Papiniano in *l. 5. in fin. ad leg. Falcid.* nec Iustiniano in *§. ex contrario Instit. de legat.* Atqui cùm iussi vt cum alieno seruo contraheretur non potui obligari quod iussu, quia non eram dominus: ergo quamuis posteà contingat fieri me dominum eiusdem serui confirmari tamen ex euentu non potest actio quæ ab initio fuit inutilis, quoniam verba edicti requirunt vt eodem tempore quis & dominus sit, & iubeat tanquam dominus, vt quod est in vulgari nostrorum brocardico qualitas iuncta verbo intelligatur secundum tempus verbi *l. 4. §. si extraneus supr. de noxal. action.*

3. VLPIANVS libro 2. Responsorum.

DOminum, qui iussit semissibus vsuris, seruo suo pecuniam mutuam credi hactenus teneri, quatenus iussit, nec pignoris obligationem locum habere in his prædiis, quæ non ex voluntate domini obligauit.

Ad l. Domi-

BIU Cujas

Ad l. Dominum, 3.

RAT. DVB. In eo, quod plus est, continetur vtique quod est minus, *l. in eo, 110. de reg. iur.* Plus autem est iubere quem obligari principaliter, quàm obligari accessoriè. Pignoris autem obligatio non nisi accessoria est ad principalem, *l. 5. infr. de pignor.* Ergo qui iubet cum seruo contrahi ad obligandum se in solidum actione Quod iussu, multò magis iussisse & consensisse videtur, vt bona quoque sua à seruo obligarentur.

DEC. Is qui iubet contrahi cum seruo suo tenetur quidem ex eo contractu in solidum, actione Quod iussu, sed quatenus iussit tantùm non vltra, vt diximus ad initium, *l. 1. supr.* Ne alioqui effectus pateat latiùs, quàm sua causa: atqui iussit tantùm contrahi cum seruo suo, nec præterea iussit aut consensit, vt seruus res vllas pignori obligaret. Ergo non tenebitur actione Quod iussu ratum habere pignus, quod inutiliter nullóque iussu aut mandato præcedente dedit. Etsi enim pignoris obligatio tantùm accessoria est, non eò tamen facilius sine expressa domini voluntate inducenda est, imò tantò difficiliùs quod sine ea subsistere principalis obligatio commodè potest: nec eius, qui personali obligatione se obstringit, bona quoque obligari necesse est, siue in antecedens, siue in consequens necessarium, nisi vel speciali aliqua vel generali saltem pactione de pignore conuenerit, *l. 1. & pass. de pignor. l. Aristo, 3. infr. quæ res pignor. oblig. poss.* Est autem hic locus inter alios tam multos notandus aduersus pragmaticorum & interpretum nostrorum errorem, qui putant bona omnia, cuiuslibet debitoris esse ipso iure pignori obligata, quod certè falsissimum est extra eas causas, de quibus in *titul. in quibus causis pign. vel hypoth. contr.* & si quæ sunt aliæ similes, & à nobis ex professo confutatum, in *Error. 1. Chiliadis nostræ de error. pragmat. & interpr. iur.* Consequens igitur est, vt in proposita specie bona domini tanquam aliena, & non ex voluntate ipsius domini pignorata, nullo pignoris vinculo teneantur, *l. & quæ nondum, 15. §. quod dicitur infr. de pignor. & tot. tit. C. si aliena res pignor. dat. sit.* Ergo nec si procurator, qui mandatum habuit, ad obligandum dominum, non etiam ad bona eius pignoranda, bona domini obligauerit, pignus tenebit, quia mandatum de pignorandis bonis nullum intercessit. Excipiendum est, præterquàm si ex loci consuetudine, tacita hypotheca in bonis debitorum omnium ex quacunque causa debitores sint, inducatur, qualem Lutetiæ Parisiorum, vbi hæc scribebamus siue inductam, siue receptam esse, audio. Itémque vt ex quacunque sententia siue ciuili, siue criminali nascatur, hypotheca æquè tacita & iudicialis ex die sententiæ, contra quam iure nostro cautum sit. Ex quo neque iudiciale pignus constituitur, ante capionem pignorum, *l. à Diuo Pio, 15. §. si pignora, & sequentibus, de re iudic.* neque prætorium, priusquàm ventum sit in possessionem, *l. non est mirum, 26. §. 1. de pignor. act. supr.*

4. IDEM libro 10. ad Edictum.

SI iussu eius, qui administrationi rerum ciuitatis præpositus est, cum seruo ciuitatis negotiũ contractum sit: Pomponius scribit, quod iussu cum eo agi posse.

Ad l. si iussu, 4.

RAT. DVB. Eadem solet & debet ratio esse administratorũ ciuitatis, quæ tutorum & curatorum, quia & illi curatores quodammodo ciuitatis & reipublicæ sunt, & curatores passim dicuntur, in *l. 2. §. si eo tempore*, vbi malè *creator* pro *curator, l. 3. in principio & l. vlt. de administ. rer. ad ciuit. pertinent.* Atqui si curatores, siue adolescentis, siue furiosi, siue prodigi iusserint cum seruo contrahi, datur actio quod iussu non in eos, sed in dominos, *l. 1. §. vlt. supr.* Ergo neq; in administratorem dari debet, id est, in eum qui administrationi rerum ciuitatis præpositus est, etiamsi iussu eius cum seruo ciuitatis contractum sit: sed in ciuitatem ipsam, ne officium suum publicum ei damnosum sit, *l. videlicet, 29. supr. ex quib. caus. maior.* Præsertim si ex bona fide & ex ciuitatis vtilitate, quod in dubio præsumendum est cum seruo ciuitatis contrahi iusserit, *arg. l. 2. supr. l. ciuitas, 27. supr. de rebus credit.*

DEC. Actione quod iussu is demùm tenetur, qui iussit, aut tanquam dominus, aut tanquam vices gerens domini qui iubere ipse non potuisset. Nam qui nec iussit nec iubere vllo casu potuit, is certè quod iussu conueniri nullo modo potest. Eiusmodi est ciuitas quæ licèt domina sit rerum omnium ad ciuitatem pertinentium, tamen iubere nunquam potest: quia iussus non fit sine voluntate & consensu. Municipes autem & ciues vni consentire non possunt, ideóq; nec per se possidere quicquam posse creduntur, *leg. 1. §. vltim. infr. de acquirend. possess.* Ergo aut administratorem ciuitatis iubere pro ciuitate posse, dicendum est, aut neminem. Non idem in curatoribus furiosi, prodigi & adolescentis iuris est. Possunt enim isti aliquo casu iubere etiam sine curatore, nempe si furiosus ad resipiscentiam, & prodigus ad sanos mores redierit, & minor ad plenam perfectámque ætatem. Ideóque ex iussu huiusmodi curatorum etiam in furiosum, prodigum & adolescentem dari actionem quod iussu absurdum non est, si modò ex eorum vtilitate creditum sit, vt explicauimus ad *l. 2. supr.* Ex iussu autem administratoris nullo casu potest dari actio quod iussu contra ciuitatem, id est nec si in rem ciuitatis versa sit pecunia [quamuis eo casu condici etiam ciuitati possit, *l. ciuitas, 27. supr. de rebus credit.* Quæ res actionem quod iussu tantò magis excludit, *leg. prox. in principio infr.*] quia nec vllo casu aut tempore iubere ciuitas ipsa potest. Ergo cum administratore ipso qui iussit, necessariò agendum est quod iussu. Nec distinguimus, vt in tutore & supradictis curatoribus, an ex vtilitate ciuitatis credita sit pecunia nécne, quia tantò magis administratorem teneri æquum est, si non fategerit, vt in rem ciuitatis pecunia verteretur. Exemplo eius quod de actione ista in falsum procuratorem danda scriptum est, in *l. 1. in fin. supr.* licèt administrator ciuitatis, siue quid promiserit, siue solui constituerit, ciuitatis nomine tenetur ex sua expromissione & ex suo constituto, sed ex sua quidem expromissione etiam post depositũ officium. Ex suo verò constituto, non item, vt ex Papiniano eleganter scriptum est in *l. 3. §. in eum de admin. rerum ad ciuit. pertinent.* quo

BIU Cujas

exemplo, nec actione Quod iussu eum conueniri posse arbitror post depositam administrationē, quia nec aliud facere iussus potest nisi vt contraxisse ipse videatur *l. 1. in princip. supr.* perinde ac si vendidisset aut locasset rem aliquam ciuitatis, quibus casibus non teneri eum post officium depositum scribit Papinianus in *d. §. in eum.* Intellige tamen nisi administrator dolo malo quid fecerit, & animo decipiendi creditorem. Impunitum enim dolum illum manere etiam post depositam administrationem iniquum esset *l. 4. §. cùm dominus supr. de noxal. act. l. procurator* 11. *§. 1. de doli mal. & met. except.*

5. PAVLVS libro 4. ad Plautium.

SI dominus, vel pater pecuniam mutuam accepturus, iusserit, seruo, filióve numerari: nulla quæstio est, quin ipsi condici possit. immo hoc casu de iussu actio non competit.

Ad l. vlt Si dominus.

RAT. DVB. Qui iubet cum seruo contrahi non alio colore tenetur actione Quod iussu, quàm quia contraxisse ipse videatur *l. 1. in princip. supr.* Ergo non debet actionem Quod iussu impedire quod dominus ipse, vel pater contraxerit, nec quicquam interesse videtur, an pater filio iusserit credi pecuniam, aut dominus seruo: an verò accepturus hic, aut ille mutuam pecuniam iusserit eam filio, seruóve numerari. Et vtroque casu dicendum videtur locum habere actionē Quod iussu, quamuis posteriore etiam condictio certi ex mutuo contra patrem vel dominum dari possit.

DEC. Aliud est patrem vel dominum iubere cum filiofamilias, vel seruo contrahi: aliud verò patrem ipsum vel dominum contrahere, aliud rursum iubere credi seruo, aut filio pecuniam, aliud verò iubere numerari filio aut seruo tuo eam pecuniam, quam tu ipse mutuam accipias. Priore casu dat Prætor actionem honorariam Quod iussu, vt prospiciat creditori, cui aliter consultum esse in solidum non potest. Posteriore verò cùm pater ipse vel dominus contrahat, non indiget creditor actione Quod iussu, cùm habeat ciuilem actionem, & condictionem certi aut ex mutuo, si nulla stipulatio interposita sit, aut ex stipulatione, si qua interuenerit *l. si ita fuero 6. §. 1. & l. seq. infr. de nouat.* Idque est quod sæpius monuimus honorarias istas actiones de peculio de in rem verso, & Quod iussu non competere vbi aliqua alia, siue ciuilis, siue honoraria actio competit contra patrem aut dominum *l. hinc quæritur 19. §. vlt. & l. seq. supr. de pecul. l. penul. §. vlt. supr. de in rem vers.* Maximè verò cùm ciuilis actio competit. Frustrà enim honorariam desiderat qui habet ciuilem *l. 1. de Public. in rem act.* Ergo in specie huius legis cùm dominus, vel pater mutuam pecuniam accepturus iussit seruo, filióve eā numerari, sicuti non dubitatur quin condici ipsi patri vel domino possit. Ita nec quin actio quod iussu, aut, vt Paulus hîc loquitur, de iussu non competat.

1 ¶ **Si vnus ex seruis domini iussit contrahi cum eo, is solus tenebitur. sed si duo iusserunt[a] cum quouis in solidum agi potest: quia similes sunt duobus mandantibus.**

Ad §. 1. Si vnius.

RAT. DVB. Actio Quod iussu species quædam est actionis De peculio. Datur enim ex contractu filijfamilias & serui, sicut & actio De peculio, & De in rem verso *l. sires 5. §. quod seruus supra titul. proxim. & institut. titul. quod cum eo qui in alien. potestat. l. 2. supra eod. ill. titul.* Atquin is qui contraxit cum seruo communi plurium dominorum habet vnumquemque obligatum in solidum etiam de peculio quod penes alium sit, ne in plures aduersarios distringatur, qui cum vno contraxerit *l. & ancillarum* 27. *§. vltim. supr. de pecul. l. 2. de exercit. action.* Ergo actione quoque Quod iussu singuli domini in solidum teneri debent, nec minùs ille qui non iussit quàm qui iussit: perinde enim verum est qui cum seruo contraxit cum vno tantùm contraxisse.

DEC. Magna hac parte differentia est inter actionem De peculio, & actiones Quod iussu, & De in rem verso, vt diximus ad *l. si in rem* 13. *supra titul. proxim.* In actione De peculio idcirco dicimus teneri singulos in solidum, quia creditor contrahens cum seruo vniuersum eius peculium vbicumque & vndecumque esset, intuitus est tanquàm proprium ipsius patrimonium *dict. §. vltimo, l. & ancillarum, & l. si ex duobus 32. in princip. eodem titul. de pecul.* At is qui agit Quod iussu, non aliam personam ex pluribus dominis intueri potuit, quàm illius solius qui iussit, & cùm is qui iubet contrahere videatur non etiam is qui non iubet, perinde habendus est creditor quod ad hanc actionem De iussu pertinet, ac si non tam cum seruo ipso, quàm cum eo domino qui iussit, contraxisset: sicut & qui De in rem verso agit, eo colore agit quasi cum eo contraxisse videatur is, in cuius rem versum est, *l. 1. in princip. supr. titul. proxim.* Ergo nihil causæ est cur ille ex dominis, qui non iussit, teneatur quod iussu ex persona & facto iubentis, nec rursus, cur de in rem verso teneri debeat ille in cuius rem nihil versum est ob id solùm quod in alterius rem ex dominis versum sit, *d. l. si in rem.* Excepto casu *l. interdum* 14. vbi etiam diximus *supr. tit. prox.*

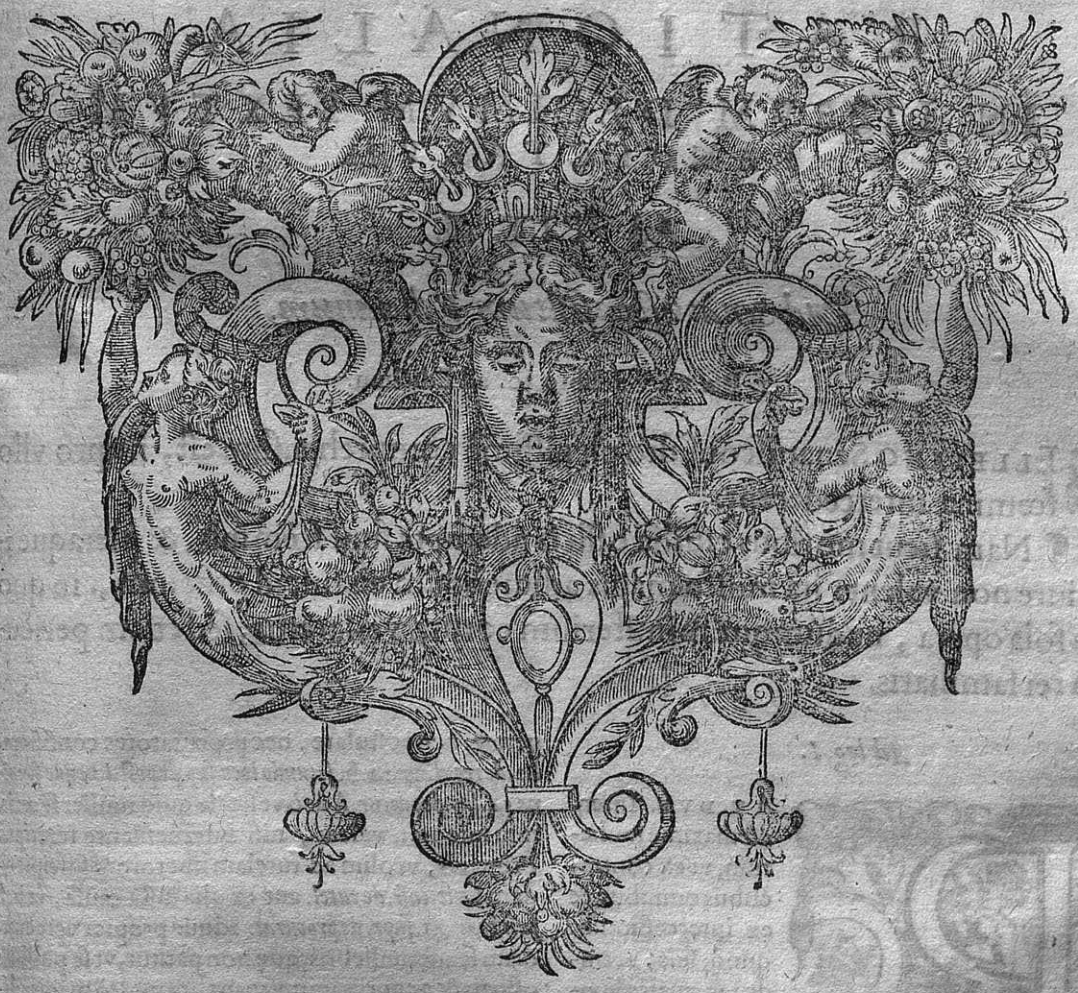
a *Sed si duo iusserunt.* RATIO DVBITANDI. Cùm duo domini iusserunt contrahi cum seruo communi, nec adiecerunt, ita vt vnusquisque eorum in solidum tenerentur, fieréntque correi debendi, non videntur obligati, nisi in viriles argumen. *l. reos* 11. *§. cùm tabulis, infrà, de duobus reis.*

BIU Cujas

reis. Ergo non cum quouis eorum in solidum agi potest.

DEC. Qui iusserunt, similes sunt mandatoribus. Quid enim aliud est iubere quàm mandare? vt diximus ad *l.1.§.sed etsi mandauerit supr. hoc titul.* In mandatoribus autem olim ius singulare fuit, quod & à Iustiniano confirmatum est in *l.vlt.Cod.de fideiuss.* non solùm, vt singuli obligentur in solidum: nemo enim pro parte mandat, sed vt nec vnius electione, aut contestatione alter liberetur, sed solà solutione, *l.amissi 52.§.vltim.infr. de fideiuss.* quod in correis debendi & fideiussoribus diuersum erat, vt ibidem Iustinianus scribit. Cùm ergo is qui solus iussit in solidum obligetur, scilicet quatenus iussit *dict. l. 1. supr.* quidni & plures, siue simul, siue separatim iubentes, in solidum quoque singuli tenebuntur? Aut cur vnius obligatio ex alterius obligatione & accessione diminuetur?

FINIS LIBRI DECIMIQVINTI.



BIU Cujas

ANTONII FABRI
I.C. SEBVSIANI IN SVPREMO SABAVDIÆ SENATV PRÆSIDIS Primarij

RATIONALIA
IN LIBRVM DECIMVM SEXTVM PANDECTARVM.

Ad TIT. I.

Ad Senatusconsultum Velleianum.

1. PAVLVS libro 30. ad Edictum.

VELLEIANO Senatusconsulto plenissimè comprehensum est, ne pro vllo fœminæ intercederent.

1 ¶ Nam sicut moribus ciuilia officia adempta sunt fœminis, & pleraque ipso iure non valent: ita multo magis adimendum eis fuit id officium, in quo non sola opera, nudúmque ministerium eorum versaretur, sed etiam periculum rei familiaris.

Ad leg. 1.

RAT. DVB. Interest maximè mulierum, vt ex contractibus omnibus, & ex intercessionib. quoq; suis, perinde ac masculi obligentur, ne alioquin velut commercio eis interdici videatur, vt de minoribus scriptũ est in *l. quod si minor* 24. §. *non semper sup. de minor.* & de militibus in *l. ratas* 7. *C. de resc. vend. iunct. l. Diuus Traianus* 24. *infr. de testam. milit.* ergo non debuit Velleiano Senatusconsulto induci, ne pro vllo fœminæ intercederent.

DEC. Sicuti iure non tam legibus constituto, quàm moribus Romanorum recepto ciuilia officia adempta sunt fœminis: & ideo nec iudices esse possunt, *l. cum prætor.* 12. §. *fin. supr. de iud.* nec arbitrium suscipere, *l. fin. Cod. de recept. arbitriis*, nec magistratum gerere, nec postulare, nec procuratores consistere, *l. 2. de regul. iur. l. 1. §. secundo loco sup. de post. l. neque fœminæ* 54. *sup. de procur.* Adeò vt si tale quid mulier fecerit, ipso iure non valeat, nisi interueniente rescripto Principis, vt olim ad tutelam liberorum suscipiendam *l. vlt. infr. de tutel.* aut ex alia iusta causa, vt in *l. fœminas* 41. *supr. de procurat.* Idque propter verecundiam sexus muliebris, quę non patitur, vt se publicis officiis & negotiis immisceant, ita multò magis adimendum eis fuit id officium, in quo non sola earum opera, nudúmq; ministerium versaretur: sed etiam periculum rei familiaris quod manifestè incurrunt fideiubendo, & quoquo modo aliter interueniendo siue pro marito, siue pro extraneo: vetus enim verbum est, & verum *spondę præsto noxa est.* Benè igitur Senatusconsulto Velleiano plenissimè comprehensum est, ne pro vllo fœminæ intercederent, id est, non magis pro extraneo, aut pro alia fœmina, quàm pro marito, vt Paulus scribit *l. 2. sentent. tit. 2. §. 1.* Id enim est quod significat verbum *plenissimè* ad differentiam edictorum Augusti & Claudij, quibus cautum erat duntaxat ne pro viris intercederent, nó etiam ne pro aliis, vt scriptum est in *l. proxima in princ. infr.* neque tamen hocita accipiendum est quasi ipso

ipso iure tutę sint mulieres: indigent enim exceptione Velleiani, vt eo Senatusconsulto iuuentur *l.vlt.§. pen.& pass.hoc tit.* neque rursum, ita vt nullo penitus casu salua sit mulieribus intercedendi facultas: varij enim sunt cas⁹; in quib. etiã hodie permissę sunt mulierum intercessiones, quas omnes Accurs. hic congerit, nempe si interceſſerit mulier ad pecuniam pro libertate danda *l.pen.C. hoc tit.* aut pro dote *l.vlt. eod.* aut accepto pretio pro interceſſione *l.antiquæ 23.eod.* Item si decipiendi animum gerant, vt in *l.proxim.§. verba itaque.& l.si decipiendi 30.infr. hoc tit. l.fœminis 18. Cod.eod.* Item si cauerit secundo & post biennium *l.si mulier 22.eod.tit.* aut si in rem suam *l.3.l.aliquando 13. infr. hoc tit.* Denique cum pro eo interceſſit, cui postea heres extitit *l. quamuis 8. §. planè si mihi 13. infrà.*

2 ¶ Æquum autem visum est, ita mulieri succurri, vt in veterem debitorem, aut in eum, qui pro se constituisset mulierem ream, [a]actio daretur. magis enim ille, quàm creditor mulierem decepit.

Ad §. 2. Æquum autem visum est.

RAT. DVB. Actio semel extincta nunquam reuiuiscit *l. qui res 98. §. aream infr. de solut.* præsertim nullo interueniente facto debitoris qui fuit liberatus: nemo enim aut ignorans, aut inuitus obligatur, *l. in omnibus rebus 55. l. in omnibus negotiis 57. infr. de oblig. & act.* Atqui ponimus mulierem ita interceſſiſſe pro alio debitore, vt alius ille fuerit liberatus quod contingit facta nouandi animo interceſſione, vt bene Accursius explicat. Ergo quantumuis mulieri per Senatusconsultum succurratur; non potest in veterem debitorem actio pristina restitui.

DEC. Neque Principis, neque Senatus, neq; Prætoris officia debent alij esse captiosa *l. ex facto 43. infr. de vulg.& pupill. subst. l. Paulus notat 8. de Prætor. stipul. l. nec annus 4. C. de eman. liber. l. sed etsi 25. §. consuluit supr. de hered. petit.* ne scilicet vnde iura nascuntur, inde iniuriarum nascatur occasio *l. meminerint 6. C. vnde vi.* Atqui beneficium & auxilium Senatusconsulti de interceſſionibus mulierum captiosum esset creditori, qui contemplatione intercedentis mulieris debitorem suum liberauit, si non restitueretur ei actio aduersus debitorem, quia maneret in damno amissa per renouationem vetere actione, & noua inefficaci constituta propter Senatusconsulti exceptionem. Ergo æquum est ita mulieri succurri contra eum, apud quem interceſſit, vt creditori pristina sua actio restituatur aduersus veterem debitorem, cui nulla certè in eo fit iniuria, quippe qui non esset liberatus si mulier non interceſſiſſet præterid quod magis ille decepit mulierem, quàm creditor: nam & creditoris parũ intererat, vtrum haberet debitorẽ, at debitoris intererat vt liberaretur, nec vllũ haberet creditorem: neque tamen existimandum est resuscitari hoc casu actionem ipso iure quod fieri certè non potest *d.§. aream.* Non enim resuscitatur, sed restituitur, & quidem eiusdem Senatusconsulti authoritate, quò mulieribus subuenitur: ideoque dicitur actio restitutoria & vtilis in *l. quamuis 8. §. si conuenerit, & seq. & pass. infr. hoc tit.* de quo diximus ad *leg. 4. supr. de condit. caus. dat.*

a *Aut in eum qui pro se constituisset mulierem ream.* RAT. DVB. Is qui pro se constituit mulierem ream, & expromissorem eam dedit, nunquam fuit obligatus. Ergo quamuis mulieri succurratur, data ei exceptione Senatusconsulti: non ideò tamen æquum est dari in eum actionem qui nunquam fuit debitor.

DEC. Vbi eadem ratio æquitatis vrget, idem quoque ius constituendum est *vulg. l. illud 32. supr. ad leg. Aquil. l. 3. §. vnde etiam infr. de iniust. rupt.* Atqui eadem ratio æquitatis locum habet ad obligandum eum qui mulierem pro se ream cõstituit quæ ad restituẽdam actionem contra veterem debitorem, quia sicut hic non fuisset liberatus, si mulier pro eo non interceſſiſſet, ita fuisset ille obligatus, si mulierem pro se ream non dediſſet: ergo æquum est in eum quoque actionem dari, quę tamen non tam restitutoria, quã institutoria dici debet: quia instituit magis, quã restituit actionem *d.l. quamuis 8. §. si cum essem infr.* sed quæ tamen perinde vtilis actio dicitur in *d.§. si conuenerit ead. leg. iunct. l. quidam 29. infr. eod. tit.* ex qua lege apparet non adhiberi hoc casu distinctionem an creditor mulierem intercedere sciuerit, an ignorauerit: omni enim casu sicuti mulieri contra creditorem succurritur, ita & creditori cõtra debitorem.

2. VLPIANVS libro 29. ad Edictum.

ET primò quidem temporibus Diui Augusti, mox deinde Claudij, edictis eorum erat interdictum, ne fœminæ pro viris suis intercederent.

1 ¶ Postea factum est Senatusconsultum, quo pleniſſimè fœminis omnibus subuentum est. cuius Senatusconsulti verba hæc sunt: *Quod Marcus Silanus & Velleius tutor consuleti verba fecerunt de obligationibus feminarum, quæ pro aliis reæ fierent, qui de ea re fieri oportet, de ea re ita consuluerunt. Quod ad fideiussiones, & mutui dationes pro aliis, quibus interceſſerint feminæ, pertinet: tametsi ante videtur ita ius dictum esse, ne eo nomine ab his petitio, néve in eas actio detur, cum eas virilibus officiis fungi, & eius generis obligationibus obstringi non sit æquum: arbitrari Senatum, rectè atque ordine facturos, ad quos de ea re in iure aditum erit, si dederint operam vt in ea re Senatus voluntas seruetur.*

Ad leg. 2. Et primo quidem.

Refert hic Iureconsultus edicta Imperatorum Augusti & Claudij, quibus ante Senatusconsultum

BIU Cujas

Velleianum fuerat cautum mulieribus, sed minùs plenè cùm iis edictis prohibitum esset duntaxat, ne vxores pro viris intercederent, etsi durum videbatur, vt deterior esset condicio maritorum, quibus omnia & pietatis & amoris officia ab vxoribus debentur, inter quæ non minimum illud erat, vt intercederent & fideiuberent cùm plerumque difficillimum sit inuenire fideiussorem *l.2.§.pen.supr.de iudic.* Illam tamen habebat rationem, quod quantò faciliores esse solent mulieres ad intercedendum pro maritis siue amore nimio, vt in *l.1.infr.de donat.inter virum & vxor.* siue metu & reuerentia maritali, vt in *l.1.§.quæ onerandæ infr.quar.rer.act.non det.l.penu.infr.de furt.* Tantò districtiùs prohibendum iis fuit, ne pro viris intercederēt si quidem maius periculum rei familiaris in eo versabatur, solétque legislator ciuilis, vbi maius videt imminere periculum, ibi maiorem quoque præcautionem adhibere, vt difficilius fieri possit, quod alioquin facilius fieret. Eiúsque rei luculentum exemplum extat in *l. Iulia de fundo dotali*, quæ fundi dotalis alienationem marito permisit consentiente muliere: oppignerationem verò, illa etiam consentiente, prohibuit *l.vnic.§.& cùm lex Iulia C.de rei vxor.act.& tit.quib.alien.lic.* vel non in *prin.* nempe quod mulier, vt marito morem gereret, facilius oppignerationi, quæ minoris erat præiudicij, quam alienationi consensura esse crederetur, sed vt pleniùs ac plenissimè mulieribus consuleretur, prospiciendum fuit, quod Senatusconsulto Velleiano primum inductum, vt non magis pro aliis personis; quàm pro viris intercedere mulieres possint. Remānsit tamen ex primo illo iure, vt etiam hodie districtiùs prohibeantur mulieres pro maritis, quàm pro aliis intercedere postquam Iustiniano placuit *Nouell. vt null.iud.§.& illud quoque vnde sumpta est Auth. si qua mulier C.hoc tit.* vt etiamsi post biennium mulier pro viro intercesserit, adeoque sæpiùs ac sæpiùs eam intercessionē repetierit, nullomodo tamē obligetur, sed pro non scripto quicquid aduersus eā constitutionem scriptum aut dictum est, habeatur, quod in cæteris mulierum intercessionibus diuersum est *l.si mulier 22.eod. tit.* Ideoque bene nostri interpretes vulgò tradunt mulierem quæ Senatusconsulto Velleiano ritè rectéque renunciauerit, non eo magis tamen prohiberi Iustinianeæ constitutionis beneficium, cui non renunciauerit implorare tanquam quod plenius sit, & potentiùs. Iidem tamen malè meo iudicio existimant permittendum esse mulieri, vt dictæ constitutioni renunciet: si enim quicquid fit à muliere intercedente pro marito habendum est pro non scripto, vt Iustinianus voluit, quî fieri potest vt ea valeat renunciatio? tametsi Velleiano renūciari posset quamquam ne hoc quidem ex ratione iuris defendi posse arbitror: alioquin quid erit faciliùs quàm huiusmodi renunciationibus exquisitis ex Senatusconsulto & legi Iustinianeæ illudere. Constat autem ea omnia quæ in fraudem legis aut Senatusconsulti quod de intercessionibus fœminarum factum est, cogitata probari possunt, rata haberi non oportere *l.quidam 29. in fin.infr. hoc tit.* sed de eo dicemus latiùs ad *l.pen.§.pen.infr.*

a *Quod Marcus Syllanus & Velleius author consules.* Hinc apparet Senatusconsultis antiquis indita fuisse nomina non ab eo qui primus Consul, sed qui Senatusconsulti author fuisset, sic Senatusconsultum Trebellianum à Trebellio Maximo nomen sumpsit, non ab Anneo Seneca, qui eodem anno cū Trebellio Consul fuit *l.1.in princ.inf.ad SC.Trebell.* sic & Syllanianum à Syllano eodem fortasse, cuius hic mentio fit, & lex Velleia de qua in *l.Gallus 29.§.nūc de lege infr.de liber.& posth.* à Velleio nostro. Ab his verò verbis incipit Senatusconsultum vsque ad *§.prox.* non ab illis quæ sequuntur quo ad fideiussiones, vt malè post Hugolinum sentire videtur Accursius, quamuis propositionem & orationem à Consulibus factam duntaxat contineant, non etiam Senatus sententiam & decretum.

RAT. igitur DVB. & DEC. ad hunc §. eadem est, quæ ad initium legis præcedentis.

b *Tametsi ante videtur ita ius dictum esse*, his verbis innuit Vlpianus iam antequàm Senatusconsultum fieret, ita ius Romæ dici solitum à prætoribus, vt actionem non darent cum effectu aduersum mulieres, quæ pro aliis etiam non maritis intercessissent protracta scilicet per interpretationem ad hūc quoque casum edictorum Augusti & Claudij potestate, quasi eadem vrgente æquitatis & publicæ vtilitatis ratione, vt solent Iureconsulti quoties aliquid ex æquitate introductum est producere legem ad similia, & cętera quæ tendunt ad eandem vtilitatem, vel interpretatione, vel certa iurisdictione supplere *l.nō possunt 2.& seq.supr. de legib.* quod itaque in prætorū arbitrio & potestate positum erat, Senatus transtulit in iuris ita dicendi necessitate. Quod tamen hic refertur antea ius ita dictum fuisse, ne actio petitione in mulieres daretur, quæ pro alio intercessissent, non sic accipiendum est, quasi ipso iure ex intercessione non obligentur: sed ita, vt si conueniantur tuendæ sint per exceptionem quomodo Bartol. benè explicat: nam & eodem modo concepta sunt & intelligenda verba Senatusconsulti Macedoniani, vt vidimus in *l.1.supr.illo titulo.*

c *Cum eas virilibus officiis fungi.* Est igitur virile officium & extra muliebris sexus verecundiam & imbecillitatem positum pro aliis fideiubere, aut quouis modo intercedere, neque enim quisquam id facere potest, nisi qui se negotijs alienis immisceat quod in muliere, non modò inuerecundum, sed etiam periculosum propter fraudes, quibus huiusmodi sexus infirmitas exposita est, vt subiicitur in §. *seq.* quomodo & de minorum ætate scriptum est in *l.1.sup.de minor.*

2 ¶ Verba itaque Senatusconsulti excutiamus, priùs prouidentia amplissimi ordinis laudata: qua opem tulit mulieribus, propter sexus imbecillitatem multis huiuscemodi casibus suppositis atque obiectis.

3 ¶ Sed ita demum eis subuenit[a], si non callidè sint versatæ. hoc enim Diuus Pius, & Seuerus rescripserunt. nā deceptis, non decipientib. iura opitulatur, & est Græcum Seueri tale rescriptum, Τοῖς ἀπατῶσαις γυναιξὶ τὸ δόγμα τῆς συγκλήτου βοηθεῖ. Conſ. *id est, Decipientibus mulieribus Senatusconsulum auxilio non est* infirmitas enim feminarum, non calliditas auxilium demit.

Ad §.

BIU Cujas

Ad §. 2. Verba itaque.

RAT. DVB. & DEC. eadem est quæ ad *l. 1. in princ. supr.* a *Sed ita demum eis subuenit.* RAT. DVB. Senatusconsulti verba generalia sunt & indistinctè sic concepta, vt omnes mulierum intercessiones comprehendant: non igitur debet haberi distinctio, an callidè versata sit, vt creditorum deciperet, an verò decepta sit *l. de pretio 8. sup. de in rem act. l. 1. §. & generaliter infr. de leg. præst.* Præsertim cùm hæc facti quæstio non nisi ingentem litis materiam præbere possit, & ita facere, vt vix vnquam certò sciatur an Senatusconsulto locus sit nèche: facti enim quæstio illa est & consequenter posita in arbitrio & religione iudicantis *l. 1. §. sed non vtique vers. quorum alterutrum infrà, ad SC. Tertyl. l. ordine 15. infr. ad municip.*

DEC. Non tam inspiciendum est quid Senatusconsultum instituerit, quàm qua mente & ratione, ne quod summa æquitate constitutum est, tractatur facilè ad iniuriam. Atqui infirmitas fœminarum illa est, quæ Senatusconsulti auxilio meruit, non earum calliditas, bene igitur ab Imperatoribus cõstitutum est, deceptis mulieribus non decipientibus succurrendum esse *l. si decipiendi 30. infr. hoc tit. l. si sine 5. & l. fœminis 8. C. eod.* Nam & in aliis iuris partibus idem euenit, vt decipientibus nunquam subueniatur *l. 2. & 3. C. si min. se maior. dixer. l. mulier 2. C. de distr. pignor. l. in eo 110. §. vlt. de reg. iur.* vbi scriptum est, mulieribus tunc succurrendum est, cùm decipiuntur (ita enim legendum est) non vt faciliùs calumnientur. Porrò intelligitur mulier decipiendi animum habere, non cùm scit se tenere: creditor autem ignorat, sed cùm fingit se pro alio non intercedere, & ne rem suam, vt creditorem decipiat, qui alioquin eam admissurus & contracturus non fuisset, vt in legibus suprà dictis: vnde exempla petenda sunt, quamuis verum sit creditorem non decipi à seipso, cùm scit mulierem non teneri siue mulier sciat siue ignoret *l. nam si scit 26. supr. de rei vind. l. 1. in fin. infr. de act. empt.* iunge *l. vir vxori 17. in princ. & d. l. si decipiendi 30.* vbi dicemus *inf. hoc titul.*

4 ¶ Omnis omnino obligatio Senatusconsulto Velleiano comprehenditur: siue verbis, siue re, siue quocumque alio contractu intercesserint.

Ad §. 4. Omnis.

RAT. DVB. Verba Senatusconsulti non loquuntur, nisi de fideiussionibus & mutui dationibus, vt apparet ex Senatusconsulto ipso, vt Vlpianus refert in principio huius legis. Atqui fideiussiones quidem non nisi verbis, & per stipulationem contrahuntur *l. 5. §. satis acceptio infr. de verb. oblig. l. blanditus 2. C. de fideiussor.* mutui autem dationes non nisi re, & traditione *Inst. quib. mod. re contr. oblig. in princ.* at plerique alij contractus sunt, qui neque re, neque verbis perficiuntur: sed aut consensu, aut literis *tit. de oblig. instit.* Ergo non omnes mulierum obligationes Senatusconsulto Velleiano improbantur, sed eæ tantùm, quæ aut re, aut verbis fiunt: quamquam nec omnes quæ verbis fiunt, sunt fideiussiones: nam & expromissiones & delegationes verbis contrahuntur *l. delegare 2. §. passim infr. de nouat.* & tamen non sunt fideiussiones.

DEC. Ratio Senatusconsulti generalis est propter quam subueniri æquum fuit mulieribus quoquo modo pro aliis intercedentibus, tantoque magis si color aliquis quæsitus sit, ne mulier quæ reuera intercessit, intercessisse tamen videatur, quia scilicet nullo modo ferendum fuit, vt alienam obligationem mulier in se susciperet, ex qua periculum aliquod rei suæ familiaris posset incurrere, vt dictum est in præcedentibus, siue post alium, siue pro alio ipsa primum intercesserit *l. quamuis 8. §. si eum essem infr.*

5 ¶ Sed etsi mulier defensor alicuius exstiterit, proculdubio intercedit. suscipit enim in se alienam obligationem. quippe cùm ex hac re subeat condemnationem. proinde neque maritum[a], neque filium, neque patrem permittitur mulieri defendere.

Ad §. vlt. Sed etsi mulier.

RATIO DVB. Mulier quæ alium etiam extraneum in iudicio defendit, neque re obligatur, neq; verbis, neque literis, neque consensu, neque cum eo contrahit, aut quasi contrahit quem defendit, sed cum actore ante litem contestatam: ergo vel hic saltem casus excipiendus est à sententia non minùs quàm à verbis Senatusconsulti.

DEC. Is qui alterius defensor existit, siue vltro se liti offerat, nec mandato aliquo intercedente hoc ipso transfert in se obligationem eius personæ quam defendit, quasi cuiusdam delegationis potestate *d. l. delegare §. 1. de nouat.* Ideoque liberat hoc ipso eum quem defendit *l. solutione 23. infr. de solut.* & ex ea causa suo nomine condemnationem subit quam alius subiret, si non defenderetur *l. 3. §. idem scribit sup. de pecul. l. qui seruum 20. vers. nisi quasi defensor supr. de interrog. in iur. faciend. l. Plautius 41. supr. de procur.* defendere siquidem quid est, nisi eandem rei vicem subire *l. minor 51. §. vlt. supr. de procurat.* suscipit ergo mulier in se alienam obligationem quoties alium iudicio defendit, non minùs quàm si pro eo fideiuberet, proinde æquum est eam Senatusconsulto similiter adiuuari.

a *Proinde neque maritum.* RAT. DVB. Etiam fœminis permittitur agere pro coniunctis personis sine mandato, puta pro marito vel patre vel filio *l. fœminas 41. iunct. l. sed & hæ personæ l. Pomponius 40. §. vl. supr. de procu. l. 3. §. cũ verò de libe. caus.* ergo multò magis permittendum est, vt pro huiusmodi personis iudicium suscipiam, cùm fauorabilior semper sit defensio quàm actio.

DEC. Faciliùs permittendum est mulieri pro cõiunctis personis agere quàm eas defendere, quia in agendo nullum rei familiaris periculum versatur: nemo enim agendo subit condemnationem quam subit, vt diximus, ille qui alium defẽdit solus, siquidem reus condemnatur: actor verò non condemnari dicitur, sed summoueri, quamquam nec fœmi-

BIU Cujas

nis passim permittitur agere pro marito, vel pro patre, vel pro filio: sed ita demùm si has personas vel morbus, vel alia ratio impediat, ne agere possint, nec alium habeant qui pro his possit agere *d.l. fœminas*: nec enim possunt fœminę procuratores vel quasi procuratores existere, vt diximus ex *l.2.de regu. iur.* quare nec permittendum eis esset alium defendere nisi se vltro liti offerrent *d.l.Plautius*, quæ res facit, vt non eo minus condemnari deberent, & quidem suo nomine, nisi per Senatusconsultum eis subueniretur. Ideoque non aliter admittenda est mulier ad defensionem alterius, quã si caueat se exceptione SC. nõ vsurã *l.vl.§.pe.inf.hoc ti.* quod si nõ fecerit, pro culdubio iuuabitur Velleiano, vt in hoc §. scriptũ est.

3. PAVLVS libro 30. ad Edictum.

SEd si eum defendat, qui damnatus regressum ad eam habeat (veluti cum venditorem hereditatis sibi venditæ, vel fideiussorem suum defendat) intercedere videtur.

Ad l.3 Sed si eum.

RAT. DVB. Etiam cùm mulier defendit eum, qui damnatus regressum ad eum habiturus est: perinde tamen verum est susceptam ab ea esse alienam obligationem, cùm ex ea defensione condemnationem subeat, vt in specie §. *vlt. l. præced.* Ergo perinde iuuari debet Velleiano.

DEC. Non iuuatur Velleiano mulier, quæ reuera suam obligationem suscipit, licèt prima facie videatur suscipere alienam, quod accidit, quoties in rem & vtilitatem suam intercedit, *l.aliquando*, 13. *in prin. l. si pro aliquo*, 21 *infr. hoc tit. l.2. C. eo. l. de die*, 8. §. 1. *supr. qui satisd. cogant.* Atqui cùm mulier defendit venditorem hereditatis sibi venditæ, intercedit quidem, sed in rem suam, *d.* §. 1. *l. sed si fideiussor*, 24. *supr. de pact.* Ergo nec intercedere videtur quod pertinet ad hoc Senatusconsultum: nec enim prohibentur mulieres negotia sua gerere & curare, sed tantùm rei suæ familiaris periculum pro aliis incurrere *l.vir vxori* 17. §. *vl. inf.* Malè verò hic quidam monent legendum esse *veluti cum emptorem hereditatis à se venditæ*, quasi venditor hereditatis non habeat regressum in emptorem, sed emptor in venditorem *arg. l. si tibi* 17. §. *pactum*, & de his quod dictum *supr. de pact.* nam imò verò habet regressum aduersus emptorem actione ex vendito si forte creditoribus hereditariis soluerit *l.2. C. de hered. vel act. vend. l.2. Cod. de pact.* nec contra scriptum est in supradictis legibus.

4. VLPIANVS libro 29. ad Edictum.

SEd si ego cum muliere ab initio contraxerim, cùm ignorarem, cui hæc factum vellet: non dubito, Senatusconsultum cessare, & ita Diuus Pius, & imperator noster rescripserunt.

Ad l. 4. Sed si ego.

RAT. DVB. In omnibus potissimum rei effectus spectandus est *l.1.§.1. sup. quod quisque iur. l. penult.* §. *docere sup. ne quis eum qui in ius vocab. l. debitor* 52. *versic. videamus inf. Ad Senatusconsultum Velleian.* Ergo cùm quæritur, an mulier iuuari possit Velleiano, illud tantum inspiciendum est, an effectu intercedat pro alio & ex postfacto: non autem an ab initio.

DEC. Nihil potest imputari creditori qui ab initio cum muliere contraxit & eius personam bona fide secutus est: alioqui nemo cum fœminis contraheret, quia ignorari potest quid acturæ sint, imò nec aliter locus est Senatusconsulto, quàm cùm scit creditor mulierem intercedere *l. si mulier tanquam* 2. *& l. seq. l. bona fide* 27. *infr. hoc tit.* & in contractibus omnibus placet initium inspici debere potiùs quàm euentum *l. si tantum* 12. *supr. de SC. Maced. l.1.§. si seruus infr. depos. l. si procuratorem* 8. *in princ. infr. mand. l. Rutilia Polla* 69. *infr. de contr. empt. l. si voluntate* 8. *C. de rescind. vendit.* Maximè cùm tractatur de opponenda exceptione aduersus eum cui aliquid imputari potest: non enim ex euentu potest in culpam incidere is qui ab initio bona fide contraxit, cùm nemini possit imputari si non diuinauerit *l. si putator* 31. *supr. ad l. Aquil. l. si fideiussor* 29. §. *si cùm debitor inf. mand.* maximè verò rem futuram *l. sed & si* 28. §. *vlt. sup. de iudic.* & ex alieno arbitrio pendentem *d.l. si mulier*, & verò præsumendus est quilibet suum negotium velle gerere potiùs quàm alienum *l.4. inf. de solut.* Cùm verò hæc lex & supradictæ omnes loquantur de creditore ignorante, miror Accursium hic scribere idem esse in sciente ex *l. si fœnebris* 13. *C. hoc tit.* Loquitur enim illa lex de muliere non quæ interposita fuerit à marito, si pecuniam pro eo mutuam acciperet, atque ita intercideret: sed quæ sponte & suum negotium gerens mutuum accepit ea mente, vt in vsus mariti postmodum illam conuerteret, quo casu intercedere non videtur, vt benę interpretatur Cuiacius *tract.* 4. *ad African. ad l. vir vxori* 17. *inf. hoc tit.* non enim ad intercessionem sufficit, vt mulier ea mente pecuniã accipiat quasi in vsus mariti erogatura, nec si creditor id sciat, sed necesse est, vt eo tempore quo contrahit interposita sit à marito, vel ab alio, vt contraheret, eamque interpositam esse non ignoret *l. imò tunc locus* 12. *& d.l. vir vxori infr. hoc tit.* aliud est in eo qui contra Senatusconsultum Macedonianum filiofamilias pecuniam credidit, aut cum minore quem fortassis maiorem putabat, contraxit *l.1. & 3. sup. de SC. Mace. l. ait prætor* 7. *iunct. l. in causa* 13. §. *interdum & §. vlt. sup. de minor.* Debent enim mulieres esse diligentiores, vt inquirant de condicione eius cum quo contrahunt *l. qui cum alio* 19. *de reg. iur.* non etiam is qui contrahit cum muliere: nec enim cum mulieribus contrahere omnimodo prohibitum est, sed ita demùm si intercedant & eas intercedere sciat creditor *d.l. imò* 12. *& l. præced. infr.* nec tam diligẽs esse debet creditor ne curiosus videatur *l. doli* 19. *ad fin. de nouat.* nisi cum alienam obligationem mulier in se transfert *d.l. vir vxori* 17. *in fin. princ. infr.* Denique non per omnia habenda est mulier loco minoris circũscripti, inquit *l. vl. in princ. infr.* Barto. hic suo more distinguit, sed malè.

Ad

1 ¶ Proinde si dum vult Titio donatũ, accepit à me mutuã pecuniam, & eam Titio donauit: cessat Senatusc̃ sultum. Sed etsi tibi donatura,[a] creditori tuo nũmos numerauerit: non intercedit. Senatus enim obligatę mulieri succurrere voluit, non donanti hoc ideo, quia facilius se mulier obligat, quam alicui donat.

Ad §. 1. Proinde si dum vult.

RAT. DVB. & DEC. eadem est quæ ad præcedentem: videbatur enim mulier intercessisse, quæ mutuã pecuniam à me acceperat, vt eam Titio donaret, si modo Titio donauerit: sed tamen contra est, quia non fuit interposita mulier à Titio, qui totum mulieris negotium & propositum ignorauit: nec si sciuerit creditor acceptam mutuam ea mente à muliere pecuniam *d. l. si fœnebris 13. C. hoc tit.* quia non ideò videtur eam intercedere, quæ nec reuera intercedit. Aliud ergo est si Titius & eam donationem à muliere pecuniam non habẽte extorqueret, eam interposuerit, vt mutuam pecuniam acciperet, quam postea donare posset.

a *Sed etsi tibi donatura.* RAT. DVB. Nihil interesse videtur, an mulier tibi donatura creditori nummos numerauerit, an verò à te delegata sit, vt creditori tuo solueret: vtroque enim casu liberaris perinde ac si creditori tuo soluisses, atqui mulier siue delegauerit, siue delegata sit, intercedit *l. quamuis §. si mulier & seq. infr.* Ergo dicendum est perinde vtroque casu Senatusconsulto locum esse.

DEC. Senatus obligatæ duntaxat mulieri succurrere voluit: non autem donanti, aut etiam quouis modo patrimonium suum diminuenti *d. l. quamuis §. planè si mulier infr.* nempe quia facilius se obligat mulier cum alicui donat, cùm mulierum genus sit auarissimum in donando *l. si stipulata 33. §. 1. infr. de donat. inter vir. & vxor. l. si à sponso 16. §. quod si sponsa C. de donat. ant. nupt.* nam nec in masculis facilè capiẽda est donationis præsumptio *vulg. l. cùm de indebito 25.* quia donare perdere est *l. filiusfamilias 7. infr. de donat.* nisi cùm iusta & probabilis affectio donationis præsumptionem inducit, puta patris erga liberos, vt in *l. vlt. C. de natur. liber. & in l. 2. Cod. de bon. quæ liber. l. Nesennius 34. supr. de neg. gest.* vel coniugis erga coniugem *l. 1. & pass. de donat. int. vir. & vxor. l. 2. Cod. de dot. caut. non numer. l. 1. §. sed etsi non mortis infr. de tutel. & rat. distrah. l. cùm plures 12. §. 1. infr. de administr. tutor. l. Aquilius 27. infr. de donat.* aut nisi cum impudica aliqua affectio donationem elicit, vt in *l. affectionis 5. eod. tit.* quos omnes casus hic noster Accursius cõgerit. Porrò quemadmodum faciliores sunt mulieres ad se obligandas, quàm ad diminuendum patrimonium, quia scilicet in contrahenda obligatione nulla dum patrimonij diminutio sentitur: ita districtius prohibendum fuit mulieribus, ne pro alio se obligarent, quàm vti ne alij donarent, vt diximus ad *l. 1. supr.*

5. GAIVS libro nono ad Edictum Prouinciale.

NEc interest, pecuniam soluendi causa numeret, an quamlibet suam rem in solutum det. nam etsi vendiderit rem suam,[a] siue pretium acceptum pro alio soluit, siue emptorem delegauit creditori alieno: non puto, Senatusconsulto locum esse.

Ad l. Nec interest 5.

RAT. DVB. Ex contractu dationis in solutum nascatur obligatio, & ex alio quolibet contractu valido, quæ impedit, ne rem quam dedit mulier in solutum pro alio possit repetere: alioqui non esset contractus, si non esset obligatorius *l. iuris gentium 7. in princ. §. 1. supr. de pact.* Atqui SC. Velleianum succurrit mulieri obligatæ, vt scriptum est in §. *præced.* Ergo SC. iuuari potest etiam mulier, quæ pro alio rem suam in solutum dedit, in quo differt à muliere quæ pecuniam suam soluendi causa pro alio numerauit: illa enim nullo modo obligatur, sed tantum liberat debitorem, pro quo soluit, proinde non videtur bona quæ hic fit à Caio comparatio.

DEC. Senatus obligatæ duntaxat mulieri succurrere voluit, non etiam donanti, aut aliter patrimonium suum diminuere volenti: faciliores enim sunt mulieres, vt pro alio se obligent, quàm vt donẽt, alitérue patrimoniũ suum diminuant quomodo scriptum est in *l. superiore & in l. quamuis 8. §. planè si mulier infr. eod.* atqui mulier quæ pro alio rem suam dat in solutum non se obligat ad soluendum, sed iam soluit perinde ac si pecuniam numerasset, quãuis contractus ille sit ita obligatorius, vt pœnitentiam non possit admittere: ergo non magis potest iuuari mulier hoc casu Velleiano, quàm si pecuniã numerasset: quid enim datio in solutum nisi solutio est, hac sola differentia quod solutio fit eius ipsius rei quę debentur: datio autem in solutum vnius rei pro altera, sed creditore consentiente *l. eum quibus & l. seq. C. de solut.*

a *Nam etsi vendiderit rem suam.* RAT. DVB. Cùm mulier rem suam vendidit siue pretium acceptum pro alio soluerit, siue emptorem creditori alieno delegauerit, ex euentu apparet factam esse intercedẽdi animo venditionem: ac proinde SC. locum esse debere quasi in fraudem SC. quæsito venditionis colore *l. quidam 29. in fin. infr. eod.* omnis enim omnino obligatio SC. Velleiano cõprehẽtur suis verbis siue re, siue quocunque alio contractu interceserit *l. 2. §. vlt. sup.* DEC. Quemadmodum solutione finitiua & simillima est datio in solutum, vt proximè diximus: ita & venditioni *l. si prædia 4. C. de euict.* ergo quod suprà dictum est de muliere rem suam dante, ne solutum pro alio dicendum est etiam de muliere rem suam vendente, vt ex pretio quod acceperit vel per delegationẽ debitoris alieno soluat creditori: nam & hæc quoq; per venditionẽ patrimoniũ suum diminuit: non autẽ se obligat *l. 4. §. vlt. C. eod.* vbi dicitur, nec si pro marito pecuniã prętij soluerit, succurrendũ tamen ei esse: emptor enim bona fide personam mulieris in contrahendo secutus ob ea quæ inter virũ & vxorẽ accepta pecunia gesta sunt exceptione summouerinõ debet *l. bona fide 27. inf. hoc tit.* nec distinguimus an mulier in hoc vendiderit, vt pecuniã pro marito solueret, nécne, si modo creditor ignorauerit in quam causam mulier contraheret *l. vir vxori 17. in princip. infr. & l. prox. sequent. in fine.*

BIU Cujas

Ergo quod mulier, quæ vendidit, aut in solutum dedit pro alio soluit, non repetet, neque ab eo cui soluit, quia suum recepit, *leg. petitio*, 44. *suprà de condict. indebit.* neque ab eo pro quo soluit, si donandi animo id fecerit, nec donationem quidquam impediat: alioqui actionem mandati habebit aut negotiorum gestorum, cum indemnitate consequenda, *l. si mandato*, §. 1. *infrà mandat.*

6. VLPIANVS libro 29. ad Edictum.

SI fideiussores pro defensore absentis filij, ex mandato matris eius, interfesserint: quæritur an etiam his senatusconsulto subueniatur. ait Papinianus libro nono Quæstionum, exceptione eos vsuros. nec multum facere, quod pro defensore fideiusserunt cum contemplatione mandati matris interuenerunt. planè (inquit) si, qui accepit eos fideiussores, [a] matrem eius mandasse ignorauit: exceptionem senatusconsulti, replicatione doli, repellendum.

Ad l. Si fideiussores, 6.

RAT. DVB. Fideiussores qui pro defensore absentis filij, quamuis ex mandato matris eius interfesserunt, iudicatum solui, non pro matre tamen interfesserunt: sed pro defensore. Ergo neque ex persona matris iuuandi sunt Velleiano. Senatus enim mulieribus tantùm succurrit & earum fideiussoribus, *l. mulierem*, 14. *C. eod. tit.* 6. Ergo tam æquum est iuuari Velleiano fideiussores non etiam fideiussoribus aliorum.

DEC. Non minùs intercedit mulier, cùm alij mandat fideiubere, quàm si ipsa fideiuberet, *l. si decipiendi*, 30. §. 1. *l. si vxor*, 15. *C. eod. tit.* defensoris, qui mãdato matris interfesserunt, atq; si pro ipsa interfessissent, *d. l. si decipiendi* §. 1. *& d. l. si vxor*, cùm non interfesserint nisi occasione mandati matris, vt hîc Papinianus ad Vlpian. scribit.

a *Planè, inquit, si qui accepit eos fideiussores.* RAT. DVB. Ignorantia eius qui accepit fideiussores defensores, cùm nesciret eos interuenire mandatu matris, non debet matri esse captiosa, quandoquidem non eò minùs verum est matrem interfessisse hoc ipso quod mandauit pro filij defensore fideiuberi, *l. si pupilli*, 6. §. *sed si ego sup. de neg. gest.* Ergo non eo minùs permittendum iis est vti exceptione Senatusconsulti, nec ea exceptio replicatione doli repelli debet.

DEC. Semper succurrendum est creditori, cui nihil imputari potest, quíque cum muliere non contraxit: sed cum fideiussoribus, qui pro defensore absentis filij vltrò interuenire credebantur. Nec enim poterat diuinare cur intercederent contẽplatione mandatu matris de cuius negotio non agebatur, *arg. l. si fideiussor*, 29. §. *si cùm debitor, infr. mandati, l.* 4. §. *Illa etiam quæstio*, 23. *infr. de doli mali except.* Ergo quamuis exceptio Senatusconsulti hoc casu locum habere possit, quia verum est effectu ipso fideiussores istos pro matre viri absentis filij interfessisse. Æquitas tamen maior facit, vt exceptio replicatione doli repelli debeat, *l. vlt.* §. *si mulier, ne ipsa inf. hoc tit. l. si fundum*, 27. *C. de euict.*

7. PAPINIANVS libro 9. Quæstionum.

QVanquam igitur fideiussor, doli replicatione opposita, defensionem exceptionis amittat: nullam tamen replicationem aduersus mulierem habebit: quia non potest ignorationem prætendere. sed non erit iniquum [a] dari negotiorum gestorum actionem in defensorem: quia mandati causa per Senatusconsultum constituitur irrita, & pecunia fideiussoris liberatur.

Ad l. Quanquam, 7.

RAT. DVB. Fideiussor qui pro defensore absentis filij, matre mandante, fideiussit, non debet morari in damno, ne officium ei suum sit damnosum, *l. si seruus*, 6. §. *quod verò inf. de furt.* Nec enim fideiussisset si mater non mandasset, cùm non nisi contemplatione mandati matris interuenerit, vt in *l. præced.* Atqui maneret in damno si amissa exceptione defensionis, quam habet ex Velleiano propter replicationem, quam suprà dictum est, dandam esse creditori ignoranti, non iuuaretur ipse quoque simili replicatione contra exceptionem Velleiani à muliere oppositam. Ergo eadem replicatio ipsi contra mulierem danda est. Multò.n. magis in dolo est mulier, quæ mandauit quàm fideiussor, cui nihil obstat nisi ignorantia creditoris.

DEC. Facti quidem alieni ignorantia tolerabilis est, *l. 3. infr. de iur. & fact. ignor. l. vlt. pro suo*, sed non item facti proprij, *l. item quæritur*, 13. § *si fullo, l. sed adæs*, 19. §. 1. *infr. locat. l. cùm falsum*, 46. *de acquir. hered.* Atqui in proposita specie fideiussor ipse qui mandatum mulieris, vt interueniret pro defensore absentis filij suscepit. Ergo non quemadmodum ignoranti creditori contra fideiussorem succurritur, ita & fideiussori contra mulierem prætextu ignorantiæ succurrendum est: neque ideò tamen consequens est, vt in damno moraturus sit fideiussor cùm actionem negotiorum gestorum habiturus sit contra defensorem, quem pecunia sua liberauit, vt sequitur in textu.

a *Sed non erit iniquum.* RAT. DVB. Sicuti non potest mandati actio competere, cùm nullum antecessit mandatum, *l. ex mandato*, 20. §. 1. *infr. mandat.* Ita neq; negotiorum gestorum si mandatum aliquod præcesserit *l. si quis mandatu*, 28. *supr. de neg. gest.* Atqui ponimus fideiussorem defensoris fideiussisse contemplatione mandati matris, non vt defensori filij faueret, pro quo non fuerat verisimiliter fideiussurus, nisi mater mandasset: Ergo non est ei danda contra fideiussorem negotiorum gestorum actio, quæ in eorum gratiam maximè comparata est, qui ad bonorũ absentis administrationem vltrò accedũt, ne alioqui deserantur, *l. 1. & toto dicto tit. de neg. gest.*

DEC

DEC. Actio quidem mandati quoties vtiliter & efficaciter competit actionem, excludit negotiorum gestorum, quæ non nisi subsidiaria est, nec nascitur, nisi ex quasi contractu *l. si quis absentis 5. in princip. infr. de obligat. & action.* Cùm actio mandati proficiscatur ex contractu & ex consentiente duorum voluntate *l. 1. & hoc titul. infr. mandat.* Sed cùm actio mandati vel deficit ipso iure, vel propter exceptionem aliquam inanis fit & irrita, necessario recurrendū est ad auxilium actionis negotiorum gestorum, ne alioqui actor ex aliena iactura locupletetur quod nunquam ferendum est *l. si pupilli 6. §. sed & si quis in fine supr. de negot. gest. l. nam hoc natura 14. supr. de condict. indeb. l. iure naturæ 206. de regul. iur. l. si & me & Titium 32. de reb. cred.* Atqui in casu proposito actio mandati, quam fideiussor contra mulierem habet ipso iure, sit tamen irrita per exceptionem Velleiani, & nihilominùs verum est defensorē absentis filij pecunia fideiussoris fuisse liberatum, atq; ita factum fuisse locupletiorem. Fit enim locupletior quisquis debito liberatur, *l. si pupilli, 66. in fine infrà de solut. l. species, 11. de accept.* Ergo æquum est succurri fideiussori data ei actione negotiorum gestorum contra defensorem, quem liberauit, magisque inspiciamus in actione negotiorum gestorum, cui gestio profuerit, quàm cui gestor prodesse voluerit, *l. 5. §. 1. l. quæ vtiliter, 45. §. 1. de negot. gest.* nec idcirco tamen morabitur defensor in damno, cùm æquè habiturus sit actionem negotiorum gestorum defensor contra filium, quem periculo suo defendere voluit, *l. Plautius, 61. supr. de procuratorib. l. 5. §. in hac stipulatione, 2. versic. Quid tamen infr. iudic. solut.* Ex hoc verò quod Papinianus dat hîc negotiorum gestorum actionem contra defensorem intelligimus non fuisse eum præsentem, cùm fideiussor pro eo interuenit, alioquī pro mandante haberetur, *l. qui patitur, 18. l. si pro te, 40. infrà mandati.* Ideóque & actione mandati, non negotiorum gestorum recuperaret, quod pro eo soluisset, *l. si fideiussor, 29. §. vl. eo. tit. mand.*

8. VLPIANVS libro 29. ad Edictum.

QVamuis pignoris datio intercessionem faciat: tamen Iulianus libro duodecimo Digestorum scribit, redditionem pignoris. si creditrix mulier rem, quam pignori acceperat, debitori liberauerit, non esse intercessionem.

Ad l. Quamuis 8.

RAT. DVB. Contrariorum eadem solet esse ratio *l. 1. Cod. de cupress. libr. 11. titul. vltim.* Atqui contraria hæc esse videntur dare pignus & liberare: datio autem pignoris intercessio est *l. 4. & 5. Cod. hoc titul.* Ergo & remissio pignoris intercessio videri debet.

DEC. Liberatio pignoris gratificatio quædam est, vt Accursius loquitur, & quæ tamen non cadit in donationem *l. 2. l. & si pignus 8. infr. quæ in fraud. credit. l. 1. §. 1. infr. quibus modis pign. vel hypoth. solu.* Ergo multò minùs est intercessio *l. etiam 11. & l. iubemus 21. Cod. hoc titul.* Quamuis pauperior fiat qui pignus remittit, si alium de consequ. debitum non possit: hoc enim est quod habet iuris regula plus cautionis esse in re quàm in persona *l. plus cautionis 25. de regul. iur.* Qua ratione putant vulgò interpretes non esse permittendum mulieri, vt hypothecas dotales liberet, nisi tempore restituendæ dotis supersint marito bona ex quibus doti satisfieri possit: sic enim Bartolus, & post eum cæteri ad *dict. l. iubemus.* Sed vereor ne hæc sententia, quamuis fauorabilis, quia fauet dotibus, pugnet expressim cum hac lege. Certè ex verbis *d. l. iubemus* nullo modo probatur.

1 ¶ Si mulier interuenerit apud tutores filij sui, ne hi prædia eius distraherent, & indemnitatem eis repromiserit: Papinianus libro nono Quæstionum non putat eam intercessisse: nullam enim obligationem alienam recepisse, neque veterem, neque nouam: sed ipsam feciisse hanc obligationem.

Ad § 1. Si mulier.

RAT. DVB. Mulier quæ interuenit apud tutores filij sui, ne prædia eius distraherent, & indemnitatem hoc nomine eis repromisit, vtique obligauit se pro filio, & in ipsius rem ac vtilitatem: atqui omnis omnino obligatio Senatusconsulto Velleiano comprehenditur *l. 2. §. vltim. supr.* obligatæ enim mulieri succurrit *l. 4. eod.* Ergo & hoc casu Velleianum locum habere debet.

DEC. Ea demùm mulier intercessisse dicitur, quæ alienam obligationem in se suscepit, vel veterem, vel nouam *l. 1. & 2. supr.* atqui in proposita specie mulier neque nouam neque veterem obligationem in se suscepit, sed hanc, de qua quærimus, ipsa primum fecit vt subtiliter Papinianus ratiocinatur: nec enim adhuc quicquam debebant tutores pupillo aut pupillus tutoribus: ergo nulla hîc fuit intercessio, nec proinde locus fuit Senatusconsulto *l. si mulieri soluero 15. infr. hoc titul.* Obseruandum tamen est quod Accursius hîc notat multum referre, an mater promiserit indemnitatem pupillo de eo quod debet vel debebit ei tutor, vel è contrario promiserit tutori indemnitatem de eo quod debet vel debebit ei pupillus: an verò promiserit tutori indemnitatem de eo quod debet ipse vel debebit pupillo, vel è contrario eam indemnitatem promiserit pupillo de eo quod debet ipse vel debebit tutori, vt prioribus duobus casibus sit intercessio: ideoque mulier iuuetur Senatusconsulto Velleiano non etiam duobus posterioribus *l. si mater 6. in princip. Codic. hoc titul. & l. tutor 19. infrà, eodem.*

BIU Cujas

2 ¶ Si mulier apud Primum pro Secundo interuenerit, mox pro Primo apud creditorem eius, duas interceſſiones factas, Iulianus libro duodecimo Digeſtorum ſcribit: vnam pro Secundo apud Primum, aliam pro Primo apud creditorem eius: & ideò Primo reſtitui obligationem, & aduerſus eum. Marcellus autem notat, eſſe aliquam differentiam. vtrùm hoc agatur, vt ab initio mulier in alterius locum ſubdatur, & onus debitoris, à quo obligationem transferre creditor voluit, ſuſcipiat: an verò quaſi debitrix delegetur. ſcilicet vt, ſi quaſi debitrix delegata eſt, vna ſit interceſſio. proinde ſecundùm hanc ſuam diſtinctionem, in prima viſione, vbi quaſi debitrix delegata eſt, exceptionem ei Senatuſconſulti Marcellus non daret, ſed condemnata, vel ante condemnationem, condicere vtique ei, à quo delegata eſt, poterit, vel quod ei abeſt, vel, ſi nondum abeſt, liberationem.

Ad §. 2. Si mulier.

RAT. DVB. Obſcuriſſimus ſanè eſt hic §. &, vt dicam quod ſentio, inexplicabilis quantum ad Marcelli notam pertinet, & ad id quod Vlpianus ex Marcelli nota infert adeò corrupta fuit à Triboniano primo, vt ego arbitror nota Marcelli ad Iulianum, & peſſimæ interpretationis errore fœdata, vt à nobis pluribus comprobatum eſt, *lib.* 18. *Coniecturarum noſtrarum*, *cap.* 8. vbi omnia quæ de huius §. interpretatione & emendatione tractari poſſunt tam apertè ac dilucidè expoſuimus, vt nihil nunc addere ſit neceſſe. Sanè vel ex ipſis cæterùm Gloſſatorum annotationibus. Maximè verò ex gloſſa magna, quæ eſt Azonis, apparet manifeſtiſſimè ſuſpectam ac dubiam iis fuiſſe loci huius lectionem. Sententiam verò & interpretationem prorſus incognitam: aut ergo noſtram proba, mi Lector, aut meliorem à te vel ab aliis quære, nec decidendi rationem vllam à nobis exigas in eo §. explicando, quin nullam habeat rationem dubitandi planè rationes non paucas, caput illud Coniecturarum tibi ſuppeditabit, ſiue Iuliani, ſiue Marcelli ſententiam probare malis.

3 ¶ Interdum intercedenti mulieri & condictio competit. putà ſi contra Senatuſconſultum obligata, debitorem ſuum delegauerit: nam hîc ipſi competit condictio. quemadmodum, ſi pecuniam ſoluiſſet, condiceret: ſoluit enim, & qui reum delegat.

Ad §. 3. Interdum.

RAT. DVB. Senatuſconſultum non ſuccurrit mulieri ſoluenti & patrimonium ſuum diminuenti: ſed ei tantùm quæ pro alio intercedit & ſe obligat, *l.* 4. §. 1. *& ſeq. & l.* 5. *ſuprà hoc titulo.* Atqui mulier quæ debitorem ſuum delegat, hoc ipſo ſoluere intelligitur, vt ſcriptum eſt in *hoc* §. *& in l. ſi debitorem*, 28. *infr. de fideiuſſoribus.* Bonum enim nomen facit creditor, qui admittit debitorem delegatum etiam minùs idoneum, *l. inter cauſas*, 26. §. *abeſſe infr. mand.* Ergo non eſt hoc caſu mulier iuuanda Velleiano: multò autem minùs danda eſt ei condictio: non ſolùm quia difficilius eſt, vt alicui detur actio quàm exceptio, *l.* 1. *infr. de pignoribus*, *l.* 1. §. *Is autem*, *infr. de ſuperficiebus*, *l. inuitus*, 156. §. 1. *de regulis iuris*, ſed etiam quia Senatuſconſulti verba exceptionem duntaxat dant mulieri, aut aduerſus eam denegant actionem, *l.* 1. *ſuprà hoc toto titulo.* non autem tribuunt condictionem.

DEC. Mulier quæ contra Senatuſconſultum interceſſit non poteſt videri debitrix ſaltem effectu cùm habeat exceptionem perpetuam, *l. debitor*, 68. *iuncta l. creditor*, 8. *& l. creditor*, 55. *de verborum ſignificationib. l. nihil intereſt*, 112. *de regulis iur.* Ergo ſi ſoluat, poteſt repetere: exceptio enim Velleiani fauorabilis eſt, nec odio creditoris comparata, vt Macedoniani, ſed fauore mulieris intercedens. Ideóque parit ſoluenti condictionem, *l. ſi non ſortem*, §. *indebitum*, *& leg. qui exceptionem*, 40. *ſuprà de condictione indebiti.* Atqui mulier quæ quaſi debitrix cùm non eſſet, debitorem ſuum delegauit hoc ipſo ſoluiſſe videtur, quia delegatio pro ſolutione eſt, cùm delegando ſuum amiſerit debitorem. Ergo perinde condictionem habere debet, ac ſi ſoluiſſet: habet autem non ex Senatuſconſulto: ſed propter Senatuſconſultum, per quod irrita fit cauſa debiti, pro quo facta delegatio eſt, vt in *lege proximè præcedenti* Papinianus loquitur.

4 ¶ Sed ſi is, qui à muliere delegatus eſt, debitor eius non fuit: exceptione Senatuſconſulti poterit vti, quemadmodum mulieris fideiuſſor.

Ad §. 4. Sed & ſi is.

RAT. DVB. Quiſquis ſe delegari patitur, hoc ipſo videtur obmittere & reiicere exceptiones omnes, quæ competebant ei aduerſus delegantem: ita vt ſimilis videatur donanti, *l. ſi quis delegauerit*, *leg. doli*, 19. *in principio*, *infr. de nouationibus.* Ergo etiam ſi is qui à muliere delegatus eſt, debitor eius non fuerit, exceptionem tamen habere

BIU Cujas

habere non poterit aduersus eum cui delegatus est, sed sufficere ipsi debet quod aduersus delegantem habeat condictionem : nam & qui negat se debere, excipit quodammodo quamuis non tam de iure suo, quàm de non iure actoris, de qua in *l. loci* 4. §. *competit suprà*, *si seru. vind. & in l. age cum geminiano* 3. *Codic. de transact.* Idque expressim sentire videtur Vlpianus *in l. si non debitorem* 13. *infr. de nouat.* vbi ait si non debitorem quasi debitorem delegauero creditori meo exceptionem locum non habere, sed condictionem aduersus me qui delegaui competere.

Dec. Nullam quidem exceptionem propriam habere potest is qui delegatus est contra eum cui est delegatus : sed tamen potest habere ex persona delegantis, si qua delegauit, competebat quomodo in proposita specie exceptio Velleiani competebat mulieri, quæ delegando intercesserat. Consequens enim est, vt eadem exceptio competere debeat delegato non tanquam delegato, sed quia patiendo delegari se à muliere, cùm debitor eius non esset, hoc ipso videtur pro ea fideiussisse & consequenter perinde mulieri ipsa iuuari Velleiano potest *l. si fideiussores* 6. *supr. hoc titul. l. mulierem* 14. *& seq. Codic. eodem.* Proinde si mulier non intercessisset, nec proinde Velleiano iuuari posset, neque hîc delegatus iuuaretur: habet enim non exceptionem simpliciter quasi non debitor, sed exceptionem Velleiani quasi mulieris fideiussor.

5 ¶ Plane, si mulier intercessura, debitorem suum delegauerit: Senatusconsultum cessat : quia, etsi pecuniam numerasset, cessaret Senatusconsultum: mulier enim per Senatusconsultum releuatur : non, quæ diminuit, restituitur.

Ad §. 5. Planè, si mulier.

Rat. dvb. Parum interest an mulier intercedat, an verò cùm esset intercessura aliud quid faciat ne intercedere videatur : nam sicuti mulier priore casu facit contra Senatusconsultum quo mulierum intercessiones prohibentur, ita & posteriore facit in fraudem Senatusconsulti, quę fraus nunquam toleranda est *l. quidam* 29. *in fine infrà, hoc titul.* atqui ponimus mulierem, quæ intercedere volebat debitorem suum delegasse, vt alium liberaret : ergo pro intercedente habenda est.

Dec. Qui debitorem suum delegat, videtur soluere, vt diximus in §. *interdum supr. ex l. qui debitorem* 18. *infr. de fideiussor. l.* 2. *Codic. de nouat.* Atqui si mulier soluisset pecuniam pro eo pro quo intercedere volebat, non ideo tamen iuuaretur Velleiano nisi soluisset ex causa intercessionis præcedentis, vt in §. *interdum supr.* Ergo nec si debitorem suum delegauerit, iuuabitur : non enim iuuatur mulier quæ patrimonium suum diminuet, vt alij tantum prodesset : sed ea demùm releuatur per Senatusconsultum quæ pro alio se obligando intercessit *l.* 4. *in fin. & l.* 5. vbi diximus *supr.*

6 ¶ Sed si eum delegauerit, qui debitor eius non fuit: fraus Senatusconsulto facta videbitur, & idcirco exceptio datur.

Ad §. 6. Sed si eum delegauerit.

Rat. dvb. Mulier quæ non debitorem delegat tanquam debitorem, non solùm non se obligat, sed neque patrimonium suum diminuit, cùm non possit videri amisisse debitorem quem nunquam habuit *l. non videtur* 83. *l. non potest* 208. *de regul. iur.* Ergo multò minùs videri potest fraudem fecisse Velleiano vt exceptione Senatusconsulti adiuuanda sit.

Dec. Qui delegat tanquam debitorem eum quem scit non esse debitorem proculdubio, id agit, vt alium vice sua constituat debitorem : atqui hoc ipsum nihil aliud quàm intercedere est, sed obscurè & subdolè, non vt decipiatur creditor qui delegatum hunc tanquam verum debitorem admittit : (nec enim decipitur creditor contra quem delegatus nullam habiturus est exceptionem *l. si non debitorem* 13. *infr. de nouat.* Neque rursus esset subueniendum mulieri quæ creditorem suscepisset *l.* 2. *supr. l. fœminis* 18. *Cod. eod.*) sed vt eo prætextu intercessionem tegeret : ergo fraus facta videtur Senatusconsulto, & consequenter exceptio Velleiani danda est non mulieri, quæ non est obligata, nec tam intercessit quàm intercedere voluit, sed ei qui tanquam debitor cùm non esset, fuit delegatus: nec tanquam fideiussori, vt in specie *superioris* §. cùm ad nullam obligationem alienam accesserit, sed tãquam expromissori qui pro muliere non obligata se obligauerit : nec enim Velleianum prodest duntaxat fideiussoribus mulierum, sed etiam expromissoribus *l. aliquando* 13. *in princip. infr. hoc tit.* Datur ergo ei exceptio non tanquam delegato ne obsit *dict. l. si non debitorem*, sed tanquam expromissori mulieris, quæ ipsa quoque Velleiani exceptionem haberet si esset obligata, vt in *leg. si vxor* 15. *Codic. hoc titul.* neque habet creditor quod conqueratur qui in fraudem Senatusconsulti fecisse intelligitur, vt benè hîc Accursius, notans etiam quod obseruatione dignum est non eandem semper esse rationem mulieris intercedentis, & eius quæ velit tantum intercedere, nec tamen intercedat, vt priore casu danda sit mulieri condictio, siue soluerit, siue delegauerit suum vel non suum debitorem: posteriore verò non iuuetur ipsa quæ nec obligata est: sed quod addit idem Accursius delegatum à muliere intercedente si non fuerit debitor habiturum exceptionem, debuit ita explicari, vt habeat exceptionem quasi fideiussor §. *prox. supr.* Cùm autem mulier non intercessit, habeat ille exceptionem tanquam expromissor datus in fraudem Senatusconsulti, vt docuimus.

BIU Cujas

7 ¶ Quoties pro debitore interceſſerit mulier : datur in eum priſtina actio , etſi ille prius acceptilatione liberatus ſit , quàm mulier interceſſerit.

Ad §. 7. Quoties.

RAT. DVB. Actio ſemel extincta nunquam poteſt reuiuiſcere *l. qui res §. aream de ſolu. inf.* Atqui ponimus debitorem pro quo mulier interceſſit fuiſſe liberatum à ſuo creditore , apud quem mulier interceſſit : liberatum autem non per pactum de non petendo , ex quo naſceretur tantum exceptio *l. ſi vnus 27. §. pactus ne peteret ſuprà , de pact. l. ſi quis reum 5. infrà , de liber. leg.* ſed per acceptilationem quæ licet imaginaria & ciuilis tantum ſolutio ſit §. 1. *Inſtitution. de obligat. & l. penultima, infrà , de ſolution.* Ipſo tamen iure tollit omnem obligationem & naturalem & ciuilem , perinde ac vera & naturalis ſolutio eſt , vt *ſupradictis locis* dictum eſt : ergo quamuis mulier quæ interceſſit iuuanda ſit Velleiano contra eum apud quem interceſſit , non tamen conſequens eſt , vt vetus actio quæ fuit per acceptilationem extincta contra debitorem reſuſcitetur. Maximè verò ſi addas quod Vlpianus addit debitorem fuiſſe à lege deliberatum priùs quàm mulier interceſſerit. Quomodo enim poteſt videri liberatus propter interceſſionem quam mulier nondum fecerat , & quæ tametſi nulla ſecuta fuiſſet : non eo minus tamen facta ſemel per acceptilationem liberatio duraſſet.

DEC. Aliud eſt reſuſcitari extinctam obligationem aut reuiuiſcere , quod fieri non poteſt : aliud verò reſtitui eam , & reſtaurari à Prætore quod commodè Prætor facere poteſt & debet quoties æquitas ſuggerit. Priore locutione iuris poteſtatem ſignificamus , quæ nunquam tanta eſt , vt à priuatione det regreſſum ad habitum , quod nec natura ipſa facere poteſt , quam tamen lex imitatur ſemper , ſuperat nunquam *l 1. l. adoptio 16. ſuprà , de adoptionib.* Atqui in propoſita ſpecie facit æquitas , vt creditori ſuccurrendum ſit qui fidem & interceſſionem mulieris ſecutus veterem debitorem amiſit , vt inanem mulieris obligationem ſibi acquireret. Nam ſicuti mulierem intercedentem decipi à creditore non oportet §. *prox. ſuprà* , ita neque creditorem à muliere *l. 2. ſupr. l. ſi decipiendi 30. infrà , hoc titul.* nec enim id egit Senatus , vt creditorem apud quem mulier interceſſiſſet , damno aliquo afficeret : ſed tantùm vt mulieri ſuccurreret , ne damnum aliquod ex interceſſione ſua ſentiret *l. qui exceptionem 40. ſuprà , de condict. indeb.* vbi dicitur in hoc differre exceptionem Velleiani ab exceptione Macedoniani , quæ non niſi odio creditorum comparata eſt *l. ſed ſi paterfamilias 9. §. penultim. infr. de Senatuſconſulto Macedonian.* Ergo æquiſſimum eſt quoties mulier interceſſerit pro debitore quem creditor acceptilatione liberauerit priſtinam actionem reſtitui in debitorem , qui alioquin ex creditoris iactura locupletaretur contra *l. nam hoc natura 14. ſupr. de condict. indebit. l. iure naturæ 206. de regul. iur.* Dicitur autem hæc actio reſtitutoria , quia reſtituitur à Prætore , vt ſit quaſi eadem cum priore non numero , adeoque nec ſpecie , ſed effectu. Eſt enim alia & noua actio , & quidem vtilis , cùm vetus eſſet directa §. *Marcellus §. quamquam & ſeqq. infrà , hac lege* Eſt tamen vtraque eiuſdem poteſtatis *l. actio 47. ſuprà , de negot. geſt.* ſi tamen locus ille Paulieſt non potiùs Triboniani , vt docuimus in coniecturis , dicitur etiam reſciſſoria in *l. ſi mulier 16. Cod. hoc titul.* quia datur à Prætore reſciſſa acceptilatione , vt & reſciſſoria dicitur illa , de qua in *l. nec non 28. §. exemplo & tot. titul. ſuprà , ex quibus cauſ. maior.* quæ ſimiliter dicitur vtilis in *l. nec vtilem 20. eodem titul.* Nec diſtinguendum eſt , an acceptilatio interceſſionem præceſſerit an ſubſecuta ſit : nam in actibus correſpectiuis , id eſt , quorum alter alterius contemplatione fiat , vt in *l. cùm te 6. Codice de pact. inter empt. & vendit.* Nihil refert quid ante , aut quid poſt factum ſit , vt neque in coniunctionibus *l. quidam 14. infr. de pecul. leg.* hic autem non poteſt negari , quin acceptilatio , etiamſi interceſſionem præceſſerit , facta ſit : tamen intuitu & contemplatione futuræ interceſſionis , ac proinde cum interceſſionis cauſa per Senatuſconſultum conſtituatur irrita , æquum eſt in debitorem priſtinam actionem reſtitui , quomodo & ſeruitutes tam perſonales , quàm reales reſtitui dicuntur *l. ſi ager 23. & ſequent. ſupr. quib. mod. vſusfruct. amitt. l. ſi locus 14. ſupr. quem. ſeru. amitt. l. Papinianus 28. ſup. de ſeruit.* Quia tamen obligationes omnes odioſæ ſunt abſtinere , debet Prætor ne actionem extinctam reſtituat & reſtauret , ſi alio modo conſulere poſſit indemnitati eius qui actionem amiſit *l. ob eam cauſam 9. infr. de præſcr. verbor.* ſed cùm neceſſitas ita poſtulat , non poteſt videri æquum non eſſe quod eſt neceſſarium.

8 ¶ Si conuenerit cum debitore , vt expromiſſorem daret , & acceptum ei latum ſit , deinde is dederit mulierem , quæ auxilio Senatuſconſulti munita eſt. poteſt ei condici , quaſi non dediſſet : quid enim intereſt , non det , an talem det ? non erit igitur actio vtilis neceſſaria , cum condictio competat.

Ad §. 8. Si conuenerit.

RAT. DVB. Si creditor conuenerit cum debitore , vt expromiſſorem daret , & ſpe dandi expromiſſoris interim debitorem per acceptilationem liberauerit , poſtea mulierem expromiſſorem dederit , non poteſt negari quin ſatisfecerit , cùm ea expromiſſione mulier obligetur , licèt exceptione Velleiani adiuuari poſſit , magiſque imputari debet creditori , quod mulierē in expromiſſorem admiſerit ,

BIU Cujas

sic, *l.si ab arbitro*, 10.§.1.*supr.si quis caut.l.*1. §.*illud secundum*, *infr.de separat.*

DEC. Nihil interest an debitor nullum dederit expromissorem, an verò mulierem dederit, quæ Senatusconsulti auxilio munita est, sicuti dicimus nihil interesse, an nullo modo cautum vel satisdatum sit: an verò vicioſè id factum sit, *l.quoties*, 6. *supr. qui satisd.cogan. l.*1.§. *vlt. ad Senatusconsultum Tertyllian.* Nec enim dubitandum est, quin cogitatum sit de idoneo expromissore dando, *argum.l.vt gradatim*, 2.§.1.*de muner.& honor.l.*1.*&* 2.*in princ.supr. qui satisd.cogan.* Non est autem idoneus debitor qui habet exceptionem, per quam fit, vt conueniri cum effectu non possit, *l.debitor*, 108.*iunct.l.creditores*, 10.*& creditor*, 55.*de verb.sign.l. nihil interest*, 112. *de reg.iur.l. nam is*, 6. *de dolo.* Verba enim omnia cum effectu sunt accipienda, *l.*1.§.*vlt. supr.quisq.iur. l.pen.*§. *docere, ne quis eum, qui in ius vocatus est.* Ergo perinde ac si nullus datus esset expromissor, condici potest ei qui acceptilatione liberatus est, *l.*4.*supr. de cond.caus. dat.* Ac proinde non est necessaria creditori actio illa vtilis ac restitutoria, aut rescissoria, de qua diximus ad §. *præced.* cùm habeat condictionem, quæ est directa: verum enim est quod proximè diximus vtilibus actionibus nunquam esse locum, nisi ex necessitate, quia nec aliter æquitas concedi eas suadet aut permittit, *l.*1.*supr.de Publician. in rem act.l.* 1. *l.in bonæ fidei*, 7.*supr. de eo quod certo loco.* Itaque non puto quidquam referre an conuenerit cum debitore in genere, vt expromissorem daret, isque postea mulierem dederit, an verò iam inde ab initio cogitatum sit de mulieris intercessione, quomodo tamen Accursius distinguit. Est enim vtriusque casus eadem prorsus ratio, nisi quod cùm mulier ab initio intercessit pro debitore, licèt acceptilatio ad eum liberandum interuenerit, condici tamen debitori liberatio non potest, quasi causa non secuta: sed tantùm restituitur vetus actio in debitorem, quia non conuenerat, vt causa aliqua sequeretur: posteriore verò casu conuenerat, vt debitor expromissorem daret, ob eamque causam fuerat accepto liberatus: quæ tamen causa non videtur secuta, nullo vel minùs idoneo dato expromissore, qui cum effectu conueniri non possit. Condictio igitur hoc casu danda est, non actio vtilis.

9 ¶ Marcellus quoque scribit, si mulieri post intercessionem accepto tulerit creditor, nihilominùs restitutoriam actionem ei dari debere: inanem enim obligationem dimisit.

Ad §. 9. Marcellus.

RAT. DVB. Cùm mulieri post quam pro alio intercessit, accepto tulit creditor, videtur facto suo actionem, quam contra mulierem habebat amisisse & pleniorem mulieri liberationem concessisse, quam habitura fuisset officio Senatusconsulti. Nam ex Senatusconsulto habuisset tantùm exceptionem, nec fuisset liberata ipso iure, quomodo liberatur per acceptilationem, ità vt nulla indigeat exceptione, *l.si quis reum*, 5.*infr. de liber. legat.* Ergo non est ei restituenda contra veterem creditorem pristina actio, cùm dici soleat, quod & verissimum est remittentibus actiones aut exceptiones suas, nullum dari ad eas regressum debere, *l.quæritur*, 14.§.*si venditor infr. de ædil. edict.l.si quis delegauerit inf.de nouat.& deleg.*

DE'C. Nihil est quod remisisse vel donasse creditor videri possit, qui inanem, nulliúsque effectus obligationem dimisit, quam etiamsi non dimisisset, nullum tamen ex ea commodum percipere potuisset: tota enim siue obligationis siue actionis vtilitas, non tam in agendo, quàm in exigendo consistit, *l.nam is*, 6. *suprà de dolo*, *l.creditores*, 10.*l. creditor*, 55.*& l. debitor*, 108. *de verborum significat. l. nihil interest*, 112.*de reg. iur.* Atqui creditor qui accepto tulit mulieri, quæ pro alio intercesserat, inanem obligationem dimisit. Cùm si ex ea contra mulierem agere voluisset, exceptione Velleiani perpetua repelli potuisset. Perinde ergo ac si nullam penitus obligationem dimisisset, restitutoria ei contra debitorem actio est, quasi verisimile sit non fuisse illum mulieri acceptilaturum, si efficacem actionem aduersus eam habuisset.

10 ¶ Si mulier, post intercessionem sic soluerit, ne repetere possit: iustè prior debitor actionem recusat. Sed cùm releuatur reus, si mulier sic soluit, vt repetere non possit: & cùm ei mulieri, quæ repetere non poterat, sic soluisset, accepto tulit creditor, similiter releuatur reus.

Ad §.10.Si mulier.

RAT. DVB. Quamuis mulier post intercessionem sic soluerit, ne repetere possit, non eò minùs tamen verum est fuisse illam tutam exceptione perpetua, priùs quàm solueret. Ponimus enim factam intercessionem contra Senatusconsultum. Atquin is qui exceptione perpetua & fauorabili tutus soluit, potest repetere condictione indebiti, *l.qui exceptionem*, 40. *supr. de condictione indeb.* Nec ei nocere debet quod ea lege soluit, ne posset repetere. Nam dum è contrario non prodest ei, qui sciens indebitum soluit, quod hac mente soluat, vt postea reperat, *l.quod quis*, 50 *eod.*

DEC. Indebitum quidem solutum accipimus, non solùm si omnino non debeatur, sed etsi per exceptionem aliquam perpetuam peri non poterat: sed tamen si is qui exceptione perpetua tutus erat sciens eam sibi competere, vltrò soluerit, non habet condictionem, *l.si is qui*, 24.*& l.si non sortem*, 26. §.*indebitum*, *eod. tit.l.indebitum*, 9.*Cod. eod. l. cum qui*, 25.§.1.*suprà de inofficioso testamento.* Atqui ponimus mulierem, quæ contra Senatusconsultum intercesserat, cùm sciret sibi competere exceptionem, ita tamen soluisse, ne posset repetere: ergo nulla aduersus creditorem agentem exceptione vti po-

BIU Cujas

rest, & consequenter nihil causæ est, cur creditori aduersus priorem debitorem actio restitui debeat, cùm eo demùm casu restituenda sit actio, quo inanis est, aut esse potest mulieris obligatio, §. *quoties supr.* Nullo enim casu permittendum est, vt creditor, qui ex mulieris intercessione lucrum sensit, agat iterum contra debitorem liberatum. Ita enim fieret, vt lucrum ex alieno damno sentiret, cùm tamen restitutoria actio ei danda sit, ne ob hoc tantùm vt moretur in damno, non etiam vt versetur in lucro, simile quiddam est in *l. eleganter*, 23. §. *pen. supr. de cond. indeb.*

Sed cùm releuatur reus. RAT. DVB. Non videtur bona comparatio mulieris, quæ iam soluit, & repetendi facultatem sibi ademit, & mulieris, quæ per acceptilationem creditoris liberata est, antequam soluerit: sunt enim hi casus separati, vt nemo non videt. Ex separatis autem minimè infertur, *vulg. l. Papinianus*, 20. *suprà de minor.*

DEC. Multum refert an mulier ipsa sibi exceptionem Senatusconsulti adèmerit, ita soluendo ne possit repetere, vt in specie proximè præcedente: an vero liberata sit, per acceptilationem creditoris cum posteriore casu imputari non possit creditori, cur mulierem liberauerit, vt diximus ad §. *præcedentem*, scilicet cùm liberata est mulier, quæ habebat exceptionem. At cùm ea liberata est, quę si soluisset, non potuisset repetere creditori, imputari potest cur eam liberauerit. Nec potest videri hoc casu creditor inanem obligationem dimisisse, sed potiùs efficacem sibi competentem vltrò remisisse. Bonáque comparatio est mulieris, quæ sic soluit ne possit repetere, & eius quæ priùs quidem acceptò liberata est quàm soluere: sed quæ tamen si soluisset, repetere nō posset, iis nimirum casibus suprà diximus cessare Velleianum ad *l. 1. quomodo*, & Accursius noster bene explicat. Ergo quemadmodum releuatur reus, id est, prior debitor ne conueniri possit actione restitutoria, si mulier, quæ habebat exceptionem, sic soluerit, ne posset repetere: ita similiter dicendum est releuandum reum, nec restitutoriæ actioni aduersus eum esse locum, si creditor accepto mulieri tulerit etiam priùs quàm solueret, dummodò tale debitum sit, quod si solutum esset, repetere ipsa non posset. Quid enim refert an soluerit, an verò ad solutionem inuitâ vrgeri possit?

11 ¶ Quanquam in omnes qui liberati sunt, restituitur actio: non tamen omnibus restituitur. vt putà duo rei stipulandi fuerunt: apud alterum mulier intercessit: ei soli restituitur obligatio, apud quem intercessit.

Ad §. 11. Quanquam.

RAT. DVB. Eadem videtur ratio restituendæ veteris actionis omnibus qui liberauerunt, quę est restituendæ in omnibus qui liberati sunt, præsertim, cùm agitur de pluribus correis debēdi & stipulandi: constat enim omnium correorum debendi vnam esse obligationem passiuam; plurium verò correorum debendi vnam actiuam, ita vt & singulis in solidum debeatur & singuli debeant, *l. 2. l. 3. §. 1. infr. de duobus reis constitut.* vbi additur vnius petitione & acceptilatione totam solui obligationem & alterius quoque factum alteri quoque nocere, quod & scriptum est in *l. ex duobus*, 16. *& l. pen. eod.* Atqui si pro vno correo debendi mulier intercesserit aduersus vtrumque correum, restituitur actio creditori, *l. si pro vno*, 20. *infr. hoc titulo.* Ergo & si mulier apud vnum ex correis stipulandi intercesserit, vt communem debitorem liberaret, omnibus restituenda est hæc actio, sicuti solemus dicere, liberationem, quæ contigit per nouationem, prodesse omnibus, *d. l. 2. de duobus reis, & l. si vnus*, 27. §. 1. *supr. de pact.*

DEC. Illis demùm restituenda est vetus actio contra debitorem, qui propter intercessionem mulieris eam admiserit. Ipsum enim nomen restitutionis ostendit amissam fuisse actionem. Restitui enim non posset, quæ admissa nunquam fuisset, *l. si locus* 14. *supr. quemadmodum seruit. amitt.* Atqui cùm mulier apud alterum ex correis stipulandi intercessit, vt communem debitorem liberaret, is solus actionem admittit, qui mulieris intercessionem admisit. Ergo ei soli restituenda est actio, non alij qui nihil admisit.

12 ¶ Si mulieri hæres extitit creditor: videndum, an restitutoria vti non possit. & ait Iulianus libro duodecimo, restitutoria eum nihilominus vsurum. nec immeritò cùm non obligatæ cum effectu successerit. denique in Falcidia hoc æs alienum non imputabitur.

Ad §. 12. Si mulieri.

RAT. DVB. Hæres censetur vna eadémque persona cum defuncto, *Nouell. quadragesima octaua à morient. præfit. in princip.* & cùm creditor adit hæreditatem debitoris an contrà fit confusio debiti, cùm non possit idem esse suiipsius creditor & debitor, *l. debitori*, 7. *Cod. de pact. l. Stichum aut Pamphilum*, 95. §. *aditio de solut.* Imò, quod magis est creditor, qui successit creditori, quantumuis inopi soluisse sibiipsi intelligitur, *d. §. aditio, versicul. aliquando & l. debitori §. infr. de fideiussor.* Et secum compensasse eam quantitatem, quæ debebatur, *l. quæ dotis*, 33. *infr. solut. matrim.* Cùm semper soluendo esse intelligatur hæreditas quæ inuenit hæredem, *l. libertas*, 36. *infr. de bon. libert.* Ergo si mulieri heres extiterit creditor apud quem ipsa intercesserat, dicendum est non posse illum vti restitutoria, cùm ipse adeundo hereditatem debitricis facto suo non minùs exceptionem Senatusconsulti quàm mulieris obligationem extinxerit.

DEC. Creditor succedendo mulieri, quæ contra Senatusconsultum intercesserat, non intelligitur succedere debitrici, cùm nec verè debitrix fuerit, quæ non erat obligata cum effectu, vt sæpiùs diximus in *præcedentib. ex l. creditoris*, 27. *l. creditor*, §. *l. debitor*,

BIU Cujas

debitor, 108. *de verb. significat. l. nihil interest*, 112. *de regul. iur.* Ergo neque potest aditio hoc casu habere vim veræ confusionis & solutionis. Non enim potest vera esse confusio, veluti & debiti & crediti, nec vera solutio nisi vna parte fuerit verus debitor, & ex alia verus creditor.

Denique in Falcidia. RAT. DVB. Cùm debitori hæres extitit, constat posse eum in imponenda ratione legis Falcidiæ imputare legatariis, quod sibi à defuncto debebatur, idq; etiam post confusam aditione actionem, quasi ex hereditate debitoris tantò minùs consecutus, *l. in imponenda 6. d. irritum*, 8. *C. ad l. Falcid. l. cùm emptor*, 48. *infr. eodem illo titulo.* Atqui mulier quæ pro alio apud creditorem intercesserat, hoc ipso debitrix facta erat creditoris. Ergo etiam hocæs alienum in ratione legis Falcidiæ imponenda legatariis imputabitur.

DEC. Imputatur idem legatariis omne æs alienum defuncti etiam quod heredi suo debuit, sed non computabitur æri alieno mulieris, id quod ipsa debuit ex causa intercessionis contra Senatusconsultum factæ: etsi enim fuit obligata ipso iure, non tamen cum effectu propter exceptionem quam habuit ex Senatusconsulto, quæ faciebat, vt nec obligata quodammodo videretur: Effectus enim cuiuslibet rei spectandus est, *l. debitor*, 59. *vers.* videamus de effectu rei, *infrà ad Senatusconsultum Trebellianum l.* 1. §. 1. *suprà quod quisque iur. l. pen.* §. *docere.* Ne quis eum, qui in ius vocatus est, vi eximat.

13 ¶ Planè si mihi proponas, mulierem veteri debitori successisse: dicendum erit, restitutoria eam conueniri posse: sed & directa actione [a]: nihil enim eius interest, qua actione conueniatur.

Ad §. 13. Planè si mihi proponas.

RATIO DVBITANDI. Mulier quæ veteri debitori successit pro quo intercesserat, frustrà adiuuatur exceptione Velleiani; cùm quod ex sua persona non deberet, debitura sit ex persona debitoris. Ergo facilius & expeditius est, vt ei exceptio Velleiani denegetur, quàm vt restitutoria actione conueniatur.

DEC. Mulier in hac specie duarum personarum vicem gerit, duásque obligationes sustinet, vnam ex propria persona, quatenus pro alio eodémque debitore intercessit, alteram ex persona debitoris, quem intercessione sua liberauit. Prior obligatio est inefficax propter auctoritatem Senatusconsulti, & ideò non cogitur creditor eam actionem exercere, quam sciat exceptione perpetua summoueri posse. Non enim ob id minùs permittendum erit mulieri exceptione Velleiani sibi competenti, vti quod præterea veteri debitori successerit, cùm non ex debitoris persona, sed ex sua propria conueniatur, *arg. l. cùm reus*, 14. *infr. de fideiuss.* Ergo poterit via recta agere restitutoria contra mulierem tanquam heredem debitoris, sicut agere posset contra debitorem ipsum, si adhuc viueret.

a *Sed & directa actione.* RAT. DVB. Non potest fieri, vt quis pro seipso intercedendo obligetur, *l. hæres à debitore*, 21. §. *seruo tuo*, *infr. de fideiussorib.* Atqui si mulier, quę intercessit pro debitore, cui posteà hæres extitit, maneret obligata actione directa, ex sua intercessione sequeretur fore vt maneret obligata ex sua intercessione & pro seipsa, cùm vicem & personam gerat debitoris, cui successit. Ergo dicendum necessariò est, sublatam confusione directam illam actionem, quæ non fuit nisi accessoria ad principalem: semper enim principalis obligatio, tanquam maior tollit accessoriam tanquam minorem, *l. si duo*, 93. *infr. de solut. l. si reus*, 13. *infr. de duobus reis*: Et quamuis dici soleat nihil interesse, an vtili quis, an directa actione conueniatur, vt in *hoc* §. scriptum est, & in *l. actio*, 47. *supr. de negotiis gestis*: tamen tunc obtinet cùm vtraque durat & competit: nam si alterutra ipso iure extincta sit, non magis fieri potest, vt exerceatur, quàm vt quis sine actione agat, *l. si pupilli*, 6. §. *vlt. eod. tit. iunct. l. cùm reus*, 14. *infr. de fideiussoribus.*

DEC. Quoties tractamus de restitutoria actione, ponimus liberatum fuisse ipso iure eum, contra quem restitutoriam concedimus, §. *quoties &* §. *quanquam supr.* Ergo ponendum est in proposita specie, quod & ponit Accursius, mulierem intercessisse animo nouandi, alioqui fideiubendo pro debitore non eum iuuasset: mansit ergo etiam post aditam debitoris hæreditatem directa actio integra, quæ contra mulierem ex sua intercessione competebat tanquam & ipsa principalis, quæ proinde non magis potuit tolli per restitutoriam, quàm restitutoria per eam ex *d. l. si duo*, *& d. l. si reus*, quæ habet quoties sunt duæ actiones æquè principales, & quarum vna non sit maior altera, vtramque subsistere, quia non possit dici vtra per alteram perimatur. Ergo in proposito dicendum est electionem esse creditam, an malit agere contra mulierem actione directa ex sua intercessione; an verò actione restitutoria tanquam contra heredem debitoris, qui mulieris intercessione fuerat liberatus: neque verò vlla fit in eo iniuria mulieri, cuius certè nihil interest an hac vel illa potiùs actione conueniatur, cùm vtraque actio tam directa, quàm vtilis eiusdem sit potestatis, eundémque habeat effectum, *d. l. actio*, 47. *de negotiis gestis*, de cuius tamen sententia & emẽdatione, vide quæ scripsimus, lib. Coniect. cap.

14 ¶ Si cum essem tibi contracturus, mulier interuenerit, vt cum ipsa potius contraham: videtur intercessisse: quo casu datur in te actio, quę instituit magis, quàm restituit obligationem: vt proinde obligeris eodem genere obligationis, quo mulier obligata est. verbi gratia. si per stipulationem mulier: & tu quasi ex stipulatu conuenieris.

Ad §. 13. Si cùm essem.

RAT. DVB. Si cùm essem tecum contracturus mulier interuenerit, & mihi persuaserit, vt cum ipsa potiùs contraham, verum est dicere te nunquam mihi fuisse obligatum. Contractus enim omnes

BIU Cujas

sunt facti, *l. consilio, 7. §. vltimo infrà de curat. furios.* Nec sufficit voluisse contrahere; vt hoc ipso iam contractum videatur. Ergo quamuis mulier intercessisse videatur, quippe quæ potest etiam pro non obligato intercedere, putà si se expromissorem constituat, dici tamen non potest, quænam actio contra te, pro quo intercessit competere debeat. Cùm enim nunquam fuerit obligatus, nec proinde liberatus, nulla quoque contra te restitutoria dari potest. Omnis siquidem restitutoria præsupponit liberationem præcedentem, & liberatio similiter obligationem.

Dec. Non est æquum decipi me ex mulieris intercessione, quæ si non fuisset, vtique tecum contraxissem, téq; mihi debitorem, & quidem cum effectu fecissem. Ergo ne decipiar qui mulieris personam nimis facilè sequi malui, dicendum est dandam esse mihi contra te actionem, non quidem restitutoriam, sed quæ tamen potiùs institutoria dici debeat. [Instituit enim nouam potiùs quàm restituit veterem obligationem] eiusdem scilicet generis, cuius & illa est, quæ contra mulierem daretur, si non inutiliter intercessisset tanquam subiicienda in locum actionis inutilis, vt si mulier per stipulationem intercesserit pro te apud me, tu quoque mihi quasi ex stipulatu tenearis, *l. in fine supr. & l. quidam, 29. infr. eod. l. 4. C. eod.* Et hic casus notandus est tanquam singularis, & fortè vnicus in toto iure Pandectarum, in quo fingitur interuenisse stipulatio, quæ reuera non interuenit, vt nihilominùs possit contra eum agi, qui neque stipulando, neque aliter quicquam promiserit, quod postea Iustinianus, hoc fortassis exemplo motus induxit fauore dotium, in *l. vnic. C. de rei vxor. act.*

15 ¶ Illud videndum est: si mulier pro eo interuenit, qui si cum ipso contractum esset, non obligaretur: an hac actione ille debeat teneri. Vt putà si pro pupillo intercessit, qui sine tutoris auctoritate non obligatur. & puto non obligari pupillum, nisi locupletior factus est ex hoc contractu. Item si minor vigintiquinque annis sit, pro quo mulier intercessit, in integrum restitutionem poterit implorare. vel filius contra Senatusconsultum contracturus est.

Ad §. vlt. Illud videndum.

Est hic §. velut appendix superioris: persequitur enim Vlpianus eandem speciem, quam priùs tractauerat, de eo qui cùm esset cum alio contracturus, maluit contrahere cum muliere: & ait in eum cum quo creditor contrahere volebat, ita demùm dandam esse actionem, si talis fuerit, qui contrahendo ipse obligari potuisset, & ex ea obligatione conueniri. Quid enim si pupillus erat, qui sine tutoris auctoritate fuerat contracturus, aut quid si minor vigintiquinque annis, qui contra suam obligationem restitui potuisset, aut quid si filiusfamilias qui contra Senatusconsultum Macedonianum mutuam pecuniam accepisset? his casibus negat Vlpianus contra eos dandam esse actionem, quæ sit cum effectu nisi quatenus ex eo contractu facti sint locupletiores: præsertim verò contra pupillum, qui nisi locupletior factus obligari ciuiliter sine tutoris sui auctoritate non potest, *l. obligari, 9. infrà de auctoritate tutor.* Minor enim etiam sine curatore suo etiam obligatur, *l. puberes, 101. de verborum obligat.* sed potest implorare restitutionem in integrum, si se non modò minorem, sed etiam læsum probet, *l. verum, 11. §. sciendum, l. quod si minor, 24. §. 1. l. non omnia 44. & pass. supr. de minor. l. nam posteaquam 9. §. si minor supr. de iureiurando.* Filius autem familiàs, si contra Senatusconsultum Macedonianum pecuniam mutuam accepisset Macedoniani exceptione iuuaretur, *l. 1. & pass. suprà de Senatusconsulto Macedoniano.* Ergo idem in proposito dicendum est, vt minor, qui licèt non sit obligatus, conuenitur tamen, tanquam si obligatus esset idem beneficium habere debeat restitutionis in integrum, quod haberet, si ipse contraxisset, itémque filiusfamilias eandem Senatusconsulti exceptionem.

Rat. dvb. Quæratio facit, vt contra alias personas, cum quibus creditor fuerat contracturus si mulier non contraxisset, actio institoria dari debeat eadem & in his personis locum habere videtur, nempe quia si mulier non intercessisset, ipsi contraxissent, & se obligassent. Nulla igitur fit ipsis iniuria, si quamuis non contraxerint, pro obligatis tamen habeantur.

Dec. Non potest durior esse condicio eorum, qui non contraxerunt, vt pro efficaciter obligatis contraxissent, ne alioqui plus possit fictio in casu ficto, quàm actio in casu vero contra *l. filio, 23. infr. de liberis & posthumis, l. si is qui pro emptore, §. de vsucapionib.* Atqui si pupillus sine tutoris auctoritate contraxisset, naturaliter quidem obligatus fuisset: sed sine effectu, etiamsi per stipulationem promisisset, nec mutuam pecuniam accepisset: mutua verò accepta pecunia naturaliter quidem fuisset obligatus: & cum effectu obligationis naturalis: sed non iure naturali. Ciuiliter autem nullo modo, nisi post rescriptum Diui Pij quatenus locupletior ex mutuo factus fuisset, vt docuimus ad *l. vlt. sup. de iureiurando, & ad l. naturaliter, 113. §. vltim. & l. quod pupillus, 41. suprà de condict. indebit.* Proinde nulla contra eum actio dari posset, cùm obligatio, quæ naturalis tantùm est, actionem nullam possit producere: sed tantùm retentionem, vel exceptionem, vel deductionem, vel denique compensationem, vt suprà dictis locis ostendimus: ergo multò minùs poterit actione illa institutoria cõueniri pupillus, qui si mulier non intercessit contracturus fuerat sine tutoris auctoritate, nisi proponas ex contractu illo factum eum locupletiorem, vt rescripto Diui Pij locus esse possit, *de quo in l. 3. in principio suprà commod.* & alibi sæpè. Pubes verò, idémque minor annis viginti quinque, si contraxisset, siquidem obligasset ciuiliter: sed ita tamen, vt aduersus eam obligationem in integrum restitui potuisset, dummodò probata, vt diximus, læsione, etiam non immodica, dum ne omnino minima. Quidni ergo multò magis restitui poterit aduersus fictam illam & tacitam obligationem, qui etiam aduersus

BIU Cujas

uersus veram & expressam restitueretur? Denique filiusfamilis si mutuam pecuniam contra Macedonianum accepisset, haberet, vt diximus, exceptionem Macedoniani, cur non ergo habebit, etiamsi non acceperit, si conueniatur quasi accepisset? vt in summa iisdem modis ficta illa obligatio possit desitui, quibus vera subueretur. Sed an idem de restitutoria actione dicendum erit, quod diximus de Institutoria? Accursius negat quasi difficilius sit, vt cõtra huiusmodi actionem, quæ nunquam competiit quis restituatur quàm vt cõtra eam quæ competiit, & extincta fuit propter mulieris intercessionem. Mihi verò aliud iudicium est: nam si de pupillo agamus, nulla potest contra eum restitui vetus actio, si absque tutoris authoritate contraxerat, quia nec vlla contra eum vnquam competierat. Ideoque non nisi frustrà & ridiculè de restitutoria actione tractari hoc casu potest: si verò de minore & filiofamilias qui aduersus S C. contraxerit, admittã quidem dandam esse contra eos restitutoriam, sed quæ tamẽ eadẽ incõmoda & restitutiones in integrum & exceptiones Macedoniani passura sit quæ pateretur, etiamsi extincta nunquam fuisset. Non enim potest restitui nisi cum pristinis suis qualitatib. & vitiis. Itaque restitutoriæ illius actionis eadem semper erit ratio quæ & institutoriæ, quam nec Vlpian. in hoc §. denegat contra minorem aut filiumfamilias, sed ait duntaxat perinde aduersus eam succurrendum esse minori data ipsi restitutione in integrum. Itemque filiofamilias, accommodata illi exceptione atque si ambo contraxissent, & ipso iure obligati fuissent.

9. PAVLVS libro 6. Regularum.

SEd si pro alieno seruo intercedat, quemadmodum in patremfamilias priorem reum restituitur actio, ita in dominum quoque restituenda erit.

Ad l. Sed si pro alieno 9.

RAT. DVB. Non potest restitui actio in eum qui nunquam fuit obligatus, cùm omnis actio personalis præsupponat actionem *l. licet 42. §. ea obligatio sup. de procurat.* Multò minùs in eum cõtra quem nulla actio vnquam competiit, cùm restitutio actionis præsupponat eam priùs competiisse. Atqui eum seruo nulla actio est nec esse potest *l. cum seruo, 107. de reg. iur. l. serui 14. inf. de ob. & act.* ergo si mulier pro alieno seruo intercesserit, nulla potest actio ei restitui.

DEC. Etiam pro persona non obligata intercessio fieri potest *l. vlt. §. vlt. infr. hoc tit.* ac multò magis pro persona, quæ sit obligata naturaliter, licèt cum ea agi non possit, cùm etiam naturalis obligatio nouari possit *l. 1. in fin. infr. de nouat.* ergo etiam pro seruo alieno intercedere mulier potest. Et ideò restitui ei actio potest, non quidem contra seruum, cũ quo agi nunquam potuit, sed contra dominum, actio, inquam, de peculio quę ex contractibus seruorum contra dominos competit, *d. l. vlt. §. vlt.* quemadmodũm si pro filiofamilias contra Macedonianum contracturo mulier intercederet restitueretur ei actio in patremfamilias, vt dictum est in *§. vlt. legis præcedentis*, nisi quod ibi tractatur de actione institutoria, hic autem de restitutoria quæ competit quoties pro debitore interceſſit mulier, & ille priùs acceptilatione aut alia nouatione liberatus est, *l. proxima §. quoties suprà l. si mulier 16. in fin. infr. hoc titul.* siue legamus, vt in Pandectis Florentinis *in patremfamilias priorem in reum*, siue, vt apud Accursium *Priorei*, restituitur autem actio de peculio generalis vel specialior de in rem verso, quæ vtraque datur ex contractu filijfamilias in patrem, serui verò in dominum, vt Accurs. bene post Azonem explicat ex *d. l. vlt. in fin.*

10. VLPIANVS libro 29. ad Edictum.

HÆ actiones, quæ in eos, pro quibus mulier interceſſit, dantur, & heredibus, & in heredes, & perpetuo competunt: habent enim rei persecutionem. cæteris quoque honorariis successoribus dabuntur, & aduersus eos.

Ad l. Hæ actiones, 10.

RAT. DVB. Talis obligatio restituenda est qualis erat antequam extingueretur, alioqui non pristina actio restitueretur, sed alia *l. debitrix 24. §. si pro eo infr. hoc tit. l. vlt. supr. de minor.* Atqui potest fieri vt actio quæ propter mulieris intercessionem extincta est fuerit temporalis, qualis est actio de peculio in pleriſque casibus in quibus est annalis *l. 1. & tot. titu. supr. quando act. de pecul. annal. est, l. si tamen 4. in fin. supr. de exercit. act.* ergo non semper verum est quod hæc lex ait, actiones istas, institutoriam scilicet & restitutoriam, quæ in eos dantur pro quibus mulier interceſſit, & de quibus proximè tractatum, & hæredibus & in heredes perpetuò competere.

DEC. Actiones honorariæ, quæ rei persecutionem non pœnam dantur regulariter & hæredibus & in hæredes perpetuò, id est etiam post annum *l. in honorariis, infr. de oblig. & act.* de qua latè scripsimus ad *l. in conditione 9 supr. de condict. furt.* atqui hæ actiones institutoria & restitutoria habent rei persecutionem, nec vlla ex parte pœnales sunt, cùm per eas id tantùm persequamur quod ex patrimonio nostro abest, quæ actionum rei persecutoriarum natura & definitio est *d. l. in honorariis*, ergo & hæredibus & in hæredes perpetuò competere debent, sed hoc intelligi debet positis habilibus terminis, id est si actio pristina quę restituitur erat perpetua, non autem temporalis *d. §. si pro eo.* Quæ tamen distinctio non cadit in actionem institutoriam, quę nunquam competiit, sed tantum in restitutoriam, alia ratio est earum actionum de quibus in *d. l. si tamen 4. §. vlt. de exercit. act.* Quæ scilicet restitutorię non sunt, sed propriam naturam habent, eamque rei persecutoriam propter quod sunt perpetuæ, vt ibi diximus. Quemadmodum autem competunt institutoria

BIU Cujas

& restitutoria hæredibus & in hæredes, ita & multò magis honorariis successoribus & aduersus eos, quippe qui in omnibus ferè iuris partibus habentur hæredum loco: *l.2.& 3.infr. de bon. poss.* præsertim verò apud Prætorem, ex cuius iurisdictione descendunt actiones, de quibus nunc agimus.

II. PAVLVS libro 30. ad Edictum.

SI mulier tanquam in vsus suos pecuniam acceperit, alij creditura: non est locus Senatusconsulto. alioqui nemo cum fœminis contrahet: quia ignorari potest, quid acturæ sint.

Ad l. Si mulier, 11.

RAT. DVB. Plus valere debet, quod in veritate est, quàm quod in opinione, *l.2. §. si à pupillo infr. pro empt. §. si quis rem suam* 11. *Instit. de legat.* Ergo, quamuis creditor, qui pecuniam numerauit mulieri, putauerit eam accipere in vsus suos, si tamen reuera mulier accipiat, alij statim creditura, dicendum est videri eam intercedere pro eo cui creditura est, & consequenter Senatusconsulto locum esse.

DEC. Senatusconsulto ita demùm subuentum est mulieribus, si non callidè versatæ sint: deceptis enim non decipientibus succurrendum fuit, *l.2. §. verba itaque, supr. hoc tit. l. si decipiendi*, 30. *infr. eod. l. fœminis*, 18. *C. eod.* Atqui callidè versatur mulier quæ fingit se in vsus suos accipere in pecuniam, quam alij postmodum creditura est, decipitque creditorem, qui non aliter fuerat crediturus, sciens vtique non iuuari Velleiano mulierem, quæ in vsus suos pecuniam mutuam accipit: sed eam demùm, quæ pro alio intercedit, *l. aliquando*, 13. *in princ. l. vir vxori*, 17. *§. vlt. iunct. l. sed si eum*, 3. *sup.* nec imputari quicquam ei potest, quòd mulieris voluntatem non diuinauerit, cùm facti alieni ignorantia probabilis sit, *l. vlt. infr. pro suo.* Ergo non potest in hac specie locus esse Senatusconsulto, & quod dici solet, creditorem qui cum muliere contrahit diligentiorem & curiosiorem esse debere, in quos vsus pecunia impendatur, *l. doli*, 19. *§. diuersum, infr. de nouat. & delegat.* ad eum casum pertinet, quo quis contrahat cum muliere alienam obligationem suscipienre, non etiam quo quis personam mulieris bona fide ab initio sequatur, *dicta l. vir vxori*, 17. *in principio infrà hoc titulo*, tunc enim constat, ob ea quæ accepta pecunia postmodum à muliere gesta sunt exceptione, summoueri eum non debere, *l. bona fide*, 27. *infr.* Et sanè ita ius constitui mulierum præcipuè interest, ne alioqui magno damno & incommodo afficiantur, nemine cum iis contrahere volente, si neque bona fides, neque probabilis ignorantia, quæ bonam fidem parit auxilium aduersus periculum Senatusconsulti præbere non posset, quomodo circa minores 25. annis, ratiocinatur I.C. in *l. quod si minor* 24. *§. non semper supr. de minorib. iuncta l. ait Prætor*, aliàs *l. etsi sine*, §. *idem facunt*, sic in *l. Diuus*, 24. *versic. nec vllorum, infrà de testam. milit. l. ratas*, 7. *C. de rescind. vendit.*

12. IDEM libro 6. ad Breuium.

IMMO tunc locus est Senatusconsulto, cùm scit creditor eam intercedere.

Ad l. Immo tunc locus est, 12.

RAT. DVB. Potest fieri vt creditor sciat mulierem intercedere, & aliam obligationem in se suscipere, nec tamen locus sit Velleiano, vt in exemplis positis à Caio, in *l. proximè sequenti*, & *in l. vir vxori*, 17. *in principio infrà eodem.* Ergo non est generaliter & indistinctè vera huius legis sententia.

DEC. In rebus omnibus non tam inspiciendum est quid prima facie, quàm quid reuera fiat. Et si autem aliquando accidit, vt prima facie mulier intercedere videatur, reuera tamen non intercedit, neque alienam obligationem in se suscipit: sed suam potiùs, cùm negotium, pro quo intercedit ad eam pertinet, vt in *dicta l. proximè sequenti*, & *dicta l. vir vxori.* Ergo generaliter & indistinctè vera est huius legis propositio, dummodò intelligatur de muliere, quæ reuera intercedat pro alio, & de creditore, qui eam intercedere sciat, vt in exemplo, quod affert Accursius, si quis alij pecuniam crediturus erat, & mulier interceßura, malítque mulieri cedere, quæ postea sit alij creditura.

13. GAIVS libro 9. ad Edictum Prouinciale.

ALIQVANDO, licet alienam obligationem suscipiat mulier, non adiuuatur hoc Senatusconsulto. quod tum accidit, cùm prima facie quidem alienam, re vera autem suam obligationem suscipiat. vt ecce, si ancilla ob pactionem libertatis expromissore dato, post manumissionem id ipsum suscipiat, quod expromissor debeat: aut si hereditatem emerit, & æs alienum hereditarium in se transcribat: aut si pro fideiussore suo intercedat.

Ad l. Aliquando, 13.

RAT. DVB. Senatusconsultum Velleianum, quod de mulierum interceßionibus factum est, succurrit mulieribus omnibus, quæ alienam obligationem in se suscipiunt, *l. 1. & 2. supra & passim hoc tit.*

BIU Cujas

hoc tit. nec aliud quicquam requiritur ex parte creditoris, nisi vt sciat eam intercedere, *l. proxima supr.* Nec ex parte mulieris, nisi vt non versetur callidè, nec quicquam faciat animo decipiendi creditoris, *l. si mulier* 11. *sup.* Ergo iis concurrentibus nullus casus videtur dari posse in quo mulier, quę alienam obligationem in se suscipit, iuuari Senatusconsulto non debeat.

DEC. Verum & verum est Cassiani verbum illud inspici semper oportere, *cui bono*, negotium enim ad eum maximè pertinere creditur, cuius vel vtilitate vel incommodo res tandem cessura sit, licet non prior conueniatur, *l. si quis reum* 5. *de lib. leg. l. sed etsi* 24. *supr. de pact. l. cùm lex.* 46. *infr. de fideiuss.* Atqui cùm ancilla quæ ob pactionem libertatis expromissorem dedit, si post manumissionem idipsum suscipiat, quod expromissor debeat, licet prima facie pro expromissore intercedere videatur, reuera tamen pro seipsa potiùs intercedit, cùm non nisi pro ea pecuniam fideiussor debeat, ac proinde non potest iuuari Velleiano. Idemque est si hæreditatem ipsa emerit, & æs alienum hæreditarium in se transferibat, quia emptor hæreditatis licèt non possit conueniri à creditoribus hæreditatis, tanquam cui non hæres, sed singularis successor sit *l.* 2. *C. de hær. vel act. vend.* nisi vltrò creditorum actiones suscipiat, vt in *l.* 2. *C de pact.* Cogitur tamen præstare indemnitatem venditori in cuius locum succedit *d. l.* 2. *C. de hæred. vel act. vend. l.* 2. § *cùm quis infr. eod. illo tit.* Suum itaque non venditoris sui negotium gerit mulier quæ pro venditore se obligat creditoribus hæreditariis. Quomodo & illa quę pro fideiussore suo intercedit, quandoquidem fideiussor, si soluisset, regressum aduersus eã actione mãdati habuisset. Quæ tria exempla sunt à Caio hîc allata, sed quæ superioris legis sententiam non tam limitant & restringunt, quàm interpretantur, vt nimirũ intelligi debeat de muliere, quę nõ prima tãtum facie, sed reuera intercedat, vt explicauimus. Quod autem Accursius addit tanquam simile vxorem dici dominam rerum dotalium constante matrimonio, ratione futuræ spei tantum, cùm reuera non sit domina, ex *l. in rebus* 30. *C. de vir. dot. & tit. instit. Quibus alien. lic. vel non in princ.* prorsus à proposito alienum est, & longè aliter explicandum, vt alibi plerisque locis scripsimus. iunge *legem sed si eum* 3. *supr. eod. l.* 2. *C. eod. tit. l. primam* §. *in propria causa infr. quand. appell. sit. & intr. quæ temp. l. de die* 8. §. 1. *& 2. supr. qui satisd. cog.*

1 ¶ De pignoribus prioris debitoris non est creditori noua actione opus: cùm quasi Seruiana, quæ & hypothecaria vocatur, in his vtilis sit, quia verum est, conuenisse de pignoribus, nec solutam esse pecuniam.

Ad §. 1. De pignoribus.

RAT. DVB. Cùm principalis obligatio non consistit, nec accessoria potest consistere *l. cùm principalis* 178. *de reg. iur.* Atqui obligatio pignorum datorum à principali debitore, pro quo mulier intercedit, accessoria est ad obligationem principalem *l. res hypothecæ.* 5. *infr. de pignor.* Ergo sublata illa obligatione principali per intercessionem mulieris animo nouandi factam, dicendum est pignora quoque à priore debitore data liberari *l. nouatione* 18. *infr. de nouat.* Ergo sicut obligationem principalem nouatione peremptam restitui necesse est aduersus priorem debitorem, ita & obligationem ac persecutionem pignorum DEC. Actio vtilis Seruiana, quæ & hypothecaria dicitur, habet suas conditiones, vt tandiu duret quandiu creditori solutum non est, aut aliter eo nomine satisfactũ *l. si rem* 9. §. *omnis pecunia supr. de pignorat. act. l. grege* §. *etiam infr. de pignorib. l. debitor* 59. *ad S. C. Trebell. l. penult.* §. 1. *de excep. rei iud.* Atqui verum est in proposita specie, neque solutam esse pecuniam creditori, neque aliter ei satisfactum fuisse, etsi enim ab initio satisfactum videri poterat ob intercessionem mulieris quam creditor admiserat *d.* §. *omnis pecunia, & l. item liberatur* 6. §. 1. *infr. quib. mod. pign. vel hyp. sol.* reuera tamen non potest videri satisfactum, cum non duret satisfactum, quomodo dicimus non videri in rem versum, quod non durat versum *l. si pro patre* 10. §. *versum supr. de in rem vers.* Non enim durat satisfactum, cùm intercessio mulieris quæ pro satisfactione adhibita fuerat, irrita fiat per S. C. Velleianum, & consequenter non teneat in effectu nouatio, quæ obligationem pignorum extinxisse videbatur. Addit Accurs. aliam rationem nec insubtilem, quod in proposito principalis obligatio nunquam prorsus extincta fuerit, quia statim atque mulier intercessit & auxilium S C cœpit ei competere, cœperit etiam actio restitutoria competere creditori contra priorẽ debitorem, *l debitis* 24. §. 1. *infr. h. tit.* adeoque priùs etiam quàm existat conditio, sub qua mulier intercesserit §. *proximo infr.* nec inter primam obligationem & restitutoriam quicquam interest, nisi quod prima directa est, restitutoria verò vtilis. Inter directam verò & vtilem actionem effectu nihil interest *l. actio* 47. *supr. de neg. gest.* Sed prior ratio rectior est, quã & I. C. in hoc §. affert, hypothecaria enim quæ hoc casu competit, directa est, non vtilis, quamuis dicatur vtilis Seruiana respectu Seruianæ directæ, quæ non nisi de rebus coloni competit. *§. item si quis in fraudem inst. de action.* Non est igitur creditori noua & restitutoria actione opus ad persequenda pignora prioris debitoris. Iunge *l. C. Etiam ob chirograph. pecun. pign. l. cum quid.* §. *fit. infr. de solut.*

2 ¶ Si sub condicione, vel in diem, mulier pro alio intercesserit, etiam pendente conditione, volenti creditori cum priore actio danda est restitutoria. quod enim bonum est, exspectare conditionem, vel diem: cùm in ea causa sit prior iste debitor, vt omnimodo ipse debeat suscipere actionem.

Ad §. Vlt. Si sub conditione.

RAT. DVB. Restitutoria obligatio præsupponit extinctionem præcedentis & pristinæ actionis, non enim potest restitui actio, nisi quæ priùs competiit & extincta fuit. Atqui cùm mulier intercedit nouandi animo in diem vel sub conditione pro eo qui purè erat obligatus, verum est nullam ex intercessione adhuc competere actionem contra mulierem, cùm obligationis in diem conceptæ dies cedat quidem statim, sed nondum veniat, si verò

BIU Cujas

sub conditione concepta sit, ne cedat quidem *l. tredere diem 213. de verb. sig.* Necesse autē est, stipulationem posteriorē animo nouandi interpositā committi, vt per eam fieri possit nouatio, & per nouationem extingui prior obligatio *l. si Stichū 8. §. legata l. quoties 14. infr. de nouat.* Ergo expectari debet euentus diei vel conditionis, vt restitutoria possit competere.

DEC. Frustra expectatur dies aut conditio cuius aduentus nihil operatur *l. Iulianus verum debitorem 60. supr. de cond. indeb. l. si quis ita scripserit. 33. infr. de hæred. inst.* Atqui nihil potest operari euentus diei aut conditionis appositæ in obligatione mulieris pro alio intercedentis nouandi animo, quod pertinet ad hoc vt prior ille debitor conueniri possit. Nam ne quid de die certa dicamus; quam tandem venturam esse certum est, annon futurum est vt omnimodo cogatur debitor suscipere actionē, siue conditionem intercessionis existere contingat siue deficere? Etenim si quidem existet, tolletur prior obligatio, & extinguetur eodem instanti tanquam nouata per intercessionem mulieris, quam ponimus nouandi animo factam esse *d. l. si Stichum 8. §. legata & dict. l. quoties 14. infr. de nouat.* si verò conditionem intercessionis deficere cōtingat, sicuti nulla fiet nouatio ob non commissam stipulationem nouandi animo interpositam, ita manebit prior obligatio & actio quæ nouanda sperabatur: omnimodo igitur & omni casu conueniri poterit debitor, aut prima actione si non sit nouata, aut restitutoria & vtili, si nouatio secuta sit. Quid verò refert debitoris, an actione directa, qualis prima est, an vtili, id est, restitutoria conueniatur? cùm vtraque eiusdem potestatis sit, eundemque habeat effectum, vtà Triboniano scriptum est sub Pauli nomine *in l. actio 47. supr. de neg gest*? Alioqui etiam existēte conditione stipulationis nouantis & intercessionis mulieris non esset danda restitutoria contra debitorē antequam mulier solueret ex intercessione, aut solutum condiceret, quod tamen falsum est *l. debitrix 24. §. 1. infr. h. tit.* fallit igitur hoc casu, quod regulariter dici solet, expectandam esse conditionem *l. bouem 44. §. 5. sub conditione infr. de ædil. edict. l. si mandauero 22. in princ. infr. mand. l. cùm illud 25. in prin. iuncta l. huiusmodi 13. quand. dies leg. ced. l. pecuniam 36. supr. si cert. petat. l. pen. infr. de fideiuss. iunge l. posthuma 24. infr. de lib. & posthum. l. nam etsi 5. de inoff. test.*

14. IVLIANVS libro 12. Digestorum.

SI mulier contra Senatusconsultum intercesserit: æquum est, non solùm in veterem debitorem, sed & in fideiussores eius actionem restitui: nam cùm mulieris persona subtrahatur creditori propter Senatusconsultum, integra causa pristina restituenda est.

Ad l. Si mulier. 14.

RAT. DVB. Cùm mulier contra Senatusconsultū Velleianum intercessit pro eo qui fideiussores suæ obligationis dederat, subtrahitur creditori sola mulieris persona, propter autoritatem Senatusconsulti. Ergo nec ei restituenda est actio nisi contra solum veterem debitorem, non etiam contra eius fideiussores, vt non plus reddat restitutio, quàm Senatusconsulti authoritas abstulerit. Quemadmodum aliàs solemus dicere actionē rescissoriam, & restitutoriam, quæ datur ex edicto, *Ex quib. caus. maior.* tantundem debere reddere quantum læsio abstulit, *l. sed etsi, 26. §. quoties supr. ex quib. caus. maior.*

DEC. Senatus beneficium non debet creditori esse captiosum, sicut nec prætoris esse solet, *l. Paulus notat. 8. infr. de stipul. prætor.* Atqui esset captiosum, si restitueretur actio contra solum debitorem veterem, non etiam contra eius fideiussores, quia sic fieret, vt non restitueretur pristina causa integra creditori, qui ante mulieris intercessionem obligatos habebat cum debitore fideiussores, qui non fuissent liberati nisi mulieris intercessio nouandi animo facta, vt semper præsupponendum est, & principalem & fideiussoriam obligationem extinxisset. Alioqui magna captio esset creditoris, si forte debitor, aut non soluendo esset, aut difficilioris conuentionis *l. 1. supr. qui satisd. cog.* sed etsi esset locupletissimus, creditoris tamē interesset plures habere debitores, vt eligere posset quem mallet conuenire, *l. liberum 16. & l. reos 23. C. de fideiuss.*

15. IDEM libro 51. Digestorum.

SI mulieri soluero id, quod tibi debebam, & ab ea ratam rem te habiturum, stipulatus fuero, & fortè, te ratum non habente, agere ex stipulatu instituero: exceptio Senatusconsulti, quod de intercessionibus feminarum factum est, non proderit mulieri. non enim videri potest alienam obligationem recusare, cùm maneam debito obligatus, & ipsa de lucro agat: ac potiùs reddere cogatur, quod non debitum acceperat, quàm pro alio soluere.

Ad l. Si mulieri. 15.

RAT. DVB. Senatusconsulto Velleiano iuuatur mulier quælibet pro alio intercedens, *l. 1. supr. & tot. hoc tit.* Atqui cùm mulieri soluī id quod tibi debebam, & ab ea ratam rem te habiturum stipulatus sum, si ratum habere nolis, tenetur mihi mulier in omne id quod mea interest ex stipulatione *Ratam rem haberi*, ad quod non teneretur, si tu ratum haberes. Ergo videtur pro te soluere, & consequenter intercedere.

DEC. Senatusconsultum non aliis prodest mulieribus, quàm quæ alienam obligationem suscep-

tam meritò recusant, ne ex sua intercessione damnum sentiant, non etiam illis quæ in rem suam aliquid promiserunt, & quæ lucrum sentirent ex alieno damno si iuuarentur, *l. 3. supr. hoc tit.* atqui in proposita specie, mulier lucrum sentiret ex meo damno, si eo prætextu iuuaretur, quod tu ratam habere solutionem nolles, quam ipsa accepisset, ita enim fieret, vt & manerem obligatus tibi, propterea quod alij quàm vero creditori soluissem, *l. creditori 8. C. de cond. indeb.* & ipsa pecuniam meam retineret, si non eam mihi reddere cogeretur. Itaque indebitum quod accepit reddere potiùs quàm pro te soluere

nere intelligitur, vt in *l. proximè sequenti*, & in *l. si mulier de decim. infr.* Denique nunquam succurrendum est personæ, quæ sollicita sit de præda, vt Papinianus loquitur in *l. si minoris 25. infr. de adminis. tut.*

16. IDEM libro 4. ad Vrseium Ferocem.

Si mulier contra Senatusconsultum Velleianum pro me interceſſiſſet Titio, egoque mulieri id ſoluiſſem, & ab ea Titius eam pecuniam peteret: exceptio huius Senatuſconſulti non eſt profutura mulieri. neque enim potuit periclitari, ne eam pecuniam perdat, cum iam eam habeat.

Ad l. Si mulier. 16.

RAT. DVB. Senatusconsultum Velleianum succurrit mulieri, quæ apud alterius creditorem interceſſit, vt ſi à creditore conueniatur, poſſit illa ſe tueri exceptione, *l. 1. & 2. ſupr. & paſſim h. tit.* atqui ponimus mulierem interceſſiſſe pro me apud Titium, meamque obligationem ſuſcepiſſe. Ergo etiamſi pecuniam ei ſoluero pro qua interceſſit, dicendum eſt mihi eam Velleiano debere, cùm id quod inter me & mulierem geſtum eſt poſt contractam obligationem, non debeat prodeſſe creditori meo ignoranti, nec mulieri nocere, vt amittat exceptionem, quam ab initio ex Senatuſconſulto habuit, *argum. l. vlt. ſupr. de pact.*

DEC. Mens Senatuſconſulti ſuccurrentis mulieri non alia fuit, quàm ne mulier periclitaretur ſi pecuniam, quam ex cauſa obligationis pro alio ſuſceptæ deberet, ſoluere pro alio cogeretur, ſubueniendum enim fuit fragilitati ſexus & imbecillitati, quæ nimia facilitate, minuſque cauto iudicio mulieres pro aliis obligari facit. Atqui in propoſita ſpecie non poteſt periclitari mulier ne pecuniam quam pro me promiſit, perdat, cùm iam à me eam habeat, priuſque indemnitatem conſequuta ſit quàm vllum ex interceſſione ſua damnum ſenſerit. Ergo non debet ei prodeſſe exceptio Senatuſconſulti ſi à creditore conueniatur, ſiue nouandi animo interceſſerit, vt ponit Accurſius, ſiue non, nihil enim refert.

1 ¶ Si ab ea muliere, quæ contra Senatuſconſultum interceſſiſſet, fideiuſſorem accepiſſem: Gaius Caſſius reſpondit, ita demum fideiuſſori exceptionem dandam, ſi à muliere rogatus fuiſſet. Iulianus autem rectè putat, fideiuſſori exceptionem dandam, etiam ſi mandati actionem aduerſus mulierem non habeat. quia totam obligationem ſenatus improbat. & à prætore reſtituitur prior debitor creditori.

Ad §. 1. Si ab ea muliere.

RAT. DVB. Non eadem ratio eſt ſuccurrendi mulieribus & earū fideiuſſoribus, niſi cùm fideiuſſor à muliere rogatus eſt, vt pro ea fide iubeat, quo nimirum caſu habituros eſt regreſſum contra mulierem actione mandati, alioquin debet fideiuſſor ſibi imputare, cur vltro & ſponte pro muliere interceſſerit, neque ex perſona mulieris iuuandus eſt, vt facti ſui poenam non ſentiat. Bene igitur Caſſius dicebat ita demum dandam fideiuſſori mulieris exceptionem Senatuſconſulti, ſi à muliere ipſa rogatus fuiſſet.

DEC. Fideiuſſor etiam qui à muliere rogatus non eſt, ſi tamen pro ea ſponte interceſſerit & ſoluerit, perinde habet regreſſum pro indemnitate ſua conſequenda ac ſi à muliere rogatus fuiſſet, niſi quod illo caſu haberet actionem mãdati, hoc verò actionem negotiorum geſtorum *l. ex mandato 20. §. 1. inf. mandati.* Ergo eadem ratio eſt vtroque caſu ſuccurrendi mulieris fideiuſſori, ne per mediam ipſius perſonam, mulier contra Senatuſconſulti mentem conueniatur *l. ſi quis ab eo 5. infr. de lib. leg. l. cùm lex 46. de fideiuſſ.* Imò quod magis eſt, etiamſi donandi animo fideiuſſor interceſſerit, quo caſu ſiue rogatus fuerit, ſiue non rogatus, nullum aduerſus mulierem regreſſum habere poteſt. Adhuc tamen dicendum eſt ei ſuccurrendum eſſe, quia vt Iulianus hic ſcribit, totam obligationē Senatus improbat. Totam, inquam, id eſt non tantum mulieris & principalem, ſed acceſſoriam quoque, & fideiuſſorum, & omnium, qui pro muliere & cum ipſa obligati ſunt, ſic enim locus hic accipiendus eſt, non quomodo putat Accurſius, vt mulieris quoque obligatio improbaretur. Quænam enim alia quàm mulieris aut potiùs, aut prius improbaretur? Sed totam intelligit Iulianus eam quæ ex mulieris & interceſſorum ipſius obligatione conflatur, in quo obſeruandum eſt aliam rationem eſſe Velleiani Senatuſconſulti, aliam Macedoniani. Nam in Macedoniano non aliter ſuccurrimus fideiuſſori, quàm ſi regreſſum habiturus ſit aduerſus filiumfamilias, non ſi animo donandi pro eo interceſſerit, *l. ſed ſi 9. §. non ſolum, ſupr. ad S. C. Maced.* Nimirum quia Macedonianum odio creditorum introductum eſt, Velleianum verò fauore mulierum *l. qui exceptionem 40. ſupr. de cond. indeb.* Odia verò reſtringenda ſunt & fauores ampliandi, vt habet regula iuris Pōtificij, & *l. cùm quidam 19. de lib. & poſth.* Et rurſum ne tam facile damnum incurrat filiusfamilias creditor, qui ſi contra fideiuſſorem donandi animo intercedentem agere nō poſſet, neminem haberet quem conueniret, atque ita iacturam incurreret debiti, quod non niſi accepto fideiuſſore contracturus fuiſſet, at in Velleiano non adeo periclitatur creditor, etiamſi aduerſus eum qui animo donandi fideiuſſit, actio pura ei denegetur, quia vetus & priſtina obligatio contra priorem debitorem ei reſtituitur, *l. debitrix 24. §. 1. infr. & l. quamuis 8. §. quoties ſupr. eod.* Quod & Accurſius noſter bene vidit, & poſtrema huius §. verba non obſcurè minuunt.

17. AFRICANVS libro 4. Quæſtionum.

VIR vxori, donationis cauſa, rem viliore pretio addixerat, & in id pretium creditori ſuo delegauerat, reſpondit, venditionem nullius momenti eſſe: & ſi creditor pecuniam à muliere peteret, exceptionem vtilem fore, quamuis

BIU Cujas

ditor existimauerit, mulierem debitricem mariti fuisse, nec id contrarium videri debere ei, quod placeat, si quando in hoc mulier mutuata esset, vt marito crederet, non obstaturam exceptionem, si creditor ignorasset, in quam causam mulier mutuaretur, quandoquidem plurimum interest, vtrum cum muliere quis ab initio contrahat, an alienam obligationem in eam transferat: tunc enim diligentiorem esse debere.

Ad l. Vir vxori. 17.

RAT. DVB. Valet emptio etiam quæ donationis causa facta est, si modo vniuersa venditio donationis causa facta non sit, sed tantum res in iniuste pretio distracta sit *l. si quis donationis. 38. infr. de contrah. empt.* Atqui ponit Africanus virum vxori donationis causa rem viliori pretio addixisse, vt in id pretium creditori suo eam delegaret; Ergo non potest dici eam vēditionem nullius esse momenti.

DEC. Moribus populi Romani receptum est, vt donationes inter virum & vxorem factæ, non valeāt ob rationes positas in *l. 1. 2. & 3. infr. de donat. inter vir. & vx.* Ergo nec eę valere possunt quę in fraudem iuris excogitatæ sunt, si modo cùm animū marirus vendendi non haberet, idcirco venditionem commentus sit vt donaret *l. si sponsus 5. §. circa venditionem iuncto §. generaliter eod. tit.* Atqui ponimus virum vxori donationis causa rem addixisse mulieri, vt modo diximus, ac proinde animum donandi habuisse. Ergo venditio nullius momenti est: quæ tamen valere inter alias personas non suspectas nec prohibitas *d. l. si quis donationis, in fin.* Multùm namque interest quid à quo dicatur fiat-ve, vt dicebat Plinius, nihilque facilius est aut probabilius, quàm vt in fraudem legis factum esse præsumamus, quod à persona suspecta & prohibita suspectum est *l. qui testamentum 27. infr de probat.*

a *Et si creditor pecuniam.* RAT. DVB. Senatusconsulti exceptio non debet nocere creditori ignoranti mulierem intercedere, cùm nihil ei possit imputari *l. si mulier tanquam 11. cum l. seq. supr.* Atqui creditor qui existimauit mulierem à marito delegatam mariti debitricem fuisse, ignorabit vtique eam intercedere: non enim intercedit mulier, quæ eius debitrix est à quo delegatur *l. debitrix 24. in princip. infr. h. tit.* Ergo quamuis in proposito casu mulier non fuerit debitrix mariti, quia donationis causa facta venditio viliori pretio non valuit, vt proximè diximus, dicendum tamen videtur exceptionem mulieri vtilem esse non posse.

DEC. Mulieri vtilis est Senatusconsulti exceptio, quoties pro alio reuera intercedit, licet creditor eam ignorat intercedere, dummodo à muliere non sit deceptus, quia diligentior & curiosior esse debuit in inquirendo, an mulier à marito delegata, debitrix eius esset nec-ne, vt scire posset an ea intercederet alienámque obligationem in se susciperet, an suam propriam, quemadmodum dicere solemus de eo qui seruo alieno pecuniam credidit, curiosum scilicet eū esse debere, quo pecunia vertatur, *l. 3. §. penult. supr. de in rem vers.* In quo durior est conditio eius qui alienam obligationem transfert in mulierem, quàm illius qui ab initio cum muliere contrahit, hunc enim sufficit ignorare intercessionem mulieris, illum verò non item, vt Africanus non ineleganter hic ait. Atqui in hac specie, non potest dicere creditor se deceptum esse à muliere, quę se debitricem existimauit, nec rursus mulier à creditore, qui eam mariti debitricem esse credidit, sed vterque deceptus est à marito qui donationis causa vxori vendiderat viliori pretio, vt eam venditricem, constitueret, cùm tamen vēditio nullius esset momenti. Ergo dicendum est, mulieri à marito delegatæ profuturam exceptionem Senatusconsulti contra creditorem mariti, ne alioqui damno afficiatur mulier cui nihil imputari potest, & ex eius damno lucrum sentiat creditor, cui potest imputari, cur diligentior & curiosior non fuerit? Obstare tamen huic legi videtur, quod scriptum est in *l. quamuis. 8. §. si mulier. supr.* non esse locum Senatusconsulto, si mulier, quæ alieno creditori contra Senatusconsultum promisit, ab eo delegetur quasi creditrix. Sed respondendum est cum Iacobo Cuiacio qui in hanc legem scripsit feliciter, id non aliter locum habere, quàm si mulier sciuerit se non teneri, & finxerit se forte teneri ex alia causa, & creditor ignorauerit. Tunc enim deciperetur creditor à muliere quę deciperet illum impunè. In proposita autem specie, putabat mulier se teneri. Obiicitur etiam *lex prima. C. h. tit.* quæ non aliter subueniri vult mulieri, alienam obligationem in se transferenti, quàm si creditor sciuerit eam intercedere quasi contra ignorantem creditorem exceptio Senatusconsulti locum habere non debeat. Respondet idem Cuiac. & rectè, posse exceptionem Senatusconsulti nocere creditori etiam ignoranti, cùm ipsa quoque mulier intercedere se ignorauit. Itemque in casu §. proximè sequentis. Obstat denique omnium maximè quod scriptum est in *l. si fœnebris 13. C. eod.* scienti creditori, qui principaliter ab initio cum muliere contraxit suam operā alij accommodante, exceptionem Senatusconsulti non nocere, nisi dicas cum eodem Cuiacio, loqui eam legem de muliere, non quæ à marito interponitur quærendæ pecuniæ causa, sed quæ sua sponte sumit pecuniam in vsum mariti, vt in *l. 4. in princip. d. l. si mulier tanquam ij. & l. sequ. supr. l. bona fide in fr. h. tit.*

1 ¶ Si mulier dixisset, sibi rem dotis nomine obligatam, & creditor curasset, ei pecuniam dotis solui, quo idem pignus acciperet, mulieri etiam pecunia credita deberetur. si possessor creditor aduersus eam Seruiana agentem excipiet. *Si, non voluntate eius pignus datum esset.* replicationem mulieri Senatusconsulti non profuturam [a] nisi creditor scisset, etiam aliam pecuniam ei deberi.

BIU Cujas

Ad §. 1. Si mulier.

RAT. DVB. Iuuatur mulier Velleiano quoties reuera intercedit pro alio, etiamsi creditor ignoret eam intercedere, si modo cum muliere quis ab initio cõtrahat, nec id agat vt alienam obligationem mulier in se suscipiat, quemadmodum proximè Africanus dixit initio huius legis, atqui cùm mulier quæ mariti rem habebat obligatam & propter dotem & propter pecuniam creditam, dixit tibi esse obligatam dotis nomine, nec de pecunia credita quicquam significauit, & postea dotis solutionem accepit à creditore mariti, vt idem pignus dotis in causam crediti sui acciperet, constat creditorem hunc mariti cum ipsa muliere ab initio contrahere, & præterea mulierem intercedere, quia remittit pignus sibi obligatum pro pecunia credita, quam nullam accepit. Ergo hoc quoque casu si mulier agat quasi Seruiana aduersus creditorẽ, eundémque possessorem pignoris & ipse aduersus mulierem excipiat de pignore sibi ex mulieris voluntate dato, danda mulieri est aduersus eam exceptionem replicatio Senatusconsulti, quia diligẽtior esse debuerit creditor in inquirendo an pignus hoc obligatum esset mulieri ex alia quàm dotis causa, ne alioqui iacturam pecuniæ creditę incurrat mulier si pignus amittat, cuius remedio indemnitati suæ maximè prospexerat: præsertim verò cùm remissio sola pignoris non sit intercessio *l. quamuis 8. supr. h. tit. l. etiam. C. eod.* persona autem quæ consentit vt pignus sibi datũ alij obligetur, remittere pignus videatur *l. Titius 9. §. vlt. l. Paulus 12. in princip. D. quib. mod. pign. vel supr. sol.* nam neque remissio pignoris donatio est *l. 1. §. 1. infr. de remiss. pignor. l. etsi pignus 18. infr. quæ in fraud. credit.* quamuis etiamsi esset donatio, non posset tamen ea res inducere Senatusconsultum Velleianum, per quod non succurritur donanti mulieri, sed obligatæ *l. 4. in fi. supr. eod.*

DEC. Non debet Senatusconsultum nocere ignoranti creditori, qui ab initio non cum muliere ipsa contrahit, sed cum alio licet mulieris debitore, præsertim si nihil sit quod imputari creditori possit, aliquid autem sit quod sibi mulier debeat imputare, secundum ea quæ ad initium huius legis diximus: deceptis enim non decipientibus mulieribus succurrendum fuit *l. 2. §. 1. supr.* Atqui in proposita specie, creditor ab initio contrahit non tam cum muliere, quàm cum mulieris debitore marito, vt credat ei pecuniam, quam pro dote restituere mulieri maritus possit, proinde non est quod creditori quicquam imputetur, cur non fuerit diligentior, vt inquireret an mulieri præter dotem alia pecunia credita deberetur, maximè verò, cùm non id ageret vt mulier obligationem mariti in se susciperet, sed tantum vt pignus sibi à marito datum remitteret, inque suum locum creditorem succedere pateretur. E contrario autem imputandum est mulieri, quæ cum sciret sibi datum esse pignus, & propter dotem & propter pecuniam creditam, dixit tamen sibi rem pro dote obligatam esse, & de pecunia credita tacuit. Quid enim hoc aliud fuit, quàm decepisse creditorem, qui si pro pecunia quoque credita pignus datum fuisse sciuisset, vel non credidisset pecuniam marito, vel aliud pignus accepisset. Ergo si creditor, idemque possessor pignoris aduersus mulierem quasi Seruiana agentem pro pecunia credita, excipiat de remissione pignoris, non est mulieri danda replicatio Senatusconsulti contra ignorantem creditorem qui bona fide contraxit, nec minus à muliere quàm à marito deceptus est.

a *Nisi creditor sciisset etiam aliam pecuniam ei deberi.*

RAT. DVB. Non potest scientia creditoris facere vt remissio pignoris sit intercessio *d. l. quamuis 8. supr. & d. l. etiam. C. h. tit.* Atqui cùm mulier consentit vt pignus sibi datum alij obligetur, nihil aliud facit nisi quod pignus suum remittit *D. l. Titius 9. §. vlt. D. l. Paulus in princi. D. quib. mod. pig. vel hyp. sol.* Ergo nec si creditor sciuerit aliam pecuniam debitam fuisse mulieri præter dotem, & pro ea pignus datum, exceptio Senatusconsulti danda est mulieri quæ non intercessit.

DEC. Pignus ex pluribus causis datum, potest ex vna remitti, ex alia vero retineri, nec potest videri remissũ ex ea causa ex qua creditor posterior nesciuit obligatũ, quia conuẽtio siue expressa siue tacita nũquã trahitur ad incogitata, *vulg. l. cũ Aquiliana 5. supr. de transact.* Imò verò potest etiam creditor saluo pignoris sui causa consentire pignorationi, aut alienationi pignoris. *l. 4. §. 1. eod. tit.* Atqui ponimus mulierem noluisse pignus suum remittere, nisi quatenus obligatum illud habuit ex causa dotis, non etiam ex causa pecuniæ creditæ. Ergo quatenus remittere pignus suum noluit, & tamen pignus reddidit, fatendum est videri eam pro marito intercessisse, ideóque hoc respectu iuuari etiam per Velleiani replicationem posset, nisi ei obstaret, quod dissimulando causam pecuniæ creditæ ipsa creditorem deceperit, vt in superiore specie diximus, qui tamen non posset dici deceptus si sciuisset aliam pecuniam extra causam dotis mulieri deberi: seipsum enim decepit, nec debuit certiorari qui sciuit, *l. nam si scit 26. supr. de rei vind. l. 1. in fi. infr. de act. empt.* Bene igitur Africanus distinguit, an creditor sciuerit, an ignorauerit, non quasi vno casu potiùs quàm alio mulier intercessisse videatur, sed vt si sciuerit, prodesse debeat contra eum replicatio Senatusconsulti, quæ ignoranti nocere non deberet.

2 ¶ Mulier, & Titius, cùm in rem communem mutuarentur, eiusdem pecuniæ rei facti sunt. non omnimodo mulierem pro parte socij videri intercessisse dicebam. nam si ob eam causam mutuati fuerint, ex qua si creditor pecuniam non dedisset, maius damnum mulier passura fuerat (veluti quod communis insula fulta non esset, vel quod fundus communis in publicum committeretur) potius esse, vt Senatusconsulto locus non sit, [a]at si in aliquam emptionem mutua pecunia sit accepta: tunc pro parte intercessionem factam videri, & ideo creditorem partem dumtaxat pecuniæ à muliere petere posse: quod si totum petierit, exceptione pro parte summouebitur.

BIU Cujas

Ad §. Vlt. Mulier & Titius.

RAT DVB. Quoties duo correi debendi eiusdem pecuniæ nomine facti sunt, ob negotium aliquod commune, obligantur quidem singuli in solidum, & suo quisque nomine, sed ita tamen vt negotium vtriusque geratur, & vtilitas pecuniæ creditæ ad vnumquemque ex correis spectet, *l. 2. & passim de duob. reis l. 1. C. eod.* Atqui ponimus cum Africano mulierem & Titium in rem communem accepisse mutuam pecuniam, & pro negotio quod vtrinque pro parte contingebat. Ergo fieri non potest, vt non videatur hoc casu mulier pro Titio, pro parte intercessisse: maximè verò si vulgatam interpretum opinionem sequamur existimantium, ex pluribus correis debendi si ad alterum duntaxat negotium pertineat, eum pro principali debitore habendum, alium verò pro fideiussore. Quod ex hoc potissimũ textu probare solent. Huic enim opinioni consequens est, vt, si ergo ad vtrumque spectet negotium, vterque pro parte socij intercessisse existimetur.

DEC. Cùm quæritur, an mulier contra Senatusconsultum intercesserit nec-ne, illud maximè inspiciendum est, an & quatenus ipsius interfit obligari. Maximè verò si cum alio obligetur. Non enim statim pro alio se obligat, etiamsi cum alio se obliget. A deoque quod magis est, tametsi se obliget in causam communem: finge enim mulierem & Titium tanquam correos debendi mutuam accepisse pecuniam, vt communis insula fulciretur, quæ alioqui in eo erat vt esset ruitura, aut ad soluendum vectigal pro fundo communi, qui alioquin commissus in publicum fuisset. Nemo dubitat quin mulieris interfuerit eam pecuniam mutuam accipere, & se cum Titio obligare potiùs quàm pati vt pecuniæ inopia vel rueret insula, vel pondus committeretur. Maius enim damnum sine dubio his casibus mulier pateretur, nec potest videri pro Titio intercedere, quæ etiamsi Titium socium non haberet, suæ obligationis, tantundem tamen pecuniæ mutuari à creditore debuisse, ne in maius illud dãnum incideret. Ergo non magis hoc casu iuuanda est mulier Velleiano quàm si sola se obligasset.

a. *At si in aliquam.* RAT. DVB. Duo correi debendi non videntur vice mutua fideiubere, nec si sint socij, vt bene ad hunc §. partim contra Ioannem, partim contra cæteros interpretes disputat probátque Iac. Cuiacius ex *l. vers. ij. in princip. infr. de duob. reis l. si duo rei 10. eod. tit. iuncta l. 5. infr. tit. prox. l. si duo 34. supr. de recept. qui arbit. recep. l. si Titius 48. iuncta l. Granius 71. infr. de fideiuss. l. 1. infr. rem rat. hab. l. 3. §. nunc de effectu & l. 5. de libert. leg.* Vnde est quod vno ex pluribus reis in solidum conuento & solidum soluente nulla ei datur actio contra correum ad consequendam pro parte indemnitatem non solum mandati quam haberet si fideiussisset *l. ex mandato 20. §. 1. iuncta l. qui patitur 18. supr. mandat.* sed neq; negotiorum gestorum quam habet is qui sine mandato fideiussit *d. l. ex mandato §. 1.* Ob eamque causam necessaria est correo soluenti cessio actionis contra correum à creditore faciendа *l. rem hæreditariam 65. infr. de euict. l. si non singuli 5. & l. si in rem 12. C. si cert. pet.* Quamuis nostri vulgò contra sentiant ex *l. 2. C. de duob. reis.* Decepti ex mendosa illius loci lectione quæ procul dubio sic emendanda est, vt pro illis verbis, *ex soluisse* legamus *Ne soluisse*, vt docuimus in vltima parte Chiliadis, meliùs quã vndecimo libro coniecturarum. Atqui ponit Africanus in hac specie mulierem & Titium tanquam correos debendi in aliquam emptionem accepisse mutuam pecuniam simpliciter nulla fideiussionis facta mentione. Ergo verum esse non potest quod Africanus respondet intercessionem hoc casu pro parte factam à muliere videri, ideoque nec posse creditorem à muliere nisi partem pecuniæ petere. Quod si totũ petat, exceptione pro parte summoueri debere.

DEC. Aliud est fideiubere, aliud intercedere. Intercessionis enim nomẽ generalius est, fideiussionis strictius. Quisquis fideiubet, intercedit, sed non quisquis intercedit fideiubet: habent enim se tanquam genus & species, vt quod dicitur de genere dicatur etiam de specie, non contra: Ergo quamuis in proposita specie mulier non possit videri fideiussisse pro Titio, fatendum tamen est videri eam intercessisse, cùm effectu & executione obligationis inspecta, vt loquitur Cuiacius, correi omnes inuicem intercedant quatenus alius pro alio obligatur in parte, quamuis vnusquisque solidum debeat pro sua nõ pro correi obligatione. *l. 1. 2. & 3. & passim de duob. reis. Iuncta l. si ex duobus 12. §. 1. eod. tit. & l. sed & si seruus. 20. inf. de fideiuss.* Itaq; errauit in huius loci interpretatione Accursius qui fideiussionem ab intercessione non distinxit, existimans inspiciendũ esse dũtaxat an pecunia ad vtrũq; peruenerit pro parte, & pro qua parte, an in totũ, vt correus ad quem vel nihil, vel minus peruenit pro ea parte, quæ nõ peruenit, non tantũ intercessisse, sed etiã fideiussisse videatur. Quod manifestè falsum est, vt constat ex *d. l. si non singuli 5. & d. l. si in rem 12. C. si cert. pet. iuncta l. propter mutuam 4. C. de duob. reis.*

18. PAVLVS libro 8. ad Plautium.

IDEM est, si pro debitore meo Titius & mulier duo rei intercesserint.

Ad l. Idem est. 18.

RAT. DVB. Ratio dubitandi & decidendi ad hanc legem eadem est quæ ad *§. vlt. legis præcedentis.* nisi quod multo minus dubitari potest an contra Velleianum intercesserit mulier quæ pro debitore meo cũ Titio quasi correa debendi apud me fideiussit. Aut etiam citra fideiussionem intercessit. Etsi enim non potest videri pro Titio correo suo intercessisse, ad quem ponimus negotium non magis quam ad ipsam pertinere, cum ambo in rem debitoris mei intercesserint. Differentia tamen illa est quod in huius legis specie, mulier intercedit in totum pro debitore meo, quamuis tanquam correa debendi intercesserit, quæ tamen si correa tantum debendi esset, non nisi pro parte intercessisse pro correo videretur. Idem tamen vtroque casu iuris est vt Paulus in hac lege scribit, quia quatenus mulier intercessit, eatenus iuuatur Velleiano, quamuis in casu legis præcedentis non intercedat nisi pro parte, in casu verò huius legis in totũ, vt bene Accurs. explicat, addens quod notandum est *ex d. l. si Titius infr. de fideiussor.* vbi eadem species quæ in hac lege proponitur subducta persona mulieris propter auctoritatem Senatusconsulti dandam esse in solidum actionem aduersus Titium, quæ in specie *§. vltimi legis præcedentis* non datur nisi pro parte, quia nec persona mulieris nisi pro parte subducitur, sicuti nec nisi pro parte correi intercessisse credimus.

19. AFRI-

BIU Cujas

19. AFRICANVS libro 4. Quæstionum.

TVTOR pupilli decesserat, herede instituto Titio. cùm de adeunda hereditate dubitaret, quoniam malè gesta tutela existimaretur: persuadẽte matre pupilli, vt suo periculo adiret, adiit, stipulatúsq; de ea causa est, indemnem se eo nomine præstari. si ex ea causa Titius pupillo aliquid præstitisset, ísque matrem conueniret: negauit exceptioni Senatusconsulti locum esse, quando vix sit, vt aliqua apud eundem pro eo ipso intercessisse intellegi possit.

1 ¶ Nec dissimilem huic propositioni ex facto agitatam: [a] cùm quidam vir prætorius decessisset, duobus filiis superstitibus, quorum alter impubes esset, & alter legitimus tutor fratri esset, & cùm paterna hereditate se abstinere vellet, mandatu vxoris defuncti, quæ mater pupillo esset, abstento pupillo solum se hereditati miscuisse. vbi similiter se respondisse Iulianus ait, si, ex caussa agente pupillo, damnum eo nomine passus esset, non impediri eum Senatusconsulto, quominùs à muliere rem seruaret.

2 ¶ In proposita specie & illud tractandum est, an is, qui mandato mulieris adierit, si damnum ob id patiatur, quod debitores heriditarij soluendo non fuerint, Senatusconsulto locus sit: quasi quodammodo eorum obligationes mulier susceperit. magis autẽ est, vt ne ob hanc quidem causam Senatusconsultum locum habeat: quando non ea mente fuerit, vt pro his intercederet: sed vt tutoris aduersus pupillum, & ceteros forte creditores indemnem hereditatem præstaret.

3 ¶ [b] Denique, si ponamus mulierem in emptione hereditatis eo nomine damnum pati, quòd debitores hereditarij soluendo non sint: nulla (puto) dubitatio erit, quin Senatusconsulto locus non sit. etiam si maximè creditoribus aliquantum præstiterit.

4 ¶ [c] Quid ergo, si, cùm propterea de adeunda hereditate dubitaret Titius, quod parum idonea nomina debitorum viderentur: mulier hoc ipsum repromisit, vt quanto minus à quoquo eorum seruari posset, ipsa præstaret? propè est, vt sit intercessio.

Ad l. Tutor. 19.

RAT. DVB. Mater pupilli quæ Titio hæredi instituto à tutore persuasit, vt hæreditatem tutoris quasi idoneam suo periculo adiret, cùm de adeunda ea Titius mutaretur, si postea hæreditas damnosa appareat, obligatur actione mandati *l. si verò non remunerandi* 12. §. *si quis mandauerit vers. hoc amplius supr. mandat.* Finge ideo damnosam esse quòd hæreditarij debitores soluendo non sint, videtur obligationes illas debitorum in se suscepisse, eóq; consilio indemnitatem Titio promisisse. Ergo fatendum est videri eam pro debitoribus hæreditariis apud Titium intercessisse, & consequenter si quod ex ea causa Titius pupillo aliquid præstiterit ob tutelam à tutore male gestam, & pro indemnitate consequenda regressum habere velit contra matrem, iuuari eam Velleiano debere.

DEC. Fieri non potest, vt quis pro alio apud eundem ipsum intercedat, distinctæ enim sunt & esse debent personæ intercedentis & eius pro quo interceditur sicut & personæ fideiussoris, & eius pro quo fideiubetur *l. hæres à debitore* 21. §. *seruo l. Granius* 71. *infr. de fideiussor.* Ergo non potuit mater pupilli apud Titium pro Titio ipso intercedere, Nec enim pro alio quàm pro Titio intercessisse videri potest, vt periculo suo ad adeundam tutoris hæreditatẽ alioqui suspectã, eũ inuitaret. Cũ nihil minus cogitauerit, quàm vt pro alio vllo intercederet. Nemo autem vel inuitus vel ignorans pro alio intercedit. Et quamuis ex post facto appareat damnosam esse hæreditatẽ tutoris propterea quod debitores hæreditarij soluendo non sint, attamen id non fit nisi per consequẽtias & extra id quod agebatur, non solent autem attendi quæ fiunt per consequentias, sed ea tantum quæ principaliter aguntur *l. 1. l. quod dicitur. 7. de autorit. tut.* Id autem duntaxat inter Titium & matrem pupilli actum reuera fuit, vt mater Titium hæredem pupilli indemnem præstaret aduersus pupillum ipsum & creditores hæreditarios, si forte soluendo non esset hæreditas, vt intelligamus vel intercedendi animum non habuisse mulierem, vel non nisi pro Titio apud Titium ipsum eam intercedere voluisse, quod tamen nec volens facere potuit. Itaque potest hoc casu verè vsu pari quod Vlpianus ex Papiniano scribit in *l. quamuis* 8. §. 1. *supr. h. tit.* mulierem nullam videri alienationem suscepisse neque veterem neque nouam, sed ipsam, tum primùm fecisse hanc obligationem: longé ue alia species est, quæ ab impetratore tractatur in *l. si mater*, vbi scriptum est intercedere videri mulierem, qui tutori se excu-

BIU Cujas

sare volenti indemnitatem repromittit, vt docuimus ad *d.l.quamuis.§.1.*

a *Cum quidam vir prætorius.* RAT. DVB. Mulier quæ alij mandat vt se obliget pro ea re quæ ad mulieris commodum & vtilitatem nō pertineat, proculdubio intercedit apud eum cui mandat, cùm pro ea se obliget, adeo vt ij quoque intercedere videantur, qui contemplatione mandati mulieris interuenerunt. *l.quanquam 7. supr.eod.* Atqui in ea specie quam Africanus ex Iuliano tractatam hic interserit, ponit Iulianus, matrem filij impuberis qui fratrem habebat eundemque legitimum tutorem, mandasse fratri tutori consilium ineunti de abstinenda fratris hæreditate, vt pupillum quidem abstineret, seipsū autem solum hæreditati paternæ immisceret, & quidem periculo ipsius matris ita mandantis. Ergo fatendum est in illa specie mulierem intercessisse videri, vt si ex ea causa agente quandocunque pupillo damnū eo nomine passus esset frater, idemque tutor legitimus impediretur Senatusconsulto quo minùs rem à muliere seruare posset mandati actione. Sed ratio decidendi eadem est quæ in superiore casu, nempe quòd nemo possit pro eodem apud eundem intercedere. In proposito autem si qua sit matris intercessio, ea nec pro alio esse possit quàm pro pupilli fratre tutoréque legitimo, nec rursus apud alium, quàm apud eundem ipsum fratrem, pro pupillo enim nec potuit nec voluit mater intercedere, cùm is creditor non debitor fratris proponeretur, fratérque & idem tutor legitimus debitorem se constituerit ex causa paternæ hæreditatis ei se immiscendo, à qua si abstinuisset quod facere cogitabat, nihil fratri pupillo debuisset. Immixtio namque sola illa est, quæ ipsum obligat ab oneribus hæreditariis siquidem filius qui se abstinuit paterna hæreditate, licet post abstentionem hæres nihilominus iure ciuili remaneat *l. cùm quasi 30. §. sed etsi sumus. infr. de fideicom. libert.* A prætore tamen hæredis loco non habetur. *l. si filius 12. supr. de interrog. in vir. fac. l. si filius 12. infr. de vulg. & pup.* Proinde cùm mater promisit fratri tutori non & fiduciario, vt malè putat Accursius, sed legitimo filij impuberis indemnitatem suo periculo, vt & fratrem impuberem abstineret & se solùm immisceret, non potest videri intercessisse, sed potius nouam hanc obligationem fecisse, & consequēter non est quod Senatusconsulti Velleiani auxilium imploret.

b *Denique si ponamus mulierem.* RAT. DVB. Mulier quæ hæreditatem emit quam postea damnosam esse appareat ob id solùm quòd debitores hæreditatē soluendo non sint, obligatur tamen omnibus creditoribus hæreditariis vt etiam de suo iis satisfacere teneatur *l. quæ dotis 33. infr. sol. matr.* quia soluendo est hæreditas, quæ inuenit siue heredem siue emptorem *l. libertus. 36. infr. de bon. libert. l. 2. C. de hæred. vel act. vend.* Ergo videtur mulier hoc ipso intercedere pro hærede apud creditores hæreditarios, qui alioquin debiti sui iacturam facturi essent, fortassis hærede ipso eodemq; venditore hæreditatis non minus existente non soluendo quàm testatore ipso cuius hæreditas vendita est.

D E C. Non potest mulier, nec alia quælibet persona pro se ipsa intercedere, vt supra diximus. Atqui mulier, quæ hæreditatem emit, seipsam obligat proprio nomine, non quidem creditoribus hæreditariis, sed venditori hæreditatis, vt creditoribus omnibus satisfacere teneatur. *d.l.2. C. de hæred. vel act. vend.* tanquam quæ sit vice hæredis *l.2. §. cùm quis. infr. eod. illo tit.* Ergo non potest videri intercedere apud creditores hæreditarios, nec magis pro hærede quàm pro seipsa. Idque ita esse apparet euidentius ex eo quòd nullam actionem habent in eam creditores hęreditarij *d.l.2. C.* nisi vltro eas excipiat, vt in *l.2. C. de pact.* Nam si apud eos intercessisset, vtique ab iis conueniri ex sua intercessione posset. Nec ad rem pertinet quod debitoribus hæreditariis existentibus non soluendo, ipsa tamen creditoribus aliquantulum de suo præstiterit. Nihil enim aliud inferri ex eo potest, nisi quòd damnum passa sit mulier ex hæreditatis emptione. At non etiam quòd damnum passa sit ex sua intercessione, Senatus autem non succurrit mulieri cuilibet damnum passæ, sed ei tantum quæ ex sua pro alio intercessione damnum senserit.

c *Quid ergo si cum propterea.* RAT. DVB. Nihil est propter quod magis dubitare debeat hæres institutus aut legitimus, an hæreditatem adire debeat nécne, quàm quia subest iustus metus latentis æris alieni, quod postea emergere potest, aut quia dubitet an hęreditarij debitores sint soluendo, licet aliæ etiam causæ nonnullæ esse possint *leg. 4. infr. ad S.C. Velleianum l. si in testamento 22. §. vlt. infr. si quis omiss. causa test.* Ergo nihil interest an mulier mandet periculo suo hæredi vt adeat hæreditatem, an verò ei repromittat indemnitatem si quod damnum per inopiam debitorum hæreditariorum aut qua alia de causa passurus sit. Atqui priore casu mulier non intercedit, vt iam diximus. Ergo nec posteriore.

D E C. Cùm mulier hæredi cunctanti de adeunda hæreditate ob id solum quod nomina debitorum parum idonea existimaret, ei repromisit se præstaturam, quanto minus à quoquo eorum seruari posset, apertè obligationes eorum in se suscipit, quamuis non tam eo consilio faciat vt ijs prosit quàm vt sibi aut filio suo impuberi. Ergo intercedit. Quid enim aliud est intercedere, quàm alienā obligationem in se suscipere, & pro alio se obligare? Ergo iuuāda est eo casu mulier exceptione Velleiani, si à Titio qui eius periculo adiit, ex sua intercessione conueniatur. Idque est quod Africanus significat postremis illis verbis, *Propè est vt sit intercessio.* Non quasi putet propriè intercessionem non esse, vt Martinus credidit, sed vt modestiùs sentētiam suam insinuet. Quomodo prudentes nostri facere solent, ac si scripsisset, *Magis est vt sit intercessio*, vt in *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. penultim. infr. de solut.*

1 ¶ Cùm haberes Titium debitorem, & pro eo mulier intercedere vellet, nec tu mulieris nomen propter Senatusconsultum sequereris: petiit à me mulier mutuam pecuniam, solutura tibi, & stipulanti mihi promisit ignoranti, in quam rem mutuaretur, atque ita numerare me tibi iussit, deinde ego, quia ad manum nummos non habebam, stipulanti tibi promisi. quæsitum est, si eam pecuniam à muliere petam, an exceptio Senatusconsulti ei prosit. respondit, videndum,

BIU Cujas

dendum, ne non sine ratione dicatur, eius loco, qui pro muliere fideiusserit, haberi me debere: vt quemadmodum illi, (quamuis ignorauerit mulierem intercedere) exceptio aduersus creditorem datur, ne in mulierem mandati actio competat, ita mihi quoque aduersus te vtilis exceptio detur, mihique in mulierem actio denegetur: quando hæc actio periculo mulieris futura sit,[a] & hæc paulo expeditiùs dicenda, si priùs, quàm ego tibi pecuniam soluerem, compererim eam intercessisse. ceterùm si ante soluerim; videndum, vtrúmne nihilominùs mulieri quidem exceptio aduersus me dari debeat, & ego tibi condicere pecuniam possim, an verò perinde habẽdum sit, ac si ab initio ego pecuniam mulieri credidissem, ac rursus tu mihi in creditum isses, quod quidem magis dicendum existimauit: vt sic Senatusconsulto locus non sit,[b] sicuti & cùm debitorem suum mulier deleget, intercessioni locus non sit, quæ postea non rectè comparari ait: quando delegatione debitoris facta, mulier non obligetur si (vt in proposito) alienam obligationem in se transtulerit: quod certè Senatus fieri noluit.

Ad §. 1. Cùm haberes.

RAT. DVB. Non est locus Senatusconsulto, nisi cùm & mulier pro aliquo intercedit apud creditorem & creditor scit eam intercedere, non etiam si ignoret, *l. si mulier 11. & seq. supr. hoc tit.* Atqui in specie huius §. ponit Africanus mulieri mutuam pecuniam petenti numeratam fuisse à me ignoranti, in quam causam mutuaretur, aut quod effectu idem est, quia nummos ad manum non habebam stipulanti tibi promissam à me fuisse iussu mulieris. Cùm ignorarem ea mente negotium geri à muliere, vt apud te, pro Titio debitore tuo intercederet. Ergo si eam pecuniam stipulanti mihi mulier promiserit, eámque ex stipulatione à muliere petam, exceptio Senatusconsulti neque ei prodesse, neque mihi prodesse debet.

DEC. Non indiget Senatusconsulti auxilio contra mulierem is qui pro muliere intercedente fideiussit, cùm exceptio Senatusconsulti quæ mulieri prodest, etiam fideiussori eius prodesse debeat *l. si mulier 16. §. 1.* vbi diximus *supr. hoc tit.* Atqui in proposita specie sicut dubitari nõ potest quin mulier pro debitore tuo apud te interceſſerit, cùm intercedendi animum habuerit. Ita neque dubitandũ est quin pro ea videat fideiussisse apud te, quãuis negotium quod inter te & eam gerebatur, ignorauerim. Ergo quemadmodum fideiussori mulieris, etiamsi ignorauerit mulierem intercedere, danda est exceptio Senatusconsulti, ne alioqui danda sit fideiussori contra mulierem mandati actio, ita & in hoc casu dicendum est, mihi dandam vtilem Senatusconsulti aduersus te exceptionem: Ac proinde mihi contra mulierem denegandam esse actionem mandati, cùm alioquin euenire necesse esset, vt mea obligatio periculo mulieris cederet, quam proinde ex sua interceſſione periclitari contingeret contra mentem Senatusconsulti.

a *Et hæc paulò expeditius dicenda sunt.* RAT. DVB. Etiamsi non compererim mulierem interceſſisse pro debitore tuo priusquam ego tibi pecuniam soluerem, attamen verum est Senatusconsulto locum esse, vt mihi in mulierem actio denegari debeat, quoniam hæc obligatio periculo mulieris futura sit, vt proximè diximus. Ergo non potest fieri conditio mea deterior ob id quod ante solutionem sciuerim mulierem intercedere, & stultum videtur monere Senatusconsultum nocere creditori scienti in ea specie in qua nocere debeat etiam ignoranti.

DEC. Scientia creditoris, non ignorantis mulierem intercedere, etsi non semper facit deteriorem creditoris conditionem, eo scilicet casu quo ignorans quoque creditor Senatusconsulti exceptione summoueri debeat, semper tamen facit, vt certiùs & expeditiùs, Senatusconsulto locum esse, cùm regulare sit, vt scienti tantùm noceat nõ etiam ignoranti *l. imò. 12. & l. vir vxori. 17. & passim supr. hoc tit.* Itaque in proposita specie si ponas me sciuisse mulierem intercedere priusquam ego Titij pecuniam soluerim, certum & indubitatum ius est Senatusconsulto locum esse, mihique actionem in mulierem denegari debere. At si ignorauerim, non æquè facilè induci potest autoritas Senatusconsulti. Id enim est quod Africanus subiicit in versiculo: *Cæterùm si antè soluerim.* Vbi ait quæstioni eo casu locum superesse, an mulieri aduersus me exceptio dari debeat & ego tibi condicere pecuniam possim quam solui, an verò perinde habendum sit ac si in ipso initio contractus pecuniam mulieri credidissem, ac rursus tu mihi in creditum iusses, id est, mihi pecuniam ex causa crediti debere cœpisses. In qua quæstione si priorem dubitationis partem amplectamur, Senatusconsulto locus est, sin posteriorem, Senatusconsulto locus non est: inclinat autem Africanus in posteriorem partem, & cõcludit Senatusconsulto locum non esse, scilicet propter meam ignorantiam, quasi non sit hic casus ex eorum numero in quibus etiam ignoranti Senatusconsultum nocet. Et in hoc sanè recedit à priore sententia quam suprà explicauimus, & in qua admittebat Senatusconsulto locum esse, etiam contra me ignorantem. Quonam enim iure putasset mihi succurrendum esse tanquam fideiussori mulieris aduersus Titium, si non credidisset iuuandam Senatusconsulto mulierem, pro qua ego apud Titium fideiussissem? Priùs enim est, vt Senatusconsultum locum habeat in persona mulieris quàm vt propter mulierem fideiussoribus eius eodem Senatusconsulto succurratur. Nec tamen existimandum est secum pugnasse Africanum in hac specie, aut quomodo Cuiacius putat, à Iuliano dissensisse. Verba enim illa primi responsi, *Videndum ne non sine*

BIU Cujas

ratione dicatur. Verba sunt Africani adhuc dubitantis quid in tam perplexa quæstione respondendum esset, ac mox in vtramq; partem disputaturi, non autem definientis quid vel ipse, vel Iulianus sentiret. Quod aperit & concludit tandem in *d. versic. Cæterum.* nempe Senatusconsulto locum non esse, cui prius dixerat videri esse locum posse. Quanquam obseruandum est secundum vtramque sententiam sic Africanum existimare, vt mihi succurri oporteat: sed alia atq; alia ratione. Secundum priorem quidem sententiam tanquam mulieris fideiussori denegata & Titio creditori contra me, & mihi contra mulierem actione quasi Senatusconsulto locum hic habente. Secundum posteriorem verò sententiam data mihi contra mulierem actione sicut & Titio contra me quasi cessante Senatusconsulto; Quomodo cessaret si ab initio mulieri pecuniam numerassem ignorans in quos vsus eam pecuniam mutuaretur, vt in *d. l. si mulier* 11. *& seq. & dicta l. vir vxori* 17. *supr. hoc tit.* Quare concludendum est cum Africano non esse in hac specie locum Senatusconsulto, cum mulier, antequam ego pecuniam ei crediderim, non fuerit obligata, & consequenter perinde haberi debeat, ac si pecuniam ipsa numerasset, quamuis intercessura hoc fecisset, *l. quamuis.* 8. §. *plane supr. hoc tit.*

b *Sicuti & condebitorē suum.* RAT DVB. Mulieri, quæ debitorem suum delegauit, perinde cōdictio competit atq; si pecuniam soluisset, quasi contra Senatusconsultum intercesserit. *d. l. quamuis.* 8. §. *Interdum. supr. hoc tit.* Ergo non est absolutè verū quod hic scribitur, cùm mulier debitorem suum delegauit, nec intercessioni, nec proinde Senatusconsulto locum esse, maximè verò si intercessura delegauerit.

DEC Delegatio pro solutione est, *d.* §. *interdum.* Nec quicquam refert an mulier debitorē suum delegauerit pro alio, an verò pecuniam soluerit, & numerauerit. Atqui Senatusconsultū nō succurrit mulieri soluenti aut donanti, sed ei tantū quæ se obligauit *l.* 4. §. *vltim supr.* Ergo nec succurrendum est ei quę debitorem suum delegauit. Aliud enim est mulierem aliquid facere, quasi intercessuram, aliud verò quasi intercedere. *d. l. quamuis.* §. *plane.* Si tamen mulier, cùm iam aduersus Senatusconsultum obligata esset, debitorem suum delegauerit, condictio ei competet, quia competeret, etiamsi soluisset, non quasi delegando intercessisset, sed propter delegationem præcedentem contra Senatusconsultum factam *d.* §. *Interdum.* Est igitur hic versiculus intelligendus de muliere, quæ debitorem suum delegauerit, cùm nondum esset obligata, vt benè Accursius explicat. Sunt autem hæc verba siue Iuliani, vt putat Cuiac. siue Africani, vt Accurs. quasi afferetis casū similem superiori, vt probet clarius. Nec in superiore specie locum esse intercessioni & Senatusconsulto: Sed tamen idem ille quisquis est, similitudinem hanc reprobat in verbis illic sequentibus, *quē postea non rectè comparari ait*, & ostendit casum hunc dissimilem esse à superiore, in eo quod delegatione debitoris facta per mulierem non ante obligatam, non idcirco mulier obligatur, sed soluit potius, vt diximus, & ideò quantum ad Senatusconsultum pertinet, non intercedit, licet intercedēdi animo delegauerit aut soluerit. At in proposita specie negari nō potest quin mulier se obligauerit & alienam obligationem in se trāstulerit. Quod certè cōtra Senatusconsulti mentem factum esset, nisi creditoris ignorantiæ eum, vt supra diximus, excusaret. Et ita hic versiculus vltimus omnino intelligendus est, non quomodo Accursius putat quasi Iulianus ab Africano dissentiat, & argumentum sit Africani, responsio autem Iuliani. Quod ridiculum esset, cùm Africanus Iuliani discipulus fuerit non magister. Nec subtilius Africani magnus interpres Cuiacius scribit Iulianum in hac specie variasse, vt existimauerit in superiore specie, si ego tibi pecuniam pro mulieris debitore soluerim, priusquam compererim eam intercessisse, Senatusconsulto locum non esse, sicut nec cùm debitorem suum mulier pro alio delegauit. Postea verò, id est, inquit Cuiacius in posterioribus libris, idem Iulianus crediderit, imò locum esse Senatusconsulto, propter alienam obligationem à muliere in se translatam. Cùm tamen neque Iuliani, neque Africani mens illa fuerit, vt diceret in prima specie Senatusconsulto locum esse, præsuppositā ignorantia creditoris, quam textus supponit in versiculo *Cæterùm*, sed tantùm vt moneret casum illum non esse similem delegationi factæ à muliere, sed longè dubitabiliorem etiam suppositā ignorantia creditoris, propterea quod in casu delegationis mulier non obligetur, quæ in alio casu obligatur, sed non tamen contra Senatusconsultum, si creditor ignorauerit eam intercedere, secus si scierit.

20. Idem libro 8. Quæstionum.

SI pro vno reo intercessit mulier, aduersus vtrumque restituitur actio creditori.

Ad l. Si pro vno. 20.

RAT.DVB. Actio quæ creditori restituitur aduersus debitorem pro quo mulier intercessit, nihil aliud ei debet reddere, quàm quod intercessio mulieris abstulerat, non enim fit ea restitutio nisi vt indemnis creditor seruetur, *l. debitrix* 24. §. 1 *infr. hoc ti.* Atqui cùm pro vno reo ex duobus correis debendi mulier intercessit, solus ille per intercessionem mulieris liberatur, non etiam correis pro quo nec intercedendi animum mulier habuit, ne alioqui operetur actus vltra intentionem agentis, *vulg. l. non omnis supr. de reb. cred.* Ergo non nisi contra eum pro quo mulier intercessit, restituenda est actio creditori.

DEC. Cùm plures sunt correi debendi, vna tā-

tum est obligatio, quæ proinde si in vnius persona tollatur siue solutione, siue nouatione, siue acceptilatione, siue etiam petitione, in alterius quoq; persona tollitur, *l. 2. & 3.* §. 1. *& passim infr. de duob. reis.* Atqui ponimus mulierem pro vno ex correis debendi intercessisse, non simpliciter aut per fideiussorem, quæ vtrumque in nouatione retineret, sed nouandi animo, vt bene interpretatur Accursius: alioqui quomodo ille argumentatur, quare restitueretur actio, aut quo iure, contra vtrumque, si alter tantum esset liberatus, si quidem restitutio actionis præsupponit eius extinctionem, & præcedentis obligationis liberationem? Ergo necesse est vt contra vtrumq; restituatur creditori actio, ne alioqui maneat in dāno, si cùm antea duos

BIU Cujas

tea duos haberet debitores, vnum duntaxat habere incipiat. Aliud iuris est si duo rei stipulandi fuerint, & apud alterutrum ipsorum mulier interceſſerit pro debitore, quamuis animo nouandi: ei namque soli restituenda est actio apud quem interceſſit, *l. quamuis. 8. §. quanquam in omnes*, vbi diximus *supr. hoc tit.*

21. CALLISTRATVS libro 3. Institutionum.

SI pro aliquo mulier interceſſerit, & in rem eius, quod acceptum est, vertatur: exceptio Senatusconsulti locum non habet: quia non fit pauperior.

1 ¶ [a] Item si quid liberaliter fecerit, veluti ne iudicatus pater eius, propter solutionem vexaretur: non erit tuta Senatusconsulto Velleiano. oneribus enim earum Senatus succurrit.

Ad l. Si pro aliquo. 21.

RAT. DVB. Senatusconsultum generaliter succurrit mulieribus quæ pro aliquo interceſſerunt se obligando. Vnde Senatusconsultum de interceſſionibus mulierum appellatur. Ergo si pro aliquo mulier interceſſerit, licet id quod acceptum est, in rem mulieris versum sit, nō eo minus tamen ei succurrendum est.

DEC. Ea mens fuit proculdubio Senatusconsulti, vt succurreret mulieribus intercedentibus, & pro alio se obligantibus, ita demum si propter interceſſionem illam fierent pauperiores, ne scilicet ex facilitate & lubrico sui sexus periclitarentur: Atqui mulier, in cuius rem versa est pecunia pro qua interceſſit, non fit ex sua interceſſione pauperior. Ergo nec Senatusconsulti exceptione iuuanda est *l. 3. l. aliquando 13. l. vir vxori §. vlt. supr. hoc tit. & l. proxima infr.*

a *Item si quid liberaliter fecerit.* RAT. DVB. Liberaliter facit mulier etiam quæ pro alio se vltro obligat nullo iure neque persona vlla cogente, donari enim videtur quod nullo iure cogente conceditur, vt habet iuris regula *l. donari 81. de reg. iur. l. donari 29. infr. de donat.* Atqui donare perdere est, *l. filiusfamilias 7. eod. tit. de donat.* Nec ad aliud prodest donanti donatio, nisi vt donatarium accipientem obliget ad antidora & remunerationem, sed naturaliter tantum, non etiam ciuiliter, *l. sed etsi 25. §. consuluit supr. de petit. hered.* Ergo etiamsi liberaliter quid fecerit mulier, puta, ne iudicatus parer eius & condemnatus vexaretur, siue pro eo soluerit siue se obligauerit, dicendum videtur Senatusconsulto locum esse.

DEC. Senatusconsultum succurrit duntaxat oneribus, mulierum, id est, mulieribus se obligantibus, non autem donantibus, quia nec tam faciles sunt ad donandum quàm ad se obligandum *l. 4.* vbi diximus *supr. hoc tit.* Nec restituuntur per Senatusconsultum in his quæ ex patrimonio suo diminuunt, sed in his tantum in quibus se pro alio obligant, *l. quamuis 8. §. planè si mulier supr. hoc tit.* Ergo si mulier pro patre liberaliter soluerit, non ei succurritur Velleiano, nisi iam pro patre obligata soluerit *d. l. quamuis. §. interdum.* Aut nisi liberaliter nunc primum se pro patre obliget, quod nisi contra Senatusconsultum facere non potest, & ita bene Accursius quoque interpretatur.

22. PAVLVS libro 6. Regularum.

SI mulieri dederim pecuniam, vt eam creditori meo soluat, vel expromittat, si ea expromiserit: locum non esse Senatusconsulto, Pomponius scribit: quia mandati actione obligata, in rem suam videtur obligari.

Ad l. Si mulieri. 22.

RAT. DVB. Mulier cui dedi pecuniam vt creditori meo soluat; aut vt eam pro me expromittat, id est, animo nouandi se obliget pro me alij, siue fuerim obligatus siue non fuerim, proculdubio pro me intercedit. Ergo iuuanda est Senatusconsulto, quod de fœminarum interceſſionibus factum est.

DEC. Non omnis mulier quæ pro alio intercedit, iuuatur Velleiano, sed ea tantum quæ intercedit in rem alienam non in suam. *l. 3. & 4. & seq. supr. hoc tit.* Atqui cum mulieri nondum obligatæ dedi pecuniam, vt eam vel creditori meo soluat vel expromittat, tametsi se obliget, & reuera intercedat, in rem tamen suam non in meam videtur intercedere, cùm mandati actione mihi obligata sit, vt pecuniam meam, quæ ad se pertuenit, mihi restituat, qua tamen actione liberatur, siue pecuniam illam pro me soluerit siue expromiserit, quia rem meam iuxta fines mandati diligenter & vtiliter gessi. Nec solùm pauperior facta non est, per huiusmodi interceſſionem, quod sufficeret vt Senatusconsulto locus non esset *l. proxima in princip. l. si mulieri soluero. 15. supr. hoc tit.* Sed etiam locupletior facta intelligitur, quia se ab obligatione & actione mādati liberauit, *l. si pupillus. 66. de solut. l. species. 12. infr. de acceptil.* Benè igitur Paulus ex Pomponio hic scribit, Senatusconsulto in hac specie locum non esse.

23. IDEM libro singulari ad Senatusconsultum Velleianum.

SI mulier in iure interrogata, responderit se heredem esse, si sciens se heredem non esse, responderit: minime interceſſisse videri, quia decepit, [a] quòd si existimauit se heredem, & eo nomine decepta responderit: in eam actionem quidem dari plerique existimauerunt: sed exceptione Senatusconsulti adiuuari.

Ad l. Si mulier. 23.

RAT. DVB. Mulier, quæ in iure interrogata an esset hęres Titij, respondet se hęredem esse, cùm sciret non se, sed Sempronium Titij esse hæredem, transfert sine dubio in se actionem, quæ contra Sempronium tanquam verum hæredem dari deberet, cum ex sua responsione, quamuis falsa, obligetur actione interrogatoria, vt proinde possit con-

BIU Cujas

ueniri tanquam hæres ac si verè hæres esset, *l. 1. & tot. tit. supr. de interrog. in iur. fac.* Ergo pro Sempronio intercedit, & quidem contra Senatusconsultum Velleianũ. Quid enim aliud est intercedere quàm alienam obligationem in se transferre, *l. tutor. 19 in fin. sup. hoc tit?*

DEC. Deceptis, non decipientibus Senatus succurrit, *l. 2. l. si decipiendi. 30. hoc tit.* Atqui mulier quæ, cùm sciat se hæredem non esse, respondet & fatetur se hæredem, id omnino agit vt decipiat interrogantem. Ergo iuuari Velleiano non debet, quamuis reuera interceſſerit, quia quod ad Senatusconsultum pertinet, interceſſisse non videtur.

a *Quod si existimauit.* RAT. DVB. Mulieri intercedenti & deceptæ succurritur per Senatusconsultum, ita vt contra eam actio non dari debeat, *l. 1. supr. hoc tit.* Atqui mulier, quæ existimans se hæredem esse, cùm non esset, interrogata respondit se hæredem, & interceſſit, cùm actionem, quæ aduersus verum hæredem dirigi debuit, in se trãstulerit, & decepta est potiùs quàm deceperit. Ergo iuuanda est Velleiano, hactenus ne contra eam actio detur. Meliùs enim est actionem contra eam denegari, quàm ei conuentæ exceptionem Senatusconsulti accommodari.

DEC. Non habet animum intercedendi mulier quæ hæredem se esse respondet, cùm ita existimet, & cùm interrogatoria actione obligatur, non tam creditoris quàm proprio suo facto & errore in laqueum suæ obligationis incidit. Ergo non tam amarè cum creditore agendum est, vt actionem ei denegare omnino prætor debeat, & tamen quia reuera interceſſit, cùm obligationem, quæ aduersus verum hæredem danda erat, in se transtulerit, æquum est Senatusconsulti exceptionem ei accommodari, vt hoc veluti temperamento adhibito, & rationi iuris & æquitati satisfiat.

24. IDEM libro singulari de interceſſionibus feminarum.

DEbitrix mulier à creditore delegata pro eo, cui delegata est, promisit: non vtetur exceptione.

Ad l. Debitrix. 24.

RAT. DVB. Mulier, quæ à creditore suo delegata si pro eo promiserit ei cui delegata est, intercedit pro creditore apud eum cui passa est se delegari, nam & hoc modo fit interceſſio. Ergo Velleiano iuuanda est.

DEC. Senatusconsulti exceptio tunc mulieri danda est, cùm principaliter ipsa nihil debet, sed pro alio debitore apud creditorem eius interceſſit, non etiam si cùm debitrix esset, pro creditore suo alij se obligauerit, vel ab eo seipsam aut debitorem suum delegari passa sit, *l. 2. C. hoc tit.* quia hoc casu in rem suam obligari videtur, cùm à creditore suo liberetur, nec fiat pauperior, *l. si pro aliquo 21. sup. h. tit.*

1 ¶ Sed si pecuniam promisit, ne delegetur: interceſſisse videtur.

Ad §. 1. Sed si pecuniam.

RAT. DVB. Fœmina quæ, si delegaretur, intercederet, cùm promittit pecuniã ne delegetur, certè non intercedit: non enim fit delegatio nisi per solemnem stipulationem animo nouandi interpositam ab eo cui quis delegatur, §. *præterea. Inst. quib. mod. sol. oblig. l. 1. 3. & vlt. Cod. de nouat. & deleg.* Ergo neque Velleiano iuuanda est.

DEC. Nihil interest, an quis interceſſionem mulieris admittat, an verò pretiũ interceſſionis ab ea accipiat. Effectus enim idem est, & æquè fit mulier vtroque casu pauperior contra mentem Senatusconsulti, *l. si pro aliquo. 21. supr. hoc tit.* Alioqui inuenta esset ratio admittendæ interceſſionis mulierum contra prohibitionem Senatusconsulti, vt in *l. magis puto. 5. §. si pupillus infr. de reb. eor. qui sub tut. vel cur. sunt.* Quæcunque autem in fraudem Senatusconsulti excogitata videri possunt, ea Senatus irrita haberi voluit, *l. quidam. 29. in fi. infr. hoc tit.* Quid enim refert an contra legem vel Senatusconsultum aliquid fiat, an in fraudem legis vel Senatusconsulti? nisi quòd grauius peccat qui in fraudem legis vel Senatusconsulti subdolè aliquid comminiscitur, quàm qui aperte verba legis, vel Senatusconsulti offendit, *l. contra. 29. & sequen. supr. de legib. l. vlt. infr. de rita nupt.*

2 ¶ Si Senatusconsulti beneficium interuenerit: vtrum statim cum mulier interceſſerit, actio in priorem debitorem competit: an, si mulier solutum condicat, puto statim, & non exspectandam solutionem.

Ad §. 2. Si Senatusconsulti.

RAT. DVB. Potest fieri vt mulier quæ contra Senatusconsultum interceſſit, Senatusconsulti tamen exceptione vti nolit, adeóque caueat se non vsuram, vt in *l. vlt. §. penult. infr. nemo enim iure suo vti cogitur. l. si iudex. 41. supr. de minor. l. penult. Cod. de pact.* Atqui non alia ratio est restituendæ veteris actionis in priorem debitorem pro quo mulier nouandi animo interceſſit, quàm ne in damno & iactura maneat creditor qui pro vetere debitore mulieris obligationem & interceſſionem admisit, atque ita priorem debitorem amisit. Ergo non est danda creditori actio restitutoria contra priorem debitorem, quousque mulier soluerit & condixerit, ac proinde expectandum est, non tantum vt mulier soluat, sed etiam vt solutum repetat.

DEC. Quoties mulier contra Senatusconsultum intercedit, certum est Senatusconsulti exceptionem ei competere, & quidem ita fauorabilem, vt etiamsi obligationem agnouerit & soluerit, repetitio tamen ei danda sit *l. qui exceptionem. 40. supr. de condict. indeb.* Nisi beneficium Senatusconsulti ipsa sibi præripuerit cauendo se exceptione non vsuram, vt in *d. l. vlt. §. penult. infr.* Atqui nihil interest, an quis ipso iure obligatus non sit, an vero exceptionem aliquam habere possit, *l. nihil interest. 112. de reg. iu.* Meritò igitur dicendum est, statim competere creditori restitutoriam aduersus veterem debitorem. Cuius certè nihil interest, cùm in ea causa sit, vt omnino actionem suscipere cogatur, vt scriptum est in *l. aliquando 13. §. vlt.* vbi diximus *supr.* Iuris enim ratio quæ semper certa est, non debet ex euentu pendere, nec ex mulieris voluntate, quam satis est, posse per exceptionem Senatusconsulti assequi, ne cogatur soluere, & cùm soluerit, vt possit repetere. Ergo statim atque mulier contra Senatusconsultum interceſſit, verum est competere actionem restitutoriam in priorem debitorem, vt

eius

eius causa talis fiat, qualis futura erat si mulier non interceſſiſſet.

3 ¶ Si pro eo, qui temporali actione teneretur, mulier interceſſerit: temporalis actio reſtituetur. [2] ſic tamen, vt ex præcedenti cauſa, continua tempora numerentur poſt reſtitutionem: quamuis ſtatim, atque interceſſit mulier, competierit.

Ad. §. vlt. ſi pro eo.

RAT. DVB. Actio reſtitutoria quæ propter mulieris interceſſionẽ competit aduerſus veterem debitorem, competit mera iuris & legis poteſtate *l. quamuis* 8. §. *quoties ſupr. h. t.* Atqui obligationes, quæ ex lege & iuris ratione inducuntur, ſunt perpetuæ, quia & lex ipſa & iuris ratio perpetua eſt, *Inſt. de perp. & temp. act. in princ. l. ſicut* 3. *& l. omnes.* 4. *C. de præſcript.* 30. *vel* 40. *ann.* Ergo ſi pro eo qui temporali actione tenebatur, putà reſtitutoria quæ ſex menſibus finitur, *l. cùm ſex* 56. *infr. de ædil. edict. mulier.* interceſſit actio, quæ reſtituitur non iam temporalis vt antea, ſed perpetua eſſe debet, præſertim cùm videatur quodammodo ſubſtituta in locum actionis perpetuæ, quæ aduerſus mulierem ex interceſſione competeret, ſi Senatuſconſulto non iuuaretur. Tritum enim eſt actionem ſubrogatam in locum alterius naturam eius induere, in cuius locum ſubrogatur, *vulg. l. ſi quis eum* 10. § *qui iniuriarum. ſupr. ſi quis caution.*

DEC. Reſtitutoria actio quamuis non ſit eadem illa numero quæ per interceſſionem mulieris ſublata fuit (erat enim illa directa, hæc vtilis, *d. l. quamuis. §. ſi conuenerit. & §. ſi mulieri ſupr. hoc tit.*) eadem tamen eſt ſpecie & qualitate, ideóque nimirum reſtitutoria appellatur quaſi reſtituta. Ergo qualis erat ante mulieris interceſſionem, talis reſtitui debet, ac proinde temporalis, ſi temporalis primùm fuerat.

2 *Sic tamen vt ex præcedenti cauſa.* RAT. DVB. Quemadmodum non valenti agere non currit præſcriptio. *l. 1. §. vlt. C. de annal. excep.* Ita ex quo incipit actio competere, certum eſt eius tempora currere *l. in rebus* 30. *§. omnes. C. de iur. dot. auth. niſi tricennale. C. de bon. mater.* Atqui actio reſtitutoria incipit competere ſtatim atque mulier contra Senatuſcõſultum interceſſit, vt diximus in *§. Proximo.* Ergo continua tẽpora, quibus durare potuit prior actio, numeranda ſunt ex quo mulier interceſſit, non autem ex quo reſtitutoriam actionem creditor à prætore impetrauit.

DEC. Non poſſunt currere tempora iam extinctæ actionis, quia non entis nullæ ſunt qualitates. *vulg. l. penult. ſupr. de reb. credit. l. ſi partem.* 19. *ſupr. D. quemad. ſeruit. amit.* Atqui ponimus extinctã fuiſſe priorẽ actionẽ per interceſſionem mulieris animo nouandi factã. Ergo non poſſunt continua eius tẽpora currere, niſi ex quo die reſtituta eſt, quãuis ipſius reſtituẽdæ ius iã ante cõpetierit, alioquin euenire facilè poſſet, vt finiretur actio tẽporalis reſtitutoria priuſquã fuiſſet reſtituta, quod abſurdum eſſet, prius enim eſt, vt quid initiũ habeat quàm vt finiatur. *l. ſi in diem* 46. *l. Titio vſusfructus* 96. *infr. de cond. & dem.* Sanè, quin computanda ſint tempora quæ interceſſionem mulieris præceſſerunt, dubitari non poteſt, quamuis actio reſtitutoria alia ſit numero, licet eadẽ ſpecie & qualitate, vt diximus: ſic enim ſcriptum eſt in ſpecie licet diſſimili in *l. vlt. ſupr. de minorib.* Vbi oſtendimus eandem eſſe Pauli ſententiam in hac lege quæ Pomponij in illa, eandemq; eſſe legis vtriuſq; rationem in eo quoque vt continuationis tẽpora, quæ pro reſtitutoria actione competunt, quemadmodum apud Pomponium non incipiunt currere niſi ex die petitæ reſtitutionis. Itaq; hic apud Paulum niſi ex die impetratæ actionis, contra quam Accurſius cenſet. Itemque Cuiacius qui errorem Accurſij ſecutus putauit legendum (quoniam) pro (quamuis) vt decidendi rationem faciat, quæ paulo fuit dubitandi.

25. MODESTINVS libro ſingulari de Eurematicis.

SI domina ſeruo ſuo credi iuſſerit, actione honoraria tenebitur.

1 ¶ Quod ſi pro eo fideiuſſerit exceptione Senatuſconſulti Velleiani, iudicio conuenta, aduerſus creditorem tueri ſe poterit: niſi pro ſuo negotio hoc fecerit.

Ad l. Si domina. 25.

RAT. DVB. Nihil videtur intereſſe, an domina ſeruo ſuo pecuniam credi iuſſerit, an pro eo fideiuſſerit, fideiubere namque nihil aliud eſt quã fide ſua eſſe iubere, vt verbum ipſum ſonat. Atqui domina quæ iubet ſeruo pecuniam credi, non iuuatur Velleiano, ſed tenetur honoraria & prætoria actione quod iuſſu, vt Modeſtinus hic fatetur, vt ſcriptum eſt in *l.* 2. *§.* 1. *ſupr. tit. prox.* Ergo nec iuuanda eſt Velleiano, ſi pro ſeruo ſuo fideiubeat. Nec enim prohibitum eſt dominis fideiubere pro ſeruis. *§.* 1. *Infr. de fideiuſſ.* Ergo nec ſi domina pro ſeruo fideiuſſerit, iuuanda eſt Velleiano.

DEC. differentia larga eſt inter iuſſum & fideiuſſionem, iuſſus enim interceſſio non eſt, at fideiuſſio interceſſio eſt, nempe quia qui iubet, ſeipſum priorem & ſuo nomine obligat, qui autem fideiubet, obligat ſe pro alio. Meritò igitur Modeſtinus reſpondet dominam iubentem credi ſeruo non iuuari Velleiano, fideiubentem verò ſi ſua fideiuſſione cõueniatur, iuuari ſcilicet, vt ille ſubiicit, niſi pro ſuo negotio hoc fecerit, mulieri enim quamuis intercedenti, ſi in rem & vtilitatem ſuam intercedat, numquam ſuccurritur *l. aliquando* 13. vbi diximus & alibi ſæpius.

26. VLPIANVS libro 37. ad Edictum.

SI mulier intercedendi animo, ſeruum alienum, ſuum eſſe reſponderit: quaſi interceſſerit: auxilio Senatuſconſulti vtetur. planè ſi pro bona fide ſeruiente ſibi reſponderit, non videtur interceſſiſſe.

Ad l. Si mulier intercedendi. 26.

RAT. DVB. & DEC. ad hanc legem eadem ferè eſt quæ ad *l. ſi mulier in iure* 23. *ſupr. hoc tit.* niſi quod ibi tractat Paulus de muliere quæ in iure in-

BIU Cujas

terrogata respondit se hæredem esse cùm non esset, sed esse se existimaret, hic verò Vlpianus de muliere, quæ sciens & intercedendi animo respondit suũ esse seruum qui revera esset alienus. Nam & huic Velleian. iuuanda est quod verè interceſſerit & intercedendi animũ habuerit falso suo responso trãsferens in se actionem, quę contra verum dominum dari debuerat. Itaque distinctio, quæ adhibetur *in d. l. si mulier*, hic quoque adhibenda est, vt benè monet Accursius. An scilicet non tantùm intercedendi, sed etiam decipiendi animum habuerit, an verò intercedendi duntaxat, non decipiendi, vt priore casu iuuetur Velleiano. *l. si decipiendi infr.* sed tantum posteriore. Quanquam difficile est dicere quî fieri possit, vt decipiendi animum non habeat mulier, quæ sciens alienum esse seruum, de quo interrogatur, eum, tamen suum esse respõderit, nam, & eam, quæ sciens se hæredem non esse, tamen se hæredem esse responderit, Paulus habet pro decipiente, ideóque Velleiano iuuandam esse negat in *d. l. 23. supr.* Nisi dicamus intelligendam esse legem hanc de muliere, quæ intercedendi animo respondit suum esse seruum, quem non ipsa tantum, sed is quoque, à quo interrogabatur, alienum esse sciebat, neque enim is, qui sciuit, videri potest deceptus nisi à seipso *l. nam si actor. 26. supr. de rei vind. l. imo 16. §. tunc habet infr. deliberat. cau.* Est tamen aliqua differentia inter eum, qui cùm non sit heres, respondet se hęredem esse, & illum, qui alienum seruum suum esse falso confessus est, vt constat ex *l. qui seruum 20. supr. de interrog. in vir. fac.* sed ea differentia ad hanc legem nil pertinet.

a *Planè si pro bona fide seruienti.* RAT. DVB. Is qui bona fide seruit, siue liber sit, siue seruus alienus, certè eius seruus non est, cui bona fide seruit, *l. acquiruntur. 10. §. idem placet infr. de acquir. rer. dom.* Ergo, si mulier talem hominem sibi bona fide seruientem suum esse responderit, & quidem animum intercedendi, vt ponimus, falsum proculdubio respondit & consequenter Velleiano iuuanda est, si non etiam decipiendi animum habuerit, vt modo diximus.

DEC. Quisquis bona fide seruit, licet verè seruus non sit eius cui seruit, quoniam aliud est seruire, aliud seruum esse, illud facti, hoc iuris est, attamen prope est, vt seruus dici possit, quia saltem in seruitute esse videtur, *l. si postulauerit 27. §. si bona fide infr. ad l. Iul. de adult.* Ergo non tam interceſſisse hoc casu videtur mulier, quàm verum respondisse, præsertim cùm mendacij suspicio euitanda sit, nec omninò falsum videri possit, quod aliqua ratione veritatis primordio adiuuatur, *l. cùm filius 76. §. hæres meus de leg. 2.* Quomodo dicimus etiam aliquando contingere, vt libertus serui appellatione contineatur, nec verba omninò repugnare, *l. talem institutionem §. 1. in fine. infr. de hær. inst.*

27. PAPINIANVS libro 3. Responsorum.

BOna fide personam mulieris in contrahendo secutus, ob ea, quæ inter virum, & vxorem, accepta pecunia, gesta sunt, exceptione Senatusconsulti non summouetur.

Ad l. Bona fide. 27.

RAT. DVB. Qui contrahit cum muliere, contrahit cum persona suspecta, cùm possit dubitari, an mulier contrahat animo intercedendi necne, quemadmodum qui contrahit cum muliere qui ex contractu facilè lædi potest, & læsus in integrum restitui. Nec enim malè personæ istæ comparantur, vt constat ex *l. doli 19. §. diuersum est infr. de nouat.* Ergo vtroque casu debet diligens esse creditor in quam rem pecunia versatur, ne si aut mulier intercedat, aut minor lædatur, iacturam debiti sui creditor faciat, ne alioqui nuda & incuriosa credulitas creditoris damno afficiat mulierem, aut minorem, vt in *l. 3. §. sed si sic accepit supr. de in rem vers.*

DEC. Senatusconsultum Velleianum non fecit absolutè, vt malè contrahatur cum mulieribus, sed tantum ita demum, si pro alio intercedant, nec enim loco minoris viginti quinque annis circunscripti per omnia mulier habenda est, inquit Pomponius in *l. vlt. in princip. infr. hoc tit.* Quanquam nec omnia quę cum minoribus geruntur, irrita sunt, aut periculo restitutionis obnoxia, nisi minor se præterea captum probet, *l. quod si minor 24. §. non semper. l. non omnia. 44. supr. de minor. l. nam posteaquam 9. §. si minor. de iureiur.* Atqui cùm mulier ab initio sola contrahit, & mutuam pecuniam accipit, quasi eam in suam pecuniam versura, nihil est quod possit imputari creditori, qui personam mulieris hoc casu bona fide sequitur, nec facilè scire potest, quid inter mulierem, cui credidit, & maritum eius, postea actum eatur, vt in *d. l. doli ad finem versæque facilè D. de nouat.* Ergo etiamsi postea contingat versam esse pecuniam in rem mariti, non eo magis Senatusconsulti exceptione, summoueri creditor debuit: Nec imputandum ei est, cur non fuerit curiosior & diligentior in inuestigando, quàm in rem pecuniæ verteretur, nisi cùm iam ab ipso tempore contractui videbat mulierem id agere, vt non tam obligationem suam contraheret, quàm alienam in se susciperet, ac transferret, *l. vir vxori in fine principii. sup. hoc tit.* ne aliter posito iure eueniret, vt nemo cũ fœminis vellet cõtrahere, quia semper ignorari potest, quid acturæ sunt, *l. si mulier tanquam 11. iuncta l. sed si ego 4. & d. l. vir vxori. §. vlt. supr. hoc tit.*

1 ¶ Cùm serui ad negotiationem præpositi, cum alio contrahentes, personam mulieris, vt idoneæ sequuntur, exceptione Senatusconsulti dominum summouet. nec videtur deterior causa domini per seruum fieri, sed nihil esse domino quæsitum. non magis, quàm si litigiosum prædium seruus, aut liberum hominem emerit.

Ad §. Cùm serui. 1.

RAT. DVB. Melior conditio nostra per seruos nostros fieri potest, sed deterior non potest, *l. melior 133. de reg. iur. l. penult. infr. depos.* Atqui si exceptio Senatusconsulti dominum summouere posset agentem ex contractu initio cum seruo, qui cum muliere contrahens, eam intercedere sciuisset, vtique fieret deterior conditio domini per seruum: Cuius scientia noceret domino, cùm excusetur creditor, qui nesciit mulierem intercedere, vt proximè

ximè diximus ex *d. l. sed si ego. 4. & l. si mulier. 11. & seq. supr. tit.* Ergo non est repellendus dominus per exceptionem Velleiani, si ex contractu serui contra mulierem agat.

DEC. Aliud est deteriorem fieri conditionem domini per seruum, quod certè ferendum non est ex regula generaliori *legis, non debet alteri 74. de reg. iur. l. soluendo 39. supr. de neg. gest. 2. infr. quod vi aut clam.* Aliud verò non fieri meliorem, quod euenit, si per seruum nihil domino acquiratur, nam & aliud est, pauperiorem fieri dominum, aliud non fieri locupletiorem: in quo postremo, nihil absurdi, aut iniqui est, putà, si seruus rem litigiosam emerit, aut hominem liberum. Quibus casibus nihil acquirit domino, cùm nec teneat contractus, nec tamen noceat domino, vt conditionem eius faciat deteriorem *l. final. C. de acquir. poss.*

2. ¶ Vxor debitricem suam viro delegauit, vt vir creditori eius pecuniam solueret. & si fidem suam pro ea, quam delegauit, apud virum obligauerit: locum exceptio Senatusconsulti non habebit: quia mulier suum negotium gessit.

Ad §. vlt. Vxor.

RAT. DVB. Nihil interest, an mulier apud virũ suum, an apud extraneũ pro alio intercedat: vtroque enim casu iuuatur Velleiano, quemadmodum nec quicquam refert an pro viro, an pro alio intercedat. *Auth. si qua mulier C. hoc tit.* Atqui cùm vxor debitricẽ suã viro delegauit, vt vir creditori ipsius vxoris pecuniam solueret, & ex hac causa fidem suam mulier pro ea quam delegauit apud virum, obligauerit, palam est, eam apud virum pro debitrice sua intercessisse: intercedit enim pro alio quisquis pro alio se obligat. Ergo etiam hoc casu mulier adiuuanda est Velleiano.

DEC. Non iuuatur Velleiano mulier quæ suum non alienũ negotium gessit, nec si intercesserit, quia in rem suam intercessisse creditur, quod prohibitũ non est tanquã alienum à proposito & mere Senatusconsulti. *l. 3. & sequent. l. si mulieri. 22. supr. hoc tit.* Atqui in proposita specie mulier cùm se apud virũ obligauit, pro debitrice sua, quam viro delegauerat vt creditori suo debitam pecuniam vir solueret, id egit mulier, vt se à mandati obligatione & actione liberaret. Ergo suum non debitricis suæ negotium gessit, nec proinde videri potest intercessisse, quod ad causam Senatusconsulti pertinet.

28. SCÆVOLA libro 1. Responsorum.

SEia mancipia emit, & mutuam pecuniam accepit sub fideiussore marito, eámque soluit venditori. postea maritus decedens non soluendo, in fraudem creditoris cauit testamento, se eam pecuniam vniuersam debere. quæritur, an intercessisse mulier videatur: respondi, secundum ea, quæ proponerentur, non intercessisse.

Ad l. Seia. 28.

RAT. DVB. Plus valere debet quod agitur, quàm quod simulatè concipitur *l. 1. & tot. illo tit. Cod.* nec ea quæ in fraudem Senatusconsulti Velleiani excogitata probari possent, rata haberi debent *l. proxima. §. primo misi.* Atqui cùm mulier quasi emptura mancipia pecuniam mutuam accepit sub fideiussore marito, & maritus postea professus est vniuersam eam pecuniam se debere, credibile est mulierem potiùs pro marito intercessisse, & maritum in rem suam propriam fideiussisse, quàm in vtilitatem mulieris pecuniam mutuam acceptam fuisse, alioqui verum non esset quod maritus testamento scripsit seipsum pecuniam debere, si mulier proprio suo nomine pecuniam mutuata eam postea de suo soluisset, constat si quidem solutione à principali debitore facta, fideiussoriã quoq; obligationem tanquam accessoriã extingui, adeoq; si prioris obligationis nouatio tantum facta sit *l. 4. C. de fideiuss. l. si fideiussor. 19. supr. de dol.* Ergo credendum est, in hac specie quæsitum à muliere colorem intercessionis in fraudem Senatusconsulti, vt quãuis reuera intercederet, videretur: & consequenter dicendum est, dandam mulieri repetitionem eius pecuniæ quam creditori soluit, quasi eam non pro sua, sed pro mariti obligatione soluerit, datur enim conditio mulieris, quæ soluit promissam cõtra Senatusconsultum pecuniã *l. quamuis 8. §. si mulier. & §. si conuenerit, & passim supr. hoc tit.* Cur non enim marito contra se affirmanti & scribenti credamus? *Auth. contra qui propriam. Cod. de non numer. pec. l. cùm quis. 37. §. Coditillis. de leg. 3.* DEC. Quæcunq; à debitore qui soluendo non est, fiunt vel scribuntur in testamento in fraudem creditorum, rata haberi non oportet: nec enim ferendum est, vt alteri per alterum iniuria inferatur. *tot. tit. quæ in fraud. credit. dig. & Cod. iuncta l. non debet 71. & l. factum 155. de reg. iur.* sicut & si quid scribatur in testamento in fraudem legis. *l. qui testamentũ 27. infr. de probat.* Atqui ponit Scæuola maritum, cùm plures haberet creditores, nec soluendo esset, cauisse testamento in fraudem creditorum suorum vniuersam se pecuniam debere, quæ tamen cùm iam soluta esset, nec ab ipso, nec à muliere debebatur. Consequens igitur est, vt falsa illa & fraudulenta mariti assertio nullam intercessionis probationem, aut præsumptionem possit inducere, ne alioquin eueniat, vt mariti creditoribus ea res noceat, qui tanto minùs ex eius hæreditate consequuturi essent, si reuera mulier pro eo intercessisset, quia quod ipsa de suo soluisset, repetendum esset ex bonis mariti, vel à muliere actione mandati, aut negotiorum gestorum *l. ex mandato. 20. §. & infr. mandat.* Vel à creditore, cui actio aduersus maritum restituenda esset, quam per solutionem à muliere factam amisisset. Verum igitur est, quod Accursius hic notat falsa verba testatoris non præiudicari veritati ex *l. 3. §. 1. infr. de SC. Sylan. l. Caius 39. supr. de pignor. act. l. cùm aliquis. 21. C. de iur. delib.*

BIU Cujas

1 ¶ Fundum vxoris suæ maritus obligauit Sempronio ob conductionem. mox mulier à Numerio sua fide mutuam pecuniam acceptam sub obligatione eiusdem fundi, soluit statim Sempronio pro marito suo. quæsitum est, an aduersus Senatusconsultum obligata sit. respondi, si Numerius scisset eam intercedere, fore Senatusconsulto, de quo quæreretur, locum.

Ad §. 1. Fundum.

RAT. DVB. Bona fide personam mulieris in contrahendo sequutus ob ea, quæ inter virum & vxorē accepta pecunia gesta sunt, exceptione summoueri non debet *l. prox. in princip. supr. hoc tit.* Ergo, si fœnebris pecunia iuxta fidem veri à creditore mulieri data est, siue tota quantitas fœnoris siue pars eius in vsum & vtilitatem mariti processisse proponatur, non potest mulier iuuari Velleiano, licet creditor causam contractus non ignorauerit, vt diserte scriptum est in *l. si fenebris 13. iunct. l. si aduersarius 11. Cod. hoc tit.*

DEC. Multum interest, an mulier mutuam pecuniam à creditore accipiat tanquam suum negotium gestura, cùm tamen reuera id ageret, vt pro marito intercedere vellet, an verò cùm iam esset obligata, aut rem aliquam suam obligatam sciret à marito, mutuā pecuniam à creditore acceperit, eāque postea creditori mariti soluerit. Priore casu quæ species est *dict. legis si fœnebris*, nō iuuatur mulier Velleiano, quia nihil imputari potest creditori, licet causam contractus, id est, propter quam mutua pecunia accipiebatur, nō ignorauerit, cùm sola voluntas & propositum intercedendi non sit intercessio, *l. tutor 19. §. 1. cum haberem*, vbi diximus *supr. hoc tit.* At posteriore casu quæ species est huius §. cùm iam obligata est mulieris res aliqua à marito, pro quo velit illa soluere, in eámque rem mutuam pecuniam accipere à creditore sciente, apparet etiam initio inspecto intercedendi materiam non magis quàm voluntatem defuisse, & id circo distinguendum esse, an creditor causam contractus sciuerit, an ignorauerit, vt si sciuerit, repellatur exceptione Senatusconsulti, si verò nō ignorauerit, non item. Atque ita lex hæc cum superioribus concilianda est, quod & Accursius noster hic præsensit, docēs quod verissimum est, mulierem iam tum intercessisse videri, cùm fundum suum à marito obligari Sempronio passa est, neque enim aliter fundus ille pignori teneri posse quàm si mulier obligationi consensisset, aut expressa conuentione, aut tacita, saltem per præstitam dissimulandi animo patientiam, *l. si sine. 5. Cod. hoc tit.* Cæteræ namque Accursij interpretationes & conciliationes commentitiæ sunt & improbabiles.

29. PAVLVS libro 11. Responsorum.

QVidam voluit heredibus Lucij Titij mutuam pecuniam dare, & cum eis contrahere: sed, quoniam facultates eorum suspectas habuit, magis voluit vxori testatoris dare pecuniam, & ab ea pignus accipere. mulier eandem pecuniam dedit heredibus, & ab his pignus accepit. quæro, an intercessisse videatur: & an pignora, quæ ipsa accepit, teneantur creditori. Paulus respondit: si creditor, cùm contrahere vellet cum heredibus Lucij Titij, euitatis his, magis mulierem ream elegit: & in ipsius persona Senatusconsulto, quod de intercessionibus factum est, locum esse: & pignora ab ea data non teneri: eas autem res, quas mulier ab his, pro quibus intercedebat, pignori accepit, creditori mulieris obligatas non esse: sed non sine ratione prætorem facturum, si non tantùm persona subducta mulieris, in principales debitores dederit actionem, sed etiam in res, quæ mulieri obligatæ sunt.

Ad l. Quidam. 29.

RAT. DVB. Non est iuuanda Velleiano mulier, quæ nec decipitur nec læditur, nec fit pauperior *l. si pro aliquo 21. sup. hoc tit.* subuenit enim Senatus infirmitati mulierum, ne patrimonij sui damnum & iacturam sentiat *l. 1 & 2. supr h. tit.* Atqui mulier de qua tractamus, quamuis mutuam pecuniam acceperit & pignus dederit creditori, qui hæredibus Titij mutuam pecuniam dare, & cum eis contrahere voluerat, non potest videri facta pauperior, tametsi pro iis intercesserit, cùm ab iis vicissim pignora idonea acceperit, per quæ satis ei cautum sit de indemnitate. Ergo Senatusconsulto iuuanda non est.

DEC. Mulieris interest, non soluere, quàm solutū repetere *l. 3. infr. tit. prox. l. si stipulatus 15. in princ. infr. de fideiuss.* fit enim pauperior quisquis effectu obligatur, & iam abesse id cuique intelligitur in quo est obligatus *l. si quis mandato 28. in fin. supr. de negot. gest.* quemadmodum è contrario locupletior fit quisquis à creditore liberatur *l. si pupilli 66. infr. de solut. l. species 11. infr. de acceptilat.* Ergo quamuis in hac specie regressum habere possit mulier in pignora quæ ab hæredibus mariti accepit, non eo minus iuuanda est Velleiano, ne cogatur soluere, neve pignora quæ dedit, creditori teneantur, cùm etiā in pignorum datione intercessio sit, vt proximè diximus ad præcedentem legem text. *leg. si sine 5. Cod. hoc tot.* Nec dubitari potest, quin creditor in hac specie

specie sciuerit mulierem intercedere, cùm eius personam sequi maluerit, quàm hæredum Lucij Titij, quibus tamen credere non mulieri volebat.

a *Eas autem res quas mulier.* RAT. DVB. Non potest quis habere quasi Seruianã seu hypothecariam actionem creditor, qui non ipse conuenit de pignore *l. Aristo 3. infr. quæ res pign. oblig. poss.* cùm obligatio hypothecæ ex conuentione nascatur *l. 1. & passim infr. de pignor.* Nec vnius conuentio alteri præbere actionem possit. *l. quæcunque 11. infr. de oblig. & act. l. stipulatio ista. §. alteri de verb. oblig.* Atqui tractamus de pignoribus datis mulieri, quæ pro hæredibus Lucij Titij apud creditorẽ eorum intercedebat, non autem ipsi creditori. Ergo in res illas quæ mulieri obligatæ sunt, actio creditori danda nõ est.

DEC. Quoties mulier pro aliquo intercedit, qui nondum erat obligatus, ita vt Velleiano iuuanda sit, prætor ex æquitate dat actionem institutoriam contra eũ pro quo mulier intercessit, sicuti daret restitutoriã, si mulieris intercessio nouandi animo facta peremisset obligationẽ illius pro quo mulier intercessisset. *l. quamuis. 8. §. quoties & §. si cùm esset supr. h. tit.* Eadem igitur æquitate facere prætor debet, vt creditori actionem accommodet in eas res quas pignori creditor acceperat, non minus quã in personas heredum mariti pro quibus mulier intercesserat, nec enim difficilius est, vt institutoria actio à prætore in rem detur, quàm in personam, nec hæredum mariti, qui pignora mulieri dederunt, quicquam interest, an ea mulieri, an potius creditori teneantur pro ea pecunia & quantitate, pro qua fuerunt obligata. *arg. l. aliquando 13. §. vlt. supr. hoc t.* Nam nec recusare posset mulier, si de eo vrgeretur, vt actione quam in illa bona haberet, creditori cederet, quod vtiq; sine vllo suo incommodo & dispendio facere posset *l. in creditore 38. in fin. de cuiction.* & euitandus est circuitus, qui alioquin inutilis foret, *l. dominus 55. supr. de cond. indeb. l. 3. §. sed si debitorem. infr. de donat. inter vir. & vxorẽ.* Verum igitur est quod Accurs. notat, institutoriam actionem dandam esse creditori, etiamsi sciuerit mulierem intercedere, sed non tamen ei qui sit in dolo ex *l. si Titius 48. in fine infr. de fideiuss.*

1 ¶ Paulus respondit, ea, quæ in fraudem Senatusconsulti, quod de intercessionibus feminarum factum est, excogitata probari possunt, rata haberi non oportere.

Ad §. 1. Paulus respondit.

RAT. DVB. Laudandus potius est quàm vituperandus qui adeò cautè negotiatur, vt Senatusconsultum Velleianũ nõ offendat, nec enim prohibet Senatusconsultum quominus creditor qui mulieris intercessionem admittit, sibi prospiciat quantum potest, ne quid contra Senatusconsultũ fecisse videri possit.

DEC. Contra Senatusconsultum facit non minus ille, qui in fraudẽ Senatusconsulti aliquid excogitat, quàm qui apertè in verba Senatusconsulti cõmittit. Imo grauius est in fraudẽ legis aliquid facere, quàm contra legem *l. contra legem 29. & seq. supr. de legit.* quoniam qui contra legem vel Senatusconsultum facit, palam delinquit: qui verò in fraudem legis subdolè, & maiore dolo *l. vlt. infr. de rit. nuptiar. l. si quis integris 7. §. 1. infr. Qui & à quib. manum. l. vlt. C. si mancip. ita venier. ne prostit.* Meritò igitur Paulus respondit ea omnia quæ in fraudem Senatusconsulti facta sunt, rata haberi nullo modo debere. Ex quo intelligimus quã falsum sit, quod vulgo interpretes & pragmatici nostri iactitant, posse mulierem, quoties ita videatur, Senatusconsulto renunciare. Quid enim magis in fraudem huius Senatusconsulti excogitari potuit, quàm vt eiusmodi renũciationes admitterentur? An non qua facilitate mulier contra Senatusconsultum solicitãte creditore intercedit, eadem quoq; facilitate Senatusconsulto renunciat. Nulla igitur hac parte, inter Senatusconsultum Macedonianũ ac Velleianũ constituenda est, vt diximus *ad l. qui exceptionem 40. supr. de condict. indeb.* Nec pugnat quod contra scriptum videtur in *l. vlt. §. penult. infr. hoc tit.* vt ibi dicemus.

30. IDEM libro 2. Sententiarum.

SI decipiendi animo, vel cùm sciret se non teneri, mulier pro aliquo intercesserit: exceptio ei Senatusconsulti non datur: actionem enim, quæ in dolum mulieris competit, amplissimus ordo non excludit.

Ad l. Si decipiendi. 30.

RAT. DVB. Verba Senatusconsulti Velleiani generaliter loquũtur de muliere pro alio & in rem alienam intercedente, vt scilicet ei succurratur. *l. 1. & 2. supr. hoc tit.* Ergo generaliter sunt intelligenda, vt neque causam neque personam vllam excipiant, quomodo argumentatur Papinianus in *l. oratio 4. infr. si ingenu. esse dicet. & Vlpian. in l. 1. §. generaliter infr. de leg. præstand.* Vbi enim Senatus non distinxit neque nos destinguere debemus *vulg. l. de pretio. §. supr. de public. in rem act.* Ergo distinguendum non est, an decipiendi animo mulier intercesserit vel cùm sciret se non teneri, id est Velleiano tutam fore, an verò animo suscipiendi bona fide alienam obligationem muliebri fragilitate, & infirmitate.

DEC. Mens & sententia Senatusconsulti ex ipsius ratione colligenda est, ratio autem non alia fuit, quam vt mulierum facilitati & sexus imbecillitati subueniretur, non etiam vt delinquendi & cõmittendi doli occasio iis aperiretur *d. l. 2. sup. h. tit. l. fœminis 18. C. eod.* Nunquam enim digna est persona quæ dolum admisit vt ei succurratur. *l. penult. in fin. infr. ad SC. Trebell.* Imò verò dolus semper puniendus est tum quoque cùm doloso nocuit, quanto magis si profuerit? *l. procurator 11. §. 1. infr. de dol. mali except.* Suauis verò hic est Accursius, qui verba illa (decipiendi animo) intelligit de muliere quæ virili veste se induit, cùm exempla potiùs sumere debuerit ex *l. si mulier in iure interrogata 23. l. si mulier. 10. cum sequenti supr. hoc tit. l. vltim. §. antepenul. infr. eod. & l. si fine 5. in fin. C. eod.* Obseruandum autem est eo quoque casu, quo mulier decipiendi animo intercesserit, non eo minus tamen dandam ei esse exceptionem Velleiani propter generalitatem verborum Senatusconsulti, sed eam replicationem exceptione doli elidendam, vt scriptum est in *d. l. fœminis. 18.* Quod non pugnat cum hac lege, quæ negat accõ-

BIU Cujas

modandam esse eo casu mulieri exceptionem: nam in prætoris arbitrio est, an summoueat mulierem denegata ei exceptione, an potiùs data aduersus eā replicatione, quemadmodum & cùm Senatusconsulto Velleiano locus est, in arbitrio est prætoris, an creditori deneget actionem contra mulierē, an verò mulieri exceptionem det aduersus creditorem *dict. l.* 1. vbi diximus *supr. hoc titulo.* Sed & notandum est ex hac lege mulierem, quæ pro alio se obligat & intercedit sciens se ex interceſſione non teneri; hoc ipso teneri debere, ne frustra velit & legibus illudere & creditori. Propè enim est, vt ei ludibrio sint leges, quæ, vt earum auxilium imploret, contra eas committit. Quod ferendum non est *l. vlt. §. vlt. C. de bon. quæ liber. l. auxilium. 37. in fin. supr. de minor.* nec valdè distat eares à dolo, quod & Paulus noster satis innuit, cùm postquā locutus est de muliere, quæ vel decipiendi animo, vel cùm sciret se non teneri, interceſſit, vt neutro casu exceptione Senatusconsulti habere debeat, rationem suæ sententiæ illā reddit, quòd actionē, quæ in dolum mulieris competit, amplissimus ordo nō excludat. Illud certè planū est quod Accursius subnotat, non posse videri deceptū creditorem, nisi qui putauerit mulierem ex sua interceſſione teneri, qui enim scit, nunquā decipitur nisi à seipso *l. nam si actor 26. supr. de rei vindic. l. 11. in fin. infr. de actio. empt. l. imo eum 16. §. tunc habet infr. de liberal. cauſ. l. nemo videtur. 145. de reg. iur.*

1 ¶ Procurator, si mandatu mulieris pro alio interceſſerit, exceptione Senatusconsulti Velleiani adiuuatur: nec aliàs actio intercidit.

Ad. §. 11. Procurator.

RAT. DVB. Exceptio Senatusconsulti Velleiani non datur nisi mulieribus per sexus infirmitatē pro alio intercedentibus *l. 1. supr. & tot. tit.* Estque inauditum, vt masculis per hoc Senatusconsultum subueniatur. Ergo nec procuratori mulieris, si mandato eius pro alio interceſſerit, exceptio hæc danda est.

DEC. Nihil interest, an mulier per se, an per procuratorem suum pro alio intercedat, cùm vtroque casu Velleiano iuuanda sit. Ergo & eius procurator iuuandus erit, ne alioqui actio mandati intercedat, quam habere debet contra mulierem, cuius mandato interceſſit: sufficit enim contemplatione mandati mulieris quem interuenisse, siue tanquam fideiussor interuenerit, siue tanquam procurator, *l. si fideiussores 5. supr. hoc tit.* Et quamuis totus sermo Senatusconsulti non nisi mulierem ipsam spectet, mens tamen & sententia Senatus illud potissimum respicit, an mulieris damno res cessura sit *l. tutor §. 1. supr. eod.* Itaque, si creditor sciuerit procuratorem intercedere contemplatione mandati mulieris, æquum erit exceptionem Senatusconsulti contra eum dari procuratori, si verò ignorauerit, non iuuabitur procurator, quia nec mulier ipsa iuuaretur, aut certè aduersus exceptionem Senatusconsulti danda erit replicatio, *d. l. si fideiussores. 5. & l. si mulier contra Senatusconsultum 16. §. 1. supr. l. vlt. §. antepenult. infr. hoc tit.* Caueat igitur procurator, ne mandatu mulieris pro alio intercedat apud creditorem ignorantem, ne alioquin agens mandati actione contra mulierem, repellatur exceptione Senatusconsulti, ipse autem à creditore conuentus nulla exceptione adiuuetur.

31. IDEM libro 1. ad Neratium.

SI mulier, quod ex interceſſione soluit, nolit repetere, sed mandati agere, & cauere velit de indemnitate reo: audienda est.

Ad l. Si mulier. 31.

RAT. DVB. Mulier quæ pro alio interceſſit, & soluit, puta ex causa fideiussionis, repetitionem habet soluti, quasi indebitum soluerit, cùm perpetua exceptione tuta esset, ne soluere cogeretur, *l. qui exceptionem 40. supr. de cond. indeb.* Ergo, si nolit repetere, sibi imputet, nec proinde danda est ei actio mandati contra eum pro quo interceſſit, quasi non careat culpa, quæ maluit soluere, quā vti exceptione sibi competente, *l. si fideiussor 29. in princip. & §. 1. & ſeq. infr. mandat. l. si obligata 18. C. de fideiuſſ.*

DEC. Senatusconsultum Velleianum quod mulieribus succurrit, quoties pro alio fideiubent & intercedunt, non facit earum conditionem deteriorem, sed meliorem, nec proinde adimit eis auxilium iuris communis, licet pro ipsis inducat ius singulare, ne alioqui quod fauore mulierum introductum est, in earum odium & perniciem retorqueatur, contra *l. nulla 25. supr. de legib. l. quod fauore. 6. Cod. eod. l. quod placuit 37. infr. de iur. fiſc.* Atqui alius quilibet fideiussor, qui ex causa fideiussionis soluisset, actionem mandati haberet aduersus debitorem, pro quo soluisset, adeóque etiam actionem negotiorum gestorum si mandatum nullum interceſſisset, *l. qui mandato, 20. §. fideiussor inf. mandat.* Ergo & mulieri danda est aduersus debitorem pro quo fideiussit ac soluit, sed ita tamen si ei caueat de indemnitate: periculum enim est, ne, si postea velit quod soluit, repetere à creditore, quod suo iure facere vtique potest, *d. l. qui exceptionem* idem debitor cogatur iterum soluere creditori, cui actio pristina eo casu restitueretur, *l. quāuis. 8. §. quoties, & §. quatquam supr. hoc tit.* In damno autem moraretur debitor, qui bis & duobus idem debitum soluere cogeretur. Finge, non posse probari mulierem soluisse, vt ponit Accursius: Quod tamen necessariò probandum est, vt repetitio competat, cùm solutio sit facti, *l. consilio 7. §. vlt. D. de curat. furioſ. l. 1. Cod. de probat.* Aut adeò inopem esse creditorem, vt non habeat, vnde possit reddere. Annon æquum est, dari actionem mandati mulieri contra debitorem, & damno debitoris potiùs quàm mulieris rem cedere? Nam & ob eam causam solemus, dicere interesse creditoris cuiuslibet, vt plures habeat etiam eiusdem pecuniæ debitores, vt possit eligere cū quo agere malit, *l. reos 23. iuncta l. sicut. 21. C. de fideiuſſ. Sicut* & qui plures habet actiones. *l. vlt. C. de oblig. & act. l. quod in hærede 9. §. eligere. ſup. de tribut. act. l. cùm filius 76. §. variis. de leg 2. l. 1. §. 1. infr. quod legat.* Sic dicimus procuratorem, qui pro alio se obligauit, etiamsi ex persona sua exceptionem aliquam habeat, non eo minus tamē mandati agere possit contra eū. *l. idemque 10. §. penult. infr. mandat. l. ſeruus inſcio. 19. §. vlt. & l. ſequent. l. si ſeruus alienus. 66. ff. de fideiuſſorib.* Nemo enim iure suo vti cogitur, *l. si iudex 41. supr. de minor. l. penult. Cod. de pact.*

32. POM-

BIU Cujas

32. POMPONIVS libro 1. Senatusconsultorum.

SI mulier hereditatem alicuius adeat, vt æs alienum eius suscipiat: vix est, vt succurri ei debeat: nisi si fraude creditorum id conceptum sit. nec enim loco minoris vigintiquinq; annorum circumscripti, per omnia, habenda est mulier.

Ad l. vlt. Si mulier hæreditatem.

RAT. DVB. Velleiano Senatusconsulo miratur mulier quę alienam obligationem in se suscipit *l. 1. & passim supr. hoc tit.* Atqui mulier quæ adit hæreditatem alieno ęre siue grauatam siue exhaustam, suscipit in se vniuersam obligationē æris alieni, & obligat se omnibus creditoribus hæreditariis, adeò vt etiam de suo præstare teneatur, si hæreditas soluendo non sit. *l. quæ dotis 33. infr. sol. matrim. l. vlt. & tot. tit. C. de hæredit. action.* Ergo iuuanda est Velleiano hæc mulier, perinde ac si pro defuncto intercessisset: Cuius obligationes omnes passiuæ, si hæredem non haberet, intercidrent, *l. 1. C. de oblig. & act. l. 1. §. an in pupillum. infr. depositi.* Nam & minori qui damnosam hæreditatē adiit, succurri solet, *l. 1. C. si vt minor se ab hæred. abstin.* Quidni ergo etiam mulieri succurretur propter imbecillitatem consilij, quæ in vtriusque persona perinde locum habet.

DEC. Mulier, quæ alienam hæreditatem sibi delatam adit, licet damnosam se quidem obligat, sed non pro alio. Nec enim pro defuncto intercedere videri potest, qui iam nullus est, quique per mortem obligatus esse desiit, cùm obligatio sine persona esse non possit, *l. qui contra 11. infr. de fideiuss.* Nec rursus potest videri intercedere pro hæreditate, quę scilicet per additionem hæreditas esse desiit, sitque patrimonium hæredis, *l. 1. infr. de separat. l. 1. §. Scæuola infr. si is qui testam. liber. esse iuss.* Ergo nō poterit iuuari Velleiano quasi interceſserit, quæ nunc primum se debitricem constituit, & adeundo hæreditatem vltrò cum creditoribus hęreditariis etiam ignorantibus contrahere intelligitur, *l. 3. infr. quib. caus. in possess. eat. l. 5. §. hæres quoque D. de oblig. & act.* præsertim cùm nec mulier quæ pro alio intercedit, aliter iuuetur Velleiano, quàm si creditor sciat eam intercedere, *l. immò 12. cum l. præced. supr. eod.* Nec benè in omnibus mulier comparatur minori, quia minori succurritur in his omnibus, quæ ab eo gesta sunt, si quoquomodo læsus probetur, *l. ait prætor. 7. in princip. & tot. tit. supr. de minorib. l. nam posteaquam 9. §. si minor. supr. de iureur.* At mulieri maiori non aliter succurritur Senatusconsulto Velleiano, quàm si probet se alienam obligationem sciente creditore suscepisse, *l. tutor. 19. & l. vir vxori. 17. & passim supr. l. si apud minorem 12. supr. de minor.*

1 ¶ Si mulier rem à se pignori datam per interceſsionem, recipere velit: fructus etiam liberos recipit.[a] & si res deterior facta fuerit eo nomine: magis est, vt æstimetur.[b] Sed si creditor qui pignus per interceſsionē acceperit, hoc alij vēdidit: vera est eorum opinio, qui petitionem dandā ei putant etiā aduersus bonæ fidei emptorem: ne melioris condicionis emptor sit, quàm fuerit venditor.

Ad §. 1. Si mulier.

RAT. DVB. Cùm mulier rē suam per interceſsionem pro alio factam pignori dedit, verum est creditorem qui huius rei fructus percepit, eos percepisse ex mulieris eiusdemq; dominæ voluntate. Ergo suos facit, si recta est Africani ratiocinatio in *l. si seruus 61. §. locaui. infr. de furt.* Nā nec alia ratio est, propter quā creditor fructus pignoris suos facit, tametsi cogatur eos imputare in sortem *l. 1. & 2. C. de pignor. act.*

DEC. Etiam pignoris datio, cùm pro alieno debito sit, interceſsio est *l. si sine 5. C. h. tit.* Ergo pignus à muliere datum pro aliena obligatione obligatum esse non potest. *l. quidam 29. supr.* & consequēter creditor nullo iure fructus pignoris percepisse videri potest, cùm non alio iure perceperit, quam pignoris: Ac proinde liberos eos restituere mulieri debet: Id est, vt benè Accursius explicat, quasi non obligatos: Aut potiùs ita vt eos in sortē imputare non possit. Neq; enim fructus rei pignoratæ possunt iure dari pignori à debitore cuius nūquā fuerunt *l. 1. §. cùm prædium. infr. de pignor.* Nulla enim ratio esset imputandorum mulieri fructuū quam ipsa non deberet: cùm exceptione Velleiani adiuuenda sit, nō solùm si pro alio pignora tantùm dederit, sed etiamsi pro sorte ipsa interceſserit.

a *Et si res deterior facta sit.* RAT. DVB. Non ad aliud potest teneri creditor, qui rem aliquam pignori à muliere per interceſsionem accepit, quàm vt rem ipsam restituat; qualis est tempore petitionis. Quale enim quid est cùm petitur, tale dari debet. *l. 2. infr. de vsur.* Ergo etiamsi deteriorem partem reddat, dicendum videtur liberationem ei contingere. Nec quicquam æstimandum esse, ne alioqui eueniat vt mulier prætextu Senatusconsulti & rem habeat, & æstimationem.

DEC. Non videtur reddi res quæ deterior redditur. *l. 3. §. si reddita infr. commod. l. 1. §. si res deposita infr. depos.* Ergo si res data pignori à muliere deterior apud creditorem facta sit, æquum est æstimationem fieri non totius rei, sed deteriorationis & dāni, vt Accurs. explicat. Ex eaque causa creditorem quanti mulieris interest, id est, quanto deterior facta sit, condemnari.

b *Sed si creditor qui pignus.* RAT. DVB. Qui pignus emit à creditore iure creditoris distrahente, vinci de proprietate non potest. *l. qui à creditore 18. C. de distract. pign.* Adeo vt nec offerri ei debitum possit. *l. 2. C. si antiquior. credit. pig. vend.* quia licet creditor dominus non sit, tamen transfert dominium in emptorem, quia vendit ex domini voluntate *l. non est nouum 46. infr. de acquir. rer. dom. §. 1. inst. qui alien. lic. vel non.* Ergo non potest vera esse eorum opinio, qui putant mulieri dandam esse petitionem & vindicationem pignoris, etiam aduersus bonæ fidei emptorē ne alioqui beneficiū Velleiani quod datur mulieri, captiosum sit bonæ fidei emptori, contra *l. Paulus notat. 8. infr. de stipulat. prator.*

DEC. Nō debet melior esse conditio emptoris, quā vēditoris *l. inuitus 156. §. plerūq. l. In his. 175. §. nā*

BIU Cujas

debeo. de reg. vir. Ergo mulieri quæ per intercessionem pignus pro alio dedit, etiamsi à creditore distractum illud fuerit, nihilominus vindicari per mulierem poterit, *l. redemptores. 39. §. 1. supr. de rei vind. l. si sciens 7. Cod. hoc tit.* nempe, quia dominium transferri non potuit in emptorem pignoris non iure dati, pignoris namque dationem tenere necesse est, vt pignus iure vendi possit: Quod esse non potest, cùm rationi pignoris autoritas Senatusconsulti resistit, *d. l. si sciens.*

2 ¶ Item si mulier creditori viri fundum vendidit: & tradidit ea conditione, vt emptor acceptam pecuniam viro referret: & hunc fundum vindicat: exceptio quidem opponitur ei de re empta, & tradita: sed replicabitur à muliere. *At si ea venditio contra Senatusconsultum facta sit*, & hoc procedit: siue ipse creditor emerit, siue interposuerit alium, quo mulier, ea ratione careat re sua. Idem est, & si non pro viro, sed pro alio debitore rem suam tradidit.

Ad §. 2. Item si mulier.

RAT. DVB. Mulieri vendenti aut aliter contrahenti, non succurritur per Velleianum, nisi intercedat, quamuis pecuniam pretij creditoribus mariti exsoluat, *l. Senatusconsultum 4. in fin Cod. hoc tit.* Ergo si mulier creditori viri fundum vēdiderit, & tradiderit, quamuis ea cōditione, vt emptor acceptam pecuniam viro referret: dicendum est eam, si fundum vindicet quem ipsa vendidit, repellendam esse exceptione rei venditæ, & traditæ, neque adiuuandam replicatione, *At si ea venditio contra Senatusconsultum facta sit*, cùm nihil contra Senatusconsultum fecerit.

DEC. Rata haberi non debent ea quæ in fraudem Senatusconsulti excogitata probari possunt, *l. quidam 29. in fin. supr. hoc tit.* Atqui facilè esset fraudem Senatusconsulto facere, si creditori liceret, siue maritus is esset siue alius, emptorem quærere, qui mulieris rem ab ea emeret, ea lege, vt ipsi creditori emptor pretium acceptū referret. Quid enim hoc aliud esset quàm colorem intercessioni quærere, vt non videretur intercessisse mulier, quæ reuera intercessisset: *l. si sciens. 7. Cod. hoc tit.* Ergo aliud probandum est, si mulier ipsa emptorem quæsierit & inuenerit, quamuis pretium pro marito aut pro alio soluerit, hoc enim casu emptor securus erat, *d. l. Senatusconsultum 4. in fin. & l. 1. Cod. hoc tit.* Non tantum per exceptionem rei venditæ & traditæ, de qua in *l. 1. & toto illo titul. de except. rei vend.* Sed etiam ipso iure, quia nō potest mulier habere vēdicationem eius rei, cuius dominium Senatusconsulti potestate in emptorem transtulit *arg. d. l. si sciens à contrario sensu. eod.* Maximè verò si non hac lege nominatim vēditio facta sit, vt pretiū creditoribus siue mariti siue alterius acceptum referretur. Hæc enim lex & conditio potissimum est, quæ intercedendi animum in muliere demonstrat. Maximè verò si neque venditionem hanc neque venditionis legem creditor ignorauerit. Siquidem scientia eius necessaria est, vt Velleiani replicatione summoueatur, *l. imò 12. supr. hoc tit.* Idque est, quod sequitur in hoc §. procedere hanc Pomponij sententiam siue creditor ipse emerit, siue alium interposuerit, quo magis re sua careret, vt intelligamus non idem probandum esse, vt mulier ipsa emptorem quæsierit, vt in *d. l. Senatusconsultum.* Illud sanè non interest, an pro marito, an pro alio intercedere voluerit mulier quæ vendidit, nisi quod odiosiores solent esse intercessiones, quæ fiunt pro marito tanquam suspectiores, *Auth. siue à me. & auth. si qua mulier. Cod. hoc tit.* propter metum reuerentialem, cuius ratione credibile sit nihil non facturam mulierem, vt obsequatur marito cui nec audeat contradicere, *arg. l. 1. §. si onerandæ. infr. quarum rerum exact. non de. penult. infr. de furt.* Alia ratio est mulieris debitorem suum delegantis, vt aliis soluat, licet animo intercedendi id faciat. Cessat enim eo casu Senatusconsultum, quia delegatio pro solutione est, *l. quamuis. 8. §. planè supr. hoc tit.* Mulieri enim siue pro marito siue pro alio soluenti, adeóque donanti succurritur, *l. plane. 4. hoc tit.*

3 ¶ Si mulier, ne ipsa intercederet, alij mandarit, vt id faceret: an in huius persona locus huic Senatusconsulto sit, qui rogatu mulieris id faceret? totus enim sermo Senatusconsulti ad petitionem non dandam aduersus ipsam mulierem spectat, & puto rem ita esse distinguendam: vt si quidem creditor, cui me obligaui, mandante muliere hoc in fraudem Senatusconsulti egisset, ne ipsa interueniret contra Senatusconsultum, daret autem alium: excludendum eum exceptione fraudis Senatusconsulto factæ: si verò is ignorasset, ego autem scissem: tunc mandati me agentem cum muliere, excludendum esse: me autem creditori teneri.

Ad §. 3. Si mulier.

RAT. DVBIT. Totus sermo Senatusconsulti non ad aliud spectat, quàm ad petitionem non dandam aduersus ipsam mulierem, vt apparet ex verbis Senatusconsulti relatis in *l. 2. supr. hoc titu.* Ergo si mulier ne ipsa intercederet, alij mandauerit, vt id faceret, dicendum videtur Senatusconsulto locum non esse in persona eius, qui rogatu mulieris intercessit.

DEC. Multum interest, qua mente & quo consilio à muliere, & mulieris creditore ita factum sit, nam siquidem creditor, cui me obligaui mandante muliere, hoc in fraudem Senatusconsulti egisset, ne ipsa mulier contra Senatusconsultum interueniret, daret autem pro se alium

BIU Cujas

alium, iuuandus ero exceptione Senatusconsulti, cùm omnia, quæ in Senatusconsulti fraudem excogitata probari possunt, irrita haberi debeant. *l. quidam 29. in fin. supr. hoc tit.* Itaque excludendus erit hoc casu creditor exceptione non tam Senatusconsulti, quam fraudis Senatusconsulto factæ, vt eleganter Pomponius hic scribit. Sed si creditor ignorasset, id agi inter mulierem & me, vt ipsa per mediam personam meam reuera intercederet, nec tamen intercedere videretur: Ego autem id sciuissem, tunc mandati me agentem cum muliere excludẽdum esse exceptione Senatusconsulti, quippe quæ locum habeat, etiam contra mulieris fideiussores & intercessores quoslibet. Me autem creditori teneri, quem decipere volui, nam si ego quoque ignorassem, non esset contra me iuuanda mulier, vt benè Accursius concludit licet dubitanter, ex *l. si fideiussores. 6. supr. hoc tit.* Non enim posset hoc casu videri color quæsitus ad fraudem Senatusconsulto faciendam, vt addit Bart. Ne quis forte obstare putet, quod scriptum est in *l. si decipiendi. 30. & in l. si Titius 48. infr. de fideiuss.*

4 ¶ Si mulier pro eo, pro quo intercessit, iudicium parata sit accipere, vt non in veterem debitorem actio detur: quoniam Senatusconsulti exceptionem opponere potest: cauere debet, exceptione se non vsuram: & sic ac iudicem ire.

Ad §. 4. Si mulier.

RAT. DVB. Cùm mulier pro eo pro quo intercessit, parata est iudicium accipere, ne in veterem debitorem actio restitutoria detur, de qua in superioribus tam sæpè locuti sumus, videtur hæc noua quædam mulieris intercessio. Ergo etiamsi cauerit se exceptione Senatusconsulti non vsuram: dicendum tamen videtur, hac exceptione adiuuandam esse, argumento *l. doli 19. §. diuersum. infr. de dol. mal. except.* exemplo mulieris, quæ pecuniam promisit ne delegetur, de qua in *l. debitrix 24. supr. hoc tit.* Præsertim cùm omnia quæ in fraudem Senatusconsulti excogitata videri possunt, habenda sint irrita, *l. quidam. 29. §. 1. supr.* Nihil autem sit ad fraudem Senatusconsulto faciendam accomodatius, quàm si beneficio Senatusconsulti renunicare mulieri permittatur: qua enim facilitate mulier contrahit, eadem & Senatusconsulto renũciat, vt ibi diximus.

DEC. Nemo inuitus iure suo vti cogitur, & cuilibet permissum est renunciare iis quæ pro se introducta sunt *l. si iudex 41. supr. de minor. l. penult. C. de pact.* Atqui mulierum fauore solo ius Senatusconsulti Velleiani inductum est *l. 1. & 2. & passim supr. eodem.* Ergo nihil vetat cauere mulierem se exceptione non vsuram, quoties pro eo iudicium accipere parata est pro quo intercessit, ne in veterem debitorem actio pristina restituatur, neque tam secunda hæc intercessio dicenda est quàm Senatusconsulti exclusio. Neque tamen hoc ita accipi volumus, quasi cum interpretibus existimemus Velleiano Senatusconsulto renunciari posse: In eoq; differre Velleianum à Macedoniano cui renunciatiõ posse omnes consentiunt, quasi Macedonianum odio tantum creditoris introductum sit, Velleianum verò fauore mulieris ex *l. qui exceptionem 40. supr. de condict. indeb.* Nam imò verò putamus renunciationem Velleiani non valere, si ab initio facta sit, quamuis de iure, & beneficio Senatusconsulti mulier certiorata sit, cùm, vt hic bene Bartolus disputat, decipiatur mulier eo ipso quod Senatusconsulto renunciat, *arg. l. interdum 19. supr. de minor.* Sed quoniam aliud est mulierem renunciare Velleiano, vt sibi exceptionẽ illam adimat, quod fieri posse negamus, aliud verò ex post facto cauere mulierem se non vsuram exceptione Senatusconsulti Velleiani, vt in hoc §. In hac enim specie nihil fit contra Senatusconsultum cuius autoritati & potestati iam satisfactum est hoc ipso, quod mulieri exceptio quæsita est, qua vti possit, si velit, id enim egit Senatus vt daretur exceptio mulieri qua vti posset si vellet, non etiam vt ea vti inuita cogeretur: Inuito siquidem beneficium deferri potest, acquiri autem non potest, *l. inuito 69. de reg. iur.* Sic dicimus non valere prohibitionem testatoris, aut conuentionem hæredis cum legatariis viuo testatore, vt locus legi falcidiæ non sit, quasi contrariam iuri publico, *l. quod de bonis 15. §. 1. infr. ad l. falcid.* Et tamen nemo dixerit inuitum hæredem cogendum vti beneficio legis falcidiæ, nempe quia lex falcidia id egit duntaxat, vt hæres quartam ex legatis posset deducere, sũtque alia plura in iure nostro exempla quæ alibi retulimus. Fatemur tamen posse Velleiano renunciari in specie legis *vlt. Cod. quando mul. tutel. offic fungi pot.* quoniam ita expressim à Iustiniano constitutum est in specie illius legis. Simile est quod volunt interpretes posse mulierem renunciare Authenticæ *si qua mulier, & auth. siue à me Cod. hoc tit.* si modo iis specialiter renunciatum sit. Ego specialem renunciationem necessariam esse non dubito, sed nec specialem prodesse posse arbitror.

5 ¶ Intercedere mulierem intelligendum est etiam pro eo, qui obligari non possit: veluti si pro seruo alieno intercedat. sed, rescissa intercessione, in dominum restituenda est actio.

Ad §. Vlt.

RAT. DVB. Intercessoria obligatio accessoria est. Atqui obligatio accessoria non potest esse sine principali *l. 1. l. stipulatus sum 6. §. 1. de fideiussor. l. cum principalis. 178. de reg. iur.* Ergo non potest videri intercedere mulier pro eo, qui obligari non possit, puta si pro seruo alieno intercedat. Serui enim persona iure ciuili nulla esse creditur *l. quod attinet 32. eod. tit. l. nullo modo 7. infr. ad l. Cornel. de falsi.* Ideoq; nec ciuiliter ex contractu vllo obligari potest *l. serui. 14. inf. de oblig. & act. l. in personam seruilem 32. de reg. iur.*

DEC. Etiam serui naturaliter obligantur, quia quod ad ius naturale attinet, non distinguũtur à liberis, *d. l. quod attinet.* Ideóq; & fideiussores & quoslibet alios intercessores dare possunt, *d. l. serui.* Ergo & mulier pro seruo alieno intercedere potest, nec minùs Velleiano iuuabitur, quã si pro libera persona intercessisset. Atqui inquies ita fiet, vt in damno moretur creditor, qui mulieris personã & intercessionem animo nouandi sequutus nõ habebit, cõtra quem actio restitui possit, siquidem cum seruo nulla actio est, *l. cum seruo 107. de reg. iur.* quæ sanè præcipua ad hunc locum dubitandi ratio erat, cum ita

BIU Cujas

ius comparatum sit; vt quoties mulieri datur exceptio Velleiani aduersus eum apud quem pro alio nouandi animo intercessit, restituenda sit actio pristina contra veterem debitorem *l. quamuis* 8. §. *quoties, & passim supr. hoc tit.* Sed ad hanc obiectionem respõdet Pomponius, imò verò etiam hoc casu succurri posse creditori per actionem restitutoriam non contra seruum dandam, quod certè fieri nequit, sed contra dominum, actionem inquam aut quod iussu si iubente domino obligatus fuerat, aut si minus saltem de peculio. *l. sed si prò alieno.* 9. vbi diximus *supr. hoc titulo.* Alia filiifamilias ratio est, sicut enim obligari ex omnibus causis præterquam ex voto & mutuo potest. *l. filiusfamilias.* 39. *l.* 2. §. 1. *infr. de pollicit. l.* 1. *supr. ad Senatusc. Macedon.* Ita etsi pro eo mulier intercesserit, & Senatusconsulti exceptione adiuuanda sit, restitui in eum vetus actio commodè potest. *l. tam ex contractibus* 57. *supr. de iudic.* Nec tantum in filiumfamilias, sed etiam in patrem, eadẽ scilicet quæ prius in patrem ipsum competebat siue quod iussus, siue de peculio. *d. l. sed si pro alieno, iuncta l. si quis cum filio f.* 44. *sup. de pecul.*



DE COMPENSATIONIBVS

Ad TIT. II.

I. MODESTINVS libro 6. Pandectarum.

COMPENSATIO, est debiti & crediti inter se contributio.

Ad l. primam.

RAT. DVB. Cùm idem est debitor & creditor, fit confusio debiti & crediti, & eo modo extinguitur obligatio ipso iure; vt euenit cùm debitor creditori suo hæres existit, aut contrà creditor debitori, adeò vt necesse sit opponi de huiusmodi confusione, *leg. debitori.* 50. *infrà de fideiuss. l. Stichum aut Pamphil.* 95. §. *aditio. l. sicut* 75. *infr. de solut. l. debitori* 7. *Cod. de pact.* Atqui aliud est compensatio, aliud confusio: Etsi enim compensatio fit ipso iure *l. si ambo.* 10. *infr. l. si constat.* 4. *C. eod.* necesse tamen est eam opponi. *l. vlt. eod.* §. *in bonæ fidei iudiciis. & seq. Inst. de act.* Deinde qui compensat etiam petit. *l. amplius non peti.* 15. *infr. rat. rem hab.* qui verò dicit confusum esse debitum, neque petit quicquam, neque petere potest. Ergo non est bona hæc compensationis definitio, quæ conuenit etiam confusioni.

DEC. Est quidem hoc simile in compensatione & confusione, quod in vtraque necesse est debitum & creditum interuenire, sed aliter atque aliter. Nam in cõpensatione debitum est ab vtraque parte, & tam qui agit, quàm qui conuenitur & debitor est, & creditor, debitor scilicet aduersarij quatenus creditores, & eiusdem creditor quatenus debitoris. At in confusione idem est creditor & debitor sui ipsius. Quod tamen nec iuris ratio patitur, nec ipsa rerum natura. Cùm realiter distinctas esse oporteat personas debitoris & creditoris, sicut actoris & rei. *l. ne cum filiofamilias.* 16. *infr. de furt. l. hæres à debitore* 21. §. *seruo & seq. de fideiuss.* Igitur bene cõpensatio definitur debiti & crediti inter se contributio ab vtroque nimirum facienda, id est, à debitore, & à creditore. At confusio est debiti & crediti in vna eadémque persona peremptio. Denique compensatio exceptio est, quæ supponit actionem ex altera parte competere, quomodo reuera competit, cùm non priùs ipso iure sublata videri possit quàm debitor, qui conuenitur, compẽsationem obiecerit. Nec enim cogitur quisquam inuitus compensare, si fortè ob aliquam causam malit soluere, vt apparet ex *l. sequen.* in verbis illis vltimis, *Si paratus est compensare.* At confusio, neque exceptio est, neque modus tollendæ obligationis, qui ex voluntate alterutrius pendeat, sed extinctio ipsa obligationis & consequenter actionis ex ea competentis propter repugnantiam ex parte rei, cùm fieri nequeat per rerum naturam, vt ipsius idem sit & creditor & debitor.

2. IVLIANVS libro 90. Digestorum.

VNusquisque creditorem suum, eundémque debitorem, petentem summouet, si paratus est compensare.

Ad l. 2. Vnusquisque.

RAT. DVB. Compensatio petitio est, *l. amplius non peti.* 15. *infr. rat. rem hab.* Ergo non exceptio per quam summouendus sit actor petens quod sibi iustè debetur. Aliud enim est actio, aliud exceptio. Cùm nihil sit aliud exceptio, quàm actionis exclusio, *l.* 2. *& passim infr. de exception.* Nec rursus quicquam vetat, te mihi debere centum, licet ego vicissim quoque centum tibi debeam, videtúrque hæc res dare materiam inducendæ mutuæ petitionis, potiùs quàm iustæ exceptionis, ad summouendum actorem, de quo non dubitatur, quin sit verè creditor. Alius autem tractatus est de mutuis petitionibus, de quibus extat specialis titulus in decretali. *Et in l.* 1. *& 2. supr de quib. reb. ad eund. iud. eatur.* vbi etiam aliquid diximus, & apertiùs in *l.* 1. §. *vlt. infr. quæ sẽt. sine appell. rescind.* Alius verò de cõpẽsationib.

DEC. Ideo compensationes introductæ sunt, quod nostra interest non soluere potiùs quàm solutum repetere, *leg. proxim. inf. leg. si stipulatus decimaquinta in princip. infr. de fideiuss.* Ergo quamuis iustus sit meus creditor qui petit à me centum, si tamen

BIU Cujas

tamen vicissim ille totidem mihi debeat aut plus vel minus, æquissimum sanè est fieri compensationem, per quam iure cuiusdam exceptionis summoueatur actor ad concurrentem vsque quantitatem, cùm id expeditius sit, non solùm mihi à quo petitur, sed etiam actori, qui perinde à me liberatur. Ita vt vtrinque contingat liberatio per quam euenit, vt vterque pariter fieri locupletior videatur, fit enim locupletior quisquis à creditore suo liberatur *l. si pupilli. 66. in fin. de solut l. species. 11. de acceptil.* Nec audiendus est debitor, si nolit etiam inuitus liberari *l. soluendo. 39. supr. de neg. gest. l. solutione 22. de solut.* Fauore scilicet liberationis, tanquam quæ plenio-rem libertatem restituat, quæ per obligationis vinculum diminuta quodammodo videbatur. Verum enim est quod Seneca quodam loco scribit, debitorem seruum esse sui creditoris. Itaque compensatio licet requirat voluntatem eius qui conuenitur, vt paratus sit compensare, non tamen exigit voluntatem creditoris, cui obiicitur compensatio. Cæterùm, quòd hæc lex generaliter scribit vnicuique debitori dandam esse compensationem, non tam generaliter intelligendum est, quasi nullo casu compensatio deneganda sit. Multi enim casus sunt in quibus compensatio locum non habet, *l. ob negotium 20. infr.* vbi dicemus.

3. POMPONIVS libro 25. ad Sabinum.

IDeo compensatio necessaria est: quia interest nostra, potiùs non soluere, quàm solutum repetere.

Ad l. Ideo. 3.

RAT. DVB. & DECID. eadem est quæ *ad l. præcedentem.* Nihil enim aliud hæc lex continet, nisi rationem propter quam inducta est compensatio nempe quod nostra interfit non soluere potius quàm solutum repetere, quod & scriptum est in *l. si stipulatus 15. infr. de fideiuss.* quemadmodum solemus dicere, melius esse intacta cuiusque iura seruare, quàm post vulneratam causam remedium quærere, *l. vlt. Cod. in quib. caus. necess. non est in int. restit.* Et hæc est æquitas quæ merum ius compensationis induxit, vt Papinianus loquitur in *l. inter tutores 36. infr. de admin. tut.* Quid enim potest esse æquius quàm quod vtrique parti vtilius est, *l. 1. C. eod. tit. de admin. tut. l. ex his. 8. in fi. infr. quæ in frau. credit.* Nam si verum est, vt est, quod vulgo dicitur, id quod nemini nocet, & alicui prodest, facilè concedi, *l. penult. C. de precib. imperat. offer. l. in creditore 38. in fi. infr. de credit. l. 2. §. Item Varus in fin. de aqua & aq. plu. arc.* Quanto magis concedendum illud est quod vtrique prodest? Idcirco autem prodest vtrique compensatio, quòd cùm ex vtraque parte mutuam inducat compensationem, & quidem ipso iure impedit, ne sumptibus maioribus vexentur debitor & creditor, qui alioqui faciendi essent in longiorem litem, *l. quod debetur. 51. supr. de pecul. l. minoribus 6. supr. de minor. l. 1. supr. de inoffic. testam.* ne quid addam de discordiis & rixis quas materia litium in republica incitare solet, & propter quas verecunda dicitur esse cogitatio & honesta eius qui lites execratur, *l. 4. §. 1. supr. de alienat. iudic. mut. cau. fac. l. quidam existimauerunt. 21. supr. de reb. credit. l. 1. §. si hæres in fi. infr. ad SC. Trebell.*

4. PAVLVS libro 3. ad Sabinum.

VErum est, quod & Neratio placebat, & Pomponius ait: ipso iure eo minus fideiussorem ex omni contractu debere, quod ex compensatione reus retinere potest. sicut enim, cùm totum peto à reo, male peto: ita & fideiussor non tenetur ipso iure in maiorem quantitatem, quàm reus condemnari potest.

Ad l. Verum est. 4.

RAT. DVB. Eius quod non debetur ei qui conuenitur, sed alij, compensatio fieri non potest. Cùm enim nihil aliud sit compensatio quàm debiti & crediti contributio, *l. 1. supr.* consequens est, vt non inter alios habere locum possit, quàm inter eos, quorum alter alteri sit vicissim & creditor & debitor. Atqui alia est persona debitoris, alia fideiussoris, imò & alia huius, alia illius obligatio. Nam debitoris obligatio principalis est fideiussoris accessoria, & rursum aliud est, quod reo debet creditor qui fideiussorem accepit. Aliud verò quod fideiussor debet creditori. Ergo quamuis solutione per debitorem facta fideiussor quoque liberetur per consequentias, *l. si quis reum. 5. infr. de liber. leg. l. si fideiussor. 19. supr. de dolo.* Non tamen consequens est, vt fideiussor possit creditori compensare, quod creditor debitori principali non etiam ipsi fideiussori debet.

DEC. Exceptiones, & defensiones omnes quæ reo competunt, si modo non merè personales sint, sed in rem competunt etiam fideiussori, *l. exceptiones. 7. l. omnes. 19. infr. de except. l. defensiones. 11. C. eod. illo tit.* Atqui compensatio exceptio est, & quidem in rem scripta, vt ex supradicta ipsius definitione apparet. Ergo quoties competit reo, competit etiam fideiussori, ne alioquin ipsius beneficium reo eripi videretur, si non accommodaretur fideiussori, qui condemnatus soluere, regressum aduersus debitorem habiturus esset actione mandati, vel negotiorum gestorum. *l. ex mandato. 20. §. 1. infr. mand.* Nam per mediam fideiussoris personam ad reum peruenitur, *l. cùm lex. 46. infr. de fideiuss.* Atqui potest reus compensare creditori suo, quod ipsi reo creditor debet ex regula *l. 2. & 3. supr.* Ergo & fideiussori debitoris idē licere debet, vt idipsum quod reo creditor debet, possit ille creditori compēsare, si ad eam quantitatem conueniatur, de qua pro reo fideiussit. Cúmque compensatio vim solutionis habeat tanquam quæ perinde tollat & extinguat obligationem ipso iure apparet nō magis creditorem totam summam petere à fideiussore, id est, non deducta ea quantitate, quæ in compensationem venit, quàm si totum peteret à fideiussore eius qui partem debiti iam soluisset. Nunquam enim potest creditor maiorem quantitatem petere à rei fideiussore quàm ab ipso reo, & siue ab ipso, siue ab illo totum petat, quod non totum debetur, malè petit, quia plus deperit, ideóque iuris veteris rigore inspecto causa cadere deberet, nisi posterioribus Zenonis & Iustiniani constitutionibus hoc ius correctum esset, restricta pœna pluris petitionis ad cōdemnationem expensarum, *§. si quis agens. Inst. de action. & titulo Cod. de pluris petition.* Placet autem quod Accursius & Bartol. ex hac lege inferunt, compensationem fieri ipso in-

BIU Cujas

re, cùm lex ponat haberi debere illam pro facta in fauorem fideiussoris, ex persona debitoris, etiam priusquam debitor ipse conuentus sit. Ac proinde priusquam eam obiecerit, aut obiicere potuerit. Quod & probatur ex *l. rei iudicatæ 15. §. 1. infr. solut. matrim.* Nisi dicas cum Bartolo posse illam obiici quomodocunque & quandocunque etiam extra iudicium, quemadmodum & extra iudicium interpellari quis potest vt soluat. Quod non nego, nec illud rursum quod volunt non aliter habendam esse rationem compensationis, quàm si obiiciatur ab eo qui conuenitur, sed tamen nego haberi eam pro facta ex eo tantum tempore quo obiecta sit, sed dico, statim atque obiecta est, haberi eam debere pro facta ipso iure in præteritum, à quo tempore concurrentes debiti & crediti quantitates compensationis inducendæ materiam præbuerunt. Quod hæc lex omnium apertissimè probat. Quomodo enim malè ageret creditor qui totum à fideiussore peteret ante oppositam à debitore compensationem, si non iam inde ab initio facta fuisse intelligeretur. Is enim demum malè agit, quire, aut tempore, aut aliter plus petit, *l. 1. in fin. supr. quand. dies leg. ced. l. pecuniam, 36. supr. de reb. cred.* Plus autem non petit creditor qui totam fideiussionis summam petit à fideiussore, nisi quatenus ea summa per quantitatem, quæ compensari potuit, diminuta esse creditur. Proinde non valdè interesse arbitror an fideiussor acceptus sit priusquam reus compensationem obiicere potuerit. Nec rursus an in summam certam, an potiùs in illam quam reus debeat, quomodo Accursius noster distinguit, omni enim casu dicendum est compensationem locum habere, & fideiussorem, si eam obiiciat, non teneri ipso iure, si verò non obiiciat, teneri eum & quidem cum effectu. Planè dubitandum non est, quin possit eam obiicere etiam inuito debitore, *l. si stipulatus. 15. in princ. infr. de fideiuss.* Iunge tamen §. 1. eiusdem legis, & obserua, non sicut fideiussor compensationem obiicere potest ex persona rei, ita vicissim reum posse obiicere ex persona fideiussoris, quia non, quemadmodum fideiussor idipsum debet quod reus principalis, ita possis dicere reum principalem id debere quod fideiussor extra causam fideiussionis debeat. Nec rursus quemadmodum per mediam personam fideiussoris ad reum peruenitur, ita per mediam personam rei ad mediam personam fideiussoris perueniatur. Est tamen etiam alia huius legis ratio, quam Paulus postremis verbis non obscure insinuat, cùm ait, non posse teneri fideiussorem in maiorem quantitatem quàm reus condemnari possit. Est enim generalis iuris regula, neque fideiussores neque ceteros qui tanquam accessiones obligatur, non posse in plus quàm reus debeat, obligari. *l. Græcè 8. illud. infr. de fideiuss.* Atqui debitor centum aureorum cui vicissim creditor quinquaginta debeat, licet reuera debeat centum, quæ fortassis accepit mutuo, non tamen ad centum condemnari potest. Sed tantum ad quinquaginta, cùm ab aliis quinquaginta beneficio compensationis liberatus sit. Ergo neque fideiussor in centum integra conueniri potest, quasi nec debeat, quia verba cum effectu sunt accipienda, vt hic notat Accurs. ex *l. 1. §. 1. supr. quod quisque vir. l. penult. §. docere. Ne quis eum qui in ius vocabi vi exi. l. debitor 59. vers. videamus. de effectu rei infr. ad S. C. Trebell.* Illa duntaxat inter reum & fideiussorem differentia est, quod inuitus debitor compensatione non vtitur, fideiussor verò vtitur, non quidem inuitus, sed inuito tamen creditore, *d. l. si stipulatus.* Itaq; non est perpetua eius dictæ legis 9. regula. *C. hoc tit.* Sed pleraſque exceptiones patitur, de quibus cum Accursio dicemus ad legem sequentem.

5. GAIVS libro 9. ad Edictum Prouinciale.

SI quid à fideiussore petatur: æquissimum est, eligere fideiussorem: vtrum quod ipsi, an quod reo debetur, compensare malit. sed, & si vtrumque velit compensare, audiendus est.

Ad l. Si quid. 5.

RAT. DVB. & DECID. ad hanc legem eadem est quæ ad superiorem, cùm vtriusque eadem sit sententia, fideiussorem scilicet, si ex fideiussione sua conueniatur, compensare posse quod reo debetur non minus quam si fideiussor ipsi deberetur, nisi quod hæc lex addit esse in arbitrio & potestate fideiussoris eligere si quid & ipsi & reo debeatur, quid malit compensare, adeóque quod magis est, si vtrumque compensare velit, audiri eum debere. In quo tamen dubitandi ratio specialior illa occurrit, quod cum fideiussor & reus principalis sicut vnam tantum, eandémque summam debent, ita vnius duntaxat personæ vice fungi videantur, non videatur æquum, vt duorum creditorum iure censeantur, quod tamen euenire necesse esset, si vtrumque compensare posset fideiussor & quod sibi ipsi & quod reo deberetur, satisque ei esse debet, quod electionem habeat, alterutrum & quod malit compensandi, ne alioqui nimis lædatur debitor, si duplicis crediti compensationem pati cogatur. Cùm etiamsi ab vtroq; peteret, id est tam à reo quam à fideiussore nō nisi vnum esset debitum cuius solutionem vrgeret, Sed decid. ratio illa eadem est quam supra attulimus, quod creditor, qui à reo accepit fideiussorem, vtrumq; debitorem habeat eiusdem quantitatis, vt proinde recusare non possit, quominus etiam ab vtroq; compensationem patiatur, aut potius ex vtriusq; persona, tametsi contra solum fideiussorem agat, quia & si ab vtroque conueniretur, vterque condemnandus esset. Itaq; nihil eius interest quod fideiussor conuentus & suum & rei principalis debitum compenset. Quinimo eius interest potius, vt per compensationem ipso iure ab vtroque liberetur, quæ ratio & æquitas fuit inducendæ compensationis, vt diximus ad *l. 3. supr.* Neque hoc tantum casu euenit, vt quis compenset etiam quod alij debetur contra regulam *l. eius. 9. Cod. hoc tit.* de qua scripsimus ad legem præcedentem, sed etiam aliis quibusdam casibus, quos hic Accurs. refert. Primus est, si cum filiofamilias aut cum seruo contractum sit, & ex eo contractu agat dominus vel pater. Potest enim eo casu debitor per compensationem solidum seruare quod sibi debetur. Quamuis si ageret, non posset consequi, nisi quatenus est in peculio filiifamilias vel serui. *l. si cum filiofamilias. 9. infr. hoc tit.* Secūdus casus est in procuratore qui in rem suam datus est, nam post litis contestationem si vice mutua conueniatur, æquitate compensationis vtetur *l. in rem suam 18. infr. hoc tit.* Tertius est in duobus sociis. Nam si duo rei promittendi socij sint,

BIU Cujas

sint, proderit alteri quod stipulator alteri reo pecuniam debeat, quod diuersum esset, si socij non essent *l. si duo rei.* 10. *infr. de duob. reis.* An autem compensatio ita fiat ipso iure, vt non sit opponenda ab homine, de quo rursum Accursius hic quærit iam supra diximus & dicemus latiùs ad *l. si ambo* 11. *& ad l. cum alter* 11. *infr. hoc tit.* Iunge §. *in bonæ fidei Inst. de action. & l. vlt. C. eod.*

6. VLPIANVS libro 30. ad Sabinum.

ETiam quod natura debetur, venit in compensationem.

Ad l. Etiam. 6.

RAT. DVBITAN. Obligatio, quæ naturalis tantùm est, actionem parere non potest, sed tantum exceptionem, quia nec ius naturale actiones vllas agnoscit, vt diximus *ad l. vlt. supr. de iureiur.* Ergo non potest inducere cõpensationem, quia is qui compensat, quodammodo agit *l. amplius non peti* 15. *infr. Rat. rem haber.*

DEC. Compensatio licet actionis vim & effectũ habeat, exceptio tamen est, paritque retentionem qui vnus est ex effectibus naturalis obligationis *l. naturales* 10. *infr. de oblig. & action. l.* 3. §. *vlt. supr. Quod quisq. iur.* Ergo etiam id quod naturaliter tantùm debetur, in compensationem venire potest. Nec est quod quis obiiciat ex *l. quæcunque* 14. *infr.* Quæcunque per exceptionem perimi possunt, ea in compensationem non venire. Aliud enim est de eo debito loqui quod peti non possit defectu non tam iuris quam actionis: quale est quod naturaliter tantùm debetur. Aliud verò de eo debito quod peti quidem possit, sed non cum effectu propter exceptionem. Nam debitum cuius petitio repelli per exceptionem potest, habetur pro indebito *l. qui exceptionem* 40. *supr. de condict. indeb. l. creditor* 55. *l. debitor* 108. *de verb. signif.* At quod naturaliter debetur, id verè ac iure debetur, & sine exceptione. Is enim natura debet quem iure gentium dare oportet, cuius fidem secuti sumus *l. cùm amplius* 184. *§. is natura debet de regul. iur.* Neque verò ius naturale aut gentiũ vllas agnoscit exceptiones, sicut nec actiones.

7. IDEM libro 28. ad Edictum.

QVod in diem debetur, non compensabitur, antequam dies veniat, quamquam dari oporteat.

Ad l. Quod in diem. 7.

RAT. DVB. Quod in diem certam debetur, etiamsi dies nondum venerit, tamen iam debetur, quia certum est diem esse venturam, licet interim exigi non possit, cessit enim dies, quamuis nondum venerit *leg. cedere diem.* 213. *infr. de verb. sig.* Adeò vt etiamsi debitor ante diem soluerit, repetere non possit quasi indebitum soluerit, *l. in diem* 10. *supr. de cond. indeb.* Item vt in diem obligatio nouari possit etiam priùs quã dies venerit *l. in diem* 5. *infr. de nouat.* Atqui quodcunque debetur, venit in compensationem, tametsi non nisi naturaliter debeatur, vt scriptum est in *l. proxima. infr.* Ergo etiam id quod in diem debetur compensari poterit antequam dies venerit, quia id dari tãdem oportere certum est.

DEC. Quæcunque per exceptionẽ perimi possunt, ea in compensationem non veniunt, *l. quæcunq;* 14. Atqui quod in diem debetur si ante diem petatur, malè petitur & exceptione pluris petitionis summouetur actor, qui plus petit tempore. *l. vnic. in fin. supr. Quand. di. leg. ced.* §. *si quis agens. Inst. de action.* Totum enim medium tempus liberum debitori ad soluendum esse intelligitur *l. quod certa die.* 70. *de solut.* Adeò vt qui hoc anno aut hoc mense dari stipulatus est, nisi omnibus partibus præteritis anni vel mensis nõ rectè petat *l. qui hoc anno* 42. *iuncta l. stipulatio ista.* 38. *l. continuus* 137. §. *cùm ita. vers. nã & quod in diem infr. de verb. obl.* Ergo quod in diem debetur interim compensari non potest non magis quàm peti, cùm compensatio etiam vim petitionis obtineat, *l. amplius non peti* 15. *infr. rat. rem hab.* Excipiendus tamen est casus ille de quo in *l. si cùm militi* 16. §. 1. *infr.* id est, si quis intra diem ad executionem iudicati datum compensare velit quod sibi ex iudicato debetur: tunc enim compensatio admitteretur, quoniam aliud est diem obligationis non venisse, aliud verò humanitatis gratia tempus indulgeri solutionis, vt ibi Papinianus eleganter ratiocinatur.

1 ¶ Si rationem compensationis iudex non habuerit: salua manet petitio. nec enim rei iudicatæ exceptio obiici potest: aliud dicam, si reprobarit compensationem, quasi non existente debito. tunc enim rei iudicatæ mihi nocebit exceptio.

Ad §. 1. Si rationem.

RAT. DVB. Cùm iudex nullam petitionis rationem habet, hoc ipso videtur petitorem summouere, siue de principali debito agatur, siue de fructibus & accessionibus, putà de sumptibus litis, *l. terminato.* 3. *vbi omnes notant. C. de fruct. & lit. expens.* Tacitè enim denegatur quod petitum expresse nõ conceditur. Ergo cùm opposita compensatio est, nec vllam eius rationem habet iudex condemnans debitorem compensare volentem, ad solutionem quantitatis petitio, perinde ac si opposita compensatio non esset, dicendum videtur sic haberi debere, ac si compensationem iudex reprobasset, vt si in alio iudicio idem debitor aduersus eundem creditorem velit rursus compensationem obiicere, non sit audiendus, sed exceptione rei iudicatæ.

DEC. Res iudicata stricti iuris est, nec pro iudicato haberi debet, nisi quod per sententiam iudicis disertè pronunciatum est. Ideóque verba sententiæ diligenter ponderanda sunt, *l. si inter me.* 15. *infr. de except. rei iud.* Atqui exceptio rei iudicatæ locum non habet, nisi quando & quatenus res iudicata est *l. cùm quæritur.* 12. *& seqq. & passim eod. tit.* Ergo multum interest, an iudex apud quem opposita fuit compensatio, eam expressim reiecerit & reprobauerit, an verò nulla ipsius habita ratione, nec mẽtione debitorem simpliciter ad solutionem condemnauerit: Priore casu, si inter easdem partes

BIU Cujas

iterum opponatur compensatio, obstabit exceptio rei iudicatæ. At posteriore non item, quia nihil de compensatione pronunciatum est. Eadémque distinctio adhibetur ab Vlpiano in *l. si autem* 8. §. *si quocunque modo*, vbi scripsimus *sup. de neg. gest.* Ex quo intelligimus non esse verum quod interpretes & pragmatici nostri inferre solent ex *d. l. terminato*, non posse post sententiam de ea re agi de qua prius actum fuerat, etiamsi nihil de ea pronunciatum sit. Quod sanè non solùm ex illa lege non bene probetur, sed & ex hoc §. *maximè cõuincitur, & ex d. §. si quocunque modo.* Iunge *l. & ex diuerso* 35. §. 1. *supr. de rei vind.* Nisi cum de accessoriis tractatur, quæ sublato & terminato principali negotio non possunt subsistere, puta de vsuris & sumptibus non obligationis iure, sed iudicis tantum officio debitis, vt in *l.* 4. *C. depos. l. qui per collusionem.* §. 1. *inf. de act. empt. Iuncta l cùm principalis* 178. *de reg. iur.* Euidens autem ratio diuersitatis est inter hos duos casus si Iudex cõpensationis rationem nõ habuerit, & compensationem expressè reprobauerit. Nam posteriore casu perinde est ac si pronunciaret iudex non deberi eà quantitatem, cuius compensatio obiiciebatur, cùm si deberetur, nõ posset iudex impedire ne compensatio ipso iure facta esset. At cùm nullam compensationis rationem habet, non ideò pronunciat nihil deberi ei qui compensationem obiicit, cùm nihil vetet debitum quid esse, nec tamen compensari. Obseruandum autem est quod Vlpianus in hac lege scribit, exceptionem rei iudicatæ obstare si iudex reprobauerit compensationem, non tantùm eo casu locum habere, quo debitor alio iudicio conuentus velit iterum compensationem eiusdem quãtitatis obiicere, sed illo etiam, quo velit ille per actionem idem debitum petere, & quod facilius euenit contrario iudicio siue negotiorum gestorum, siue mandati, siue commodati, siue tutelæ aut quo alio simili experiri, vt in specie dicti §. *si quocũq; modo & l. in rebus* 18. §. *vlt. sup. Commod. l.* 1. §. *præterea* 4. *infr. de contr. tutel. & vtil. act.* Nam quod dici solet ei qui succumbit in exceptione nõ nocere rem iudicatam, si id ipsum persequatur per modum actionis, ex *l. vindicantem.* 17. *& seq. infr. de euiction.* Tunc locum habet, cùm exceptio & actio non tendunt ad eundem finem quomodo tendunt in specie proposita, vt benè Bartolus docet. Nec obstat huic legi quod idem Barto. obiicit in *l.* 1. *C. de ordin. iud.* sententiam latam super negotio principali facere præiudicium in incidenti, tractat enim illa lex de incidenti, de quo necessario cognoscendum fuit; licet non pronunciandum de sententia super principali negotio ferri possit, quod & Bartolus benè vidit, & nos latius in libris Cõiecturarum explicauimus.

8. GAIVS libro 9. ad Edictum Prouinciale.

IN compensationem etiam id deducitur, quo nomine cum actore lis contestata est: ne diligentior quisque deterioris condicionis habeatur, si compensatio ei denegetur.

Ad l. In Compensationem. 8.

RAT. DVB. Nouatio fit, adeoq; interdum delegatio per litis contestationem, vt quod antea debebatur, desinat deberi ex priore causa *l. delegare* 11. §. 1. *& l. aliam.* 29. *infr. de nouat. & deleg.* Ergo debitũ cuius nomine lis contestata iam est cum actore in compensationem deduci amplius non potest, tanquam quod sit indebitum ex omni alia causa præterquam litis cõtestatæ, ac proinde petendum necessario est per viam actionis & in eo ipso iudicio quod post litem contestatam dictatum est. Cum enim compensatio nihil aliud sit, quàm debiti & crediti inter se contributio *l.* 1. *supr. hoc tit.* consequens, vt quod per contestationem creditum esse desiit, compensati amplius non possit.

DEC. Alia causa est nouationis voluntariæ, alia eius quæ ex necessitate fit per litis contestationem, *d. l. aliam.* Non enim solet deterior actoris conditio fieri per litis contestationem, sed plerumq; melior *l. non solet.* 86. *& seq. de reg. iur.* At qui deterior conditio fieret actoris post contestationem ob id quod in debito persequendo fuisset diligentior, si compensationis æquitas ei denegaretur ob id solum quod de eo debito iam litem contestatus esset. Ergo quamuis nouatio nihil aliud sit quàm debiti peremptio *l.* 1. *de nouat.* non eo minus tamen permittendum actori est, vt debitum illud compeſet, quam si nulla per contestationem facta esset nouatio. Iura enim subueniunt vigilantibus & diligentibus, non dormientibus aut negligentibus. *l. non enim* 16. *supr. ex quib. cau. mal. l. pupillus* 24. *infr. quæ in fraud. cred.* Et absurdum esset melioris conditionis esse desides quam diligentes *l.* 2. *C. de ann. except.* & stultos quàm prudentes *l.* 4. *C. quod vi aut cl. un.* Nec obstat si quis obiiciat cum Bartolo duo iudicia de eadem re pendere non posse, & vbi cœptum est iudicium, ibi finem accipere debere ex *l. vbi acceptum.* 30. *supr. de iudic.* Nam vt idem Bart. respondet, nihil vetat de eadem re duo pendere iudicia, quorum vnum sit per viam actionis, alterum per viam exceptionis, quale illud est in quo compensatio obiicitur, quæ cum fiat ipso iure, vt diximus ad *l.* 4. *& 5. supr.* statim atque opposita est, apparet citiùs terminari iudicium, quamuis posterius in quo de cõpensatione tractatur, quam terminari possit prius in quo lis de eodem debito fuerit contestata, si quidem de eo debito hic loquimur quod liquidum sit, aut facile & in promptu liquidari possit, quandoquidem alioquin eius compensatio obiici non posset, vt bene idem Bart. hic notat ex *l. vlt. C. hoc tit.*

9. PAVLVS libro 32. ad Edictum.

SI cum filiofamilias, aut cum seruo contracta sit societas: & agat dominus, vel pater; solidum per compensationem seruamus: quamuis, si ageremus, duntaxat de peculio præstaretur.

Ad l. si Cum filiofamilias. 9.

RAT. DVB. Si quis cum filiofamilias contrahat, duos quidem habet debitores patrem & filium, sed filium in solidum, patrem verò non nisi quatenus est in peculio, *l. si quis cum filiofamilias* 44. *supr. de pecul.* Si verò cum seruo alieno contrahit, licet seruum ciuiliter obligatum habere non possit, sed tantum naturaliter *l. serui* 14. *infr. de oblig. & act.* Non eo magis tamen Dominum obligatum habet nisi de peculio, si non iussu domini sui contraxerit *l.* 1. *supr. quod cum eo qui*

BIU Cujas

eo qui in ali pot. l. 1. quod iussu & tot. tit. de pecul. Atqui etiam is qui compẽsat, agere & petere videtur l. amplius non peti. 15. infr. rat. rem hab. Ergo nec per compensationem fieri potest, vt qui cum filiofamilias vel seruo alieno contraxerit solidum suum debitum & supra quam in filijfamilias vel serui peculio est, consequatur, ne alioqui quod vna via prohibitum est, alia permittatur contra l. scire oportet 21. §. infr. de tutor. & curat. dat. Nec æquum est, vt quod per viam actionis non licet, per viam exceptionis non liceat. l. nam posteaquam 9. §. si minor vers. præterea supr. de iureiur.

Dec. Etiam naturalis obligatio sola parit retentionem, multo magis ea quæ non tantum naturalis, sed etiam ciuilis est, vt diximus ad l. etiam 6. supr. & l. naturales infr. de oblig. & act. l. fideiussor 16. §. naturales de fideiuss. l. 3. §. vlt. supr. quod qui sque iu. Atquin is qui cum filiofamilias vel seruo contrahit, habet vt diximus, seruum naturaliter obligatum in solidum d. l. serui de oblig. & act. l. nec seruus 41. supr. de pecul. Filium verò familias etiam ciuiliter d. l. si quis 44. eod. Ergo ius habet retinendi totius debiti per compensationem, etiamsi minus sit in peculio, vt scilicet nõ plus debere patri vel domino existimetur, quàm quod solido debito compensato supersit. Etsi enim qui compensat etiam petit, attamen petit retinendo & recipiendo, nec nouum est, vt seruetur iure exceptionis quod iure actionis peti non potest. vt noster hic notat Accurs. ex l. si in emptione 24. §. idem si emptor, supr. de contrah. empt. l. cum fundus 35. §. seruum tuum sup. de reb. cred. Nec aliud est, etiãsi quis patrem ex filiæfamilias maleficio conueniat in specie l. 3. §. vlt. infr. rer. amot. Quamuis ex delicto filijfamilias pater neque de peculio, neque noxali actione conueniri possit l. 1. §. si filiusfamilias supr. de his qui effud. vel deiec. l. ex pœnalibus 58. de reg. iur. Sed habet casus rationem specialem in patre agente de dote adiuncta filiæ persona, quæ res maritiamouisse dicebatur: is enim cogitur eam in solidum defendere, vt lex ait, quod in cæteris casibus nõ idem est.

¶ Sed si cum filiofamilias agatur: an, quæ patri debentur, filius compensare possit, quæritur, quod magis est admittendum, quia vnus contractus est: sed cum condicione, vt caueat patrem suum ratum habiturum: id est, non exacturum, quod is compensauerit.

Ad §. 1. Sed si cum filiofamilias.

Rat. dvb. Non quemadmodum quod debetur filiofamilias, debetur etiam patri ex reg. l. placet 79. infr. de acq. her. l. eum qui 56. §. qui sibi & seq. l. quod dicitur 130. infr. de verb. ob. Ita etiam possumus dicere quod debetur patri deberi filio, quia per patrem filio nihil acquiri potest, sed patri per filium, iure scilicet patriæ potestatis id faciente. Ergo quamuis aduersus patrem agentem possit obiici compensatio eius quantitatis quam filius debet, etiamsi minus sit in peculio, vt proximè diximus, non ideo tamen bona consecutio est, vt similiter filiusfamilias conuentus in solidum à creditore qui habet patrem obligatum de peculio, possit compensare id, quod ab eodem creditore patri debetur, videturque hoc casu locum habere quod scriptum est in l. in rem 18. §. 1. infr. hoc tit. & in l. eius 9. C. eod. eius quod alij debetur quam ei qui conuenitur, compensationem obiici non posse.

Dec. Etsi duæ sunt actiones diuersæ quæ creditori filiifamilias competunt, vna aduersus filiumfamilias in solidum, altera aduersus patrem de peculio d. l. si quis cùm filiofamilias 44. supr. de pecul. sicuti duo sunt debitores, vt eadem lex ait, tamen vnus contractus est, ex quo vtraque actio nascitur, nam ex contractu filijfamilias ad rem peculiarem pertinente obligatur paterfamilias de peculio etiam inuitus nedum ignorans l. 1. & tot. illo tit. de pecul. Ergo non minus permittendum est filiofamilias conuento in solidum à creditore peculiari compensare id quod creditor patri debet, quàm permittitur eidem creditori conuento à patre cõpensare solidũ quod sibi à filiofamilias debetur: & miror Accursiũ Ioannis præceptoris sui sententiam secutum non erubuisse scribere rationem hanc à Paulo tam apertè expressam bonam non esse, est enim optima, cùm vnus idemque contractus ex quo & filius principaliter & pater accessoriè obligantur, alio iure censeatur in persona filij, alio autem in persona patris, nec proinde filio denegandum sit, vt paterni debiti compensationem obiiciat, cùm ex eo ipso contractu conuenitur, ex quo si pater conueniretur, æque compensationem posset obiicere eius quantitatis quæ sibi deberetur. Rectè tamen Paulus subiicit, non simpliciter hoc verum esse, quod dixit posse filiumfamilias compensare quod patri debetur, sed ita demum si paratus sit filius cauere patrem suum ratam rem habiturum, id est non exacturum quod filius compensauerit. Est enim hæc exceptio de iure tertij, nec aliter exclusiua iuris agentis quàm si tertius velit. Quod genus exceptionis admitti non solet nisi de tertij voluntate appareat l. 2. vbi Bart. notat. infr. de except. rei iud. Qua ratione nec in proposita specie admitti compensatio per viam exceptionis deberet, nisi ratio illa Pauli pro filiofamilias faceret, quod vnus idemque contractus est, ex quo & pater de peculio, & filius in solidum obligatur. Ex quo tanto manifestius intelligimus quàm bona & necessaria sit Pauli ratio, licet eã Accursius quasi malam improbet. Nec felicior in huius legis interpretatione est Bartolus ex ipsius ad hunc §. commentariis & iis quę supra diximus, videre est.

10. Vlpianvs libro 63. ad Edictum.

Si ambo socij parem negligentiam societati adhibuimus: dicendum est, desinere nos inuicem esse obligatos, ipso iure compensatione negligentiæ facta. Simili modo probatur: si alter ex re communi aliquid perceperit, alter tantam negligentiam exhibuerit, quæ eadem quantitate æstimatur: compensationem factam videri, & ipso iure inuicem liberationem.

Ad l. Si ambo. 10.

Rat. dvb. Compensatio non fit nisi ad concurrentem vsque quantitatem l. si constat. 4. & passim C. hoc. tit. Ergo non nisi quantitatis ad quantitatem, vnde est quod speciei nec cum quantitate, nec cum alia specie fit compensatio ante l. vlt. C. hoc tit. Quæ

BIU Cujas

in actionibus etiam in rem compensationem introduxit. Ergo negligentiæ ad negligentiam compensatio fieri non potest: Quia cum compensatio sit debiti & crediti contributio *l. 1. supr.* nemo est qui nisi perabsurdè dici possit debitor aut creditor negligentiæ. Quæ tota in negatione & in non faciendo consistit.

Dec. Damnũ, quod alicui contingit ex aliena negligẽtia, æstimationẽ recipit in pecunia, quoties quis ex negligentia tenetur. Quod accidit quoties quis culpam præstare debet saltem leuem, vt in actione pro socio, *l. 5. §. nunc videndum supr. commod. l. contractus 23. de reg. iur.* Magna enim negligentia culpa est, sicut magna & lata culpa dolus est, *l. quod Nerua 32. infr. tit. prox. l. magna negligentia 226. de verb. sig.* Ergo non minus compensatio fieri potest negligentiæ cum negligentia quàm pecuniæ cum pecunia, & quidem vsque ad concurrentem quantitatem eius pecuniæ, qua vtriusq; culpa æstimatio cõcluditur. Quod & sequentia huius legis verba demonstrant in illi verbis, *alter tantam negligentiam exhibuerit quæ eadem quantitate æstimatur*, sic & dolus cum dolo compensatur *l. si duo 36. supr. de dol. l. apud Celsum 4. § Marcellus 13. inf. de do. ma. except.* Nempe quia etiam dolus pecunia æstimatur *l. si cum fundum 68. in fi. infr. de contrah. empt. l. si traditio 4. C. de act. emp.* Sic & dolus cum culpa rectè compensatur *l. item si obstetrix 11. §. vlt. supr. ad l. Aquil.* nimirum ad concurrentem vsque æstimationem, alia enim & grauior est doli æstimatio, alia & leuior culpæ. Sed & paria delicta mutua compensatione tolluntur *l. viro 39. infr. solut. mat.* nempe cum ex delicto ad pecuniam agitur vt in *d. l. viro*, & *l. quoties infr.* Non item si ad vindictam publicam, quæ sanè huiusmodi compensationis sine magna reipublicæ iniuria & pernicie compensationes huiusmodi admittere non posset. Interest enim reipublicæ male admissa puniri *l. ita vulneratus in fi. supr. ad l. Aquil. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. 1. inf. de solut.* Quisquis enim accusatur de crimine, præsertim publico, innocẽtio se tueri debet, non relatione criminis *l. is qui reus 5. infr. de public. iud.* Ergo verũ est quod Vlp. hic scribit, si ambo socij parẽ negligentiam in administranda societate adhibuerint, desinere eos inuicem esse obligatos propter factam ipso iure vtriusque negligentiæ compensationem. Quod Accursius noster sic intelligit, vt nec ab homine compensationem hãc obiici necesse sit, quasi satis sit opponi eam & fieri à lege in maleficiis. Ego tamẽ cum neq; maleficiorum obligatio priuilegium hoc mereri possit, neque in tota hac lege verbum vllum sit ex quo appareat compensationem hoc casu nõ esse obiiciendam ab homine, quamuis dicat Vlpian. fieri eam ipso iure: Idem enim est in specie *legis 4. & 5. supr.* vbi tamen diximus necessarium esse opponi ab homine compẽsationem, vt ipso iure per legem facta esse intelligatur, vt & in *d. l. si constat 4. & passim. C. hoc tit.* Et verò cùm non fiat compensatio negligentiæ cum negligentia, neque maleficij cum maleficio, nisi quatenus pecuniariè interest, & ad concurrentem vsque æstimationis pecuniariæ quantitatem, vt diximus: Quid potest interesse, an maleficiorũ & negligentiarum fiat compensatio, an summarum? Igitur si alter ex sociis ex communi aliquid perceperit propter quod societatis debitor constitutus sit, alter autem socius tantam vicissim negligentiam exhibuerit, quantam esse oportet vt eadem quantitate æstimetur, dicendum est compensationem inter eos factã videri, ita vt iis inuicẽ liberatio ipso iure competat, nec alter ab altero ex causa societatis exigere quicquam possit, vt sequitur in vers. *simili modo*. In quo tamen specialior dubitandi ratio illa afferri potest, quod compensatio non videatur habere locum, nisi cum ex vtraque parte par debitum est & par vtriusque debiti causa. Id enim esse videtur quod Bart. hic notat, debita, est paribus casibus compensari. Sed tamen non ita est, licet enim dispar & diuersa vtriusque debiti causa sit, compensatio tamen locum habet etiam iure vetere, dummodo ex vtraque parte certa pecuniæ quantitas debeatur, siue ab initio siue propter factam doli, vel negligentiæ, vel alterius culpæ æstimationem.

1 ¶ Si quis igitur compensare potens soluerit: condicere poterit, quasi indebito soluto.

Ad §. 1. si quis igitur.

Rat. dvb. Nemo cogitur compensare si malit soluere, quamuis si paratus sit cõpensare, fiat compensatio ipso iure etiam inuito aduersario *l. 2. supr.* Vnde est quod in præcedentibus diximus, non fieri compensationem ipso iure, nisi obiiciatur ab homine *l. quod habeo 13. infr. hoc tit.* Ergo etiamsi is qui cõpensare poterat soluerit, nõ potest habere cõdictionẽ indebiti quasi indebito soluto, cùm reuera soluit debitum: Ali qui nec volens compensare posset, quandoquidem debitum esse oportet id quod compensatur, *l. etiam 6. supr. l. quæcumque 14. infr. hoc. tit.*

Dec. Compensatio vim solutionis obtinet, & fit ipso iure *l. cum alter 11. d. l. quod habeo. 13. l. posteaquã 21. infr. hoc tit.* Atqui debitum solutum ex debito fit indebitum, quia solutione tollitur omnis obligatio §. 1. *Inst. quib. mod. oblig. toll. l. penult. & tot. tit. infr. de solut.* Ergo quod compensari potuit si solutum sit, repeti potest per condictionem indebiti tanquã indebitum & bis solutum: nam & compensatio exceptio est, & quidẽ perpetua. Qui autem, cùm exceptione perpetua tutus esset, soluit, habet condictionem indebiti *l. qui exceptionem 40. supr. de cond. indeb.* quia nec deberi intelligitur, quod propter metum exceptionis perpetuæ peti non potest. *l. creditores 10. l. creditor. 55. l. debitor. 108. de ver. sig.* sed hoc ita intelligi debet, si per errorem facti omiserit compensationem, solus enim error facti non etiam iuris inducit condictionem indebiti *l. cùm quis 10. C. de iur. & fact. ign.* Cæterum si quis sciens compensationem sibi competere, maluerit tamen soluere quàm compensare, non est audiendus, si condicere postea velit: Nec si ea mẽte soluerit vt post ea condiceret, *l. quod quis sciens. 50. supr. de cond. ind. l. indebitum 9. C. eod.* Multò magis idem dicendum est, vt scilicet cõdictio indebiti locum non habeat, si inuicem creditor idemq; debitor debitum soluerit in ijs casibus in quibus compensatio locum non habet *l. qui inuicem 30 supr. de cond. ind.* iunge *l. quod dicitur. 5. §. penult. infr. de impen. in reb. dot. fact.*

2 ¶ Quoties ex maleficio oritur actio: (vtputa ex causa furtiua, ceterorúmque maleficiorum) si de ea re pecuniariè agatur: compẽsatio locum habet. Idem est, &

est, & si condicatur ex causa furtiua. [b] Sed & qui noxali iudicio conuenitur, compensationem opponere potest.

Ad §. 2. Quoties.

RAT. DVB. Publicè interest puniri maleficia & delicta *l. ita vulneratus. 51. §. vlt. supr. ad l. Aquil. l. Stichum & Pamphilum 95. §. 1. infr. de solut.* Ergo quod ex causa maleficij debetur, non potest nec debet compensari cum eo quod vicissim à maleficij reo debeatur. Ita enim fieret, vt delictum quodammodo impunitum remaneret.

DEC. Multum interest an ex maleficio agatur putà ex causa furti vel vi bonorũ raptorum vel iniuriarum, ad vindictam publicam, & criminaliter: An verò ciuiliter, & ad pœnam pecuniariam. Posteriore hoc casu fit compensatio non etiam priore, vt diximus ad initium huius legis. Pœna enim pecuniaria, ad priuatam potiùs quàm ad publicam vindictam pertinet *l. si quis iniuriam 35. infr. de iniur. l. 1. §. vlt. infr. de pœn.* maximè verò pœna furti siue dupli sit siue quadrupli, de hac enim actione furti locus hic intelligendus est ad differentiam condictionis furtiuæ, de qua postmodum agitur.

[a] *Idem est & si condicatur.* RAT. DVB. Eadem est ad hunc versiculum quæ ad superiorem sentẽtiam. Condictio enim furtiua nascitur ex furto & ex delicto, vt ex hoc maximè loco manifestè probatur, & ex *l. si mulier 21. §. hæc actio infr. rer. amot.* Quos nos pluribus ostendimus ad *l. in condictione 9. supr. de cond. furt.* Ac proinde absurdum videtur compensari delictum cum pecunia. Sed DEC. ratio est, quod ex cõdictione quoq; furtiua non ad pœnam agitur neq; ad vindictam criminis, sed ad rem ipsam furtiuam, aut ad eius æstimationẽ, *l. si pro fure 7. §. 1. & seq. supr. eod. illo tit.* Itaque cum pecuniariam semper habeat condemnationẽ, non fit hoc casu cõpensatio delicti, sed pecuniæ cum pecunia. Nec idcirco verendum est, vt furtum impunitum remaneat, cùm nihil commune habeat condictio furtiua, vt nec vindicatio rei furtiuæ cum pœnali persecutione criminis *l. si pignore 54. §. cum furti infr. de furt.*

[b] *Sed & qui noxali iudicio.* RAT. DVB. Noxales actiones, vt nomen ipsum sonat, nascuntur ex noxa id est, ex delicto serui, & sunt eius cõditionis, vt si is qui noxali iudicio conuenitur, malit seruum suum noxæ dedere quàm damnum decidere, id est quàm litis & damni æstimationem soluere, audiẽdus sit, ne ex facto serui in plus condemnetur quam quanti seruus ipse est, qui deliquit *l. 1. & tot. tit. supr. de noxal. act. l. Prætor ait. 7. §. 1. infr. de dam. inf.* Ergo in noxali iudicio non est admittenda compensatio, ne alioquin eueniat, vt si malit dominus seruum noxæ dedere, compẽsatio speciei cum pecunia facta esse videatur, quod esse non potest præsertim iure vetere inspecto, & ante *l. vlt. C. hoc tit.*

DEC. Noxales actiones sui natura dantur ad pecuniariam condemnationem, vt verò possit dominus, si malit seruum noxæ dedere, nõ tam fit ex natura actionis quàm ex *l. 12.* tabularum quæ hanc facultatem & electionem domino dedit, vt eleganter, & disertè scriptum est in *l. miles 6. §. decem infr. de re iudic.* Ergo nihil vetat etiam in noxali iudicio, perinde atque in condictione furtiua, quæ ex delicto similiter nascitur, fieri compensationem pecuniæ cum damni & litis æstimatione, quæ semper in pecunia consistit. Vnde est quod litis æstimatio dicitur similis emptioni *l. 1. & 3. infr. pro emptor.* Quod tamẽ in hoc §. dicitur etiã in actionibus quę ex maleficio nascuntur compensationi locum esse, exceptionem vnam recipit: Nisi quis alienam possessionem perperam occupauerit & inuaserit, huic enim compensationẽ dari vetuit Iustinian. in *d. l. vlt. in fi. C. hoc tit.* Odio scilicet inuasionis & spoliationis, quam semper exosam habet legislator *l. meminerint 6. l. si quis in tantam, & l. si quando 9. & passim. C. vnde vi.*

3 ¶ In stipulationibus quoque, quæ instar actionum habẽt, id est prætoriis; compensatio locum habet, &, secundùm Iulianum, tam in ipsa stipulatione, quàm in ex stipulatu actione poterit obiici compensatio.

Ad §. vlt. in stipulationibus.

RAT. DVB. Compensatio non nisi actionibus obiicitur *l. vlt. C. hoc tit.* siue obiiciatur per modum exceptionis, siue in speciem mutuæ cuiusdam petitionis. Nam neq; exceptio esse potest, vbi nulla actio est, cum nihil aliud sit quam actionis exclusio *l. 2. & 3. infr. de except.* neque vlla petitio mutua vbi nulla petitio est *l. 1. §. vlt. infr. quæ sent. appell. rest. l. 1. & 2. supr. de quib. reb. ad eund. iud. eat.* Vbi diximus. Atqui stipulationes non sunt actiones, sed contractus ex quibus nascũtur duæ actiones aut condictio certi si stipulatio sit certa, aut ex stipulatu, si sit incerta, *l. si quis certum 24. sup. de reb. cred.* Idq; siue conuentionales sint stipulationes, siue prætoriæ, de quibus in *l. in conuentionalib. 52. inf. de verb. obl. l. vlt. & tot. tit. de stipul. prat.* Ergo in stipulationibus quanuis prætoriis compensatio locum habere non potest.

DEC. Inter stipulationes prætorias quædã sunt, quæ instar actionis obtinere dicuntur, siue quod prætor eas in locum & vicem actionis interponi iubeat, vt vulgo putant, siue potius, quod intercedant vt noua lis actio, aut, vt melius in quibusdam libris scriptũ est in *l. 1. illo tit. de stipul. prat.* vt fiat nouatio, quę ideo cautionales appellãtur *d. l. 1. §. cautionales.* Quod in iis tota stipulatoris cautio consistat quia scilicet priorẽ actionem quæ cõpetebat, perimunt, sed ita vt eius naturam induant & vicem repręsentent, vnde & instar actionis habere dicuntur *d. l. 1. §. cautionales l. non sõlum 20. infr. rat. rem hab.* quod nos pluribus docuimus *lib. 3. coniect. cap. 1.* Ergo quemadmodum actionibus omnibus potest opponi compensatio, ita & stipulationibus istis prætoriis nõ quidem omnibus, sed cautionalibus tantum quę solæ instar actionis obtinent, & de quibus solus Vlpianus in hoc §. loquitur. Itaque verba illa id est, *Prætoriis*, quæ velut interpretationis cuiusdam loco, ponũtur mihi valde suspecta sunt, vt non sine causa asteriscò notẽtur. In Pãdectis Florentinis tãquã irreptitia ex glossa alicui[9] imperiti interpretis, nõ animaduertẽtis cautionales stipulationes solas eas esse quę instar actionũ obtinẽt, nec prętorias omnes cautionales esse, quãtis cautionales omnes sint prætoriæ. Est enim sũma illa diuisio Prætoriarũ stipulationũ, vt alię sint iudiciales, aliæ cautionales, aliæ deniq; cõmunes *d. l. de stip. prat.* Exẽplum autẽ huius §. elegans & accommodatum adfert Accurs. noster ex *l. qui bona fide §. si quis quia sibi 11. infr. de dam. inf. iuncta l. damni §. si vitinas.* Igitur verum est quod hic Vlpianus ex Iuliano concludit non tantum in actione ex stipulatu, quæ datur ex qualibet stipulatione cautionali Prætoriæ, sed etiã in ipsa stipulatione cautionali, id est, si vrgeatur quis apud præto-

BIU Cujas

rem ad interponendum huiusmodi stipulationem compensatio obiici potest. Ideò autem loquitur Vlpianus de actione ex stipulatu, quia cũ stipulationes omnes prętoriæ dentur ad id quod interest stipulatoris *d. l. vlt. de stip. prætor.* Id autem quod interest semper incertum sit, *d. l. vlt. & l. 2. §. incertã eod.* quia quatenus cuiusque interest, in facto non in iure consistit *l. quatenus 24. de reg. iur.* non potest vlla ex eiusmodi stipulationibus alia nasci actio, quæ dicitur certi condictio, ex stipulatione. *Inst. de verb. ob. in princ.* quia non nisi ex stipulationibus certis nascitur *d. l. si quis certum.*

11. IDEM libro 32. ad Edictum.

CVm alter alteri pecuniã sine vsuris, alter vsurariã debet: cõstitutũ est à Diuo Seuero, concurrentis apud vtrumq; quantitatis vsuras non esse præstandas.

Ad l. Cùm alter. 11.

RAT. DVB. Sicuti compensatio quæ nihil aliud est quam debiti & crediti inter se contributio *l. 1. supr.* exigit, vt ex vtraque parte sit debitum. Ita & requirere videtur, vt vtrumque debitum sit eiusdem rationis, id est vel vtrumque sit gratuitum vel vsurarium, ne alioqui fieri videatur iniuria creditori vsurario, si ei alterius debiti etiam non vsurati compensatio obiiciatur. Ergo mirum videri debet quod Vlpianus hic refert à Diuo Seuero fuisse cõstitutũ, vt si alter alteri pecuniã sine vsuris, alter vsurariam debeat: non solùm compensatio inter eos locũ habeat, & quidem ipso iure, sed etiam concurrentis apud vtrumq; quantitatis vsuræ præstandæ nõ sint à debitore qui pecuniam vsurariam debuit.

DEC. Vsuræ non tam propter lucrũ petentium, quàm propter moram non soluentium infliguntur *l. cum quidam 17. §. si pupillo.* Atqui compensatio vim solutionis obtinet, vt quãtum creditor debitori suo vicissim debet, tantum ex sorte solutum esse ipso iure intelligatur, *l. 2. & 4. supr. l. posteaquam 21. infr. hoc tit.* Ergo quantitatis quæ per compensationem ipso iure factam soluta intelligitur, vsuræ nullæ intelligi possunt, *l. si constat 4. & l. seq. C. hoc tit.* Nec distinguimus, an vtrumq; debitum sit vsurariũ an alterũ duntaxat, quia nihil habet ea qualitas cõmune cum sorte, quominùs vtroq; casu cõpensatio sortis fieri possit & debeat, *l. proxima infr.* Estq; hic vnus casus ex iis in quibus putant Interpretes nec male compensationem adeo fieri ipso iure, vt nec obiicienda sit ab homine. Nempe cùm vsuræ ex mora tantùm non etiam ex stipulatione debeantur, cuius non possit videri esse in mora debitor, qui si conueniatur, tutus sit exceptione aliqua perpetua & fauorabili, *l. lecta 4. supr. de reb. cred. l. si pupillus 127. de verb. ob. Iuncta l. creditores 10. & l. creditor. 55. de verb. sig.* qualis procul dubio est compensatio.

12. IDEM libro 64. ad Edictum.

IDem iuris est non solum in priuatis, verum etiam in causa fisci cõstitutum[a]. Sed & si inuicem sit vsuraria pecunia, diuersæ tamen sint vsuræ: compensatio nihilominus locum habet eius, quod inuicem debetur.

Ad l. Idem iuris est. 12.

RAT. DVB. in plerisque casibus melior est causa fisci quàm priuatorum ob multa priuilegia quæ fiscus habet, priuati non habent, de quibus in *tit. de iure fisci. Infr. & Cod. lib. 10. tit. 1. & de pupil. fisc. C. puta cũ agitur de iure taciti pignoris, & de prælatione l. si qui mihi. 28. l. auferetur 46. §. fiscus inf. de iur. fisc.* Ergo & in compensationibus videretur melior esse conditio fisci quàm priuatorum, vt compensationes pati non cogatur, quum priuati non patiuntur ad excludendam vsurarum fisco debitarum petitionem.

DEC. Fiscus in omnibus casibus, in quibus non habet priuilegium, vtitur iure communi priuatorũ. Imò verò interdum peioris est cõditionis, adeo vt non erret qui in dubio pro priuato contra fiscum respondeat *l. non puto. 10. eod. tit. l. itẽ veniunt 20. §. in priuatorum. supr. de hered. petit.* Atqui circa compensationes nullum priuilegium datum est fisco, nisi vt compensationem pati non cogatur alterius debiti, quàm quod eadem statio debet, quæ petit ad euitandam scilicet officiorum confusionem, quæ alioqui facilè emergeret, vt scriptum est in *l. 1. C. hoc tit.* Ergo extra hanc causam nulla differentia esse debet inter causas fiscales & priuatorum, siue de compensanda sorte agatur, siue de vsuris: nam & eadem ratio iuris vtroque casu locum habet, nempe quod compensatio solutio sit, vt diximus, solutione autem tollatur omnis obligatio non minus cùm fisco debitum est, quã cum priuato, quanquã præter rationem iuris ita constitutum est vt Vlpianus hic scribit, nimirum vt puto à Diuo Seuero de quo in *l. prox. supr.* Ne scilicet dubitandi causa aliqua supereset, & ne priuilegium aliquod hac parte possent ostendere, vt solent facilè sibi arrogare qui fiscalia negotia procurant.

a *Sed & si inuicem vsuraria sit pecunia.* RAT. DVB. Possunt pecuniæ deberi aliæ sub grauioribus vsuris, aliæ sub leuioribus, *l. 3. supr. de eo quod cert. loc. l. si verò non remunerandi 12. §. si mihi mandaueris. infr. mand.* Quod cum accidit, grauius & onerosius esse debitum intelligitur quod grauioribus vsuris astringitur, sicut & grauius est debitum vsurarium quàm non vsurarium *l. qui sine 38. supr. de neg. gest.* Ergo huiusmodi debitorum non potest fieri compensatio citra iniuriam illius, cui grauiores vsuræ debentur, qui scilicet conuentionis commodo non nisi periniquè priuari potest. Cùm tamen ius compensationis nascatur ex æquitate, vt toties diximus ex *l. inter tutores infr. de adminis. tut.*

DEC. Illud commune est quod grauioribus & leuioribus vsuris, vt nõ nisi propter moram solutione facta debeãtur. *d. l. qui sine, & l. cum quidam 17. §. si pupillo infr. de vsur.* Atqui compensatio vim solutionis obtinet *l. 4. l. posteaquam 21. infr. & passim hoc tit. l. si constat. 4.* Ergo non possunt deberi vsuræ siue grauiores siue leuiores eius sortis quę per compensationem iam soluta intelligitur, sic enim hic locus intelligendus est de compensatione sortium quæ vsuras debent, non etiam de compensatione ipsarum vsurarum, quamuis verum sit vsurarum quoque compensationem inter se fieri posse: sed tamen ad concurrentem duntaxat vsque quantitatem, nõ autem ita vt grauiores vsuræ cum leuioribus simpliciter & absolutè compensentur, sic enim fieret certè iniuria creditori qui grauiores vsuras stipulatus esset, non etiam cùm grauiorum vsurarum exactio ob id solum impeditur, quod compensatio facta sit socio ad concurrentem vsque quantitatem.

13. IDEM

BIU Cujas

13. IDEM libro 66. ad Edictum.

QVod Labeo ait, non est sine ratione: vt, si cui petitioni specialiter destinata est compensatio, in ceteris non obiiciatur.

Ad l. Quod Labeo. 13.

RAT. DVB. Compensatio fit ipso iure, vt iam toties & proximè supra diximus. Ergo si quis contra suum creditorem plures habeat petitiones, non tam inspiciẽdum est cui petitioni compensatio designata & obiecta sit, quàm quæ summa prior debita fuerit, vt ea demum compensata videatur aut ea saltem quæ in duriorem causam fuerit debita, putà sub pœna, vel sub vsuris, cùm & cõpensatio vim solutionis obtineat *l. si constat. 4. C. hoc tit.* Pluribus autem summis debitis, & facta solutione si nesciatur in quam causam solutum sit, dicimus in antiquiorem aut grauiorem solutum videri *l. 1. 2. 3. 4. 5. in princip. & §. Imperator. l. cum ex pluribus 97. infr. de solut. l. 1. C. eod. illo tit.*

DEC. Fit quidem compensatio ipso iure, sed ita tamen si debitor qui cõuenitur, paratus sit compensare, vt scriptum est in *l. 2. sup. hoc tit.* Id est si cõpensationem obiicere velit. Quid enim si malit soluere & postea petere? Ergo ea demum summa compensata videri debet & per compensationem soluta, cuius petitioni destinata fuerit compensatio siue antiquior fuerit siue recentior siue grauior siue leuior. Ac proinde in cæteris causis obiici compensatio non poterit, quia nec vnica solutio potest nisi vnicum debitum tollere, quamuis dici soleat vnã numerationem posse in plures causas proficere, sed alio sensu, vt constat ex exemplis positis in *l. in numerationibus 44. infr. de solut.* Iunge *l. procurator. 8. §. 1. infr. rat. rem hab.* Nescio autem cur Accursius huic legi opponat quod scriptum est in *l. Papinianus. 8. §. sed nec impuberis. supr. de inoff. test.* Nihil enim commune habet is locus cùm huius legis sententia. Hoc vnum sanè placet quod Interpretes video ex hac potissimum lege probare compensationem, tum quoque cùm fit ipso iure, destinandã tamen & obiiciendã esse ab eo qui conuenitur Idem in deductione iuris est *l. si noxali 11. §. est quæstionis in fin. supr. de pecul.*

14. IAVOLENVS libro 15. ex Cassio.

QVæcumq; per exceptionẽ perimi possunt, in compensationẽ nõ veniunt.

Ad l. Quæcunque. 14.

RAT. DVB. Compensatio est mutui crediti & debiti inter se contributio *l. 1. supr.* Atqui etiam ea quæ per exceptionem perimi possunt, non eo minus verè debentur, cùm etiam peti possint, alioqui nec exceptioni locus esse posset, si actio locum non haberet, cùm nihil aliud sit exceptio, quàm actionis exclusio. *l. 2. & 3. & passim. infr. de excep.* Peti autem per actionem non possit, nisi idipsum quod debetur, vt ex definitione actionis apparet, de qua in *l. nihil aliud. 51. infr. de ob. & act.* Præsertim cùm ea quæ nullo modo peti possunt, in compensationem veniant, quale illud est, quod non nisi naturaliter debetur. *l. etiam 6. supr. hoc tit.* Quanto igitur magis ea quæ peti etiam possunt, licet eorũ petitio per exceptionẽ perimi & sũmoueri possit?

DEC. Nihil interest, an quis actionem nullam ipso iure habeat, an verò eam habeat qui exceptione summoueri possit. *l. nihil interest 112. de reg. iur.* Nõ enim verè dicitur creditor qui metu perpetuæ exceptionis petere id quod sibi debetur, non potest *l. creditores. 10. & seq. l. creditor 55. l. debitor 108. de verb. sig.* Longéq; alia ratio est debiti naturalis, quod licet non pergat vsq; ad iudicij vigorem, iustum tamen, & verè debitum est *l. cùm amplius 184. §. is natura debet de reg. iur.* Quemadmodũ de precariis possessionibus solemus dicere iustas eas esse, quamuis non pergant ad iudicij vigorem, quomodo scriptum est in *l. communi. 7. §. inter prædones supr. Com. diuid. iuncta l. quæcunque §. 1. supr. de public. in rem act.* Ergo cum ea quæ per exceptionem perpetuam perimi possunt, indebita cẽseantur, adeo vt etiamsi soluta sint, per indebiti condictionem repeti possint, *l. qui exceptionem 40. supr. de condict. indeb.* Consequens est, vt neque compensari possint. Compensatio enim plusquam solutio in eo est, quod compensatio pro soluto quidem haberi debet, sed pro indebito nunquam haberi potest, vt condici possit ab eo qui compensauit. Quid ergo si talis casus contingat, vt quod compensare vult debitor, reuera ei debeatur, & tamen si petatur, exceptione perpetua repelli possit? finge verũ debitorẽ eum à quo centũ perebam, fuisse per iniuriã iudicis absolutum, quo casu constat etiam post rem iudicatam manere eum verè ac naturaliter debitorem, *l. Iulianus 60. supr. de cond. indeb.* An si postea petat me centum, à quæ ei debeo, compensandi facultas mihi superierit, dubitandi ratio est, quia si hæc centum hodie peterem, repellerer exceptione rei iudicatæ, quæ perpetua est & fauorabilis, adeo vt etiam condictionem indebiti soleat impedire *l. 1. C. eod. illo tit.* & consequenter videtur succedere huius legis regula quæ negat compensari posse ea quæ per exceptionem perimi possunt: & ita videtur Accurs. noster sentire, audiẽdũ me nõ esse si cõpensare velim. Sed tamẽ mihi magis placet cõtraria sententia, ratione illa quod res iudicata non faciat quominus naturale debitũ maneat *d. l. Iulianus. l. procurator. 8. §. 1. in fin. rat. rẽ hab.* naturale autẽ debitũ sufficit ad cõpensationẽ inducendam, *d. l. etiam 6. supr. hoc tit.* Neq; huic legi contrarium est, quod scriptum est in *d. l. procurator. 8. §. 1. rat. rem hab.* vbi scilicet non agitur de cõpensatione admittenda vel reiicienda, sed de actione per debitorẽ instituta & quæ ei summo iure cõpetit, sed quæ per doli exceptionem eliditur, si dominus sui procuratoris defensionem suscipiat, vt ea lex ait, quamuis Accursius noster aliter explicet ex *l. fin. in princip. C. de iur. dot. & l. Modestinus 76. infr. de solut.* quæ tamen nec cum huius, nec cum illius loci sententia commune quicquam habet.

15. IDEM libro 2. Epistularum.

PEcuniã certo loco à Titio dari stipulatus sum. is petit à me, quam ei debeo pecuniam, quæro, an hoc quoq; pensandũ sit, quãti mea interfuit, certo loco dari respondit: Si Titius petit: eam quoq; pecuniã, quam certo loco promi-

BIU Cujas

sit, in compensationē deduci oportere: sed cùm sua causa: id est, vt ratio habeatur, quanti Titij interfuit, eo loco, quo conuenerit, pecuniam dari.

Ad l. Pecuniam. 15.

RAT. DVB. Etsi per actionem arbitrariam de eo quod certo loco debitor, qui alio loco soluere cogitur, indemnis præstandus est, si quid eius interfit eo potius loco soluere, in quem fuerat collata & destinata solutio. *l. 1. 2. & passim. supr. de eo quod cer. loc.* Alia tamen ratio esse videtur eius qui actione directa suo loco conuentus opponit cōpensationē eius pecuniæ quam alio loco soluere debuit. Cùm enim compensatio solutionis instar obtineat *l. si cōstat. 4. C. hoc tit.* imputare sibi debet is qui vltro compensat Romæ quod Ephesi soluere debuit. Quandoquidem nemo cogit eum soluere, quod neque compensare, si nollet, cogeretur, proinde si Titius pecuniā, quam ego ei debeo, Romæ à me petat, & ego compensationem obiiciam quantitatis quam mihi Ephesi dare debuit, satis esse mihi debet, quod obiiciente me fiat compensatio vsque ad concurrentem quantitatem vtrinq; debitā. Necillud præterea in compensationem deducendum est, quanti mea interest, Ephesi mihi potius solui quàm Romæ.

DEC. Id quod certo loco debetur, ideo vbiq; solui potest, quia etiam vbique per arbitrariam actionem solui potest *d. l. 1. de eo quod cert. loc. iuncta l. continuus* 137. §. *cum ità. de verb. obl.* Ergo vbicunq; soluatur, necesse est solui cum sua causa, id est, habita ratione eius quod interest ob adiectionem & vtilitatem loci. Quid enim refert an creditor in alio loco agat, an solutionem accipiat? An non satis agit qui egit, cū totus actionis effectus in exactione consistat? Sed tum maximè hoc obtinere debet, cùm solutio fit per compensationem, vt in specie huius legis, non enim fit nisi petente, & agente aduersario, & consequenter adacto debitore in eas angustias, vt si pecuniam non habeat in numerato quam possit soluere, non aliter effugere condemnationem possit, quàm si compensationem obiiciat eius pecuniæ, cuius alioqui solutionē non petiisset alio quam destinato loco. Quippe cum eius interesset Ephesi potius quàm Romæ solutionem accipere: sic dicimus alienationem rei cuiuslibet fieri cum sua causa *l. alienatio 67. infr. de contrah. empt.* Quidni ergo etiam compensatio? quæ cum solutio sit, proculdubio etiam alienatio, nec enim soluuntur nummi nisi qui alienantur *l. qui sic soluit. 55. l. si alieni 78. infr. de solut.*

16. PAPINIANVS libro 3. Quæstionum.

SI cū militi castrēsium bonorū alius, ceterorum alius heres exstitit: debitor alteri heredū obligatus, velit cōpensare, quod ab alio debetur: nō audietur.

Ad l. Si cum militi. 16.

RAT. DVB. Conditio obligationis defuncti ex persona hæredum immutari non potest *l. 2. §. ex his infr. de verb. obl.* At qui cùm militi alius castrensium bonorum hæres extitit, alius paganorum, verum est vtrumq; eidē defuncto heredem extitisse, ac proinde ex eius persona debere saltem pro parte creditoribus defuncti, quod defunctus ipse in solidum debuit, cùm hæredes singuli repræsentent personam defuncti pro partibus hereditariis *l. 2. & passim. C. de hered. act.* Quanquam diuisi obligatione inter coheredes per legem 12. tabul. quoties talis est, vt diuidi possit, *l. 1. C. si cert. pet. l. heredes. 25. §. an ea sup. famil. ercisc.* Ergo quēadmodum defunctus si quid sibi debitum petiisset, cōpēsationem recusare non potuisset eius quantitatis quam ipse inuicem debitori suo debuisset, ita nec vlli heredū eius licere debet, si quid ipse petat quod ei debeatur, cōpensationem reiicere eius quantitatis, quæ ab altero coherede ex persona defuncti debeatur.

DEC. Est vnū hoc ex priuilegiis militū, vt alium heredē habere possint in bonis castrensibus, & quidē in solidū, aliū verò in paganicis, quia ex Imperatorū cōstitutionibus duæ quodāmodo vnius & eiusdē hominis hereditates esse dicuntur. *l. si certarū. 17. §. 1. inf. de testam. mil.* Et ita separatæ vt etiā æs alienū defuncti, quod ex causa castrensium bonorū debuit, ad eū qui ex paganicis institut⁹ est, nullo modo pertineat: neq; cōtra vt ibidē scriptū est, nequidō pro parte, si modo ex castrēsib. tātū, aut ex paganicis tātū solui totū possit, lex enim 12. tabul. diuidit quidē æs alienū inter heredes pro hereditariis portionibus, vt diximus, sed inter eos solūmodò, qui in vna eadémq; hæreditate cohæredes sunt. Atq; ita immutat cōdicionē obligationis defuncti, nō tā ex personis quā ex numero heredū, si modo nō sit repugnantia ex parte rei, quomodo contingeret, si res quā defunctus debuisset, indiuidua proponeretur, vt via vel alia eiusmodi seruitus, *d. §. an ea.* At cū duæ sunt quodammodo duorū hominū hereditates, vt in milite qui heredē vnū fecit bonorū castrensium, aliū ceterorum, nulla fit per legem talis diuisio. Sed vnusquisq; heredū ac si solus & in solidū heres esset totū æs alienū, quod aut castrensiū aut paganicorū causam cōtingit, ex quibus heres scriptus est, solus exsoluere cogitur, coheres autē nec partē quidē illius æris alieni debere, tanquam qui nō tā coheres quā heres simpliciter esse intelligatur. Ergo si debitor alterutrius heredū ab eo cōuentus, velit cōpēsare quod ab alio debetur, nō erit audiēdus ob eā iuris regulam quæ nō patitur, vt quod vni debetur, alteri cōpensetur. *l. inrē 18. infr. hoc tit. l. eius 9. C. eod.* Plane in ea specie quā Accursius hic proponit, si cùm debere tibi decē ea soluerim cuidā tuo creditori cui tu tantundē debebas, dubitandū nō est quin ea sublata sit obligatio, at nō tā vi alicuius cōpensationis quæ facta videri possit, quā potestate solutionis, cùm nihil referat an tibi soluam, an tuo creditori, dūmodo tua volūtate, sic enim hoc intelligendū est, vt cōstat ex *l. solutū 11. §. solutā. supr. de pign. act.* quo vno loco vt ita sentiat, mouetur Accursius. Alioqui si citra volūtatem tuā creditori tuo soluero, si quidem te inuito & prohibēte, nullā cōtra te actionē habeo nequidem negotiorum gestorū, etiāsi tē inuitū liberauerim *l. si pro te 40. inf. hoc tit. l. vlt. C. de neg. gest. iuncta l. soluendo. 39. supr. eod. illo tit.* Si verò te ignorante duntaxat, aut te sciente, sed non prohibēte, habeo quidem te obstrictum vel mādati vel negotiorū gestorum actione, *d. l. soluendo. l. solutione. 23. infr. de solut.* sed non ideo tamen videri possum ipso iure liberatus, quasi compensationis potestate, quia quod vtrinque debitum & creditum est, non facit ipso iure compensationem neque liberationem, sed tantum compensationis faciendæ materiam præbet, debitum enim & creditum præcedere necesse est, vt compensatio fieri possit *l. 1. supr. hoc tit.*

¶ Cùm

1 ¶ Cùm inter diem adiudicati exsecutionem datum, iudicatus Titio, agit cum eodem Titio, quod & ipse pridem illi iudicatus esset: cõpensatio admittetur. aliud est enim, diem obligationis non venisse: aliud, humanitatis gratia tempus indulgeri solutionis.

Ad §. Cùm inter diem. 1.

RAT. DVB. Quod in diem debetur, licet iam verè debeatur etiam ciuiliter, quia tamen peti nõ potest, nec in compensationẽ venire potest. *l. quod in diem. 7. supr.* quia non tantum cessisse diem oportet, sed etiam venisse vt peti possit *l. cedere diem 213. de verb. sig.* qui autem compensat, petere intelligitur *l. amplius non peti. 15. infr. rat. rem. hab.* Atqui quod quis condemnatus ex iudicato præstare tenetur, peti non potest ante tempus quod condemnatis iudicando datum est, quod ex lege duodecim tabul. fuit duntaxat triginta dierũ, vt alibi diximus, hodie verò est quadrimestre. ex *l. vlt. C. de vsur. rei iud.* Ergo si condemnatus ad aliquam quantitatem conueniatur ab eo, cui tantundem debeat, priusquam elapsum sit iudicati tempus, non videtur locus esse debere compensationi.

DEC. Aliud est diem obligationis nondum venisse, aliud verò humanitatis gratia tempus indulgeri solutionis, vt eleganter hic Papinianus ait. Atqui tempus, quod iudicatis datur, tale est, vt non nisi humanitatis gratia ipsis indulgeatur, non autem vt eo minus debitores videri possint, cùm plusquàm debitores sint, qui iam sunt condemnati. *l. minor. 40. in princip. supr. de minor.* Nihil igitur obstat quo minus compensatio iis obiici possit eius quantitatis, ad quam condemnati sunt, tanquam verè ab ipsis debitæ *l. 2. C. hoc tit. l. intra dies 7. infr. de re iudic.*

17. IDEM libro 2. Responsorum.

IDeo condemnatus, quòd arctiorem annonam ædilitatis tempore præbuit, frumentariæ pecuniæ debitor non videbitur. & ideo compẽsationẽ habebit.

Ad l. Ideo. 17.

RAT. DVB. Pecunia frumentaria debita, id est, ex causa frumenti pro republica empti nec præstiti à curatore annonæ frumentariæ, non compensatur *l. ob negotium 20. inf. hoc tit.* Ergo is qui cõdemnatus est in aliquã pecuniæ quantitatem ob id quod ædilitatis suæ tempore, id est cum ædilis esset, arctiorem annonam præbuerit populo quàm debuerit, compensationem habere non debet, tanquam qui pecuniæ frumentariæ debitor constitutus intelligatur.

DEC. Multum distat pecunia frumentaria ab ea quæ debetur ab Ædili condemnato ob præstitam frumentariam annonam arctiorem, pecunia enim frumentaria illa est quæ curatori rei frumentariæ datur ex ærario publico ad frumentum comparandum, ac proinde quæ publica est. Vnde fit, vt nec compensari possit. At pecunia quæ debetur ab ædili pœnæ nomine ex eo quod in præbenda frumentaria annona malè versatus sit, non est publica, sed priuata, & ex priuatis facultatibus ædilis eroganda. Nam vt benè Cuiacius docuit *lib. 2. obseruat. ca. 23.* fuit ea olim inter ædilem & curatorẽ rei frumentariæ differentia, quod curatori pecunia dabatur ex publico, ex qua annonã cõpararet. Quod si non faceret, eamq; pecuniã aut sibi retineret aut in vsus suos conuerteret, fur erat publicus, eoq; nomine grauiter puniendus. At ædili non pecunia dabatur, sed annona inter ciues viritim distribuẽda. In quo si peccasset, pœnam saltem pecuniariam merebatur: Cui tamen compensationem obiici sicut alij cuilibet priuatę pecunię nihil prohibebat. Rectè verò in Pãdectis Florentinis *AEdilitatis tempore*, non vt in libro Accursij *Edulitatis*, aut vt quidã ex recentioribus voluerunt, *ædulitatis*, quos rectè Cuiacius refellit supradicto loco. Fuit sanè apud Romanos præcipua cura annonę, nequis eam fraudaret aut cariorem aut arctiorem redderet, vt cõstat ex *tot. tit. de l. Iulia de annon. & l. vix certis ex causis 53. supr. de iudic.* nempe quod maximè ad vtilitatem reipublicæ res ea pertineret.

18. IDEM libro 3. Responsorum.

IN rem suam procurator datus, post litis contestationem si vice mutua conueniatur, æquitate compensationis vtetur.

Ad l. In rem suam. 18.

RAT. DVB. Creditor compensare non cogitur quod alij debet, quam suo debitori, vt scriptũ est in §. *prox. huius leg. & in l. eius. 9. C. hoc tit.* Atqui quod debetur ei qui procuratorem constituit, alij debetur quàm ipsi procuratori: aliã enim esse personam necesse est procuratoris & mandatarij, aliã verò domini qui procuratorem constituit, cùm nemo sui ipsius procurator esse non possit, non magis quàm apud se ipsum aut pro se ipso fideiubere *l. hæres à debitore 21. §. 1. & seq. infr. de fideiuss.* Ergo procurator quamuis in rem suam constitutus si à proprio creditore suo conueniatur, obijcere compensationem non potest eius quantitatis, quæ ipsi non nisi tanquam procuratori debeatur: Cum non ex sua, sed ex mandantis persona creditorẽ se dicat.

DEC. Quisquis procurator in rem suam constitutus est si litem contestatus sit, adeo dominus litis & rei quæ in litem deducta est, efficitur, vt à domino reuocari amplius non possit, nam nec mandãtis morte mandatum eiusmodi finitur *l. illam 33. C. de donat.* Idemque est si talis procurator partem debiti ab eo acceperit, contra quem mandatæ sunt ei actiones, aut si debitori denunciauerit ne mandanti solueret, his enim casibus actiones directæ, quæ penes mandantem substiterant, licet in persona eius adhuc durent: inutiles tamen fiunt & inefficaces, ita vt nec si debitor mandanti ipsi solueret, liberari tamen posset, quasi facta solutione ei qui creditor esse desiisset, perinde ac si delegatio interuenisset *l. si delegatio. 3. C. de nouat & delegat.* Quod extra hos casus diuersũ esset *l. si pater tuus. 3. C. mandat.* Ergo procurator in rẽ suã cõstitutus si post litis cõtestationẽ à proprio creditore cõueniatur, rectè

BIU Cujas

compensationem obiiciet: Adeò parum distat inter procuratorem in rem suam constitutum & dominum, *l. seruum quoque 33. §. vlt. & l. seq. supr. de procurat.* Quod si procurator non in rem suam, sed simpliciter constitutus sit, poterit quidem compensare, sed non quod sibi, at quod ei cuius procurator est, debeatur, *d. l. posteaquam 21. infr.*

1 ¶ Creditor compensare non cogitur, quod alij quàm debitori suo debet: quamuis creditor eius pro eo, qui conuenitur ob debitum proprium, velit compensare.

Ad §. 1. Creditor.

RAT. DVB. Potest quis inuito non tantùm creditore, sed etiam debitore pro alio soluere eúque liberare, *l. soluendo 39. supr. de neg. l. solutione 23. inf. de solut.* Atquin is qui compensat, soluit, si quidem compensatio vim solutionis obtinet, *l. posteaquam 21. inf. & l. si constat. 4. C. eod.* Ergo si Titius creditor Sempronij Mæuium conuenientis compensationem obiicere pro Mœuio, velit eius quantitatis quam ipsi Titio Sempronius debet, perinde audiendus est ac si pro Mæuio vellet Sempronio soluere.

DEC. Eius quod alij debetur quàm ei qui conuenitur, cõpensatio obiici nõ potest *l. eius 9. l. hoc tit.* extra casum *l. si cum filiofam. 9. in princ. & §. 1. sup. hoc tit.* Est enim modus hic solutionis quodammodo fictitius, & ex summa æquitate inductus, vt quod vtrinque debetur, pro soluto inuicem habeatur & ipso iure, quod inter alias personas fieri non potest: quàm quæ sibi inuicem debent, non etiam inter earum creditores. Priùs enim est, vt quis debeat quã vt soluisse videri possit, quãuis hodie pro alio soluere si vellet non prohiberetur. Nemo autẽ dixerit creditorẽ debitoris mei meum esse debitorem, vel creditorẽ creditoris mei meum esse creditorem.

19. IDEM libro 11. Responsorum.

Debitor, si pecuniam publicam seruo publico citra voluntatem eorum soluit, quibus debitum rectè solui potuit: obligatio pristina manebit: sed debitur ei compensatio peculij fini, qua seruus publicus habebit.

Ad l. Debitor. 19.

RAT. DVB. Quod seruo soluitur, perinde acquiritur domino ac si solutum ipsi esset. Ita vt ne momento quidem temporis acquisitio in persona serui consistat, *l. qui heredi. 44. in princip. infr. de condit. & dem. iuncta l. placet 79. de acquir. hered.* Atqui seruus publicus reipublicæ & ciuitatis seruus est *l. 2. infr. rem pub. salu. for. l. vlt. supr. quod cuiusq. vniuers. nomi. l. vlt. C. de seru. reipub. manumit.* Ergo quod seruo publico solutum est, perinde haberi debet ac si ipsis administratoribus solutum esset, vt proinde nihil sit quærendum de compensatione ab hoc debitore facienda, quasi adhuc sit debitor qui seruo publico iam soluit.

DEC. Melior domini conditio fieri per seruum potest, sed deterior non potest, sicut nec patris per filium. *l. melior. 133. de reg. iur. l. 3. l. filius. 23. C. de pact.* Atqui seruus faceret deteriorem conditionem domini si accipiendo à debitore solutionem eum liberaret, quoniam facit liberatio, vt qui erat creditor, amittat debitorem, & per cõsequens eum alienet. §. *vlt. Inst. quib. alien. lic. vel non.* Ergo non eo minus debitor manet Reipublicæ qui seruo soluit, quãis qui publico pecuniam publicã, citra voluntatem eorum quibus solui rectè potuit, cuiusmodi sunt syndici, & curatores seu administratores reipublicæ, de quibus in *d. tit. Quod cuiusque vniuers. nom. & in l. 2. infr. de administ. rer. ad ciuitat. pertinent.* Excipiendum tantùm est quod seruo soluitur ex causa peculiari, quia id ex voluntate domini solutum intelligitur *l. fugitiuus 19. infr. de solut. & tot. tit. supr. de pecul.* Ergo cum huiusmodi solutione debitor non liberetur, consequens est, vt cum Papinianò dicamus pristinam obligationem adhuc manere, sed cum hoc tamen, vt si quandoque conueniatur ab administratoribus reipublicæ, cõpẽsationem obiicere possit eius pecuniæ, quam in peculio habebit eo tempore seruus publicus cui soluit, vt Papinianus hic subiicit. Nam & pro ea pecunia poterit hic debitor agere de peculio contra ciuitatis curatorẽ actione de peculio tanquam factus creditor reipublicæ per solutionem seruo publico factam. Ex qua enim solutione liberatio nasci non potest, conditionem competere necesse est, *l. cum quis 38. §. vlt. de solut.* extra casum, *l. Neratius 63. supr. de cond. indeb.* Idque est quod Bartol. ad hanc legem bene notat de eo quod peti potest actione de peculio, compensationem quoque obiici posse. Nihil enim refert domini ex qua causa conueniri possit, aut qua actione, dummodo in eo statu sit, vt conueniri possit saltem de peculio, vt ad finem vsque peculij compensatio ei obiici possit. Caue autem ne cum Accursio de quo hic agitur, publicum seruum de tabellione interpretere, vel de notario quolibet. Non enim Tabelliones, & notarij nostri serui sunt, sed liberi esse iubentur, *d. l. vlt. C. de seruo reipub.* Noli rursus cũ eodem Accursio sic legere, *peculij serui in eo quod seruus publicus habebit*, (quæ nullius ferè sensus lectio est) sed vt in Pandectis Florent. *peculij fini quod seruus publicus habebit*, id est, vsque ad concurrentem peculij quantitatem.

20. IDEM libro 13. Responsorum.

Ob negotium copiarum, expeditionis tempore mandatum, curatorem condemnatum, pecuniam iure compensationis retinere non placuit: quoniam ea non compensatur.

Ad l. Ob negotium. 20.

RAT. DVB. Compensatio fit, quoties debitum & creditum ex vtraque parte, cùm satiùs cuique sit & commodius non soluere quàm solutum repetere, *l. 1. 2. & 3. supr.* Atquin is qui ob negotium mandatum copiarum expeditionis tempore condemnatus est, constituitur tantum debitor Reipublicæ. Ergo non eo minus permittendum est, vt iure compẽsationis pecuniam retineat, si tantundem ei à republica debeatur, cùm è contrario supponendum sit esse illum reipublicę debitorem vt aduersus rempublicam compensatione vti possit.

DEC.

Dec. Aliquando impeditur compensatio propter repugnantiam ex parte rei, quędam enim sunt, quę deberi & solui possunt, & tamen cōpensari non possūt, in quo numero est pecunia publica, ex causa frumentariæ, aut militaris annonæ debita, hæc enim non compensatur, vt Papinianus hic scribit, & nos diximus ad *l. ideo* 17. *supr.* fauore scilicet nō tam reipublicæ quàm annonæ, quæ vna maximè est ex iis rebus quarum cura ad salutem reipublicæ pertinet, alioqui nunquā debitor publicæ pecuniæ compensatione vteretur, quod lex proximè præcedens falsum esse ostendit, extra casus quos ponit Imperator *in l. in ea.* 3. *C. hoc tit. iuncta l. aufertur* 46. *qui compensationē inf. de iur. fisc.* Nec necesse est, vt cum Accursio dicamus in specie huius legis debitorem reipublicę pecuniam publicam in suos vsus cōuertisse, vt hanc legem conciliemus cum *d. l. ideò*. Expeditius enim est & verius vt dicamus legem hanc esse de pecunia frumentaria, illam verò de pecunia priuata, nec frumētaria nec publica. Videtur tamē mala ratio Papiniani, cum vt probet pecuniam frumentariam non cōpensari, rationis tamen loco hoc tantum affert, *quoniam ea non compensatur*. Est enim hæc petitio principij, cùm hoc ipsum in quęstione sit positum, cur nō compensetur, sed ita explicari hæc ratio debet, ac si scriptum esset, quoniam ea pecunia compensabilis non est, quomodo in *l hæredes* 25. § *an ea stipulatio supr. famil. erciſc.* Paulus scribit stipulationē viā per legem duodecim tabul. non diuidi, quia nec diuidi potest. Et Marcianus in *l. in quartā* 91. *infr. ad l. falcid.* negās imputari in quartā falcidiā eas res quas iure legati vel fideicommissi vel implendæ conditionis causa hæres accipit, rationem illā reddit, *Nam hæc in quartā non imputantur*. Quod nos latiùs *lib.* 6. *coniecturarū* explicauimus. Hinc verò capta occasione Accursius noster omnes fere casus cōgerit, in quibus compēsationi locus non est. Et primum quidem sumit ex hac lege, nec malè, sed quod addit, ratione odij, hoc verò malè: fauor enim debiti hoc facit, non odium debitoris. Illud sane fit ratione odij, vt qui alienam possessionem per vim occupauit, compensatione vti non possit. *l. vlt. in fi. C. hoc tit.* Sicut è contrario fauore debiti fit vt in actione depositi compensationi locus non sit *d. l. vlt. & l. penult. C. depoſit.* § *in bonæ fidei. Inſt. de action.* Planè debitum certum esse necesse est & liquidum, aut saltem de proximo liquidādum vt compensari possit *d. l. vlt. & l. 3. infr. de tutel. & ration. distrah.* Sed & pecuniā ex vtraq; parte deberi necesse est, vt compensatio locum habeat. Speciei enim ad speciem aut speciei ad quantitatem compēsatio fieri non potest *l. ſi conuenerit.* 18. *in princip. ſupr. de pig. act. l. ſi non ſortem* 26. § *ſi centum de cond. indeb. l. ſi creditor* 37. § 1 *de pecul. l. quod dicitur* 5. *inf. de impenſ. in reb. dotal. fact.* Nec repugnat quod Iustinianus constituit in *d. l. vlt. C. hoc tit.* vt etiam actionibus in rem compensatio obiici possit. Id enim tunc obtinet, cùm in actionibus in rem ad æstimationem peruenitur, vt benè Accursius explicat. Id verò contingit semper quamuis non statim, quia semper lis æstimanda est, & æstimatio in condemnationem deducenda tum quoque cū triticaria condictione agitur. *l. . . & vlt. ſup. de cōdict. trit.* Sanè si quid hinc inde petatur quod cōsistat in iure & genere, verius est quod Accursio placet, compensationem admittēdam esse, vt ille probat *l.* 1. § *ſi cùm ſupr. ſi pars hered. pet. l. qui non militabat* 78 *in princip. de hered. inſt. l. vnum ex familia* 67. § *ſed ſi vno de leg.* 2. *l. deducta* 58. § *acceptis verſ cùm autem ad S. C. Trebell.*

21. Paulus libro 1. Quæstionum.

Posteaquam placuit inter omnes, id, quod inuicem debetur, ipso iure compensari: [a] si procurator absentis conueniatur, non debebit de rato cauere: quia nihil compensat, sed ab initio minus ab eo petitur.

Ad l. Poſteaquam. 21.

Rat. dvb. Compensatio vim solutionis obtinet *l. ſi conſtat* 4. *C. hoc tit.* Atqui solutio est facti *l. cōſilio* 7. § *vlt. infr. de curat. fur. l.* 1. *C. de probat.* Ergo ipso iure fieri nō potest, quoniā quę sunt facti iuris, potestati non subiiciuntur *l. denique* 19. *ſupr. ex quib. cauſ. maior l. in bello* 12. § *facti autem infr. de captiu. & poſtlim. l. qui heredi* 44. *de cond. & demonſt. l. quod dicitur* 130. *de verb. obl.*

Dec. Solutio quidem facti est, sed liberatio quæ ex solutione nascitur, tota iuris est, ex iure enim pendent modi omnes inducendæ & tollendæ obligationis. *l. obligationum ferè* 44. § *placet infr. de oblig. & act.* De quibus apud Iustinianū in *tit. quib. mod. toll. oblig.* Atqui compensatio non tam solutio est, quàm modus habendi pro soluto, id quod reuera & de facto solutum non est. *d. l. ſi conſtat.* Nihil ergo nisi effectum ipsum solutionis continet id est liberationem. Quæ proinde cùm sit iuris, vt diximus, tam facilè fieri potest ipso iure ex vtraque parte, quàm ex altera tantum.

a *Si procurator abſentis conueniatur* Rat. dvb. Absentis procurator quoties conuenitur & absentem defendit, non tantum debet satisdare iudicatū solui, sed etiam de rato cauere, cùm fieri possit, vt dominus reuersus ratum habere nolit quod procurator dixerit aut fecerit *l. Pomponius* 40. § 1. *& ſeq. ſupr. de procurat.* At qui procurator absentis cùm obiicit compensationē, id facit quod dominus fortasse ratum habiturus non sit. Quid enim, si aliqua de causa malit dominus soluere ac postea petere quàm compensare? Ergo de rato cauere debet per stipulationem illam prætoriam de qua in *tit. rat. rem haber.*

Dec. Qui obiicit compensationem, nihil aliud facit, quàm vt tanto minus ab eo peti videatur, cū compensatio fiat ipso iure, vt proximè diximus, & in *l. verum est* 4. *ſupr. hoc tit.* Porro is à quo minus petitur, nihil facit propter quod cauere debeat de rato, factū enim aliquod præcedere necesse est, quod ratū haberi possit vel improbari. Proinde qui obiicit compensationem, non tam videtur compensare quàm hoc dicere, compensationem iam ipso iure factam esse. Ius enim est quod compensat, homo verò ille qui compensatione vtitur & eam obiicit, verum enim est quod sæpius supra diximus, compensationem, licet fiat ipso iure, obiiciendam tamen esse ab homine *l. quod Labeo* 53. *ſupr. hoc tit.* At non quasi faciendam, sed quasi iam à iure factam, quod longè diuersum est. Quemadmodum dicimus, multum referre, an hæreditas vni delata transmittatur ad liberos tanquam acquirenda, an tanquam acquisita. De quo nostri disputant ad *l. vnic. Cod. de his qui ante apert. tab. & ad l. ſi infanti* 18. *C. de iur. delib.* Bene autem Paulus

BIU Cujas

hic monet inter omnes placuisse, vt compensatio fiat ipso iure, id est, vt intelligamus ius illud tam certum fuisse, vt de eo nullus prudentum vnquam dubitauerit. Quod enim verba illa, *Inter omnes* quidam sic interpretantur apud Accurs. ac si scriptum esset, *inter omnes contrahentes*, ridiculum est: de prudentibus enim & iuris conditoribus loquitur, non de contrahentibus, quod tandem nec Accursius ipse diffiteretur.

22. SCÆVOLA libro 2. Quæstionum.

SI debeas decem, aut hominem, vtrum aduersarius volet: ita compensatio huius debiti admittitur, si aduersarius palàm dixisset, vtrum voluisset.

Ad l. Si debeas. 22.

RAT. DVB. In obligatione alternatiua vtraque res continetur, quantum ad obligationem pertinet, licet nō quantum ad solutionem, *l. si duo 128. in fin. de verb. ob.* Atqui compensatio nihil aliud est quam debiti & crediti inter se contributio *l. 1. supr.* Ergo si debeas decem aut hominem, vtrum creditor volet, nihil vetat admitti compēsationem priùs etiam quàm creditor dixerit vtrum velit.

DEC. Compensatio nihil nisi mutua debiti solutio est, *l. si constat 4. Cod. hoc tit.* Ergo nihil compēsari potest nisi quod solui iam potest. Atqui cùm quis decem, aut hominem promisit, vtrum aduersarius, id est, creditor velit, non potest scire debitor vtrum possit soluere, priusquam creditor elegerit, cùm expressa conuentione electionem creditor sibi reseruauerit, vt in *l. Stichum aut Pamphilum 95. in princip. inf. de solut.* quæ alioquin esset debitoris, *l. plerunque 10. in fin. infr. de iur. dot. ex regula in alternatiuis. de reg. iur. in 6.* Ergo priusquā compēsatio fieri possit, necesse est expectari electionem creditoris. Noli tamen hanc legem cum Accursio & Bartolo sic intelligere, vt si debeas decem vel hominem, vtrum aduersarius voluerit, non aliter compensatio obiici possit, quàm si aduersarius eligat quantitatem, quasi speciei ad quantitatem non possit fieri compensatio. Nam præter id quod in hac lege nihil tale scriptum est, obseruare debuerunt etiam, cùm certus homo aut alia species debetur: nunquam tamen fieri condemnationem speciei, sed quantitatis, quia semper lis æstimāda est, quanti res debita fuerit tempore litis contestatæ, si iudicio stricto petatur, putà condictione certi ex stipulatione, *l. hominem 37 infr. mandat. iunctal. si quis certum 24. supr. de reb. credit. l. vinum. 22. eod. l. vlt. supr. de condict. tritic.* Aut vtro tempore pluris res fuerit, vel moræ vel rei iudicandæ, *l. 3. §. in hac. supr. commod. l. 3. §. si per emptorem de action. empt.* Excepta tantum condictione triticaria, in qua sola singulari iure spectatur tempus condemnationis, *l. penult.* vbi rationem attulimus, *supr. de condict. tritic.* Nihil ergo interest, vtrum speciem an quantitatem eligat creditor, cùm facta electione hominis compensatio tamen fiat æstimationis, quæ semper in quantitate consistit. Accursium & Bartol. fefellit, quod putarunt ideo in hac lege requiri, vt præcedat electio creditoris, quasi vno casu compensationis locus esse possit, non etiam altero, cùm tamen ad id potiùs Iurisconsultus respiciat, quod vno casu maioris aut minoris quantitatis compensatio futura sit, quàm altero, quantitas enim æstimationem non recipit *l. si ita 42. de fideiuss. Species*, autem recipit nunc maiorem, nunc minorem.

23. PAVLVS libro 9. Responsorum.

ID, quod pupillorum nomine debetur, si tutor petat: non posse compensationem obiici eius pecuniæ, quam ipse tutor suo nomine aduersario debet.

Ad l. Id quod pupillorum. 23.

RAT. DVB. Tutor cùm petit tanquam tutor quod pupillo debetur, perinde habendus est, ac si dominus esset eius actionis quam exercet. Est enim loco domini, quoties tutelam gerit ex bona fide, nec pupillum spoliat, *l. quidam. 7. §. si tutor. infr. pro emptor. l. is qui in puteum. 11. §. an ignoscitur. 7. infr. quod vi aut clam.* Ergo tutori agenti etiam tutorio nomine poterit obiici compensatio eius quantitatis, quam ipse proprio nomine debeat ei qui conuenitur, neque verò pupilli quicquam interesse videtur, cùm quātum per compensationem tutori factam amiserit, tantum ab eo vicissim tutelæ actione sit repetiturus, vt fieri solet, quoties tutor rationibus suis intulit, quod ex re vel pecunia pupilli consecutus probatur. DEC. Eius quod alij debetur quàm ei qui agit vel conuenitur, compensatio obiici non potest. *l. eius 9. C. hoc tit. l. in rem 18. §. 1. supr. eod.* Atqui quod tutor pupillorum nomine petit & tanquam tutor, non tam ipse petere videtur, quàm pupilli, quorum nomine petit, & quorum personam repræsentat, sicut enim reuera alia est persona pupilli, alia tutoris, ita & alia tutoris persona esse intelligitur, quatenus tutor est, alia verò tutoris, simpliciter accepti, & generaliter in omnibus causis multum refert, an quis faciat aliquid tanquam talis, an tanquam quilibet, *l. si paterfamilias. 15. §. qui duos supr. de adopt.* Ergo ei quod pupillorum nomine debetur tutori tanquam tutori, non potest obiici compensatio eius quantitatis quam ipse tutor suo nomine eidem debitori debeat. Et verò interest pupilli ita ius constitui, Ne si ex persona tutoris sui compensationem pati cogatur, facilè in damnum incidat, & interim debiti sui si non iacturam, saltem moram patiatur, eo fortasis tempore, quo ipsius quàm maximè interfit pecuniam solui, quæ in eius vtilitatem conuertatur: Nec quod à tutore pupillus id postea tutelæ actione sit repetiturus, facilius eum obligare potest vt compensationem patiatur, vel ea ipsa ratione quæ compensationem induxit, quod scilicet ipsius interfit non soluere per compensationem potiùs quàm solutum repetere, *l. 3. supr. hoc tit.* Itémque quod nemo ideo obligandus sit, quia receprurus sit ab alio quod ipse præstiterit, *l. nemo ideo 171. de reg. iur.*

24. IDEM libro 3. Decretorum.

IVSSIT Imperator audiri ad probantem, sibi à fisco deberi, quod & ipse conueniatur.

Ad l. Vlt.

BIU Cujas

24. IDEM libro 3. Decretorum.

IVssit Imperator audiri adprobantem, sibi à fisco deberi, quod & ipse conueniatur.

Ad l. vlt. Iussit.

RAT. DVB. & DEC. Eadem est quæ ad *l. Idem iuris est 12. supr. hoc tit.* Eadem enim vtriusque loci sententia est perinde compensationem obijci posse contra fiscum atque contra priuatum, neq; priuilegium fisci hac in re vllum esse.

DEPOSITI VEL CONTRA.

Ad TIT. III.

1. VLPIANVS libro 30. ad Edictum.

DEPOSITVM est, quod custodiendum alicui datum est, [a] dictum ex eo, quòd ponitur. præpositio enim *de* auget positum: vt ostendat totum fidei eius esse commissum, quod ad custodiam rei pertinet.

Ad l. Depositum. 1.

RAT. DVB. Dare nihil aliud est quàm dominium transferre, *l. vbi autem 75. §. vlt. infr. de verb. ob. l. non videntur data. 167. de reg. iur.* Atqui rei depositæ dominium non transfertur in depositarium, adeóque nec possessio *l. licet 17. §. 1. infr. hoc tit.* Ergo depositum non est quod datur, sed quod traditur. Est enim hic contractus ex eorum genere qui re & traditione perficiuntur, *l. 1. §. is quoque, infr. de oblig. & act. §. præterea. Inst. quibus mod. re contrah. ob.*

DEC. Non definitur hic depositum quod simpliciter datur, sed quod custodiendum datur. Quæ adiectio ostendit per depositum nec proprietatem nec possessionem rei depositæ, sed solam custodiam transferri in depositarium.

a *Dictum ex eo quod ponitur.* RAT. DVB. Ponere hîc nihil nisi tradere est, cùm tradere sit possessionem transferre, *l. 3. in princip. infr. de act. empt.* Possessio autem dicta sit à pedum positione, *l. 1. infr. de acquir. possess.* Atqui etiam res commodata traditur, & quæ pignori data est. Nam & hi contractus re similiter & traditione perficiuntur. Ergo nō potuit depositum dici & duci à verbo *ponitur.*

DEC. In nomine depositi, non tantum inspicimus verbum (ponitur) sed cum præpositione *de* quæ augere solet significationem, quomodo auget in proposito, totum fidei eius commissum esse apud quem res deponitur, quod pertinet ad custodiam, quasi qui dicit se deponere, hoc ipso abdicit à se custodiam rei, vt eam in alium transferat, quomodo Azo dicebat. Nam & ad eundem modum dicimus deponere, quem penes alium curam rei alicuius, id est, eam curam abiicere & in alium reiicere. Nec rursus ab Etymologia in iure tam strictè argumentandum est, quasi totam rei substantiam, & naturam exprimat, valet enim negatiuè tantum non affirmatiuè, vt quod positum non est penes alium nec traditum, dici depositum non possit. At non etiam è contrario depositum dici possit, quicquid positum & traditum, nisi illud etiam adiectum sit, vt datum vel positum sit custodiendum.

1 ¶ Prætor ait: *Quod neque tumultus, neque incendij, neque ruinæ, neque naufragij causa depositum sit: in simplum: earum autem rerum, quæ supra comprehensæ sunt: in ipsum in duplum: in heredem eius, quod dolo malo eius factum esse dicetur, qui mortuus sit in simplum: quod ipsius, in duplum iudicium dabo.*

Ad §. 1. Prætor ait.

Proponuntur in hoc §. verba Edicti quibus prætor actionem depositi pollicetur directam contra depositarium. Eámque regulariter in simplum, in duplum verò quatuor casibus. Hi sunt, si tumultus, vel incendij, vel ruinæ, vel naufragij causa depositum factum sit. Quanam verò ratione, prætor has quatuor causas à cæteris separauerit, exponet statim Vlpianus in §. *seq.* Interim notandum est ex hoc §. actionem depositi tum quoque cùm in simplum datur, non esse ciuilem, vt malè putat Accursius, & post eum cæteri omnes, sed prætoriam, cùm prætor verbis huius edicti, non minùs eam daturum se polliceatur, quàm actionem in duplum quatuor illis casibus, quos iam enumerauimus, quam actionem in duplum, nec Accursius ipse diffitetur esse prætoriam, neque ad rem pertinet quod in contrahendo depositio negotium quoddam geritur, cùm res deposita tradatur ea lege vt petenti restituatur, cui pactioni inest συνάλλαγμα; Ex quo proinde nascitur ciuilis actio, *l. Iurisgentium. 7. §. 1 supr. de pact. l. Labeo 19. vers. contractum de verb. sig.* vbi obseruandum est afferri exempla de emptione & venditione, locatione & conductone. Itémque de societate qui

BIU Cujas

sunt contractus vltro citróque obligatarij, æquè principaliter, non item de depositio vel commodato, ideo fortasse quod licet ex iis quoq; contractibus nasci possit ciuilis actio in factum, aut quod idem est præscriptis verbis, si depositarius, vel commodatarius nolit rem reddere, non tamen duæ actiones ex eo negotio nasci possunt, vna directa, altera contraria, ideóque necesse fuit à prætore eas introduci, præsertim contrarias, quas nemo vnquam dixit esse ciuiles. Quod à nobis iam probatum est ad *l. 1. supr. commod. ex l. si gratuitam* 17. *in princip. infr. de præscript. verb. l. 2.* §. *1. infrà de precar. l. Senatus.* 3. 5. §. *Ergo qui mortis infr. de mort. caus. donat.* hincq; peti potest ratio dubitãdi ad hunc §. frustra enim actio prætoria inducitur vbi competit ciuilis *l. 1. supr. depublic. in rem act.* Sed decidendi ratio ex eo sumenda est, quod necessarium prætori visum sit, actiones istas depositi commodati, & si quæ sunt similes specialiori nomine donatas introducere primum, vt essent bonæ fidei non stricti iuris, vt actiones præscriptis verbis. Atque ita pleniores haberent præstationes ex bono & æquo propter illa verba *ex bona fide*, quæ in formulis omnibus iudiciorum bonæ fidei addi solebant. Deinde propter actiones contrarias, quas non tam meri iuris quàm æquitatis & bonæ fidei ratio sola induxit. Nam & quamuis actio tutelæ sit ciuilis, & ex lege 12. tabularum, contraria tamen tutelæ actio est ex iure prætorio *l. 1. in princip. infr. de contr. tut. & vtil. actio*, neque verò actio vlla stricti iuris est quæ vllam habeat, & admittat contrariam, sicut nec actio vlla stricta est, quæ infamiam irroget cõdemnato, nec si ex famosis causis pendeant *l. cessat* 36. *de ob. & act.* Denique cum in his verbis edicti semel tantum scripta sint verba illa *Iudicium dabo*, quæ non minus ad actionem depositi in simplum dandam, quam ad eam quæ in duplum referuntur, necessario consequens est, vt perinde probent vtrãque actionẽ esse prætoriam ex vulgari regula, vel potius brocardico, paris & vniformis determinationis, de qua in vulg. *l. idem hoc iure.* 4. *de vulg. & pupill.*

2 ¶ Meritò has causas deponendi separauit prætor, quæ continent fortuitam causam depositionis ex necessitate descendentem, non ex voluntate proficiscentem.

Ad §. 2. Merito.

RAT. DVB. Omne depositum fidei eius commissum intelligitur, cui custodiendum traditur, siue eam depositi definitionem sequamur, quam Vlpian. in princip. huius legis posuit, siue eam potius quam Iacobus Cuiac. tradidit in *paratitl. ad hunc titul.* vbi ait depositum esse conuentionẽ gratis custodiendæ rei quæ traditur sub fide restituendi. Ergo in omni iudicio depositi directo agitur de fide rupta, siue fortuita sit causa depositionis ex necessitate descendens, siue ex voluntate proficiscens. *l. ei apud quem in princip. hoc tit.* Ergo perinde debuit prætor ex omni causa dare actionem depositi vel in simplum duntaxat vel in duplum tantum nulla distinctione facta depositi voluntarij & necessarij, sicut & omni casu perinde notatur infamia quisquis ex causa depositi condemnatus est, iudicio directo, non contrario *l. 1. supr. de his qui not. infam.*

DEC. Multum refert, an depositum fiat ex voluntate deponentis qui fidem & personam depositarij elegit: An verò extante necessitate cogatur dominus res suas penes obuiũ quemq; deponere, priore casu contentus esse debet simplo, cuius præstatione satis fit ipsius indemnitati. Posteriore verò casu crescit perfidiæ crimen, & publica vtilitas seueriorem coercitionem exigit vindicandæ Reipublicæ causa, vt eleganter scriptum est in §. *hæc autẽ.* 4. *inf.* ex eo enim quod quis necessitate coactus facit, nunquam sumi potest coniectura voluntatis, quasi vltrò fecerit, quod verissimile est facturum eam non fuisse, si necessitas eum non coegisset. Itaq; quod solemus imputare domino qui elegit depositariũ quod negligenti amico, fortasse etiam perfido rem suam custodiendam cõmiserit *l. 1. §. is quoque. infr. de ob. & act.* §. *Præterea. Instit. quib. mod. re contrah. oblig.* Non similiter possit imputare illi qui ex necessitate tumultus vel incendij, vel ruinę, vel naufragij causa rem suam deponere cogitur, quia hic non tam contrahit eum depositario quã in eum incidit, vt Papinian. loquitur *in l. vlt. rem pupill. salu. for.*

3 ¶ Eum tamen deponere tumultus, vel incendij, vel cæterarum causarum gratia intelligendum est, qui nullam aliam causam deponendi habet, quàm imminens ex causis supra scriptis periculum.

Ad §. 3. Eum tamen.

RAT DVB. fieri potest, vt is qui tumultus vel incendij vel ruinæ, vel naufragij gratia deposuit, habuerit prius consilium deponendi, puta Romam crastina die profecturus, & tamen non fuerit forte depositurus, nisi aliqua ex supradictis causis emersisset. Atqui cùm id contingit, duæ quodammodo sunt causæ deponendi. Prima peregrinatio, altera tumultus, vel incendium, aut alia ex reliquis duabus. Ergo verum non est quod in hoc §. dicitur tunc locum esse parti 2. huius edicti, nisi cùm nulla alia est causa deponendi quàm vna ex quatuor exceptis, nec enim causa vna deponendi tollit alteram, nec aliud requirunt verba Edicti, nisi vt tumultus, vel incendij, vel naufragij, vel ruinæ causa depositum factum sit. DEC. Nihil est quod faciat fauorabilius depositum, quod contractum est ex aliqua istarum causarum, quàm quòd fiat ex necessitate, non ex electione, vt scriptum est in §. *prox. supr. & §. prox. infr.* Ergo si iam electus erat depositarius antequam tumultus, vel incendium, vel ruina, vel naufragium superueniret, nullo fauore extraordinario vel speciali dignum est depositum, cùm voluntas non necessitas electioni causã dederit.

4 ¶ Hæc autẽ separatio causarum, iustam rationẽ habet. quippe cùm quis fidem elegit, nec depositũ redditur, contentus esse debet simplo: cùm verò, extãte ne-

BIU Cujas

te necessitate, deponat: crescit perfidiæ crimen: & publica vtilitas coercēda est, vindicandæ reipublicæ causa. est enim inutile, in causis huiusmodi fidē frāgere.

Ad §. 4. Hæc autem.

RAT. DVB. & DECID. eadem est quæ ad §. *merito. supr.* Est enim vtriusq; §. idem sensus, nisi quòd in illo dictum, hîc ratio dicti potius continetur. Est tamen difficile explicare quid sibi velit Vlpianus illis verbis, *Et publica vtilitas coercenda est.* Cùm adiuuanda sit potius & amplianda quàm restringenda & coercenda *l. hoc modo. 64. Infr de cond. & demonst.* Quam ob causam vulgata lectio rectior videtur, quæ habet, *Et publica vtilitate coercendum est* vt ad crimē perfidiæ verba illa referantur, nisi malis, pro, *vtilitas*, legere *inutilitas*, non solùm quia nomen inutilitatis non fuit veteribus latinitatis autoribus incognitum, vt notat Cuiac. *ad l. 2. C. de fid. & iur. hastæ fiscal.* Et in notatis Mercatoris contra Robertum, sed etiam quia statim sequitur in hoc §. *est enim inutile in causis huiusmodi fidem frangere.* Quo verbo *Inutile* significatur id quod est iniquum, vt quemadmodum vtilitatem pro æquitate, & æquitatem pro vtilitate prudentes solent dicere, quia scilicet nō æstimant æquitatem nisi ex vtilitate & salute publica, ita vtile dicant, quod æquum est, & vicissim inutile quod iniquum: Ergo & vtilitatem pro æquitate, & inutilitatem pro iniquitate: etsi enim semper graue est fidem frangere & fallere. *l. 1. supr. de pecun. const. l. 1. supr. de pact.* grauius tamen & longe intolerabilius est in huiusmodi causis, in quibus & maior contrahēdi necessitas est, & neque locus, neq; tempus plenius admittit deliberandi principium, vt eleganter scriptū est in *l. 1. supr. de exerc. act. Iuncta l. cùm postulassem. 44. §. 1. in fi. infr. de dam. infe.*

5 ¶ Quæ depositis rebus accedunt, non sunt deposita, vt puta si homo vestitus deponatur: vestis enim non est deposita, nec si equus cum capistro: nam solus equus depositus est.

Ad §. 5. Quæ depositis.

RAT. DVB. Accessorium sequitur suum principale. Et quicquid accessionis vice cedit, ad eum pertinet, ad quem & quod principale est *l. cùm autem. 19. §. perueniamus & l. seq. l. si quando. 29. de aur. & arg. leg. §. si tamen 26. Inst. de rer. diuis.* Vnde est, vt is cui commodata est equa, quam pullus comitabatur, etiam pulli custodiam præstare debeat. *l. sub certo. 5. §. vsque adeo. supr. commod.* Ergo etiam quæ depositis rebus accedunt, pro depositis haberi debent, vt putà si homo vestitus deponatur, vel equus cum capistro. Quid enim refert an homo deponatur & vestis, an homo cum veste, aut vestitus? *arg. l. illi cum illo 40. Infr. de vsufr. leg.*

DEC. Multum interest, an quid sit depositum, an deposito tantum accedat quicquid depositum est, actione depositi peti potest & debet, non etiā quod deposito accessit, si ipsum quoque depositum non sit. Nec enim actio depositi cōpetere potest nisi pro eo ipso quod depositum est, cùm re cōtrahatur, sicut mutuum, de quo in *l. si tibi 17 supr. de pact. l. rogasti 11. §. si tibi sup. de reb. cred. l. cùm vltrà 9. C. de non num. pec.* Atqui cùm deponitur homo vestitus verba depositi ostendunt solum hominem depositum non vestem, longéque aliud est deponi hominem & vestē, aut hominem cum veste, & deponi hominem vestitum. Item aliud deponi equū & capistrum, aut cum capistro quod effectu idem est, *d. l. illi* aut deponi equum capistratum priore casu non tantum homo deponitur, sed etiam vestis, non tantum equus, sed etiam capistrum, posteriore vero non item. Atque ita locus hic conciliandus est cum *d. l. si vt certo 5. §. si me rogaueris supr. Commod.* Nec tamen consequens est, vt qui hominem vestitum accepit, depositum possit reddere nudum, aut, qui equum capistratum, possit reddere sine capistro: cùm præstare custodiam debeat earum quoque rerum quæ deposito accesserūt licet non fuerint ipsæ depositæ *d. §. vsque adeò.* Alioqui etiam pro his rebus restituendis teneretur actione depositi, non quidem vt ea actione peti res illæ possint, cùm non fuerint depositæ, vt diximus, sed quia nec ipsæ res depositæ reddi viderentur, cum non credatur reddi id quod deterius redditur *§. si res deposita 16. Iuncto §. si cista infr. hac l. 3. §. si reddita supr. commod.*

6 ¶ Si conuenit, vt in deposito & culpa præstetur: rata est conuentio. contractus enim legem ex conuentione accipiunt.

Ad §. 6. Si Conuenit.

RAT. DVB. Pacta quæ fiunt contra leges, rata non debent haberi à Prætore *l. Iurisgentium 7. §. ait Prætor sup. de pact. l. pacta quæ cōtra 6. C. eod. l. cùm sponsus 12. §. si res sup. de public. in rē act. l. nec non 28. §. quoad eius ex quib. caus. maior l. vlt. infr. de suis & legit. l. inter debitorem 42. Iuncta l. ius publicum supr. de pact.* Nec iuris autoritas in potestate contrahentium esse debet, quæ nec in arbitrio est magistratuum *l. 1. §. 1. infr. ad S. C. Turpil. l. ordine 15. ad municipal.* Atqui & ratione & autoritate iuris depositarius nō tenetur de culpa leui, multò minus de leuissima, sed tantum de lata, quæ tam propè ad dolum accedit, vt dolus esse existimetur *l. Quod Nerua 32. inf. hoc tit.* quia scilicet depositum fit gratia solius deponentis, non etiam depositarij *l. si vt certo 5 §. nunc videndum 1. inf. commod. l. si seruus communis 61. §. Quod verò infr. de furt.* Ergo contra leges & contra ius erit pactum, si conueniat vt depositarius etiam de culpa teneatur.

DEC. Contractus omnes ex conuentione legem accipiunt, vt scriptū est in hoc *§. & in l. cōtractus 23. de reg. iur. l. in cōuentionalib. 52 de verb. ob.* vbi hæc differētia ponitur inter stipulationes conuentionales & prætorias. Ergo nihil obstat quo minus rata debeat esse cōuētio, si conuenerit vt in deposito etiā culpa præstetur *l. 1. C. hoc tit.* Neque tam videri debet pactum hoc esse contra leges, aut contra ius quàm præter leges, & præter ius quod longè diuersum est, *d. §. quoad eius.* Aliud enim est prohibere, aliud non iubere, & rursum aliud permittere, aliud non prohibere. Et in genere permissorum, ex quo sunt contractus omnes liciti & permissi, regula generalis est censeri omnia permissa quæ non sunt prohibita, *l. mutus. 43. §. 1. supr. de procurat. & Inst. quib. non est permiss fac. testam.* Atque prohibitum iure non est ne conueniat, vt in proposito etiam culpa præstetur. Ergo permissum id videri debet. *§. sæpe euenit. 35. infr. hac l.* Sic dicimus etiam in contractibus, in qui-

BIU Cujas

bus culpa præstanda est valere conuentionem, vt non præstetur, *d.l.si vt certo.§.Interdum* 10. *commod.l.si seruus seruum* 17. *§.si calicem.* 29. *supr.ad l.Aquil.l.nec ex prætorio.*27. *in fin.de reg.iur.*

7 ¶ Illud non probabis, dolum non esse præstandum, si conuenerit. nam hæc conuentio contra bonam fidem, contraque bonos mores est: & ideo nec sequenda est.

Ad §.7.Illud non probabis.

RAT. DVB. Contractus ex conuentione legem accipiunt, vt superiore §. scriptum est, & in *l. contractus* 23. *l.nec ex prætorio.*27. *de reg.iur. l.in conuentionalibus.* 52. *de verb.obl.* Ergo si conuenerit ne dolus præstetur, rata conuentio haberi debet, præsertim cùm sit pactum liberatorium, quod proinde fauorabilius est, *l.Arrianus* 41. *infr.de obl.& act.*

DEC. Pacta quæ contra leges sunt vel contra bonos mores, rata haberi à Prætore non debent, *l. Iurisgentium.* 7. *§.ait Prætor.de pact.l.stipulatio hoc modo concepta.*61 *de verb.obl.l.ex eo.*5. *C.de Inutil.stipul.* Quæ enim sunt contra bonos mores, pugnant cum publica vtilitate, cuius in toto iure nostro præcipua séper ratio habetur, quia primum iuris præceptum est honestè viuere, *l.Iustitia.* 10. *§.1.de Iust & iur.l.non omne quod licet* 144. *de reg.iur.* Neque verò fieri posse absolutè creduntur quæ honestè fieri non possunt & verecundiam lædunt, sed pro impossibilibus habentur, *l.filius.*15. *cum lege præcedenti.inf.de condit.inst.* Atqui contra bonos mores est & contra publicam honestatem pactio illa ne dolus futurus præstetur, quia scilicet inuitat ad delinquendum, vt scriptū est in hoc.§. Ergo nō potest rata haberi conuentio, ne quidem à Prætore, *l.si vnus* 27. *§.illud nulla.infr. de pact.l.in commodato.* 17. *in princip. commod.* Proinde nec in contractu depositi permittēda est, si per expressam conuentionem fiat. Nam si cōuenerit cum depositario ne depositi agatur, valebit pactio, quāuis vi ipsa, id est in effectu perinde sit ac si conuenisset, ne de dolo ageretur, cùm depositarius non nisi de dolo teneatur, *d.§.illud nulla*, nimirum expressa nocent, non expressa non nocent, vt habet iuris regula *l.expressa* 195. *de reg.iur. l.si ita legatū* 65. *§.* 1. *de leg.*1. *l nōnunquā* 52. *de condit. & demōst.* vt diximus ad *d.§.illud nulla.* Ideo autem loquimur de dolo futuro, quia valet conuentio ne de dolo præterito agatur, cùm nō sicut illa quę de dolo futuro inuitet ad delinquendum, quamuis verum sit nunquam manere debere impunitum, ne tum quidem cùm illi ipsi nocet qui eum admiserit, *l.procurator.* 11. *§.*1. *infr.de dol.mal except.*

8 ¶ Si vestimenta seruanda balneatori data perierint: si quidem nullam mercedem seruandorum vestimentorum accepit, depositi eum teneri, & dolum dumtaxat præstare debere puto: quod si accepit, ex conducto.

Ad §. 8.Si vestimenta.

RAT. DVB. Etiam nauta, caupo, & stabularius tenentur de custodia, quamuis nullam pro custodia mercedem accipiant, *l. nauta* 5. *supr. naut. caupo. stab.* Ergo non est bona ratio, qua mouetur Vlpian. in hac lege, cùm ait, balneatorem depositarium vestimentorum, quia nullam eorum seruandorum causa mercedem acceperit, de custodia eorum non teneri, sed tantum de dolo.

DEC. Depositum gratuitum esse debet: sicut & mutuum & mandatum, cùm perinde ex officio & amicitia originem trahant, *l.*1. *§.vlt.inf. tit.prox.* Ergo si mercedem pro custodia depositarius acceperit, iam non depositarius, sed locator est, quādoquidem hoc casu depositum degenerat in locationem, & consequenter tenetur depositarius præstarē etiā culpā, non quasi depositarius, sed quasi locator operæ suæ, *d.l.*1. *§.vltim.infr.tit.prox.& §.vlt.inst.de mandat.* Nam nec alia de causa nautæ, caupones, stabularij tenentur præstare rei custodiam, quàm quia mercedem aliquam accipiant, licet non custodiæ gratia, parum enim refert, vt qui eam accipit, de custodia teneatur. Quòd si nulla merces depositario detur seruandorum vestimentorum causa, tunc quia verè depositarius est, nihil nisi dolum præstare debet, quia sōlius deponentis non depositarij gratia fit depositum, *l.si vt certo* 5. *§. nunc videndum* 1. *supr.commod.* Adeo vt etiam circa dolum remissius facienda sit interpretatio, vt Africanus loquitur in *l.si seruus communis.§.quod verò.infr.de furt.* id est, in fauorem depositarij quantum fieri potest.

9 ¶ Si quis seruum custodiendum coniecerit forte in pistrinum, si quidem merces interuenit custodiæ: puto esse actionem aduersus pistrinarium ex conducto. si verò mercedem accipiebam ego pro hoc seruo, quem in pistrinum recipiebat: ex locato me agere posse. quod si operæ eius serui cum custodia pēsabantur: quasi genus locati & conducti interuenit: sed, quia pecunia non dabatur, præscriptis verbis datur actio. si verò nihil aliud, quàm cibaria præstabat, nec de operis quicquam conuenit: depositi actio est.

Ad §. 9. Si quis seruum.

RAT. BVB & DECID. Eadem fere est quæ ad superiorem. nam & in hac specie, id est, cùm quis seruum custodiendum coniecit fortè in pistrinum, & quæritur quam actionem cōtra pistrinarium habere debeat, similiter distinguit Vlpianus an merces aliqua custodię interuenerit necne, vt si non interuenerit, depositi actio sit, si verò interuenerit, actio sit ex conducto. Quòd si mercedem ego accipiebam pro hoc seruo quem pistrinarius accipiebat, non ex conducto actio mihi competat, sed ex locato, quia operas serui mei pistrinario locasse videar, at si operæ eius serui cum custodia compensabantur, quasi genus quoddam locati & conducti, interuenire creditur, ideoque hoc casu ex locato & conducto agendum esset, nisi ratio illa obstaret, quod ponimus pecuniam non interuenisse, nam quemadmodum emptio & venditio sine pretio esse non potest ex *l.*1. *& 2.infr.de contrah.empt.* nec pretium sine pecunia numerata consistere §. *pretium autem*

BIU Cujas

autem & §. item pretium. Inst. de empt. & vend. l. 1. infr. de rer. permut. Ita nec locatio potest esse sine mercede, nec merces sine pecunia, *l. 2. infr. locat. l. si vir vxori 52. de donat. int. vir. & vxor. l. naturalis 5. §. at cùm do. inf. de præscript. verb.* Vnde infert Accurs. contra colonum partiarium non tam ex locato quàm vel præscriptis verbis vel pro socio agendũ esse ex *l. si merces 25. §. vis maior infr. locat.* Ergo cessante actione ex locato & conducto necessarium est recurrere ad subsidiariam actionem præscriptis verbis, quæ dari solet, quoties aliæ vulgares actiones deficiunt, *l. 2. & 3. l. qui actionum 11. l. quoties 21. & passim infr. de præscript. verb.* quia verum est negotium aliquod gestum esse & contractum συναλλαγμα. Ex quo ciuilis actio semper nascitur, *l. Iurisgentium 7. §. 1. infr. de pact. l. Labeo 19. de verb. sig.* At si nihil aliud quàm cibariæ pistrinarius seruo præstabat, nec de operis serui quicquam conuenit, cùm locatio esse non possit, neq; ad actionem præscriptis verbis necesse sit confugere, depositi actio erit & sufficiet, cùm nõ possit negari quin de deposito contrahendo actum sit, cùm seruus custodiendus in pistrinum coniectus sit, & pistrinario in eam causam traditus, vt custodiretur.

10 ¶ In conducto & locato: & in negotio, ex quo diximus præscriptis verbis dandam actionem: & dolum, & culpam præstabit, qui seruum recepit at si cibaria tantùm dabat, dolum dumtaxat. [a] sequimur tamen, (vt Pomponius ait) & quod habuerunt proscriptum, aut quod conuenit. dummodo sciamus, & si quid fuit præscriptum, dolum tamen eos præstaturos, qui receperunt, qui solus in depositum venit.

Ad §. 10. In conducto.

Pendet hic §. à superiore, & easdem species persequitur Vlpianus in quibus dixerat nunc ex conducto vel locato, nunc præscriptis verbis, nunc depositi actionem competere. Addit autem quod per se satis erat manifestum, & consequens præcedentibus. Eo casu quo ex conducto vel locato agatur, & dolum præstandum esse & culpam: Itémque eo casu quo dictum est agendum esse præscriptis verbis, quia is contractus proximè ad locationem accedat, cùm fiat gratia vtriusque, quòd cùm accidit & dolus præstatur & culpa non tantùm lata, sed etiam leuis, *l. si vt certo. 5. §. nunc videndum. 1. supr. commodat. l. contractus 23. de reg. iur.* nisi cùm specialis aliqua ratio est in contrarium aut propter verba edicti, vt in *l. 1. §. hæc actio in fin. supr. si mensor falsum. mod. dixer. aut alia.* Eo autem casu quo depositi actio competat, id est cùm cibaria tantum pistrinarius seruo dedit, dolum solum præstari oportere, quia nec nisi dolus in actionem depositi velit, proprer ea quod fiat gratia solius deponentis, vt *supr. diximus, ex d. §. nunc videndum, & d. l. si seruus 61. §. quod verò de furt.* Nulla igitur hic noua, neque dubitandi, neque decidendi ratio occurrit, nisi quod in eo contractus genere, ex quo diximus nasci actionem præscriptis verbis, probabiliùs dubitari poterat, quid dicendum esset, quoniam & ad locationem & ad depositum accedere videbatur. Sed tamen propius accedit ad locationem, cùm fiat gratia vtriusque, vt dixi, & habeat mercedem, quę si in numerata pecunia consisteret, non in operis serui vera esset locatio. Contractus autem innominati easdem ferè præstationes habent, quas contractus nominati, cùm quibus maiorem habent similitudinem *d. l. naturalis 5. §. sed si facio infr. de præscript. verb.*

a *Sequimur tamen, vt Pompon. ait.* Sensus est non vsque adeo verum esse quod modo diximus, de solo præstando dolo, vel de dolo & culpa, vt non aliud dici oporteat, si aliud conuenerit, siue per expressam conuentionem, siue per proscriptionem, id est, admonitionem publico programmate factam, qua denunciauerit dominus quid sibi præstari velit ab eo qui seruum custodiendum recipiat, an dolum solùm, an etiam culpam, quisquis enim post huiusmodi proscriptum ad contrahendum accedit, eam legem sequi videtur, quæ proscripta est, & ad quam fuit inuitatus, *l. sed et si pupillus 11. §. de quo palam supr. de Inst. act.* Cæterùm etiamsi fortè proscriptum esset ne dolus vllo casu præstaretur, non faceret ea res quo minùs depositarius de dolo teneri deberet, quia non potest proscriptio facere plus quàm expressa conuentio, quæ tamen dolum futurum remittere nunquã posset, vt diximus in §. *illud non probabis sup. hac leg.* Ergo nec lata culpa aut conuentione, aut præscriptione remitti poterit, vt benè infert Accurs. quoniam lata culpa vel dolus est, vel proximè accedit ad dolum, *l. quod Nerua 32. infr. hoc tit. l. magna negligentia 226. de verb. sig.* vel saltem proximè ad dolum accedit. Quod tamen intellige de ea lata culpa quę ex negligentia, non ex ignorantia proficiscatur, de qua in *l. latæ culpæ 223. eod. tit.* Hæc enim non tam dolosi quàm stupidi & supini hominis est, vt docuimus initio *decad. 66. de errorib. pragmat.* Quam differentiã tamen vulgo interpretes nostri nõ obseruãt.

11 ¶ Si te rogauero, vt rem meam perferas ad Titium, vt is eam seruet: qua actione tecum experiri possim, apud Pomponium quæritur, & putat tecum mandati, cum eo verò, qui eam recepit: depositi. si verò tuo nomine receperit: tu quidem mihi mandati teneris, ille tibi depositi, quam actionem mihi præstabis, mandati iudicio conuentus.

Ad §. 11. Si te rogauero.

Rat. Dvb. Actiones mandati & depositi non facilè possunt concurrere, sed aut depositi agendum est, aut mandati, §§. *proxim. sequentib. infr. hac. l.* initium enim contractus cuiusque inspiciendum, vt sciri possit an depositum sit, an mandatum, *l. si procuratorem 8. in princip. infr. tit. prox. l. non tantum 12. infr. de Senatusc. Maced.* Atqui ponimus te rogatum esse à me de re mea aliqua perferenda ad Titium, vt is eam seruaret: Ergo mandati contractus primus fuit, & consequenter mandati tantum habere locum debet, non depositi. Quomodo ex Pomponio argumentatur Vlpianus noster in §. *Idem Pompon. quærit. 13. inf.* Dec. Quoties negotium duas personas respicit, nihil vetat duas esse species contractuum. Quorum alter vnam personam respiciat, alter aliam, fit

BIU Cujas

enim hoc diuersis respectibus. In proposito autem ita contingit. Nam cum te rogo de mea re perferenda ad Titium, vt is eam seruet, duæ personæ interueniunt, tua & Titij, & quemadmodum quod ad te pertinet, quin mandatum inter nos contractum sit, cùm ad rem illam perferendam, non tantum nuntius meus sis, sed etiam procurator, *l. 1. supr. de procurat.* Ita & quod ad Titium spectat, dubitandum non est, quin sit ille depositarius, quippe qui rem seruandam acceperit, sicut & tu perferendam. Nec quod à te rem illam, nõ à me acceperit, quodque contractui nostro non adfuerit, mouere nos debet, quandoquidem depositum re & traditione contrahitur, *l. 1. §. id quoque de obl. & act.* Nec tam interest quis tradat, quàm cuius nomine, nec quisquam dubitat quin depositum, vt & alius quilibet contractus iurisgentium per procuratorem fieri possit. Addenda enim fuerunt verba illa, *Iurisgentium*, ad excludendos actus legitimos qui per procuratorem fieri non possunt, cuiusmodi sunt mãcipatio, emancipatio, hæreditatis aditio & similes ex regula *l. nemo alieno nomine 123. Iuncta l. actus legitimi 77. de reg iur. l. per procuratorem 90. de acquir. hæred.* Ergo in casu proposito dicendum est vtramque actionem mihi competere, mandati & depositi: mandati quidem contra te, depositi verò contra Titium, sed ita tamen, vt vtraque actio locum habere in vno eodémque casu non possit, nam si rem meam ad Titium pertuleris, mandati non teneberis, quia mandatum impleuisti. Sed Titius depositi tenebitur, quia rem meam seruandam accepit. E contrario si rem ad Titium non pertuleris, ille depositi non tenebitur, quia nihil accepit custodiendum, tu mandati teneberis, quia non feciſti quod tibi mandatum fuit. Quod & Accurs. noster bene explicat. Subiungit tamen Vlpianus, Titium ita teneri mihi depositi, si rem à te receperit meo nomine non tuo, nam si tuo nomine receperit, habebo te solum obligatum, & quidem actione sola mandati, non etiam depositi, quasi mandauerim tibi rem non modo perferendam, sed etiam deponendam. Titius verò depositi actione solũ tibi tenebitur, cùm tua interfit habere illum obligatũ, vt ab actione mandati, qua mihi teneris, te liberes, quamuis res tua non sit. Non enim depositi actio requirit, vt res quæ deponitur, sit deponentis, sed tantum vt ipsius intersit, quia nec ad aliud datur quàm ad id quod interest, vt nec cæteri bonæ fidei actiones *d. l si procuratorem 8. §. mandati actio infr. tit. prox. l. si duo 22. infr. hoc tit.* Quid ergo si omisso te velim agere contra Titium ad rem meam repetendam? Nõ possum, nisi actione depositi, quam contra eum habes, mihi cesseris. Neq; enim ex contractu actio alij competere potest quàm ei qui contraxit, *l. quæcunque 11. de obl. & act. l. si res 51. de euict. l. vt fideiussor. 39. de fideiuss. l. Modestinus 76. infr. de solut.* Sed tamen actione mandati te cogam, vt eam mihi præstes, nec quicquam à te aliud amplius consequar, quia quoties non alia de causa quis tenetur, quàm quod actionem aduersus alium habeat, non ad aliud obligatur, quàm vt eam actionem præstet, & sola delegatio pro iusta præstatione est, vt Papin. loquitur in *l. quod debetur 51. in fin. sup. de pecul. d. l. si procuratorem §. si quis mandauerit l. hærede 14. l. Papin. 28. inf. tit. prox.* Nec recusari vnquam ferè cessio actionis potest, tum quia inutilis mansura esset penes eum qui cedere iubetur, & fit semper sine vllo dispẽdio aut incommodo cedẽtis, *l. in creditore 38. inf. de euict.*

12 ¶ Quod si rem tibi dedi, vt, si Titius rem non recepisset, tu custodires. nec eam recepit: videndum est, vtrum depositi tantum, an & mandati actio sit. & Pomponius dubitat: puto tamen, mandati esse actionẽ: quia plenius fuit mandatum, habens & custodiæ legem.

Ad §. 12. Quod si rem.

RAT. DVB. Cùm rem tibi dedi perferendam ad Titium ea lege adiecta, vt si Titius rem non recepisset, tu eam custodires, videtur inter nos actum, vt res mea apud te sit, eodem iure, quo futura erat apud Titium si eam recepisset. Videris enim quodammodo in eius locum substitutus. Atqui si Titius rem illam à te recepisset meo nomine, is depositi actione mihi teneretur, vt superiore §. diximus. Ergo & cùm recusante Titio tu rẽ meam custodiendam detines, actione depositi mihi obstrictus es, non mandati. DEC. Cùm vna eadémq; persona est quæ & mandatum & depositum suscipit, ille contractus prævalet, qui primus est, vt dicemus in §. sequenti, quia initium cuiusque contractus inspiciendum est & causa, vt in præcedentibus docuimus ex *l. si procuratorem. 8. in princ. infr. tit. prox. & §. si seruus deposuit. 30. infr. hac lege l. si id quod 58. §. si filius-fam. inf. pro soc. l. 3. §. suo in fin. supr. de minor.* Atqui in hac specie ponimus dedisse me tibi rem meam nõ modo perferendam ad Titium, sed etiam apud te custodiendam, si Titius recipere nollet. Igitur dubitandum non est, quin primus contractus fuerit mãdati, adeóque solus nullo admixto contractu depositi, quia non magis alienum est à mandato, vt mandem tibi rem meam custodiendam, quàm vt mandem perferendam, quamuis si mandarem tantum custodiendam, depositum censeri deberet, nõ mandatum, cùm depositum nihil aliud sit, quàm quod custodiendum datur. Non autem datur custodiendum, nisi quod custodiendum mandatur. Est igitur hoc mandatum rei scilicet non tam custodiendæ quàm perferendæ, sed tamen quod plenius est, quàm si esset simplex mandatum rei perferendæ, quoniam habet annexam custodiæ legem. Neque enim existimandum est, quoties custodiæ mentio fit depositum contrahi, cùm etiam in cæteris contractibus plerumque soleat conuenire de custodia, *l. si vt certo 5. §. custodiam & seq. sup. commod. l. 1. §. 1. l. 3. & passim. infr. de peric. & commod rei vend.* quamuis depositum nihil aliud sonet quàm susceptam simpliciter rei custodiam, idque est quod Bart. ad §. hunc non malè notat, quando præcedit contractus perfectus, & adiicitur conuentio quę potest cadere in nomẽ primi cõtractus induci potiùs informationẽ quã reformationẽ primi contractus & quã nouũ cõtractũ, nũquã. n. multiplicãdi sũt cõtractus sine necessitate, sicut nec entia apud Philosophos.

13 ¶ Idem Pomponius quærit: si tibi mandauero, vt rem ab aliquo, meo nomine receptam custodias, idque feceris: mandati, an depositi tenearis? & magis probat, mandati esse actionem: quia hic est primus contractus.

Ad §. Idem

BIU Cujas

Ad §. Idem Pomponius. 13.

RAT. DVB. Quisquis rem aliquam penes alium deponit, is vtiq; mandat eam custodiendam, & depositi actionem sibi acquirit, vt *supr. diximus.* Ergo si mandauero tibi vt rem ab aliquo meo nomine receptam custodias, & tu id feceris, depositū videri debet potius quàm mandatum, & depositi actio mihi danda esse non mandati.

DEC. Vniuscuiusq; contractus initium inspici debet & causa vt iam toties diximus ex §. *si seruus deposuit* 30. *infr. hac lege l. si procuratorem* 8. *in princip. infr. tit. prox.* Atqui contractus, de quo agimus, incipit à mandato, non à depositō, mandaui enim tibi, vt rem meam meo nomine ab alio receptam custodires. Ergo mandatum hoc censeri debet, non depositum. Mandatum inquam habens custodiæ legem, vt in §. *præcedente*, Id est, non simplex, sed plenius quàm soleat esse simplex mandatum. Ac præterea constat in hoc mandato aliud quoq; contineri scilicet rei meæ recipiendæ, quæ penes alium erat. Recipere enim eam te oportuit priusquam possis custodire. Ergo præcedit mandatum non vnicum, sed duplex. Primum rei recipiendæ, alterum rei receptæ custodiendæ. Quemadmodum, cùm rem meam mandaui tibi præferendam à Titio, deinde custodiendam si Titius nollet eam accipere, vt in specie §. *superioris.*

14 ¶ Idem Pomponius quærit, si apud te volentem me deponere, iusseris apud libertum tuum deponere, an possim tecum depositi experiri. & ait, si tuo nomine, hoc est, quasi te custodituro, deposuissem: mihi tecum depositi esse actionem. si verò suaseris mihi, vt magis apud eum deponam, tecum nullam esse actionem, cum illo verò depositi actio est, nec mandati teneris, quia rem meam ipse gessi. [a] Sed si mādasti mihi, vt periculo tuo apud eum deponam, cur non sit mandati actio, non video. [b] Plane si fideiussisti pro eo. Labeo, omnimodo fideiussorem teneri ait, non tantùm si dolo fecit is, qui depositum suscepit: sed & si non fecit, est tamen res apud eum. [c] quid enim, si fureret is, apud quem depositum est, vel pupillus esset, vel neq; heres, neq; bonorū possessor, neq; successor ei existaret? tenebitur ergo, vt id præstet, quod depositi actione præstari solet.

Ad §. Idem Pomponius quærit. 14.

RAT. DVB. Nihil interest, an deponam penes te, an penes alium te iubente, quia vt habet Iuris regula, quod per alium quis facit, per seipsum facere videtur. *l. siquis id quod.* 7. §. *vlt. Supr. de Iurisdict. l. ita autē.* 5. §. *quod si quis inf. de admin. & peri. tut. l. quia perinde est* 42. *inf. ad Trebell.* Atqui ponimus me, cùm vellē apud te deponere, iussu tuo apud libertū tuū deposuisse. Ergo perinde actionem depositi habete contra te debeo, atque si eam rem apud teipsum deposuissem. DEC. Multum interest an apud libertum tuum deposuerim tuo nomine, hoc est, quasi teipso per libertum tuum rem meam custodituro, an verò mihi persuaseris, vt magis apud eum, quam apud te deponerem. Priore casu mihi tecum depositi actio est, videris enim esse depositarius, & libertus tuus nihil nisi nudum ministeriū tibi præstare, vt in *l. quod meo* 18. *inf. de acquir. possess. l. & licet* 15. *supr. de pecun. const.* Posteriore autem casu nulla mihi tecum actio esse potest, nec depositi, quia, non tu depositarius es, sed libertus tuus, nec rursus mādati, quia rem meam gessi, id est, quia magis meo studens commodo apud libertum tuum deposui, quàm quod fidem tuam sequi vellē, vt *in l. nauis. 6. in fin. sup. de lege Rhodia de iact.* Aliud siquidem est mandare, aliud verò persuadere, cùm persuasio nihil sit nisi consilium, quod nunquam obligat si careat fraude. *l. ob hæc verba.* 20. *supr. de his qui not. infam. l. seruus.* 20. *supr. de dol. l. 2. in fin. inf. tit. prox. l. consilij.* 47. *de reg. iur.* Sed cum liberto tuo erit mihi actio depositi, quia verè depositarius est, nec potest videri tuo nomine accepisse id quod tu ipse accipere & custodire recusasti, quodq; ego à te persuasus malui apud eum, quàm apud te deponere.

a *Sed si mandasti mihi.* RAT. DVB. Etiam cùm mandasti mihi vt periculo tuo apud libertum tuum potius quàm apud te deponerem, verum est, libertum tuum esse depositarium. Ergo depositi actio dari contra eum debet non mandati contra me. Præsertim cùm non eo minus verum sit me rem meam gessisse, id est, depositarium elegisse libertū tuum, potius quàm fidem tuam sequi voluisse.

DEC. Quoties quis cum vno quidem contrahit, sed periculo alterius magis sequi videtur fidem eius qui periculum in se recipit, quam illius cum quo contrahit, quasi non fuerit cum eo contracturus nisi alius periculo suo contrahi iussisset *l. si mandatu meo.* 45. §. *quod mihi iuncta l. si verò* 12. § *si quis mandauerit* 13. *infr. tit. prox.* Ergo si mandaueris mihi vt periculo tuo apud libertum tuum deponerem quamuis libertus non eo minus depositi actione teneatur, tu tamen mihi actione mandati teneberis, non tamen simpliciter, sed ita demum si rem à liberto tuo seruare non possim, propter eius siue perfidiam siue inopiam. Duo enim hi præcipui casus sunt in quibus periculum mihi præstare potes & debet, vt quantominus à liberto tuo seruare potero, id à te mandati actione consequar, *l. si quis alicui* 27. §. *vltim. l. si mandatu meo* 13. *infr. de fideiuss.*

b *Plane si fideiussisti.* RAT. DVB. Fideiussor non potest accipi in duriorem & grauiorem causam. *l. Græcè* 8. §. *illud commune infr. de fideiuss.* Atqui libertus tuus, qui depositum à me accepit, non aliter tenetur actione depositi, quàm si dolo id fecerit, cùm depositarius non nisi de dolo teneatur, *l. si vt certo* 5. §. *nunc videndum supr. commod. l. si seruus* 61. §. *quod vero infr. de furt.* Ergo neque tu qui pro eo fideiussisti teneri omnimodo debes, sed ita demum si dolo quid fecerit.

DEC. Quisquis rē deposuit, statim potest agere

BIU Cujas

depositi, etiam priusquam dolus vllus admissus sit, quia hoc ipso incipit depositarius dolo malo facere, quod rem quam suscepit custodiendam, reposcenti non reddit, §. *est autem* 22. *l. si procuratorem* 8. §. *penult. infr. tit. prox.* Ergo & tu tanquam fideiussor liberti tui statim conueniri poteris depositi, etiam priusquam libertus tuus dolo aliquid fecerit, si modo tamen res deposita penes eum sit, vt sequitur in textu, vt scilicet restituendæ eius habeat facultatem, ac ni restituit, tum saltē dolo facere videatur.

c *Quid enim si fureret.* Tres casus hic proponuntur in quibus res deposita potest esse penes depositarium, nec tamen depositarius possit eam restituere, nec proinde dolum admittere in eo quod rem nō restituat, primus casus est, si furere cœperit, qui enim furiosus est, pupillo comparatur, *l. Fulcinius* 7. §. *planè interdum* 11. *infr. quib. ex caus. in possess. eat.* Imò in plerisque deterioris conditionis esse creditur, *l. in negotiis* 5. *de reg. iur.* quia nullo modo consentire potest qui nec sentire videtur: inquit Pomponius in *l. si tibi* 8. §. *vnius de opt. leg.* Ideóque nec conueniri potest, nec rem restituere, ne quidem cum curatoris autoritate, sed restitutionem à curatore ipso fieri oportet, in quo differt à pupillo qui omnia potest facere cū tutoris autoritate, *d. l. in negotiis.* Secundus casus hic similis si depositarius sit pupillus, non qui depositū ipse susceperit sine autoritate tutoris (hic enim nō obligaretur nisi proponeres doli capacē & dolum ab eo admissum fuisse §. *prox. infr.* Sed qui depositario successerit, & consequenter actione depositi ex causa hereditaria teneatur, nam neque hic conueniri potest, neque depositum restituere sine tutoris autoritate: Imò nec aliud quicquam facere, nec si se liberare velit, §. *vlt. Inst. quib. alien. lic. vel non.* Quòd si ponas hunc ipsum pupillum tutore autore depositum accepisse, erit quidem actione depositi obstrictus, vt tutore quoque autore conueniri possit, sed tamen non magis poterit condemnari, tametsi reposcenti domino depositum non restituat, quia non potest dolum admittere in non restituēdo depósito, qui nec dolo facere quicquam potest, nisi fingas esse illū tā proximum pubertati, vt etiam doli capax sit, *d. §. prox. infr.* Tertius casus est, si neque hæres neque bonorum possessor, neque successor vllus existat depositario: hoc enim casu nemo est in quem transire possit obligatio & actio depositi quæ competierat cōtra defunctam, & quam proinde morte ipsius extinctam fuisse fatendum est, *l. habere licere* 57. *infr. de euict. l.* 1. *C. de obl. & act.* His igitur tribus casibus cùm depositarius dolo facere nihil possit, ideóque nec depositi actione condemnari, nec fideiussor quoque ipsius tenebitur, nec denique alio vllo casu nisi vt præstet quod depositi nomine præstari solet id est, dolum depositarij: fideiussor enim antequam reus debeat conueniri nunquam potest *l. fideiussor* 57. *infr. de fideiuss.* Quæ ratio etiam est *l. postquam* 5. *in princ. infr. vt legat. nom. cau.* quam nescio cur Accurs. huic legi opponat quasi contrariam, nisi quod putat & post eum Bartolus Vlpiani sententiam in hoc §. eam esse, vt eo quoque casu quo neque hæres, neque bonorum possessor, neque successor quisquam depositarij existat, depositarij fideiussor nihilominus teneatur propter verba illa postrema huius §. *tenebitur ergo vt id præstet, quod depositi actione præstari solet.* In quo tamen errat, his enim verbis respondet Vlpian. generaliter ad quæstionem, quæ de eo proposita erat, an fideiussor depositarij omnimodo teneatur, & respondet teneri, sed de eo tātum quòd à depositario præstari solet. Et consequenter non teneri, si depositarius talis sit qui dolo facere nihil possit, nec proinde præstare quicquam debeat, vt contingit in tribus casibus supradictis. Aliud iuris est in fideiussore tutoris de quo in *l. sine herede* 32. *de admin. tutor.* & alterius cuiuslibet debitoris, *l. Stichum aut Pamphilum* 95. §. 1. *de solut.* quia his casibus obligatio iam sic nata est viuo adhuc debitore, vt omnimodo fuerit condemnandus. In proposito autem licèt statim nascatur actio cōtra depositarium, tamen non aliter condemnari potest quàm si vel dolum admiserit antequàm conueniretur, vel in non restituendo, cùm conuenitur. Est enim hæc quædam velut condicio nō sub qua depositarius sit obligatus, sed sine qua nō potest cōdemnari. Ergo nec eius fideiussor, quia aduersus obligationē & legē depositi cōmitti nihil potest, licet supersit hereditas, quia hereditas non potest dolo quicquam facere, cùm dolus sit facti: quę autē sunt facti, in hereditatem nō transeunt *l.* 1. §. *Scæuola si is qui test. lib. eff. iuss.* Iunge quæ scripsit *Cuiac. lib.* 15. *obseruat. cap.* 9. Vbi melius ille quàm hic Accursius.

15 ¶ An in pupillum, apud quem sine tutoris auctoritate depositum est, depositi actio detur: quæritur. sed probari oportet, si apud doli mali iam capacem deposueris, agi posse, si dolum commisit. nam & in quantum locupletior factus est, datur actio in eum, & si dolus non interuenit.

Ad §. An in pupillum. 15.

Rat. dvb. Pupillus sine tutoris autoritate obligari non potest, nec magis re & traditione quàm nudo consensu, *l. obligari.* 9 *infr. de autorit. tut. l. more.* 8. *& l. seq. de acquir. hæred.* Ergo nō potest contra eum competere actio depositi, cùm actio quælibet personalis supponat præcedentem obligationem personalem, *l. licet.* 42. §. *ea obligatio de procur.* Adde quod depositarius non tenetur nisi de dolo, vt sæpius diximus, præsertim ad §. *si conuenit. & sequentem & in §. prox. supr.* Pupillus autem regulariter non est doli capax, cùm illa ætas ignoret etiam ea quæ videt, *l.* 1. *C. de fals. monet.* nec valdè distet pupillus à furioso, vt scriptum est in *l. Fulcinius.* 7. § *planè interdum* §. *quibus ex causis in possessionem eatur.* Ergo depositi actio contra pupillum dari nō potest si depositum sine tutoris autoritate susceperit.

Dec. Pupillus qui pubertati proximus est, id est, cui semestre tantum deest ad pubertatem, vt Callistratus interpretatur in *l. nō tantū* 7. *inf. de excusat. tut.* doli capax esse potest, in his præsertim quæ nō magnā machinationē exigunt, vt Paulus loquitur in *l. quid enim* 14. *sup. de dol.* cuiusmodi est nolle restituere depositū, §. *est autē* 22. *inf. hac lege & l. si procuratorē* 8. §. *penult. inf. tit. prox.* Ergo etiā pupillus hoc casu depositi cōuenietur, alius casus est si pupillus fact⁹ sit locupletior ex alieno damno, quod contingit in eo qui perfidè negat se depositū accepisse, aut accepti denegat restitutionē, hic enim non solum obligatur naturaliter, *l. naturaliter.* 13. §. *vlt. cū l. seq. sup. de cond. indeb.* Sed etiam ciuiliter post rescriptum scilicet Diui Pij, de quo in *l.* 3. §. *pupillus l. Nesennius* 34. *supr. de neg.*

BIU Cujas

de neg. gest. leg. 3. in princip. supr. Commod. Ergo hoc quoque casu depositi actione conueniri potest, non quod dolum commisisse, & ex aliena iactura locupletatum esse paria sint, vt putat Accurs. ex *l.vn. C. de reputat. quæ fiunt in iud. in integ. restit.* Sed quia hi duo casus singuli suam propriam & separatam habent rationem. Nam & fieri potest vt pupillus qui pubertati non est proximus, nec proinde doli capax, locupletetur tamen cum aliena iactura ni contra eũ actio detur, vt in *d.l. naturaliter.* §. *vlt.* Obligatur sanè pupillꝰ naturaliter ex causa mutui accepti etiã sine tutoris autoritate, *l.vlt.* vbi diximꝰ *sup. de iure iur. l. Stichũ aut Pamphilũ* 95. §. *naturalis, &* §. *aditio. inf. de solut. l. si pupillus* 21. *ad. leg. falcid. l. cùm illud* 25. §. *hæres meus. quando dies legat. ced.* Sed tamen non posset obligatio illa naturalis parere actionem depositi aut vllam aliam, nisi præterea illud concurreret, vt pupillus vel ex dolo suo, vel ex rescripto Diui Pij conueniri posset.

16 ¶ Si res deposita deterior reddatur: quasi non reddita, agi depositi potest. cùm enim deterior redditur, potest dici, dolo malo redditam non esse.

Ad §. Si res deposita.

RAT. DVB. Res quæ deterior redditur à depositario non eo minus illa ipsa est quæ deposita fuit. Nec enim deterioratio mutat speciem, sed tantum minuit valorem *l. penult. supr. de condict. tritic.* Ergo nihil facit dolo depositarius qui rem apud se depositam, quamuis deteriorem factam, talem qualis est, restituit, dummodo nec eam deteriorem fecerit, nec deteriorem fieri passus sit dolo malo.

DEC. Depositarius ad hoc tenetur, vt depositum reddat, alioquin hoc ipso facere dolo malo videtur, quod depositum poscenti non reddit, §. *est autem* 22. *infr. hac lege l. si procuratorem.* 8. §. *dolo infr. hoc tit.* Atqui res deposita quæ deterior redditur, nec reddi intelligitur: nisi præterea id quod interest præstetur. *l.* 3. § *si reddita infr. commod. l. qui tabulas.* 42. *supr. ad leg. Aquil. l. mulieris.* 13. §. 1. *de verb. sig.* Quod enim fit deterius, ex parte perit. *d.l. penult.* vbi diximus *supr. de condict. trit.* Ergo & videri potest depositarius dolo malo rem depositam non reddere qui corruptam & deteriorem factam reddit. Quemadmodum, nec omninò exhibere creditur is qui rem deteriorem exhibet, ideóque in factum actione tenetur, quamuis ad exhibendum amplius non teneatur, *l. exhibitionis.* 7. *C. ad exhibendum.* Nam licet exhibuerit reuera eam ipsam rem cuius exhibitio postulabatur, non tamen satisfecit omnino æquitati exhibitionis, quia ei deteriorem exhibuit, & idcirco teneri posset actione ad exhibendum vtili si qua esset, sed quia nulla est, vt ait *lex conseruus* 16 *supr. ad exhib.* datur actio in factum subsidiaria, *d.l. exhibitionis.*

17 ¶ Si seruus meus deposuerit, nihilominùs depositi habebo actionem.

Ad §. Si seruus meus. 17.

RAT. DVB. Quæcunque facti sunt, non transeunt à seruo in dominum, *l. qui heredi.* 44. *de cond. & demonst.* quia seruus eorum omnium capax est quæ sunt facti, *l. nec seruus* 41 *supr. de pecul.* Atqui contractus omnes sunt facti, nec minùs depositum, quàm cæteri. Maximè cùm perficiatur traditione quę ipsa etiam est facti, *l. consilio* 7. §. *vlt. infr. de curat. furios.* Ergo quod seruus reuera deposuit, non potest dici dominus deposuisse, nec proinde ex depositi serui actionem dominus habere potest.

DEC. Ex contractibus omnibus quamuis sint facti, nascuntur tamen obligationes & actiones quæ sunt iuris, & quidem ciuilis, cuius omninò incapaces sunt serui, qui non tantum ciuili iure, sed etiam prætorio pro nullis habentur, *l. quod attinet* 32. *de reg. iur. l. qui testamento.* 20. §. *seruus. Infr. qui testam. fac. poss. l. nullo modo.* 7. *ad leg. Cornel. de falsi.* & ideo acquiruntur obligationes illæ & actiones domino per seruum, non tantùm ignoranti, sed etiam inuito, *l. etiam* 32. *de acquir. rer. dom. l. seruus vectante* 62. *de verb. obl.* Ita vt ne momento quidem temporis acquisitio in persona serui consistat, *l. placet.* 79. *de acquir. hered.* Ergo si seruus meus deposuerit, siue rem meam, siue alienam, & siue me sciente, siue ignorante, nihilominus depositi habebo actionem, vt hîc scriptum est, & in §. *non solùm* 27. *&* §. *si seruus* 30. *infr. hac lege.*

18 ¶ Si apud seruum deposuero, & cum manumisso agam: Marcellus ait, nec tenere actionem, quamuis solemus dicere, doli etiam in seruitute commissi teneri quem debere: quia & delicta, & noxæ caput sequuntur. erit igitur ad alias actiones competentes decurrendum.

Ad §. Si apud seruum. 18.

RAT. DVB. Manumissus tenetur ex dolo quem in seruitute commisit, *l. licet* 4. *C. an seruus ex suo fact. post manum. teneat.* quia & delictum & noxa caput sequitur, vt hîc scriptum est, vt in *d.l. licet* & alibi sæpe, ac proinde etiam dolus, quia dolus quoque delictum est, vt Accursius hîc notat, sicut nec delictum vllum sine dolo fit, *l.* 3. *de crimin. stellionat.* Atqui depositarius non tenetur nisi de dolo, id est, nisi vel dolum admiserit antequam conueniretur, vel eo saltem tempore quo conuenitur, non restituendo depositum quod ab eo reposcitur, *§. est autem* 22. *inf.* Ergo si apud seruum deposuero, etiam cum manumisso propter dolum agere potero.

DEC. Ex contractu inito in seruitute non potest agi contra manumissum post manumissionem *l.* 1. *& tot. d. tit. an seru. ex suo fact.* Atqui actio depositi nascitur ex contractu, non ex delicto aut dolo, licet non detur nisi ratione doli, *l. si hominem* 7. §. 1. *infr. hoc tit.* Ergo si apud seruum deposuero qui postea manumissus sit, agere contra eum depositi non possum, & si agam de facto, quòd prætor forte per imperitiam actionem mihi dederit, non potest actio tenere, quæ ex iuris ratione non competit, sed intellige, nisi depositarius etiam post manumissionem habeat adhuc rem depositam, quam proinde possit restituere, tunc enim ratione præsentis possessionis conueniri potest depositi, quia & dolum committere potest non restituendo depositum, *dict. §. est autem* 22. *infr. & l. si procuratorem* 8. §. *dolo autem. infr. tit. prox.* Idque est quod Paulus scribit in *leg. si apud filiumfamilias* 21.

BIU Cujas

infr. hoc titul. In illis verbis, *Et manumissus rem teneat.* Atque ita hic locus cum illo debet conciliari, reiectis cæteris conciliationibus Accursij, qui tamen hanc quoque non prætermisit. Quod ergo sequitur in hoc §. ad alias actiones competentes recurrendum esse, si cum Accursio velis intelligere, de rei vindicatione, vel de actione ad exhibendum caue ne sic intelligas, quasi actiones illę contra manumissum exerceri possunt, non enim competunt nisi contra possessorem, *l. officium. 9 supr. de rei vindicat. l. 3. §. vlt. & passim. ad exhibend.* Si autem manumissus possideret, etiam depositi actione conueniri posset. Erunt igitur supra dictæ actiones exercendæ, contra manumissorem, aut alium quemlibet rei depositæ possessorem. Qui si etiam fur sit, & condictione furtiua, & furti actione conueniri præterea poterit, siquidem omnes hæ actiones contra furem competunt, *l. si pro fure 7. §. 1 supr. de condict. furt. §. sic itaque Instit. de action.*

19 ¶ Hæc actio bonorum possessoribus, cæteríque successoribus, & ei, cui ex Trebelliano Senatusconsulto restituta est hereditas, competit.

Ad §. Hæc actio. 19.

RAT. DVB. Actio depositi non alij potest competere quàm ei qui deposuit & rem depositam tradidit, cum depositum sit ex iis contractibus qui re & traditione perficiuntur, *l. 1. §. is quoque. infr. de obl. & act. §. præterea Inst. quib. mod. re contrahitur obligatio.* Atqui verum est neque bonorum possessorem, neque alios successores, qui alio quàm heredum iure succedunt, nec denique eum cui ex Trebelliano Senatusconsulto restituta est hereditas deposuisse rem quam defunctus deposuit, quia depositum cùm à ponendo dictum sit, vt scriptum est in principio huius legis, factum designat, facta autem omnia sunt personalia, nec personam facientis egrediuntur, *l. qui heredi. 44. de cond. & dem.* Ergo depositi actio iis competere non potest, aliáque videtur esse causa heredis qui succedit ex lege duodecim tabularum in omnia defuncti iura, *l. nihil est aliud 24. de verb. sig. l. heredem. 59. de reg. iur.* Nam lex duodecim tabularum eadem illa est, quæ in eum transfert iura omnia defuncti tam actiua quàm passiua, quæ alioquin morte patrisfamilias intercíderent, nisi lex fictionem induceret hereditatis, quæ defuncti personam repræsentaret, vt postea transferre posset eadem iura in heredem, *l. 1. §. Scæuola infr. si is qui testa. liber esse iuss. fu. Iuncta l. 1. Cod. si cert. pet. l. vlt. Cod. de heredit. action. l. heres & hereditas. 22. infr. de vsucap.* At prætor non idem ius tribuit bonorum possessoribus, quia quos vocat ad bonorum possessionem, non potest facere heredes. §. *quos autem. Inst. de bon. possess.* sicut nec is cui restituta est hereditas ex Trebelliano, fit heres, sed tantum heredis loco, *l. 1. & 2. & passim. infr. ad S. C. Trebell.* quia is qui restituit hereditatem, heres nihilominus remanet. §. *restituta. Inst. de fideic. hered.* cùm quisquis heres semel fuit, semper perseueret, *l. ei qui soluendo de hered. instit.* vni autem duo esse non possunt heredes, *l. quod contra 141. §. vni. de reg. iur.*

DEC. Bonorum possessores & is cui restituta est hereditas ex Senatusconsulto Trebelliano, alíque huiusmodi successores vniuersales, licet non sint heredes, heredum tamen loco sunt, & in omnibus eodem fere iure censentur, *l. 1. 2. & 3. infr. de bon. possess.* quia prætor, cuius est actiones omnes dare vel denegare, dat eis & in eos omnes actiones hereditarias, perinde ac si heredes essent. Ergo dabit illis etiam actionem depositi, quia licet depositum sit facti, obligationem tamẽ parit, quæ iuris est, & quæ proinde transit in vniuersales iurium omnium successores, cuiusmodi sunt bonorum possessores, & illi quibus restituta est ex Trebelliano hereditas, vnde est quod dicimus heredis appellatione omnes significari successores: *l. heredis. 170. l. bonorum. 208. de verb. sig. iuncta l. hereditatis. 138. eod.* Maximè verò id obtinet in his obligationibus quæ ex contractu nascuntur, quoniam quisquis contrahit, hoc agit, vt non tantum sibi, sed etiam successoribus suis prospiciat, *l. si pactum 9. infr. de probat.* Ita vt adiectio quæ fit de heredibus, plerunque sit superuacua, vt vulgo iactari solet, ex *l. cum precario. 21. infr. de precar.* vbi tamen Venuleius de eo tractat qui precario rogauit non sibi & heredibus, sed sibi & suis. Quo nomine domesticos intelligi puto, non heredes.

20 ¶ Non tantùm præteritus dolus in depositi actionem venit, sed etiam futurus, id est, post litem contestatam.

Ad §. Non tantum. 20.

RAT. DVB. Dolus solus causam dat actioni depositi, §. *est autem. 22. infr. & l. quod Nerua. 32. hoc tit.* Atqui causa debet semper effectum suum præcedere, vt iactant philosophi. Ergo præteritus tantum dolus in actionem depositi venire debet, non etiã futurus, id est qui post litem contestatam admittitur. Quid enim ad prætorem, aut ad iudicem pertinet futuri temporis tractus, vt ex paulo scriptum est in *l. 1. §. 1. vers. Paulus notat infr. de vsur.*

DEC. Post iudicium acceptum tota causa quæ ad depositum restituendũ pertinet, in iudicio versatur. Iudicij enim statim atque iudex factus est, omnium rerum officium incumbit, quæcumque in iudicio versantur, & magis earum quæ post acceptum iudicium contingunt, quã quæ ante cõtigerunt, *l. ædiles. §. item sciendũ est. infr. de ædil. edict.* Ergo & si post litem contestatam depositarius aliquid in re deposita fecerit, perinde atq; propter dolum antea admissum condemnari debet. Adeóque etiamsi nullus contestationem dolus præcessisset, quia sufficit contractum præcessisse, & sententiæ tempore subesse materiam ex qua possit sequi condemnatio, vt in *l. si rem. 9. §. vlt. supr. de pignor. act. l. quæsitum 30. supr. de pecul. l. sin autem 27. §. 1. supr. de rei vind. l. 3. & l. quod si in diem 16. in princip. supr. de hered. petit.* Idque in depósito tanto magis habere locum debet, quod, licet per actionem depositi nihil nisi dolus indicetur, actio tamen depositi non ex dolo nascitur, sed ex depósito, vt diximus ad §. *si apud 18. supr.* & nascitur ei qui deposuit statim atque deposuit, si depositarius nullum aliũ dolũ admiserit. *d. §. est autem. 22. infr.* Sufficit ergo contractum depositi præcessisse, vt per actionem depositi futurus quoque dolus vindicetur. Simile est quod in petitione hereditatis idem Vlpianus noster scribit in *leg. sed etsi §. si ante litem. 7. supr. de hered. petit.* Quod autem scriptum est in *d. l. 1. §. 1. de vsur.* futuri temporis tractum ad officium

iudicis

BIU Cujas

iudicis nil pertinere, de eo tempore intelligendum est, quod sequitur condemnationem, non quod sequitur contestationem, & præcedit sententiam, vt constat ex *d. §. item sciendum est.*

20 ¶ Inde scribit Neratius, si res deposita sine dolo malo amissa esset, & post iudicium acceptum recuperaretur. nihilominus rectè ad restitutionem reum compelli: nec debere absolui, nisi restituat.

Ad §. Inde scribit Neratius. 20.

RAT. DVB. Cùm res deposita sine dolo malo amissa est, omnino liberatur depositarius, ne depositi teneatur, adeo vt nec cauere debeat de ea reddenda, si ipsam recuperauerit, *l. si sine dolo.* 20. *infr. hoc tit.* Ergo depositi actio contra eum instituì non potest, cum omnis actio præsupponat præexistentem obligationem *l. nihil aliud.* 51. *de obl. & act.* Ac proinde non potest ex ea actione tanquam malè instituta sequi condemnatio, cùm nemo possit agere sine actione *l. si pupilli. §. vlt. supr. 6. de neg. gest. l. quoties.* 9. *§. generaliter l. tutores.* 39. *in princip. infr. de admin. tut.* Neque ex actione malè instituta vincere. *l. vn. in fin. supr. quando dies vsusfruct. leg. cedat.* Nec si post acceptum iudicium depositarius rem recuperet quam amiserat, ideò condemnandus videtur, cùm non possit videri in iudicium veniisse id quod post acceptum iudicium accidit. Ideoque alia interpellatione & nouo iudicio opus est *l. non potest* 2. *supr. de iudic.*

DEC. Quisquis deposuit, rectè intendere potest depositū sibi restitui debere, quāuis eo tempore res deposita sine dolo depositarij amissa sit, nec quod amissa sit, facere potest, vt eo minus teneat intentio actoris: Sed tantū vt nihilominus absolui depositarius debeat, si nihil dolo fecerit *§. est autē. 22. infr.* Ergo si priusquam absoluatur, & pendente adhuc iudicio rem recuperet, perinde condemnari debet actione depositi, ac si rem ab initio habuisset, quia licèt nihil dolo fecerit tum cum litem contestabatur, nunc tamen dolo facit, qui rem depositam quam habet, & restituere posset si vellet, non vult restituere *d. l. si sine dolo in fin. l. 2. §. circa. infr. de dol. mal. excep.* Sicque argumentatur Iurisconsultus in *l. quæsitum* 30. *supr. de pecul.* Idemq; iuris est in rei vindicatione *l. sin autem.* 27. *§. 1. supr. de rei vindic.* & in petitione hereditatis *l. Item videndum.* 18. *§. 1. de hered. petit.* & in actione ad exhibendum *l. trigni.* 7. *§. penult. supr. ad exhib.* Neque verò existimandum est amissione rei depositæ sine dolo malo depositarij ita eum liberari, vt obligatio & actio depositi omnino intercidat, tenet enim quousque res deposita restituta sit. Ideoque nec simpliciter absoluendus est depositarius, sed interim duntaxat, id est, quousque rem depositam recuperauerit. Nascitur enim non quidem actio depositi, sed necessitas absoluendi interim depositarij, ex eo quod depositarius neque rem restituere possit, neque dolo fecerit quominus posset, ac proinde nascitur ex præsenti possessione, aut non possessione rei depositæ, quemadmodum de vindicatione scriptum est in *l. non aliàs* 24. *§. sed si postulatur. supr. de iudic.* Possessionem autem illam sufficit præsentem esse tempore condemnationis, quia dolus non tantum præteritus, sed etiam futurus venit in hanc actionem, vt scriptum est in *§.* præcedente. Ex quo infertur, & sequitur quod scriptum est in hoc §. vt probant prima illa verba, *Inde scribit Neratius.* Itémque quod dicemus in *§. proximè sequenti.*

21 ¶ Idem Neratius ait, quamuis tunc tecum depositi actum sit, cum restituendi facultatem non habeas, horreis forte clausis, tamen si antea condemnandi facultatem habeas: condemnandum te, nisi restituas: quia res apud te est. Tunc enim quærendum, an dolo malo feceris, cùm rem non habeas.

Ad §. 21. Idem Neratius ait.

RAT. DVB. & DECID. Ad hunc §. eadem fere est quæ ad præcedentem, nisi quod in §. præcedente res deposita amissa erat tempore accepti iudicij. In hoc verò non tam ipsa res amissa erat quàm rei restituendæ facultas, horreis putà clausis in quibus res erat, videbatur ergo etiam hoc casu non posse condemnari depositarium ex ea actione, quæ contra ipsum instituta esset, quo ita rem habebat, vt tamen eius restituendæ facultatem nō haberet. Tunc enim dolo facit depositarius cùm non restituit id quod restituere possit si velit. *§. proximo. infr. l. si procuratorē. 8. §. dolo autem infr. tit. prox.* Nec quod postea sint aperta horrea, & nactus ille sit restituendæ rei facultatem, videtur sanare posse actionem malè institutam. Sed decidendi ratio eadem est, quæ à nobis allata supra fuit, quòd imò verò teneat actio depositi contra depositarium etiam illo casu quo restituendæ rei non habeat facultatem, siquidem nascitur ex contractu depositi non ex depositarij dolo, de quo tum demum quærendum est, cùm depositarius rem non habet, quæ scilicet amissa, vt nimirum sciatur, an depositarius eam dolo malo amiserit nécne: Sed cùm rem habet, siue quæ aliquando amissa fuerit, siue quæ nunquam de illo duntaxat quærendum est: An eius restituendæ facultatem habeat nécne, vt si non habeat, condemnandus non sit, si verò habeat, condemnandus sit ratione doli non præteriti, sed præsentis, quia nunc incipit dolo facere, qui rem non restituit cùm possit, *d. §. prox. infr.* Pendet itaque hic §. sicut & superior, ex eo quod scriptum est in *§. non tantum*, non tantum dolum præteritum in hanc depositi actionem venire, sed etiam futurum. Qui enim futurus dicitur inspecto tempore contestationis quam sequitur, idem præsens est inspecto tēpore condemnationis, sic in actione ad exhibendum. *l. tigni. 7. §. vlt. supr. ad exhibend.* Vbi additur oportere tamen vt actoris interfit, vtroque tempore & litis contestatæ & condemnationis ei rem restitui, alioquin actio certè non teneret, si tempore litis contestatæ & dictandæ formulæ nihil eius interesset. Quod & in depositi actione & in qualibet alia obtinet.

BIU Cujas

22 ¶ Est autem & apud Iulianum libro decimotertio digestorum scriptum, eum, qui rem deposuit, statim posse depositi actione agere, hoc enim ipso dolo facere eum, qui suscepit, quòd reposcenti rem non reddat.[a] Marcellus autem ait, non semper videri posse dolo facere eum, qui reposcenti non reddat. quid enim, si in prouincia res sit: vel in horreis, quorum aperiendorum condemnationis tempore non sit facultas? vel condicio depositionis non exstiterit?

Ad §. Est autem. 22.

RAT. DVB. Videntur hæc esse contraria, vt actio depositi nascatur statim atque quis deposuit, & vt non detur nisi interueniente dolo depositarij, neque enim quisquam dolo facere credendus est hoc ipso quod depositum accipiat. Alioquin etiam condictione furtiua hoc ipso teneretur, perinde ac si dolum malum in re deposita admisisset, quod tamen non ita est *l. si quis inficiatus* 13. §. 1. *hoc tit.* Ergo verum esse non potest quod Vlpianus ex Iuliano hic scribit, eum qui rem deposuit, statim posse depositi actione agere, cùm illud verissimum sit non nisi de dolo depositarium teneri, *l. vt certo.* 5. §. *nunc videndum supr. commod.* §. *si conuenit & seq. supr. hac l. & l. quod Nerua* 32. *infr. eod.*

DEC. Actio depositi ex ipso contractu nascitur, non ex dolo qui post contractum interuenerit, & licet non detur nisi ob dolum: attamen dolum illum ex contractu reique persecutione descendere necesse est. Ideóque datur etiam contra heredem in solidum, in quem tamen nō daretur actio de dolo, nisi de eo quod ad ipsum peruenisset, vt scriptū est in *l. si hominem.* 7. §. 1. *infr.* vbi dicemus. Nec ideo tamen fit vt depositarius vnquam cōdemnari possit, quia tunc saltem dolo facit, cùm non restituit si possit restituere, vt scriptum est in hoc §. & in fine huius legis, & in *l. in bonæ fidei* 36. *in fin. supr. de pecul. l. si fundus* 16. §. *in vindicatione. infr. de pignorib. l. si quis rem* 20. *infr. de acquir. poss.* Non idem iuris est in commodato quod in depositio, vt statim agi possit commodati ad rem restituendam. Expectandum enim est, vt finitus sit vsus in quem commodatum fuit, vt Accursius bene hîc notat ex *l. in commodato* 17. §. *sicut supr. commod.* In precario autem licet propius accedat ad commodatum quàm ad depositum, idem tamen iuris est quod in depositio. Adeò vt nec valeat conuentio, ne ante certum tempus rei precariæ possessio restituatur, *l. cum precario* 12. *infr. de precar.*

a *Marcellus autem ait.* Scripsit Marcellus notas ad Iulianum, & quidem reprehendendi eius studio potiùs quàm interpretandi, quod & in hoc loco ab eo factum est, nam cùm Iulianus scripsisset minùs generaliter & indistinctè dolo facere depositarium qui depositū reposcenti nō reddit, monet Marcellus, quasi magnū quid & quod Iulianus aut ignorauerit, aut non viderit. Imò verò posse plerisque casibus contingere, vt depositarius depositum non reddat, nec tamen in dolo sit, nimirum si non habeat restituendæ rei facultatem condemnationis tempore, putà si cōueniatur Romæ, & res depositæ sint in prouincia, vel in horreis tum clausis, quorum tamen aperiēdorum facultas depositario nulla sit. Item si depositum factum sit sub conditione quæ nondum extiterit. Nam & sub conditione fieri potest, vt & alij contractus omnes, vt in specie *legis propter instrumenta S. C. hoc tit.* Quæ tamen adnotatio, vereor ne calumniosa sit. Nec enim ista Iulianus ignorabat, sed supponebat terminos habiles, qui semper supponendi sunt, *l. tutor* 36. §. *i sup. de iure iur. l.* 1. §. *vlt. ad SC. Tertullianum. l. adigere.* 6. §. *quāuis de iure patrim.* Ac proinde non de alijs casibus intelligebat Iulianus quàm in quibus & restitutio rei depositæ peti posset, & facultas rei restituendæ supperet.

23 ¶ Hanc actionem bonæ fidei esse, dubitari non oportet.

24 ¶ Et ideo fructus in hanc actionem venire, & omnem causam, & partum dicendum est: ne nuda res veniat.

Ad §. Hanc actionem. 23. & §. Et ideo. 24.

RAT. DVB. Depositum fit per traditionem rei depositæ & traditæ ea lege vt restituatur. Quemadmodum scriptum est initio huius legis, & in *l. 1. §. is quoque infr. de obl. & act. §. præterea. Inst. quib. mod. re cont. obl.* Atqui per eiusmodi traditionem & aliam quamlibet certa lege factam contrahitur quoddam συναλλαγμα, *l. Iuris gentium. 7. §. 1 supr. de pact. l. Labeo.* 19. *supr. de verb. sig.* Ex quo nascitur actio præscriptis verbis, vt ibidem scriptum est, & in *l. naturalis* 5. §. 1. *& sequentibus. infr. de præscript. verb.* Actiones autem omnes præscriptis verbis sunt stricti iuris exceptā illa quæ nascitur ex contractu permutationis & æstimatoria §. *actionū. Inst. de action.* de quib⁹ dicemus à titulo *de æstimat. act. & de rer. permut. infr.* Ergo & actio depositi, quæ & ex eodem ipso negotio, & eodem modo contrahitur, stricti iuris est, nec magis bonæ fidei esse potest quàm actio præscriptis verbis.

DEC. Quædam sunt negotia eius naturæ & conditionis quæ bonam fidem exigāt magis quàm alia, quatenus bona fides opponitur non dolo, sed stricto iuri, vt in *l. placuit.* 8. *C. de iudic.* Id est, quatenus sumitur pro æquitate, vt in *l. bona fides* 31. *infr. hoc tit.* Bonam enim fidem quatenus dolo opponitur, in omnibus contractibus etiam strictis desiderari certum est, *l. bonam fidem* 4. *C. de obl. & act.* Visum autem est prætori negotium depositi esse huius generis & conditionis, vt & cæteros contractus qui ab officio & amicitia originem trahant, cuiusmodi sunt mandatum, & commodatum, *l.* 1. §. *vlt. infr. tit. prox. l.* 5. §. *nunc videndum. & l. in commodato.* 17. §. *sicut supr. commod.* Ob idque prætor non contentus actione ciuili præscriptis verbis, actionem depositi edicto suo introduxit §. 1. *huius leg.* quæ esset bonæ fidei §. *actionum* 28. *Instit. de action.* Ac proinde pleniores haberet præstationes, illa si quidem præcipua differentia est inter actiones bonæ fidei & stricti iuris. Quòd in actionibus bonæ fidei latior, & laxior sit potestas iudici, æstimandi omnia ex bono & æquo, propter verba illa, Ex bona fide, quæ addebantur in fi. non etiam in

etiã in actionibus stricti iuris, præsertim verò quod pertinet ad accessiones, putà ad vsuras & fructus & partus, veniunt enim hæc omnia in actionibus bonæ fidei ex die moræ *l. 1 l. mora* 31. §. *in bonæ fidei. l. iure* 34. *l. videamus* 38. §. *in cæteris & passim. infr. de vsur. iuncto* §. *in bonæ fidei* 30. *Inst. de action.* Ideóque bene Vlpianus in hoc §. ex eo quod dixit hanc actionem depositi bonæ fidei esse. Infert ergo & fructus & partus & omnem causam in hanc actionem venire, scilicet ex die moræ, vt diximus, quam contrahi necesse est per interpellationem factam congruo loco & tempore *d. l. mora. l. Titia Seio.* 87. §. *vsuras. de leg. 1.* Nam & in contractibus strictis perinde venirent fructus partus, & omnis causa, ex die litis cõtestatæ *l. 2. d. l. videamus* §. *si actionem de vsur.* vsuræ tamen nunquam, vt contra interpretum nostrorum errorem scripsimus initio Chiliadis nostræ de error. pragmat. Veniunt tamen hæc omnia in hanc actionem officio iudicis non iure obligationis. *l.* 4. C. *hoc tit. l. qui per collusionem.* 49. §. 1. *Infr. de actio. empt.* Neque enim qui deposuit ancillam, aut quid aliud etiam partus & fructus & causam omnem deposuisse videri potest, quã ponimus superuenisse ex post facto, cùm depositi obligatio quæ re contrahitur, nõ possit extendi vltra id quod reuera depositum est; tot euenit in cæteris contractibus omnibus qui re perficiuntur *l. si tibi.* 17. *supr. depact. l. rogasti* 11. §. *si tibi. supr. de reb. cred. l. cum vltra* 9. C. *de non num. pec.* Nuda ergo res deposita venit in obligationem depositi, id est, sine fructibus vel vsuris, sed non venit nuda in actionem depositi, quoniam actio inducit officium iudicis, officium autem iudicis facit pleniores præstationes.

25 ¶ Si rem depositam vendidisti, eamque postea redemisti in causam depositi: etiam si sine dolo malo postea perierit: teneri te depositi: quia semel dolo malo fecisti, cùm venderes.

Ad §. Si rem depositam. 25.

RAT. DVB. Qui rem depositam vendidit, eãque postea redemit in causam depositi, id est, vt eã haberet quasi depositam, quomodo ante habebat, videtur in eadem causa & eodem iure eam habere quo habebat antequam amisisset *l.* 4. §. *item Labeo. infr. de vsucap.* Vbi dicitur perinde ab eo tempore posse rem illam vsucapi, atque si furtiua nunquam fuisset, cùm in domini potestatem reuersa sit. *l. ex hoc* 8. §. *si quis alienauerit. supr. de alienat. mutand. iudic. caus. fact.* Ergo etiamsi postea res illa perierit apud depositarium, dummodo sine ipsius dolo malo, nõ potest teneri depositi, quamuis antea potuerit cõueniri propter dolum ab eo admissum, cùm rem illã venderet quasi priore dolo malo satis purgato, cùm non nisi propter dolum depositarius teneatur §. *antepenult. Inst. de oblig. quæ ex delict. nasc.*

DEC. In actionem depositi venit omnis dolus siue præteritus siue futurus §. *non tantum* 19. *supr.* Atqui in proposita specie negari non potest, quin dolus admissus sit à depositario, cum rem depositam insciо deponente vendiderit & tradiderit, atq; ita contrectauerit: non enim dolus tãtum, sed etiã furtum hoc modo committitur vt venit etiam in re pignorata & commodata *l. si pignore* 54. *in princip. & §. 1. infr. de furt.* Ergo propter dolum illum quẽ fecit depositarius in re deposita vendenda recte cõueniretur depositi, quanquam nec necesse esset ad præteritum illum dolum recurrere, vt depositi actio daretur, quandoquidem sufficeret præsens dolus qui ex eo induci potest quod depositarius, recuperata re deposita & habens nunc restituendæ eius facultatem, non vult tamen restituere. §. *est autem* 22. *supr. & l. si procuratorem* 8. §. *dolo autem inf. tit. prox.* Sed si res deposita, post quam recuperata est, perierit quæ huius §. species est, nihilominus tenetur depositarius eadem actione depositi ac si res extaret, idq; ratione præteriti doli duntaxat, non etiã præsentis, qui nullus esse potest re perempta, & hoc demum casu necessario quærendum est an dolo malo aliquid depositarius antea fecerit, cùm rẽ non habeat, vt scriptum est in §. *Idem Neratius* 21. *in fin. supr.* Et si enim regulariter non tenetur depositarius vltra dolũ, *l. qui furtum.* 16. *in fi. supr. de condict. furt.* In proposito tamen tenetur etiam de casu fortuito propter dolum præcedentem, cum sola mora sufficeret ad periculum in eam transferendũ etiam ex contractu stricto *l. si ex legati* 23. *& sequenti. infr. de verb. obl.* Multo magis ex contractu bonæ fidei, nec videri potest purgatus dolus præcedens ob id solum quod depositarius rem recuperauerit, cum oblatio fuerit necessaria ad purgandam morã etiam quæ sola & citra dolum interuenisset. *l. si seruum* 91. §. *sequitur. infr. de verb. obl. l. qui decem* 2. *in princip. &* §. 1. *de solu.* Quanto magis in proposita specie in qua non solum dolus admissus, sed etiam furtum factum fuit, cuius ratione cæpit depositarius teneri condictione quoque furtiua. *l. si quis inficiatus.* 13. §. 1. *infr. & d. l. qui furtum*, quam condictionem furtiuam certum est non posse tolli nisi per oblationem aut nouationem *l. parui refert.* 16. *& l. vlt. eod. tit. de condict. furt.* & hoc est quod ait hic §. *quia semel dolum fecisti cùm venderes.* Semper enim & moram & dolum facere fur creditur in restituenda ea re quam nec debuit auferre, nec vendere, vt scriptum est in *d. l. vlt. & in l. in re furtiua.* 8. §. 1. *eod. tit.* Nec video cur Accursius hic distinguat an depositarius furtum faciat vtendo re deposita, vel eã vendendo, nisi quod furtum non fieret sola venditione si traditio & contrectatio non sequeretur, ex qua scilicet furtum æstimatur, nec sane improbabile est eum casum tractari hic ab Vlpiano, cum nullam condictionis furtiuæ mentionem faciat, sed tantùm actionis depositi, quæ non semper comitẽ habet condictionem furtiuam, *d. l. si quis inficiatus* §. 1. & quæ contenta est dolo depositarij etiam citra furtum, non enim sicut furtum non fit sine dolo, ita nec dolus sine furto esse non potest, & alia quæstio est quæ tractatur in *d. l.* 4. §. *item Labeo. de vsucap.* An sufficiat rem depositam cuius furtum depositarius ipse fecerit ab ipso depositario recuperatam fuisse, vt in domini potestatem rediisse videatur, quod ita esse Paulus eo loco scribit, sed quantum ad hoc vt possit vsucapi, at non etiam vt dolus purgatus videri possit. Iunge *l. quidam* 10. *infr. de fideicom. libert. l.* 1. §. *rectissimè* 34. *l. si vi* 15. *& l. penult infr. de vi & vi arm.*

26 ¶ In depositi quoque actione in litem iuratur.

BIU Cujas

Ad. §. In depositi. 26.

RAT. DVB. Iuramentum in litem introductũ est ea potissimum ratione, quod æquum non sit dominum, cui rei suæ restitutio denegatur, cogi eã vendere iusto pretio, quod tamen fieret, si non ipsius domini arbitrio pretium statueretur, nec cõtumacia possessoris vltra rei pretium æstimaretur *l. . . l. tutor. 8. supr. de in litem iur. l. si filiofamilias 25. §. 1. infr. solut. mat. l. non enim 9. rer. amot.* Atqui actio depositi in personam tantum est, non in rem, nec in ea de dominio aut possessione contenditur, sed tãtum de rei depositæ restitutione, quæ res aliena esse potest, cùm etiam rei alienæ depositum valeat *l. bona fides 31. §. incurrit. infr hoc tit.* Ergo in actione depositi cessat ratio iurandi in litem.

DEC. In omnibus bonæ fidei actionibus in litem iuratur *l. in actionibus. 5. supr. de in lit. iur. l. 3. §. in hac commod.* Atqui actio depositi bonæ fidei est. *§. actionum 28. Inst. de action.* Ergo & in ea iuratur in litem, sed ita tamẽ si depositi agat dominus qui rem propriam deposuerit, non alius qui alienam, vt scilicet ratio supra dicta, quæ iusiurandum in litem induxit locum habere contra depositarium possit. Quemadmodum in actione furti dicimus iurari in litem *l. cùm furti . de in litem iur.* Sed ita demum si actio furti iure dominij deferatur non iure tantum eius quod interest, quomodo Papinianus loquitur in *l. si vendidero. 8. §. 1. infr. de furt.* Sed hoc ipsũ quoque sic rursus intelligẽdum est, vt in depositi actione directa iuretur, non in contraria, vt benè notat Accursius: nam in actione directa agitur de fide rupta. In contraria verò non nisi de indemnitate. *l. ei apud quem 5. infr. hoc tit.* Et de calculo, vt ait *lex. furti 6. §. vlt. supr. de his qui not. infam.* Merito autẽ dicimus in actione depositi in litem iurari, cùm in eam nihil veniat nisi dolus *l. qui furtum. 15. in fin. supr. de condict. furt.* ob dolum autem solùm iusiurandum in litem deferatur. *d. l. in actionibus.* Planè si quis rem alienam deposuerit, aget quidem depositi, si dolo malo depositarij res non restituatur, sed non eo magis iurare in litem poterit, quia non ideo re sua carere cogitur, quæ tota deferendi in litem iusiurãdi æquitas & ratio est, vt diximus. Ergo quanti actoris ob eam causam interest officio iudicis non per iusiurandum in litem æstimari oportebit, vt euenit in actione ex empto si res vendita non tradatur *l. si cùm fundum 68. §. vlt. infr. de contrah. empt. l. si traditio. 4. C. de act. empt.* quia nimirum res empta priusquam sit tradita nec fuit vnquam nec adhuc est emptoris.

27 ¶ Non solùm si seruus meus: sed & si is, qui bona fide mihi seruit, rem deposuerit: æquissimum erit, dari mihi actionem si rem ad me pertinentem deposuit. 28 ¶ Simili modo, & si vsumfructum in seruo habeam: si id, quod deposuit, ex eo peculio fuerit, quod ad me pertinebat: vel res mea fuerit: eadem actione agere potero.

Ad §. Non solùm 27. & ad §. simili. 28.

RAT DVB. Per liberam personam nihil nobis acquiri potest, excepta causa possessionis. *l. 1. C. per quas person. nobis acquir.* Ergo quamuis si seruus meus deposuerit, acquiratur mihi actio depositi etiam inuito, per seruum. *l. etiam inuitis 32. de acquir. rer. domin. l. seruus vetante 62. de verb obl.* Quia scilicet in persona ipsius serui consistere acquisitio non potest, nequidem momento vno temporis, *l. placet. 79. de acquir. hæred.* Si tamen homo liber sit qui rem meam deposuit, dicendum videtur ei non mihi acquiri actionem depositi, cùm sit ipse acquisitionis capax, & depositũ fiat per traditionẽ quæ facti est *l. consilio. 7. §. vlt. Infr. de Curat. fur.* quæ autem sunt facti ad alium trãsire non soleant, nequidem à seruo ad dominum *l. qui heredi 44. de condict. & demonst.* Quanto igitur minus ab homine libero in bonæ fidei possessorẽ qui non est dominus?

DEC. Seruus bona fide possessus à non domino acquirit tamen possessori ex duabus causis, scilicet cùm vel ex operis suis, vel ex re possessoris acquirit *l. acquiruntur. 10. §. idem placet infr. de acquir. rer. dom.* Ergo cum seruus alienus quem bona fide possideo, rem aliquam deposuit, siue meã, siue ad me pertinentem, id est, quam habere me interest mea, puta si mihi ab alio fuerit commodata vel pignori data vel locata, actio depositi acquiri mihi debet tanquam ex re mea. Idemq; iuris est si depositum factum sit à seruo in quo vsumfructum habeam, nam & hoc acquirit mihi ex re mea, vel ex operis suis, *d. l. acquiritur. §. de his, & Inst. tit. per quas pers. nob. acquir.* Itaque dubitandi & decidendi ratio in hoc casu eadem est quæ in superiore, nec quod depositũ facti sit, efficere potest, quominus mihi ex contractu serui acquiratur obligatio & actio depositi quæ est iuris.

29 ¶ Item si seruus hæreditarius deposuerit: heredi postea adeunti competit actio.

Ad §. Item si seruus. 29.

RAT. DVB. Hereditas non heredis, sed defuncti personam repræsentat, *l. hereditas enim 34. de acquir. rer. dom. l. non minus 31. §. 1. de hered. inst.* Ergo si seruus hereditarius deposuerit, non potest depositi actio acquiri heredi, quamuis postea adeunti, cùm depositi tempore dominus non fuerit. In contractibus enim quoties quærimus cui actio acquiratur, contractus tempus inspiciendum est, *l. si filius familias 78. de verb. oblig. l. quæ legata 18. de reg. iur. & §. prox. infr.*

DEC. Quicquid acquirit seruus, acquirit domino, *l. acquiruntur 10. in princ. & §. 1. & passim de acquir. rer. dom. & Inst. per quas pers. nob. acquir.* Atqui hereditas personam domini sustinet, *l. cùm hereditas 9. C. hoc tit.* Ergo si seruus hereditarius aliquid deposuerit, actionem depositi acquirit hereditati, *l. qui à seruo 16. infr. de obl. & act.* Atqui quicquid acquiritur hereditati, necesse est vt acquiratur heredi quandocunque postea adeunti, quia transfundit hereditas in heredem quicquid fuerat hereditatis, *l. 1. §. Scæuola infr. qui test. lib. esse iuss. est.* desinit enim esse hereditas per additionem heredis, ideóque dicimus hereditatem & heredem vnius personæ vicem sustinere, *l. heres & hereditas 22. de vsucap.* Ergo si seruus hereditarius deposuerit, acquiretur depositi actio per hereditatem heredi.

Ad §. Si

BIU Cujas

30 ¶ Si seruus deposuit: siue viuat, siue decesserit: vtiliter dominus hac actione experietur. ipse autem seruus manumissus non poterit agere, [a] sed & si fuerit alienatus, adhuc ei competit actio: cuius fuit seruus, cùm deponeret. initium enim contractus spectandum est.

Ad §. Si seruus. 30.

RAT. DVB. Depositi actio acquiritur ei ipsi qui deposuit, cùm nascatur ex contractu deponentis, si modo nihil impediat quominus possit agere. Atqui conseruus meus qui deposuit, manumissus est ante restitutionem depositi, vtrunque verum est & depositam ab eo rem fuisse & agere illum posse cùm sit manumissus. Ergo ei danda est actio depositi, non mihi.

DEC. Non potest depositi agere nisi is cui obligatio depositi ex contractu depositi acquisita est, cùm actio ex obligatione nascatur, sicut obligatio ex contractu *l. 1. de obl. & act. l. licet. 42. §. ea obligatio. supr. de procur.* Atqui ex contractu serui quirem deposuit, obligatio non potuit acquiri seruo, sed mihi soli tanquam domino, ita vt ne momento quidem temporis acquisitio obligationis in eius persona cõstiterit. *l. placet. 74. de acquir. haredit.* Ergo nec actio depositi acquiri ei potuit, alioqui necesse esset eum agere sine actione qui ageret sine obligatione, quod tamen fieri non posse constat, *l. si pupilli 6. §. vlt. D. de neg. gest. l. si quid possessor. 31. §. penult. supr. de hered. pet. l. tutores 39. in princip. de adm. tut.* Nec proinde ad rem facit quod hic seruus sit manumissus, cùm non habeat actionem, idque est quod dicimus ex contractibus serui quos iniit in seruitute neque agere illum, neque conueniri post manumissionem posse, *l. 1. 2. & pass. C. an seruus ex suo fact. post. manum. ten.* Incipit enim seruus caput & statum habere duntaxat post manumissionem, *l. 4. supr. de cap. minut.* cùm antea pro nullo haberetur, & ciuili iure & prætorio *l. qui testamento 20. §. seruus infr. qui testam. fac. poss. l. nullo modo. 7. ad leg. Cornel. de falsis. l. quod attinet 31. de reg. iur.*

a *Sed etsi fuerit alienatus.* RAT. DVB. Cùm quæritur cui actio competat, non aliud tempus inspici conuenientiùs potest, quàm quo agitur, sicut in cæteris ferè omnibus causis solemus inspicere tempus litis contestatæ *l. 2. infr. de vsur. l. viuus 22. supr. de reb. cred. l. vlt. supr. de cond. trit. l. hominem 37. infr. tit. prox.* Ergo si seruus deposuerit qui meus erat tempore depositi, nunc autem alienatus est, actio depositi danda videtur non mihi qui in illo seruo nihil amplius iuris habeo, sed nouo domino.

DEC. Is demum agere depositi potest cui obligatio depositi acquisita est, vt diximus *ad §. præcedẽtem.* Atqui in proposita specie depositi obligatio mihi acquisita est, qui eo depositi tempore eram dominus. Ergo & mihi actio depositi danda est, semper enim concomitatur obligationem actio, nec aliter scire possumus quis possit agere, quàm si sciamus cui obligatio quæsita sit: obligatio autem quę ex contractu acquiritur, etiamsi cõditionalis esset, non alij tamen acquiri potest, quàm ei qui contractus tẽpore dominus fuit. Idq; est quod Vlpianus hic scribit initium contractus spectandum esse quod & scriptum est in *l. si filiusfamilias 78. de verb. ob. & in l. quæ legata 18. de reg. iu. l. si tantum. 12. de S. C. Maced. l. si procuratorem 8. in princip. infr. tit prox. iuncta l. quæcunq; 11. de ob. & action.* Quod autem initio huius §. scribitur *Si seruus deposuerit, siue viuat, siue decesserit, vtiliter dominum hac actione experiri* illud ipsum est, quod iam Vlpianus scripsit in *§. si seruus meus. 17. supr.* Vbi rationem dubitandi & decidendi attulimus. Et ex quo loco apparet actionem hãc depositi quæ datur domino directam esse, non vtilem, & ideo dictionem vtiliter, qua hic Vlpianus vtitur, accipiendam esse pro efficiter, vt bene Accursius interpretatur.

¶ 31 Si duorum seruus sit, qui deposuit: vnicuique dominorum in partem competit actio depositi.

Ad §. Si duorum. 31.

RAT. DVB. Cùm seruus duorum deposuit, verum est vnum duntaxat esse depositum & vnam personã, quæ deposuerit, & depositi causam indiuiduam esse sicuti cæterorum ferè omnium contractuum, cùm essentiæ rerum sint indiuisibiles, vt aiunt Philosophi, præsertim verò si vna tantum res sit deposita & consequenter indiuisa. Ergo etiã si plures domini sint, nõ tamen potest vnicuiq; eorum in partem competere actio depositi, sed potiùs singulis insolidum.

DEC. Seruus communis sic omnium est nõ quasi singulorum totus, sed pro partibus indiuisis, vt intellectu magis partes habeant quàm corpore, quomodo scriptum est in *l. 5. infr. de stipul. seru.* Ergo si seruus duorum rem aliquam deposuerit, necesse est, vt depositi actio, quæ seruo acquiri non potest, per eum acquiratur dominis in partes, id est pro dominicis portionibus, non in viriles, quia cùm acquisitio fiat iure dominij, fieri non potest vt non sequatur partes dominicas *l. proinde 7. eod. tit.* quæ quidem seruus communis duorum seruorum personas sustinet *l. 1. §. communis seruus. eod.* Perinde ergo est cùm seruus Titij ac Sẽpronij deposuit, ac si duo serui vnus Titij, alius Sẽpronij deposuissent. Quo casu nemo dubitaret, quin iure dominij singulis dominis acquisita fuisset depositi actio.

32 ¶ Si rem à seruo depositam Titio, quem dominum eius putasti, cùm non esset, restituisses: depositi actione te non teneri, Celsus ait: quia nullus dolus interceßit, [a] cum Titio autem, cui res restituta est, dominus serui ad exhibendum aget. sed, si exhibuerit, vindicabitur, si verò cùm sciret esse alienum, consumpserit: condemnabitur, quia dolo fecit, quo minùs possideret.

BIU Cujas

Ad §. Si rem. 32.

RAT. DVB. Non potest liberari debitor etiamsi soluat, vel restituat quod debet, nisi soluat aut restituat vero creditori, aut veri creditoris vero procuratori, *l. creditoris. 8. Cod. de cond. indeb. l. vero procuratori 12. in princip. infr. de solut.* Atqui cùm seruus deposuit, acquiritur actio depositi domino, §. *si seruus meus 17. & §. prox. supr.* Ergo non potest contingere liberatio, si depositarius rē depositam alij restituat, quàm ei qui fuerit serui dominus: Adeò vt nec sufficiat dominum illum esse quo depositum restituitur, nisi fuerit & eo tempore quo contractum, §. *si seruus deposuit, 30. supr.* Nec error depositarij putantis Titium esse dominum qui non erat, nocere debet domino, vt adimat ei actionem iam quæsitam, *l. Granius 71. §. penult. infr. de fideiuss.*

DEC. Depositarius non tenetur actione depositi ad restituendam rem quam non habet nisi dolus eius interuenerit, §. *Inde scribit 21. vers. Idem Nerat. supr. l. qui furtum, 16. in fi. de cond. furt.* Atqui nullus est dolus depositarij qui rem à seruo depositam restituit ei quem dominum serui esse credidit quamuis per errorem dummodo bona fide id fecerit. Error enim qui bonam fidem parit, semper à dolo excusat, cui nihil tam contrarium est quàm bona fides, *l. 3. in fin. infr. tit. prox. l. si dolo 5. C. de rescind. vend.* Ergo liberatur ab actione depositi etiam quod ad verum dominum, qui cùm actionem exerceat quasi sibi quæsitam ex persona serui, recusare non debet, quominus ea vtatur suis conditionibus, quarum præcipua illa est, vt non possit competere nisi interueniente dolo, vt diximus. Nec nouum est, vt bonæ fidei ratio prosit ad liberandum debitorem, etiamsi non vero creditori soluerit, vt in *l. si vrbana. 55. supr. de cond. indeb. l. qui hominem 34. §. si Titium. l. si quis seruo 18. l. filiæ 88. de solut.* Fit enim hoc non tam propter errorem quàm propter bonam fidem soluentis, quamuis illa ex errore proficiscatur.

a *Cum Titio autem.* RAT. DVB. Titius neque cum seruo qui deposuit, contraxit, neque cum ipsius domino. Ergo conueniri Titius à domino serui non potuit, maximè verò actione depositi quæ nascitur ex contractu.

DEC. Actio ad exhibendum, de qua hic versiculus intelligi debet, datur omnibus quorum interest, & aduersus omnes qui restituendæ rei habent facultatem *l. 3. §. sciendum, & §. vlt. cum l. seq. supr. ad exhib.* Atqui interest veri domini restitui sibi rem quam seruus eius deposuit, & Titius qui eam à depositario accepit restituendæ ipsius habet facultatem. Ergo actionem ad exhibendum serui domino contra Titium dari æquum est, *l. 1. in fin. Cod. hoc tit.* Vt nimirum si exhibeatur, habeat dominus vendicandæ eius facultatem. Id enim est quod sequitur in textu. *Sed si exhibuerit, vindicabitur*, propterea quod actio ad exhibendum sit præparatoria vindicationis, *l. 1. supr. ad exhibend.* Quid ergo si rem illam Titius exhibere non possit, forte quod eam consumpserit, distinguēdum est, an sciuerit alienam, an ignorauerit, vt si sciuerit & consumpserit, teneatur ad exhibendum, perinde ac si possideret, quia dolo fecerit quominus possideret, & dolus pro possessione est, *l. qui dolo 131. de reg. iur.* At si alienam ignorauerit, atque ita bona fide consumpserit, consequens est, vt absolui debeat ab actione ad exhibendum, cùm neque possideat, neque dolo fecerit quominùs possideret, *l. si ad exhibendum. 8. & passim supr. ad exhib.*

33 ¶ Eleganter apud Iulianum quæritur: si pecuniam seruus apud me deposuit, ita vt domino pro libertate eiusdem: egoque dedero: an tenear depositi? & libro decimotertio digestorum scribit: si quidem sic dedero, quasi ad hoc penes me depositum, téque certiorauero: non competere tibi depositi actionem: quia sciens recepisti: careo igitur dolo. Si verò, quasi meam, pro libertate eius numerauero: tenebor. quæ sententia vera mihi videtur. hic enim non tantùm sine dolo malo non reddidit, sed nec reddidit. aliud est enim reddere, aliud quasi de suo dare.

Ad §. Eleganter. 33.

RAT. DVB. Quod seruus alienius deposuit, repetere dominus potest per actionem depositi perinde ac si deposuisset, §. *si seruus meus & aliis sequentibus. supr.* ac proinde qui depositum accepit, obligatur domino serui. Ergo si pecuniam seruus tuus apud me deposuerit, ita vt tibi pro libertate eius darem, egoque dedero, dicendum videtur indistinctè me liberari ab actione depositi, cùm eam ipsam pecuniam quæ apud me deposita erat, tibi numerauerim.

DEC. Multum interest, an pecuniā quam seruus tuus apud me deposuit, tibi numerauerim, quasi apud me depositam & ob hoc ipsum vt eum manumitteres, teque de ea re certiorauerim, an verò quasi meam, priore casu si sciens receperis, non potest sibi competere actio depositi, cùm eam ipsam pecuniam quæ tibi actione depositi debebatur, acceperis. Nec ad rem pertinet, quòd eam tibi dederim pro libertate, & quasi in pretium libertatis, si certo pretio æstimari libertas posset, quanquam enim ita ius est, vt quoties suos nummos accipit creditor, non contingat debitori liberatio, *l. si mandauero 22. §. si mandauerim in fine infr. tit. prox.* Non tamen videri possum id feciſſe dolo malo, cùm & te certiorauerim dare me illam pecuniam pro serui tui libertate, hoc enim sufficit non vt pecunia illa pro serui tui pretio ad te peruenisse videatur, cùm tua scientia facere nequeat, vt eo magis pecuniæ dominium in te translatum dici possit, sed vt dolo caream, non enim decipitur nisi à seipso qui sciuit, *l. nam si fit 26. supr. de rei vind. l. 1. in fin. infr. de act. empt.* Vt autem depositarius ab actione depositi liberetur satis est si nullus ei dolus imputari possit, cùm de dolo tantùm teneatur §. *proximo supr.* Posteriore autem casu, id est, si pecuniam à seruo tuo apud me depositam tibi pro libertate eius numerauero, non quasi depositam, sed quasi meam, tenebor nihilominus depositi, quia verum est me non solùm sine dolo malo non reddidisse pecuniam depositam, sed nec vllo modo reddidisse, cùm longè aliud sit reddere, aliud verò quasi de suo dare, quamuis eadem

BIU Cujas

de ipsa nummorum corpora quę deposita fuerunt, probentur à me data, quandoquidem non ea dedi quasi ea ipsa, sed quasi alia quælibet, cùm recipiant functionem in suo genere *l. 2. §. mutui datio. supr. de reb. credit. iuncta l. si paterfamilias. 15. §. qui duos. supr. de adopt.* Et quamuis verbum *Reddendi* habeat & per se dandi significationem *l. verbum reddendi. de verbor. sig.* non tamen similiter dici potest, cum, qui dat quasi de suo, videri reddere quod habet ex alieno. Et hoc est quod Bart. ad hunc §. notat, eũ qui quasi de suo soluit, non videri deposita reddere. Quod nõ satis benè videtur percepisse Accurs. qui posteriorem hanc distinctionis partem non aliter veram esse putat, quàm si pecuniam tibi à me solutam consumpseris, vt per consumptionem quasi soluta pro libertate videatur, ex *l. non omnis 19. §. vlt. supr. de reb. cred.* Non etiam si adhuc extet, quasi petere nõ possit actione depositi quod iam habeas. Nam imò verò hoc ipsum est quod Iulianus suo more, & eleganter obseruauit, hoc posteriore casu licet eadem corpora nummorum, quæ apud me deposita fuerant, tibi numerauerim, nõ ideo tamẽ videri me tibi depositum reddidisse, quia nõ numeraui quasi depositam, sed quasi meam. In quo sanè mirum est plus posse meam opinionem, quam rei veritatem, ad impediendam liberationem, nam ad eam inducendam, quod fit priore casu, concurrit opinio mea cum rei veritate, reddente me tibi eam ipsam pecuniam quasi depositam, quæ reuera deposita apud me fuit.

34 ¶ Si pecunia apud te, ab initio, hac lege, deposita sit: vt, si voluisses, vtereris: prius, quàm vtaris, depositi teneberis.

Ad §. Si pecunia. 34.

RAT. DVB. Rei depositæ nec proprietas, nec possessio transfertur in depositarium *l. licet 17. §. 1. infr. hoc tit.* Ideoque debet depositarius reddere id ipsum quod accepit non tantumdem, alioquin egreditur hæc conuentio notissimos depositi terminos, vt eleganter Papinianus loquitur in *l. Lucius Titius. 24. cod. hoc tit.* propius enim accedit ad mutuum quã ad depositum *l. 2. in princip. sup. de reb. cred.* Ergo si pecuniam apud te deposuerim hac lege ab initio adiecta, vt si velles ea vtereris, non potes teneri actione depositi, etiam si pecunia vsus non sis, quia conuentiones ab initio dant legem contractibus §. *si conuenit. 6. sup. hac leg.* Nec potest depositi actio locum habere vbi non tam depositum quam mutuum cõtractum esse intelligitur: nõ enim contractus nominati actionem alterius nominis parere possunt.

DEC. Cùm de nomine & iure contractus quæritur, initium semper inspiciendum §. *si seruus deposuit 30. supr. hac leg. l. non tantum 12. supr. de Senatusconsc. Macedon. l. si Procuratorem. 8. in princip. infr. tit. prox.* Atqui ponimus depositum ab initio contractum fuisse non mutuum, quamuis ea lege adiecta, vt pecunia vti posses si velles. Ergo quamuis pecunia vti possis, atque ita efficere vt ex deposita fiat quodammodo mutua: attamen quandiu pecunia vsus non es, depositum manet, verumque est habere te pecuniam meã ex causa depositi, nec dominium merum in te translatum fuisse. Ergo & depositi actio durat, vt ea ipsa nummorum corpora, quæ accepisti, cogaris mihi reddere, nec inutilis tamen est conuentio, quia facit vt pecunia deposita vtendo furtum non admittas, quod alioquin admitteres. Quemadmodum si pignore aut re commodata in alios vsus, quàm in quos commodata est, vtereris. *l. si pignore. 54. infr. l. qui iumenta 40. de furt. §. furtum autem fit. Inst. de ob. quæ ex delict. nasc.* Aliud est vt benè Accurs. notat, si postea & ex interuallo permiserim tibi vti pecunia deposita: tunc enim sola conuentionis potestate fit mutua, prius etiam quam moueatur, id est quam ea vti cœperis, quia hoc ipso videris incipere animo possidere atque ita, cum possessione dominium quoq; tibi acquirere, quod manente contractu depositi fieri potest *l. certi condictio 9. §. vlt.* cum lege sequenti *supr. de reb. cred.*

35 ¶ Sæpe euenit, vt res deposita, vel nummi periculo sint eius, apud quem deponuntur, vt puta, si hoc nominatim conuenit.[a] sed & si quis se deposito obtulit, idem Iulianus scribit, periculo se depositum alligasse, ne tamen, vt non solùm dolum, sed etiam culpam, & custodiam præstet, non tamen casus fortuitos.

Ad §. Sæpe euenit. 35.

RAT. DVB. Periculum casus fortuiti spectat ad dominum *l. quæ fortuitis 6. l. pignus. 9. C. de pig. act. l. contractus 23. in fin. de reg. iur.* Atqui dominium rei depositæ non transit in depositarium, vt ad superiorem dicebamus §. *ex l. licet 17. §. infr. hoc tit.* Ergo periculum rei depositæ nullo casu pertinere ad depositarium potest, nec si ita expressim conuenerit, cum non possit facere conuentio, vt eò magis dominium transeat in depositarium.

DEC. Contractus omnes ex conuentione legem accipiunt. §. *si conuenit. l. contractus. l. in conuentionalib. inf. de verb. oblig.* Ergo quãuis non sit ex natura depositi, vt depositarius periculũ præstare debeat, si tamen ita nominatim conuenerit, seruanda cõuentio est, quia neq. cõtra bonã fidẽ, neq. cõtra bonos mores est *d. §. si cõuenit. & §. seq.* Imò nihil magis ex bona fide est quàm pacta seruari *l. 1. supr. de pecun. const.* Item quia depositum non nudo consensu aut verbis aut literis contrahitur, sed re, id est, traditione *l. 11. §. is quoque infr. de ob. & act.* In traditionib. autem rerum quodcunque pactum interpositum sit, id valere debet, *l. in traditionibus. 48. supr. de pact. l. venditor 13. supr. com. præd.* quia is qui rem suam tradidit, credendus est non aliter fuisse traditurus, aut contracturus. *l. vlt. C. de pact. int. empt. & vendit.*

a *Sed & si quis.* RAT. DVB. Quamuis ille qui depositum suscipit vltro se offerat, non eo minus tamen verum est præstari ab eo fidem & diligentiam amico qui rem ei custodiendam tradit, tãtoque dignior videtur cui faueamus ne periculum rei depositæ præstare teneatur, quod maiore beneficio amicum deuinxit vltro se offerendo, quàm si rogari se expectasset. Ergo non ob id solum quod deposito custodiendo se obtulerit, durior eius conditio fieri debet, vt & periculum & custodiam & culpam etiam leuem præstare teneatur, cum cæteri depositarij non nisi de dolo aut ad summum

BIU Cujas

lata culpa teneantur *d. §. si conuenit & sequenti & l. quod Nerua 32. infr hoc tit.*

DEC. Non alia causa est propter quam depositarius neque periculum neque culpam leuem præstare debeat, quàm quia imputare sibi debeat is qui minus diligentem amicum eligit, eique rem suam custodiendam tradit, *d. l. 1. §. is quoque de ob. & act. §. præterea. Inst. quib. mod. re contrah. oblig.* Atqui ratio hæc cessat in eo depositario qui vltrò se obtulit, nec expectauit vt ab amico eligeretur, cũ fortè alium lecturus fuisset amicum, & quidem diligentiorem, si non hic fidem suam & diligentiam obtulisset, sibi ergo imputet qui facto suo se periculo depositi illigauerit, vt Vlpianus ex Iuliano hic scribit, adeò vt non modo periculum præstare debeat, sed etiam culpam nec tantum leuem, verum etiam leuissimam, vt Bartolus hic benè interpretatur. Id enim demum est quod Vlpianus hic ait debere illum præstare custodiam, quamuis non eo minus verum sit hoc quoque casu depositum contrahi fauore solius deponentis, quæ ratio facere deberet, & vero faceret, vt depositarius non nisi de dolo & lata culpa teneretur, si non se vltro obtulisset, sed tamen non vsque adeò rigidè & amarè cum huiusmodi depositario agendum est, vt etiam de casu fortuito teneri debeat, quem certè à nemine præstari æquum est, si non expressa conuẽtione se in id adstrinxerit *d. l. contractus in fi. l. à procuratore. 13. C. mand.* Sic dicimus deteriorem esse cõditionem procuratoris qui se liti obtulit, quam eius qui inuitus litem suscepit, *l. si se non obtulit. 4. infr. de re iudic.* quia semper imputari potest ei qui se ad aliquid faciendum offert, cùm nõ cogeretur, cùm se ipsum arctauerit & in eam necessitatem congesserit. *l. 2. §. si quis tamen supr si quis cautionibus, & l. si fideiussor. 7. §. 19. qui sat. dar. cogantur.*

36 ¶ Si pecunia in sacculo signato depositа sit, & vnus ex heredibus eius qui deposuit, veniat repetens, quemadmodum ei satisfiat, videndum est. promenda pecunia est vel coram prætore, vel interuenientibus honestis personis, & exsoluenda pro parte hereditaria. sed etsi resignetur, non contra legem depositi fiet, cùm vel, auctore prætore vel honestis personis interueniẽtibus hoc euenerit, residuo vel apud eum remanente, si hoc voluerit, sigillis videlicet prius ei impressis vel à prætore, vel ab his, quibus coram signacula remota sunt, vel, si hoc recusauerit, in ædẽ deponendo. Sed si res sunt, quæ diuidi nõ possunt, omnes debebit tradere, satisdatione idonea à petitore ei præstanda in hoc quod supra eius partem est, satisdatione autem non interueniente, rem in ædẽ deponi, & omni actione depositarium liberari.

Ad §. Si pecunia 36.

RAT. DVB. Cùm pecunia in sacculo signato depositа est, videtur contractum esse depositũ rei indiuiduæ, nec enim sacculus signatus diuidi potest, cum & signum ipsum sit indiuiduum *§. si cista infr. hac leg.* Atquin in deposito rei indiuiduæ ita necessario obseruandum est, vt vni ex heredib. illius qui deposuit, tota res restituenda sit, vt sequitur in hoc *§. l. si stipulatus sum mihi. §. si lancem. infr. de solut.* Nec enim potest diuidi obligatio eius rei quæ indiuidua est, nequidẽ per legem duodecim tabularum *l. heredes 25. §. an ea stipulatio suprà famil. herciscund.* Ergo si pecunia in sacculo signato depositа sit, & is deposuit plurib. relictis heredib. decesserit, vel expectãdum est vt depositoris heredes omnes veniant depositum repetituri, vel vt vni ex heredibus reddatur interueniente saltem prætoris aut alterius magistratus imperio, vt ita liberetur depositarius perinde ac si heredibus omnibus reddidisset, vt euenit in specie *d. §. si lancem.*

RAT. DECID. Cùm depositus est sacculus signatus, non tantùm saccus ipse depositus creditur, sed etiam res singulæ quæ sunt in sacculo, adeò vt earum singularum nomine nominatim agi possit *d. § si cista infr.* Atqui pecunia quam ponimus in sacculo fuisse, diuidua est *l. stipulationes non diuiduntur 72. infr. de verb. oblig.* Ergo depositum hoc tanquam rei diuiduæ haberi debet, quamuis sacculus ipse sit indiuiduus, & consequenter obligatio & actio depositi quasi diuidua, ipso iure diuiditur inter coheredes depositoris *lege duodecim tabularum pro hereditariis portionibus, l 1. Cod. si cert. pet. l. vltim. tot. tit. C. de heredit. petit. l. 1. & 2. C. si vnus ex plurib. hered. debit. vel credit.* Illa duntaxat cautio adhibẽda est, vt sacculus qui depositus fuit, signatus non resignetur id est, non aperiatur nisi coram prætore vel interueniẽtibus honestis personis, ne alioqui facilè fraus depositо fiat, adeóque furtum sit, si inuito vel etiam insciо depositore id fiat. Quorsum enim sacculus signatur aut deponitur nisi, vt insciо depositore aperiri nõ possit? & quãuis pecunia in sacculo signato depositа non esset, attamen si qua alia res depositа esset, quæ esset indiuidua & quæ ab vno tantum ex heredibus depositoris repeteretur, melius esset ac tutiùs auctoritatem prætoris adhiberi ad liberandum depositarium *d. l. si stipulatus 81. §. 1. in fin. de solut.* Ergo ex Vlpiano scriptum est in hoc §. *Si vnus tantum ex pluribus heredibus eius qui deposuit, sacculum signatum reposcat, resignandus erit sacculus coram prætore, vel saltem interuenientibus honestis personis*, vt cum de testamenti quoque resignatione tractatur. *l. 2. Cod. testament. quemadm. aperiant.* tam resignato sacculo exhibita pecunia atque numerata restituitur coheredi repetenti pro parte sua hereditaria, nec est quod quis dicat fieri contra legem depositi, & consequenter aduersus bonam fidem, si sacculus quem nõ nisi signatum deponere voluit, dominus, eo insciо & absente resignetur, domini enim qui deposuit, absentiam satis supplet præsentia prætoris vel interuentus honestarum personarum, quas nemo possit credere dolum & fraudem participasse *d. l. 2. C. quemadm. testam. aperiant. l. transactionem 35. C. de transact.* Quid ergo de residuo pecuniæ depositæ fiet? remanebit penes depositarium qui partem aliam iam restituerit & in eodẽ sacculo, sed sigillis prius ei impressis

vt antea

vt antea vel à prætore vel ab iis coram quibus signacula remota sunt, vt & in specie dictæ *l. 2. C. quemadm. testam. aperiantur.* Ita enim fiet vt nulla fraudis suspicio satis probabilis possit incurrere & securus maneat coheres alter, quandocumq; postea suam depositi partem hereditariam repetiturus, quod si depositarius qui partem iam reddidit alterius coheredis partem retinere recuset, erit residuũ in æde sacra reponendum, vt scriptum est in hoc ipso §. Qui tamen vereor ne Triboniani sit magis quam Vlpiani, hoc enim suadent verba totius contextus minùs sanè elegantia, & Triboniano ni fallor digniora quam Vlpiano. Primum enim incipit Tribonianus vt solet hac quæstione & quidem malè concinnata his verbis, *Quemadmodum ei satisfiat videndum est*, vt scilicet respõsioni suæ viam aperiat: deinde respondet promendam esse pecuniam pro eo quod præsentes nostri dicere solent, explicandam & ostendendam, nec enim alio vllo loco memini legere me apud prẽsentes promi pecuniam pro eo quod est explicari, & vt Accursius loquitur, exhiberi, mox addit, *vel coram prætore, vel interuenientibus honestis personis.* Cùm tamen etiam sine prætore nec vllis interuenientibus honestis personis possit liberari depositarius, si modo sacculum ipsum qui certè indiuiduus est, præsertim quandiu signatus manet, restituere velit vni ex heredibus depositoris vt constat ex *dicta lege stipulatus sim.* 81. §. 1. *de solut.* Adiicit, *& exsoluenda pro parte hæreditaria* nõ satis proprie: depositum enim non exsolui proprie dicitur, sed restitui & reddi, nec rursum satis vere cum in obligationib. indiuiduis, qualis hæc proculdubio est, vnus ex heredibus ius habeat integræ petitionis quoties id quod petitur, per se, indiuiduum est *d. l. stipulatus sim*, §. 1. *l. in executione* 85. *infr. de verb. oblig.* Quod autem sequitur in vers. *sed etsi.* cùm resignatur sacculus, nihil fieri contra legem depositi, si vel authore prætore vel honestis personis interuenientibus hoc eueniat, neque eleganter dictum neque verum est, nec enim hic fortuitus aliquis euentus est, vt euenire, non fieri dicatur, neq; rursus negari potest, quin contra legem depositi fiat, si resignetur sacculus qui signatus depositus fuit. Cur enim signatum deposuit dominus, nisi vt intelligeret depositarius nullo casu resignari eum à depositario debere? Fatendum que est multo minus facturum iri contra legem depositi, si sacculus totus qui pro parte reddi non potest, vni ex heredibus depositoris restituatur, sed Triboniani manum produnt multo apertiùs ablatiui absoluti qui sequuntur, his verbis, *Residuo vel apud eum remanente si hoc voluerit, mox sigillis videlicet prius ei impressis.* Deinde, *Vel si hoc recusaueris in ædem deponendo.* Sunt enim ablatiui isti absoluti Triboniano perfamiliares, quibus & in sequenti versiculo vtitur, cum ait, *Satisdatione idonea à petitore ei præstanda.* At neque videntur posse construi verba illa, *Residuo apud eum remanente*, cùm necessario referenda sint ad depositarium, de quo tamen in præcedentibus, ne verbum quidem, sed in sequentibus tantum illis. *Satisdatione idonea à petitore ei præstanda.* Et in fine §. *omni actione depositarium liberari.* Denique nec possunt construi verba illa vltima §. *Satisdatione autem non interueniente rem in ædem deponi & omni depositione depositarium liberari.* Nullum enim habẽt verbum à quo regantur, vt taceam esse etiam illud Triboniano familiare, vt satisdationem passim exigat quam & vocare solet cautelam, etiam quo necessaria satisdatio non est vt in restitutione rei indiuiduę facienda vni ex heredibus. Cur enim satisdationem potiùs exigit Tribonianus in hac specie quam Pomponius in *d. l. si stipulatus* §. 1. in cuius specie quoniam obligatio erat indiuidua, neq; satisdationem exigit Pomponius neque prætorem, quamuis in *fin.* §. subiiciatur optimum esse id per magistratum facere nisi hęc quoque additio etiam Triboniani est. Et vero an non esset multo facilius depositario adire prætorem vt ex eius authoritate depositum restituens vni ex heredibus liberationem integram consequeretur quam fideiussorem quærere quem difficilè plerunque est inuenire? *l. 2. §. vlt. supr. de iud.* Denique quod in fine huius §. scribitur de deposito in ædem aliquam deponendo, solitum est Triboniani remedium vt in §. *sequenti & in lege ei apud quem in fin. infr. hoc tit.* & alibi sæpè. Sanè obsignatione depositi cõstat depositarium liberari perinde ac solutione *l. obsignatione 9. C. de solut.* Sed ita tamen si non sit persona cui solui & offerri possit; hoc enim ad validitatem obsignationis necessarium est *l. nec creditores 10. l. vlt. C. de pignorat. action. l. acceptum 19. C. de vsur.*

37 ¶ Ei apud Iulianum libro decimotertio digestorum talis species relata est. ait enim, si depositor decesserit, & duo existant, qui inter se contendant, vnusquisque solum se heredem dicens, ei tradendam rem, qui paratus est aduersus alterum, reum defendere, hoc est, eum, qui depositum suscepit. quòd si neuter hoc onus suscipiat, commodissimè dici ait, non esse cogendum à prætore, iudicium suscipere, oportere igitur rem deponi in æde aliqua, donec de hereditate iudicetur.

Ad §. Ei apud Iulianum 37.

Hic quoq; §. Triboniani manum sapit & prodit vel ex sola ipsius textus inelegantia: habet autem speciem superiori non valde dissimilem si eius qui deponit (quem minus vsitato vocabulo Tribonianus depositorem vocat) duo se ostendant heredes & quidem singuli in solidum, atque ita vnusquisque eorum depositum in solidum repetat, cui depositum sit reddendum. Ad quam quæstionem respondet Tribonianus sub Vlpiani nomine ex Iuliano ei reddendum esse qui paratus sit depositarium aduersus alterum defendere, quod verbũ Accurs. hic accipit quasi defendere scriptum sit pro eo quod est cauere de defendẽdo: hoc verò nõ probo, quia cum ambo qui se dicunt heredes, reposcunt simul depositum, non de cauendo tractandum est, sed de defendendo depositario: solet enim cautionibus res expediri, cum periculum aut damnum aliquod futurum timetur, non cum adest, vt *in lege omne æs alienum 27. & sequent. l. pro socio 38. l. si vnus 67. in princip. infr. pro soc.* Ratio tamen dubitãdi ad hũc §. nulla esse poterat, quod ipso iure tutus esse videretur depositarius & liberatus si bona fide restitueret depositum ei quem heredem esse putaret, vt obũcit Accursius in §. *si rem*

BIU Cujas

à seruo 32. Sed decidendi ratio est, quod cum alius quoque veniat depositum repetiturus & contendens se esse verum heredem & in solidum, non careret dolo depositarius, si alterutri depositum restitueret post iam motam ab alio de hereditate & deposito controuersiam, *l. dolo carere 41. infr. ad l. falcid.* Nunquam autem liberatur depositarius, quoties ei dolus aliquis vel verus vel præsumptus obici potest. Ergo si neuter ex iis qui se dicunt heredes hoc onus velit suscipere de depositario aduersus alterum, qui se heredem quoque dicit defendendo, consequens est, vt depositarius à prætore cogendus non sit aut depositum restituere aut iudicium accipere, semper enim iniquum est ad accipiendum iudicium cogi eum per quem non stat quo minus satisfaciat, *l. si reum 73. supr. de procurat. l. si debitori 21. D. de iud.* Expectandum igitur dicit, vt de hereditate iudicetur ad hoc vt sciri possit viri ex duobus petitoribus restituendum sit depositum. Ei namque restituendum erit pro quo in hereditatis quæstione pronuntiatum fuerit, vt in *lege penult. supr. de hered. petit.* Ac proinde permittendum erit depositario si liberari velit, vt interim depositum in aliqua æde sacra deponat, quod vice remedij Tribonianus magis quam Iulianus excogitasse videtur, nullo enim remedio indiget depositarius vt sit securus, cum nō aliter teneri possit actione depositi, quam si dolo malo aliquid fecisse probetur; quem porro non nisi volens & sciens possit admittere. Quid verò si vterque paratum se dicat depositarium aduersus alterū defendere? placet quod Accursius ex Martino respondit præferendum esse eum qui præuenerit & occupauerit. Aut si ambo simul venerint, esse locum gratificationi, vt in *lege vlt. in princip. supr. de religios. l. si in graui. § si cum omnes supr. de S.C. Silanian. l. si quis seruum 8. §. inter duos. de legat. 2. l. pupillus 24. infr. qui in fraud. credit.* Plane quod subiungit Accursius, si actum sit vt nemini sine altero depositū reddatur, seruandam esse conuentionem ex *§. si conuenit. 6. supr. hac leg.* Non possum ego quale illud sit intelligere. Ea demum namque conuentio seruanda est quæ fit ab initio & in contento ipso deposito, vt in *dict. §. si conuenit.* Atqui cum vnus tantum fuit qui deposuit, non potest locus esse pactioni ne depositum alteri sine altero reddatur, sed tātum cum vel duo simul deposuerūt, vel vnius qui deposuit, duo pluréve sunt heredes in specie *§. præced.* At non esset, cum duo sunt qui singuli heredes in solidum se esse contendant illius qui deposuit, cum hoc casu fieri non magis possit, vt vtriq; restituendum sit depositum, quam vt duo sint vnius hominis heredes in solidum, quod vtique pugnaret cum ratione & regula iuris *l. quod contra 141. § vni duo de regul. iur.*

38 ¶ Si quis tabulas testamenti apud se depositas, pluribus præsentibus, legit, ait Labeo, depositi actione rectè de tabulis agi posse.[a] ego arbitror, & iniuriarum agi posse, si hoc animo recitatum testamentum est quibusdam præsentibus, vt iudicia secreta eius, qui testatus est, diuulgarentur.

Ad §. Si quis tabulas. 38.

RAT. DVB. Non eo minus restitui possunt tabulæ testamenti apud aliquem depositæ, quod ab eo lectæ sint præsentibus pluribus. Ergo non eo magis actio depositi competere debet, nisi fortè eo sensu quo res alia quælibet deposita statim per depositi actionem peti potest, *§. est autem 22. supr. hac lege.*

DEC. Actio depositi competit ei qui deposuit in omne id quod ipsius interest statim atque dolo depositarij aliquid factum est, vt res deposita non nisi deterior reddi possit. *§. si res deposita 17. supr. hoc tit.* Atqui tabulæ testamenti depositæ nō nisi deteriores reddi possunt, cùm lectæ fuerunt & publicatæ pluribus præsentibus, quoniam ita fit, vt iudicia secreta eius qui testatus est, diuulgentur, quæ tamen non diuulgari viuo testatore non tantùm ipsius testatoris interest, sed etiam reipublicæ, propter periculum quod incurrere plerique testatorum solent, aut ab iis ipsis quos heredes instituerunt, hereditatis lucrum saluti testatoris anteponentibus, aut ab iis, qui cùm hereditatem fortassis captarent, impatienter ferunt se præteritos, ideóque & claudi solebant olim & signari tabulæ testamenti, vt non nisi mortuo demum testatore, aperirentur, *tot. tit. infr. & Cod. quemad. testam. aper.* Ergo statim atque lectæ sunt pluribus præsentibus tabulæ testamenti viuo testatore, qui eas deposuerat: consequens est vt depositarius, qui eas legit, depositi actione eo nomine teneatur, tanquam qui dolo malo id admiserit. Iunge *l. 2. vers. quid enim tam durum. Cod. quand. & quib. 4. pars lib. 10. tit. 34.*

a *Ego arbitror & iniuriarum agi posse.* RAT. DVB. Iniuriarum actio non datur nisi ad id quod pecuniariæ interest eius qui iniuriam passus fuit, *l. si quis iniuriam 35. infr. de iniur.* & apud Iustinianum, *Inst. de iniur.* Ergo nihil potest addere actio iniuriarum actioni depositi quæ similiter datur ad omne id quod interest actoris, *§. hanc actionem 23. supr. hac leg.*

DEC. Semper interest actoris plures habere actiones etiam eius rei nomine, vt possit eligere qua vti malit, dummodo nihil supra id quod debitum est, consequatur, *l. cùm filius 76. §. variis de leg. 2. l. quod in herede 9. supr. de tributor. act. l. 1. §. 1. infr. quod legat.* Media enim vnius actionis facilius interdum probantur quàm alterius, *l. is qui destinauit 24. supr. de rei vendic. §. caterum Instit. quod cum eo. §. commodum. Inst. de interdict.* Ergo nihil vetat eum qui testamenti sui tabulas penes amicum deposuit, non solùm depositi, sed etiam iniuriarum posse agere, præsertim cùm hæ duæ actiones ad diuersos fines dentur. Depositi namque actio datur ad id quod deponentis interest ratione contractus. Iniuriarum verò ad pecuniariam æstimationem iniuriæ, quæ vt plurimum iudicis arbitrio relinquitur. Nec ad rem pertinet si quis dicat iniuriarum actionem esse prætoriam, depositi verò ciuilem, si Accursio & interpretibus nostris credimus, eum verò qui ciuilem actionem frustrà desiderare honorariam, *l. 1. supr. de publician. in rem act.* Nam præter id quod verius putamus actione depositi esse prætoriā, vt ad initium huius legis docuimus. Illud etiā constat non omnē actionē iniuriarum esse honorariā, sed etiā aliquam esse ciuilem quæ ex lege Cornelia descendit, vt Iustinian. tractat in *d. tit. de iniur.* Et præterea nihil

vetat,

BIU Cujas

vetat, quin duplex actio pro eadem re eidem cõpetat, siue vtraque sit ciuilis, siue prætoria, dum ne vtraque ad eundem finem. Illud sanè omnino requirimus ad dandam iniuriarum actionem contra depositarium, vt is animum habuerit faciendæ iniuriæ. Nec enim sine animo fit iniuria, vt neque furtum *l. si quis testamentum. 41. supr. ad l. Aquil.* vbi in ea ipsa specie quæ hic proponitur dat Iurisc. non tantum actionem iniuriarum, sed etiam in factum vtilem. Porrò animum faciendæ iniuriæ videtur habuisse depositarius qui eo consilio testamenti tabulas apud se depositas plurib. præsentibus apud se legit, vt secreta testatoris iudicia diuulgaret. Aliud ergo est, si per imperitiam & stultitiam id fecerit, quid enim tam contrarium imperitiæ & stultitiæ quàm dolus?

39 ¶ Si prædo, vel fur deposuerint, & hos Marcellus libro sexto digestorum putat depositi recte acturos. Iam interest eorum, eo quod teneantur.

Ad. §. Si prædo. 39.

RAT. DVB. Nemo ex improbitate sua actionem consequi potest, *l. itaque fullo. 12. infr. de furt.* Sunt enim actiones omnes sicut & obligationes comparatæ ad hoc, vt vnusquisque persequatur quod sua interest. *l. stipulatio ista §. alteri. de verb. oblig.* Non autem interesse cuiusquam videtur, nisi ex honesta causa interfit *l. cuius interfuit, eod. tit. de furt. l. 3. §. sciendum. supr. ad exhibendum.* Atqui nõ potest videri quicquam interesse prædonis vel furis ex honesta causa, quàmuis ei cui furtum vel vim fecerunt teneantur, cùm turpiter fecerint. Ergo si rem furtiuam vel vi possessam & raptã penes alium deposuerint, depositi tamen actionem habere non possunt, sicuti dicimus nec furti agere posse, tametsi res furtiua iis quoque furto subtracta sit, ex eodem enim fonte nascitur, vt fur furti agere non possit. *d. l. itaque §. sed furti de furt.*

DEC. Aliud est delinquere, aliud verò contrahere. *l. 1. §. sed si cum quolibet supr. de exercit. act.* Atqui fur vel prædo quamuis deliquerit cum furtum vel vim fecit, non tamen dicimus, cum rem furto subtractam, vel vi raptam penes alium deponit, hoc enim contrahere est, non delinquere. Non est igitur ijs deneganda actio depositi cõtra depositarium, quã sibi ex contractu suo quæsiuerunt. Illud sanè admitti non potest quod Accursius refert quibusdam placuisse, vt fur & prædo etiam rei vindicationem habere possint contra depositarium vel commodatarium, quasi non possint illi referre quæstionẽ dominij, cùm à fure & prædone ius ipsi habeant, *arg. l. si quis conductionis. 25. C. de locat.* vindicatio enim non ex contractu nascitur, vt actio depositi vel cõmodati, sed ex præsenti possessione illius qui alienã rẽ iniustè detinet *l. non alia 24. §. sed si postulatur. supr. de iudic. iuncta l. non à iudice 64. eod. tit.* de quo tamen videnda sunt quæ pluribus diximus in *l. ita vt 16. supr. commod. & in l. fu pignore 22. §. si prædo supra de pignor. act.* Iunge *l. nam & si fur. 13. de reb. cred.*

40 ¶ Si quis argentum, vel aurum depositum petat, vtrum speciem, an pondus complecti debeat? & magis est, vt vtrumque complectatur, scyphum forte, vel lancem, vel pateram dicendo, & materiam, & pondus addendo. Sed & si purpura sit infecta, vel lana, pondus similiter adiiciendum. [a] Saluo eo, vt, si de quantitate ponderis incertum est, iuranti succurratur.

Ad §. Si quis argentum. 40.

RAT. DVB. Cùm aliqua res petitur, sufficit ita rem demonstrari, vt possit intelligi. *l. in furti actione. infr. de furt.* Atqui potest facilè res intelligi si materiæ infectæ pondus adiiciatur, signatæ verò numerus, factæ autem species dicatur aut numerus sit res mensura contineatur, vt scriptum est in *d. l. in furti, & in l. si in rem. 6. supr. de rei vind.* Ergo non est necesse vtrumq; exprimi, & speciem & pondus, præsertim si etiam materia designata sit. RAT. DEC. Non videtur reddi depositum quod deterius redditur §. *si res deposita 16. supr. l. 3. §. si reddita. supr. commod.* Atqui non potest sciri an species aurea vel argentea reddatur deterior nisi in libello etiam pondus exprimatur, redderetur enim deterior si restitutionis tempore esset minoris ponderis, quàm cùm fuit deposita, necessario igitur & species, puta lanx vel patera, sed etiam pondus exprimi debet, itaque materia forte aurea vel argentea & in hoc separanda est actio depositi ab actione in rem in qua sufficit speciem exprimi etiam non adiecto pondere, si modo etiam materia expressa sit, *d. l. si in rem.* Et ratio diuersitatis est, quia species quæ fuit mea non eo minus mea remanet, quòd à possessore deterior facta sit, meum siquidem est quicquid ex re mea supersit, eiusq; vindicandi ius habeo *l. solum 49. §. 1. eod. tit.* Est autem actio furti hac parte simili vindicationi non actioni depositi *d. l. in furti actione*, siue quod rei furtiuæ nomine etiam vindicatio competat *l. si pro fure. 7. §. 1. de cond. furt. §. sic itaque Inst. de action.* Siue potius, quod cũ actio furti detur ad pœnam dupli vel quadrupli, & vel furtiua tanti æstimetur, quanti actor in litem iurauerit. *l. in actione 50. de furt. iuncta l. cùm furti 9. supr. de in litem iur.* Sufficit rem ita demonstrari vt possit intelligi *d. l. in furti.* Satis autẽ intelligi potest expressa specie aurea vel argentea, licet pondus adiectum non sit, præsertim cùm actio furti referatur ad æstimationem quæ fuit tempore furti admissi, non quo furti agitur. Idem verò iuris est, si purpura infecta vel lana deposita sit, quod esse diximus in lance vel patera deposita, vt scilicet etiam pondus lanæ addi debeat, itemq; in cæteris omnibus quæ in pondere consistunt.

[a] *Saluo eo, vt si de quantitate.* RAT. DVB. Iusiurandum species probationis est *l. eum qui 30. in princip. & l. seq. l. tutor pupilli. 35. in princip. supr. de iureiur.* Atqui nemo in sua causa testis est idoneus. *l. nullus. 12 infr. de testib. l. omnibus. 10. C. eod.* Ergo si is qui deposuit, pondus speciei depositæ exprimere non possit, sum mouendus est, quasi nullo iure agens; cùm actor quilibet intentionẽ suam probare debeat aut succumbere, etiam si nihil prẽstiterit, *l. qui accusare 4. C de edend. l. 2. & passim infr. de probat.*

DEC. Probationibus semper succurrendum est quantum fieri potest, tãquam quæ sint fauorabilissimæ, quod sine iis veritas rerum haberi nõ possit, vt in Codice nostro scripsimus *def. 1. de probat* maximè

BIU Cujas

verò cùm agitur aduersus dolosum, ne ex dolo suo lucretur, & ne alioqui dolus remaneat impunitus, *l. ne ex dolo 13. supr. de dol. l. procurator. 11. §. 1. infr. de dol. mal. except.* Atqui depositarius non tenetur nisi de dolo, vt sæpius diximus. Ergo si speciem auream depositam depositarius nolit reddere, nec is qui deposuit pondus, probare possit, æquum est ei succurri, vt iureiurando suo pondus probare possit, præsertim cùm eius potissimum fauore fiat, vt pondus quoque exprimi necesse sit, ne scilicet alioqui in eius potestate sit, eum, qui deposuit, decipere, & rem depositam cum ponderis diminutione restituere. Mirum verò non est succurri ei qui deposuit, vt pondus speciei depositæ iurando probare possit, cùm ei liceat etiam in litem iurare, vt tanti depositarius condemnetur, quanti in litem iurauerit is qui deposuit, §. *in depositi 26. supr. hac leg. & l. ei apud quem. 5. infr. hoc tit.* Quod iusiurandum in litem multo grauius est, & maioris momenti, quippe per quod æstimatur dolus, & punitur depositarij contumacia vltra rei pretium, *l. 1. supr. de in lit. iur.* Neque desunt qui cum Bartolo putent hæc verba etiam de iureiurando in litem accipi debere, cum quibus tamen non consentio. Aliud enim est iurari ad probationem, aliud verò iurari ad litem æstimandam, quod & indicat verbum *succurratur*, quo hic Vlpianus vtitur: non enim succurritur ei qui deposuit, cùm admittitur ad iusiurandum in litem, sed permittitur ei potiùs vti iure communi, quod in omnibus actionibus bonæ fidei obtinet, per quas rem suam quis reposcit, *l. in actionibus 5.* vbi diximus, *supr. de in lit. iur.* At succurritur ei cùm admittitur ad iurandum ad hoc duntaxat, vt suam intentionem probet ac impleat, non deferente aduersario iusiurandum, *l. 1. in princip. quar. rer. exact. non det.* Succurritur autem ei qui deposuit si de pondere tantùm dubitetur, non etiam si de specie ipsa, vt bene notat Accurs. probatio enim speciei ad substantiam ipsam actionis pertinet, probatio verò ponderis, non nisi ad qualitatem rei de qua agitur, præter id quod putauit Accursius de quantitate & pondere dubitari magis potest quàm de specie. In eo sanè errauit Accursius quod differentiam illam quam suprà posuimus inter actionem depositi, & rei vindicationem, non intellexit. Item in eo quod putat ei qui deposuit hactenus succurrendum esse, vt si iuret, se pondus nescire, nec posse se pro certo dicere, remitti ei necessitas huius rei debeat, vt in *d. l. in furti. §. de vest. vers. plane de furt.* At non etiam vt pro eo sententia ferri possit nisi probetur. Propterea quod cùm incerta petitio est, non possit certa ferri sententia, *l. sententia 3. C. de sentent. quæ sine cert. quant. proferuntur.* Nam pro culdubio Vlpiani hic sensus est, remittendam esse ei qui deposuit necessitatem exprimendi ponderis rei depositæ, si iuret se id certo non posse dicere, nec eo minus condemnãdum depositarium, quanti postea actor in litem iurauerit.

41 ¶ Si cista signata deposita sit, vtrum cista tantùm petatur, an & species comprehendendæ sint? & ait Trebatius, cistam repetendam, non singularum rerum depositi agendum, quòd si & res ostensæ sunt, & sic depositæ, adiiciendæ sunt & species & vestes. Labeo autẽ ait, eum, qui cistã deponit, singulas quoq; res videri deponere. ergo & de rebus agere eum oportet. Quid ergo, si ignorauerit is, qui depositũ suscipiebat, res ibi esse? non multum facere, cùm suscepit depositũ. ego, & rerum depositi agi posse existimo: quamuis signata cista deposita sit.

Ad §. Si cista. 41.

RAT. DVB. Pro Trebatio, cùm depositi agitur, idipsum repetendum est quod depositum fuit, non aliud, *l. Lucius 24. infr. hoc tit. l. 2. in princip. supr. de reb. credit.* Atqui ponimus depositam & traditam fuisse cistam, non res singulas in cista inclusas. Ergo cista ipsa repetenda est, nõ res singulæ quæ cista continentur, si eæ res ostensæ non sint. Quod si res ostensæ sint, tunc depositæ videri debent & traditæ potiùs quàm cista ipsa, quæ non nisi propter ipsas res hoc casu tradita intelligitur. Ergo hoc casu vt Trebatius putabat, singularum rerum non cistæ nomine depositi agi oportebit.

RATIO DECID. Pro Labeone & Vlpiano qui Labeonis sententiam probat, is qui cistam deponit, non tam de cista deponenda cogitat, quàm de iis rebus omnibus quæ cista continentur. Potest enim fieri, & fit plerunq; vt vas illud condendis aptũ vestib. quod cistę nomine significatur, modici sit valoris, vestes autẽ in cista reconditę sint pretiosissimæ, quas proinde custodiri longe magis interest deponentis quàm cistam ipsam. Ergo non tam de cista quàm de singulis rebus in ea inclusis agi potest depositi, nec minùs si res depositario ostensæ sint quam si ostensæ non sint. Quid enim refert, an depositarius ignoret, an sciat quænam res sint, cùm depositũ susceperit, nec proinde quicquam interest, an cista deposita sit, an resignata, id est, aperta, videtur tamen Labeo in ea fuisse sententia, vt crederet de rebus in cista depositis agi non tantum posse, sed oportere, quasi solæ res depositæ sint non cista. Vlpianus verò mediam sequitur sententiam, vt in potestate sit deponentis, vel de cista agere vel de rebus singulis. Et multo melius, vtrumq; enim certè verum est; & cistam esse depositam & res singulas in cista comprehensas, siue ignoret depositarius quænam res illæ sint siue sciat. Quid ergo si cùm cista signata deposita esset, amissa sit, aut non restituatur dolo malo depositarij, an probare tenebitur is qui deposuit qualitatem & quantitatem reum quæ fuerunt in cista, sic putat Accursius, nec malè si modo cum Bartolo sic Accursium intelligas, vt si dolus aliquis depositario aut lata culpa arguatur, permittendum sit ei qui deposuit iusiurandum in litem, quod probationis vice sit. Si verò neque dolus eius, neque lata culpa depositarij interueniat, tunc alias probationes & plenas afferre debeat is, qui deposuit, *arg. l. in actionib. 5. supr. de in lit. iur. l. si quando. 9. Cod. vnde vi. iunct. §. in depositi 26. supr. hac leg.*

42 ¶ Filiumfamilias teneri depositi constat: quia & cæteris actionibus tenetur. sed & cum patre eius agi potest, dumtaxat de peculio. Idẽ & in seruo. nam

cum

cum domino agetur. [a] Plane, vt Iulianus scribit, & nobis videtur: Si eorum nomine, qui sunt in potestate, agatur. venit in iudicium, & si quid per eum, in cuius iure sunt, captus fraudatúsve est: vt & dolus eorum veniat, non tantùm ipsorum, cum quibus contractum est.

Ad § Filiumfamilias. 42.

RAT. DDB. Depositum fit re & traditione §. *praterea. instit. quib. mod. re contrah. oblig.* Traditio autem nihil nisi possessionis translatio est. *l. 3. infr. de act. empt.* Atqui possessio per filiumfamilias acquiritur patri non minus quàm per seruum *l. 1. §. item acquirimus. infr. de acq. possess.* Ergo si apud filiumfamilias res aliqua deposita sit, dicèdum est ex eo deposito patrem non filiumfamilias teneri. Quemadmodum si penes seruum deposita res esset, depositi teneretur dominus, non seruus §. *si apud seruum. 18.* vbi diximus *supr.*

DEC. Filiusfamilias ex omnibus causis obligatur ex quibus paterfamilias obligari posset, nisi ex voto & mutuo *l. filiusfamilias. 39. de oblig. & act. iuncta. l 2. §. 1. de pollicit.* Ergo si depositum acceperit filiusfamilias, perinde tenetur depositi ac si esset paterfamilias, cùm non pater, sed ipse contraxerit: Cõtractus enim omnes, vt sæpius diximus, sunt facti. *l. consilio. 7. §. vlt. infr. de curat. fur.* Quæ autem sunt facti, ad patrem non transeunt *l. quod dicitur 130. de verb. obl.* sicuti nec à seruo ad dominum *l. qui heredi. 44. de condit. & dem.* Neque tamen hac parte similis ratio est filiifamilias & serui, cùm seruus, nec ex suis contractibus obligari possit ciuiliter *l. serui 14. de obl. & act.* nec proinde conueniri, quia cum seruo nulla actio est *l. cum seruo 107. de reg. iur.* Sed pater tamen ex contractu filiifamilias etiam depositi conueniri poterit. At de peculio tantùm, non insolidum, vt ex cæteris filiifamilias contractib. *l. depositi. 5. supr. de pecul.* Et in hoc par ratio est serui, & filiifamilias: nam si apud seruum aliquid depositum sit, æquè dominus depositi tenebitur de peculio. *d. l. depositi.* Idem iuris est si filiofamilias, vel seruo alieno res aliqua commodata sit. *l. 3. §. si filiofamilias. supr. commod.* Planè si iussu patris vel domini res deposita sit penes filiumfamilias vel seruum, tenebitur actione directa dominus: Itemq; pater non filius, quia patris vel domini persona sola hoc casu spectata esse intelligitur *l. vlt. infr. pro soc. §. penult. Inst. quod cum eo qui in alien. pot.*

a *Plane, vt Iulianus scribit.* RAT. DVB. In actione depositi venit tantum dolus depositarij aut lata culpa §. *illud improbabis. §. est autem. §. si rem à seruo, & §. vlt. hac leg.* Atqui cum penes filiumfam. vel seruum res deposita est, solus filiusf. vel seruus depositarius est, nõ pater aut dominus, vt modo diximus. Ergo solius filiifam. vel serui dolus actionem depositi potest inducere non patris aut domini.

DEC. In omnibus bonæ fidei iudiciis ita comparatum est, vt quoties actio de peculio, vel de in rem verso competit aduersus patrem aut dominũ, hanc quoq; adiectionem habere debeat: *& si quid dolo malo domini vel patris captus fraudatusque actor est l. in bonæ fidei 36. supr. de pecul. d. l. 3. §. penult. supr. cõmod.* Atqui actio depositi bonæ fidei est, §. *hanc actionem supr.* Ergo & in actione depositi idem dicendum est, vt si eorum nomine, qui sunt in potestate agatur depositi, veniat in iudicium etiã si quid per patrem vel dominum captum fraudatúmque est. Nec minus eorum dolus æstimetur, quàm filiifamilias vel serui cum quibus contractum est.

43 ¶ Si apud duos sit deposita res: aduersus vnumquemque eorum agi poterit: nec liberabitur alter, si cum altero agatur. non enim electione, sed solutione liberantur. Proinde si ambo dolo fecerint, & alter, quod interest, præstiterit. alter non conuenietur, exemplo duorum tutorum. Quod si alter vel nihil, vel minus facere possit: ad alium peruenietur. Idémque, & si alter dolo non fecerit, & idcirco sit absolutus: nam ad alium peruenietur.

Ad §. Si apud duos. 43.

RAT. DVB. Cùm apud duos deposita res est, ambo simul obligantur. Ergo non nisi pro virilibus portionibus, *l. reos 11. §. cùm tabulis infr. de duob. reis.* Ergo si apud duos vna & eadem res deponatur, non nisi pro virilibus, singuli actione depositi teneri possunt, nisi ponas esse illos correos debendi, quomodo fieri possunt etiam ex causa depositi, *l. eandem rem 9. eod. tit.* Atqui si hunc §. intelligas de duobus depositariis, qui facti sint correi debendi non erit verum quod Vlpianus ait, non iri liberatum alterum si cum altero agatur. Nam in duobus correis debendi aliter obseruatur vt sola vnius electione alius liberetur *l. 2. eod. illo tit de duob. reis.*

DEC. In obligationibus indiuiduis non potest scindi obligatio, *l. 2. l. 4. §. Cato. l. stipulationes non diuiduntur 72. infr. de verb. obl.* Atqui restituendi obligatio indiuidua est, sicut & omnes faciendi obligationes, *d. l. 2. §. item si in facto, & d. l. stipulationes.* Ergo cùm depositarius ad restitutionem teneatur, consequens est, vt si duo eiusdem rei sint depositarij, possit vnusquisque eorum in solidum conueniri, quia nec pro parte restitui res potest, nec proinde pro parte contingere liberatio, *l. in executione 85. §. quod si stipulatus & seq. eod. tit.* Idque quanuis depositarij non sint correi debendi, cuiusmodi certè non sunt nisi appareat, eum qui deposuit, singulorum fidem in solidum secutum esse, vt in *d. l. eandem.* Quod tamen non semper contingit, fieri enim facilè potest, vt apud duos deponat, qui apud alterum solùm æquè non fuerat depositurus. Iraq; mirum non est electione vnius alterum non liberari, nisi sint correi, sed tantum solutione, sicut euenit in pluribus vnius pupilli tutoribus, qui nec electione liberantur, sed tantum solutione, tanquam qui ex propria persona eiusdem rei debitores sint *leg. si ex duobus 15. infr. de tut. & rat. distrahend.* Ergo verum est quod hic dicitur, si ambo siue depositarij siue tutores dolo fecerint, & conuentus alter vel nihil vel minus facere possit, aut si quis eorum nihil dolo fecerit, atque ita ab actione depositi absolutus sit, nihilominus futurum, vt ad alterum peruenire possit, nempe quoties deposita res indiuisibilis est; nam si sit diuisibilis, vtputa

BIU Cujas

pecunia aliud certè est, cùm non amplius interfit eius qui deposuit, si modo vterq; depositarius sit soluendo, vt Marcellus tractat in *l. si duo 22. infr. hoc tit.* Mitor verò Accursium contra scribere plures depositarios teneri semper pro partibus, nisi actum sit, vt quilibet in solidum teneatur, quomodo comminiscitur actum fuisse in hac lege & in *d. l. eandem & in l. si vt certo 5. §. fin. supr. commod.* & in *d. l. stipulationes non diuiduntur.* In quibus tamen locis omnibus nihil est ex quo possis diuinare, id actum esse, de quo tamen vide, quæ scripsimus plurib*us ad d. l. 5. § vlt. commod.* Magisque probabiliter dubitari potest, An quod prior conuentus præstitit alij prodesse debeat, si ambo doli rei sint, vt satis innuit Vlpianus in *d. l. si ex duob.* Sed tamen verius est, quod hic idem Vlpianus concludit, si alter conuentus id quod interest præstiterit, alterum liberari, exemplo etiam tutorum, cùm non detur actio depositi nisi ad id quod interest actoris, nihil autem dici possit interesse eius, qui iam solidum consequutus sit, *d. l. si duo.* Alij tamen plerique casus sunt in quibus quæritur, an pluribus eandem rem debentibus sola vnius electione alius liberetur, an verò sola perceptione, de quo videnda sunt quæ scripsimus ad *l. perceptione 4. supr. de his qui effud. vel deiec.*

44 ¶ Sed si duo deposuerint, & ambo agant: si quidem sic deposuerunt, vt vel vnus tollat totum: poterit in solidum agi. si vero pro parte, pro qua eorum interest: tunc dicendum est, in partem condemnationem faciendam.

Ad §. Sed si duo. 44.

RAT. DVB. Restituendi obligatio indiuidua est, vt diximus ad §. *præcedentem.* Ergo quemadmodum si apud duos res aliqua deposita sit, vnusquisque eorum in solidum tenetur, *d. §. præcedente.* Ita dicendum videtur, si duo eandem rem deposuerint, vnumquemque eorum depositi in solidum agere posse; Etiamsi non sic deposuerint, vt vel vnus eorum totam rem posset tollere, quo casu nemo dubitat, quin vnus in solidum agere possit.

DEC. Multum interest, an apud duos depositum sit, an à duobus, priore casu, interest actoris solidam rem ab vno quoque ex depositariis consequi, quia tota res ad eum pertinet. Posteriore verò casu, vniuscuiusq; eorum qui deposuerunt, non interest nisi pro ea parte quam quisque habet in deposito. Mirum igitur non est si priore casu deponenti actio detur in solidum, posteriore verò singulis deponentibus pro parte tantum, æstimandum enim semper est ius agendi ex eo quod actoris interest, præsertim cum tractamus de ea actione quæ non nisi ad id quod interest, competit, cuiusmodi est actio depositi, *l. si duo 22. infr. hoc tit. iuncta lege licet 17. in princip. eod.* vt & actiones omnes in quibus agitur ad factū *l. si quis ab alio 13. in fin. inf. de iudic. l. stipulationes non diuiduntur. 72. & l. in executione 85. de verb. obl.* Nec proinde distinguendum est in specie huius §. quomodo Accursius distinguere videtur, an res deposita sit diuisibilis an indiuisibilis, nam etsi maximè indiuisibilis, sit, verum tamen est non interesse vniuscuiusque eorum qui deposuerunt, nisi pro ea parte quam habuerunt in deposito, cùm non potuerint singuli habere solidum, *l. si vt certo 5. §. vltim. supr. commod.* Idque non obscurè Vlpianus in hoc §. insinuat, cùm ait, sinon sic deposuerint, vt vel vnus totum tollere posset, sed pro ea tantum parte pro qua ipsorum interesset, tunc dicendum esse in parte condemnationem faciendam. Itaque placet quod Accursius hic notat ex *d. l.* licet, cùm plures rem communem deponunt, id in dubio actum videri, vt singuli pro ea tantum parte pro qua eorū interest, depositi agere possint. Similis ferè ratio diuersitatis adfertur in *l. 3. §. 1. iuncta l. 2. §. penult. & vlt. infr. de verb. obl.*

45 ¶ Si deposuero apud te, vt post mortem tuam reddas: & tecum, & cum herede tuo possum depositi agere: possum enim mutare voluntatem, & ante mortem tuam depositum repetere.

46 ¶ Proinde & si sic deposuero, vt post mortem meam reddatur: potero & ego, & heres meus agere depositi mutata voluntate.

Ad §. Si deposuero. 45. & §. Proinde. 46.

RAT. DVB. Cùm in contractu aliquo certa lex apposita est, stari ei oportet, nec potest ea lex immutari arbitrio alterutrius contrahentium *l. vero procuratori 12. §. penult. infr. de solut.* Contractus enim omnes vt vulgo iactari solet, ab initio sunt voluntatis, ex post facto autem necessitatis. *l. in commodato. 17. §. 1. supr. Commod. l. sicut. 5. Cod. de oblig. & act.* Ergo si sic apud te rem aliquam deposuero, vt post mortem tuam mihi reddatur, lex depositi seruanda est. *§. si conuenit. 6. supr.* ac proinde si velim à te viuo depositum reposcere quod ex conuentione non nisi post mortem tuam reddi mihi debuit, non est mihi permittendum, vt tecum agam depositi, sed tantum vt cum herede tuo, de quo nimirum solo obligando conuenit hoc ipso quod inter nos actum est, vt post mortem demum tuam mihi redderetur.

DEC. In omnibus contractibus inspiciendum est non tam quid conuenerit, quàm qua mente & cuius gratia, nec enim vnquam ferendum est, vt ei noceat conuentio quoquo fuit apposita *l. in ratione 30. §. tametsi versic. sed id non est verisimile infr. ad l. falcid. iuncta l. nulla 25. supr. de legib. l. quod fauore. 6. C. eod.* Atqui in proposita specie, cùm rem meam sic apud te deposui, vt ea mihi post mortem tuam redderetur, non mihi, sed tibi herediq; tuo legem dicere volui, vt loquitur Iurisconsultus in *l. Thais. in fin. 40. infr. de fideicom. libert.* Ergo non potest mihi nocere pactio, quominus etiam te viuo, & à te possim depositum repetere. Nec ad rem facit quod casus reddendi post mortem tuam depositi, qui solus pactione deprehensus est, excludere videatur casum contrarium de depositio reddendo te viuo, *arg. l. si cùm dotem 22. in princip. infr. solut. mat. l. commodissimè 10. infr. de liber. & posth. l. inter socerum 26. §. cùm*

inter

inter infr. de pact. dotal. Casus enim omissus remanet in dispositione iuris communis, vt ex iisdem legibus probare nostri solent. Ex iure autem communi obligaris depositi, etiamsi nulla de eo reddendo pactio interuenerit, ob hoc ipsum tantum, quia depositum suscepisti quod potissimū re contrahitur. Nihil ergo prohibet quominus etiam te viuo possim mutare voluntatem & ante mortem tuam depositum repetere, cum nulla in eo tibi fiat iniuria, nec sim obligatus ne ante constitutum tempus depositi agere possim, quamuis conuenerim, vt post mortem tuam redderes, alioqui quid diceremus, si absque herede & successore vllo morereris, vt in *§. idem quærit. 14. supr. hac leg.* an dicendum esset nullam mihi actionem depositi siue viuo te, siue mortuo competituram? sic in *l. si verò 12. §. si mandauero 6. l. si quis alicui. 27. §. 1. infr. tit. prox.* Proinde vt sequitur in hoc §. *Et si sic deposuero, vt post mortem meam reddas, non solum heres meus depositi agere possit, sed & ego ipse mutata voluntate.* Eadem enim ad hunc versiculum quæ ad superiorem dubitandi & decidendi ratio est. Sanè in eo qui ipse obligatus est, mutatio voluntatis aut nullo modo aut difficilius permittitur. *d. l. huiusmodi. 84. §. Stichum aut Pamphilum 9.* nisi verba cōuentionis ita ferant, vt in *l. si quis stipulatus. 112. in princip. de verb. ob.*

47 ¶ Quia autem dolus duntaxat in hanc actionem venit: quæsitum est: si heres rem apud testatorem depositam, vel commodatam distraxit, ignorans depositam, vel commodatam: an teneatur. & quia dolo non fecit: non tenebitur de re. an tamen vel de pretio teneatur, quod ad eum peruenit: & verius est, teneri eum. hoc enim ipso dolo facit, quòd id, quod ad se peruenit, non reddit.

Ad §. Quia autem. vlt.

RAT. DVB. In actione depositi dolus tantum venit, aut saltem lata culpa, quæ ad dolum proximè accedit, *§. si rem à seruo 32. & passim. supr. & l. quod Nerua 32. infr. hoc tit.* Atqui heres, qui rem apud testatorem depositam vel commodatam distraxit, ignorans depositam vel commodatam fuisse, nihil dolo malo fecisse videri potest, cùm diuinare non debuerit, & semper probabilis sit ignorantia facti alieni, *l. vlt. infr. pro suo l. qui in alterius 42. de reg. iur. §. sed tamen Inst. de vsucap.* Nec proinde in lata culpa est magis quàm in dolo. Ergo actione depositi teneri non potest, neque vt rem reddat, quam nec habet, nec dolo desiit habere, neque vt precium rei depositæ restituat, quod ipsum non fuit depositum, sicut enim pretium rei communis, non est commune, nec è contrario res communis, quæ est empta ex pecunia cōmuni, *l. si vnus 67. §. 1. infr. pro soc.* Nec res pignorata quæ est empta ex pecunia pignorata *l. idémque in fin. infr. qui pot. in pign. hab.* Neque dotalis quæ est empta ex pecunia dotali, *l. ex pecunia. 12. C. de iur. dot.* Nec denique res furtiua quæ empta est ex pecunia furtiua, *l. qui vas 42. §. vlt. infr. de furt.* Ita nec pecunia videri potest deposita quæ redacta est ex pretio rei depositæ. Aliud enim res ipsa est, aliud rei pretium, *l. si alij 42. §. 1. supr. de vsufruct. l. nemo rem suam 82. infr. de verb. obl.* quia pretium rei venditæ non ex re ipsa, sed ex negotiatione percipitur; *l. venditor. 22. infr. de hered. vel act. vend.*

DEC. Nihil quidem dolo fecit depositarij heres qui rem depositam ignorans vendidit, quomodo fecisset depositarius si ipse vendidisset *§. si rem depositam 25. supr.* Sed nunc dolo facit, cùm rei depositæ pretium, quod ad se ex rei depositæ venditione peruenit, non vult reddere, non minus quàm si rem ipsam depositam haberet, eamque restituere recusaret *§. est autem 22. supr.* Quid enim aliud agit cùm rei depositæ pretium retinet, nisi vt ex aliena iactura contra ius naturæ locupletetur, *l. nam hoc natura. 14. supr. de cond. indeb. l. iure naturæ 206. de reg. iur.* Atqui dolus etiam futurus venit in hanc actionem, *§. non tantum 20. & sequent. supr.* Parumque interest an dolo ab initio fecerit, an ex postfacto incipiat facere cùm conuenitur. *l. 2. §. circa. infr. de dol. mal. except.* Nec quod pretium rei depositæ, depositum non fuerit, neq; ex re ipsa deposita peruenerit fauere heredi debet, sufficit enim ad eum obligandum, quod pretium habeat saltem occasione rei depositæ vt in *l. debitor 59. in fin. infr. ad S. C. Trebell.* & quod hodie non haberet, si depositum factum non fuisset, sic in *l. si in diem 16. §. idem Iulianus ait supr. de hered. pet. l. si non seruum 23. supr. de reb. cred.* Nam & ex delictis solent teneri herede de eo quod ad ipsos peruenit, ne ex alieno scelere ditentur, *l. sicuti 38. de reg. iur. l. vnic. C. ex delict. defunct.* quanto igitur magis ex contractibus, & ex proprio dolo, *l. heres socij. 40. infr. pro soc. l. 1. de fideiuss. tutor.*

2. PAVLVS libro 31. ad Edictum.

QVid ergo, si pretium nondum exegit? aut minoris, quam debuit, vendidit? actiones suas tantummodò præstabit.

Ad l. Quid ergo. 2.

RAT. DVB. Depositarij hæres qui rem depositam vendidit licet ignorans & sine dolo malo vendiderit, tamē depositi tenetur, si pretium quod accepit, nolit reddere, quia hoc ipso dolo malo facit, alioqui non teneretur depositi, si dolum nullum admisisset, *d. §. vlt.* Atqui is qui ex proprio dolo conuenitur, indignus est cui succurratur, & ideo in solidum teneri debet, *l. illud 7. §. si cuius dolo supr. de tribut. act. l. si plures 38. in fin. infr. de admin. tut.* Ergo quamuis depositarij heres qui rem sine dolo malo vendidit, pretium nondum exegerit aut rem quæ pluris erat, minoris vendiderit, in solidum tamen teneri debet, nec proinde liberādus est, etiamsi actionem, quam contra emptorem habet, præstare & credere velit.

DEC. Neque depositarius, neque depositarij heres tenetur depositi, nisi dolus eius interuenerit. Atqui ponimus nullum in proposita specie dolum heredis interuenisse, nisi in eo quod acceptum in venditione pretium nolit ei reddere qui rem deposuerat, tractamus enim de eo herede qui rem depositam ignorans depositam vendiderit bona fide. Ergo si pretium nondum exegerit, aut rem minoris vendiderit æquè bona fide nihil certè est quod ei possit imputari, aut cur tenēri debeat depositi, nisi quia locupletior hoc ipso factus intelligitur ex venditione rei depositæ, quod de pretio

BIU Cujas

Aduersus emptorem habet actionem *l. si quid possessor. 31. supr. de petit. heredit.* Atqui quisquis ideo tenetur quod habeat actionem, non ad aliud teneri debet, quàm vt eam actionem præstet *d. l. si quid possessor. & l. quod debetur. 51. in fi. supr. de pecul. l. si pro-* *curatorem 8. §. si quis mandauerit. & l. heredem fideiussoris. 14. infr. tit. prox. mand.* Ergo in proposita specie non ad aliud tenetur heres depositarij, quam vt actionem quam contra emptorem habet, ei qui deposuit, præstet.

3. VLPIANVS libro 31. ad Edictum.

PLanè si possit rem redimere, & præstare: nec velit, non caret culpa:[a] quemadmodum nec si redemptam, vel alia ratione suam factam noluit præstare: causatus, quod semel ignarus vendiderit.

Ad l. plane. 3.

RAT. DVB. Nemo cogitur rem alienam emere, siue sui siue alieni compendij gratia *l. nec emere. 16. C. de iur. delib.* Contractus enim omnes ab initio sunt voluntatis, licet ex post facto sint necessitatis, vt sæpius diximus ex *l. sicut. 5. C. de ob. & act.* Ergo nec rem venditam redimere quisquam cogendus est, etiamsi maximè possit si velit, quia solius venditoris, non etiam emptoris gratia conuentio illa apposita intelligitur *l. 2. infr. de lege commiss.* Non enim legem sibi dicit venditor sed emptori cùm paciscitur de retrouendendo *l. 2. C. de pact. int. empt. & vendit. iunct. l. Lucus 40. in fin. infr. de fideicom. libert.* Ergo etiamsi depositarij heres possit rem redimere quam depositam ignorans vendidit, siue ex facto de ea re interposito siue ex mera emptoris volũtate, nec tamen redimere velit vt eam præstet illi qui deposuit, non ideo tamen aliqua culpa illi imputari potest, multo minus dolus. Ac proinde ratio nulla est cur depositi teneatur.

DEC. Dolus est si quis nolit persequi quod persequi potest, aut si quis non exegerit, vel soluerit, quod exigere vel soluere possit *l. dolus est 44. inf. tit. prox.* Qui enim facere potest vt possit, iam videtur posse, vt habet iuris regula in *l. qui potest facere 174. de reg. iur.* Ergo in dolo est depositarij heres si rẽ depositã quã vẽdidit, licet ignoras redimere possit, vt eã restituat, nec velit, cũ per eũ esset quominus reddat. Nã & dici solet eũ qui actionem habet ad rem consequendam, rem ipsam habere videri *l. is qui actionem 15. eod. tit. de reg. iur. sic in §. non solum. Inst. de leg. & in l. qui quatuor. 30. §. vlt. de leg. 3.* imputatur heredi à quo res aliena legata est, cur eam nolit emere si possit iusto pretio, vt eam præstet legatario, iunge *l. non dubium 14. §. vlt. de leg. 3.* Quisquis enim ad aliquid obligatus est, ea omnia facere debet quantum in ipso est per quæ obligationi satisfacere possit, ne per eum stare videatur *l. in omnibus causis. 39. de reg. iur.*

a *Quemadmodum si redemptam.* RAT. DVB. In cõtractibus initium semper inspiciendum est *l. 1. §. si seruus deposuit 30. supr. l. si procuratorem 8. in princip. infr. tit. prox. l. si tantum 12. supr. de S. C. Maced.* Atqui ponimus heredem hunc depositarij, de quo loquimur, ab initio bona fide rem depositam vendidisse, nec dolo malo quicquam feciisse cùm depositam ignoraret. Ergo quãuis eam postea redemerit, aut alia qualibet ratione suam fecerit, non eo magis depositi actione teneri debet, vt eam cogatur reddere, quippe quam possidere intelligatur, non tam quasi depositarij heres quàm quasi alius quilibet, vt in *l. si patersamilias 15. §. qui duos. supr. de adopt.*

DEC. In actione depositi non tantum præteritus dolus venit, sed etiam præsens & futurus *l. 1. §. non tantum. 19. & sequentib. sup. hoc tit.* Atqui depositarij heres in proposito casu licet ab initio nihil dolo malo fecerit, nunc tamen incipit facere, cùm rem depositam, quam restituere posset si vellet, nõ restituit *d. l. 1. §. est autem 22. supr. & d. l. dolus. 44. inf. tit. prox. l. 2. §. circa inf. de dol. mal. & met. except.* Nec curamus qua tandem via vel ratione depositarij heres rem illam depositam quam vẽdiderat, recuperauerit, sufficit enim ad eum obligandũ, quod restituendæ rei habeat facultatem *d. l. 1. §. idem Neratius 21. supr. d. l. si procuratorem 8. §. dolo autem penult. infr. tit. prox. l. si quis inficiatus 13. in princip. infr. hoc tit.*

4. PAVLVS libro 5. ad Plautium.

SEd etsi non sit heres, sed putauit se heredem, & vendidit: simili modo lucrum ei extorquebitur.

Ad l. Sed & si 4.

RAT. DVB. Is qui putans se heredem depositarij vendidit rem depositam quasi hereditariam, & ignorans depositam, neq; in dolo, neque in culpa esse videri potest, quamuis pretium bona fide exegerit. Ergo depositi actione teneri non potest, nec magis tanquam heres depositarij quàm quasi depositarius, cùm heres non sit: nec depositi actio competere possit aduersus alium quam depositarium ipsum, aut heredem eius.

DEC. Bona fides non patitur, vt quis ex deposito rei alienæ lucrum consequatur, *l. idémque 10. §. 1. infr. tit. prox.* Ne scilicet ex aliena iactura locupletetur contra iuris naturalis æquitatem *l. nam hoc natura 14. supr. de condict. indeb. l. iure naturæ, 206. de reg. iur.* Atquin hic de quo agimus, tametsi neque depositarius sit, neque depositarij heres, vendidit tamẽ rem depositam quasi hereditariam, cùm se heredem existimaret, ac proinde occasione hereditatis, vt in *l. debitor 59. §. 1. in fin. infr ad S. C. Trebell.* Adeóque quod magis est occasione depositi. Nec enim rem in hereditate inuenisset, ac quasi hereditariam vendere potuisset, si penes defunctum deposita prius non fuisset. Res enim depositæ vel commodatæ, licet non sint in bonis depositarij vel commodatarij, sunt tamen ex eius bonis, *l. 2. §. in hac actione 22. inf. de vi bonor. rapt.* Hoc verò sufficit, vt pretium rei depositæ quam vendidit, ei extorqueri debeat, quod nec bonæ fidei possessori hereditatis vllum relinqui debeat. *l. post SC. 28. iuncta l. sed etsi 28. supr. de hered. petit.* Et quidem quod magis est actione depositi, cùm depositum sicut venditioni, ita & actioni huic causam dederit, sicut solemus dicere actiones ex delictis etiam mere penales, quamuis in heredem non transeãt, hactenus tamen competere, vt turpe lucrum quod defuncto ex scelere quæsitum fuerat heredi extorqueatur, *l. in heredem 5. supr. de calumniat. l. sicuti 38. de reg. iur. l. vnic. C. ex delict. defunct.* Nempe quia licet crimina morte extinguantur, nec heres successor sit delicti, occasione tamen delicti

BIU Cujas

delicti habuit lucrum quod ei extorquendum est. Neque hoc tantum ex summa æquitate, vt Accursius putat, sed ex mera ipsa iuris actione: ideóque, non possum probare quod idem Accursius putat falsum: hunc heredem depositarium non teneri nisi in subsidium. Quidni enim teneatur, cùm partim ex contractu defuncti, partim ex suo facto conueniatur? Planè, si ponerés rem depositam, & ab ipso venditam ad ipsum peruenisse alio titulo quam hereditario, facilè admitterem nullo modo conueniri eum depositi posse, nec in subsidium quidem, non tam quod heres verè non fuisset, quàm quia nec quasi heres vendidisset, *arg. d.l. venditor 59. in fin. ad Trebell.*

5. VLPIANVS libro 30. ad Edictum.

EI, apud quem depositum esse dicetur, contrarium iudicium depositi datur. In quo iudicio meritò in litem non iuratur, non enim de fide rupta agitur, sed de indemnitate eius, qui depositum suscepit.

Ad l. Ei apud quem. 5.

RAT. DVB. In actionibus bonæ fidei iuratur in litem, *l. in actionib. 5. supr. de in lit. iur.* Ideóq; in actione depositi quia bonæ fidei est iurari in litem, scriptum est in *l. 1. §. in depositi.* Iuncto §. *hanc actionem 23. supr. hoc tit.* Atqui actio depositi contraria, id est quæ depositario competit aduersus deponentem, tam est bonæ fidei quàm quæ est directa, & perinde actio depositi appellatur. Ergo etiam in contraria depositi actione iuratur in litem.

DEC. In iis demum actionib. iuratur in litem in quib. agitur de fide rupta. Est enim iurisiurandi in litem pœna aduersus eos constituta qui rem alienam inuito domino retinent, etiamsi fidem non dederint de re restituenda, quia iniquum est inuitum quem cogi rem vendere suam iusto pretio, *l. si filiofam. 25. §. 1. supr. sol. matrim. l. non enim 9. rer. amot.* Multo magis si fidem dederit rei restituendæ, vt eueniat in directa actione depositi, cæteríq; directis puta commodati, & pignoratitia. Atqui in contraria actione depositi non agitur de fide rupta, sed tantum de calculo, vt scriptum est in *l. furti 6. §. vlt. inf. de his qui notant. infam.* id est de indemnitate præstanda depositario, commodatario, vel creditori, qui in rē depositā vel cōmodatam, vel pignoratam aliquid impēdit. Nō enim debetur ea pecunia depositario, vel commodatario, vel creditori quod ea promissa sit, sed quia eā præstari æquū est & ex bona fide. Ergo in ea iurari in litē nō potest. Quid ergo, inquit Bartolus, si in actione contraria de fide rupta etiam agatur? An eo magis in litē iurari poterit? Ita putat Bartolus ad *l. si pignore 22. §. si post infr. de pignor. act.* Sed malè meo iudicio, vt enim iuretur in litem in actione bonæ fidei, non sufficit agi de fide rupta, nisi etiam illud concurrat, vt domino rem suam reposcenti denegare eam velit is qui conuenitur, vt apparet ex *d. l. non enim & d. l. si filiofam. §. 1. l. si vendidero 80. infr. de furt.* De quo diximus latiùs ad *d. l. in actionib.* Atqui per actionem contrariam, nemo vnquam reposcit rem suam, sed sibi debitam, tum quoque cùm promissa est, & agitur de fide rupta. Ergo nunquam in actione contraria in litem iuratur? Planè, si ponerés rem depositam, & ab ipso venditam ad ipsum peruenisse alio titulo quam hereditario, facilè admitterem nullo modo conueniri eum depositi posse, nec in subsidium quidem, non tam quod heres verè non fuisset, quàm quia nec quasi heres vendidisset, *arg. d. l. venditor 59. in fin. ad Trebell.*

Ad hæc, in actione depositi contraria non agitur de fide rupta, sed tantum de indemnitate depositarii, vt scriptum est in *l. furti 6. §. vlt. inf. de his qui notant. infam.* Ergo non iuratur in litem. Nec enim quod mihi debetur, meum est, nec meum esse potest quandiu mihi debetur, *l. non vt ex plurib. de reg. 110.* Ideóq; soleo dicere in actionib. empti & venditi quamuis bonę fidei sint, nunquam in litem iurari, nec si venditor sit in dolo rei tradendæ *l. si traditio 4. Cod. de action. empt. l. si cùm fundum 68. §. 1. in fin. infr. de contrah. empt.* quia emptor cùm agit aduersus venditorem ad rem tradendam, rem alienam persequitur non suam. Nec enim res vendita fit emptoris antequam fit tradita, *l. quod vendidit 19. de contrah. empt. l. quoties 15. C. de rei vendic.* Similiter igitur est dicendum in actione mandati non iurari in litem, ne quidem in directa, quamuis in ea quoque de fide rupta agatur, quia vix est vt ex mandato agat quis quam ad rem consequendam, quamuis in mandati actione directa semper agatur de fide rupta, quantò minùs ergo in actione contraria iurabitur? Amplius dico, nec in actione depositi directa semper in litem iurari: videndum si ponas depositam fuisse rem alienam, quomodo deponi eam posse constat, *l. 2. §. in hac actione infr. vi bonor. rapt.* Et tamen non eo minus verum erit agi de fide rupta, rumpit enim fidem depositarius quisquis denegat restitutionem rei depositæ, siue propria fuerit, siue aliena. Ergo ratio iurisiurandi in litem quæ in hac lege ponitur, germana non est, cùm non sit perpetua, sed sic accipi debet, quasi moneat I. C. non in qualibet actione depositi iurari in litem, sed contra eum dumtaxat, qui promissam rei depositæ restitutionem denegat, nimirum si illud etiam concurrat, vt rem suam reposcat is qui agit, quamuis non quasi suam reposcat, sed quasi sibi debitam. Nam & contra eum qui rem eam iniustè detinet, si agam rei vindicatione, æquè possum iurare in litem, *l. qui restituere 68. supr. de rei vind.* cùm tamen nemo dixerit in rei vindicatione agi de fide rupta, cùm vindicatio non ex contractu detur, sed ex præsenti possessione eius qui conuenitur, vt ait *lex non aliàs 24. §. sed si postulatur supr. de iudic.* & aduersus eum qui nullo modo obligatus est §. 1. *Inst. de action.*

1 ¶ In sequestrem depositi actio competit. [a] si tamē cum sequestre conuenit, vt certo loco rem depositam exhiberet, nisi ibi exhibeat: teneri eum palam est. [b] quod si de pluribus locis conuenit: in arbitrio eius est, quo loco exhibeat. sed si nihil conuenit, denuntiandum est ei, vt apud prætorem exhibeat.

Ad §. In sequestrem. 1.

RAT. DVB. Ad initium huius §. vix vlla afferri potest. Nā cùm sequester sit depositarius, quis dubitat actione depositi conueniri eum posse, siquidem nihil aliud est sequester, quàm depositū, quod à pluribus in solidum certa conditione custodiendum reddendúmque alicui traditur, vt ex Paulo subiicitur in lege proximè sequenti. Nam & sequester is dicitur apud quem plures eādem rem de qua controuersia est, deposuerunt, dictus ab eo quod occurrenti aut quasi sequenti eos qui contendunt committitur, inquit Modestinus in *l. sequester 110. de verb. sig.* Vnde & dicimus in sequestre deponere, *l. penult. infr. hoc tit.* & sequestrare in *l. si cùm dotem 22. §. sin autem 8. solut. matrim.* & totus ille §. cum præcedēti adeo barbarus est, vt Triboniano magis adscribi debeat quàm Vlpiano, quemadmodum alibi diximus, ideóq; & sequestraria actio appellatur in

BIU Cujas

l. si quis affirmauit. 9. §. Labeo. aliàs lex. si oleum. supr. de dol. leg. si in Asia 12. §. cùm sequestre infr. hoc tit.

a *Si tamen cum sequestre conuenit.* RAT. DVB. sequester depositarius est, vt modo diximus. Atqui depositarius nō tenetur nisi de dolo *l. 1. §. vlt. & passim supr.* Ergo quamuis cum sequestre conuenerit, vt certo loco rē depositā exhiberet, nec exhibeat, non ideo tamen statim consequens est, vt sequestraria depositi actione teneri debeat, nisi illud etiam addas, quod sit in dolo, cùm fieri possit, vt eo loco non exhibeat, & tamen dolo careat, vt in *d. l. 1. §. est autem 22. supr.*

DEC. Dolus malus est, si quis quod exhibere potest, non exhibeat *l. dolus 44. infr. tit. prox. mandat.* vnde fit vt in actione ad exhibendum iuretur in litem *l. 3. §. præterea. supr. ad exhib.* Ergo sequestraria actione depositi eū teneri æquū est, nisi proponas iustam eum habere causam recusandi exhibitionē in eo loco in quo exhibere debeat. Hoc enim excipiendum est ex *d. §. est autem. & l. cùm res. 47. in fine principij de leg. 1. l. sed etsi 11. §. 1. & sequenti. supr. ad exhibend.*

b *Quod si de pluribus locis conuenit.* RAT. DVB. Non debet in arbitrio esse debitoris, sed potius actoris in quo loco exhiberi ei res debeat. Ne alioqui sit in potestate depositarij numquam exhibere si nullo loco exhibere velit. *Arg. l. inter stipulantem 83. §. 1. infr. de verb. ob.* DEC. In alternatiuis obligationibus electio est debitoris ex regula vtriusq; iuris, & pontificij & ciuilis *cap. in alternatiuis. de reg. iur. in 6. l. plerumque 10. §. vlt. infr. de iur. dot.* Ergo si conuenerit, vt res apud sequestrem deposita exhiberetur pluribus locis, alternatiue scilicet positis in condictione depositionis electio sequestri esse debet in quo loco exhibere malit: quamuis enim nō possit esse in potestate debitoris an debeat, potest tamen in arbitrio eius poni quid debeat & vbi debeat, *l. 2. si quid Ephesi & seq. supr. de eo cert. loc.* Quòd si depositarius nollet vnquam accedere ad hunc locum, in quo exhiberi res debet, aut ad aliquem ex pluribus locis ad exhibitionē destinatis, non ideo tamen necessaria erit actio arbitraria de eo quod certo loco, quia sufficit æquitas actionis depositi quæ bonæ fidei est *l. in bonæ fidei. 7. supr. de eo quod cert. loc.* Placet autē quod Accursius ad hunc §. obseruat, quoties duo alternatiuè promittuntur, vtrumq; esse in obligatione, *ex l. ait Prætor. 7. alias lex. etsi sine in princip. sup. de minor. l. si duo. 128. inf. de verb. ob.*

2 ¶ Si velit sequester officium deponere, quid ei faciendum sit; & ait Pomponius, adire eum prætorem oportere: & ex eius auctoritate denuntiatione facta his, qui eum elegerant, ei rem restituendam, qui præsens fuerit. sed hoc non semper verum puto, nam plerumque non est permittendum, officium, quod semel suscepit, contra legem depositionis, deponere: nisi iustissima causa interueniente, & cùm permittitur: raro ei res restituenda est qui venit; sed oportet eam, arbitratu iudicis, apud ædem aliquam deponi.

Ad §. Si velit sequester. 2.

RAT. DVB. Pro Pomponio nihil tā naturale est quàm vnū quodq; dissolui eo modo quo colligatum est *vulg. l. nihil tam naturale. 35. de reg. iur. l. prout. 80. infr. de solut.* Atqui sequestre saltem iudiciale, de quo Pomponius præculdubio intellexit, non fit nisi autoritate prætoris aut alterius magistratus interueniente, tum quoq; cū sequestrē eligunt litigatores. Ergo si velit sequester officium deponere, non melius id facere potest quā si prætorē adeat, vt ex eius autoritate restituatur res ei qui præsens fuerit: denuntiatione tamen prius facta his qui eum elegerant. Ita enim nulla fit iniuria, neque sequestri, neque his qui eum elegerunt, neque autoritati prætoris.

DEC. Non est permittendū, vt officium quod quis semel suscepit, deponat contra legem depositionis & inuitis iis qui deposuerunt. Nam & hic contractus ex postfacto est necessitatis, sicut cæteri, quāuis ab initio sit voluntatis *vulg. l. sicut. Cod. de oblig. & act.* debuitq; potius sequester non suscipere depositum quàm susceptum deponere *l. si hominem 7. in princip.* veluti solemus dicere in commodato *l. in commodato. 17. §. sicut supr. commod. & in mandato, l. si mandauero 22. §. vlt. infr. mand.* Quemadmodum autē possunt variæ causæ intercedere propter quas mādatum etiam susceptū possit renunciari, vt scriptum est in *d. §. vlt. l. sed & te 35. §. penult. supr. de procurat. l. 3. §. 1. l. licet 17. supr. de recept. qui arbitr. receper.* Nec rursus semper decernere prætor debet vt sequester ei rem restituat qui prior velit, cū facile fieri possit, vt qui diligentior est in reposcendo depositio, minus tamen iuris in eo habeat. Ergo vel audiendus non est sequester, si velit nulla iusta causa interueniente, officium deponere, vel si quā iustam alleget causam, tutius est, arbitrio prætoris aut alterius iudicis in sacra æde aliquam rem deponi, ne absenti fiat iniuria, si præsenti ob id solum quod præsens est, restitutio depositi fiat, vt in *l. 1. §. si pecunia in sacculo. 36. supr. hoc tit.* vbi tamen monuimus remedium hoc familiarius esse Triboniano nostro quam prudentibus, nec sanè minus suspicor §. hunc esse Triboniani potiùs quàm Vlpiani, adeo videntur mihi verba ferè omnia parum elegantia primùm illa in ipso initio §. *si velit sequester officium deponere quid ei faciendum est*? Nec enim solent prudentes ab eiusmodi quæstiunculis ordiri, deinde cùm ait, *sed hoc non semper verum puto: namplerumq; &c.* Deinde insulsa illa alluſio cōtra legē depositionis deponere rursum in illis sequentibus, *Nisi iustissima causa interueniente.* Solēt enim I.C. iustā causam exigere: sed Tribonianus semper iustissimā. Deinde cū addit, *Et cum permittitur, raro ei res restituenda est si velit.* Non addito, quibus casibus restituenda sit vel nō sit, quod Vlpianus non prætermisisset. Deniq; in postremis illis verbis, *Sed oportet eam rem arbitratu iudicis apud ædem aliquam deponi*, vbi more suo Tribonianus confundit nomina prætoris & iudicis, quæ tamen I.C. nostri diligentissimè distinguunt.

6. PAVLVS libro 2. ad Edictum.

PRopriè autem in sequestre est depositum, quod à pluribus in solidum certa condi.ione custodiendum reddendúmque traditur.

Ad l. Propriè. 6.

Definitio hæc est depositi sequestrarij, cui cōuenit etiā definitio depositarij sequestris à Modestino tradita in *l. sequester 10. de verb. sig.* Quemadmodum autem

autem duplex est depositum sequestrarium, vnum iudiciale, alterum conuentionale, iudiciale, nimirum quod sit iudicis autoritate, conuentionale verò quod ex contendentium voluntate, & conuentione proficiscitur, de quo in *l. licet in princip. infr. hoc tit. & in l. interesse puto. 39. infr. de acquir. possess.* Vtriq; conuenit hæc definitio, vtrumq; enim est depositū & se habet ad depositū, vt species ad genus, differentiam autem essentialem sumit ab eo quod sequitur in definitione *quod à pluribus in solidum certa conditione custodiendum reddendúmq; traditur.* Alia enim species depositi quæ nomen sui generis retinet ac simpliciter dicitur depositū, vt cognatio quatenus opponitur agnationi, & adoptio quatenus opponitur adrogationi, non fit regulariter nisi ab vno, quamuis possit etiam ex facto incidere vt fiat à pluribus *l. 1. §. sed si duo. 44. supr.* At depositum sequestrarium nō nisi à pluribus fieri potest *d. l. licet 17. in princip. infr.* Rursum in sequestro conuentionali possunt plures sic deponere, vt pro sua tantū parte quisq; deponat *d. §. sed si duo.* At in depositō sequestrario depositū fit à pluribus in solidum, quia vnusquisque cōtendit se in solidum possidere nec aliam ob causā ad sequestrationis remediū decurri solet, nisi quia subest periculū, ne alioqui litigatores ad rixam veniant & ad arma, vt fieri passim solet pro tuenda possessione, potius quā pro proprietate, quod prohibere magistratus sēper quantum potest debet *l. si cuius 13. §. sed si inter duos. alias l. æquissimum. sup. de vsufr.* si non litigatores ipsi vltrò consentiant quod facere etiā per se possunt *d. l. interesse iuncta l. 1. §. inde quæritur. 10. inf. de oper. nou. nunc.* ac multò facilius quàm prætor ipse, aut alius iudex quilibet, quia regulariter prohibita est sequestratio tanquam odiosa, nec permittenda est iudici nisi ex magna & necessaria causa & seruato eo iuris ordine de quo in *l. vni. C. de prox. sequestr. pec.* Cùm tamē si sequestre fiat à litigatoribus, nulla sequestrationis alia causa quam eorum voluntas exquirenda sit. *Additur* in definitione, *quod traditur custodiendum reddendumq; certa conditione*, vt intelligamus esse hoc depositi simile alteri in eo quod fit traditione *§. præterea Inst. quib. mod. re contrah. ob. & l. 1. §. is quoque Inst. de ob. & act.* Sed dissimile tamen in eo quod certam habet conditionem sub qua reddi debeat, vt scilicet reddatur ei qui in lite vicerit. Cùm tamen simplex depositum quod sequestro opponitur nullam aliam habeat reddendi conditionem quàm deponentis voluntatem *d. l. 1. §. est autem. 22. supr. hoc tit.*

7. VLPIANVS libro 30. ad Edictum.

SI hominem apud se depositum, vt quæstio de eo haberetur, ac propterea vinctum, vel ad malam mansionem extensum, sequester soluerit misericordia ductus: dolo proximum esse, quod factum est, arbitror: quia cum sciret cui rei pararetur, intempestiuè misericordiam exercuit, cùm posset non suscipere talem causam, quam decipere.

Ad l. Si hominem. 7.

RAT. DVBIT. Sequester cùm sit depositarius, non tenetur nisi de dolo *l. 1. §. 1. & passim. supr. hoc tit.* Atqui nō potest videri esse in dolo is qui hominem apud se depositum, vt quæstio de eo haberetur, ac propterea vinctum, vel ad malam mansionem extensum, id est, vt quidam nec male meo iudicio interpretantur, quæstioni iam additum ex *l. item apud Labeonem. 15. §. quæstionem 41. inf. de iniur.* Misericordia ductus soluit, cum id humanitati magis adscribendum sit quàm dolo. *l. doli verbum. 5. supr. de seruo corrupt.* Ergo nō debet sequester ob hoc factum depositi teneri.

DEC. Dolo proximum est si quis cùm sciret, cui rei pararetur hic seruus vinctus & ad malam mansionem extēsus, intempestiuè misericordiam exercuit. Nam misericordiam quidem exercere optimum est & humanum, cùm fiat in memoriam humanæ conditionis, vt loquitur *lex quidam 27. infrà de condit. instit.* Sed ita demum si tempestiuè id fiat, non etiam si intempestiuè, & cum incommodo & damno alterius. Poterat enim ab initio & debebat talem causam nō suscipere potius quam deponentes decipere, quis enim tale depositum suscipere illum coegisset si noluisset? Cùm ergo in hac specie sequester vel in dolo sit vel in lata culpa quæ dolo proxima est *leg. quod nerua infr.* omnino consequens est vt depositi actione eo nomine teneatur, nam & si depositum nullū præcessisset, actione tamen vel de dolo vel in factum teneretur. *l. vt eleganter. 7. §. item. Labeo ait. supr. de dol.*

8. PAPINIANVS libro 9. Quæstionum.

1 ¶ Datur actio depositi in heredem ex dolo defuncti in solidū. quamquam enim alias ex dolo defuncti non solemus teneri, nisi pro ea parte, quæ ad nos peruenit: tamen hic dolus ex contractu, reique persecutione descendit. ideoq; in solidum vnus heres tenetur. plures verò pro ea parte, qua quisq; heres est.

Ad §. Datur actio. 8.

RAT. DVB. Ex dolo defuncti non solet teneri heres nisi pro qua parte ad eū peruenit, quia dolus personalis est nec transit in heredem, nisi hactenus, ne ex defuncti dolo lucretur, *l. ne in heredē 26. & seq. supr. de dol.* Ergo etiamsi dolus ex cōtractu reiq; persecutione descendat, non est tamen danda in solidum actio contra heredem ob dolum defuncti, sed in quantum duntaxat ad eum peruenerit.

DEC. Actiones omnes ex contractu descendentes cum sint rei persecutoriæ, cōpetunt in solidum contra heredem licet in iis quoque delictum versetur, & ex iis dolus vindicetur, quia non ideo nascuntur ex dolo vel ex delicto, sed ex contractu *l. ex contractibus, 49. iuncta l. ex depositi 12. eod. l. ad ea 157. §. vlt. de reg. iur.* Atqui actio depositi licet non detur nisi propter dolum *l. 1. §. vlt. & passim supr.* datur tamen ex contractu vt nemo non videt, & ad rei persecutionem, cùm detur ad id quod interest, vt toties diximus. Ergo & perpetua esse debet non annalis etiam si sit prætoria, & in solidum danda est contra heredem, *ex reg. l. in honorariis 35. de obl. & act.* Plerique tamen casus sunt in quibus videtur hæc regula fallere, quos Accurs. hic cōgerit ex *§. ali-*

BIU Cujas

quãdo. Inſt. de perpet. & tẽpor. action. l. 3. 8. penult. ſup. ſi mẽſor falſ. mod. dix. l. illud 7. §. fin l. fin. ſup. de edend. l. ſi quis eũ §. qui iniuriarũ ſup. ſi quis caution. l. quæſitã §. vlt. inf. de precar. Sed tamen negat Bart. fallere in illis locis hanc §. noſtri regulam, quod tractent de actionibus iis quæ non tam directo ex contractu quàm ex delicto naſcantur, de quo tamen quoniam longior & difficilior tractatus eſt, videnda ſunt quæ ſcripſimus *lib. 1. coniect. ca. 11. & lib. 4. c. 1. ſed potiſſimũ decad. de error. pragmat. & ad l. in condictione 9. ſup. de cõd. furt. Plures verò pro ea parte qua quiſque heres eſt.* Malè hæc verba explicat Accurſius quaſi Vlpiani ſenſus ſit, cum plures ſunt depoſitarij heredes, vnumquemq; ex iis teneri in quantum duntaxat ad eum peruenit, cùm tamen ſenſus ſit, non teneri quidem hoc caſu vnumquemq; in ſolidũ, ſed pro parte hereditaria, teneri tamen omnes ſimul pro partibus hereditariis, etiamſi nihil omnino ad eos peruenerit.

2 ¶ Quoties foro cedũt nũmularij, ſolet primo loco ratio haberi depoſitariorũ: hoc eſt, eorũ, qui depoſitas pecunias habuerũt, [a] nõ quas fœnore apud nũmularios, vel cũ nummulariis, vel per ipſos exercebãt, & ante priuilegia. igitur, ſi bona venierint, depoſitariorum ratio habetur. dummodo eorũ, qui vel poſtea vſuras acceperunt; ratio non habeatur: quaſi renuntiauerint depoſito.

Ad §. Quoties 2.

RAT. DVB. In bonis nummularij vendendis potior quidẽ haberi ſolet ratio depoſitariorum, ſed tamẽ poſt priuilegia, vt diſertè ſcriptum eſt *l. ſi ventri 23. §. in bonis infr. de bon. autor. iud. poſſ. alias lex 9. de priuileg. credit.* id eſt poſt creditores, quorum præcipuus fauor dedit illis priuilegium prælationis inter perſonales creditores, quorũ ſcilicet priuilegia nõ ex tẽpore æſtimantur, ſed ex cauſa *l. priuilegia 32. eod. tit.* ad differentiam ſcilicet creditorum hypothecariorũ, quorũ priuilegia nõ ex cauſa æſtimantur, ſed ex tempore, vt qui prior eſt tempore, potior ſit iure niſi in certis caſibus exceptis, *l. interdũ 5. & paſſim inf. qui potior. in pig. hab. l. ſecundum* I.C. *eod.* Ergo non eſt verum quod in hoc §. idem Vlpianus ſcribit, Depoſitariorum rationem haberi debere ante priuilegia putà ante actionẽ funerariã dotis & tutelæ, de quibus in *l. quæſitum 17. & ſequentib. de reb. autorit. iud. poſſid. & in l. penult. ſupr. de relig. & ſumpt. funer. l. ex plurib. 42. infr. de admin. tut.* Et ſanè fatendum eſt difficilem eſſe horum locorũ cõciliationẽ, præſertim cùm ambo ſint eiuſdẽ I.C. Vlpiani, neque verò potuit Accurſius hinc ſe euoluere diſtinguendũ exiſtimãs an res depoſitæ extent nec ne, vt ſi extent, præferẽdus ſit depoſitarius, ſi non extent, ſit poſtponendus: habet enim hoc priuilegium depoſitarius in rebus depoſitis, quas, ſi extẽt, vindicare faciliùs & tutiùs poteſt, vt nullo indigeat priuilegio, ſed etiã in omnib. cæteris depoſitarij facultatib. *l. prox. infr.* quare nec Accurſ. in hac ſolutione conquieſcit ſed aliã affert diſtinctionem, vt depoſitarius præferatur quidem cæteris actionib. perſonalib. etiã priuilegiariis, poſtponatur tamen realib. id eſt, hypothecariis, ſed hoc æquè malè, cùm enim de priuilegiis tractant IC. de perſonalib. ſemper actionib. intelligunt nõ de realibus, quãuis inter priuilegiarios quoq; creditores vel hypothecarios, habeant quidã priuilegiũ prælationis, de quo in *d. l. interdum.* Neq; verò rurſus verũ eſt actiones dotis & tutelæ habuiſſe iure vetere priuilegium vllũ tacitæ hypothecæ. Primus enim Cõſtantinus Imperator tacitã hypothecã dedit pupillis & adultis in bona tutoris vel curatoris in *l. pro officio 20. C. de admin. tut.* Et primus Iuſtinian. *actioni de dote in l. vnic. C. de rei vxor. actio.* Quod verò ad funerariam pertinet, quam idem affert Accurſ. certum eſt ne quidem hodie habere illam priuilegium tacitæ hypothecæ, tametſi placeat interpretib. præferẽdam eam cæteris omnib. actionib. etiam hypothecariis de quo diximus ad *d. l. penult. ſupr. de relig. & ſumpt. fund.* Ego dum melius aliquid excogito, cogor dicere conſtituendam eſſe differentiam inter menſularium & nummularium qui foro cedit ſine dolo malo, quod euenire facilè poteſt, & euenit quotidie lapſis repentino fortunæ impetu facultatib. vt in *l. 4. infr. vt in poſſeſſ. legat.* An verò per fraudẽ & dolo malo, vt priore caſu potior eſſe debeat cauſa cæterorũ creditorũ, qui habẽt priuilegiũ quã depoſitariorũ. Poſteriore verò depoſitariorũ potior quàm cæterorum; nempe quia interueniente dolo menſularij, dignior eſt is qui depoſuit, cui ſuccurratur aduerſus dolum tanquam qui non tam ipſius depoſitarij quàm publicam fidem ſecutus ſit. Et ne alioqui deterreantur homines à deponendis pecuniis penes argentarios, quorum vſus in republica & ad publicas vtilitates perneceſſarius eſſe creditur, vt ſcriptum eſt in *l. prox. ſequenti.* vbi quod dicitur de dando Priuilegio creditori in omnibus fraudatoris facultatibus, oſtendit tractare Vlpianum hoc loco de nummulario qui foro ceſſerit dolo malo & in fraudem creditorum. Quod igitur contra ſcripſit Vlpianus in *d. §. in bonis.* ad alium caſum referendũ eſt quo nummularij dolus arguatur, quo caſu licet is qui depoſuit mereatur habere priuilegium, quia nõ eo minus verum & fidem publicam illum ſecutum fuiſſe: cæteros verò priuatam: minus tamen conqueri poteſt, ſe fidem publicã ſequentẽ deceptum eſſe, cũ caſu magis quàm dolo damnum hoc ei acciderit, adeò vt vix quoq; depoſiti actio ei danda ſit, quæ ſcilicet præſupponit dolum aliquẽ vel præteritum vel præſentem vel futurum: qui porro nullus hic interuenit, ſed tamen poſſet interuenire hoc ipſo, quod depoſitum nõ reſtitueretur ſi depoſitarij ceſſio facultatem reſtituendi depoſiti is non ademiſſet. Satis igitur deponenti eſſe debet, quod poſt cætera priuilegia ipſius ratio habeatur. Quod ſi cui hæc diſtinctio min⁹ ſatisfaciat, non video quid dicendum ſuperſit, niſi vt reiecta priore Vlpiani ſẽtentia quæ extat in hoc §. poſteriorem ſequamur quæ ex poſterioribus Vlpiani libris ad edictum hauſta eſt in *d. §. in bonis.* Potuit enim facilè accidere Vlpiano vt variauerit & ſentẽtiam in melius mutauerit. Quomodo accidit & Papiniano in *l. ſi venditor. 6. §. 1. & in l. ſeruus 7. infr. de ſeru. export. l. vlt. §. ſed cum C. de furt.* & Scæuolæ apud Vlpianum in *l. qui bona. 23. §. ſi quis duobus. de acq. rer. dom. Iuncta l. ſed & ſi quid ſtipuletur. 25. §. ſi duos. ſup. de vſufr.* Et Voluſio Mecianus in *l. diui fratres 17. infr. de iur. patron.*

a *Non quas fœnore apud nummularios.* RAT. DVB. Initium cuiuſq; contractus inſpiciendum eſt *l. 1. §. ſi ſeruus depoſuit 30. ſupr. l. ſi procuratorem. 8. infr. tit. prox.* Atqui ponimus ab initio depoſitas fuiſſe pecunias. Ergo quamuis poſtea conuenerit, vt fœnori

vt fœnori essent penes depositarium, dicendum videtur, depositum nihilominus durare, & consequenter depositi actionem tenere.

Dec. Aliud est deponere, aliud credere. *d. §. in bonis.* Deponit enim is qui tradit aliquid custodiēdum ea lege vt illud ipsum reddatur *l. 2. in princip. supr. de reb. cred.* Credit verò & mutuum dat qui tradit aliquid recepturus non idem, sed tantumdem, vt ibidem scriptum est & in *l. Lucius. 24. infr. hoc tit.* Vbi additur, quoties in deposito conuenit, vt tantundem restituatur egredi eā rem notissimos depositi terminos. Atqui is qui pecunias quas apud nūmulariū depositas habet, fœnore exercet vel per se, vel per nummularios, hoc ipsō facit potestatem nūmulariis, iisdemq; depositariis vt iisdē pecuniis vtantur. Ac proinde vt non eadem ipsa corpora nūmorum, sed tantumdem restituere teneantur: Ideoq; priuilegium nullum habere is qui deposuit potest, quia non credito, sed deposito priuilegium datum est, nec quemadmodum is qui pecunias deponit apud nummularium fidem publicam sequitur, ita & is qui nummulario dat pecunias fœnori, nihil nisi priuatam suam intuitus vtilitatem. Idque est quod Vlpian. subiicit in hoc §. eos qui pecunias ita depositas crediderunt, deposito renunciasse videri, vt proinde non possit hoc casu inspici initiū contractus cui renunciatum est, sic in *l. de lege 6. §. 1. infr. de leg. commiss.*

3 ¶ Item quæritur, vtrum ordo spectetur eorum, qui deposuerunt: an verò simul omnium depositariorum ratio habeatur: & constat, simul admittendos. hoc enim, rescripto principali significatur.

Ad §. Item quæritur. vlt.

Rat. dvb. Cùm cætera sunt paria, potior debet esse causa eorum qui sunt anteriores tempore. *l. 4. C. qui potior. in pig. hab. l. si is qui cùm 28. inf. de iur. fisc.* Ergo si plures sint depositarij diuersorum temporū qui proinde habeant parem causā debiti, potiores esse debent illi qui tempore anteriores sunt.

Dec. Priuilegia creditorum personalium non ex tempore æstimantur, sed ex causa, vt diximus ad §. præcedentem *ex leg. priuilegia 32. infr. de reb. autorit. iud. possid. Alias lex 17. de priuileg. credit.* Atqui plures depositarij concurrunt in vna eademq; causa debiti. Ergo necesse est vt concurrant in priuilegio simulq; admittantur scilicet per æs & libram, vt loqui solemus, quod pragmatici Galli dicunt, *à sols & à liure*: Ideoq; rescripto principali declaratum fuisse testatur hic Vlpianus. Obseruandum tamen est quod Accursius hic notat occupantis depositarij meliorem fore conditionem, id est, vt qui prior venerit ad reposcendum depositum si ei satisfactū fuerit, sit securus, vt euenire solet inter eos quibus vna eadēq; causa debetur *l. inter eos. 19. infr. de re iudic.* licet enim cuilibet vigilare ad suum consequēdum. *l. pupillus. 24. l. quod autem 6. §. sciendum. eod. tit.*

8. Papinianvs libro 9. Quæstionum.

QVod priuilegium exercetur, non in ea tantùm quantitate quæ in bonis argentarij, ex pecunia deposita reperta est, sed in omnibus fraudatoris facultatibus, idque propter necessarium vsum argentariorum ex vtilitate publica receptum est, [a] planè sumptus causa, qui necessariò factus est, semper præcedit. nam deducto eo, bonorum calculus subduci solet.

Ad l. Quod priuilegium. 8.

Rat. Dvb. Depositi actio personalis est non in rem, nec habet priuilegium vllum tacitæ hypothecæ in bonis depositarij, neq; enim hic casus enumeratur inter eos de quibus in *tit. in quib. caus. pignus vel hyp. tac. contrah. §. insuper. nouell. De argentar. contractib.* Ergo satis esse debet ei qui deposuit, si Priuilegium habeat inter cæteros creditores in ea ipsa pecunia quæ fuit deposita aut quæ ex deposito in bonis depositarij reperta est, vt puta si quid ex ea pecunia emptum reperiatur. *arg. l. sed quod inde. 71. & seq. infr. de leg. 2.*

Dec: In omni iuris parte spectari maximè solet quod publicè vtile est *l. ita vulneratus 51. §. vlt. supra ad leg. Aquil.* Cùm legislator ciuilis omnia referat ad publicam vtilitatem ex prima illa lege 12. tabularum, Salvs popvli svprema lex esto. Atqui ad publicam vtilitatē maximè pertinet vsus argentariorum per quos cōmercia pleraq; & commodiùs & tutiùs expediuntur, & quorū fidē qui sequitur, nō tā priuatam ipsorum quā publicā fidem sequi videtur *l. si ventri. 24. §. in bonis. infr. de reb. autorit. iud. poss. alias. l. 9. de priuileg. credit.* Ergo sūma ratione receptū est, vt Priuilegium depositi inter personales actiones exerceri possit non tantū in ea quantitate quę in bonis argentarij ex pecunia deposita reperta est, sed etiam in omnibus argentarij eiusdemq; depositarij facultatibus. Ex quo intelligimus extra hunc casum, id est, si penes alium quā argentarium aut nummulariū pecunia deposita sit, nullum depositi priuilegiū esse, tanquā cessante fauore qui Priuilegio causā dedit, planè cùm ipsa pecunia deposita extat, dubitari non oportet, quin potior esse causa debeat eius qui deposuit, etiā ante priuilegia omnia quorū alioqui ratio potior esse deberet, *d. §. in bonis in fin.* sed hoc ita si vindicatione agatur non actione depositi vt ibidem scriptum est, nullo enim priuilegio indiget, qui rē suā vindicat, sed tamē pro hoc cōmodo habet illud incommodum, quod dominium probare cogitur *l. in rem 23. & l. seq. & passim sup. de rei vindic.* Dominij autem probatio plerunq; perdifficilis est, §. *cōmodum Inst. de interdict.* præsertim verò pecunię numeratæ, ob affinitatem quam habent tantam inuicem vt corpora nummorum, vt facilè discerni non possint, *l. si alieni 78. infr. de solut.*

a *Planè sumptus.* Rat. dvb. Priuilegium datum non est nisi deposito, & quidem quod factum sit in manibus argentarij propter publicam vtilitatem vt modo diximus. Atqui sumptus qui ex huiusmodi causa facti sunt extra causam depositi sunt. Ergo nō idem priuilegium habere debent. Dec. Sumptuum necessariorū ratio sēper habēda est siue ad rē cōseruandā facti sint à depositario, siue ab eo qui deposuit, ad impetrandā missionē in possessionē bonorū depositarij, & vrgendā eorū venditionē, cùm eā res prosit cęteris omnib. qui deposuerunt, quib. eā possessionem vicissim cōmunicare cogitur, siquidē cū vnus mittitur in possessionē bonorū possessoris, omniū nomine mitti intelligitur *l. cū vnus 12. inf de reb. autorit. iud. possid.* Ergo & impensas ab omnibus præstari æquissimum est, *l. vltim. versic. & expensas.*

BIU Cujas

C.eod. Ideóq; in computandis bonis argentarij, vt ex iis satisfiat creditoribus, bonorum calculus ponitur deductis iis sumptib. qui necessarij fuerunt. Nam nec impensæ necessariæ alię sunt quàm quæ si factæ non essent, res aut peritura aut deterior futura esset, *l.impensæ 79.de verb.sig. l.impensæ 14. de impens. in reb. dotal. fact.* sic dicimus non esse computandos fructus nisi deductis sumptibus qui ad eos percipiendos & colligendos necessario facti sunt *l.vlt. eod.tit.l.si à domino 36.§.vlt.supr.de hered petit.*

9. PAVLVS libro 17. ad Edictum.

IN depositi actione, si ex facto defũcti agam aduersus vnũ ex plurib. heredibus, pro parte hereditaria agere debeo. si verò ex suo delicto, pro parte non ago, meritò: quia æstimatio refertur ad dolum, quẽ in solidũ ipse heres admisit.

Ad l. in depositi. 9.

RAT. DVB. Actiones hereditariæ quæ in defunctum competierunt, transeunt contra heredes ex lege 12. tabul. pro hereditariis portionibus; quia pro qua parte quisq; heres est, pro ea parte defuncti personã repræsentat, *l.pro hereditariis 2. & tot. tit. C.de hered. action.* Atqui plures heredes depositarij tenentur actione depositi ex contractu defuncti tũ quoq; cùm ipsi dolum in deposito admiserunt, nõ enim tenerentur, si defunctus depositum non suscepisset. Ergo siue ex defũcti dolo siue ex proprio conueniantur, non nisi pro hereditariis portionib. singuli conueniendi sunt. DEC. Actio depositi non datur nisi propter dolum & ad vindicandum ac æstimandum dolum, *l.1.§.vlt.& passim sup.* Atqui dolus cuiusque heredis indiuiduus est, & separatus à dolo coheredis. Ergo quẽadmodum si ex defuncti dolo conueniantur singuli pro hereditariis portionib. conueniendi sunt: Ita, si ex proprio conueniendi sunt in solidum, cùm referenda sit æstimatio ad dolum, quem in solidum vnus ex heredib. admisit. Nec enim condemnatur hoc casu coheres, quia heres sit, sed quia dolũ ipse admiserit quãuis neq. dolũ admittere potuisset, neq; condemnari hodie posset si heres depositarij nõ fuisset. Non tam igitur inspiciendum est quis aut qualis sit is qui condemnatur, quàm ex qua causa condemnetur, id est, an ex dolo defuncti, an ex suo, *l.de eo 18.infr.hoc tit.*

10. IVLIANVS libro 2. ex Minucio.

NEc aduersus coheredes eius, qui dolo carent, depositi actio competit.

Ad l. Nec aduersus. 10.

RAT. DVB. Actiones ex contractu dependentes transeunt in omnes coheredes, quia omnes simul sumpti vnius tantum defuncti personam sustinent, *l.ex contractib. 19.infr.de oblig.& act.* Ergo etiam si ex plurib. heredibus, vnus tantum deliquerit aduersus omnes tamẽ, id est, etiam eos qui nihil dolo fecerunt, etiam depositi actio competet, vt euenit si stipulatio in facto cõsistat, & ita cõcepta sit per te, non fieri neq; per heredem tuum, quominùs mihi ire agere liceret. Et vnus ex heredibus promissoris contra fecerit. Omnes enim coheredes eius tenentur, etiam qui non prohibuerunt, satisq; iis esse debet quod familiæ erciscũdæ iudicio repetituri sint, quod præstiterint, à coherede cuius facto stipulatio commissa est, *l.2.§.item si in facto & l. 4. §. Cato. infr. de verb.obl.* DEC. Actio depositi non datur nisi propter dolum, vt proximè diximus. Ergo si defunctus nihil dolo fecerit non alius ex heredibus depositarij teneri potest depositi quàm qui dolum ipse admisit. Est enim dolus quid personalissimum. Et sicut persona vnius coheredis diuersa est à persona alterius, ita & dolus vnius ex coheredibus, nõ potest videri dolus alterius *l. 2. §. 1. & passim infr. de dol mal. except.* Aliud igitur est in specie *d.§.item si in facto*, non quia ibi agatur de contractu stricti iuris, hic verò de actione bonæ fidei, vt malè putat Bartolus, sed quia ibi facto vnius ex heredibus committentis stipulationem, perinde damnum sentit stipulator, ac si omnes coheredes fecissent, & factũ vnius censetur factum omnium quoties factum indiuiduum est: hic autem agitur de dolo, qui licet indiuiduus quoque sit & in facto consistat, tamen purè factum, malitiam & versutiam exigit facientis, qui malicia si vnius tantum sit: non similiter omnium esse intelligitur, quamuis plerique sint casus in quibus dolus vnius nocet alteri, vt in *d.l.2.§.1.l. 4.§.quæsitum 18.& passim de dol. mal. except.* Nusquam tamen scriptum est dolum vnius esse dolum alterius.

11. VLPIANVS libro 41. ad Sabinum.

QVod seruus deposuit, is, apud quem depositum est, seruo rectissime reddet ex bona fide. nec enim conuenit bonæ fidei, abnegare id, quod quis accepit. sed debebit reddere ei à quo accepit: sic tamẽ, si sine dolo omnia reddat. hoc est, vt nec culpæ quidem suspicio sit. [a] denique Sabinus hoc explicuit addendo, *Nec vlla causa interuenit, quare putari possit, dominum reddi nolle.* hoc ita est, si potuit suspicari, iusta scilicet ratione motus. ceterùm sufficit bonam fidem adesse, [b] sed & si ante eius rei furtum fecerat seruus: si tamen ignorauit is, apud quem deposuit, vel credidit: dominum non inuitum fore huius solutionis: liberari poterit bona enim fides exigitur. [c] Non tantùm autem si remanenti in seruitute fuerit solutum, sed etiam si manumisso, vel alienato: ex iustis causis liberatio contingat, scilicet si quis ignorans manumissum, vel alienatum, soluit, idémque & in omnibus debitoribus seruandum Pomponius scribit.

Ad l. Quod seruus. 11.

RAT. DVB. Et reddendum est depositum cui acquisita est obligatio & actio ad ipsum repetẽdum. Nec enim aliter potest cõtingere, ne quidẽ per solutionẽ liberatio, quã si solutio fiat vero creditori, aut veri creditoris vero procuratori, *l.vero procuratori 12.*

vi 12. *infr. de solut. l. creditoris.* 8. *de cond. indeb.* Atqui tum quoq; cùm depositum à seruo factum est licet bona fide, obligatio tamen & actio depositi non acquiritur seruo, sed domino, ita vt ne monumento quidem tẽporis acquisitio in persona serui cõsistat *l. placet* 79. *inf. de acquir. hered.* Seruus namq; incapax est acquirẽdę sibi obligationis ciuilis. Multò magis actionis, *l. nec seruus* 41. *sup. de pecul. l. serui* 14. *infr de oblig. & act.* Ergo quãuis seruus deposuerit, nõ aliter tamen liberari depositarius potest, quàm si depositum ipsi domino nõ seruo restituat. Dec. Sicuti cõtractus depositi est facti, cęteriq; cõtractus omnes *l. consilio* 7. *§. vlt. infr. de curat. fur.* ita & restitutio depositi: facit enim aliquid qui restituit depositum. Atqui eorum omnium quæ in facto cõsistunt, capaces sunt serui, non minùs quàm domini *d. l. nec seruus.* Ideóq; nõ possunt ea quæ facti fiunt transire à seruo ad dominũ, *l. qui heredi* 44. *infr. de cond. & dem.* ergo quod seruus deposuit, ipsi quoq; seruo restitui potest, vt per eam restitutionẽ perinde cõtingat liberatio, atq; si depositũ ipsi domino restitutũ esset. Nãnec dubitatur, quin ipsi domino restitui multò tutiùs possit, si depositarius velit, quandoquidẽ restitutione depositi facta domino contingit omnimodo liberatio, nec sunt necessariæ distinctiones, quib. locus est, cùm restitutio fit seruo, & de quib. in hac lege tractatur, an nimirum volente aut saltẽ nõ prohibente domino, restitutio depositi seruo facta sit. Nec enim verẽdũ est, vt facta quoquomodo restitutione domino, seruus cõqueratur & agat depositi, qui actionẽ vllã nec habere, nec mouere potest. Et verò bona fides facit, vt ei ipsi qui depositũ dedit, depositum quoq; reddi oporteat, *l. bona fides* 31. *vers. incurrit inf. hoc tit.* Esset enim cõtra bonã fidẽ denegare restitutionem ei à quo quis depositum accepisset, dum ne in deposito reddendo quicquam fiat dolo malo, quod tunc accidit, cũ ne quidẽ culpæ suspicio vlla est, vt Vlpianus scribit in hac lege.

a *Denique Sabinus.* Exẽplũ adfert Vlpianus, & casum in quo seruus qui depositũ dederat, illud ipsum acceperit dolo malo depositarij, nempe si qua iusta causa interuenerit, propter quã credi possit dominũ nolle depositũ reddi seruo, nã si id vel suspicari iusta aliqua ratione depositarius potuerit, nõ videtur restituere depositũ bona fide, nempe quia nec alia ratio est liberandi depositarij quã quòd is, qui negotiũ cũ seruo cõtrahit, videatur volũtate domini & ab eo accipere & ei soluere, vt scriptũ est in *l. quod seruus* 35. *inf. de solut.* quæ ratio cessat nõ solùm si inuito domino restituatur depositũ, sed etiam si probabilẽ aliquã causam habeat depositarius suspicãdi, nõ eã esse domini voluntatẽ, vt seruo depositum reddatur, vt & in specie *legis si cũ Cornelius* 82. Iũcta *l. si quis seruo* 18. *eod. tit. l. qui re* 76. *inf. de furt.* hoc enim casu non potest videri depositum restitutum ex bona fide, & tamen semper adesse debet, & quæ si adsit, sufficit, vt nihil dolo malo factũ videatur *l. quod te* 5. *sup. de reb. credit. §. si quis agẽs.* 33. *vers. sanè si tam magna causa. Inst. de action.* Proinde malè Accurs. Sabini sententiam ab Vlpiano corrigi existimat, quã è contrario Vlpianus magis ac magis confirmat.

b *Sed etsi ante.* Rat. Dvb. nõ potest seruus facere furtũ rei dominicæ, nisi eã cõtractet inuito domino ex furti definitione quæ traditur in *l. 1. §. vlt. infr. de furt.* ergo post quã furtũ fecit, nõ potest eã rẽ aut deponere, aut depositã recipere nisi inuito domino.

Dec. Potest fieri, vt & seruus rei dominicæ furtũ fecerit, & depositarius, penes quẽ seruus deposuit, ignoret tamẽ furtiuã rẽ esse, quo casu cùm existimet se ex domini volũtate depositũ à seruo accipere, vtique potest eidẽ depositũ reddere bona fide, bonã enim fidẽ facit non veritas, sed error, qui modo sit iust⁹ & probabilis *l. 3. in princ. sup. de S. C. Maced.* & ad inducendum bonã fidẽ plus valet quod est in opinione & existimatione quã quod in veritate. Sufficit ergo ad liberãdũ depositariũ, vt putet dominũ cuius seruo depositum restituit, non inuitum fore.

c *Nõ tantũ autẽ.* Rat. Dvb. Seruus qui à domino vel alienatus est vel manumissus, nihil amplius ei acquirere potest, sed vel sibi ipsi si manumissus fuerit, vel nouo domino si alienatus. Solius enim domini, qui nunc est, persona inspicitur, cùm de facienda per seruum acquisitione tractatur, *tot. tit. per quas pers. nob. acq. inst.* Ergo si seruũ meum qui apud te rem meã deposuerat, alienauero vel manumisero, fieri nequit vt tu rẽ depositam ei restituas, quin mihi fiat iniuria, nec potest videri restituta mihi res quæ ei restituta fuit, per quẽ nihil mihi acquiri potest. Dec. Nihil à depositario exigimus, nisi vt depositũ restituat bona fide, vt proximè diximus. Restituit autẽ bona fide is etiã qui seruo alienato vel manumisso restituit à quo acceperat, dũmodo alienatum eũ vel manumissum ignoret, quandiu enim ignorat, iustã habet causam existimãdi se depositũ seruo reddere ex mea volũtate, cùm me adhuc dominũ esse arbitretur, *d. l. si quis seruo* 18. *& l. quod seruus* 35. *de solut.* Idémq; in cæteris omnib. debitoribus seruandũ esse Vlpianus hic subiicit ex Pomponio, vt scilicet ad liberandum debitorem quemlibet sufficiat factam esse solutionem ei quem debitor verum creditorem esse suspicabatur, dummodo non nimia credulitate, sed iusta ratione motus ita fecerit, *l. qui hominem* 24. *§. si Titium & seq. & §. si debitorem D. de solut.*

12. Pomponius libro 22. ad Sabinum.

SI in Asia depositum fuerit, vt Romæ reddatur: videtur id actum: vt non impensa eius id fiat, apud quem depositum sit, sed eius qui deposuit.

Ad l. Si in Asia. 12.

Rat. Dvb. Debitũ certo loco sicuti nõ alio loco solui potest nisi volẽte creditore in *l. penult. sup. de eo quod certo.* Ita neq; alterius impẽsa, ad eũ locũ perferri debet, quã ipsius debitoris, vt videre est in cõmodato, *l. si vt certo,* 5. *§. idem Labeo rectè dicit sup. commod.* Ergo si in Asia depositũ quid fuerit, ea tamẽ lege vt depositũ Romę reddatur, restituendũ est depositũ Romę sumptib. depositarij, vt se liberet ab obligatione, alioqui nũquã liberabitur si dominus alibi quã Romę recipere depositũ nolit. Dec. In actione depositi cùm sit bonæ fidei, æstimãda sunt omnia ex bona fide *§. in bonæ fidei Inst. de act.* Atqui non esset ex bona fide, vt depositarius impensa sua depositum perferre & reddere cogeretur, cùm depositum non depositarij gratia fiat, vt cõmodatum fauore solius commodatarij, *d. l. si vt certo, §. nunc videndum sup. commod.* Sed tantum fauore deponentis quem proinde æquum est impẽsam omnem agnoscere quæ ad restituendũ depositum necessaria est: ne alioqui suum ei officium quod amico in suscipiendo deposito præstiterit, *l. si seruus* 61. *§. quod verò infr. de furt.* Simile aliquid est in *l. sed & si* 11. *§. 1. supr. ad exhib. l. idemq; §. idem Labeo infr. tit. prox.*

1 ¶ Depositum eo loco restitui debet, in quo sine dolo malo eius est, a-

BIU Cujas

pud quem depositum est. vbi verò depositum est, nihil interest. Eadem dicenda sunt communiter & in omnibus bonæ fidei iudiciis.[a] Sed dicendū est, si velit actor suis impensis, suoque periculo perferri rem Romam, vt audiendus sit: quoniam & in ad exhibendum actione id seruatur.

Ad §. Depositum. 1.

RAT. DVB. Eadem causa esse solet & debet distractus quæ est contractus ex *vulg. regula l. nihil tam naturale 35. de reg. iur. l. si quis absentis. 5. §. is quoq; infr. de ob. & act. l. 2. C. vbi causa in integr. agit. sit.* Atqui obligatio depositi in eo loco contrahitur vbi fit depositum *l. omnem. 20. cum leg. præcedenti §. 1. supr. de iudic.* Ergo vt ea obligatio dissoluatur, necesse est depositum reddi in eo ipso loco in quo contractum est.

DEC. Depositi restitutio fieri non potest, nisi res deposita sit præsens, ergo nec alibi restitui potest quàm vbi est, dummodo ibi sit sine dolo malo depositarij, nec proinde quicquam refert vbi depositum contractum sit, sed tantum vbi res sit eo tempore quo depositi restitutio postulatur. Idemq; regulariter obseruatur non tantum in cæteris bonæ fidei iudiciis, vt hic scriptum est, sed etiam in actionibus ad exhibendum & in rem quæ sunt arbitrariæ *l. quod legatur. 38. sup. de iudic. l. si res mobilis. 10. cum duab. seqq. supr. de rei vind. l. cùm res 47. in princip. de leg. 1.* Hoc autem est intelligendum de eo casu quo non conuenit de re deposita certo loco restituenda, alioqui seruandum erit quod scriptum est initio huius legis, iuncta *l. 3. in fin. de act. empt.*

a *Sed dicendum est.* Hic versiculus mihi valde suspectus est, & parum abest quin putem esse Triboniani. Nec enim videtur habere rationem vllā, vt depositarius, qui Ephesi depositum accepit, cogatur rem depositam perferre Romam, etiamsi maximè is qui deposuit, perferri etiam suo periculo, & suis sumptibus velit, nec enim is qui depositum accipit, ad aliud se obligat, quam vt rē depositam custodiat & reddat, non etiam vt alio perferat, nisi ponas dolo eius factum esse vt res deposita in aliū locum translata sit ea mente, & calliditate, vt difficilior fieret eius restitutio, vt in actione ad exhibēdum scriptum est in *l. sed & si 11. §. 1. supr. ad exhib. & in l. cùm res 47. in princip. de leg. 1.* Nec quod Roma communis patria sit, vt Accursius ait ex *l. Roma 33. infr. ad mancip.* ad rem facit, cùm non idcirco id quod Ephesi est, videri possit esse Romæ. Nec tursus bona est ratio, quam Tribonianus de ingenio suo hic subiicit, *quoniam & in ad exhibendum actione id seruatur*, cùm longe maior sit fauor depositarij, qui non nisi deponentis gratia se obligat, quam eius qui actione ad exhibendum tenetur, quod rem possideat, de cuius exhibitione agitur: semper enim obseruandum est, vt quam minimo fieri potest incōmodo depositarius afficiatur, qui nihil aliud egit quā vt officium amico præstaret *d. l. si seruus 41. §. quod vero de furt.* Taceo, quod nec credibile est, ita scripturum fuisse Pomponium, sed elegātius vt cæteri prudentes solent, *quoniam & in actione ad exhibēdum id seruatur.* Triboniano autem familiarem esse Græcismum illum, quomodo in *l. vn. C. de rei vx. act. §. primum itaque* & alibi passim scribit, *In ex stipulati actione*, pro eo quod poterat & debuerat elegantius dicere, *In actione ex stipulatu.*

2 ¶ Cum sequestro rectè agetur depositi sequestraria actione, quum & in heredem eius reddi oporteat.

Ad §. Cùm sequestro. 2.

RAT. DVB. Actio sequestraria est actio depositi, sicut sequestre ipsum depositū *l. ei apud quē 5. §. 1. & vlt. & l. seq. supr.* Ergo nihil fuit necesse sequestrariam actionem specialiter proponere, cùm sufficeret actio depositi, non enim sunt multiplicandæ actiones sine necessitate *l. 1. supr. de public. in rem act. l. 2. §. vlt. infr. de vi bon. rapt.*

DEC. Actio depositi habet se ad actionem sequestrariam vt genus ad speciem: nam omne quidem sequestrum depositum est, sed non omne depositum est sequestrum, sed illud demum quod à pluribus in solidum certa conditione tertio cuidam custodiendum traditur reddendumq; *d. l. propriè 6. supr.* fuit ergo necessaria specialior actio ad sequestrum repetendū, quæ ideo sequestraria dicitur, & habet easdē præstationes quas actio depositi, quia & perinde bonæ fidei est, de qua in *l. propter 5. & seq. C. hoc tit. & in d. l. ei apud quem §. 1. supr. & l. penult. infr. eod.* Ideoque datur etiam in heredem sequestri, non minus quam generalis actio depositi *l. in depositi 9. sup.* quia æquè nascitur ex cōtractu *d. l. proprie.* Quamuis verum sit heredem sequestri non fuisse electum à contrahentibus vel à iudice, quæ ratio erat dubitandi ad postremam partem huius §. Sed neq; heres depositarij eligitur, cùm sit incertus, & nihilominus ex defuncti contractu, & ob ipsius dolum tenetur, & quidem in solidum si solus heres sit *d. l. in depositi, & l. si hominem 7. §. 1. supr.*

3 ¶ Quemadmodum quod ex stipulatu, vel ex testamento dari oporteat, post iudicium acceptum cum detrimento rei perit: sic depositum quoque eo die, quo depositi actum sit, periculo eius apud quem depositum fuerit, est, si iudicij accipiendi tempore potuit id reddere reus, nec reddidit.

Ad §. Quemadmodum. vlt.

RAT. DVB. Casus fortuiti pertinent ad dominū, *vulg. l. quæ fortuitis. 6. & l. pignus. 9. C. de pignor. act. l. contractus 23. in fi. de reg. iur.* Atqui is qui deposuit non eo minus manet dominus, quod cum eo depositarius litem sit contestatus, dominia enim rerū non nisi certis, & legitimis modis admittuntur, inter quos non est litis contestatio. Ergo nec depositum periculo depositarij esse debet, quamuis iudicij accipiendi, id est litis contestatæ tempore, potuerit deposito reddere, nec reddiderit.

DEC. Litis contestatio semper inducit malam fidem & dolum: indéque est, quod dicere solemus, omnes possessores post litem contestatam fieri pares, id est prædones, *l. sed etsi. 25. §. si ante supr. de petit. hered.* quia quale quid est cum petitur tale dari debet *l. 2. infr. de vsur.* Petitur autem tum demum cum fit litis contestatio *l. amplius non peti. 15. infr. rat. rem hab. l. vinum 22. supr. de reb. cred.* Et inspiciendum semper est vltimum instans quo

BIU Cujas

quo solui res potest. *l. si Calendis. 11. infr. de re iudic.* Vltimum autem instans quo solui potest res & debetur ex contractu, est instans litis contestatę, quia per contestationem fit nouatio. *l. aliam 29. infr. de nouat.* Et per eiusmodi nouationē permittitur tota obligatio quæ ex contractu nascebatur. *l. vlt. C. de vsur. rei iud. l. si fundus. 16. §. si pluris. infr. de pignor.* Et sane si mora sola effectum hunc habet, vt totum rei periculum transferat in moratorem: etiam in actionibus stricti iuris cuiusmodi sunt actiones ex stipulatu, vel ex testamento. *leg. si ex legati. 23. & sequentib. l. si seruum. 91. §. sequitur. & §. vlt. infr de verb. ob.* Iuncta *l. alias. 6. supr. de in lit. iur. l. si hæres. 5. sup. de eo quod cert. loc.* quantò magis obtinere id debet in actionibus bonæ fidei, cui nihil tam contrarium est quam dolus & mala fides §. 3. §. *vlt. infr. pro soc. l. si dolo. 5. C. de rescind. vend.* Ideo autem sola mora effectum hunc habet transferendi periculi in moratorem, qui alioquin solo rei interitu liberaretur: quod si mora facta non esset habuisse creditor rem sibi debitam, eamque alij vendere potuisset, atque ita se ab interitus & peremptionis periculo liberat, *l. item si verberatum, 15. §. vlt.* vbi diximus. *supr. de re vind. l. cùm res 47. §. vlt. de leg. 1.* Iunge *l. si autem. 14. §. sed & si quis sup. de const. pecun. l. 1. §. rectissimè. 34. & l. penult. infr. de vi & vi armat. l. si homo. 45. supr. de rei vind.* Nec tantum depositarius post moram etiam extraiudicialem, ac multò magis de casu fortuito, sed etiam is qui impedit ne depositum reddatur. *Nouell. de deposit. & de denunciat. inquilin. 6 1.* Sunt tamen qui cum Martino hunc §. intelligant de eo casu quo res deposita, quæ penes depositarium periit, nō fuerit æquè penes deponentem peritura ex *l. si plures 14. §. 1. inf.* vbi dicemus.

13. PAVLVS libro 31. ad Edictum.

SI quis inficiatus sit non aduersus dominum: sed quod eum, qui rem depositam petebat, verum procuratorem non putaret, aut eius, qui deposuisset, heredem: nihil dolo malo fecit. [a] postea autem si cognouerit, cum eo agi poterit: quoniam tunc incipit dolo malo facere, si reddere eam non vult.

Ad l. Si quis inficiatus. 13.

RAT. DVB. Inficiatio falsa, quamuis furtum non sit, tamen prope furtum est, vt Celsus scribit in *l. inficiando. 67. in princ. infr. de furt.* Quia cum sit mendacium, dolo non caret. Ideóque comparatæ sunt quędam actiones quæ dicuntur inficiando crescere, & dantur in duplum. *l. contra negantem 4. C. ad leg. Aquil. l. doli. 5. §. hæc actio supr. de seru. corrupt.* Iuncta *l. Inde Neratius. 23. §. hæc actio. ad leg. Aquil.* Atqui datur actio depositi contra depositarium qui in dolo est, *l. 1. §. vlt. & passim supr.* Ergo danda est etiam contra inficiantem.

DEC. Ea demum inficiatio prope furtum est, quæ fit contra dominum ipsum deponentem, at non etiam illa quæ fit contra eum qui depositi agit procuratorio nomine, si negetur esse procurator, aut cōtra heredem quem depositarius inficietur heredem esse, non enim hoc casu fit inficiatio depositi, sed qualitatis quā sibi adrogat is qui agit. Ergo ex huiusmodi inficiatione cōdēnari nō potest depositarius, cum nondum sit in dolo, sed in probabili & iusta ignorantia facti scilicet alieni. *l. vltim. infr. pro suo.* Semper enim is qui agit tanquam talis, id est tanquam procurator aut heres alterius talem se ante omnia probare debet, cum & heredem & procuratorem esse facti sit: facta autem non præsumantur nisi probentur. *vulg. l. in bello. §. factæ autem res infr. de captiu. & postl.*

a *Postea autem si cognouerit.* RAT. DVB. nihil potest imputari ei, qui ab alio tanquam procuratore vel herede conuentus iudicium accepit, ante mandati exhibitionem, aut aditæ hereditatis probationem quæ sæpe difficilis est. *l. quia plerumque 3. sup. de interrog. in iur. fac.* Nec quod actor reuera procurator vel heres sit ad rem facit, cum paria sint nō esse & nō apparere *vulg. § si aduersus. Inst. de nupt. l. duo sint Titij. 30. inf. de testam. tut.* Ergo non eo magis depositarius teneri potest actione depositi quod postea cognouerit actorem vel procuratorem esse vel heredem eius qui deponit, præsertim cùm nihil imputari possit heredi, cur ab initio non venerit instructus & allatis secum probationibus, siquidem in potestate actoris est quando agat, non etiam in potestate rei quando conueniatur, *l. purè. 5. §. vlt. inf. de dol. mal. except. l. petenda 6. C. de temporib. in iu. restit.*

DEC. Ignorantia quidem facti alieni semper tolerabilis est, *d. l. vlt. pro suo.* Sed tandiu duntaxat quādiu durat, vbi verò scientia superuenit, non potest dolo carere inficiatio si semper duret. Neque verò nouum est, eum qui ab initio dolo caruit, incipere postea esse in dolo & noua causa quæ postea superuenerit, *d. l. 1. §. est autem 22 & 23 supr. l. 2. §. circa infr. de dol. mal. except. l. illud 7. §. si cuius vers. si tamen supr. de trib. act.* Ergo statim atque depositarius cognouit eum qui depositum reposcit tanquam procurator, aut procuratorem esse aut heredem, incipit dolo malo facere si rem depositam reddere non vult, ac proinde actione depositi rectè conuenietur.

1 ¶ Competit etiam condictio, depositæ rei nomine: sed non ante quā quid dolo admissum sit. non enim quemquam hoc ipso, quòd depositum accipiat, condictione obligari, verùm quòd dolum malum admiserit.

Ad §. Competit. 1.

RAT. DVB. Appellamus actiones omnes personales condictiones, quibus intendimus aduersarium dare aut facere oportere, §. *appellamus 15. Inst. de action.* Atquin is qui agit depositi, intendit, aduersariū facere oportere, id est rē restituere, cū rei restitutio sit facti, *l. qui restituere 68. supr. de rei vind.* Ergo etiā actio depositi quamuis in personam sit, dici tamen condictio potest, & consequenter fatendum est rei depositæ nomine condictionem competere etiam priusquam dolo malo quid admissum sit, sicut & depositi actio statim competit, *l. 1. §. idem Pomponius 14. & d. § est autem 22. supr. hoc tit.*

DEC. Dicebantur quidem olim omnes personales actiones cōdictiones, sumpta denominatione à denunciationibus quæ ad exercendas personales actiones erant necessariæ, cum prisca lingua condicere nihil aliud esset quàm denunciare, vt scribit Iustinian. in *d. §. appellamus.* Quomodo & hodie rectè quis dixerit condicere cœnam, id est denunciare. Sed post antiquatū illum vsum denū-

BIU Cujas

ciationum cœpit condictionis nomen strictiùs accipi pro ea tantùm actione personali per quam intendit actor aduersarium dare oportere. Porrò cùm dare nihil aliud sit, quàm dominium transferre *l. vbi autem 35. §. vlt. infr. de verb. ob. l. non videntur data. 167. in princip. de reg. iur.* inde factum est, vt dici cœperit neminem posse rem suam condicere nisi à fure. *l. vlt. in fin. supr. vsufruct. quemad. cau.* quia dominium quod iam actoris est, magis eius fieri non potest, vt scriptum est in §. *sic itaq; Inst. de action. l. in bello 12. §. si quis seruum versic. etsi ignorans infr. de captiu. & postlim.* Est igitur hic §. intelligendus de condictione furtiua, quæ in eo differt à cæteris condictionibus, quod soli domino datur contra nõ dominum *l. 1. supr. de cond. furt.* cùm cæteræ non dentur nisi soli non domino contra dominum, quomodo enim dominiũ reddere posset is qui non haberet? *vulg. l. nemo plus iuris. 51. de reg. iur. l. si vniuersa. 15. C. de legat.* Nec possum probare quod ait Accursius posse hunc §. intelligi etiam de condictione sine causa, nam quamuis condictio sine causa sit valde generalis & cũ cæteris condictionibus ferè omnibus concurrere videatur *l. 1. supr. tit. de condict. sine caus.* Nunquam tamen concurrit cum condictione furtiua, nec datur domino, vt illa, sed vt cæteræ omnes ei qui dominus non est, ideoq; nec vnquam videas dari eam contra furem, cùm sufficiant aduersus eum quatuor hæ actiones, conditio furtiua, furti, vindicatio & ad exhibendum *l. si pro fure 7. §. 1. de cond. furt. l. si pignore. 54. §. cum furti infr. de furt.* Ergo cùm depositarius non faciat furtum rei depositæ antequam incipiat eam contrectare inuito domino, quæ furti definitio est §. *1. Inst. de oblig. quæex del. nasc.* Consequens est, vt priusquam dolum & furtum admiserit condictione furtiua non possit teneri, quamuis etiam ab initio depositi teneatur *d. §. idē Pomponius & d. §. est autem.* Nimirum quia actio depositi, nõ omnimodo præteritum dolum exigit, sed contenta est præsenti vel futuro *d. l. 1. §. non tantum 19. & sequentib. supr. hoc tit.* Condictio autem furtiua nascitur ex furto præterito. *l. si ambo §. quoties*, vbi diximus *sup. de compensat. l. si mulier 21. §. hæc actio infr. rer. amotar.*

14. GAIVS libro 9. ad Edictum Prouinciale.

SI plures heredes exstiterint ei, qui depositit: dicitur, si maior pars adierit, restituendam rem præsentibus: maiorem autem partem non ex numero vtique personarum, sed ex magnitudine portionum hereditariarum intelligendum, cautela idonea reddenda.

Ad l. Si plures 14.

RAT. DVB. Lex duodecim tabularum diuidit obligationes & actiones omnes hereditarias inter coheredes pro hereditariis portionibus, *l. 1. & 2. C. si vnus ex plurib. hered. debit.* Ergo si plures heredes extiterint ei qui depositit, quamuis maior pars heredũ adierit prætorem ad reposcendum depositum, non ideo reposcẽda erit res in solidum solis præsentibus, sed pro partibus duntaxat hereditariis, nempe cùm res depositi diuidua est, nam si sit indiuidua, non dubitatur, quin vel vni ex heredibus restitui tota debeat, cùm restitui pro parte non possit, *l. 1. §. si pecun. in sacculo 36. & §. si cista 41.* vbi diximus *supr. hoc tit.*

DEC. Quod maior pars facit, omnes facere videtur, ad quos res pertinet *l. iurisgētiũ. 7. aliàs l. & suũ 7. §. vlt supr. de pact.* Ergo depositum quod maiori parti restituitur, omnibus restitutum videtur, dummodo maiorem partem heredum intelligamus, non ex numero personarum. (quid enim si quatuor aut quinque sint instituti simul tantum ex vncia) sed ex magnitudine portionũ hereditariarum, quia negari non potest, quin pluris interfit eorum qui ex maioribus partibus hereditatis sunt instituti, quemadmodum & euenit, cùm tractamus de maiore parte creditorum, maiorem enim partem intelligimus pro modo debiti, non pro numero personarum, *l. maiorem 8. supr. de pact. & l. vlt. C. qui bon. ced poss.* Mihi tamen, vt dicam libere quod sentio, totus hic locus Triboniani esse videtur potiùs quã Caij, cùm verba illa contextus intueor, *dicitur pro eo quod Caius dixisset, placet*, aut dicendum est, *item adierit* simpliciter pro eo quod scribendum erat, *prætorem*. Rursum illa, *ex magnitudine portionum*, pro eo quod dicendum erat ex quantitate portionum, magnitudo enim non est nisi corporum, portiones autẽ hereditatis in iure consistunt *l. seruum 50. §. vlt. de hered. inst.* Sunt enim portiones homogeneæ, & eiusdem naturæ cuius est hereditas ipsa quæ nomen iuris est *l. hereditas 50. de hered. petit.* Sed omnium maximè postrema illa verba, *Cautela idonea reddenda.* Dixit enim Tribonianus *cautelam* pro *cautione*, & *reddendam* pro *præstandam*, & quod magis est, pro satisdatione idonea, vt in *d. §. si pecunia in fin.* & per ablatiuos absolutos quos habet ille familiarissimos. Sed me magis mouet iuris ratio: nã depositum, de quo hic tractamus, vel rei diuiduæ est, vel indiuiduæ, si indiuiduæ, iam diximus vel vni ex centum heredib. qui prior depositum reposcat restitui debere ex *d. §. si pecunia*, quia restituẽdæ rei indiuiduæ obligatio non nisi indiuidua esse potest, *l. 2. §. item in facto. & l. 4. §. Cato l. stipulationes non diuiduntur 72. de verb. ob.* Ideoque non est necesse quod in hac lege requiritur, adeat prætorem. Nec rursum vt inuestigemus an maior pars heredum ex numero personarũ censenda sit, an ex magnitudine portionũ. Quo si proponas depositum esse rei diuiduæ, putà pecuniæ, numeratæ, nec in sacculo inclusæ, fatendum, actionem quoque depositi esse hoc casu diuiduam. Ac proinde non nisi pro portionibus hereditariis à singulis heredibus exerceri posse, tametsi pro coheredum portionib. satisdare parati sint, nã cùm nulla sit repugnãtia ex parte rei, nihil impedit quominus actio per legem duodecim tabularum & ipso iure diuidatur. *l. heredes 25. §. an ea stipulatio D. famil. ercisc.* de quo scripsimus iam ad *d. §. si pecunia*, vbi ostẽdimus nec in eo loco sibi temperasse Tribonianum quin manus Vlpiano intulerit.

1 ¶ Siue autem cum ipso, apud quem deposita res est, actũ fuerit, siue cum herede eius, & sua natura res ante rem iudicatam interciderit, veluti si homo mortuus fuerit: Sabinus, & Cassius, absolui debere, eum, cum quo actum est, dixerunt:

BIU Cujas

dixerunt: quia æquum esset, naturalem interitum ad actorem pertinere, vtique cùm interitura esset ea res, etsi restituta esset actori.

Ad §. Sine autem. 1.

RAT. DVB. Depositarius non tenetur, nec conueniri potest nisi propter dolum quem admiserit aut priusquam conueniretur, aut eo ipso tempore quo conuentus fuit *l. 1. §. est autem supr.* Ergo si pendente iudicio & ante rem iudicatam res deposita peruenit etiam naturali interitu, & qui apud deponentem æquè cõtingere potuisset, dicendum est nihilominus depositarium teneri, quomodo teneretur etiamsi mora tantum interceßisset. *l. quod te 5. sup. de reb. cred. l. si ex legati causa 23. & seq. infr. de verb. ob.* Est enim is vnus ex effectibus præcipuis moræ, vt periculum rei totum trãsferat in moratorem *l. si seruum. 91. §. sequitur. & §. vlt. de verb. oblig. & l. nemo 82. §. 1. eod. tit.* Quanto magis si species quæ periit ex contractu bonæ fidei debeatur, cuiusmodi est contractus depositi: longè plus enim potest mora in actionibus bonæ fidei quàm in strictis, vt constat ex *l. mora. 32. §. in bonæ fidei, iuncta l. vsuræ 34. & seqq. & l. videamus. 38. §. si actionem & §. antepen. infr. de vsur. l. 3. §. si per venditorem infr. de act. empt.* Quemadmodum & plus potest dolus quàm mora, dolus autem delictum est, mora verò non æquè, sed tantum culpa est, quamuis & interdum possit esse sine culpa, putà cùm nascitur ex re ipsa vt in *l. curabit. 5. C. de act. empt. l. Titia Seio. 87. §. vsuras. de leg. 2.* aut ex solo lapsu diei ex *l. ad diem 77. de verb. ob. l. cùm quidam 17. § si pupillo de vsur.* Ergo quemadmodũ in cõditione furtiua, quæ datur cõtra furẽ, & nascitur ex dolo & delicto furis, non distinguimus an res furtiua æquè fuerit peritura, nec ne, vt cõstat *ex §. vlt. Inst. de oblig. quæ ex del. nasc. l. in re furtiua. 8. in princ. Iuncto §. condictio legis præcedẽtis & l. vlt. supr. de cond. furt. l. subtracto 9. C. de furt. l. 1. §. rectißimè & l. merito in fine inf. de vi & vi armat. l. 1. C. quod met. cauſ.* ita nec in actione depositi distinctio illa est adhibenda, cùm imputari possit depositario, quod semel dolũ fecerit, cùm depositi restitutionem denegauit. *d. l. 1. §. si rem depositam 24. supr. hoc tit.* Et ratio est, quia si depositarius rem depositã domino restituisset, vtiq; potuisset dominus eam statim vẽdere, atq; ita se à periculo interitus quantumlibet naturali liberare *l. item si verberatũ 15. supr. de rei vend. l. cùm res. 47. §. vlt. de leg. 1.*

DEC. Nunquam actio danda est ei cuius nihil interest, cùm obligationes & actiones omnes ad hoc comparatæ sint, vt acquirat quisque sibi quod sua interest. *l. stipulatio ista 38. §. alteri de verb. ob. l. actionum 25. infr. de ob. & act.* Atqui nihil interest eius qui deposuit nec alterius actoris cuiuslibet, quod res deposita aut alio iure debita, statim restituta non fuerit, quoties constat fuisse illam æquè perituram penes actorem etiãsi restituta fuisset. Ergo hoc casu depositarium & alium debitorem quemlibet liberari æquum est, sed hoc ita, si clarißimè probet, quod plerumq; difficilimum est æquè rem penes actorem fuisse omnimodo periturã, putà si homo debitus statim post interpellatum debitorem repentino percußus morbo perierit, ita vt certum sit medium tempus nullum interceßisse quo vendi potuerit: aut si constet actorem numquam fuisse venditurum aut seruum depositum tã vitioßum & nequam fuisse, vt verisimiliter nemo eum fuerit empturus: sufficit enim ad retinendum in obligatione debitorem, vt potuerit actor rẽ à se petitam si fuisset restituta, vendere *d. l. item si verberatum in fin. & d. l. cum res §. vlt.* Intellige tamen cum Accurßio nisi depositarius aliusve debitor quilibet iustam litigãdi causam habuerit, vt in *l. qui solidum 78. in princip. & §. etiam de leg. 2.* Iniquum enim esset cogi quem ob eiusmodi periculum naturalis interitus indefẽsum ius suum relinquere, vt eleganter scriptum est in *l. illud. 40. supr. de her. petit.* Vbi vide quæ de tota hac quæstione inter Martinum & Ioannem tantopere controuersa fusius scripsimus. Et ad *d. l. item si verberatum*, puta si ius retentionis habebat depositarius aut commodatarius ob impensas à se factas in rem conseruandam, vt in *l. in rebus 18. §. possunt. supr. commod. l. creditoris 15. vlt. infr. de furt.* Sed nos eum casum tractamus, quo depositarius in mora fuerit, adeoque in dolo non reddens depositum, qui proinde nullam satis iustam litigandi causam habuerit, vt in *l. si in Asia 12. §. vlt. supr. hoc tit.* Excipitur solus fur & raptor *d. l. subtracto. 9. C. de furt. & d. l. 1. C. de his quæ vi metus cauſ. gest.* quorum scilicet odio inductum est, vt quousque delictum per oblationẽ purgauerint, vno quoq; instãti moram nouã facere intelligantur *d. l. in re furtiua §. 1. & d. l. vlt. de cond. furt. iuncto §. sic itaq; Inst. de action.* Sed extra hunc casum sequenda omnino est distinctio huius §. quæ probatur etiam apertißimè ex *l. si is qui 56. in princip. infr. de iur. dot.* Vbi dicitur non teneri maritum iudicio de dote, etiamsi moram fecerit in exigẽdo Sticho qui ei in dotem delegatus fuerat si æquè apud maritũ moriturus Stichus fuerit, & ex *l. vlt. §. si ea conditione sup. ad l. Rhod. de iact. l. si duo 16. §. ait prætor supr. de pen. constit. l. item si cum 14. §. quatenus. verſ. quod si homo*, vbi etiam diximus *supr. quod met. cauſ.* Proinde verum non est quod quidam apud Accursum tentant dicere distinctionem hanc specialẽ esse in deposito, in quo pleraq; alia sunt specialia & singularia, cũ ex legibus suprà citatis appareat aliis pleriſq; casibus idem scriptum esse: sed longè grauior Accursij nostri error in eo est quod hunc §. intelligit de eo casu quo res deposita interciderit, non solum ante rem iudicatam, vt Caius hic loquitur, sed etiam ante motam cõtrouersiam & contractam moram, vt inferat depositarium nõ solùm in dolo non fuisse, sed neque in mora, quasi si in mora fuisset, aliud responsurus fuerit IC. cùm tamen verba Caij sint aperta tractãtis de eo depositario qui actione depositi cõuentus fuerit, & de ea re deposita, quæ pendente iudicio perierit. Et postquam iam agi cœperat, ac proinde post motã cõtrouersiã: prius enim est moueri cõtrouersiã quã litem contestari *l. sed & si 25. §. si ante de hered. pet.* Et rursum prius litẽ contestari, quã rem iudicari *l. item videndum 18. §. si quis eod. tit. l. quæsitum 30. supr. de pecul.* Itaque fatendum est neque Accursium neq; Ioannem ad hunc textum respondere potuisse.

15. IVLIANVS libro 13. Digestorum.

QVi rem suam deponi apud se patitur, vel vtendam rogat: nec depositi, nec commodati actione tenetur: sicuti qui rem suam conducit, aut precariò rogat: nec precario tenetur, nec ex locato.

BIU Cujas

Ad l. Qui rem 15.

RAT. DVB. Actioni depositi vel commodati non potest obiici exceptio dominij *l. ita vt si fur. 16. supr. commod.* vbi diximus. Ergo etiam is qui rem suam deponi apud se patitur vel vtendam rogat, nō eo minus conueniri potest actione depositi vel cōmodati.

DEC. Multum interest, an alieni dominij exceptionem obiiciat depositarius vel commodatarius, an proprij alieni non potest *d. l. ita vt l. 1. §. si prædo supr. hoc tit.* At proprij potest, vt in hac lege. Et ratio diuersitatis illa est quam adfert Bartol. quod etiam res aliena deponi & commodari potest, propria non potest, non magis quàm emi aut conduci aut precario vel pignori accipi, *l. neque pignus 45. de reg. iur. l. suæ rei 16. infr. de contrah. empt. l. qui rē 20. C. de locat. l. bona fides 31. vers. si tamen infr. hoc tit. & l. ei à quo. inf. de vsucap.* Proinde cùm non teneat cōtractus, neq; obligatio neque actio vlla ex eo nasci potest, prius enim est, vt contractus teneat, quàm vt ex eo nascatur obligatio, & prius est vt obligatio nascatur, quàm vt actio ex ea detur: planè, si nō appareat in contineti de dominio depositarij vel cōmodatarij, vel conductoris, equū est prius possessionē restitui, & postea de dominio litigari. Quā in rē cōparata est actio q̄ nostri vocāt, cōdictione *ex lege si quis condictionis 25. C. de locat.* Cuius in praxi frequētissimus vsus est, præsertim verò cùm agitur ex locato, quæ propria illius legis species est. Illa etiam distinctio adhibenda est, an de sola possessione in contrahendo actum sit, an etiā de proprietate, nihil enim vetat dominum proprietatis acquirere sibi quocunq; titulo etiam emptionis & precarij possessionem quæ sit aliena, vt in *l. certè 6. §. vlt. & l. seq. inf. de precar. l. si aliquam rem. 27. infr. de acquir. possess.* Nec tamen desunt, qui putent, eum, qui rem suam apud se deponi vel sibi commodari patitur, hoc ipso donare eam videri, si sciens id faciat. Quorum sententia certè probabilis non est, vt constat ex hac lege, quæ cùm de eo loquitur qui rem suam apud se deponi patitur, de illo vtique intelligit qui patitur sciens esse suam, non qui ignorans, nam nec patitur qui ignorat, cùm patientia omnis implicitam habere debeat scientiam *l. 2. Cod. de seruit. & aqua l. siquis diuturno 10. supr. si seruit. vind.* Nam neque tam facilis est donationis præsumptio, cùm donare sit perdere *l. filiusfamilias 7. infr. de donat.* Neque fieri potest donatio, nisi vel per traditionem, vel per stipulationem *l. Papinianus 20. infr. de dona. int. vir. & vxor.* quorum neutrum fit per solam patientiam, eius præsertim qui patitur rem suam sibi tradi. Accipit enim hic, non tradit: illud planè constat neminem errantem rei suæ dominiū amittere *l. si procurator meus. 35. infr. de acquir. rer. domin. l. si id quod 7. in fi. infr. de rescind. vend.*

16. AFRICANVS libro 7. Quæstionum.

SI is, apud quem rem deposueris, apud alium eā deponat, & ille dolo quid admiserit: ob dolum eius, apud quem postea sit depositum, eatenus eum teneri, apud quem tu deposueris, vt actiones suas tibi præstet.

Ad l. Si is apud quem 16.

RAT. DVB. Cùm primus depositarius, rem apud se depositam penes alium deponit ignorante domino qui primus deposuit, æquū est præstari ab eo factum & dolum secundi depositarij, quippe cū non fuerit secundus depositarius in ea re dolū admissurus, si prior depositarius rem sibi commissam custodiendam non penes alium deposuisset: non enim culpa caret qui rem sibi commissam aut negligit, aut donat, *l. cùm hi 8. §. si prætor aditus. supr. de transact.* Vnde nostri eliciunt brocardicum illud, eum qui debet aliquid curare, nō debere illud donare, id est alij curandum committere, ex *l. minorū C. de præd. minor. l. factum curatoris 22. C. de pact. l. 1. §. si rem supr. de offic. proc. Cæsar.* Ergo etiam priorem depositarium teneri æquum est actione depositi ob dolum à posteriore depositario admissum. Iuxta id quod iactare solent philosophi, causam causæ esse causam causati.

DEC. Depositarius non tenetur nisi ex proprio dolo, *l. 1. §. vlt. & passim supr.* In proposito autem, nullus depositarij dolus est qui rem sibi datam custodiendam penes alium deposuit, sed tantum culpa malæ electionis, si alium depositarium minus intelligentem elegerit, quæ tamen culpa non tam lata est vt dolo æquiparari possit, sed tantum leuis quæ in depositi actione nō venit. Ergo non potest hoc casu prior depositarius teneri depositi, vt rem depositam restituat, quam nec habet nec dolo desinit habere, sed tamen quia obligatum habet posteriorem depositarium cuius dolo res amissa aut deterior facta est, eatenus teneri illum æquum est, vt actionem depositi, quam contra secundum depositarium habet, ei præstet qui deposuit, nimirum ex iuris regula quæ vult, vt quisquis tenetur ob hoc solùm quod actionem aduersus alium habeat, eiusmodi actionis cessione liberetur, *l. quod debetur 51. in fi. supr. de pecul. l. 1. §. si te rogauero. vers. si verò sup. hoc tit.* Inde fit quod Accursius notat, vt in actione negotiorum gestorum aliud dicendum sit, id est, vt non liberetur negotiorum gestor, præstando actiones quas habet aduersus eum quem ad aliena negotia gerenda imprudenter elegerit, sed indemnitatem omnimodo præstare teneatur ei cuius negotia malè gesta sunt, *l. nam & seruus 21. §. vlt. supr. de neg. gest.* nempe quia negotiorum gestor non de dolo tantum tenetur vt depositarius, sed etiam de culpa leui, cui semper adscribenda est mala electio, *l. eum qui rem 10. §. vlt. cum leg. sequenti supr. commod. d. l. nam & Seruius §. vlt.*

17. FLORENTINVS libro 7. Institutionum.

LICÈT deponere tam plures, quàm vnus possint: attamen apud sequestrem non nisi plures deponere possunt. nam tum id fit, cùm aliqua res in controuersiam deducitur. itaque hoc casu in solidum vnusquisque videtur deposuisse. quod aliter est, cùm rem communem plures deponunt.

Ad l. Licèt. 17.

Lex hæc magistralis est & duas ponit differentias inter depositum in genere & sequestre, quarū prima est quod depositum in genere licet à pluribus quoq; fieri possit, tamen etiam ab vno fieri potest: sequestre autē nunquam nisi à pluribus, tunc enim locum

locum habet cùm aliqua res in controuersiam deducitur, & finis litis expectatur, aut saltem satisdatio, quæ in multis casibus pendente lite præstanda est, *l. si fideiussor 7. §. vlt. supr. qui satisd. cog.* Controuersia autem nisi inter plures esse non potest, nec enim differt à lite, nisi quod lis cõstituitur per cõtestationem, controuersia autem dicitur ante litẽ contestatam, *l. sed etsi 25. §. si ante sup. de hered. petit.* Plerunq; autem accidit, vt res quæ in controuersiã deducitur, sequestranda sit, nõ solùm si satisdatio idonea desideretur, quã præstare sæpè difficile est: semper autẽ incommodum, *l. 2. §. penult. sup. de iudic. l. 1. §. si pecuniã sacculo 36. & §. seq. supr. hoc tit. l. postquã 5. §. 1. infr. vt legat. vel fideic. cau.* sed etiam si periculum sit ne forte pendente lite & controuersia litigatores ad rixas & arma deueniant, vt in *l. si cuius 13. §. sed si inter duos, alias l. æquissimum supr. de vsufr.* Quod frequẽtiùs accidit, cùm de sola possessione quæstio est, quam si de proprietate litigetur, postquam cæca hominũ cupiditas, vt Seneca dicebat, proprietatẽ à possessione seiunxit, vnde fit, vt quãuis rei depositæ proprietas & possessio penes eũ sit qui deposuit, nõ penes depositarium, vt dicitur in §. 1. *huius leg.* Cùm tamen apud sequestrum eadem res à plurib. deponitur, videantur singuli in solidum rẽ deposuisse, non quasi duo in solidum eiusdem rei domini vel possessores esse possint, quod non magis iure fieri potest quàm per rerũ naturã admitti dimensionũ penetratio, *l. 3. §. ex contrario infr. de acquir. poss. l. duo 19. infr. de precar.* Sed quia cùm vnusquisq; se & solum, & in solidum possidere cõtẽdat, deponit vnusquisq; apud sequestrũ eã ipsam possessionẽ, quam habere se putat, ac proinde vnusquisq. in solidũ, quod aliter est cùm rẽ cõmunẽ plures simul deponũt: videntur enim singuli fortasse tantum deposuisse, quia cùm de possessione consentiãt, satis intelligũt nõ posse se singulos nisi pro parte possidere, *d. l. 1. §. sed si duo 44. sup. hoc tit.* Altera differentia est quæ ponitur in §. 1. *huius leg.* quod rei sequestratæ possessio penes sequestrũ est, nõ penes eos qui deposuerunt, id enim agitur huiusmodi depositione, vt neutrius possessione id tempus procedat quo res penes sequestrũ manet, quẽadmodũ Florentinus in *d. §. 1. huius legis* scribit. Alioquin euenire necesse esset, vt nullius effectus esset sequestratio, nec remediũ efficax ad rixas compescendas. Quãuis si solo iudicis officio fiat sequestratio, aliud dicẽdum sit, quia tunc custodiæ tantũ causa fieri intelligitur, nõ vt de iure veri possessoris quicquã detrahatur, tametsi nec nisi ad impediendas rixas soleant iudices ex officio ad hoc remedium recurrere, *l. interesse puto 39.* vbi latiùs de hoc nostri tractant *infr. de acquir. possess.* Et ad hanc nimirum sequestrationis speciem pertinet titulus *de prohibita sequestratione pecuniæ*, non ad illam quæ fit ex contrahentium voluntate, quæ scilicet permissa semper est, & nunquam iudici prohibita. Quid enim aliud pronunciare iudex posset, quàm quod inter litigatores conuenerit, *l. iudicem 21. iuncta l. iudicium 13. supr. commun. diuid. l. si conuenerit 26. infr. de re iudic. l. 1. §. inde quæritur. de nou. oper. nunciat.* Cætera quæ de sequestratione dici possunt, & ad depositi sequestrariam actionem pertinent, iam explicauimus ad *l. ei apud quem 5. §. 1. & seq. cum l. sequent. & ad l. si in Asia. 12. §. cum sequestro supr. hoc tit.* Iunge *l. sequester 110. de verb. sig.*

1 ¶ Rei depositæ proprietas apud deponẽtem manet. sed & possessio nisi apud sequestrem deposita est, [a] nam tunc demum sequester possidet. id enim agitur ea depositione, vt neutrius interim possessionis tempus procedat.

Ad §. Rei depositæ. 1.

RAT. DVB. Depositarius saltem naturaliter possidet, *l. communi 7. §. neq; coloni supr. commu. diuid. & l. 4. supr. ad exhib.* Possessio enim magis facti quàm iuris est, *l. 1. §. si vir vxõri de acquir. poss. & l. deniq; 19. supr. ex quib. caus. maior.* siue à pedib. siue à sedib. dicta possessio sit *l. 1. inf. de acquir. possess.* Atqui nõ possunt duo simul possidere in solidũ *d. l. 3. §. ex cõtrario eod. tit. & d. l. duo 19. de precar.* Ergo fieri nõ potest vt rei depositæ penes deponentem possessio remaneat.

DEC. Possidere est sibi &, animo domini, habere, atqui depositarius sibi nõ habet, neq. animo domini, alioqui furtum facit cùm incipit sibi habere *l. si quid inficiatus. 13. in princip. & §. 1. supr. hoc tit.* Ergo verè & propriè non possidet *l. officium 9. supr. de rei vindic. l. si rem mobilem 47. infr. de acquir. possess.* Et cum dicimus depositarium possidere naturaliter de Asinina, vt aiũt, detentatione, intelligimus, quę propriè possessio non est, sed tota ex facto æstimatur, vt cum dicimus, naturaliter aperiri tabulas testamenti *l. 3. §. aperire. infr. de S. C. Sylan.* id est reuera & de facto, longeq; aliud est possessionem naturalem habere aut esse in possessione, aliud verò possidere *l. videamus. 38. §. si posęsionem. infr. de vsur. l. si quis ante 10. infr. de acquir. possess. l. certè 6. §. is qui rogauit. inf. de precar. Iuncta l. naturaliter. 12. de acquir. poss.* Idem iuris est in re commodata *l. rei commodatæ 8.* vbi diximus *supr. commod.*

a *Nam tunc demũ sequester possidet.* RAT. DVB. Possidere est sibi & animo domini habere, vt iam diximus. Atqui sequester non sibi possidet, neque animo domini non solùm, quia scit rem alienam, vt de creditore pignoratitio scriptum est in *l. Pignori. 13. de vsucap.* Sed etiam, quia rem ea mente accipit quasi redditurus *l. 1. in princ. sup.* Ergo non possidet.

DEC. Possessio quam sequester habet, in eo differt à cæteris possessionibus, quod non tam ex animo & sequestri voluntate pendet, quàm ex mente litigantium, qui sequestrum eligendo id egisse videntur vt à se possessionem abdicarent, eãq; in sequestrum transferrent, scilicet nisi contrarium probetur: potest enim admitti probatio in contrarium, vt Accursius notat, ex *d. l. interesse 39. de acquir. possess.* Alioqui fatendum est sequestrũ propriè nõ possidere si veram possessionem ex eius animo æstimemus, quomodo regulariter æstimanda est, siue de naturali intelligas, siue de ciuili, verè enim ac propriè is possidet naturaliter qui sibi quidẽ & animo domini id est tanquã dominus rem habet, sed iniuste, vt fur & prædo, & malæ fidei possessor quilibet, cuilibet verò qui & animo domini & iustè, vt bonæ fidei possessores omnes, *l. bonæ fidei 109. de verb. sig. & l. bonæ fidei. 48. de acquir. rer. dom.*

18. NERATIVS libro 2. Membranarum.

DE eo, quod tumultus, incendij, ruinæ, naufragij causa depositum est: in heredem de dolo mortui actio est pro hereditaria portione, & in simplũ, & intra annum quoq. in ipsum verò & in solidũ, & in duplũ, & in perpetuũ datur.

BIU Cujas

Ad l. De eo quod tumultus. 18.

RAT. DVB. Actio depositi quæ datur in duplum contra eum apud quem tumultus, vel incendij, vel ruinæ, vel naufragij causa res deposita est, pœnalis aut saltem mixta, cùm in duplo simplum cõtineatur, sicut dicimus de actione legis Aquiliæ, quæ partim pœnalis, partim rei persecutoria est, §. *vi autem*, 19. *iuncto* §. *in duplum* 23. *Inst. de action.* Atqui pœnales actiones non dantur in heredem, ne quidem quatenus rei persecutionem continent, nisi de eo quod ad heredem peruenit, aut post litem contestatam, *l. omnes pœnales* 26. *l. constitutionib.* 33. *inf. de obl. & act. l. inde Neracius* 23. §. *hanc actionem sup. ad leg. Aquil.* §. *his autem verbis Inst. eod.* Sicut neq; in patrem de peculio *l. ex pœnalib.* 58. *de reg. iur.* Ergo actio depositi de qua in *l. 1. in princip. sup.* quæ pro deposito vel incendij, vel ruinæ, vel tumultus, vel naufragij causa facto, contra depositarium datur in duplum, non est danda in heredem ne quidem in simplum ex *reg. iur. in honorariis* 15. *de obl. & action.*

DEC. Depositum quod fit vel tumultus vel ruinæ vel naufragij vel incendij causa, quæ necessaria est, non minus depositum est quàm quod causam habet merè voluntariam, nec minùs fauorabile est, imò fauorabilius, quod causam necessariam habeat *d. l. 1. §. 1. & seq. sup.* Ergo cùm obligatio huius depositi restituẽdi ex cõtractu nascatur, perinde atq; illa quæ ex simplici & voluntario deposito nascitur, nõ minùs trãsire debet in heredẽ depositarij ad simplum vsq;, quàm si voluntariũ depositũ proponeretur. Nam vsq; ad simplum merè rei persecutoria est, non pœnalis, quomodo de actione serui corrupti scriptum est in *l. vlt. supr. de seru. corrup.* In eo autem dũtaxat quod excedit simplum, pœnalis est, & ideò nec in heredẽ datur ex natura pœnalium actionum: nec quod detur in heredem ex dolo defũcti, facere potest, vt eo minus debeat dari in simplum, quia licet per eã dolus defuncti vindicetur, nascitur tamen ex contractu, & meram rei persecutionem continet, idque ex regula *leg. si hominem* 7. §. *datur*, vbi diximus *supr. hoc tit.* Aliud enim est nasci actionem ex dolo & delicto, aliud verò nasci ex contractu ad vindicandum dolum. At quia in eo quod excedit simplum, non rei persecutoria, sed pœnalis est, non datur in heredem vltra simplum, neq; enim hac parte tã ex cõtractu nascitur quàm ex delicto, & ex edicto prætoris, si quidem perfidiæ crimen crescit, cũ id quod depositũ fuerat ex causa tumultus, vel incendij vel naufragij, per depositarij dolum nõ restituitur, vt Vlpianus noster tractat in *d. l. 1. §. hac autem* 4. *supr. hoc tit.* In eoq; errant grauiter qui cõtra nos scribere ausi sunt, actionem depositi quæ in his quatuor causis à prætore in duplũ data est, esse merè ex contractu, cùm tamen fateantur esse pœnalẽ. Nec enim fieri potest, vt actio vlla sit ex contractu & pœnalis, cùm omnes contractus cõparati sint & omnes actiones ex cõtractib. ad rem aliquã persequendã, *l. actionũ* 25. *§. 1. de ob. & act. l. stipulatio ista* 38. §. *alteri de verb. obl.* nulla verò actio sit quæ pœnã persequatur, nisi si quando pœna ipsa in stipulationem, aut in alium contractũ deducta sit quæ dicitur stipulatio pœnalis: de qua dicitur in *l. si pacto quo pœnã* 14. *l. duo societatẽ* 71. *pro socio l. prædia* 27. *infr. de act. empt.* Et quemadmodũ falsa est propositio quã iidẽ adstruunt, paucas esse actiones ex delicto merè rei persecutorias, cũ tã multæ sint, quas retulimus ad *l. in condictione* 9. *supr. de cond. furt.* ita & multo magis falsa illa est quam subiiciunt ex contractu, descendẽtes actiones paucas esse pœnales, debuerant enim scribere nullas esse penitus, quod fuisset longè verius, quàm quod antea tã sæpe scripserant ex delicto actiones merè rei persecutorias nullas esse. Et quãuis prætor optima ratione separauerit causas istas depositi necessarias à voluntaria, dando actionẽ in duplũ ex causa depositi necessaria, non etiã ex voluntaria, nego tamen posse hanc separationem fieri, vi & potestate contractus. Nego actionem ex cõtractu depositi, licet causam necessariam habẽtis, trahi potuisse ad duplum, nec vltra quam re vera depositum sit, nisi eã actionẽ pœnalẽ prætor edicto suo talẽ induxisset, nõ enim potuit facere vt pro centũ depositis ex quacũq; tamẽ causa, reddi tamẽ ducẽta deberẽt actione ex cõtractu depositi. Quippe quod cũ nõ nisi re & traditione cõtrahatur *l. 1. §. is quoque infr. de obl. & actio.* non vltra id quod reuera traditũ & depositũ est, obligare depositariũ potest *ex regula leg. cũ vltra* 4. *C. de non num. pec. l. si tibi* 17. *sup. de pact. l. rogasti* 11. *§. si tibi sup. de reb. cred.* Quid ergo fecit prætor, nimirũ quod potuit, & quod fuit æquissimũ, vt maior depositarij perfidiæ, quæ vltra simplum actione ex contractu coerceri non poterat, noua & pœnali actione ex edicto ipso ꝓposita vsq; ad duplũ coerceretur, quo edicto nihil opus fuisset, si sufficeret actio ex cõtractu, etiã cum prudentũ interpretatione in eam rẽ potuisset, sicuti nec fuit necessarium edictũ vllum ad hoc vt in actione depositi lis per inficiationẽ crescere in duplum, sufficiente scilicet in eam rem iuris ratione & prudẽtum autoritate: & ita intelligendum est quod Iustinianus scribit in §. *rei persequendæ* 17. *vers. planè si depositi. de actionib.* mixtã esse hanc depositi actionẽ si ex his causis agatur, aut contra depositariũ aut cõtra heredem ex dolo proprio ipsius heredis, quod conuenit cum hac lege. Porrò quæ ratio facit vt actio hæc depositi, quæ cõtra depositariũ datur in duplũ, nõ detur cõtra heredẽ depositarij nisi in simplũ, nẽpe quia in eo quod excedit simplũ, tota pœnalis est. Eadẽ efficere videtur vt neq; post annũ dari debeat in depositariũ, quia pœnales actiones, neq; post annũ neq; in heredẽ dantur *d. l. in honorariis.* Et tamẽ scribit Neracius dari eam aduersus depositarium in perpetuum, quod pugnare videtur cum supradicta regula. Quòd si intelligas, vt quidã apud Accursiũ de actione hac in duplũ, quatenus simpli persecutionẽ cõtinet, atq; ita quatenus rei nõ pœnæ persecutoria est, eueniet vt æque falsũ sit quod prima pars huius legis habet, in heredẽ depositarij dandã eã non esse nisi intra annũ. Constat enim actiones omnes præsertim ex cõtractu descẽdentes, quatenus rei persecutionẽ cõtinẽt dari etiã post annũ, *d. l. in honorariis.* Et rursum eas quæ pœnales sunt, ne quidẽ intra annũ dari posse cõtra heredẽ, aduersus quẽ nullo modo transeunt, nisi de eo quod fortè ad ipsum peruenerit, vt eadẽ lex ait. Ac sanè, fatendum est, esse aliquid in hac actione speciale, & diuersum à cæteris siue rei persecutoriis, siue pœnalib. actionibus, vt nimirum quãuis sit pœnalis in eo quod excedit simplum, nihilominus detur in depositariũ etiã post annũ, & in perpetuum: & rursus quãuis vna sit actio eáq; pœnalis, tamen detur cõtra heredem vsq; ad simplũ & in perpetuũ. Cuius diuersitatis ratio petẽda ex eo est, quod iã diximus, actionẽ hanc quatenus rei persecutoria est, nasci ex contractu, id est vsq; ad simplum. In eo autẽ quod excedit simplũ, id est, quatenus pœnalis est, nõ nasci ex cõtractu, sed ex delicto induci per edictum prætoris. Cuius edicti verba ab Vlpiano relata in *d. l. 1. §. 1. supr. hoc* ipsum apertè sonãt vt &

vt & contra depositarium danda sit in duplum, & contra heredem depositarij, cum ex dolo defuncti conueniatur in simplum, nullibi additis verbis illis, *intra annum*, quæ addere prætor solet in inducendis actionibus ex delicto pœnalibus, vt intelligamus vtroque casu actionem hanc esse perpetuam, sed in duplum contra depositarium, in simplum contra heredem nisi heres ex proprio dolo conueniatur, quo casu æque in duplum est, vt ipsa etiam edicti verba probant. Quod si pergas quærere, cur prætor hanc actionem pœnalem aliis verbis, & conditionibus induxerit quàm cæteras, dicã ita factum ab eo esse, quod actio hæc non tantùm sit mixta ex pœna & rei persecutione vt cæteræ, sed ex contractu & delicto simul; quod nescio an vlli alij actioni pœnali conuenire possit; illud tantum explicandum supereſt, quid sibi Neratius velit cùm in hac lege scribit de eo quod necessaria causa depositum est agi contra heredem ob dolum defuncti in simplum, *& intra annum quoque.* Hæc enim posteriora verba sunt quæ Accursius noster intelligere non potuit, existimans ex duabus quas adfert interpretationibus, primam esse veriorem, quæ negat teneri heredem depositarij in simplum post annũ, improbata posteriore quæ vult actionem in simplum dari in perpetuum etiam cõtra heredem, nempe quia no potuit ad verba illa, *& intra annum quoq;* respondere, quorum tamen sensus proculdubio non alius est quàm quem nos attulimus in *errorem 4. Decad. 76. de error. Pragmat.* vt scilicet actio hæc quæ contra depositarium datur, & in duplũ & in perpetuum, detur in heredem depositarij in simplum, id est nõ ad duplum, ne quidem intra annum, quamuis soleat Prætor esse facilior ad dandam actionem pœnalem intra annum quàm post annum, quod nos supradicto loco pluribus explicauimus. Itaq; nõ est in hac lege constituenda triplex Antitheſis inter depositarium & eius heredem, vt vulgò fieri ab interpretibus solet, quasi depositarius teneatur in solidum omni casu, depositarij autem heres si coheredẽ habeat, non teneatur nisi pro hereditaria portione. Item vt depositarius teneatur in duplum, heres autem ex dolo defuncti in simplum duntaxat. Denique vt depositarius teneatur in perpetuum vsque ad duplum, heres verò non nisi intra annum etiam ad simplum. Tertia enim illa Antitheſis, sicuti falsa, ita nulla hic est, sed priores tantùm duæ, quarum primam iam satis explicauimus in *d. l. si hominem. 7. §. datur. supr.* vbi eadem sententia proponitur, sed generalior in omni deposito, siue necessariam, siue voluntariam causam habente, vt si plures sint depositarij heredes, omnes quidem simul teneantur in solidum etiam ex dolo defuncti licet ad eos nihil ex deposito peruenerit: sed tamen singuli non nisi pro hereditaria portione teneantur. Itaque manifestè falsum est quod Bartolus putat actionem in duplum pœnalem quę datur contra heredẽ depositarij ex dolo proprio non dari post annum secũdùm naturam pœnalium actionum, nam præter id quod in hac lege nihil tale scriptum est, pugnat hæc sententia, vt iam diximus cum verbis edicti, quibus actio in duplum proponitur non minus contra heredem depositarij ex proprio dolo quàm cõtra depositarium, nulla anni adiecta mentione, neque verò alia huius actionis natura quærenda est, quàm quæ à prætore ipso supradictis edicti verbis inducta fuit. Ex quibus etiam conuincitur alius non minus grauis error Accursij existimãtis *ad d. l. 1. §. 1. supr.* actionem pœnalem non aliter dari in duplum ne quidem contra ipsum depositarium, quàm si depositum inficiatus sit, quasi ad hũc casum pertineat, quod Iustinianus scribit in *§. sed furti quidem 26. Inst. de action.* interdũ depositi actionem inficiatione crescere & duplicari. Id enim non ad hoc genus depositi spectat quod sit ex causa necessaria, cuius actio etiam in confitentem est in duplum, sed ad actionem depositi voluntarij, quæ sicuti aduersus confitentem non datur nisi in simplum, ita contra inficiantem redditur in duplum, proinde similis est hæc actio illi quã Prætor induxit de seruo corrupto, de qua Vlp. scribit in *l. doli. 5. sup. de seru. corrup.* actionẽ illam etiam aduersus fatẽtem, id est, ab initio, & sui natura in duplũ esse, quamuis actio legis Aquiliæ inficiantem duntaxat coerceat.

19. VLPIANVS libro 17. ad Edictum.

IVlianus, & Marcellus putant, filiumfamilias depositi recte agere posse.

Ad l. Iulianus 19.

RAT. DVB. Filiusfamilias licet sit in patria potestate, attamẽ habet caput in ciuitate, & personam integram, cùm sit ciuis Romanus perinde ac paterfamilias, *l. mam ciuium 4. sup. de stat. hom.* ita vt ex quolibet contractu, & agere & conueniri possit, *l. filiusfamilias ex omnibus 39. infr. de ob. & act.* in quo præcipuè differt à seruo qui quoniam neque caput, neque statum in ciuitate habet, *l. 4. supr. de capit. minut.* non tam pro mortuo, quàm pro nullo habetur, *l. quod attinet 32. de reg. iur. l. nullo modo 7. infr. ad leg. Cornel. de falsis.* ita vt neque obligari ciuiliter, neque agere, neque conueniri possit, *l. serui 14. de ob. & action. l. nec seruus 41. supr. de pecul. l. cum seruo 107. de reg. iur.* ergo non erat cur Vlpianus ex Iuliano & Marcello hic moneret tanquam nouum quiddam singulare, & filiumfamilias si deposuerit, depositi agere posse.

DEC. Quicquid filiusfamilias acquirit, totum id acquirit patri in cuius est potestate, *l. 1. in princ. infr. si quis à parent. manſit.* adeo vt ne momento quidem temporis acquisitio in persona ipsius filij consistat, *l. placet 79. infr. de acquir. hered.* Ergo si quando contrahit obligationem ciuilem & actionem quę ex ea nascitur, acquirit patri non sibi, quandoquidem & obligatio & actio iuris est, *l. quod dicitur*, & consequenter cùm agit, non suo nomine agit, sed patris, nullamque actionem habet, quam suo nomine possit instituere, exceptis quatuor, quas recẽset Paulus ex eiusdem Iuliani autoritate in *l. filiusfamilias suo nomine 9. de ob. & act.* scilicet iniuriarum, quod vi, aut clam depositi & commodati, nempe, vt arbitror, quod huiusmodi actiones plurimum ex facto pendeant, quæ autem facti sunt, faciliùs resideant penes filiumfamilias, nec tam facilè transeant in patrem, *d. l. quod dicitur 103. de oblig. & act.* hactenus saltem, vt non etiam in filiifamilias persona possim cõsistere, *l. si longiùs 17. §. si filiusfamiliæ supr. de iudic. l. si vnius 17. §. ait prætor, & sequentib. infr. de iniur.*

20. PAVLVS libro 18. ad Edictum.

SI sine dolo malo rem depositam tibi, amiseris: nec depositi teneris: nec cauere debes, si deprehenderis, eam reddi. si tamen ad te iterum peruenerit, depositi teneris.

BIU Cujas

Ad l. si sine dolo 20.

RAT. DVB. Cùm depositarius rem penes se depositam dolo malo amisit, quamuis depositi nō teneatur, quia dolus solus in hanc actionē veniat, *l.1. §. vlt & passim sup. h.t.* si tamen ad eum res deposita iterum peruenerit, incipit depositi teneri, propterea quod rei restituendę habeat facultatē, vt in hac lege scriptum est, & in *l.1. §. inde scribit Neratius 20. & seq. sup.* Ergo etiam priusquam depositarius rem depositā recuperauerit, cauere saltem debet nuda repromissione, de reddēda re deposita, vbi primum eam apprehenderit, vt obseruatur nō tantùm in actione in rem, *l. si à bonæ fidei 21. in fi. supr. de rei vind.* sed etiā in actione mandati, *l. si procuratorem 8. §. vlt. infr. tit. prox.* Itemq; in actione ad exhibēdum, *l. Celsus 5. §. vlt. sup. ad exhib.* & in condictione ob causam, *l. si pecuniā 51. §. item si quis. in fin. supr. de cond. caus. dat.* Et generaliter ferè in omnib. bonę fidei iudiciis, *l. in omnibus 41. sup. de iudic.* Nec enim magnū damnum aut incōmodū est in præstanda cautione quæ nuda repromissione contenta sit, vt hæc *d. §. item si quis. in fi. l. emptori 37. in princ. l. quæsitum 56. inf. de euict. l. 3. C. de verb. sign.*

DEC. Prius est, vt quis obligatus sit quam vt cautionē prę̄stare debeat, qui enim nihil debet, cur cauere cogatur? neque enim quisquā superuacua cautione onerandus est, *l. hæc stipulatio 14. §. 1. inf. vt legat. seu fideic. seruand. cau. caueat.* At qui depositarius qui sine dolo suo rē depositā amisit, nihil omnino debet ex causa depositi, cùm nullus ipsius dolus intercesserit; *d. l. 1. §. si rem à seruo 31. supr. h. tit.* Ergo nec cauere quidem debet rem reddi si eam apprehenderit, in eoque melioris conditionis est, & esse debet, quàm cæteri qui conueniūtur aliis supradictis actionibus, qui, vt monet Accursius, non tantū de dolo tenentur, sed etiam de culpa, & quod præcipuum est ex ea causa, ex qua lucrū aliquod sperare aliquo casu potuerint, quod in depositario diuersum est, qui neq; de culpa vlla tenetur, nisi de lata quæ dolo sit proxima, neque commodum vllum, sed duntaxat incommodum ex rei depositę custodia sperare possit.

21. IDEM libro 60. ad Edictum.

SI apud filiumfamilias res deposita sit, & emancipatus rem teneat, pater nec intra annum de peculio debet conueniri: sed ipse filius.[a] Plus Trebatius existimat, etiam si apud seruum depositum sit, & manumissus rem teneat, in ipsum dandam actionem, non in dominum: licet ex ceteris causis in manumissum actio non detur.

Ad l. Si apud filiumfamiliās 21.

RAT. DVB. Quisquis cum filiofamilias contrahit, duos habet debitores, filiumfamilias in solidum, & patrem de peculio. Atqui actio quæ semel aduersus aliquem competit, ea nec euictione, nec morte, nec emancipatione filij aut manumissione serui extingui potest, *l. euicta re vendita 63. §. si seruus. infr. de euict. l. si hominem 47. §. 1. de ædilit. edict.* Ergo si apud filiumfamilias res deposita sit qui postea sit emancipatus, etiamsi post emancipationem adhuc teneat, non eo minùs intra annum de peculio conueniri potest, saltem intra annum, quo temporis spatio prætor post emancipationem filij actionem de peculio concluſit, *l. 1. supr. quand. de pecul. actio est annal.* DEC. Is demum actione depositi teneri potest qui & contraxit, & rei depositæ facultatem habet, *l. 1. §. idem Neratius ait. supr.* At qui pater depositarij rem depositam habentis nullam habet rei restituendæ facultatem. Ergo depositi actione conueniri non potest, ne quidem de peculio, cùm etiamsi depositum ipse cum filio suscepisset, conueniri tamen depositi non posset, quia restituendæ rei facultatem non haberet, sicut dicimus de pluribus commodatarij heredibus, *l. 3. §. heres eius. supr. commod.* Quantò igitur minùs teneri patrem de peculio ex persona filij, qui iam emancipatus est, quique peculium amplius habere nullum potest? Nam & hæc ratio facit, vt etiam extra causam depositi pater de peculio teneri desinat ipso iure post filij emancipationem, nisi sola æquitas, conseruandæ intra annum vtilis de peculio actionis causam induxisset, quæ porro æquitas nulla subest, cùm post emancipationem habet filius penes se rem depositam, quam cùm esset adhuc in patris potestate, custodiendam susceperat, præsertim cùm depositi actio non nisi ex dolo dari possit, dolus autem hîc nullus intercesserit, neque patris, neque filij. Adeò vt nec filius ipse conueniri posset, nisi in ea causa esset, vt quia rei restituendæ facultatem habet, dolo facturus sit, si non restituat, *dict. l. 1. §. est autem 22. supr.* quod de patre non similiter dici queat, in quo neque præteritus, neque futurus dolus interuenire vllus potest: quamuis ea ratio sola non sufficeret, vt pater de peculio non teneretur, si filius adhuc in potestate manens dolum amisisset, cùm actio depositi quę contra patrem de peculio competit, non differat specie ab illa quæ contra filium ipsum datur, cùm nihil sit nisi qualitas, & adiectio quædam actionis principalis, eandémque ex eodem contractu naturam & causam habens.

a *Plus Trebatius existimat.* RAT. DVB. Seruus manumissus non tenetur ex contractu in seruitute inito, nec in eū actio dari potest ex contractu, sed tantùm ex delicto. *tot tit. Cod. an seruus ex suo fact. l. eum actum 17. supr. de procur.* Ergo si apud seruum depositum sit, etiāsi dolo quid fecerit, & manumissus rem teneat, non eò magis tamen in ipsum actio est danda, sed in dominum, vt disertè scriptum est in *l. 1. §. si apud seruum 18. supr. hoc tit.* DEC. Multum interest, an contra seruum manumissum agatur ex contractu depositi ob dolum quem in seruitute admiserit, an verò ratione doli præsentis, id est, admissi post manumissionem, putà in eo quod nec hodie reposcenti domino velit rem depositam reddere. Hoc enim sufficit ad dandam actionem depositi, etiamsi nullus alius dolus præcesserit *d. l. 1. §. est autem 22. supr.* atque ita hic locus conciliandus est cum *d. §. si apud.* reiectis cæteris interpretationibus & conciliationibus Accursij, vt ad illum §. scripsimus, licet Bartolus vltimam magis probet, quæ tamen omniū improbabilissima est, quasi Paulus hic loquatur de rei vindicatione & actione ad exhibendum contra manumissum danda, cùm tamen non nisi de depositi actione intelligi possit.

22. MARCELLVS libro 5. Digestorum.

SI duo heredes rē apud defunctū depositā dolo interuerterint, quodā vtique casu in partes tenebuntur. nam si diuiserint decē millia, quæ apud defunctū depositā

depositа fuerant, & quina millia abstulerint, & vterq; soluẽdo sit: in partes obstricti erunt. nec enim amplius actoris interest. Quòd si lãcem cõflauerint, aut comflari ab aliquo passi fuerint, aliáve quæ species dolo eorum interuersa fuerit: in solidum conueniri poterunt, ac si ipsi seruandam suscepissent. nam certè verum est, in solidum quemq; dolo feciſſe: & nisi pro solido, res non potest restitui.[a] nec tamen absurde sentiet, qui hoc putauerit. plane, nisi integræ rei restitutione, eum, cum quo actum fuerit, liberari non posse: condemnandum tamen, si res non restituatur, pro qua parte heres exstitit.

Ad l. Si duo. 22.

RAT. DVB. Conditio obligationis defuncti ex persona heredũ mutari nõ potest, *l. 2. §. ex his infr. de verb. obl.* Atqui obligatio restituendi depositi in persona depositarij est indiuidua, ita vt liberari non possit nisi solidi & totius debiti restitutione, *l. de eo 18. supr.* Ergo & in personis heredum depositarij, indiuidua esse debet, ac proinde si duo heredes rem apud defunctũ depositã dolo malo interuerterint, quãuis decẽ millia putà, quæ apud defunctũ deposita fuerint, inter se diuiserint, & millia quina abstulerint. Dicendũ videtur teneri vnũquemq; illorũ vt integra decẽ millia restituat, etiamsi vterq; soluẽdo sit, nã & actoris interest, vt qui cũ vno tantũ contraxit, in plures nõ distringatur aduersarios, *l. 2. supr. de exercit. act. l. & ancillarum 27. §. vlt. supr. de pecul.*

DEC. Actio depositi nõ ad aliud dari potest quã ad illud quod actoris interest, cùm obligatio restituendi depositi sit facti, in obligationib. autem faciendi succedat præstatio eius quod interest, *l. si quis ab alio 13. in fi. infr. de re iudic. l. quoties quis aliũ 81. l. cùm stipulatus sim. 113. in fin. de verb. obl.* Atqui nihil interest ei[9] qui deposuit, si totũ quod deposuit, cõsequutus sit à plurib. depositarij heredib. pro portionib. hereditariis, aut cõsequi possit, cùm vterq; sit soluendo, nec quod ei cõmodius esset aduersus vnũquẽq; eorũ posse in solidũ agere, ad rẽ facit, cùm lex duodecim tabularũ ipso iure diuidat obligationẽ, quoties depositа res diuidua est, vt diximus ad *l. 1. §. si pecunia in sacculo 36. supr. hoc tit. l. 1. & passim C. de hered. act. l. 1. & 2. C. si vnus ex plurib. hered. cred. vel debit.* nã si res depositа indiuidua sit, & in ea dolus in solidũ admissus sit ab omnib. simul heredib. putà, si lancẽ depositã cõflauerint, aut cõflari ab eo passi fuerint, aut alia quælibet species dolo malo interuersa sit. Omnis enim species indiuidua est, *l. stipulatus sum 9. §. 1. infr. de solut. l. stipulationes nõ diuidũtur 72. de verb. ob.* dicendũ est actionẽ quoq; depositi indiuiduã esse, ac proinde in solidũ aduersus vnumquẽq; ex heredib. cõpetere, non ob id solũ quod res quæ indiuidua est, restitui nisi in solidũ non possit, sed etiam quod dolus cõmuniter & simul ab omnib. in solidũ admissus fuerit, qui per hanc depositi actionem vindicatur. Ergo perinde hoc casu teneri debẽt heredes singuli in solidũ, ac si ipsi singuli rẽ seruãdam & custodiendã suscepissent, vt Marcianus hic scribit, cùm actio ex ipsorum nõ ex defuncti facto nascatur, vt ex eo apparet: quod si quis ex heredib. dolo careat, nulla in eũ depositi actio cõpetit, *l. in depositi 9. cũ l. sequenti. supr. hoc tit. l. tres tutores 55. in princ. vers. planè de admi. & pet. tut.* Nã si plures essent depositarij, similiter dicendũ esset cõtra vnũquẽq; eorũ in solidum agi posse *d. l. 1. §. si apud duos 43.* vbi diximus *supr. hoc tit.*

a *Nec tamen absurdè sentiet qui hoc putauerit.* Totum hunc versiculum ab his verbis ad finem vsque §. vnico contextu legendum esse arbitror hoc sensu, vt dici possit non absurdè in ea specie, de qua posteriore loco diximus, id est, cùm in re indiuidua depositа dolus malus cõmuni omnium heredũ dolo admissus est. Planè quidẽ, id est, omnino non nisi integræ rei restitutione eũ cum quo actum fuerit, liberari posse, sed tamen si res nõ restituatur, condẽnari eũ nõ debere, nisi pro qua parte heres extiterit. Itaq; delendũ est punctũ quod subsequitur verbũ *putauerit*, quo retento, non possent verba hæc referri nisi ad clausulã præcedẽtem, cui tamen cõuenire nullo modo possunt, vt constat ex dictione aduersatiua, *tamen*, quæ nihil habet in superiorib. cui aduersetur, quẽadmodũ & clausula sequẽs si eam incipias à verbo, *planè*, vt fit ab omnib. interpretib., nõ habebit verbũ à quo regantur verba illa *non posse*, *condemnandum*, quæ regi certè debent à verbo *putauerit*. Puto tamẽ ego totũ hunc versiculũ ab his verbis ad finẽ vsq; Triboniano potiùs quàm Marciano esse adscribendũ. Marciani enim sensus in superioribus ille proculdubio est, quoties vnius depositarij heredes plures tenẽtur in solidum, siue quod res depositа indiuidua sit, quæ pro parte restitui nõ possit, siue quod cõmunis dolus heredũ in rẽ depositа interuertẽda admissus fuerit, in solidum eos sicut cõueniri ita & cõdẽnari debere ad totam ęstimationẽ præstandã, vt cõstat ex *d. l. 1. §. si apud duos 43. supr. & ex l. 2. §. incertã infr. de stip. prætor.* in quibus locis nõ tantũ de actione tractatur, sed etiam de cõdemnatione & præstatione. Et quãuis omnis condemnatio sit pecuniaria, fieri tamẽ nequit, vt qui ex proprio dolo in solidũ conuenitur, in solidũ quoq; condẽnari nõ debeat, licet pecunia ipsa quæ pro eo quod interest, præstãda est, diuidua sit. Lõgéq; alia species est quæ tractatur in *l. in executione 85. §. in solidũ de verb. obl.* vbi agitur de plurib. heredib. non ex proprio dolo, sed ex defuncti contractu in solidum conuẽtis, & sanè verba prima huius versiculi ostẽdunt satis aliud hic voluisse Tribonianum dicere quàm quod Marcianus dixerat, quem tamen in eadem specie aliud atq; aliud exstimasse credendum non est.

23. MODESTINVS libro 2. Differentiarum.

ACtione depositi conuentus, seruo constituto: cibariorum nomine, apud eundem iudicem vtiliter experietur.

Ad l. Actione 23.

RAT. DVB. Tametsi in actione depositi ratio impensarum habenda sit: quæ in rem depositam custodiendam factæ fuerũt ne ex deposito damnũ sentiat, *l. si in Asia 12. §. 1. supr. l. si seruus communis 61. §. quod verò inf. de furt.* imputari tamẽ potest ei si actione depositi cõuẽt[9] seruũ restituerit depositũ quẽ retinere rẽ poterat, quousq. cibaria ei pstita redderẽtur *arg.*

BIU Cujas

l. sufficit 56. supr. de cond. indeb. quasi videatur donasse qui retentionem quam habebat, omisit, est enim hæc lex intelligẽda de depositario qui seruum restituit, ideóque Cuiacius benè monet legendum esse, *seruo restituto*, non quomodo legitur *constituto*, quæ nullius sensus lectio est: nam si cum Accursio intelligas de seruo qui apud depositarium adhuc constitutus sit, id est nondum restitutus, planè stultus vtiq; fuerit depositarius si malit actione depositi contraria experiri apud eundem iudicem cibariorum nomine, quàm sibi consulere per retentionem & doli exceptionem, quæ bonæ fidei iudiciis omnibus inesse dicitur, *l. sed si ideo. 21. infr. sol. matrim. l. huiusmodi 84. §. qui seruum de leg. 1. l. Seia 42. de mort. cauſ. donat.* Semper enim plus cautionis est in re quàm in persona, vt habet iuris regula in *l. plus cautionis 25. de reg. iur.* DEC. Qui retentiones quas solas habent, omittunt, nullo alio remedio prospicere sibi possunt, *d. l. sufficit l. in hoc iudicium 14. §. 1. sup. commun. diuid. l. hæres. 21. infr. ad S. C. Treb.* Atqui depositarius non tantum retentionem habet doliq; exceptionem ad consequenda cibaria quæ in seruum depositum impendit, sed etiam depositi actionem contrariam quam proponere potest etiam vltro, id est, priusquam directa depositi actione conueniatur, in quo præcipua contrariarum actionum vtilitas consistit, *l. in commodato 17. §. 1. supr. commod. l. 3. §. vlt infr. de contr. tut. & vtil. act. l. sed an vltro 10. in princip. supr. de neg. gest.* Ergo licet restituto seruo qui fuerat depositus, retentio nulla præstitorum cibariorum nomine competere possit, supereſt tamen contraria depositi actio ad ea repetenda. Et quidẽ apud eundem iudicem apud quem depositarius directa depositi actione conuentus fuerit, etsi enim fieri potest, vt alterius iurisdictionis sit is qui deposuit, quàm depositarius, non habet tamen quod conqueratur, is qui deposuit si apud depositarij iudicẽ quem elegit, contraria depositi actione conueniatur, apud quem coẽgisset deponentem litigare si retentionem magis quàm actionem eligere maluisset. Estque hic vnus ex illis casibus, in quibus apud eundem iudicem agendum est, & quorum exempla alia proponuntur in *l. 1. & 2. supr. de quib. reb. ad eund. iud. eatur.*

24. PAPINIANVS libro 9. Quæstionum.

LVcius Titius Sempronio salutem. Centum nummos quos hac die commendasti mihi, adnumerante seruo Sticho actore, esse apud me, vt notum haberes: hac epistola, manu mea scripta, tibi notum facio, quos quando voles, & vbi voles, confestim tibi numerabo. quæritur propter vsurarum incrementum. respondi, depositi actionem locum habere. quid est enim aliud commendare, quàm deponere? quod ita verum est, si id actum esset, vt corpora nummorum eadem redderentur. nam si, vt tãtundem solueretur, conuenit: egreditur ea res depositi notissimos terminos. [a] in qua quæstione, si depositi actio nõ teneat, cùm conuenit, tantundẽ, non idem reddi, rationem vsurarum haberi, non facilè dicendum est: & est quidem constitutum, in bonæ fidei iudiciis, quod ad vsuras attinet, vt tantundem possit officium arbitri, quantum stipulatio. sed contra bonam fidem, & depositi naturam est, vsuras ab eo desiderari temporis ante moram, qui beneficium in suscipienda pecunia dedit: [b] si tamen ab initio de vsuris præstandis conuenit, lex contractus seruabitur.

Ad l. Lucius Titius. 24.

RAT. DVB. In epistola quam Papinianus hic ponit à Lucio Titio ad Sempronium scriptam fuisse, nulla depositi mentio fit. Ergo depositi contractus non fuit, sed potiùs mutui, cùm & numeratæ pecuniæ mentio facta sit, & restituendæ, ac proinde nec depositi actio locum habere potest, sed potiùs condictio certi ex mutuo. DEC. Commendare nihil aliud est quàm deponere, *l. commendare 186. de verb. sig. l. Publia 26. in princ. infr.* Scilicet cum ad rẽ aliquam refertur, non etiam cùm ad personam, *l. si verò non remunerandi 12. §. cùm quidam infr. tit. prox.* Atqui verba Epistolæ hæc fuerunt, *Centum nummos quos hac die commendasti mihi.* Ergo depositi contractus fuit, & consequens depositi actio locum habere debet, quamuis non sicut depositi ita & commendati actio vlla sit, in quo apertè errauit Iac. Cuiac. qui commendati actionem pro *commodati* legere voluit in *l. vlt. C. de commod.* vt alibi diximus, sed hoc ita verum est, quod cum Papiniano dicimus actionem depositi in hac specie locum habere, si id actum sit vt corpora nummorum eadem redderentur, nam in eo maximè differt depositum à mutuo inter cætera, quod ex deposito, non tantundem reddendum est, sed idem ipsum quod depositum fuit, ex mutuo autem non idem, sed tantundẽ, *l. 2. in princ. supr. de reb. cred. in nauem Saufeij 31. versic. idem Iuris est infr. locat.* Multum verò interest, an mutuum esse dicamus, an depositum, maximè propter incrementum vsurarum, quæ ex mutuo deberi non possunt nisi interueniente stipulatione, *l. Titius 24. infr. de præscript. verb. l. quamuis 3. C. de vsur.* At ex contractu depositi, vt & ex aliis bonæ fidei contractibus vsuræ deberi possunt etiam citra stipulationem, siue ex pacto, si quod de præstandis vsuris in continenti conuenerit, vt scriptum in fine huius legis, siue ex mora, si moram fecerit depositarius in reddendo deposito, *l. mora 32. §. in bonæ fidei, l. vsuras 34. & sequentibus. infr. de vsur.* Ergo si in proposita specie fingas conuenisse siue expresse siue tacitè, vt non eadem nummorum corpora redderentur, sed tantundem, dicendum est eam rem egredi notissimos depositi terminos, & consequenter mutuum erit, non depositum, *l. proxima §. 1. cũ l. Publia. 26. §. 1. infr.* Ergo, nec vsuræ hoc casu debebũtur. Id enim consequẽs videtur ei quod modo diximus. Et tamen non ita est, neque enim id circo mutuũ contractũ videri potest quod in deposito aliquid actũ sit, quod à depositi natura alienũ esse videatur, cũ nõ de mutuo cõtrahẽdo, sed de deposito cõtrahẽtes cogitauerint, sufficitq. vt nihil actum aut dictũ sit contra substantiã contractus, ponenda enim

BIU Cujas

enim differentia est inter cuiusq; contractus naturam & substantiam, vt dicemus ad *l. pacta cõuẽta. 72. infr. de contrah. empt.* substantia autem depositi nõ in eo cõsistit vt idem reddatur, sed vt res deposita custodiẽda detur, & reddẽda tãquã deposita, *l. 1. supr. in princ. hoc tit.* q̃ duo in proposita specie, vt & in *l. proxima* §. 1. *& in l. Publia. 26.* §. 1. *inf.* ergo nõ eo min⁹ erit depositũ quod cõuenerit vt tãtũdẽ redderetur, sed erit tamẽ pactum hoc contra naturã depositi, neceo magis tamẽ aut nomẽ aut substantiã cõtractus vindicabit *d. l. in nauem, & d. l. pacta conuenta. infr. de contrah. empt.* Nam etiam contractus omnes ex pacto suam naturam possunt excedere *l. naturalis.* 5. §. *sed si facio. infr. de præsc. verb.* Sequitur,

a *In qua quæstione si depositi actio non teneat.* RAT. DVB. Vsuræ pecuniæ non debentur citra stipulationem *d. l. 3. C. de vsur. d. l. Titius. 24. infr. de præscript. verb.* Ergo etiamsi depositum sit, si tamen actio depositi locum nõ habeat, vsuræ deberi nõ possunt, cùm nulla hic stipulatio interuenerit. DEC. Constitutum est in omnibus bonæ fidei iudiciis, vt quod ad vsuras pertinet, tantumdem possit officiũ arbitri, id est, iudicis qui de bonæ fidei actione cognoscit, quantum potest stipulatio *l. quia tantundem 7. supr. de neg. gest.* Ergo quamuis nulla stipulatio interuenerit, vsuræ tamẽ non eo minus debebuntur siue ex nudo pacto, vt diximus, siue ex mora. In eãque rem competet etiã actio depositi *d. l. prox.* §. 1. Sed an eius quoque temporis quod moram præcesserit, si nulla conuentio interceſſit, vsuræ aliquæ debeantur: Papinianus dubitat. & rationem dubitandi ex eo sumit, quod proximè dixerat in bonę fidei iudiciis, quale est iudicium depositi, tantundẽ posse officiũ iudicis quod ad vsuras pertinet, quãtum stipulatio posset *d. l. quia tantundem.* Atqui si stipulatio de præstandis vsuris interuenisset, non dubitaretur, quin præstari omnimodo vsuræ deberent, etiam eius temporis quod moram præcesſisset, nec enim quærimus, an mora præcesserit, necne, cùm de iis vsuris disputamus, quæ non ex mora, sed ex conuentione debentur *l. qui Romæ 122. in princip. de verb. ob.* Sed in contrariũ decidendi ratio, in qua Papinianus conquieſcit, illa est, quod contra bonam fidem & depositi naturam fit, vsuras eius temporis quod morã præcesſit, ab eo desiderari qui beneficium in susciepienda & custodienda pecunia dedit. Itaq; concludit Papinianus in effectu nihil interesse, cùm de vsuris quæritur, an depositum ea lege contractum sit, vt tantundem, an vt idem redderetur, & vtroq; casu depositum nihilominus esse, & actionem depositi tenere. Atq; ita etiam vsuras vtroq; casu deberi siue ex mora siue ex pacto nudo, non tamen ante moram citra pactum.

b *Si tamẽ ab initio de vsuris præstandis conuenit.* RAT. DVB. Cõtra bonã fidẽ est & depositi naturam, vsuras eius tẽporis quod moram præcesſit, desiderare ab eo qui beneficium in accipienda pecunia dedit, vt proximè diximus. Ergo etiamsi ab initio de vsuris præstandis cõuenerit, lex cõtractus seruanda nõ est. Quis enim ferat in bonæ fidei contractu adiici pactionem quæ fit contra bonam fidem? DEC. Nihil tam conueniens est bonæ fidei quã pacta inter cõtrahentes inita seruare, quæ modo neq; sint contra leges, neq; cõtra bonos mores, *l. 1* §. *si conuenit 6. & seq. supr. hoc tit. l. 1. supr. de pact. l. 1. supr. de const. pec.* & sine quib. nõ fuerat quis aliter contracturus, *l. vlt. C. de pact. int. empt. & vend.* Contractus enim omnes ex conuentione legẽ accipiunt *d.* §. *si cõuenit l. in conuentionalib. 52. infr. de verb. obl. l. contractus 13. & l. nec ex prætorio. 27. de reg. iur.* adeo vt nihil vetet contractum quemlibet præsertim bonæ fidei ex pacto suam naturam excedere, vt diximus ex *l. naturalis* 5. §. *sed si facio. infr. de præscrip. verb.* Atqui hęc cõuentio de vsuris pręstãdis ex contractu depositi, siue cõuenerit vt tantundem, siue vt idẽ redderetur, neq; cõtra leges est, neq; cõtra bonos mores. Etsi enim nõ patiuntur leges, vt ex causa depositi dominium transferatur, *l. licet. 17.* §. 1. *supr.* nõ magis quàm rei cõmodatæ, *l. rei cõmodatæ 8. & seq. supr. commod.* aut rei locatæ *l. non solet 36. infr. locat.* Id tamen ita intelligi debet, vt directò fieri non possit, ne quidem ex conuentione, sed non ita vt in depositio prohibita sit actio reddendi tantundẽ, cùm pecunia, nõ species deposita est, siue quod ea pactio, ideo duntaxat interposita videatur, vt depositario potestas fiat vtẽdi pecunia citra furtum §. *furtum autem fit. 6. Inst. de obl. quæ ex del. nasc. & l. prox.* §. 1. *infr.* Siue quod nihil interſit depositarij, an eadẽ ipsa corpora nummorũ reddantur, quæ deposita fuerunt, an alia, cùm nummi sint ex earũ numero quæ recipiunt functionem in suo genere, quod in specieb. diuersũ est, *l. 2.* §. *mutui datio & seq. supr. de reb. cred.* Quod verò depositarius qui non nisi tãtundẽ reddere tenetur, dominus fieri videtur pecuniæ depositæ, nõ fit principaliter & per se, sed tãtum per quasdã consequentias, nec tã fit dominus, quàm facit depositariũ non dominũ vtendo pecunia, quippe qua vti nõ potest citra abusum, & quin eã consumat, nec rursus eam consumere, quin dominiũ ei qui deposuit auferat, cæterùm quẽadmodum si eadem ipsa corpora nummorũ redderet, tãtundem reddere videretur, nec alia conquirere teneretur. Ita & cùm conuenit, vt tantundem reddatur, ferè est, vt non alia, & valdè distans pactio esse videatur, quàm si cõueniſſet vt idem redderetur. Et hæc meo iudicio huius legis sententia est, ex qua apparet quod Accursius ad hũc versiculum notat, in iudiciis bonæ fidei vsuras deberi ex nudo pacto etiam citra moram, quod & probatur ex *l. cũ quidã 27.* §. *locato. infr. de vsur.* Scilicet si pactum ab initio appositum sit, vt hęc lex ait, vel saltem in continẽti, *l. in bonæ fidei 13. C. de pact. iuncta l. initio. 5. C. de pact. int. empt. & vendit.* Neque enim pacta quæ postea & ex interuallo fiunt, legem dare possunt contractui, nec actionem parere, sed tantum exceptionem *d. l. Iurigentium 7.* §. *quinimo &* §. *adeo supr. de pact. l. pignoribus 22. C. de vsur.* Iunge *leg. Publia 26.* §. 1. *infr. hoc tit.*

25. IDEM libro 3. Responsorum.

DIe sponsaliorum, aut postea, res oblatas puellæ, quæ sui iuris fuit, pater suscepit. heres eius, vt exhibeat, rectè conuenietur etiam actione depositi.

Ad l. Die sponsaliorum. 25.

RAT. DVB. Depositi actio locũ habere non potest, vbi nullum est depositum, neque enim ex alio contractu nasci potest actio depositi quàm ex deposito, à quo & nomen sumit, *l. 1. & passim hoc tit.* Atqui in proposita specie, tametsi die sponsaliorũ aut postea res oblatas, id est donatas puellæ emancipatæ pater susceperit, nihil tamen de iis deponendis dictũ est. Ergo vt patris heres eas exhibeat, rectè cõueniri nõ potest actione depositi, sed potius actione negotiorũ gestorũ, vt idẽ Papinianus respondit in *l. fideiussor. 32.* §. 1. *supr. de neg. gest.* DEC Distinguendum necessariò est an prędẽte filia quę sui iuris fuit pater, ipsi filiæ res donatas susceperit ea præsente, aut

BIU Cujas

saltem sciente, an ignorante, priore casu depositi actio est, quia sicut is qui se præsente mãdari aliquid patitur, hoc ipso mandare intelligitur, *l. qui patitur. 18. supr. mand.* Ita & qui rem suam præsens aut sciens apud alium deponi patitur, hoc ipso eam deponere videtur, vt benè hic Bartol. notat. Posteriore autem casu ignorans filia neq; mandasse, neq; deposuisse videri potest, nemo enim ignorans mãdat aut deponit. Ergo cùm neq; mandati, neque depositi agere possit, necessaria est negotiorũ gestorum actio. Ideo autem tractat hic Papinianus de filia quæ sui iuris fuit & emancipata, quia inter patrem & filiam quę in patris potestate esset, neque ciuilis obligatio contrahi posset, neque depositi actio nasci *l. frater à fratre. 38. §. quæsitum*, vbi diximus *supr. de cond. indeb.*

1 ¶ Qui pecuniam apud se non obsignatam, vt tantundem redderet depositam, ad vsus proprios conuertit: post moram in vsuras quoque iudicio depositi condemnandus est.

Ad §. qui pecuniam. 1.

Hic §. sicut eandem ferè sententiam habet quam lex præcedens, ita easdem recipit dubitandi & decidendi rationes quas ad eam attulimus. Est enim vterq; locus de depósito pecuniæ numeratæ quæ deposita sit non in sacculo obsignato, vt plerumque fieri solet, sed extra sacculum, & ea lege adiecta, vt tantundem redderetur. Ait autẽ Papinianus, si depositarius huiusmodi pecuniam ita depositam ad vsus proprios conuertit, condemnandum eum esse ad vsuras post moram iudicio depositi, vt intelligamus conuentionem illam in depósito adiectam de reddendo tantundem, licet egrediatur notissimos depositi terminos, vt scriptum est in lege proximè præcedenti, & depositæ pecuniæ modum, vt Paulus ait in *l. prox. §. 1. infr.* non tamen facere, quin maneat depositũ inspecta scilicet inundi contractus ratione & contrahentium voluntate quæ illa fuit, vt depósitum non mutuum contraheretur. Initiũ enim inspiciendum est *l. 1. §. idem Pomponius quærit. 13. supr. hoc tit. l. si procuratorem. 8. in princip. supr. tit. prox.* Nullo-ne igitur casu erit mutuum? Imò verò esse potest, si ponas post depositam simpliciter pecuniam siue obsignatam siue non obsignatã, permisisse deponentem, vt depositarius pecunia vteretur, hoc ipso enim ex depósita fit credita, etiã priusquam depositarius eam mouerit, id est, ea vti cœperit, vt Accursius hic benè notat ex *l. Certi condictio 9. §. vlt. cum l. seq.* vbi diximus *supr. de reb. cred.* Porro quo casu depositum est, vsuras quoq; depositarius debet reddere, post moram scilicet quam in reddendo depósito contraxerit, aut si pecuniam in vsus suos conuerterit, alterutrum enim meo iudicio sufficit ad inducendam vsurarum obligationem. *l. quintus 28. & l. seq. §. 1. infr. hoc tit. l. idemque 10. §. si procurator. infr. tit. prox. l. socium. 60. infr. pro socio.* Itaq; puto addendam hic disiunctiuam *Aut.* post verbum *conuertit*, hoc sensu, vt depositarius qui pecuniam apud se non obsignatam, vt tantundem redderetur, depositam in suos vsus conuertit ad vsuras quoque iudicio depositi condemnandũ esse, aut si moram in reddẽda pecunia contraxerit. Nam vt vtrumq; interuenire necesse sit, id est & conuersionem pecuniæ in proprios vsus depositarij & moram vt vsurę debeantur, dici, meo iudicio, certè non potest.

26. PAVLVS libro 4. Responsorum.

PVblia Mæuia, cùm proficisceretur ad maritum suum, arcam clausam cum veste, & instrumentis commendauit Caiæ Seiæ: & dixit ei: *Cum salua sanáue venero, restitues mihi. cæterùm, si aliquid mihi humanum contigerit, filio meo, quem ex alio marito suscepi.* Defuncta ea intestata, desidero, res commendatæ cui restitui debeant: filio, an marito. Paulus respondit, filio.

Ad l. Publia. 26.

RAT. DVB. Ex pacto matris non potest actio acquiri filio, non magis quàm per filium matri *l. debitor. 59. §. vlt.* Nemo enim ei quem non habet in potestate, aut stipulari, aut aliter acquirere potest *l. stipulatio ista. 38. §. alteri. de ver. ob.* Ne quidem pater filio emancipato *l. si genero. 26. C. de iur. dot. l. donationes. 31. §. pen. infr. de donat.* Atqui filius matri extraneus est, neq; enim fœminæ habent liberos in potestate *l. mulierẽ 5. C. de adopt. l. 4. §. ad testamenta. de cont. tab.* Ergo in proposita specie, quamuis Publia Mæuia quæ ad maritũ profectura clausam arcã cũ veste & instrumentis Caiæ Seiæ commendauerat, actionem depositi filio suo acquirere non potuit, ex eo solo quod Caię Seię dixerit velle se res depositas, & commendatas restitui post mortem suam filio suo quẽ ex alio marito susceperat. DEC. Fideicommissum etiam à depositario relinqui potest, & exemplo depositarij à quocunq; debitore post rescriptũ Diui Pij qui primus hoc ius induxit *l. si pecunia 77. de leg. 1. l. cùm quis decedens. 38. §. pater in fi. de leg. 3.* Atqui in hoc casu mater iusserat res depositas restitui filio quæ fideicommissi verba sunt, aut certè fideicommisso commodissimè aptantur. Ergo benè Paulus respondit res ab ea cõmendatas & depositas restitui filio debere, scilicet ex fideicõmisso, nõ vt quidã putãt, quasi heredi matris. Verba enim illa quæ in hac lege proponuntur *filio meo quẽ ex alio marito suscepi*, ostẽdũt nõ defuisse matri alios liberos ex posteriore matrimonio, qui proinde intestata ea defũcta, vt Paulus ponit, heredes ei extiterint pro æquis partib. licet ex diuersis matrimoniis nati *l. matris intestatæ 4. inf. ad S. C. Maced.* Quãuis in posterioris mariti potestate essẽt liberi ex eo suscepti *l. sacratissimi. 8. eod. tit.* Nec magis defendi potest quod alij volũt, depositi actionẽ de qua Paulũ hic respondere putant vtilem esse non directam ex *l. pen. Cod. ad exhib. ex l. si ita 9. l. pater. 23. inf. de pact. dotal.* Longe si quidem aliud est res commendatas restitui debere filio, vt Paulus ait, aliud verò quod interpretes putant, actione depositi restitutionem hanc fieri debere, cũ fieri possit & debeat ex fideicõmisso, vt diximus. Nec obstat quod hæc lex posita sit sub hoc *tit. depositi*, quæ potius sub *titulo de legatis & fideicommissis*, secundum interpretationem nostram poni debuisset: potuit enim Triboniano sufficere quod vidit Paulum tractare de depósito & de depositario, id est, de rebus depositis à depositario restituendis, licet nõ actione depositi, & rursus longe dissimile est quod de vtili actione depositi danda scriptum est in *l. penult. Cod. ad exhib.* vbi proponebatur pactum initum

BIU Cujas

ſitum ab eò qui rem alienam depoſuerat, vt res reſtitueretur domino, qui caſus multò faciliùs admittit, vt ex pacto non domini deponentis, actio depoſiti domino acquiratur. In quo miror Bartolum notantem in hac lege ideo acquiri actionem filio ex contractu matris, quod mater depoſuiſſet rem ſuam, & quæ ſemper duraret ſua, idémque eſſe in *d.l.pen.C.ad exhib.* Contra quàm verba illius legis perfectè exprimam, neque verò admitteret Bartolus in hac quoque ſpecie poſſe acquiri actionem filio ex contractu matris, niſi adderet videri hoc ipſo matrem in filium donationem contuliſſe maternæ ſcilicet affectionis coniectura, vt nimirum hanc legem conciliet cum *d.l. donationes* §. *pen. de donat.* In qua videtur Papinianus contrarium in extraneo reſpõdiſſe, nec videt quàm diuerſa ſit ſpecies illius §. ab hac lege, ibi enim non iuſſerat dominus reſtitui arcam depoſitã Ælio Sperato, vt in ſpecie huius legis. Sed eam tantùm legem dixerat, vt eam arcam ipſe ſolus qui depoſuerat, tolleret, aut poſt ipſius mortem Ælius Speratus, quod longè aliud eſt. Nec enim ſunt verba illa fideicommiſſi, vt ea de quibus in hoc loco. Cætera quæ ad huius legis explicationem pertinent, iam abundè tractauimus *lib. 1. Coniect. cap. 4.* vnde peti volumus quæ hic addi poſſunt.

1 ¶ Lucius Titius ita cauit. Ἔλαβον, καὶ ἔχω εἰς λόγον τῶν βάκτα θήκης τὰ προγεγραμμένα τῦ ἀργυρίου δηνάρια μύρια, καὶ πάντα ποιήσω, καὶ συμφωνῶ, καὶ ὁμολογῶ, ὡς προγέγραπται, καὶ σωτήριον ὑπηγήσαί σοι τόκον ἑκάστης μνᾶς ἑκάστου μηνὸς ὀβολὸς τέτταρας, μέχρι τῆς ἀποδόσεως παντὸς τῦ ἀργυρίου, *Id eſt, Suſcepi, habeóque apud me titulo depoſiti ſupra ſcripta denarium argenti decem milia: méque ad præſcriptum omnia præſtaturum & promitto, & profiteor: conuentione ſcilicet inita, vt quoad omne argentum reddatur, in ſingulos menſes, ſinguláſque libras, vſurarum nomine, quaternos tibi obolos ſubminiſtrem.* Quæro, an vſuræ peti poſſunt. Paulus reſpondit, eum contractum, de quo quæritur, depoſitæ pecuniæ modum excedere. & ideo ſecundum conuentionem vſuræ quoque actione depoſiti peti poſſunt.

Ad § Lucius Titius. 1.

RAT. DVB. Vſuræ pecuniæ non debentur niſi ex ſtipulatione, *l. 3. C. de vſur. l. Titius. 24. infr. de præſcript. verb.* In eoque differunt ab vſuris mercium quarum incerta æſtimatio facit vt earum vſuræ deberi poſſint etiam ex nudo pacto, *l. frumenti 12. l. oleo 23. C. de vſur.* Pecuniæ namque ſemper certa eſt & vna æſtimatio in republica benè conſtituta, *l. 3. ſup. de eo quod cer. loc. l. 3. ſupr. de in lict. iur.* & ſanè non poſſunt non eſſe odioſæ vſuræ pecuniæ, cum pecunia ſit res ſterilis, quæ per ſe pecuniam parere non poteſt, vt Ariſtoteles in Ethicis docet, vnde eſt quod prudenter noſtri dicunt vſuram non natura percipi, ſed iure & negotiatione, *l. ſi nauis 62. ſupr. de rei vind.* Ergo nec in depoſiti actione ferendum eſt, vt ex nudo pacto vſurę deberi poſſint, præſertim cùm videatur contra depoſiti naturã eſſe & contra bonam fidẽ vſuras pecuniæ ab eo deſiderari qui beneficiũ in cuſtodiẽda pecunia dedit, ſi modo nullã in reddendo depoſito morã cõtraxerit, vt ſcriptum eſt in *l. Lucius 24. ad fin. ſupr. hoc tit.* Itaque fatendum eſt, ſi quando conuenerit, maximè verò nudo pacto, vt depoſiti vſuræ præſtentur, eam conuentionem excedere notiſſimos depoſiti terminos, vt Papinianus loquitur in *d.l. Lucius.*

DEC. Diſtinguenda eſt vſura pecuniæ creditæ, quæ nihil aliud eſt quàm fœnus ab vſura pecuniæ depoſitæ, aut ex alio bonæ fidei contractu debitæ. Illa enim odioſa eſt, hæc verò fauorabilis, quippe quæ non quaſi fœnus, ſed quaſi intereſſe debeatur, vt in *l. ſocium 60. infr. pro ſoc.* Quomodo etiam diſtinguenda ſunt iudicia bonæ fidei à iudiciis ſtricti iuris, nam in bonæ fidei iudiciis debentur vſuræ ex mora ſola etiam extraiudiciali, *l. cùm quidam 17. § ſi pupillo. l. mora. 32. § in bonæ fidei infr. de vſur.* Ex contractibus verò ſtrictis ne quidem poſt litem conteſtatam, vt iam alibi ſæpè docuimus, & dicemus latiùs ſi Deus volet ad *l. litis cõteſtatæ 35. eod. tit.* Sed etſi mora nulla contracta ſit, conuenerit tamen vt vſuræ pecuniæ debeantur, licet nudo pacto, placet eas deberi non vt agi poſſit ex pacto nudo, ſed vt agatur ex contractu cui pactum ineſt ſi in continenti factum ſit, quia legem dedit contractui, *l. Iuriſgentium 7. § quinimo & § adeo ſupr. de pact. l. in bonæ fidei 13. C. eod. l. initio. 5. C. de pact. int. empt. & vendit.* quia lex contractus ſeruanda eſt, ſine qua non aliter quis fuerat contracturus, *l. vlt. eod. tit. d. l. Lucius in fin.* Nihil enim magis eſt ex bona fide quàm pacta ſeruari, quæ neque contra bonos mores, neque contra leges ſunt, vt diximus ad *d.l. Lucius in fin. ex hoc §. & ex d.l. cùm quidam. 17. § ex locato. infr. de vſur.* Nec quod eiuſmodi conuentio excedat modum & terminos depoſiti, ad rem facit, quia nihil prohibet contractum depoſiti vt & alium quemlibet ex pacto naturam ſuam excedere, vt idem Paulus noſter ait in *l. naturalis. 5. § ſed ſi facio. infr. de præſc. verb.* Ergo cùm depoſitum maneat, vſuræ quoque, licet nudo pacto promiſſæ, vt in cautione de qua in hoc §. agitur, depoſiti actione peti poterunt: idque eſt quod Paulus infert poſtremis illis verbis: *Et ideo ſecundum conuentionem.* Senſus enim eſt, non eo minus in propoſitã ſpecie vſuras deberi quod ex natura contractus depoſiti non ſit iis onerandus depoſitarius citra moram, cùm hæc conuentio faciat vt depoſitum ſuam naturam excedat, nec eo minus tamen depoſitum maneat, quod & Accurſius noſter ſenſiſſe videtur, licet minus apertè hæc verba explicauerit.

2 ¶ *Titius Semproniis ſalutem. Habere me à vobis auri pondo plus minus decem, & diſcos duos, ſaccum ſignatum: ex quibus debetis mihi decem, quos apud Titium depoſuiſtis: item quos Trophimati decem: item ex ratione patris veſtri decem, & quod excurrit,* quæro, an ex huiuſmodi ſcriptura aliqua obligatio nata ſit: ſci-

BIU Cujas

licet quod ad solam pecuniæ causam attinet. respondit, ex epistola, de qua quæritur, obligationem quidem nullam natam videri: sed probationem depositarum rerum impleri posse.[a] an autem is quoque, qui deberi sibi cauit in eadem epistola decem, probare possit hoc, quod scripsit, iudicem æstimaturum.

Ad §. Titius. vltim.

RAT. DVB. Depositum est ex numero eorum contractuum qui non nisi re & traditione perficiuntur, *l. 1. § is quoque infr. de obl. & act. § præterea. Inst. quib. mod. re contrah. obl.* Ergo per epistolam contrahi non potest, id enim proprium est eorum contractuum qui solo consensu perficiuntur, *l. 1. infr. tit. prox. l. 1. § vlt. de contrah. empt.*

DEC. Aliud est quærere de inducenda obligatione depositi, aliud verò de inducenda probatione, obligatio quidem depositi nulla per epistolam contrahi potest, sed tamen probatio rerum depositarum etiam per epistolam impleri commodè potest: sunt enim fauorabiles probationes omnes, quarum scilicet beneficio veritas haberi potest, sine qua nec ius reddi iustè potest, *l. duo sunt Titij 30. infr. de testam. tutel.* sufficit ergo fidem constare Epistolæ ne dubitari possit à quo scripta & missa sit, vt quicquid in ea continetur, pro vero & probato habeatur, vt in *l. vlt. infr. de probat. l. cùm quis decedens, 37. §. Codicillis. de leg. 3. l. emptor. 47. § 1. in fin. supr. de pact.* Idque est quod nostri vulgò iactitant ex hoc §. verba enuntiatiua probare inter easdem partes, præsertim cùm emissa sunt propter se & non propter aliud, & principaliter non incidenter, de quo pluribus nostri tractant post Bartolum, *ad leg. ex hac scriptura 19. inf. de donat. & ad l. optimâ 16. C. de contrah. & commit. stip.* Cui adde textum elegantem in *l. qui Romæ 122. §. Flauius in fin. de verb. obl.* Sed hoc tamen intellige, nisi verba illa enunciatiua prolata sint inter personas suspectas, & in actu vel prohibito vel saltem suspecto, tunc enim non probant nisi aliis certioribus probationibus fulciantur, *l. qui testamentum 27. infr. de probat.* Illud sanè constat verba eiusmodi enunciatiua nihil probare inter alias partes nisi in antiquis quæ quanto difficilioris sunt probationis, tanto leuiores admittunt probationes, *l. si arbiter 28. D. de probat Nouell. 111. hæc constit. innouat. constitution. quæ præscript. cent. annor. locis venerabilib. dederat.*

a *An autem is quoque.* RAT. DVB. Absurdum est vnam eandémque scripturam diuerso iure censeri, & ab vna eadémque persona partim approbari, partim improbari, sed conditio ei ad quem Epistola scripta est, deferri debet, vt vel totã illam agnoscat, vel totam repudiet, *l. nam absurdum 7. infr. de bon. libert. l. si ita stipulatio. 39. in fin de oper. libert. l. cum quæritur. 16. infr. de admin. tut.* Ergo quemadmodum probatio rerum depositarum impletur per epistolam eius qui scripsit res penes se depositas fuisse, ita & eidem epistolæ credendum est, in qua parte scripsit se deponentis creditorem.

DEC. Exemplo perniciosum est vt ei scripturæ credatur, qua vnusquisque sibi adnotatione propria debitorem alium constituerit, *l. exemplo 7. iuncta l. instrumenta 5. & seq. C de probat.* Nemo enim in re sua & ad suam vtilitatem testis idoneus esse potest, *l. omnibus 10. C. de testib. l. nullus 10. infr. eod. tit.* At scribenti contra se credendum est, quia sibi debet imputare, qui se proprio testimonio condemnauerit, nec audiendus est, si contra propriam confessionem venire velit, *l. generaliter 13. C. de non numer. pec.* Nihil ergo vetat eandem scripturam & epistolam probare contra depositarium: pro ipso autem non probare, cùm huius varietatis tam diuersa causa sit. Nec ideo verendum est, vt vna eadémq; res diuerso iure censeatur, *l. eum qui ædes 23. infr. de vsucap.* Tot enim res & epistolæ esse videntur, quot in epistola sunt capita, *l. scire debemus 29. de verb. obl.* Simile est quod nostri ad hanc legem & ex hac lege inferunt, si plures res in vno eodémque instrumento scriptæ sint, eum, contra quem producitur instrumentum, posse illud pro parte acceptare, pro parte autem refutare, vt Bartolus hic loquitur & tractat latiùs ad *l. 1. C. de confess. & ad l. Aurelius. § penult. infr. de liberat. leg.* ex quo vt idem ille subiicit, pragmaticorum mos fluxit, vt qui instrumentum in iudicio produxit, protestetur nolle se producere nisi in fauorabilib. vt aiũt, & quatenus facit pro producẽte, aut vt in Rota Romana fieri vidi, vt instrumentorum omnium productio fiat per cõpulsum, ne scilicet vlla ex parte possit productio nocere producenti, tanquam facta ex necessitate, semper enim succurrimus ei qui aliquid ex necessitate facit. Neque ex eo quod quis coactus fecit, coniectura vlla voluntatis capi potest, alioqui productio semper probat contra producentem, *vulg. l. cùm precum, 9. C. de liber. caus.* Quamuis non parua incurrat hæsitatio, an cum eiusmodi contestatione produci instrumentum possit. De quo alibi dicemus.

27. IDEM libro 7. Responsorum.

LVcius Titius, cùm haberet filiam in potestate Seiam, Pamphilo seruo alieno in matrimonium collocauit: cui etiam dotem dedit, quam sub titulo depositi in cautionem contulit: & postea, nulla denuntiatione à domino facta, pater decessit. mox & Pamphilus seruus: quæro, qua actione Seia pecuniam petere possit, cùm ipsa patris heres exstiterit. Paulus respondit, quoniam dos constitui non potuit, ex causa depositi actione de peculio pecuniam repetendam.

Ad l. Lucius Titius. 27.

RAT. DVB. Plus valere debet quod agitur quàm quod simulatè concipitur, *l. 1. & tot. tit. Cod. plus val. quod ag. quàm quod simul concip.* Simulata enim pro infectis haberi debent, *l. si ex pretio. 6. C. si cert. pet.* Atqui in proposita specie id agebatur inter Titium qui filiam suam Seiam quam habebat in potestate, collocabat in matrimonium Pamphilo seruo alieno, de

BIU Cujas

no, de cuius statu & conditione, vt ego ponendum arbitror, dubitabat, & Pamphilum ipsum, vt pecunia, quam pater dabat ex causa dotis, esset penes Pamphilum, vt haberet Pamphilus vnde ferret onera matrimonij; nō autem vt eam pecuniam quasi depositam duntaxat, Pamphilus retineret, cùm rei depositæ neque proprietas, neque possessio, neque vsusfructus in depositarium transeat, *l. licet* 17. §. 1. *supr.* Ergo quamuis pater dotem Pamphilo datam sub titulo depositi in cautionem contulerit, id est, curauerit caueri à Pamphilo pecuniam se habere in depositum. Dicendum tamen est depositum non tenere cùm de dote constituenda non de contrahendo depsito actum sit, nec eo magis tamen fieri poterit, vt dos quasi constituta debeatur, cùm matrimonium inter seruum, & mulierem liberam esse non potuerit, nec proinde sine matrimonio dos vlla, quamuis possit matrimonium esse sine dote, *l. 3. infr. de iur. dot. l. cùm multa* 20. *C. de donat. ante nupt.*

Dec. Licet non valeat quod in veritate agitur, eo modo quo agitur, si tamen aliquo modo valere possit, & obligationem inducere. Valere debet eo modo quo potest, etiam quod simulatè cōceptum sit, vt Bartol. ex hac ipsa lege notat, & ex *l. 1. C. de cōd. ob caus. l. vlt. supr. de cond. sine cau.* Atqui in specie huius legis licet matrimonium non steterit, dos tamen eo nomine reuera constituta reddi patri debuit, saltem per condictionem sine causa, vt ex supradictis legibus apparet, aut mulieri si patri heres extitisset. Ergo cùm dos constitui non potuerit, nihil verat, eam obligationem, quæ nascitur præter propositum contrahentium, vt Bartol. loquitur: & extra id quod agebatur, vt elegantiùs Pomponius in *l. si is qui* 13. *in fi. sup. commod.* transferatur in actionem depositi, de qua tamen non nisi per simulationem cogitabatur. Dabitur ergo actio depositi ad eam pecuniam repetendam, at non contra Pamphilum, etiamsi viueret, quia nec ciuiliter obligari potuit, nec conueniri, sed contra dominum de peculio, nō minùs quàm si depositum verè contractum fuisset, quomodo potuisset si contrahentes voluissent. Ponit autem Paulus nullam denunciationem à domino factam fuisse, per quam potuisset pater filiæ perspectam habere Pamphili conditionem, quia si talis denūciatio facta fuisset, nec pater viuo Pamphilo contra dominum egisset, non esset permittendū filiæ, quæ patri heres extitisset dotē repetere, quam pater ipse petere noluisset, aut actionem de peculio instituere, quam pater neglexisset. Videtur tamen Accursius Florentinam lectionem magis probasse quæ habet, *denunciatione nulla à domino facta*, scilicet, vt ille interpretatur, quod esset hic Pamphilus seruus, vel quod non teneret matrimonium. Sed an quia, vt ipse putat, propter huiusmodi denunciationem omissam, si dominus nō reuocaret seruum, fieret liber, ex §. *si verò ab initio, ex* §. *sin autem. &* §. *si verò ipse quidem. Nouell. 22. de nupt.*? minimè. Est enim ius illud nouum ex ea ipsa Iustiniani Nouella constitutione, neque Pauli temporibus, cuius est hæc lex, idem obtinebat. Sed quia, vt diximus, si denūciatum fuisset patri à domino Pamphili, seruū fuisse Pamphilū, ideoque nec matrimoniū tenere, non esset permittēdum filiæ, eidemque heredi patris, vt eam pecuniā, siue depositi, siue alia actione reposceret, quam pater ius suum non ignorans reposcere tamen noluisset, quasi hoc ipso eam pecuniā Pamphilo, vel quod effectu idē est, Pāphili domino donasse videretur *arg. l. vir vsuras* 54. *inf. de donat. int. v. t. & vxor. l. Procula* 26. *l. ea quæ à patre* 7. *C. de restit. milit. & eor. qui reipub. cau. abs. l. vlt. in fi. C. de reuoc. donat.*

28. Scævola libro 1. Responsorum.

QVintus Cæcilius Candidus ad Paccium Rogatianum epistulam scripsit in verba infrà scripta: *Cæcilius Candidus Paccio Rogatiano suo salutem. Viginti quinque nummorum, quos apud me esse voluisti, notum tibi ita hac epistula facio, ad rationculam meam ea peruenisse, quibus vt primum prospiciam, ne vacui tibi sint, id est, vt vsuras eorum accipias, curæ habebo.* quæsitum est, an ex ea epistula etiam vsuræ peti possunt. respondi, debere ex bonæ fidei iudicio vsuras: siue percepit, siue pecunia in rem suam vsus est.

Ad l. Quintus 28.

Rat. dvb. Ex nudo pacto debentur vsuræ in actione depositi, sicut & in alia qualibet bonæ fidei, etiamsi depositarius neque vsuras vllas perceperit ex pecunia deposita, neque illam in suos vsus conuerterit, neque in restituēda ea moram fecerit, *l. Lucius* 24. *in fin.* vbi diximus, *& l. Publia* 26. §. 1. *supr. l. cùm quidam* 17. §. *ex locato. inf. de vsur.* Atqui in proposita specie videtur depositarius qui epistolam scripsit vsuras promisisse illis verbis, *Quibus vt primum prospiciam, ne vacui sint tibi, id est, vt vsuras eorum accipias curæ habebo.* Ergo cùm actio depositi sit bonæ fidei, dicendum videtur vsuras depositarium debere, saltem eas quæ in regione frequentantur, vt in *l. idémque* 10. §. *si procurator. infr. tit. proxim.* licet neque vllas perceperit, neque pecunia in rem suam vsus sit, nec denique moram in ea restituenda fecerit.

Dec. Aliud est vsuras certas promittere, aliud verò cauere se prospecturum & curaturum ne pecunia sit vacua. Priore casu debentur vsuræ, & quia promissæ, & quia certæ. Posteriore verò deberi nō possunt, quia nec promissę sunt nec certę, *l. tutor* 41. §. *vlt. infr. de vsur.* Ergo bene ac subtiliter Scævola ad propositam quæstionem sic respondet, non vt dicat eas deberi vel non deberi, sed vt generaliter ex bonæ fidei iudicio vsuras deberi, siue eas debitor perceperit, siue pecunia in rem suam vsus sit, vt inferamus, in proposita igitur specie nullas deberi, quia neuter casus euenerit. Non quasi extra hos casus vsuræ minimè debeantur si promissæ sint, etiam nudo pacto, dummodo in cōtinenti appositō, vt Actur. hic notat, sed quoniam quæstio proposita, magis facti esset, quàm iuris, an scilicet vsuræ promissæ essent. Ad quæstionem verò facti non solet Scęuola respondere, *l. à testatore* 109. *de cond. & dem. l. Seiæ* 20. §. *vlt. de instruct. & instrum. leg.* Neque tamē ille etiam casus omittendus est, quod depositarius in reddenda pecunia deposita moram contraxerit, qui non minus est indubitatus, quā ille quo vsuræ promissæ sunt, vt diximus ad *l. die* 25. §. 1. *supr.* Sed de hoc casu nihil dixit Scævola, quia nec de eo fuerat interrogatus, neque mora vlla facta proponebatur, illud ex hac lege notandum est, ex hac quoque epistola probari depositum non induci, vt & in *l. Publia* 26. §. *vltim.* vbi diximus *supr.* Iunge *l. 3. & 4. Cod. hoc titul.*

BIU Cujas

29. PAVLVS libro 2. Sententiarum.

SI sacculum vel argentum signatum depositum fuit, me inuito contrectauerit, & depositi, & furti actio mihi in eum competit.

Ad l. Si sacculum 29.

RAT. DVB. Depositi & furti actiones non videntur posse simul subsistere, non magis quàm furti & mandati in specie, *l. 1. C. de furt. & seruo corrup.* vbi additur non pati æquitatem, vt quis & causam criminis persequatur, & bonæ fidei contractum impleri postulet. Ergo neque in hac specie permittendum est, vt dominus contra depositarium in hac specie, & depositi agat, & furti, cùm vna actio crimen, alia rem persequatur.

DEC. Aliam causam habet actio depositi, aliam actio furti. Actio enim depositi nascitur ex contractu, eóque non implendo, sed iam impleto. In quo differt hæc species ab illa, de qua in *d. l. 1.* vbi de cõtractu mandati implẽdo tractabatur. At furti actio nascitur ex delicto, quod admittit depositarius, cũ inuito domino pecuniam contrectat, quæ deposita fuerat in sacculo, nõ ad alios fines obsignato, quam vt depositarius intelligeret, vti se ea pecunia non posse citra furtum, si sacculum signatum resignaret inscio domino, sibique non tantundem reddẽdum esse ei qui deposuit, sed eadem ipsa nummorum corpora quæ deposita fuerunt ex natura depositi, *l. 2. in princip. supr. de rebus cred. & l. Lucius 24. hoc tit.* Nihil igitur vetat, eum qui sacculum vel argentum signatum deposuerit, & depositi, & furti agere in depositarium qui inuito domino rem depositam cõtrectauerit, inuitum autem dominum hoc casu accipimus non eum qui contradixerit, sed eum quoque qui non consenserit, vt & in *l. filiusfamilias 8. §. inuitus. supr. de procurat. l. inuitum 5. vrban prædior.* nisi probabilem causam habuerit æstimandi dominum permissurum si sciret. *§. placuit 7. Instit. de ob. qui ex del. nasc.* Iunge *l. die sponsaliorum 25. §. 1. supr.* Iũge *l. 3. C. h. t.*

1 ¶ Si ex permissu meo deposita pecunia is, penes quem deposita est, vtatur: vt in ceteris bonæ fidei iudiciis, vsuras eius nomine præstare mihi cogitur.

Ad §. si ex permissu.

RAT. DVB. Non potest imputari depositario cur pecunia apud se deposita vsus sit, cùm ex permissu domini vsus est. Nec enim volenti, aut iniuriam, aut furtum fecisse videri potest, *l. in diem 9. §. 1. infr. de aqu. & aq. plu. arc.* Ergo nulla causa est cur vsuras eius pecuniæ præstare debeat, quas non promisit, cùm satis abundéque domino esse debeat quod depositarius fidem & diligentiam in re custodienda præstiterit, vt scriptum est in *l. Lucius. ad fin. supr. hoc tit.* Nec rursus potest videri depositarius moram re ipsa contraxisse in restituendo deposito ob id solùm quod ea pecunia vsus sit, cùm ex domini voluntate id fecerit. Vsuræ autem non propter lucrum petentium, sed propter moram non soluentium infligi solent, *l. cùm quidam 17. §. si pupillo. infr. de vsur.*

DEC. Bona fides non patitur, vt depositarius deposita pecunia vtatur, etiamsi ex permissu domini id faciat, cùm ex deposito nullum lucrum consequi debeat, sicut nec mandatarius ex mandato, *l. idémque 10. §. si procurator. l. ex mandato 20. infr. tit. proxim.* Satisque ei esse debet quod interueniens domini voluntas immunem eum faciat, & liberum à furti crimine vel suspicione, vt ait *l. 3. C. hoc tit.* item quod non idem, sed tantundem duntaxat reddere hoc casu cogatur, vt in *d. l. Lucius. & l. die 25. §. 1. supr.* Hoc verò non satis bene videtur Accurs. percepisse, qui putat in specie huius §. vsuras deberi, vel ex pacto in continenti appositio, vel ex mora, cùm tamen Paulus neutrum interuenisse ponat, sed depositarium obliget, ad præstationem vsuratum ob id solùm quod pecunia deposita vsus sit, licet domino volente, nullóque pacto, vel mora interuenente. Illud sanè admittendum est, quod idem Accurs. notat intelligi hunc §. debere, de eo casu quo contractus depositi non sit translatus in contractum mutui, quomodo translatus posset dici, si ex postfacto dominus depositario permisisset vsum pecuniæ depositæ, non etiam si ab initio, secundũ ea quę diximus ad *d. l. die sponsaliorum. ex l. certi condictio 9. §. vlt. & l. seq. supr. de reb. credi.* Planè si ex deposito mutuum factũ esset, dubitari non oporteret quin vsurę deberi nõ possent citra stipulationem, vt idem Accurs. notat ex *l. 3. C. de vsur. l. Titius 24. de præscr. verb.*

30. NERATIVS libro 1. Responsorum.

SI fideiussor pro te, apud quem depositum est, litis æstimatione damnatus sit: rem tuam fieri.

Ad l. Si fideiussor 30.

RAT. DVB. Non transfertur dominium nisi per traditionẽ à domino factam ex iusto titulo præcedente, & qui sit habilis ad transferendum dominium, *l. traditio 20. l. nunquam nuda 31. inf. de acquir. rer. dom.* At qui depositum licet re fiat & traditione, dominij tamen translationem inducere non potest, *l. licet. §. supr. hoc tit.* Rursus, quamuis litis æstimatio sit emptioni similis, *l. 1. §. vlt. & l. 2. infr. pro emptor.* tamen dominium transferre non potest sine traditione non magis quàm emptio, *l. quoties 15. Cod. de rei vind.* Tradi autem depositario res non potest quæ iam penes eum sit corporaliter. Ergo quamuis fideiussor depositarij ad præstandam litis æstimationem damnandus sit, non ideo tamẽ res eius fieri potest, cùm neque rem depositam penes se habeat, neque ei traditio vlla facta sit, tametsi litis æstimationem soluerit. Multò minùs verò fieri potest depositarij, qui licet rem apud se depositam habeat, attamen neque ex noua traditione eam habet, sed ex præcedente quæ fuit inhabilis ad transferendum dominium, neque vllam litis æstimationem præstitit, quę pro solutione pretij esse possit.

DEC. Litis æstimatio pro emptione est, vt iam sæpe diximus, *ex dict. l. 1. §. vlt. & l. 2. infr. pro empt.* Titulus autem siue emptionis, siue præstitæ litis æstimationis, habilis est ad transferendum dominium secuta traditione, *d. l. nunquam nuda. l. clauibus 74. inf. de contrah. empt. l. ex empto. 11. §. 1. de act. emp.* At qui traditio hic satis secuta esse intelligitur ex eo quod res deposita penes depositarium est ex domini voluntate. Estque hic vnus casus ex illis, in quibus dicimus

BIU Cujas

mus etiam sine traditione nudam voluntate domini sufficere ad rem transferendam, *l.qua ratione 9.§. interdum.infr.de acquir.rer.dom.§.interdum.Instit.de rer. diuis.* Ergo nihil impedit quo minùs hoc casu res deposita fiat depositarij, alioquin eueniret, vt is qui rem deposuit, & pretium rei depositæ haberet, & rem ipsam depositam, quam tamen accipiendo pretium vendidisse videretur, quod vtique esset contra bonam fidem, *d.l.ex empto 11.§.qui autem.& l.bona fides 50 .infr. de act empt.* Nec ad rem pertinet quod non depositarius ipse, sed fideiussor eius æstimationem litis soluerit. Soluit enim pro depositario, quẽ & habet eo nomine mandati, vel negotiorum gestorum actione obligatam, *l.ex mandato 20.§.1.infr. tit.prox.* Itaque perinde esse debet ac si depositarius ipse soluisset, cùm abesse vnicuique videatur etiam id in quo est obligatus, *l.si quid mandatu 28.in fi.supr. de neg.gest.* Nec interest, an pretium rei venditæ solutum sit ab emptore, vel ab alio ipsius emptoris nomine. Sufficit enim ex lege duodecim tabularum, vt pretium ab emptore solutum sit, vel aliter eo nomine satisfactum, *l.vt res 53.infr.de contrah.empt.l.5.§. penult.supr.de tribut.act.* Illud nullo modo ferre possum, quod vult Accurs. in specie huius §. necessariam esse rei depositæ præsentiam, vt ea acquiri depositario possit ex *l.eius rei 46.cum seq.supr. de rei vind.* Nam neque Caius, neque Iustinianus in *dict.§.interdum*, rei præsentiam nullo modo exigunt, neque iuris ratio hoc facit, cùm præsentia rei non requiratur, nisi ad hoc, vt res saltem fictè tradita videri possit, quę non nisi præsens verè tradi posset. Fictiones enim iuris tales esse debent, vt ius & naturam possint recipere, *l.confessionibus 13.& l.seq.5.vlt.supr.de interrog.in iur.fac.* Hîc autem traditio nulla necessaria est, cùm ponamus rem, quæ deposita est, traditam iam antea depositario fuisse, nempe cùm depositum contraheretur. Sufficit ergo superuenisse titulum, vt mutari possit causa possessionis, vt in *l.non solùm 33.infr.de vsucap.* vt ea ipsa traditio quæ ex causa depositi dominium transferre non potuerat, nũc transferat ex sola domini voluntate, propter solutam litis æstimationem, quæ iustum, & nouum possidendi & acquirẽdi dominij titulum præbet. Longéque alia species est, de qua in *d.l.eius rei.& seq.de rei vindic.* vbi agitur de possessore bonæ fidei litis æstimationem soluẽte, pro ea re quam possidebat quidem. Sed nunquam à domino traditam, & quam proinde tum primum pro tradita haberi necesse est, & consequenter præsentem esse, vt pro tradita habeatur. In specie autem huius §. res deposita pro tradita habetur, vt in *l.si rem 62.infr.de euiction.iuncto d.§.interdum.*

31. TRYPHONINVS libro 9. Disputationum.

BOna fides, quæ in contractibus exigitur, æquitatem summam desiderat. sed eam vtrùm æstimamus ad merum ius gentium, an verò cum præceptis ciuilibus, & prætoriis? veluti reus capitalis iudicij deposuit apud te centum. is deportatus est. bona eius publicata sunt. vtrúmne ipsi hęc reddenda, an in publicum deferenda sint: si tantùm naturale, & gentium ius intueamur: ei, qui dedit, restituenda sunt. si ciuile ius, & legum ordinem: magis in publicum deferenda sunt. nam malè meritus publicè, vt exemplo aliis ad deterrenda maleficia sit, etiam egestate laborare debet.

Ad l. Bona fides 31.

RAT. DVB. Depositum est ex contractibus qui iure gentium introducti sunt, *l.ex hoc iure 5.de iust.& iur.* Ius autem gentium est, quod naturalis ratio inter omnes homines constituit, *l.omnes populi 9.eodem tit.* Ergo æquitas quæ in hoc contractu desideratur, ad merum ius naturale, & gentium referenda est: non autem ad æquitatem ciuilem. Nam nec ratio naturalis per ciuilem tolli potest, *l.eas obligationes 8. supr.de cap.minut.§.vlt.Inst.de leg.agnat.tutel.*

DEC. Prima ac præcipua lex duodecim tabularum illa fuit, *Salus populi suprema lex esto*, quæ ostendit ciuilem legislatorem referre omnia ad salutem populi, publicámque vtilitatem, quasi nullam constituens differentiam inter publicam vtilitatem & æquitatem: vnde fit, vt plerisque iuris nostri locis vtile dicatur, quod æquum est, & inutile, quamuis minus frequenter, quod iniquum, vt in *l.1.§.hæc autem 4.supr.hoc tit.* Est enim duplex æquitas, naturalis vna, ciuilis altera, quas nec nouum est inuicem pugnare, vt in specie huius legis. Nam si reus iudicij capitalis deposuerit apud te centum, & is deportatus sit, bonáque eius publicata fuerint: ratio naturalis, & iuris gentium suadet, vt ei ipsi qui dedit, restituenda sint. Ille enim est qui deposuit, & proinde cui restituendi depositi obligatio quęsita est. At ratio & æquitas ciuilis dictat potiùs, vt in publicum deferantur, Reipublicæ namque interest, vt qui de ea malè meritus est inter cæteras pœnas etiam egestate laborare debeat, vt exemplo sit cæteris ad maleficia deterrenda, *l.ita vulneratus. vers.quod si quis absurdè.supr.ad leg.Aquil.l.Diuus 6.in fin.infr. de custod.& exhib.reor.l.1.C.ad l.Iul.repetund.* Ergo dicendum est in proposita specie deposita centum in publicum deferenda esse, non ei, qui deposuit, restituenda, quamuis deportatus liber maneat, & capax eorum omnium quæ sunt iuris gentium, *l.deportatus 15.infr. de interd.& releg.* Neque mirum videri debet æquitatem ciuilem pugnare cum naturali, cùm nec semper naturalis cum naturali alia consentiat, quo casu maior æquitas vincit minorem, vt in *l.si seruus communis 61.§.quod verò.infr.de furt.* Bene autem Triphoninus in hac lege monet bonam fidem, quæ in contractibus exigitur æquitatem summam desiderare, vt intelligamus, cùm loquimur de contractibus bonæ fidei, eam nos intelligere bonã fidem quæ nihil ferè nisi æquitatem significet oppositam stricto iuri, non autem eam quæ opponatur dolo, & malæ fidei: nullus enim contractus est quantumlibet stricti iuris, in quo ea bona fides non desidere-

BIU Cujas

tur, *l. bonam fidem* 4. C. *de ob. & act.* Valdè autem errat Accursius, qui putat primam hanc quæstionem à Triphonino propositam ab eo decisam non fuisse, cùm tamen apertè decisa sit ab illis verbis, *Si ciuile ius vsque ad §. proxim.* nempe spolia, de quibus quæritur in publicum deferenda esse, non etiam condenato restituenda, & rectè: semper enim ius ciuile prævalet iuri gentium tanquam potentius, cùm sit inductum aduersus violatores iuris gentium, sicut & ius gentium aduersus violatores iuris naturalis, vt docuimus in nostra iurisprudentiæ Papinianeæ scientia ad *tit. de iur. nat. gent. & ciuil.*

1 ¶ Incurrit hic & alia inspectio: bonam fidem inter eos tantùm, inter quos contractum est, nullo extrinsecùs absumpto, æstimare debeamus: an respectu etiam aliarum personarum, ad quas id, quod geritur, pertinet: exempli loco, latro spolia, quæ mihi abstulit, deposuit apud Seium inscium de malitia deponentis: vtrùm latroni, an mihi restituere Seius debeat? si per se, dantem, accipientémque intueamur: hæc est bona fides, vt commissam rem recipiat is, qui dedit, si totius rei æquitatem, quæ ex omnibus personis, quæ negotio isto continguntur, impletur: mihi reddenda sunt: quæ facto sceleſtissimo adempta sunt. & probo, hanc esse iustitiam, quæ suum cuique ita tribuit, vt non distrahatur ab vllius personæ iustiore repetitione. [a] quòd si ego ad petenda ea non veniam, nihilo minùs ei restituenda sunt, qui deposuit, quamuis malè quæsita deposuit. quod & Marcellus in prædone, & fure scribit. [b] Si tamen ignorans latro, cuius filio, vel seruo rem abstuliſſet apud patrem, dominúmve eius deposuit ignorantem, nec ex iure gentium consistet depositum. cuius hæc est potestas, vt alij, non domino sua ipsius res quasi aliena seruanda detur. [c] Et si rem meam fur, quam me ignorante subripuit, apud me etiam nunc delictum eius ignorantem deposuerit: rectè dicetur non contrahi depositum: quia non est ex fide bona rem suam dominum prædoni restituere compelli. [d] sed & si etiamnum ab ignorante domino tradita sit, quasi ex causa depositi: tamen indebiti dati condictio competit.

Ad §. Incurrit hic. 1.

RAT. DVB. In contractibus & conuentionibus nunquam subintelligitur persona extranea. Estque multò facilius, vt suppleatur tempus vel conditio quàm persona, *l. si ita stipulatus* 126. §. *Chrysogonus in fin. infr. de verb. obligat.* Ergo bona fides & æquitas quæ in contractu depositi consideratur, æstimari debet inter eos tantum inter quos contractum est, nullo extrinsecus absumpto, non etiam respectu aliarum personarum, etiam ad quas id quod geritur, pertinet, ideóque in specie illa quam Triphoninus exempli loco adducit, si *latro spolia quæ mihi abstulerat, deposuerat apud Seium insciũ de malicia deponentis*, dicendum est, Seium latroni non mihi restituere ea debere, quid enim magis bonæ fidei conueniens est, quàm vt rem alterius fidei & custodiæ commissam recipiat ille ipse qui dedit? *l. quod seruus* 11. *supr. hoc tit. & l. Quintus* 48. *infr. tit. prox.*

DEC. Ea verè iustitia est, quæ suum cuique ita tribuit, vt non distrahatur ab vllius personæ iustiore repetitione, id est, vt nemo alius sit qui eam repetere iustius possit, §. *vltim. Instit. de his qui sui vel al. iur. sunt l.* 2. *supr. eod. illo tit.* Atqui multò æquius est & iustius, vt res mea mihi restituatur cui latronis facto sceleratissimo adempta est, quàm vt restituatur latroni, qui, etiam si haberet, restituere eam mihi deberet. Ergo si totius rei æquitatem spectemus, quæ non nisi ex omnibus personis quas negotium gestum contingit, impleri potest, magis probandum est, vt mihi quàm vt latroni spolia restituantur. Neque ad hunc casum pertinet ius nouum quod Iustinianus induxit, *Nouell.* 88. *de deposito cap.* 1. *vnde sumpta est authent. sed iam cautum est Cod. hoc tit.* Vbi prohibitum est ne cui liceat interdicere rei depositæ restitutionem. Aliud enim est interdicere, aliud verò rem depositam proprio nomine petere, quod & Accursius hic notat. Nec suppletur hoc casu persona extranea, sed domino succurritur, qui vtique rei suæ dominium amittere non potuit ob id solùm quod à latrone fuerit spoliatus, & cuius intactum ius seruari æquissimum est. Neque rursus simile est quod obiicit Accurs. ex *l.* 1. §. *penult. supr. naut. caup. tab.* vbi de eo agitur, qui alienas res intulit non tanquam latro, sed tanquam eas domino restituturus, & quas proinde saluas esse non tantum domini, sed ipsius quoque intererat, vt lex ait.

a *Quod si ego.* RAT. DVBIT. Nemo ex sua improbitate actionem acquirere sibi potest, *l. itaque Fullo* 12. §. 1. *infr. de furt. l. nec quasi* 70. *supr. de rei vind.* Ergo quamuis ego ad petenda spolia non veniam quæ mihi latro abstulit, non eo magis tamen restituenda sunt latroni, quamuis ea deposuerit, cùm malè quæsita deposuerit.

DEC. Bona fides non patitur, vt depositarius sibi retineat id quod in depositum accepit etiam à latrone, cùm suscipiendo depositum, non tantum rem custodiendam, sed etiam restituendam susceperit, *leg.* 1. *supr.* Agitur enim de fide rupta & de vindicanda perfidia, quoties directa depositi actione agitur, *l. ei apud quem* 5. *supr. hoc tit.* Neque ha-

BIU Cujas

que habet latro hanc actionem ex sua improbitate, sed ex suo contractu si causam proximam inspicias, quæ inspici semper debet; non ea quæ remotior est, & quæ occasionis nomen potiùs meretur quàm causæ: cùm enim latroni depositum, quod ipse dedit reposcenti depositarius obiicit eam rem ad alium pertinere; exceptio illa est de iure tertij, nec tamen exclusiua iuris agentis; cùm actio depositi non ex dominio nascatur vt vindicatio, sed ex contractu, sicut & aliæ omnes personales actiones, *l. si hominem 7. §. 1. supr.* & quamuis exclusiua esset iuris agentis, vt loquuntur, non aliter tamen exclusiua esset, quàm si tertius vellet, quod genus exceptionis nunquam admittitur, nisi tertio demum volente, *l. 1.* vbi Bartolus notat *infr. de except. rei iud.* & ex hoc quoque loco probatur optimè. Quod ergo in latrone diximus, multò magis obtinebit in prædone & in fure, vt scilicet si rem alienam quamuis mala fide deposuerint, ipsis tamen actio depositi competat ex proprio contractu ad rem restituendam, ita vt non possit iis referri quæstio dominij, quia non dominium vindicant, sed ex contractu agunt, *l. 1. §. si prædo 39. supr. hoc tit.* Vbi ratio redditur, quod eorum interfit, quia eo nomine teneantur, idem est in re commodata; *l. ita vt 16. supr. commod. l. non ab iudice 64. de iudic.*

b *Si tamen ignorans.* RAT. DVBIT. Scientia vel ignorantia eius qui depositum suscipit, non facit eum depositarium, sed traditio sola rei depositæ; quam custodiendam suscipit & restituendam, data etiam in id fide, quam si non seruus meritò perfidus dici possit, *l. 1. §. 2. & l. ei apud quem 5. supr.* Ergo si latro quamuis ignorans cuius filio vel seruo rem abstulisset apud patrem dominumve eius deposuerit etiam ignorantem: dicendum est patrem dominúmve qui depositum suscepit, ad eius restitutionem teneri.

DEC. Depositum rei propriæ non consistit, sicut neque pignus, neque venditio, neque locatio, neque commodatum, neque precarium, *l. neque pignus 45. de regul. iuris.* Est enim hæc potestas & natura depositi, vt alij non domino sua ipsius res quasi aliena seruanda detur, vt Triphoninus hic scribit. Ergo si latro ignorans cuius filio vel seruo spolia abstulerit, ea penes patrem dominumve deposuerit, depositum nec ex ciuili, nec ex gentium iure potest consistere, sicut nec ignorans aut errans dominium rei suæ amittit, *l. qui rem suam 15.* vbi diximus *supr. hoc titul. l. si procurator 35. infr. de acquir. rer. domin.*

c *Et si rem meam.* RAT. DVBIT. Eadem est, quæ ad versiculum præcedentem: videbatur enim restituendum depositum etiam furi qui deposuit, quamuis malè quæsitum deposuerit, *vers. quod si ego supr. hac leg.*

Sed DEC. Ratio est, quam attulimus, quod depositum rei propriæ consistere non possit, præsertim si dominus ignorans rei suæ depositum susceperit, quia vt Triphoninus hic scribit, non est fide bona rem suam dominum prædoni restituere compelli. In contractu autem depositi quia bonæ fidei est, maximè bona fides & æquitas spectari debet, vt initio huius legis vidimus.

d *Sed & si etiam nunc.* RAT. DVBIT. Conditio indebiti, de qua hic agitur, dari non potest nisi ratione, vel dominij, vel possessionis. Atqui ratione dominij dari in proposito non potest; cùm nemo rem suam condicat condictione indebiti, sed tantùm condictione furtiua, quæ tota specie differt à condictione indebiti, *l. vltim. supr. vsufruct. quemadmod. cau. iuncta l. 1. supr. de condict. furt.* Neque rursum ratione possessionis, cùm non potuerit dominus amittere rei suæ possessionem, quam non habuit, nemo enim dubitat quin fur verè, licet iniustè possideat, cùm rem teneat animo domini: nec rursus quin per depositum etiam quod de iure tenuit, nō transferatur possessio in depositarium *l. licet 17. §. 1. supr. iuncta l. ei à quo 21. supr. de vsucap.* Ergo dicendum est si dominus depositum rei suæ quod ignorans acceperat, restituerit, indebiti condictionem ei competere nullo modo posse.

DEC. Etiam ratione possessionis indebiti condictio interdum datur, *l. indebiti 15. §. etsi nummi*, vbi diximus *sup. de cond. indeb.* Atqui dominus qui depositum rei suæ quod ignorans susceperat, ignorans quoque restituit, transtulit in furem, possessionem illam saltem Asininam & corporalem, quam ex causa depositi nactus fuerat: depositarius enim etsi non verè possidet: quia sibi non habet, est tamen in possessione, ideóque dicitur interdum possidere naturaliter, *l. communi 7. § neque colonis supr. commu. diuid. l. videamus 38. §. si possessionem infr. de vsur. l. certè 6. §. is qui rogauit. deprecar. l. officium 9. supr. de rei vind.* Ergo eam saltem possessionem, quam restituere non tenebatur, condicere poterit, & quidem condictione indebiti, quasi indebitè restituta. Non enim potuisset cogi restituere, si non vltro restituisset, intererat autem ipsius habere ius retentionis, *l. 1. infr. de pignor. l. sufficit 33. supr. de cond. ind.* quod porrò habere non potest, nisi recuperata possessione, vt in *l. hæres 21. infr. ad S. C. Trebell.* Quanquam si velit dominus etiam condictione furtiua agere non prohibetur, dummodo scilicet probet se dominum. *dict. l. 1. de cond furt.* Quomodo & in proposita huius §. specie probare debet, vt apparere possit non constare depositum, vt scriptum est in versiculo præcedenti.

32. CELSVS libro 11. Digestorum.

QVod Nerua diceret, latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat: mihi verissimum videtur. nam & si quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in depositi præstat, fraude non caret. nec enim salua fide minorem iis, quàm suis rebus, diligentiam præstabit.

Ad l. Quod Nerua. 32.

RAT. DVB. Finis latæ culpæ est non intelligere quod omnes sciunt *l. latæ culpæ 225. de verb sig.* Atqui nihil est quod tam distet à dolo quàm crassa illa & supina ignorantia, quæ nec doli capax esse videtur. Siue rusticitatem, siue simplicitatem miniam velis illam dicere, dummodo ne sit affectata ignorantia, *l. si quis id quod 7. §. penult. supr. de iurisd.* Ergo verum esse non potest, quod Nerua dicebat latiorem culpam dolum esse, nec est quod cum Bartolo, & cæteris interpretibus distinguas culpam latiorem & latissimam, quasi la-

BIU Cujas

tissima culpa sit dolus verus; culpa latior dolus præsumptus, & culpa lata dolo proxima, & quę dolo sit æquiparanda: latiorem enim culpam hic proculdubio Nerua intelligebat non in comparationem latæ aut latissimæ, sed leuis tantùm, quæ sicut minor est quam culpa lata, ita latior est quam culpa leuis, alioqui triplicem quoque culpam infra latam distinguere oporteret, leuem, leuiorem, & leuissimam, quod tamen nec interpretes nostri ausint dicere qui inter culpam leuem, & leuissimam, nullam mediam agnoscunt, quæ leuior dici possit, quo nomine nec vmquam prudentes nostri vsi sunt non magis quàm nomine culpæ leuissimæ, quæ sanè nec vlla verè esse potest. Nam si lata culpa prope dolus est, & dolo proxima, vt iuris authores passim loquuntur: Quid, obsecro, medium esse potest inter latam culpam & dolum? Debuerunt ergo potiùs interpretes distinguere latam culpam, quæ ex nimis crassa & supina illa ignorantia nascitur ab illa quæ ex nimia negligentia, de qua in *l. nimia negligentia 226. de verborum significat.* vbi dicitur magnam negligentiam culpam esse, magnam verò culpam dolum esse, vt intelligamus magnam culpam, quæ negligentiam maximam pro causa habet, dolo proximam esse; eodémque ferè in omnibus iure censeri, quo si verus dolus esset, quo sensu accipi etiam debet quod Nerua dicebat, latiorem culpam dolum esse, non quasi si vero, aut dolus verus, aut præsumptus, sed effectu magis inspecto quàm mera rei veritate, & hæc decidendi ratio sit. Cætera enim quæ ad triplicis culpæ speciem pertinent, nos pluribus explicauimus in errorem primum & secundum *Decadis 76. de Errorib. Pragmatic.* vbi & legem hanc diligenter interpretati sumus, & emendauimus. Dicemus hic ea tantùm quæ ad contextum legis breuius enarrandum pertinent, ac primum in versiculo illo qui statim sequitur, *Nam & si quis non ad eum modum*, tollendam esse negationem, quam Aloander iam antè nos fœliciter sustulit. Sensus enim loci huius procul dubio ille est, si depositarius ad eum quidem modum, quem natura hominum desiderat diligens sit in re deposita custodienda, id est, eam diligentiam præstet, quam alius quilibet non diligentissimus paterfamilias, sed mediocriter diligens præstarit (natura siquidem in omnibus ferè mediocritate contenta est:) maiorem autem diligentiam in suis rebus adhibere soleat fraude illum non carere. Nec enim salua fide posse quem minorem alienis rebus quàm suis diligentiam præstare, quod non intellexit Franciscus Ottomanus, qui *libro 3. obseruationum, capit. 1.* retenta negatione, quam nos tollimus, nouam addit in illis verbis, *fraude caret.* Atque ita facit pugnantem cum dicto rationem, quæ statim sequitur in illis verbis, *Nec enim salua fide.* Mirum verò non est, Accursium, cæterósque interpretes corrupta huius textus lectione deceptos Iurisconsulti sententiam assequi non potuisse. Sic enim Accursius intelligit, vt si fortè depositarius non sit ita diligens in re deposita custodienda, vt cæteri homines communiter esse solent, fraude non careat, nisi ad suum modum, quem scilicet tenet in rebus suis curam in deposito præstet, quod certè à Celsi sententia alienum est. Nam si loquaris de illo depositario, qui maiorem in suis quam in depositis rebus diligentiam præstet, non est adhibenda distinctio, an in deposito negligentior sit quàm cæteri hominum, an diligentior. Nam etiamsi esset omnium diligentissimus, adhuc tamen fraude non careret, neque dolo, si exactionem in rebus suis diligentiam adhiberet. E contrario autem, si tantam præstet diligentiam in deposito, quantam in rebus suis, culpa & fraude caret, quamuis non tantam in rebus suis præstet, quantam natura hominum desideret, quia sibi imputare debet qui minùs diligenti amico rem suam custodiendam tradit, *l. 1. §. is quoque. infr. de obligat. & action. §. præterea. Inst. quibus modis re contrah. oblig. & action.* Quid contra putet Accursius motus euidenter falsa ratione, quod hic depositarius in culpa lata esse videatur, cùm tamen non sit culpa lata, sed leuis, si quis minorem diligentiam præstet, quam quæ à diligenti patrefamilias præstari solet, tantum abest, vt videri possit non carere fraude, fraudem namque cùm dicimus, dolum malum semper intelligimus, neque aliam inter fraudem & dolum differentiam agnoscimus, nisi quod dolus quidam bonus est, bona verò fraus nulla, *l. 1. §. 1. supr. de dol.* neque ad hunc casum pertinet quod Accursius subiicit, & *l. si cum stante 24. §. si marius. infr. solut. matrim.* vbi non de lata culpa, neque de negligentia agitur, sed de sæuitia mariti in seruos dotales, quam lex ait in propriis maritis seruis culpandam esse, in dotalibus verò coercendam, vt taceam, quod nec interpretes ignorarunt æquitatem facere, vt mitius agendum sit cum depositario, qui nullum ex re deposita commodum sperare potest, quique nihil nisi beneficium in accipienda pecunia dedit, *l. Lucius 24. ad finem. supr.* quàm cum marito qui rebus dotalibus fruitur ad suum commodum tanquam suis. Sanè extra causam depositi quoque verum est fraude non carere eum, qui in rebus alienis, minorem diligentiam, quàm in suis præstat, vt in *l. 1. Cod. de locat. l. si vt certo 5. §. quod verò senectute. supr. commod. l. tutor 13. §. 1. infr. de admin. tut.* Et hæc pro huius interpretatione sufficiant.

33. LABEO libro sexto Posteriorum à Iauoleno Epitomatorum.

SEruus tuus pecuniam cum Attio in sequestre posuit apud Mæuium ea condicione, vt ea tibi redderetur, si tuam esse probasses: si minus, vt Attio redderetur. posse dixi cum eo, apud quem posita esset incerti agere, id est ad exhibendum: & vindicare. quia seruus, in deponendo, tuum ius deterius facere non potuisset.

Ad l.

BIU Cujas

Ad l. Seruus 33.

RAT. DVB. Potest etiam seruus rem domini ignorantis deponere, eique similiter ignoranti actionem depositi acquirere, *l. 1. §. non solum 26. & tribus sequentib. supr. hoc tit.* Ergo & in sequestre deponere: sequestre enim depositum est *l. propriè 6. l. si in Asia 12. §. cum sequestrum. & l. licet 17. in princip. supr.* Sequestre autem non aliter fieri solet inter plures contendentes quàm sub ea conditione, vt res deposita ei reddatur, qui suam eam esse probauerit, *d. l. licet. & l. ei apud quem 5. §. vlt. supr.* Proinde non potest recusare dominus, quominus ex conuentione à seruo sequestrante facta teneatur.

DEC. Melior conditio nostra fieri potest per eos quos in potestate nostra habemus, sed deterior non potest, *l. melior 133. de regul. iur.* Idémque in cæteris personis iuris est, *l. soluendo 39. de neg. gest.* Atqui fieret deterior conditio domini per seruum, si ex lege à seruo dicta dominus obligaretur: ita enim prohiberetur ne rem suam sequestratam vindicare statim posset, aut eius vindicandæ gratia ad exhibendum agere, quæ vindicationis præparatoria actio est, *l. 1. supr. ad exhib.* Cogeretur enim expectare, vt is qui cum seruo contendebat, vel probaret rem suã esse, vel à probandi facultate excideret, quod vtrumque iniquum esset, benè igitur Labeo respondit posse in proposita specie dominum agere cum sequestri, non quidem actione depositi, quoniam ea actio non posset competere nisi seruata lege depositionis, quam ponimus domino displicere, sed actione incerti, id est, ad exhibendum, vt deposita res exhibeatur, mox exhibita vindicari possit, quæ actio ideo dicitur incerti, quia licet res, cuius exhibitio postulatur, certa sit, agitur tamen ad rem incertam, id est, ad id quod interest rem exhiberi. Exhibere namque facere est. In omnibus autem obligationibus & actionibus quę dantur ad faciendum succedit præstatio eius quod interest, *l. si quis ab alio 13. D. de reiud. l. quoties quis alium. 81. l. stipulationes non diuiduntur 72. l. cùm stipulatus. in fin. 113. de verb. obl.* Id autem quod interest, semper incertum est, *l. 2. §. incertam. l. vltim. supr. de stipul. præt.* quia quatenus cuiusque interfit, in facto, non in iure consistit, *l. quatenus 24. de regul. iur.* Factum autem semper incertum est quousque probatum sit, *l. vbi autem 75. §. qui id quod. de verb. obl. l. 2. de iur. & fact. ignor.* Iunge *l. bona fides 27. §. 1. ad Vellei. l. qui Romæ 122. §. Callimachus. de verborum obligat.*

34. IDEM libro 2. Pithanon.

POtes agere depositi cum eo, qui tibi non aliter, quàm nummis à te acceptis, depositum reddere voluerit: quamuis sine mora & incorruptum reddiderit.

Ad l. vltim.

RAT. DVB. Actio depositi non datur contra depositarium, nisi sit in dolo, & rem depositam, aut reddere recusauerit, aut corruptam & deteriorem reddiderit, *l. 1. §. si res deposita 16. §. est autem 22. & §. vlt. supr.* Atqui nullus videri potest dolus depositarij qui sine mora depositam rem incorruptam restituit. Ergo cum eo agi non potest.

DEC. Generaliter obseruandum est bonæ fidei iudicium nullam posse recipere præstationem quæ contra bonos mores & turpiter desideretur, *l. generaliter 5. infr. de vsur.* Atqui turpiter facit, & malo more qui pecuniam accipit, vt depositum reddat quod ex bona fide, & vltro restituere deberet, *l. 2. §. 1.* vbi diximus *sup. de cond. ob turp. caus.* Ergo actione depositi meritò conuenitur, tanquam qui turpiter accipiendo pecuniam dolum admiserit, & fidem quodammodo fregerit, quam non fuerit restituturus si pecuniam ei dominus non dedisset. Iunge *l. dolus 44. infr. tit. prox.*

FINIS TOMI QVARTI.



BIU Cujas



BIU Cujas



RERVM ET VERBORVM IN TERTIAE PARTIS RATIONALIVM TOMVM PRIMVM

& secundum INDEX locupletissimus.

PRIOR NVMERVS TOMVM, SECVNDVS Paginam, postremus columnam denotat.

Absentia.

ABSENTIA alicuius supplerri potest per præsentiam prætoris vel interuentum honestarum personarum quas nemo possit credere dolum & fraudem participasse. tom.2.pag.390.col.2.

Absoluere.

Iudicia omnia sunt absolutoria, si actori pendente iudicio satisfiat. tom. 1.p.188,c.1

Absolutio.

Si pendente lite ius actoris omnino pereat sine dolo rei omnino debet sequi absolutio, tom.1.p.494.col.2. & 495.col.1 & 2

Quo sensu dicatur iudicia esse omnia absolutoria tom.1 p.509.col 2

Quisquis condemnare potest, etiam potest absoluere tom.1.p.534.col.2

Abstentio.

De effectibus abstentionis tom.1. p.459 col.1 & 2

Abstentio est etiam animi & consilij, non minus quàm immixtio tom. 1,pag.459. col.2

Potestas abstentionis tollit intellectum immixtionis tom.1,p.430,c.1

Abuti.

Nemini permittendum est vt re aliqua abutatur etiam sua, multò minus aliena tom.1,p.704.col.1

Acceptilatio.

Acceptilatio inutilis non semper habet vim pacti, quamuis interdum habeat tom.1,p 247,col.1

Acceptilatio non fit nisi per stipulationem tom.1 p.548.c.1

Differentia inter inutilem acceptilationem & inutilem stipulationem tom.1, p 548,c.2

Per acceptilationem tollitur omnis obligatio & naturalis & ciuilis p 330 c.1 & debitor liberatur ipso iure tom 2,p.331,c,1

Acceptilatio pactum.

Inutilis acceptilatio habet vim tăciti pacti de non petendo t.1,p.548 c.1

Acceptilatio condictio.

Acceptilatione ob causam non secutam facta datur locus condictioni causa dati, non liberationis sed pecuniæ, non minus quàm ex solutione tom.1,p.296,& 297

Accessio.

Quæ constant ex corporibus distantibus habent suas accessiones & decessiones, tom.2, p.227,in fin.

Accessio, Accessorium.

Accessorium sequitur suum principale, & quicquid accessionis vice cedit ad eum pertinet ad quem & quod principale est tom.2,p.375,c.1

Accessorium.

Sublato principali tollitur accessorium tom.1,p 195,col.2

Iudex qui de causa principali malè pronunciauit cogitur etiam errore cõperto de accessoriis quoque eodem errore pronunciare tom.1,p.825,c.1

Acquirere.

Per procuratorẽ aut per defensorem quid & quomodo nobis acquiratur? tom.1,p 20,col.1,& 2

An duorum dissensus in transferendo & acquirendo dominio impediat dominij translationem? t. 1,p.46,& 47

Cui sit acquisitum dominium serui quem alius seruus bona fide emptus emit ex peculio veri domini, si bonæ fidei emptori traditus sit, an vero domino serui ementis, an bonæ fidei emptori cui seruus emptus traditus fuit? tom.1,p.65,66,67

Liber homo potest alij acquirere ex re eius, vel ex suis operis licet ab eo non possideatur, modò is bona fide seruiat tom 1, p.92,c.1,& 2

Cur per liberos homines & per seruos alienos bona fide possessos acquiratur? tom.2,p 141,col.1

Æquius & longè facilius est per filium-familias aut seruum acquiri aliquid patri & domino, quàm eos obligari tom.2,p.202,col 1,in fin,

Species acquirendi est liberari ab obligatione tom 2,p.280,col.2

Per conseruationẽ acquiritur tom. 2,pa.280,col.2

Per liberam personam acquiri potest dominium cum possessione inseparabile, secus separabile t.1,p.672,c.1

Per liberam personam acquiri possessio potest tom 1,p.672,c.1

Varij casus in quibus ex stipulatione tutoris vel procuratoris actio vtilis domino acquiritur tom1,p,672,col.2

Inuitis dominis serui ex omnibus causis acquirunt excepta causa successionis hereditariæ, non item filij familias tom.1, p.687,col.2

Potest quis ex persona alterius aliquando consequi, quod ex sua non potest tom.1,p.693,col.1

Acquirere peculium.

Ex quibus causis per seruos fructuarios vel vsuarios nihil acquiritur domino nec fructuario nec vsuario, neque contra fructuarium vel vsuarium actio de peculio danda est, secus si acquiritur tom.2,p 141,col.1,& 2

Acquirere dominus.

An & quid acquiratur ei qui vsumfructum, vel vsum nudum habet in seruo per seruum illum fructuarium vel vsuarium to.2,p.141,col.1,in fi.& 1

Acquisitio.

Pater filio naturaliter obligatus debitum ante emancipationem solutum sibi acquirit tom.1,pag.400, col.2

Seruus institutus aditionis tempore manumissus sibi non domino acquirit hereditatem tom.1,p.437,col.2

Quo tempore acquiratur hereditas quo tempore legatum? tom.1,pag. 437,col.2

Non fit locupletior is qui libertum acquisiuit tom.1,pag.439, col.2

Plures species in quibus dominium sine possessione & transfertur & acquiritur tom.1,pag 489,col.2

De acquisitione nouæ speciei ex aliena materia factæ tom.1,pag.493,c.1

Differentia inter bonæ & malæ fidei possessorem in acquisitione fructuum tom.1,pag.420,col 1

Dominia rerum nisi certis & legitimis modis neque acquiruntur neque amittuntur, etiamsi voluntas transferendi dominij vtrimque concurrat tom.1,pag 623,col.2

Non debet vlla res cuiquam esse quæstui priusquam eius periculo sit tom.1,pag.626,col.1.

Eius periculi gratia permittendum alicui est quæstum facere ex re aliena quod ipse vltro & ex bona fide, vel ex natura contractus susceperit, non etiamsi ob id quod in aliena re dolo malo versatus sit, cum nemo ex dolo suo lucrari debeat to.1, pag. 626,c.1,& 2

Fauorabiliores sunt acquisitiones quam obligationes tom.2.pag.67,col.1

Neque deductio neq; retentio, neque compensatio fieri potest quum acquiratur id quod deducitur vel retinetur, vel compensatur t.1, p.400,c.2

Acquisitionis omninò est incapax filiusfamilias nisi cum pater non vult per eum sibi acquiri tom. 1.p.400,c.2,

Cur alteri per alterum actio, neque obligatio quæratur? tom.1,pag 561,co.1

Quicquid acquiritur patri per filium ita acquiritur vt ne momento quidem temporis acquisitio in persona filiifamilias consistat tom. 1, pag. 397,col.1

BIU Cujas

Quicquid acquirit seruus cum sibi acquirere non possit necesse esse vt acquirat domini vel homini libero in quo bona fide possideatur. & cui bona fide seruiat tom.1,pag.420,col.1

Per seruum prædoni nihil acquiri potest quamuis bona fide seruientem tom.1,pag.420,col.1

Per liberam personam nihil alij quæri potest, nisi à libero bona fide seruiente tom.1,pag.442,col.2

Ex quibus causis condictio acquireretur seruo si esset sui iuris necesse est vt per eum acquiratur ipsius domino tom.1,pag.417,col.1

Res publicæ sunt vniuersitatis quod ad proprietatem & possessionem, singulorum autem ex vniuersitate quod ad vsum hoc ipso quod sunt vniuersitatis tom.1,pag.617,col.1

Acquisitio conditio.

Quod implendæ conditionis causa datur, non ideo tantum datur vt conditio impleatur, sed etiam vt acquisitio sequatur propter quam impleri conditionem oportuit tom.1,pa. 436,col.2

Acquisitio seruus.

Siue seruo constituatur solui domino siue ipsi seruo semper acquiritur actio domino & quidem directa non vtilis tom.1,pag.560,col.1

Licet constitutum sicut & solutio sit facti & facta serui non soleant transire ad dominum actio tamen ex constituto acquiritur domino quia iuris est tom.1,pag.560,col.2

Acquisitum.

Semel acquisitum amplius repudiare non potest tom.1, pag.16,c.2

Actio.

Locatio pro conductione & emptio pro venditione & actio ex locato pro actione ex conductu sæpius apud veteres vsurpata tom.2,pag.20,col.1

Cur introductæ sint actiones noxales tom.1. pag.461,col.2

Nihil vetat in vero eodemque casu plures actiones competere vt eligendi arbitrium actor habeat qua potius actione experiri malit tom.1, pag. 447, col.1

Aliquando commodius est vna actione agere quàm alia pro diuersitate personarum aut extremorum in vnaquaque actione probandorum to. 1,pag.447 col.1

Actio noxalis non datur nisi cum actio ex maleficio nascitur tom.1,pag. 464,col 2

Ex causa condictionis furtiuæ datur actio noxalis tom.1,pag.464,col.2

Actio bonæ fidei datur ad omnia quæ aut ex illo contractu aut in consequentiam contractus ex bona fide præstari necesse est etiam de quibus nec dictum quicquam nec cogitatum est tom.1,pag.449,col.1

Actiones pleráque pœnales esse dicimus quæ in factum conceptæ sunt nomine pœnæ ad puniendum dolum & factum rei tom.1,pag.575,col.1

Omnes actiones ex contractu ciuiles, sunt rei persecutoriæ non autem pœnales tom.1,pag.576,col.1,& 2

Actiones merè rei persecutoriæ tam ex parte actoris quàm rei licèt honorariæ sunt perpetuæ, & dantur aduersus heredem in solidum etiam si nihil ad heredem peruenerit siue ex contractu vel quasi siue ex delicto proficiscantur tom.2,pag.90,col.1

Actiones ciuiles ex vtraq; parte actoris & rei merè pœnales perpetuò dantur & heredi & in heredem actiones prætoriæ, merè pœnales nunquam tom.2,pag.90,col.1, quibusdam exceptis ibid.

Ex contractu merè pœnalis actio nulla esse potest tom.2,pag.90,col.1

Actiones pœnales prætoriæ dantur in heredem de eo quod peruenit tom. 2,pag.90,col.1,Cur ita? ibid.

Actiones prætoriæ ex parte actoris, rei persecutoriæ ex parte rei pœnales perpetuæ sunt vt etiam post annum dentur, in heredem non in solidum dantur sed eatenus tantum quatenus ad eum peruenit tom.2,pag.90,col.1, in fi.& 2,col.2,siue ex contractu siue ex delicto proficiscantur ibid.

Actiones mixtæ ex rei persecutione & pœna an & quatenus transeant aduersus heredem siue sint prætoriæ siue ciuiles,& an in perpetuum tom.2,pag. 90,col.2

Quibus modis actiones dicantur mixtæ? tom.2,pag.90,col.2

Actiones omnes sumunt & sumere debent denominationem qualitatum suarum à reo potius quàm ab actore tom.2,pag.91 col.1

Cur actiones sui natura rei persecutoriæ sint perpetuæ, quæ vero persecutionem tantùm arbitrio iudicis sint, tantum annales tom.2,pag.91,col.1

Actio alieni iudicij mutandi causa facta non est ciuilis sed prætoria tom. 1,pag.475,col.2

Actio alieni iudicij mutandi causa non datur post annum neque in solidum in heredem vel in similem successorem tom.1,pag.475,& seq.

Actio alieni iudicij mutandi causa est arbitraria tom.1,pag.476,col.1

Differentia inter actionem alieni iudicij mutandi causa & condictionem furtiuam tom.1,pag.476,col.1

Actio commodati & depositi non possunt dici conditiones tom.1,pag. 591,col.2

Lex duodecim tabularum non alias induxit actiones quam quæ dominij translationem aut inducunt, aut præsupponunt tom.1,pag.591,col.2

Qui duas habet actiones sibi competentes vnam eligendo aliam exercere non potest tom.2.pag.93,& 94

Vna actio ex diuersis causis competens si semel ex vna exerceatur, non potest ex alia exerceri, secus si plures sint actiones ex diuersis causis competentes tom.2,pag.94,col.1,& 2

Actiones pœnales morte reorum intereunt,nisi lis cum defuncto contestata sit tom. 1,pag.480,col.1,& 2

Actio rerum amotarum nihil habet commune cum causa dominij vel proprietatis tom.1,pag.478,col.1.& 2

Res nec viri propriæ nec dotales, & merè alienæ etiam actione rerum amotarum peti possunt tom.1,pa 478,col.1

Omnes actiones præscriptis verbis sunt strictæ, excepta ea quæ de æstimato datur quam appellatoriam appellamus,item ea quæ ex permutatione competit tom.1,pag.391,col.1

Frustra desideratur honoraria actio, cùm ciuilis competit tom.1,pag.591, col.1, & quo casu id locum habeat ibid.

Ex causa rerum amotarum potest dari actio de peculio in patrem ex persona filiæfamilias tom.1, pag.483, col.1

Actio tributoria licet non detur in solidum, datur tamen vltra quantitatem peculij tom. 2, pagin. 19, col.1 -

Conuentiones quæ transeunt in proprium nomen contractus proprij quoque nominis actionem parere solent tom.1 pag.591,col.1

Falsum est non dari actionem præscriptis verbis nisi ex contractibus innominatis & cum alia actio nominata nulla competit tom.1.pagin. 391,col,1

Cur actiones prætoriæ vtiles sint inductæ tom.1,pag.560,col.1,& 2

Contractus emptionis, donationis & permutationis licet proprium nomen habeant non eo minus tamen pariunt actionem præscriptis verbis si certa lege fiant tom.1,pagin.591, col.1

Actiones honorariæ directæ suas etiam vtiles habent in quibusdam casibus,excepta sola fortassis actione exhibendam quæ directa semper est, nulla vtilis tom.1,pag.578,col.1

Actio rerum amotarum perpetua est quia substitura est in locum conditionis furtiuæ tom.1, pagin. 477, col.1

Actio ad exhibendum est prætoria tom.1.pag.477,col.2

Qua ratione actiones ex contractu proficiscentes esse possint prætoriæ tom.1,pag.477,col.2

Actio rerum amotarum sui natura nihil nisi rei amotæ persecutionem arbitrio iudicis continet tom.1, pag. 477,col.2

An & quomodo actiones de peculio & de in rem verso possint competere vel non, alia actione vel ciuili vel honoraria competente? tom.2,pag. 291,col.2

Actio de in rem verso semel extincta aut solutionis aut compensationis potestate non reuiuiscit tom.2,pag.30, in fi.& 301,col.1,& 2

Actio pœnalis in duplum quæ datur ex dolo heredis contra ipsum heredem perpetua est tom.2,pagin.413, col.2

Multæ sunt actiones merè rei persecutoriæ ex delicto proficiscentes, multæ etiam pœnales ex contractu descendentes tom. 2, pag. 412, col.1, & 2

Actio de peculio vna est cum actione de in rem verso, quomodo tamen & quando vtraque exerceatur & quo tempore? tom.2,pag.208,col.1

Actio præscriptis verbis dari solet quoties aliæ vulgares actiones deficiunt tom.2,pag.377,col.1

Actio ciuilis nascitur quoties negotium aliquod gestum est & contractum συναλλαγῆς tom.2,pag.373,col.2, & 377,col.2

Quando ex deposito etiam actio præscriptis dari possit, aut etiam ex locato? tom.2,pag.376,& 377

Quæ actiones prætoriæ licet rei persecutoriæ sint dentur & post annum & contra heredem, quæ verò intra annum duntaxat? to.2 pag.266,col.1,& 2

Actio vlterius porrigi non potest quę per subsequens iudicatum nouatur & perimitur tom.2,pag.243,col.1

De effectu actionis Paulianæ tom. 1.pag.118,col 2,& 119, col.1, & quando sit necessaria? pag.120,col.1

Omnes actiones rescisoriæ dicuntur vtiles,quia nunquam rescisio fit nisi ex æquitate prætoria to.2,p.235,co.1

Actio rescisoria

BIU Cujas

Actio rescissoria & restitutoria quæ datur ex edicto ex quibus causis maior tantundem debet reddere quantum læsio abstulit tom.2, pagin.338, col.1

Nihil vetat ex eadem causa & contra eandem personam plures actiones competere,dum ne læsus actor suum consequatur tom.2,pag.189, col.1, & dummodo ne deficiat ratio concedendæ actionis ibid.

Differentia inter actionem præscriptis verbis & actiones arbitrarias tom. 1,pag.537,col. 2, & 538,col.1

Actio arbitraria non ex contractu nascitur neque ex voluntate expressa contrahentium, sed ex sola æquitate prætoris inducentis vtilem actionem eo tantum casu quo sit necessaria, id est quo sufficere directa non possit tom.1,pag.538,col.1

Quoties quis tenetur & conuenitur ob id tantum quod contra alium habeat actionem, is præstando actionem liberatur, tom.2, pagin. 253, col.1

In actionibus etiam arbitrariis non prodest reo conuento satisfacere voluisse, sed satisfecisse prodest, excepta actione de eo quod certo loco, in qua prodest voluisse satisfacere tom.1, pagin.534,col.1, & 2,& pagin. 535, col.1, & 2.

Actiones omnes ciuiles quæ sui natura sunt meræ rei persecutoriæ tam ex parte actoris quam rei,licet nascantur ex delicto,dantur tamen in solidum contra heredem tom.1. pag. 465, col.1

Cur actio legis Aquiliæ non detur contra heredem tom.1,pag.465.col.1

Actio ad exhibendum non datur pro re furtiua perempta, cum detur tantum contra possidentem, aut eum qui desiit dolo possidere tom.1,pag. 458,col.1

Actio creditori competens aduersus debitorem ex mulieris intercessione liberatum aliquando est institutoria, aliquando restitutoria, aliquando rescissoria tom.2,pag.330,col.2

In quo conueniat & in quo differat actio de in rem verso ab actionibus mandati & negotiorum gestorum to. 2,pag. 297,col.1

Actionum bonæ fidei proprium & singulare ius est vt per eas dolus ipso iure vindicetur tom.2,pag 214,col.2

Qui actionem habet ad rem,rem ipsam habere videtur tom.2,pag.398, col.1

Quando sit locus actioni de peculio, quando actioni de in rem verso, quando actioni quod iussit, & de differentia inter istas actiones tom.2,pag. 287,col.1,& 2,& 288

Actio popularis est quæ populi ius tuetur tom.1,pag.172,col.1

An ex contractu filij-familias vel serui possit dari contra patrem vel dominum actio, saltem de peculio & cur? tom.2,pag.138,col 2

Potest quis plus iuris habere vi mandatarum actionum quàm alioqui ex persona propria fuisset habiturus tom.2,pag.210,col.2

In actionibus contrariis non agitur de fide empta tom.1,pag.226,col.2

Neque ex factis neque ex facto vnius alteri actio adimitur tom.1,pag. 119,col.1

Actio de in rem verso non tam ex persona quàm ex re ipsa venit tom. 2,pag.198,col.2, siue à masculo siue à fœmina versum sit ibid.

Acquisitione dominij extinguitur actio tom.2,pag.200,col 2

Actio semel extincta licet nunquam reminiscat, vrgente tamen æquitate restituitur tom.2,pag.200,in fi.

An actio ex testamento sit stricti iuris an bonæ fidei? tom.1,pag.231,col. 1 & 2

Actio ex stipulatu semper stricta est inuita tamen Iurisprudentia facta est bonæ fidei in lege vnic.C. de rei vxor. act. tom. 1,pag.538,col 2

Cur singulis actionibus propria & specialia nomina data sint? tom. 1, pag.58,col.1

Quando persecutio stellionatus & actio de dolo possint cum actione pignoratitia contraria concurrere tom.1,pag.722,col.2

In fraudem futuræ actionis nihil facere licet tom.2,pag.191,col.1

Cur actio quæ ob fraudatum vectigal,vel ob illicitas merces dicatur persecutio, non actio personalis tom.1, pag.466,col.2

Hereditaria actio dicitur quæcunque contra defunctum exerceri potuit tom.1,pag.630.col.1

Hereditariæ actiones & actiuæ & passiuæ diuiduntur inter heredes pro hereditariis portionibus tom.1, pag. 630,col.1

Actio rerum amotarum non ex contractu est sed ex delicto tom.1, pag. 503,col.1

Actio rerum amotarum nullo penitus casu potest dici condictio tom.1, pag.478,col.2

Ex delicto oritur actio rerum amotarum tom.1.pag.479,col.1

Differentia inter actionem rerum amotarum & condictionem furtiuam tom. 1.pag.479,col.1

Actio rerum amotarum neque furtum neque condictio aliqua dici potest tom. 1,pag.479,col,1

Actio rerum amotarum & condictio furtiua nascuntur ex facto tom.1, pag.479,col.1

Quæ actiones dentur contra mulierem res pignori marito datas amouentem tom.1,pag.479,col.1

Differentia inter actionem commodati & actionem ad exhibendum tom.1,pag 594,col.2

Singulis controuersiis singulæ actiones sufficere debent tom.2, pag. 10,col.1

Differentia inter personales & in rem actiones tom. 2, pag.58,col.2

De effectu actionis Paulianæ tom. 1,pag.263,col. 1

Actio præscriptis verbis cum condictione potest concurrere tom.1,pag. 332,col.1,& 2

Iure veteri is cui plures actiones ex eadem causa competebant, eligendo vnam amittebat alteram tom.2,pag. 199,col.1, in fi.

Actiones temporales non perpetuantur nisi contestatione tom.1,pag. 113,col.1

Actio quæ non competit excludi non potest tom.2,pag.212,col.2

In quo præcipua contrariarum actionum vtilitas consistat tom.2,pag. 3,& 4.col.2

Aliud est denegare actionem aliud dare exceptionem per quam actio elidatur tom. 1,pag.109,&111

Qua actione pater conueniri debeat ex rebus à filia amotis tom.1, pag.503,col.1,& 2

Omnes actiones rei persecutoriæ nihil nisi meram indemnitatem & id quod ex patrimonio abest persequntur tom.1,pag.573,col.1

Nemo potest ex actione male instituta vincere tom 2,pag.383,col 1

Vtilibus actionibus nunquam locus esse potest,nisi ex necessitate tom. 2,pag.331, col.2

Differentia inter actionem de dote, & actionem de peculio tom. 2.pag. 269,col 2

Actio restitui non potest quæ non fuit amissa tom.2 pag.332,col.2

Hypothecaria actio, & quasi Seruiana sicut actiones prætoriæ,sicut & ipsa Seruiana tom.1,pag.591.col.2

Actio Fauiana est arbitraria tom.1, pag.230,col.2

Actiones ex delictis etiam merè pœnales quamuis in heredem non transeant, hactenus tamen competunt vt turpe lucum quod defuncto ex scelere quæsitum fuerat heredi extorqueatur tom.2, pag.398,col.2

Cur actio quod iussu contra patrem vel dominum detur in solidum secus autem actio de peculio tom.2. pag.138,col.2

Actiones directæ cedi nunquam possunt tom. 1. pag.70,col.1

Actio quæ incepit competere, tempora semper currunt tom.2,pag. 349,col.1

Actio quæ ab initio fuit inutilis ex euentu non confirmatur tom.2,pag. 316,col.1

Non potest reus conueniri per actionem arbitrariam alio loco quàm qui stipulatione comprehensus est,nisi postquam ad illum locum peruenire potuit tom.1,pag.526.col 1

Actiones quæ per inficiationem nesciunt domino dari solent non contra dominum tom.2,pag.89,col 2

Actiones merè pœnales ex parte & actoris & rei ex delicto proficiscentes licet non dentur contra heredes dantur tamen de eo quod peruenit tom. 2,pag.151,col.1

Omnis actio restitutoria præsupponit liberationem præcedentem, & liberatio similiter obligationem tom. 2,pag.314,col.1

Actio quælibet personalis supponit præcedentem aliquam ciuilem obligationem tom.2,pag.130,col 1

Quæ dicantur actiones duplices, quæ duplicia interdicta? tom.2,pag. 138,col.1,& 2

Quid sit actio hereditaria tom.1, pag.133,col.1

Omissa retentio non tollit actionem alioqui competentem tom.2, pag.25,col.2

Sine actione agere nemo potest to. 1,pag.366,col.2

Nemo ex improbitate sua actionem consequi potest tom. 2,pag 393,col.1

Actiones reales ex præsenti tantum possessione nascuntur tom.1,pagin.18, col.1

Actio ex testamento per adiectionem loci obligationi scilicet non solutioni est arbitraria tom.1, pag.335, col.1,& 2,& pag.536,col.1,& 2, quamuis per se sit stricta tom.1, pag.336,col.1, & cur ibid.

Actiones arbitrariæ quamuis nullomodo strictæ sint,fiunt tamen plerunque ex iis quæ sui natura sunt stricte to.1,pa.535,col.2, per adiectionem loci videlicet, eamque obligationi non solutioni ibid.

BIU Cujas

Cur actio de eo quod certo loco sit introducta tom.1, pag. 535, col. 2, & pag 336,col.1

Actio præscriptis verbis ex negotio gesto nasci solet tom. 1, pagin. 298, col.1

In bonæ fidei iudiciis semper certa summa petitur, in actione arbitraria, nunquam tom.1.pag.540,col.2

Differentia inter ciuiles actiones prætorias & actiones ciuiles ac legitimas tom.1,pag.503,col.1

De sequestraria actione tom.2,pag. 399,in fine

Actio ex empto quæ datur contra dominum de peculio vel de in rem verso est mixta ex bonæ fidei actione astricta tom.2,pag.292,col.2

Petitio hereditatis, in rem actio est, licèt heres pleraſque habeat præstationes personales tom.1,pag.226.col,2

Actiones quæ ex contractibus nascuntur contractuum nomen habent tom.1,pag.58.col.1

In contrariis actionibus omnibus agitur de calculo, id est quantum ex bona fide actori præstare æquum sit tom. 1,pag.695,col.1

Actio præscriptis verbis potest etiam cum alia concurrere tom. 1, pag.709,col.1

Tutius est agere præscriptis verbis quoties vel minima hæsitatio incurrit an alia actio competat propter periculum quod subest malè electæ actionis tom.1,pag.709,col.2

In concursu actionum directarum & vtilium semper vtiles quamuis minus dignæ, minúsque nobiles directis præferuntur, quoniam non nisi ex summa æquitate inducuntur cuius potiorem quam stricti iuris rationem esse conuenit tom.1,pag.682,col.2

Actio licet non semper præcedat exactionem agendi, tamen ius & potestatem semper præcedere necesse est vt sequi possit exactio tom.1,pag. 682,col.2

Actio quam quis semel habere contra dominum cæpit siue ex stipulatu, siue ex contractu serui illa sit, ea nec euictione, nec manumissione, nec morte aut fuga serui amittitur tom.2, pag.18,col.2

Necessitas mera iuris & facti induxit actionem arbitrariam de eo quod certo loco fauore actoris & cur tom.1, pag.542,col.1, in fine

Altera actio alteram perimit aut ipso iure, aut exceptione cum actor ex altera indemnitatem consecutus est tom.1,pag.500,col.1

Actio semel extincta non potest res suscitari, aut reminiscere,potest tamen à prætore restitui & restaurari tom.2,pag.330,col.1,

Qui actionem malam exercet, ad aliam redire non potest, secus qui actionem nullam tom.2,pagin.212, col.1

Aliud est actionem nasci ex delicto vel ex dolo, aliud nasci ex contractu ad vindicandum dolum vel delictum tom. 2,pag.412,col.1

De effectibus actionis arbitrariæ tom.1,pag.534,col.1

Quæ sint actiones ex contractu cenales tom.1,pag.233,col 2

Actio sine lite multò minus sine controuersia, quæ litem præcedit exerceri non potest tom.1,pag.443, col.1,& 2

In actionibus arbitrariis arbitrium iudicis nullum est circa faciendam condemnationem sed tantum circa rei restitutionem imperandam tom.1, pag.515,col.2

In actionibus arbitrariis arbitrium fertur ex bono & æquò, condemnatio autem secundum eam formam quæ vel edicto prætoris constituta est, vel ex ipsis legibus, vel autoritate prudentum tom.1,pag.515,col.2

Non est permittendum iudici, vt æquitatis alicuius prætextu aliam condemnationem faciat quàm quæ singulis actionibus præscripta est tom. 1,pag.515,col.2

Actio arbitraria de eo quod certo loco non refert condemnationem in arbitrium quoties res immobiles certo tempore & loco dari debuerint tom.1,pag.530.col.2

Actiones directæ & vtiles sunt eiusdem effectus & potestatis quoties eandem aut iuris aut æquitatis habent rationem secus vbi diuersam tom. 1, pag.531.col. 1

Alterius facto, non est adimenda actio inuito creditori tom.1,pag.556, col.2

Non debet aliis nocere quod inter alios actum est tom.1,pagin.122,col. 1,& 2

Non nisi aduersus perfidos homines iure ciuili actiones comparatæ sunt tom 2,pag.173,in fi.

Quæ præstatio veniat in actionem bonæ fidei? tom.1,pag.322,col.2

Actio semel extincta quomodo possit reparari? tom. 1, pagin. 126, & 262

Mulier quæ mariti res amouit tenetur actione rerum amotarum quanti plurimi res amotæ fuerint, sicut fur condictione furtiua tom. 1, pag. 471,col.1

Actio arbitraria de eo quod certo loco sola est inter omnes arbitrarias quæ ex contractu nascitur tom.1,pag. 540,col 2

Inanis est actio quæ per actionem elidi potest tom.1,pag.80,col.2

Actio arbitraria de eo quod certo loco, non minus contra fideiussorem quàm contra principalem debitorem, exerceri potest tom.1,pag.539,col. 1,& 2

Actio ex testamento quomodo stricta, quomodo bonæ fidei, quomodo arbitraria? tom.1,pag.535,col.1, & 2

Contra quem possessorem dentur actiones personales tom.1, pag. 123, col.1

Contra quem detur ad exhibendum actio tom.1. pag.123,col.1

Actiones in rem omnes ex præsenti possessione nascuntur tom. 1,pag. 123,col.1

Quænam actiones ex post facto competant quæ ab initio non competierunt tom. 1, pag. 123, col.1,iuramento præstito ibid.

Actio ex contractu inter alios nasci non potest quàm inter eos ipsos qui contraxerunt aut eorum successores tom.1,pag.419,col.1

Nemo inuitus actionem in rem pati cogitur cum liberum sit cuilibet dicere se non possidere, secus actionem in personam tom.2,pag. 194,col.2

Comparatæ sunt quædam actiones quæ dicuntur inficiando crescere,& dantur in duplum tom. 2, pag. 407,col.1

Formulæ actionum bonæ fidei semper annexam habet clausulam (ex bona fide) tom.1,pag 540,col.2

Condictio furtiua, non nascitur ex præsenti possessione vt vindicatio & alia quæuis in rem actio,sed ex furto defuncti, licet nullus ex heredibus possideat tom.1,pag.598,col.2

Non prius nascitur actio & certi condictio ex stipulatione, quam totum tempus præterierit quod stipulatione comprehensum erat tom.1, pag.514.col.1

Sententia tollere non potest actionem tom.1,pag.225,col.1

Actiones omnes iure ciuili sunt comparatæ & cur tom.1,pagin.549, col.1,& 2

Prætoris est actionem dare vel denegare tom.1,pag.703,col.1

Actio de eo quod certo loco nascitur ex stipulatione tom.1,pag.515,col. 2,& pag.516,col.2

Quæ sint actiones arbitrariæ tom.1 pag.515.col.1

In actionibus arbitrariis præcedere debet arbitrium de re restituenda vt sequi possit condemnatio tom.1,pag. 515,col.1

In actionibus arbitrariis duæ fieri debent sententiæ, vna quæ arbitrio causam præbeat, alia quæ condemnationem vel absolutionem continet tom.1,pag.515,col.1

Omnes actiones ciuiles & nominatæ prætoriæ licet ipso iure nó competant, dantur tamen à prætore tom.1, pag.109,col.1,& 2

Nemo ex improbitate sua consequi debet actionem tom. 2, pagin.154, col.2

Celeritate coniungendarum actionum vna occultatur tom.1,pag.294, col.1,

Actiones omnes personales, nascuntur ex personalibus obligationibus tom.1,pag.503,col,1

Actio rerum amotarum quamuis pœnæ nomine concepta, nihil tamen nisi rei persecutionem continet tom.1.pag.486,col.1

Actiones ferè omnes prætoriæ licet nomine pœnæ concepte (quæ non nisi interueniente dolo dantur) nihil, nisi meram rei persecutionem continent tom.1,pag.486,col.1

Actiones ciuiles licet ex delicto proficiscantur, nunquam tamen pœnæ nomine concipiuntur, actiones verò prætoriæ secus tom 1, pag.486, col.1

Actiones vno anno longiores prætor fecit annales, vnò vero anno breuiores non fecit annales tom.2,pag. 273,col.1,& 2

Actio hypothecaria & quælibet siue pignoris siue hypothecæ persecutio in rem est tom.1,pag.225,col.1

Nihil interest an vtili quis an directa actione conueniatur tom.2, pag. 333,col.2

Quoties duæ sunt actiones æquæ principales quarum vna non fit maior altera vtraque subsistit, quia non potest dici vtra per alteram perimatur tom.2,pag.333,col.2

Actiones præscriptis verbis sunt stricti iuris excepta illa quæ nascitur ex contractu permutationis, & æstimatoria tom.2,pag.384,col.1

Omnes accessiones veniunt in actionibus bonæ fidei ex die morę tom. 2,pag.385,col.1

Interest actoris plures habere actiones etiam eius rei nomine vt possit eligere

BIU Cujas

possit elegere qua vti malit, dummodo nihil supra id quod debitum est consequatur tom.2,pag.392,col 2

Media vnius actionis facilius interdum probantur quàm alterius tom.2 pag.392,col.2

Quo casu mulier actione rerum amotarum teneatur, etiamsi nihil peruenerit tom.1,pag.484,col.1

Quæ sit actio condictitia? tom.1, pag.58,in fi.

Omnes actiones contrariæ sunt prætoriæ tom. 2,pagin.374,col.1 & 2

Nulla actio stricti iuris contrariam admittit tom 2,pag.374,col.2

An actiones arbitrariæ sint strictæ, an bonæ fidei,an tertiarum actionum genus constituant? tom.1, pagin.230, & 231

Actio rerum amotarum an est arbitraria? tom 1,pag.230,col.2

Omnes actiones in rem sunt arbitrariæ tom.1,pag.225,col 2

Actio ad exhibendum litem personalis sit, arbitraria tamen est tom 1, pag.225,col.2

In actionibus quæ ex vtraque parte meram rei persecutionem continent semper iustè repetitur id quod actori abest licet nec vnquam id reus habeat nec vnquam habuerit tom.1,pag.484, in fi.& pag.485,in princ.

Quæ actiones quæ exceptiones sint perpetuæ? tom.1,pag.118,col.2

Multæ sunt actiones quæ quia rei persecutionem sui natura continent, dantur perpetuò & post annum, quæ tamen quia pœnales sunt qua parte dolum factumque puniunt eius qui conuenitur, in heredem non dantur nisi de eo quod peruenit tom.2,pag. 214,col 2.

Vtilis actio dari non potest quandiu directa competit tom. 1, pagin. 135. col.1

Actio furti pœnalis est tom. 1,pag. 235,col.1

Quæ dicuntur actiones arbitrariæ tom.1,pag.529,col.2

An in arbitrium iudicis referatur actio de eo quod certo loco tom.1,pag. 529,col.1,& 2,& 530,col.1

Actio rerum amotarum est merè rei persecutoria tom.1,pag.140,col.1

In actionibus bonæ fidei nullum præcedit iudicis arbitrium de re restituenda,quia non est in teste tom.1,pa. 226,col.1,& 2

Actiones ciuiles non nisi tricesimo anno perimuntur tom. 1, pagin. 505, col.2

Casus vnus in quo celeritate coniungendarum actionum vna occultatur tom.1,pag.424,col.1

Differentia inter actionem de eo quod certo loco quæ per emphasim arbitraria est & cæteras actiones arbitrarias tom.1,pag.534,col.1,& 2

Actio de eo quod certo loco tota in arbitrium iudicis refertur etiam quantum ad condemnationem, vt non cogatur inseruire contractui sed quantitatem in stipulatum deductam vel excedere possit vel minuere tom.1,pag. 534,col.2

In actione de eo quod certo loco sicut arbitrium iudicis versatur ad augendam vel minuendam condemnationem: ita etiam, ad liberationem & absolutionem tom. 1,pag. 534,col.2

Actio de eo quod certo loco an & quomodo tam actoris quàm rei vtilitatem contineat tom.1,pag.515,col. 1,& 2 & pag.516,col.1,& 2

Differentia inter actionem nullam & malam actionem tom. 1,pagin.424, col.2

Actio præscriptis verbis nasci solet ex pacto incontinenti apposito post contractum stricti iuris tom.1,pag.322, col.2

Actio præscriptis verbis competit etiam ex pacto apposito in contractu bonæ fidei tom.1,pag.322,col.2

Actio popularis populi est non eius qui eam proponit, nec transit ad eius heredem,nec locupletior esse intelligitur eam exercendo, quia non tam ad rem familiarem actoris quàm ad publicam vltionem pertinet tom.1, pag.172,col.1

Omnis actio cùm exercetur consumitur nisi collusum probetur tom.1, pag.172,col.1

Actio rerum amotarum, nec pœnalis,nec famosa, nec turpis est tom.1,pa. 189,col.1

Quamuis furtum reuera fiat condictio furtiua & actio de seruo corrupto sunt actiones non pœnales nec famosæ, sunt tamen turpes,quia delicti mentionem faciunt tom. 1, pag. 189,col.2

An actio quæ datur creditori creditoris contra debitorem debitoris sit personalis an hypothecaria tom. 1, pag.682,col,2

An actiones etiam merè rei persecutoriæ ex delicto natæ dentur in heredem in solidum, an verò de eo tantum quod ad heredem peruenit, tom. 1.pag.131,col.1,& 2,& pag.132. col.1,& 2, & quare ibid.

Quis possit conueniri actione furti tom.1,pag.132,col.1,in fin,& col.2

An patronus actione rerum amotarum possit conueniri tom. 1, pag.140, col.2

Actio ex empto est bonæ fidei tom.1,pag.226,col.1

Omnes actiones merè pœnales, sint siue ciuiles siue prætoriæ, dantur in heredem perpetuò,de eo quod peruenit, tom.2,pag.276,col.2

Actio receptitia actioni constitutæ pecuniæ proxima & similis, à Iustiniano in Actionem pecuniæ constitutæ fuit transfusa tom. 1, pagin. 546,col. 2, in fin.

Omnes actiones quæ dantur ad factum,non aliud persequuntur,quàm id quod interest tom.1.pag.363,col.2

Actiones vtiles dicuntur quod vtilitate sua nunquam destituantur ad differentiam directarum, quæ licet ipso iure competant, non tamen semper sunt efficaces tom.1,pag.682,col.1

Cur introducta sit actio vtilis à prætore de eo quod certo loco? tom.1, pag.514.col.1,& 2

Cur actio vtilis de eo quod certo loco dicatur vtilis tom.1,pag.515,col.1

Cur actio de eo quod certo loco dicatur arbitraria tom. 1, pag.515,col.1, & 2

Pro possessione rei mobilis recuperanda datur actio personalis tom.1, pag.353,col.1

Actio ad exhibendum licèt detur omnibus quorum interest,non tamen contra alium datur quàm qui possidet tom.1,pag.709,col.1

Actio cum exercetur consumitur tom.2,pag.14,col.1

Actiones pœnales de eadem pecunia concurrentes, alia alium nunquam consumit tom.2,pag.62,col.1

Actiones rei persecutoriæ alia aliam semper consumit tom.2, pag.62, col.2

Cùm de nomine & iure actionis quæritur semper initium est inspiciendum tom.2.pag.279,col.2

Sicut contractus omnis si modo iustus sit & licitus parit obligationem, ita & obligatio actionem tom.2,pag. 21,col.1

Non potest nasci actio priusquàm casus euenerit qui actioni causam probet tom.1,pag.663,col.2

Ex pacto in rei traditione apposito datur actio paciscenti tum quoque cum ei pactum inutile est tom. 1, pag. 675,col.1

Ex pacto vnius, alteri nullo modo potest quæri actio nec si paciscentis interfit tom.1.pag. 675, col.1,extra casum quoties 3. C. de donat. quæ sub modo ibid.

Qui actionem non competentem exercet, licèt nihil agat,potest tamen aliam competentem exercere secus si actionem bonam competentem exerceat,quamuis ex ea nihil consequatur tom.2,pag.56,col.1,& 2

Actio Seruiana à quo & cur introducta? tom.1,pag.643,col.2

Prætoris est dare omnes actiones etiam quæ iure ciuili competunt tom. 1,pag.554,col.2

Differentia inter actiones mandati & negotiorum gestorum tom. 1,pag. 611,col.2

Actio rerum amotarum potest competere etiamsi res amotæ non sint mariti tom.1,pag.162,col.2

Actio arbitraria nascitur ex stipulatione tom.1.pag.525,col.1

Qualis obligatio est talem necesse est actionem esse quam parit obligatio tom. 1.pag.525,col.1

Cur introducta sit actio rerum amotarum tom.1,pag.476,col.2

Cur in actione arbitraria de eo quod certo loco non tantum restitutio, sed etiam condemnatio iudici conferatur tom.1,pag 529,col 2

Ad producendam condictionem adeóque interdum actionem præscriptis verbis sufficit vt certa lege aliquid datum probetur tom.1,pag.301 col.1

Quibus competat & contra quos actio rerum amotarum tom.1,pag.140, col.1,& 2

An actio rerum amotarum famosum reddat eum contra quem datur tom.1, pag.140,col,1

In omnibus actionibus prudentes consenserunt posse illas nasci & exerceri contra liberum hominem ex omni negotio quod is bona fide seruiens gesserit sola mandati actione excepta tom.1,pag.627,col.2

Actiones incompatibiles ab eodem negotio proficisci possunt simul, sed non exerceri tom.1,pag.627.col.1,& 2

Restituta re deteriore effecta non supereſt rei vindicatio, sed quæ alia actio tom.1,pag.596,col.2

Falsum est arbitrarias actiones sui natura strictas esse, nec nisi ex post facto & ex accidenti degenerare in arbitrarias tom.1,pag.596,col.2

Actio noxalis ex delicto non ex contractu datur tom.1,pag.482,col.2

Actio de peculio datur ex contractu non ex delicto tom.1,pag.482,col 2

Ex conuentione dabo vt facias an aliqua actio nasci possit? tom 1,pag. 252,253,& 254, si scilicet cessauit alter posse facere quod facere debuerat.

BIU Cujas

Actiones furti, damni, & iniuriarum morte delinquentis, intereunt tom. 1, pag. 479. in fi & pag 480. col. 1

Quomodo & cur actiones morte delinquentis extinctæ dentur aduersus heredes de eo quod peruenit tom. 1, pag 480, col. 1

Actiones contrariæ, sicuti inductæ sunt ex æquitate & bona fide ita tam latè patere quàm æquitas ipsa quæ illas inducit tom 1, pag. 645, col. 1

Actionem alius habere non potest contra debitorem quàm qui ipse creditor est, nec aduersus alium quàm suum debitorem tom. 1, pagin. 681, col. 1

In pœnalibus actionibus vna nunquam aliam consumit tom. 1 pag. 488, col. 2

Omnes actiones pignoratitiæ sunt bonæ fidei, nec minus quæ contrariæ sunt, quàm quæ directæ tom. 1, pag. 695, col. 2

Nulla & inanis actio est quàm debitoris eludit inopia tom. 1, pag. 412, col. 1

Qui mutuam dat pecuniam & eam sibi reddi stipulatur, nullam ex pecuniæ numeratione habet actionem sed in actionem ex stipulatu tom. 1, pa. 331, col. 1

Actiones ex delicto non sunt omnes pœnales, sed aliæ pœnales, aliæ rei meræ persecutoriæ tom. 1, pag 469, col. 2, aliæ mixtæ ibid.

Actio rerum amotarum ex delicto est, tamen non pœnam sed rei meram continet persecutionem tom. 1, pag. 469, col. 2

Omnis actio meræ rei persecutoria transit aduersus heredem insolidum tom 1 pag. 469, col. 2. & pag. 473, col. 1

Omnis actio meræ pœnalis transit ad heredem, de eo quod ad eum pervenit tom. 1, pag. 469. col. 2, excepta actione furti & cur ibid. & pagin. 473, col. 2

Omnis actio mixta ex pœnalibus datur in heredem de eo quod peruenit tom. 1, pag. 469. col. 2,

Excepta actione vi bonorum raptorum & cur. ibid. & pag. seq. & pag. 473, col. 2

Ex pacto de retrouendendo inter alios appositio dari de iure non potest actio tam in personam quam in rem contra tertium rei retrouendendæ possessorem, sed statutis Sabaudiæ nominatim cautum id est publicæ vtilitatis gratia tom. 1, pag. 676, col. 2

Contrariæ actiones omnes comparatæ sunt ex æquitate ne alter ex alterius iactura locupletetur, & vt præstationes ex vtraque parte ad suam æquitatem reuocentur tom. 1, pag. 633. col. 1

Quomodo ex pacto creditoris appositio in fauorem debitoris detur actio creditori qui quanquam pactus ipse est, non tamen ad suam, sed ad debitoris vtilitatem pactus fuit? tom. 1. pag. 675. col. 1

Non potest sequi condemnatio ex actione malè instituta non magis quàm ex actione nulla tom. 1, pag. 664. col. 1

Etiam hodie post sublatas actionum impetrationes & formulas à Theodosio actionem tamen quæ instituitur competere necesse est tom. 1, pag. 664, col. 1

Non possunt videri sublatæ omnes actiones meræ persecutoriæ quandiu aliquid rei persecutioni deest, & rei persequendæ supereſt tom. 1, pag. 636, col. 2

Actiones omnes bonæ fidei quamuis in hoc conueniant, aut quod bonæ fidei sint, habent tamen singulæ propriam quandam æquitatis rationem ex natura ipsius negotij vnde nascuntur dependentem tom 1, pag. 637, col. 1

Actio legis Aquiliæ si nunquam vltra damnum lis æstimaretur transiret in heredem non propter quasi venditionem, sed propter delectum tom. 1 pag. 465, col. 2, & pag. 473, col. 2

In actione legis Aquiliæ nulla quasi venditio induci potest tom. 1, pag. 465. col. 2

Actio per S.C. Syllanianum introducta contra heredem qui defuncti necé vltus non est, quamuis descendat ex crimine heredis morte heredis non extinguitur, quia merè pecuniaria & rei persecutoria est tom. 1, pag. 466, col. 1

Actiones bonæ fidei de dolo actionem non minus quàm exceptionem vi ipsa in se continent tom. 1, pag. 645, col. 2

Differentia inter actionem institoriam & de in rem verso ratione vtilitatis tom. 2. pag. 65. col. 2

Diuisio actionum omnium & ciuilium & prætoriarum tom. 2, pag. 89, col. 2, & pag. 90, col. 1

Omnes actiones ciuiles indistinctè perpetuæ sunt quamuis prorsus pœnales tom. 2, pag. 90, col. 1

Nunquam permittendum est reo vt in eius arbitrio ac potestate sit actori adimere actionem tom. 1, pag. 520, col. 1

Actiones Contrariæ dicuntur per relationem ad directas vel quæ sunt vel quæ fuerunt tom. 1, pag. 640 col. 2

Actiones Contrariæ proponi & exerceri possunt etiam priusquàm directæ instituantur, & postquam extinctæ sunt tom. 1 pag. 640, col. 2

Differentia inter actionem contrariam & exceptionem tom. 1, pag. 640, col. 2

Quæ simpliciter dicatur actio in rem? tom. 1, pag. 225, col. 1

An actiones honorariæ sint perpetuæ, ideſt an dentur post annum & an in heredem dandæ sint in solidum an de eo tantum quod ad eum peruenit tom. 2, pag. 89. col. 1. & 2

Contrariam actionem cùm dicimus, eam intelligimus quæ de indemnitate insolidum competit non quæ ad noxæ deditionem tom. 1, pagin. 642, col. 1

Contrariæ actiones sui natura non sunt noxales, quamuis noxales insint contrariis tom. 1, pag. 642, col. 1

Actiones noxales contrariis opponuntur, non tamen quasi contrariæ, sed quasi diuersæ tom. 1, pag. 642, col. 1

Actio bonæ fidei tum quoque cùm noxalem in se continet, non ideo tamen noxalis propriè dicitur, sed quasi noxalis tom. 1 pag. 642, col. 2

Ex alieno contractu non quæritur actio nisi iure potestatis, aut successionis tom. 1, pag. 557, col. 1

Omnis actio quæ in heredem datur de eo quod ad ipsum peruenit perpetua est tum quoque cùm actio fuit annalis vt in interdictis etiam annuis tom. 2, pag. 93, col. 2

Nihil prohibet actionem dari ei qui sit tutus exceptione & compensatione tom. 1, pag. 638, col. 1

Si dolo malo desierim possidere actio ad exhibendum contra me dari potest tom. 1, pag. 416 col. 2

Actio noxalis etiam bonæ fidei iudicio ineſſe potest, sicut & actio arbitraria & actio de dolo tom. 1, pag. 641, col. 2

Contraria actio non tam ad puniendum debitori dolum datur, quàm ad indemnem seruandum creditorem tom. 1. pag. 645, col. 2

In actione furti alia defertur iure dominij, alia verò iure eius quod interest tom. 1, pag. 492, col. 2

An actio ex stipulatione per adiectionem temporis fieri possit arbitraria æquè ac per adiectionem loci in eaque non minus lucri quàm damni rationem haberi oporteat tom. 1, pag. 532. col. 1, & 2

Actio intentari non potest ante litem contestatam tom. 1, pag. 634, col. 2

Nemo potest facto suo tollere alteri actionem, neque exceptionem tom. 1, pag. 617, col. 1

Non potest quis cogi ad mandandas nondum sibi competentes actiones tom. 1, pag. 703, col. 1

Actiones nominatæ non nisi à contractibus nominatis habere nomen possunt tom. 1, pag. 611. col. 1

Differentia actionis pro socio ab aliis bonæ fidei actionibus tom. 1. pag. 621. col. 1

Quænam actio in factum quamuis sit ex delicto, & prætoria, & valde similis actioni iniuriarum nullo modo pœnalis sit, ne quidem ex parte rei, sed tantum meræ rei persecutoria tom. 1, pag. 469, col. 1, & pag 476, col 1

Facilius est vt commodati actio permatur ipso iure per condictionè quàm vt condictio per actionem commodati tom. 1, pag 620, col. 2

Actiones bonæ fidei facilius per actiones stricti iuris perimuntur ipso iure, quàm actiones stricti iuris per actiones bonæ fidei tom. 1, pag. 620, col. 2, & 621, col. 1

Cur vna actio rei persecutoria alteram rei persecutoriam tollat si ambæ sint bonæ fidei tom. 1, pag. 621. col. 2

Actio communi dividundo non statim tollit actionem pro socio si ea prius actum sit tom. 1, pag. 621, col. 2

Duabus actionibus rei persecutoriis circa eandem rem concurrentibus quarū vna sit stricta altera bonæ fidei, stricta aliam extinguit, non in totum, sed quatenus ex priore consecutus est actor, stricta verò non extinguitur nisi per exceptionem tom. 1, pagin. 621, col. 2

Actio Commodati aut locati non ad hoc datur, vt res commodata vel locata restituatur, sed ad id quod interest commodatoris aut locatoris, si non ante acceptum iudicium aut saltem ante condemnationem res commodata restituatur tom. 1, pagin. 614, col. 2

Actiones contrariæ comparatæ sunt vt ei qui actione directa conuenitur, quique directam actionem nullam habet succurratur, siquid ei ex bona fide vicissim præstari oporteat tom. 1, pag. 630, col. 1

Contrariarum actionum vsus nullus est, nisi in negotiis & contractibus bonæ fidei tom. 1. pag. 630, col. 1

Remittentibus actiones suas regressus ad eas nunquam dandus est tom. 1, pag. 619. col. 1

In actionibus mixtis & duplicibus qui

BIU Cujas

qui conuenitur etiam agere intelligitur, quæ ob eam causam mixtæ appellantur & duplices quod in iis vterque actor sit vterque reus tom.1,pag. 621,col.1

In actione pro socio qui conuenitur etiam agere intelligitur tom.1.pag. 621,col.1

Actio pro socio vtrique parti communis est & ex ea perinde actor ipse condemnari potest atque si à socio propria & separata actione siue directa siue contraria conueniretur tom. 1, pag.621,col.1

Differentia inter actionem pro socio & actiones mixtas seu duplices tom.1,pag.621,col.1

Differentia inter actiones mixtas & communes tom.1,pag.621,col.1

Actio ex testamento quod ad fructus & vsuras pertinent imitatur naturam actionum bonæ fidei tom.1,pag. 516,col.1

Actiones criminales per legem inductæ sunt accusationes potius quam actiones tom.1,pag.501,col.1

Actio honoraria non est minus efficax adexigendum quàm sit actio ciuilis, si modo talis actio sit quæ nulla iusta exceptione repelli possit tom.1, pag.550,col.1

Aduersus actiones honorarias quædam exceptiones competunt tom.1, pag.550,col.1

Actio legis Aquiliæ vbi semel competit non exstinguitur per alienationem serui secus condictio furtiua per alienationem furti tom. 1, pag. 489, col.1

In actione legis Aquiliæ venit damnum ex triginta dierum repetitione tom.1,pag.614,col.2

Actiones contrariæ quamuis præsupponant directas competere, non tamen præsuppo sunt neque requirunt exercitium directarum tom. 1, pag.630,col.1

Contrariæ actiones nascuntur ex contractibus vltro citroque obligatoriis, sed non æque principaliter, quia ex contractibus vltro citroque obligatoriis æque principaliter nascuntur actiones ex vtraque parte directæ tom. 1,pag.630,col.1, & 2

In contrariis actionibus non agitur de fide rupta sed de calculo, ideóque in iis non iuratur in litem neque ex eis infamia irrogatur tom.1, pag.630, col.2

Aliæ sunt præstationes actionis contrariæ, aliæ vero actionis directæ tom.1,pag.630,col.2

Actio rerum amotarum in quo conueniat & in quo differat cum condictione furtiua tom.1,pag.476,col.2, & pag.seq.

Actiones quæ ex contractibus nascuntur sunt omnes rei persecutoriæ, nullæ pœnales, nisi pro pœnalibus annumerentur eæ quæ pœnã conuentionalem continent tom. 1, pag.475, col.1

Actiones ex delicto proficiscentes regulariter sunt pœnales exceptis rei persecutionem meram continentibus tom.1,pag.475,col.1

Differentia inter actiones rei persecutorias ex delicto, & ex contractu in causa est, sed nulla in effectu tom.1, pag.475,col.2

Semel nata actio non facile ex post facto extinguitur tom. 1, pagin. 575, col.2

In actione vi bonorum raptorum non est necessaria actori probatio dominij sed sufficit probare sua interesse tom.1,pag.479,col.2

Potest alicui vltrò dari actio ad hoc solum consequendum, vt liberetur tom.2,pag.20,col.2

Actio negotiorum gestorum est prætoria tom.1,pag.632,col.1

Actio negotiorum gestorum & mandati sunt incompatibiles tom.1,pag. 632,col.1

Actio de dolo & actio vndevi, licet pœnales sint, tamen rei persecutionem continent tom.2,pag.91,col.2

Cur actio de dolo & actio quæ competit ex interdicto vndevi sint perpetuæ, nec tamen dentur in heredem nisi quatenus peruenit tom. 2,pag.91,col.2

Omnes actiones quæ ex contractu filijfamilias vel serui contra patrem vel dominum dantur sunt ex bono & æquo, magis quam ex mera iuris ratione tom.2,pag.97,col.2

Actio de in rem verso quando detur in solidum quando non detur in solidum tom.2,pag.97,col.2

Quando, Cur & quibus casibus detur actio de eo quod cum eo qui in aliena potestate est tom.2,pag.97,col.1, & 2

Actio certa non potest competere ex eo iure quod adhuc incertum est, quodque pendet ex futuro euentu tom.2,pag.109,col.2

Casus quo vna eademque actio diuerso iure censeatur tom. 2, pag. 75, col.1,circa fin.

Quæ actiones sint perpetuæ? quæ dentur ad annum tantum? quæ dentur in solidum? quæ vero dentur tantum quatenus peruenit tom. 2, pag. 11,col.2

Differentia inter actiones ciuiles quæ rei persecutionem continent ex delicto proficiscentes & actiones prætorias etiam ex dolo vel delicto proficiscentes tom.1,pag.473,col.2

Actio rerum amotarum est prætoria tom.1,pag.476,col.2, & seq. non ciuilis pag.477,col.2

Actio rerum amotarum est arbitraria tom.1,pag.476,col.2, & seq. & pag. 477,col.2

In actionibus stricti iuris neque arbitrium vllum interuenit neque in pœnam contempti arbitrij iuratur in litem secus in arbitrariis, tom.1,pag. 477,col.1

Actio rerum amotarum est rei persecutoria ex parte actoris, pœnalis ex parte rei tom.1,pag.477,col.1

Actio rerum amotarum non habet locum constante matrimonio tom.1, pag.477,col.1

Ex maleficiis meræ pœnales actiones etiam in heredem rei competunt si aliquid ad eum peruenerit tom.1, pagin. 468, col. 1, & 2, secus si nihil ibid.

Actiones mixtæ ex pœnalibus dicuntur absolutè pœnales & pœnalium naturam habent tom. 1, pagin.468, col.2

Differentia inter actiones ex contractu & ex delicto pœnales tom.1,pa. 468,col.2

Ex maleficiis aliæ sunt actiones meræ pœnales, alia mixtæ, alia meræ rei persecutoriæ tom.1,pag.468,col.2

Actiones ex contractu pœnales dantur aduersus heredem insolidum tom.1,pag.468,col.2

In actione de eo quod certo loco illud potissimum à iudice spectandum est per quem factum sit vt alio loco agatur quàm vbi solutio fieri debuit an per actorem an per reum vt actoris vtilitas æstimetur si per reum steterit, aut rei si per actorem tom. 1. pag. 516, col.1

Actio arbitraria nascitur etiam ex mutuo, ex testamento, & ex constituto tom.1,pag.516,col.1

Actio ex testamento est stricta tom. 1.pag.516,col.1

Non possunt actiones bonæ fidei deterioris esse conditionis quàm strictæ tom.1,pag.537,col.1

Cur actiones dicantur strictæ tom.1, pag.537,col.1

Actiones bonæ fidei cur sic dictæ tom.1,pag.537,col.1

Actio ex vendito datur ex pacto de retrouendendo incontinenti post venditionem appositio tom.1,pag.537, col. 2. nec tamen ea actio excludit actionem præscriptis verbis ibid.

Actio præscriptis verbis ex contractu etiam stricto nascitur propter pactum incontinenti appositum tom.1, pag.537,col.2

Actio de eo quod certo loco nullam potest parere condemnationem nisi ex æquitate tom.1,pag.515,col.1

Actiones strictæ nullam æquitatis rationem admittunt siue nobili siue mercenario iudicis officio nisi ratione fructuum ex re quæ fuerit actoris post litem contestatam perceptorum tom. 1,pag 531.col.1

Maxima differentia quæ sit inter actiones stricti iuris, & actiones bonæ fidei, ac arbitrarias tom.1,pag.531,col.1

Per actionem directam potest debitor conueniri aut in loco domicilij etiamsi debitor non ibi inueniatur, aut in loco solutioni destinato si ibi inueniatur tom.1,pag.516,col.2

Per actionem arbitrariam conueniri nullo loco potest debitor nisi in quo inueniatur ne quidem in loco domicilij tom.1,pag.516,col.2

Actiones arbitrariæ sui natura strictæ non sunt, sed tertiam speciem actionum constituunt à strictis & bonæ fidei differentem tom.1,pag.516,col.2

In actionibus strictis nulla vnquam bonæ fidei aut æquitatis ratio habetur tom.1,pag.516,col.2

In actionibus arbitrariis æquitatis ratio semper habenda est, maximè in ea de eo quod certo loco in qua potissimum æquitatem ob oculos habere semper iudex debet tom.1,pag.516, col.2

Bonæ fidei actiones non ad aliud dantur quàm ad id quod interest tom. 2,pag. 378,col.2

Actio legis Aquiliæ ex earum numero est quæ per inficiationem crescunt tom.1,pag.622,col.1

Actiones quæ per inficiationem crescunt, non ideo sunt pœnales quod crescant per inficiationem, non enim omnes actiones quæ crescunt per inficiationem sunt pœnales tom. 1,pag. 622,col.1

Actio noxalis, morte serui extinguitur secus actio ex contractu cum seruo celebrato tom.2,pag.14,col.1,& 2

Cur actio de peculio licet ex contractu sit, morte aut alienatione serui finiatur tom.2,pag.19,col.1

Actioni præscriptis verbis locus esse solet quoties de nomine vel iure actionis dubitari probabiliter potest an & quæ competat, quia tutius est sem-

BIU Cujas

per agere præscriptis verbis, vt malè ac perperam electio actionis periculum cuitetur tom.1,pag.627,col.2

Actio electio.

Quoties alicui plures actiones de eadem re competunt, sicut eligere debet qua actione experiri malit, ita si vnam eligat, alias amittit tom.1,pag.576, col.1,& quo casu ibid.col.2,in fin.

Plures actiones dari non solent, vt actor iis omnibus vti possit, sed vt electionem habeat vtram exercere malit tom.1.pag.576,col.1

Actio heres.

Cur actiones furti & vi bonorum raptorum non dantur aduersus heredem etiam de eo quod peruenit tom.1, pag.479,col.2

Actiones criminales, & actiones prætoriæ non dantur aduersus heredes,nisi de eo quod ad ipsos peruenit, secus actiones ciuiles tom.1,pag.473, col.2

Ex actionibus merè pœnalibus aut mixtis heres conuenitur in id quod ad ipsum peruenit, ne in lucro versetur, in actionibus verò rei merè persecutoriis, licèt ex delicto proficiscentibus non quæritur an sit heres in lucro, sed an actor plenissimam indemnitatem sit consecutus tom.1.pag.475,col.1

In actionibus merè pœnalibus aut mixtis, lucrùm heredibus turpe auferetur,ne prætextu criminis morte extincti heres ex scelere defuncti locupletetur tom.1.pag.475,col.1

In actionibus merè rei persecutoriis quamuis ex delicto, neque de lucro, neque de damno heredis quærendum est, sed quid & quantum absit actori, vt ei plenissimè satisfiat tom.1,pag. 475,col.1

Cur actio vi bonorum raptorum quamuis pœnalis, mixta ex rei persecutione contra heredem non detur etiam de eo quod peruenit tom.1, pag.488.col.2

Actiones merè rei persecutoriæ, cũ ex parte actoris cõtinentur, nunquam dantur in solidum contra heredem si sint pœnales ex parte rei tom.1, pag. 477,col.1

Actio ex crimine repetundarum etiam post annum datur aduersus heredem de eo quod ad eum peruenit tom.1,pag.468,col.1

Omnes actiones quæ prudentes dixerunt transire ad heredem, transeunt in solidum, quas verò dixerunt transire, intelligendæ sunt non transire in solidum, quamuis trãseant de eo quod peruenit tom.1,pag.480,col.1

Leges quæ dicunt actiones rei persecutorias,quamuis ex delicto descendentes dari contra heredem, non alio sensu donari possunt quàm vt eiusmodi actiones dentur & transeant in solidum aduersus heredem tom.1,pag. 480,col.1

Actiones omnes personales quæ cõtra defunctum competebant,inter heredes ipsius diuiduntur ipso iure per legem duodecim tabularum pro hereditariis portionibus,secus actiones reales tom.1,pag.597,col.1

Actiones reales dantur in solidum contra vnum ex heredibus, si solus rẽ qua de agitur,possideat tom.1,pagin. 597,col.1, in fin.

Actiones merè rei persecutoriæ heredem semper obligant in solidum, nec minus si actio ex delicto descendat,quàm si ex contractu tom.1,pag. 474,col.2

In actionibus ex delicto ciuilibus & merè rei persecutoriis defuncto ante contestationem rei, successores eius etiam de eo quod ad ipsos non peruenit,tenentur in solidum tom.1, pag. 473 & seq.

Actiones omnes ex contractu descendentes cùm sint rei persecutoriæ, competunt in solidum contra heredẽ, licèt in iis quoque delictum versetur, & ex iis dolus vindicetur tom.2,pag. 401,col 1

Non solùm toties in heredem datur actio in solidum, quoties ex suo delicto conuenitur, sed etiam cùm ex delicto defuncti si actio sui natura meram rei persecutionem contineat siue ex delicto,siue ex contractu descendat tom. 1,pag.474,col.2

Actiones quæ non transeunt aduersus heredes,nisi de eo quod peruenit,non diuiduntur inter heredes, ad quos nihil peruenit, tom. 1,pag.487, col.1

Actio locus.

Qua ratione aut arbitraria potest esse actio per quam agitur in loco destinato solutioni,aut si arbitraria non est, possit vtilitatem temporis admittere,cùm sit stricta tom.1,pag.531, col. 2,& pag.532,col.1,& 2

An in actione arbitraria de eo quod certo loco actoris vtilitatis ratio habeatur,an rei, an vtriusque, & an magis actoris, an magis rei tom.1,pag. 527,col.1, & 2

In contractibus bonæ fidei certo loco dare obligatus conueniri quocunq; loco potest, non per arbitrariam, sed per actionem bonæ fidei ex contractu competentem tãquam sufficiente sola actionis natura & æquitate tom.1 508, col.1

Actio ex constituto exemplo actionis arbitrariæ comparata, quamuis nõ sit ipsa arbitraria, easdem tamen prostationes recipit ex bona fide & æquitate, quæ arbitraria reciperet officio iudicis tom.1.pag.568,col.2

Ex stipulatione dandi nullo adiecto loco,stipulator alibi promissorem conueniens quàm in loco promissionis agit actione directa,non arbitraria tom.1,pag.533,col.2

Non ex omni stipulatione venit actio arbitraria, sed ex illa tantùm, in qua locus adiectus fuit obligationis gratia tom.1,pag.516,col.1

In actione de eo quod certo loco fieri debet condemnatio omni æstimata vtilitate loci,quam actor vel reus amittit, nulla facta distinctione aut persona, aut rei, sed solùm habita ratione loci tom.1,pag.516,col.2

Per actionem de eo quod certo loco,petitur quidem ea præcisè quantitas quæ debetur, sed nunquam condemnatur reus ad eam præcisè quantitatem quæ petitur tom.1,pag.516, col.2

In aliis arbitrariis idem iuris est, sed diuersum in eo quod semper in plus condemnatur reus, nunquam in minus ibid.

Actiones bonæ fidei per adiectionem loci non possunt fieri arbitrariæ tom.1,pag.537,col.1, & 2, & 538,col.1, & 2,& cur ibid.

Actio arbitraria de eo quod certo loco, non tantùm refert condemnationem in arbitrium iudicis, quoties certo loco dari merces debuerunt, sed etiam quoties pecunia tom.1, pagin. 530 col.1,& 2

Si agitur in loco destinato solutioni an crescat æstimatio, si aliquid vltra fuerit stipulatum, vel interfit ratione temporis tom.1,pag.531,col.2,532,& 533 col.1,& 2,per totum.

Ex stipulatione non nascitur actio arbitraria nisi cùm locus stipulationi insertus est obligationis tantùm causa tom.1,pag.515,col.2, non autem solutionis tom.1.pag.534,col.2

Per actionem arbitrariam non permittitur actori vtilitatem loci reo adimere quam sibi ex verbis ipsis stipulationis quæ fuit tom.1,pag.526,col.2

Ex stipulatione dandi rem diuiduam Ephesi & Capuæ per actionem directã, totum debitum in vno loco peti non potest, secus per arbitrariam de eo quod certo loco tom.1,pag.521,col.2

Arbitraria conueniri potest reus de eo quod certo loco dare debuit,si nec soluerit, nec actorem in mora constituerit accipiendæ suo loco solutionis tom.1,pag.527, col.2

Tota æquitas actionis de eo quod certo loco ex eo proficiscitur quod per eam actionem vtilitas loci, in quo & petitio & solutio fieri debuit alterutri contrahentium facto, culpáve alterius necessario adimatur tom.1,pag.531, col.1,in fin.

Actio ex stipulatione stricta loci adiectione ad substantiam obligationis fit arbitraria tom.1,pag.516,col.2,Cæteræ autem actiones strictæ ex loci adiectione non fiunt arbitrariæ ibid.

Actio de eo quod certo loco ex stricta fit arbitraria loci adiectione tom. 1,pag.516,col.2

Actiones arbitrariæ præter actionẽ de eo quod certo loco non fiunt ex strictis, neque quicquam commune habent cum strictis, sed omnes sui natura & ab initio sunt strictæ tom.1, pag.516, col.2

Actio interesse.

In actionibus stricti iuris non venit id quod interest, sed tantùm in bonæ fidei iudiciis,in quibus condemnatio fit ex æquo & bono tom.1,pag.469 col.1

In actionibus bonæ fidei, etiam id quod interest,venit non solùm officio iudicis tanquam accessio, sed etiam iure actionis tanquam pars principalis debiti, si aliter satisfieri non possit, ideóque per eandem actionem petitur per quam res ipsa, non per aliam, quia durat prima actio, quandiu non est plenè satisfactum tom.1,pag.595 col.2

Differentia inter Actionem de eo quod certo loco, & actiones bonæ fidei, inter interesse ratione vtilitatis loci,& vsuras tom.1,pag.540,col.2, & 541,col.1

Actio contractus.

Ex contractu non potest actio alij acquiri, quàm ei qui contraxit tom. 2,pag.378, col.2

In actionibus non minus quàm in contractibus subintelligenda semper est clausula rebus sic stantibus tom. 2, pag.211, col.1

Actio tutor.

Pupillus illi ex contutoribus contra quem agit, cedere debet Actione tutelæ aduersus alium qui gesserit, & ex cuius

BIU Cujas

& ex cuius gestione is qui non gessit conuenitur tom.1.pag.622,col.2

Actio seruus.

Actio exercitoria & cæteræ similes exercitoriæ, vt institoria tributoria, quod iussu, & de in rem verso dantur in solidum contra dominum, non de peculio duntaxat,& contra heredes,& heredibus tom.2,pag.19,col.1

Actio tempus.

Actio directa per adiectionē temporis nō potest fieri arbitraria, secus per adiectionem loci tom.1,pag.532,in fin. & 533,col.1, & 2

Actio mora.

Actiones in personam non extinguntur peremptione rei debitæ quoties periit res post moram tom.1, pag.469, col.1

Actio noxa.

Differentia inter actionem noxalem & actionem de peculio, tom.2,pag. 195,col.1

Actio pater.

Actiones pœnales non dantur in heredem,nequidem quatenus rei persecutionem cōtinent, nisi de eo quod ad heredem peruenit, aut post litem contestatam tom.2,pag.412,col.1, sicut nec in patrem de peculio, ibid.

Actio possessor.

Iure ciuili nulla in rem actio prodita est possessori tom.1,pag.712,col.2

Actio commodatum.

An ex commodato & actio furti & actio commodati simul nasci possint tom.1,pag.627,col.1,& 2

In actionibus furti & commodati ex commodato à seruo contra voluntatem domini proficiscentibus commodati egit, non potest amplius furti agere to.1,pa.628,co.1,& 2,& ratio ibid,

Ex commodato ante prætoris edictum, nasci & dari potuit ciuilis in factum actio, quæ præscriptis verbis appellatur tom.1,pag.590,col.2,& 592, col.1

Actio commodatarius.

Commodator debet socio quem conuenit legis Aquiliæ actione cedere aduersus socium, & cuius dolo aut culpa alius conuenitur tom.1, pag. 622,col.1

Actio acquisitio.

Neque iure ciuili, neque prætorio per liberam personam alteri queri potest actio tom.1, pag.561,col.1

Actio retentio.

Liberum vnicuiq; est actiones quas habet remittere tom.2,pag.25,col.1, & retentiones si quibus vti potest omittere ibid.

Actio restitutio.

Per actionem commodati petitur restitutio rei commodatæ, perinde ac per vindicationem, diuerso tamen iure tom.1,pag.596,col.2

Actio obligatio.

De effectibus diuersitatis causarum & actionum eiusdem rei obligatio tom.1,pag.554,col.1

Actio constitutum.

Omnes ferè actiones patiuntur suas exceptiones actione ex constituto exceptæ tom.1.pag.554,col.1

Actio institor.

Actiones ex empto & vēdito ex contractu institoris contra præponentem competentes non sunt directæ, sed vtiles tom. 2,pag.47,col.2

Actio exercitoria.

Ex contractu non vno vel pluribus exercitoribus nauem per se, non per magistrum exercentibus datur actio in solidum contra eum duntaxat cum quo contractum est, vel contra alios pro virili, si cum omnibus simul sit contractum tom.2,.pag.17,col.1,& 2

Actio exercitoria datur contra singulos exercitores ex pluribus, siue pro paribus, siue pro imparibus partibus, eáque in solidum non pro parte,secus actio hereditaria tom.2.pag.16,1col.1

Actio peculium.

Actio de peculio perinde detur contra dominum atq; actio noxalis, tom. 2,pag.141, col.2

Contra actionem de peculio perpetuam eædem exceptiones locum habent quæ aliis actionibus opponi possunt,vt pacti,doli, iurisiurandi, rei iudicatæ,& aliæ similes tom.2,pag. 212, col.1

Actio crimen.

Extincto crimine persecutio eorum quæ scelere quæsita sunt,non est deneganda tom.1,pag.466,col.1

Actio furtum.

Actio rerum amotarum merè persecutoria res est, tom.2,pag.152,col.1

Differentia inter actionem rerum amotarum & condictionem furtiuam tom.2,pag.152,col.1,& 2

Quantum interfit an furti actio cū actione bonæ fidei concurrat,an verò cum actione stricti iuris tom.1,pag. 620,col.2

Actio filiusfamilias.

Ex furto filij non potest pater impunè locupletari,cùm filiusfamilias sicuti ex ea causa conueniri potest, ita & condemnari possit,ex condemnatione verò filij postea pater de peculio conueniri tom. 1,pag.482,col.2

Actio vsura.

In actionibus strictis nulla potest haberi ratio vtilitatis temporis, siue propter vsuras, siue propter fructus, aliásque accessiones, quæ nonnisi ex die litis contestatæ deberi possunt: vsuras verò ne quidem ex die litis contestatæ tom.1, pag.531,col.2

Actio pœnalis vsurarum accessionē non admittit tom.2,pag.152,col.2

Actio,condictio.

Differentia inter condictiones & actiones personales tom.1,pag.254, col.1

Differentia inter condictiones & actiones præscriptis verbis tom.1, pag. 254.col.1

Si certum petatur, est actio, quam nos certi condictionem appellamus tom.1,pag.505,col.2

Creditor indebiti solutionem procuratori suo factam ratam habere potest, vt procuratori condicat, sed non est audiendus si voluntate mutata malit agere mandati contra mandatarium ob inopiam procuratoris, aut conueniendi eius difficultatem tom.1,pag. 424,col.1

Omnes actiones personales olim condictiones appellabantur sumpta denominatione à denunciationibus quæ ad exercendas personales actiones erant necessariæ tom.2,pag.407, col.2

Melius est agere actione ex contractu bonæ fidei quam condictione si vtraque ex eo contractu competat tom. 1,pag.323,col.2

Actor.

Actor intentionem suam probare debet,alioqui summouendus est, etsi nihil reus præstiterit tom. 1,pag. 117,in princip.

Qui probandi onere & necessitate adstringitur actoris partes sustinet, to. 1,pag.177,col.1

Nemo auditur agere aut excipere volens,nisi cuius interfit tom.1,pag. 495,col.1,in fin.

Actus.

Actus non operantur vltra intentionem agentium tom.1,pag.481,in fi.

Ea capienda est interpretatio, per quam actus sustineatur, potiùs quàm pereat tom.1,pag.413,col.2

Ademptio.

Differentia in ademptione legatorum inter legata quæ nuda voluntate adimuntur, & ea quæ per codicillos posteriores testamento confirmatos adimuntur tom.1,pag.335,col.1

Adiectus.

Legem solutionis faciendæ & accipiendæ excedere & prætergredi Adiectus non potest,vt nec alius quilibet mandatarius tom.1.pag.524,col.2

Correus credendi plus iuris habet quàm adiectus solutionis causa tom. 1,pag.562, col.1

Ius obligationis nullomodo commune est ei, qui solutionis tantùm causa adiectus fuit, sed totum residet in persona stipulatoris tom.1.pag. 524, co.1

Adiectus pecuniam solutam creditori reddere debet actione mandati tom.1.pag.562,col.1

Adiectus solutionis causa accipiendæ solutionis ius habere intelligitur ex mandato & voluntate stipulatoris tom.1,pag 562,col.1

Adiectus solutioni non potest reuocari à stipulatore ne quidem re integra; inuito promissore tom.1,pag. 562.col.1,

Adiectus debiti solutionem perperam accipiens indebiti condictione tenetur tom.1,pag.562,col.1,& 2

Adiectus solutionis causa ius habet accipiendæ solutionis perinde ac ille ipse qui stipulatus est adeóque inuito stipulatore in cuius potestate esse non debet vt stipulationem immutet quæ ab initio certam legem habuit tom. 1,pag.523,col.1

Adiectus neque agere neque nouare potest tom.1,pag.523,col.1

Actor præcisè ad hoc agens vt sibi soluatur nulla facta adiecta mentione malè agit,& causa plus petit quoniam adimit reo electionem soluendi adiecto tom.1,pag.523,col.1

Persona adiecta stipulationis causa non censeri potest adiecta solutionis causa vel è contra tom.1,pag.89,col.1

Adiectus constitutum.

In stipulatione adiectus solutioni reuocari per constitutum postea secu-

BIU Cujas

rum ex voluntate & stipulatoris, & promissoris potest tom.1,pag.562.col.2

Adiectus liberatio.

An ex solutione adiecto facta alibi quàm in loco destinato, debitor liberetur,& ad quid teneatur tom.1, pag.523,& pag.524,col.1,& 2.

Solutio facta adiecto etiam inuito ac prohibente stipulatore parit liberationem ipso iure, nisi cum alia res in persona Titij,alia in persona adiecti designata est tom.1,pag.524,col.1

Adiectus locus.

Solutio adiecto facta alibi quam vbi conuentum est stipulatori auferre vtilitatem loci non potest, in quo fieri solutionem stipulator voluit tom.1, pagin.524,col.1

Adire.

Heres hereditatem quandocunque adeundo,iam inde à die mortis adiisse retrofingitur tom.2,pag 49,col.2

Nihil debetur ex testamento, nisi ex eo adita sit hereditas, nec sufficit posse adiri tom.1,pag 333,col.1

Aditio.

Semel adita hereditate omnis defuncti voluntas rata constituitur tom. 1,pag.246,col.1

Quando prætor hereditatem aditam pro non aditâ & non aditam pro adita habeat, tom.1,pag.339,col.1

Aditio non heredis institutio, aut hereditatis delatio illa est, quæ facit heredem tom.2,pag.49,col.1

Aditio coacta in omnibus iis quæ ad commodum aut incommodum heredis spectant pro non aditione habetur tom.1,pag.394,col.1

Adita semel hereditate etiam iussu prætoris, tota voluntas defuncti rata constituitur to.1,pag.394,col.2

Quisquis hereditatem suspectam dicit, eámque excoactus ex S. C. Pegasiano adit & restituit, neque commodum, neque incommodum vllum ex ea hereditate,aut ob eam hereditatis aditionem retinere debet tom.1, pag. 392, col.2

Per restitutionem integram à minore petitam ad repudiandam hereditatem aditio rescinditur à prætore, sed non annihilatur, tom.1.pag.338,c.1

Facit hereditatis aditio in extraneis heredibus quod facit ius sui heredis in suis tom.2,pag.142,col.2

Non adita hereditate legata coruunt, & cætera omnia quæ in testamento continentur tom.1,pag.17,c.2

Aditio non tantùm habet vim confusionis,sed etiam solutionis tom.2, pag.245,col.1

Aditio hereditatis tota ex animo & voluntate adeuntis pendet tom.1, pag.436,col.1

Qui suo periculo adiri iussit hereditatem, omne commodum, quod propter aditionem heres habere potuit,consequitur tom.1,pag.394,c.2

Hereditate non adita,sicut testamentum destituitur,ita & legata, cæteráque omnia coruunt, quæ testamento data erant tom.1,pag.495,col 1

Hereditate semel adita omnis volũtas defuncti rata constituitur tom.1, pag.333,col.1

Aditione nulla opus est filiofamilias ad acquirendam patris hereditatẽ tom.1,pag.376,col.1

Sui heredes nulla indigent aditione tom.1,pag. 332,col.2

Aditio,hereditas.

Tempus aditionis cum tempore mortis continuatur, ita vt nec vlla hereditas vnquam fuisse videatur tom.2, pag.142,col.2

Aditio,probatio.

Aditæ hereditatis probatio difficilis est tom.2, pag.407,col.2

Aditio,emancipatio.

Cur emancipatio & hereditatis aditio per procuratorem fieri non possit? tom.2,pag.378,col.1

Administratio.

Clausula cum libera administratione,quid importet tom. 1,pag. 144, col.2

Differentia inter mandatum habere pro administratione vniuersorum bonorum, & inter habere vniuersalem administrationem bonorum tom. 1,pag.673,col.2

Plus est habere liberam & generalem administrationem, quàm habere vniuersorum bonorum tom.1,pag. 673,col.2

Adoptio.

In adoptione emancipatio interuenit tom.2,pag.98,& 99

Cur onera eius qui in adoptionem datur,siue per adrogationem, siue per adoptionem simplicem ad patrem adoptiuum transferantur tom.2, pag.230, col.1

Adrogator.

Adrogator est quasi heres,& vniuersi iuris successor tom 1, pag.490,col.2

Adrogator an sit loco heredis adrogato? tom.2,pag.230,col.2

Adrogatus.

Paterfamilias qui se dat adrogandũ simul cum capite, fortunas quoque suas omnes in familiam & domum adrogatoris sui transfert tom.2,pag.230, col.2

Si pater adrogator nolit adrogatum aduersus creditores defendere, permittitur creditoribus vrgere missionẽ in possessionem bonorum filij tom.2, pag.230, col.2

Ædes.

Dominus ædium vitiosarum aut cauere pro ædibus in solidum cogitur, aut iis in solidum carere tom.2.pag. 194,col.2,& 195

Ex damno ab ædibus vitiosis illato dominus supra ædium valorem non tenetur tom.2,pag.194,& 195

Ædificia.

Reipublicæ interest refici ædificia quæ ruinam & casum minantur,itémque collapsa restitui,ne vrbs ruinis deformetur tom.1,pag.59,col.1

Quod in area ædificatum est solo cedit tom.1,pag.391,col.1,& 2, non tantùm quod ad proprietatem, sed quod ad possessionem ibid.

Quod ædificatum est in area aliena, iam inde à quo tempore ædificatum est,cœpit pertinere ad areæ dominũ, quamuis ignorantem, adeóque inuitum tom.1,pag.391,col.1

Æqualitas.

Æqualitas seruanda tom.1,pag.187, col.2

Æquipollens.

Nihil refert an quid ex æquipollẽtibus fiat tom.1,pag.15,co.1,

Nihil refert quid ex æquipollentibus fiat,tum quoque cum de implenda conditione tractatur tom.1,pag.669, col.1

Æquitas.

In omnibus præcipua est iustitiæ & æquitatis magis quàm stricti iuris ratio tom.1,pag.216,col.1, licèt non sit scripta ibid.col.2

Tribonianus æquitatis auctor præcipuus eius scilicet quam interpretes contra veram iuris rationem solent introducere tom.1,pag.254,col.2 & 261,col.2

Conciliatio æquitatis vsucapionem introducens cum æquitate neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem tom.1,pag.350 col.1,&2

An in iudiciis strictis æquitatis ratio vnquam habenda sit? tom.1, pag.228,col.1

Maior æquitas tanquam fortior vnica minorem tanquam debiliorem tom.1,pag.550,col.2

Vna æquitas potest cum alia pugnare tom.1,pag.350,col 1

Magna æquitas maiore & contraria æquitate eliditur tom.2,pag.156,col.2

Iurisconsulti strictæ iuris rationi æquitatem anteponere potuerunt, sed legum autoritati non potuerunt tom. 2,pag.216,col.2

Æquitas,vtilitas.

Vtilitas pro æquitate, & æquitas pro vtilitate, tom. 2,pag.375,col.1,&2

Æquum.

Prudentes passim pro æquo habent quod est vtile,& pro iniquo quod est inutile tom.1, pag.559,col.1,in fin.

Æs

Æs alienum cuiusque patrimonij non certi loci, sed vniuersarum facultatum dominus est tom.2pag.216,c.1

Æstimare.

Dolus & culpa iudicis officio & citra iusiurandum potest æstimari tom, 1,pag.241,col.2

Æstimatio.

Tanti magnæque res esse intelligũtur,quanti vendi possunt tom.2,pa.29

Differenria inter æstimationem rerum mobilium ab æstimatione immobilium tom.1,pag.496,col.1

Immobilium rerum æstimatio plerunque ex earum reditu ineunda est, interdum etiam ex affectione emptoris propter loci opportunitatem aliásque causas tom.1,pag.496,col.1

In æstimatione rei immobilis,sufficit etiam vt tanti habuerit emptor rem emere,cùm nemo ex necessitate emat, sed ex voluntate & electione tom.1, pag.496,col.1

Cur prætor in edicto de re iudicata, & de sententiarum effectu & executione voluerit in omnibus actionibus litem à iudice æstimari per sententiam tom.1.pag.508. col.2

Non adeò attenteretur tempus moræ in contractibus stricti iuris ad ineundam rei æstimationem tom.1, pag. 510,col.1

Iudex non potest sine delatione iurisiurandi æstimare rẽ, quæ non extat tom.1,pag.511,col.1, si modò perierit post moram & ante litem contestatam, ibidem.

In condictione triticaria,neque petitæ

BIU Cujas

tiæ ſpecies, neque earum rerum quæ functionem in ſuo genere recipiant lis æſtimanda eſt quanti fuit eo die quo dari debuit tom.1,pag.513.col.1

Re peremptæ præſens precium nullum eſſe poteſt, niſi quod iudex per iuriſiurandi delationem æſtimauerit peremptæ poſt moram re debita tom. 1,pag.518.col.2.

In ineunda rei debitæ æſtimatione ex contractu ſtricto, inſpicimus tempus litis conteſtatæ tanquam nouiſſimum inſtans, quo ſolui res potuit tom.1,pag.519,col.2

In bonæ fidei iudiciis æſtimatur res debita inſpecto tempore præcisè moræ aut condemnationis: In iudiciis vero ſtrictis inſpecto præcisè tempore litis conteſtatæ, excepta conditione triticaria, in qua inſpicitur præcisè tempus condemnationis,& furtiua in qua æſtimatur res quanti plurimi fuit à lite conteſtata tom.1,pag.597,col.2

Actio legis Aquiliæ quomodo differat à condictione furtiuæ in rei æſtimatione tom.1,pag.597,col.2

Vltra tempus ſententiæ & æſtimationis non poteſt æſtimatio creſcere tom.1.pag.597, col.2

Cuius temporis habenda ſit ratio in ineunda rei debitæ æſtimatione, ſiue ex bonæ fidei,ſiue ex contractu ſtricto res debeatur tom.1,pag.597,col.2

Falſum eſt quod dicunt interpretes Vlpianum in §.in hac actione, l.3. D. Commod. ſenſiſſe in iudiciis quidem bonæ fidei tempus inſpici rei iudicandæ,in ſtrictis vero litis conteſtatæ præcise, ſed eo tantum caſu quo æſtimatio facienda ſit per iuſiurandum in litem,non per alias probationes tom.1, pag.597,col.2

Quid intelligant Iureconſulti, cùm dicunt re facta deteriore poſt moram habendam eſſe rationem (in conditione triticaria) quanto deterior res facta ſit, & ad tempus moræ reducendam eſſe æſtimationem tom.1,pag. 512.col.2

Æſtimatio quæ facit emptionem, transfert periculum rei æſtimatæ in recipientem tom.1,pag.604 col.1.& 2.

Æſtimationis proprium eſt,vt faciat emptionem,niſi cùm aut voluntas cõtrahentium repugnat, aut natura negotij tom. pag.604 col.2

Quando repugnet voluntati contrahentium vt æſtimatio faciat emptionem, & quando repugnet natura negotij tom.1,pag.604,col 2, & 605 c.1

Rei per conditionem triticariam peritæ, æſtimatio fit tempore præcisè condemnationis, ſiue pluris res ſit eo tempore,ſiue minoris tom.1,pag.510, col.1

In condictione triticaria non eſt ſpectandum quanti plurimi res vnquam fuerit à tempore moræ ad tempus vſque condemnationis tom.1, pag.510,col.1

In bonæ fidei iudiciis ſpectamus tantùm vtro tempore res pluris fuit, aut moræ,aut condemnationis,ſed nõ à tempore moræ vſque ad condemnationem tom.1.pag.510.col.1

Inauditum eſt in libris noſtris nomen æſtimationis quanti plurimi extra caſum legis Aquiliæ & condictionis furtiuæ tom.1.pag.510.col.1,

Etiam in condictione furtiua æſtimatio quanti plurimi non creditur retrorſum iudicij accipiendi tempus tom.1,pag.510,col.1,ideſt litis conteſtatæ ibid.

Aliud eſt res, aliud rei æſtimatio tom.1,pag.470, col.1

Longè aliud res ipſa eſt, aliud rei æſtimatio tom.1,pag.633,col.1

In re ipſa rei quoque æſtimatio eminenter continetur,vt qui rem habet eius quoque precium habere videatur tom.1, pag. 633, col 2

Fauorabilior eſt cui ex cauſa contractus præſtita æſtimatio eſt pro re quę reddi ipſi debuerat, quàm is cui æſtimatio ſoluta eſt,non ex contractu, ſed ex neceſſitate ob amiſſam culpa rem quam ſi non amiſſa fuiſſet, reſtituere petitori teneretur tom.1,pag.634.c.2

Semper & quacunque actione propoſita lis æſtimanda eſt tom. 1,pag. 634.col.2

Differentia inter actiones bonæ fidei,& ſtrictas cum de ineunda rei debitæ æſtimatione quæritur, non minùs quàm cum de acceſſionibus agitur tom. 1,pag 511.col.1

Æſtimationem rei à iudice etiam poſt præſtitum iuſiurandum in litem fieri,non à iurante introduxit Tribonianus contra iuris rationem tom.1, pag 211,col.1

Soluta litis æſtimatio domino ſimilis eſt emptioni,& transfert dominium non ſoluta vero tantùm vſucapiendi facultatem tom.1pag.710,col 1

Æſtimari hominem mortuum aliquando neceſſe eſt,vt actori ſatisfiat tom.1,pag 465,col.2

Quænam æſtimatio faciat emptionem tom 1.pag.465.col.2

Si dare mihi debuiſti centum libras eo tempore quo floreni non niſi quadraginta ſolidis æſtimabantur, nec tamen dediſti,niſi poſt auctam floreni æſtimationem ad 50. vſque ſolidos an perdidiſſe aliquid dicendus ſim an potius non acquiſiuiſſe? tom 1, pag.215,col.2.& an hoc ſit in lucro, an in damno ibidem

Quid & quantum præſtare debeat is qui ex ſua promiſſione vel qua alia de cauſa tenetur quanti res eſt,nulla certæ pecuniæ promiſſione facta? tom.1, pag.207,col.2

De æſtimatione affectionis tom.1. pag. 212.col.2

Vnumquodque æſtimandum eſt ex eo tempore quo ſolui nouiſſimè potuit tom.1.pa.532,col.2

Æſtimatio fieri debet rei deterioris ſed non vilioris tom 1,pag.512,col.1,

Nihil intereſt debitoris an creſcat vel decreſcat æſtimatio rei debitæ,nec ſi poſt moram ea diminutio contigerit,ſi modò debitor ex contractu ſtricto tenebatur,dum ne ea valoris diminutio ex ſuperueniente deterioratione contingat tom.1,pag.512,col.1,in fin,& col.2

Ex eo tempore quidque æſtimandum eſt quo ſolui nouiſſimè potuit tom.1,pag.509,col. 2

Litis æſtimatio in omnibus pro emptione & venditione eſt tom.1,pag. 226,col.1

An fatuus iudex ſit qui pro re condemnat ad rei æſtimationem? tom.1, pag.207.col.1

Æſtimatio rei in iudicium deductæ non reſcit per iuſiurandum in litem tom.1,pag.207,col.2, ſed continuata æſtimatur vltra precium ibidem.

Litis Æſtimatio niſi in pecunia numerata fieri nullo modo poteſt tom.1, pag.509,col.2

Diuerſitas temporis & loci diuerſitatem æſtimationis facit tom.1, pag.530,col.1

Neque in iudiciis ſtrictis neque in bonæ fidei in quibus pleniores præſtationes fiunt, æſtimatio vnquam præſtatur quanti plurimi res fuerit à tempore moræ ad tempus vſque rei iudicatæ, ſed vtro tempore res pluris fuit aut moræ, aut condemnationis tom.1, pag.511,col.1,& 2,etiam in condictione triticaria.

Etiam eius quod intereſt æſtimatio ad certum præcisè tempus reſtringenda eſt, neque ex eo quod pluris vel minoris poſtea intereſſe cœperit,actio recipere debet augmentum vel diminutionem tom.1,pag.511,in fin. & pag.512,in princ.

Iudex pro fundo, aut tritico petito reum ad æſtimationem condemnare poteſt tom.1,pag.506,col.1

Æſtimatio quanti plurimi nulla locum habet in condictione triticaria, cæteriſque actionibus ſtricti iuris quoties mora præceſſit,nulla interueniente deterioratione tom.1,pag.510,col 1

Cuiuſnam temporis habenda ſit ratio in ineunda rei debitę æſtimatione? tom.1,pag.55, col 1, & 2, & 56, col.1,& 2

Cuius loci habenda ſit ratio in æſtimanda re debita? to.1,pag.56,col.2

Extinctæ rei æſtimatio non aliter fieri poteſt quam ſi aut furto ſubtracta fuerit aut poſt moram debitoris peremptatom 1.pag 169 & 170, col.1.& 2, &pag 171.col.1.& 2

Quando & quomodo peremptę rei citra iuſiurandum æſtimatio fieri poſſit & quo tempore? to.1,pag.170,col.1, & 2.& 171,col.1.& 2

Quando res peremptæ deberi poſſit quando ipſius æſtimatio tom. 1, pag. 170,col.1

Hominis ante moram extincti æſtimatio nulla eſt tom.1,pag.387,col 1

In æſtimanda re debita ex ſtipulatione,aliove contractu ſtricto,ſi res adiecta ſit ſolutioni, illius precisè temporis æſtimatio præſtanda eſt quo dari res debuit tom.1,pag.214,col.2

An operę poſſint æſtimari tom.1, pag 379,col.1,& 2

Æſtimatio quanti plurimi ſolum habet locum in actione legis Aquilię & condictione furtiua tom.1.pag.237, col.2

In æſtimatione ineunda rei debitę ex iudicio ſtricti iuris inſpiciendum eſt precisè tempus litis conteſtatę tom.1,pag 471.col.1

In iudiciis bonę fidei vtrũ ſpectandũ ſit vtro tempore res pluris fuit, an moræ,an rei iudicatę tom. 1, pag. 471, col.1

Corporum liberorũ nulla poteſt fieri æſtimatio tom.2.pagin 27.col.1

Præſtita litis æſtimatio pro emptione eſt aut ſaltem emptionis ſimilis tom.1,pag 299,col.1

Improbus videtur actor qui bis eiuſdem damni æſtimationem conſequi velit tom.1, pag.463, col.1,etiam contra furem ibid.

Eodem modo fit æſtimatio hominis mortui quę bouis mortui tom. 1, pag. 228.col.2

Rei peremptę æſtimatio non poteſt creſcere poſtquam res eſt peremptatom 1,pag.485,col.2

In æſtimatione rei peremptę melior eſt conditio futis & mulieris quę mariti res amouit quàm eius qui contra legem Aquiliam vulnerauit hominem vel occidit tom.1.pag.471.col 1

In actione rerum amotarum & con-

BIU Cujas

dictione furtiua æstimatio quanti plurimi non egreditur retrorsum iudicij accipiendi tempus to. 1, pag.471,col.1

In omnibus actionibus stricti iuris nulla potest haberi ratio æstimationis quæ præcessit litis contestationem tom.1,pag 471,col.1,& ratio ibid.

Æstimatio vendit.

Tanti vnaquæque res esse intelligitur quanti vendi potest tom 1,pag. 495,col.1 nempe homini scienti conditionem rei ex communi hominum existimatione,non ex priuati hominis affectione tom.1,pag.495,col.2, nec vno aut altero momento,sed pluribus diuersisque temporibus ibid.

Æstimatio pecunia.

Pecunia sola est quæ per pignorum capionem & distractionem explicari commodè potest, inuito etiam condemnato, & ipso tamen non hoc vel illud facere, sed pati tantum coacto tom.1,pag.508,col.2

Æstimatio condictio.

De æstimatione rei post moram & post litem contestatam peremptę per condictionem certi petitę, & de æstimatione rei per condictionem triticariam tom.1,pag.511.col.1

Per condictionem certi,quę ex mutuo non quę ex stipulatione petitę merces certo die debitæ æstimandæ sunt, quanti fuissent eo die quo dari debuerunt,quanti vero tunc cùm iudicium accipereturſi de die nihil conuenit tom.1,pag.513,col.2 secus per triticariam ibidem

Non est differentia inter æstimationem quæ fit in condictione triticaria speciei debitę,& eam quę fit rerum quę in pondere,numero,vel mensura consistunt tom.1,pag 509,col.2,in fin.

Cur rei per triticariam petitę æstimatio fieri debeat tempore condemnationis tom.1,pag.509,col.2, & 510, col.1, & 2. & 511,col.1

In condictione furtiua res non æstimatur habita præcisè huius vel illius temporis ratione quomodo in cæteris condictionibus & actionibus stricti iuris inspicitur præcisè tempus litis contestatę, sed quanti plurimi res fuit à die litis contestatę tom.1,pag. 240,col 1

Differentia inter æstimationem quę fit in condictione triticaria, & eam quę fit in aliis condictionibus tom.1, pag.509,col.2

Æstimatio deterioratio.

Res æstimata ea æstimatione quæ non facit emptionem, scilicet quoties conuentum est, vt eadem ipsa res quæ æstimata est aliquando reddatur, non magis potest reddi deteriorata quàm deperdita,nisi cùm cõuenit vt eadem ipsa corpora æstimata omnino reddantur to.1,pag.604,col 2

Æstimatio commodatum.

Cur in commodato æstimatio rei commodatę transferat periculum in commodatarium & quomodo tom.1, pag.605. col.1,& 2.

Affectio.

Nunquam affectioni indulgendum est cum authoritas iuris refragatur tom.1, pag.218,col.2

Affirmare.

Qui affirmat rectè credi operariis suis,retinetur actione ex locato iis qui operariis vestimenta polienda dederunt tom.2,pag.47,col. 1,& 2

Contra se affirmanti & scribenti credendum est tom.2.pag.351,col.2, in fin.

Afflictio.

Afflictio non est danda afflicto,tom. 2, pag.28,col.2

Africanus.

Africanus progredi solet à casibus dubitabilibus ad dubitabiliores tom.2 pag.198,col.2

Agere.

Si non valet quod ago vt ago,valere debet vt valere potest tom.1 pag.548,col.1. in multis tamen casibus non habet locum col.2

Si decem quis dederit alicui, vt domum faceret intra tempus, & tantùm tempus præterierit, vt certum sit intra tempus residuum fieri domum ampliùs non posse,an statim agere possit ad interesse tom.1,pag.49,col.2

An ex data pecunia alicui, vt intra tempus insula fiat,expectandum sit, vt tantùm temporis præterierit, quanto insula ædificari potuerit, an verò sufficiat vt inchoandæ insulę mora facta sit nec aliud quicquam expectari oporteat? tom.1,pag,49,col.2

Nemo cogitur agere,nec si quis velit agere ex l,diffamari tom.1, pag.55,col.2

Qui cum magistro nauis contraxit, atque ita exercitorem quoque sibi obligauit,cùm alterutro eorum agendo, cum altero agere ampliùs non potest, licèt à priore nihil,aut minus quam ei deberetur fuerit consecutus tom.2, pag.14.col.1,& 2

Malè agit qui re,aut tempore, aut aliter plus petit tom.2. pag.360,col.1

Non minus impossibile est vt quis cum seipso agat,quàm sine actione cũ alio tom.2,pag.166,col.2

Consumitur actio quæcunque exercetur, si competat tom.1,pag.425, col.1

Neque agere, neque retinere quisquam cogitur tom.2,pag.25,col.1

Nemo agere aut retinere cogitur necessitate præcisa, sed tantùm necessitate causatiua, ideſt, nisi malit soluere id cuius nomine conuenitur tom.2, pag.25,col.1

Qui ante tempus agit, non malè, sed perperam agit,ita vt nec actionem eo nomine competituram consumat tom.1.pag.522,col.1

Nemo potest agere sine actione tom.2,pag.383, col.1

Quibus casibus res inter alios acta aliis prodesse,aut nocere debet tom.1 pag.129, col.2

Non aliud in dubio actum esse intelligitur,quàm quod expressè dictum est tom.2,pag.38,col.2

Qui ante diem cedentem agit, non tam malè agit,quàm nihil agit, si sub conditione concepta sit obligatio,qui verò ante diem agit,cùm in diem cõcepta est obligatio, non tam nihil agit, quàm malè agit tom.1,pag.76,co.1

Sine actione agere nemo potest,nisi contra seipsum tom.1,pag.109,col 1

Qui semel egit,non potest iterum,si ea actione succubuit, alia actione agere,nisi deceptus fuerit tom.2,pag. 102,col.1,& 2

Quod inter alios actum est,aliis neque prodesse debet, neque nocere tom.2,pag.180,col.1

Nemo magis potest agere in personam sine obligatione præcedente quàm sine actione tom. 1,pagin. 593,col.2

In condictionibus ipso iure nullus non tam exceptione omnium actor repellitur,quàm quia sine actione agit,agendo ex contractu qui iure ipso non tenet tom.1,pag 629,col.2

In cuiusque potestate est quando agere velim,non etiam quando conuenitur tom.1,pag.630,col.1

Cùm quæritur quid in conuentionibus actum sit, illud potissimum & maximè inspiciendum est cuius gratia conuentio facta sit & cui legem dictam esse contrahentes voluerint to.1, pag.651,col.1,in fi.

Non contrahimus cum inuito sed agimus contra inuitum tom.1,pag. 796,col.1

Agere,cessio.

Quando actionis cessio necessaria est,non magis ex æquitate, quàm ex rigore iuris agi successione potest to.1, pag.289,col.1

Agere soluere.

Commodius est retinere quàm agere,& non soluere quàm solitum repetere tom.1,pag.337,col.1

Agnitio actio.

Agnitio debiti impedit præscriptionem earum actionum quæ sui naturæ sunt perpetuæ nec nisi ex Imperatorum constitutionibus factæ sunt temporales, non autem perpetuat eas actiones quæ sui natura & origine sunt temporales tom.1,pag.575,col.1

Alienare.

Solutionem accipere est alienare debitorem tom.2,pag.256,col.1

Filius à patre alienari nisi improbè, & impiè non potest, vno casu excepto tom.2,pag.267,col.1

Non alius quam qui dominus est alienare aut pignori dare potest tom.1, pag.349,col.2

Nemo potest eam sibi legem dicere ne alienare rem suam possit tom.1, pag.649.col.1

Dicitur alienare qui rem in iudicium deducit quoniam actionem consumit & amittit tom.1.pag.166,col.2

Alienatio.

Differentia inter alienationem factam ex causa venditionis & factam ex causa legati tom.2,pag.237,col.1

Alienatio fit cum sua causa tom.1, pag.111,col.1

Alienatio post litem motam facta videtur fraudulenter facta tom.2,pag. 231,col.1,& 2

Pupillis furiosis, & prodigis interdicta est omnis rei suæ alienatio tom.1, pag 384,col.1,carent enim iudicio, furiosi etiam sine sensu ibid. persona enim facit locum repetitioni ibid.

Alienationem cum dicimus omnem actum significamus per quem dominium transfertur tom.2,pag.237, col.1

Iure veteri minori non erat interdicta nummorum suorum alienatio & aliarum rerum quæ sine prætoris decreto possunt alienari secus de iure nouo tom.1,pag.384,col.2

Alienationis verbo etiam illa continetur alienatio quæ per legem fit non minus quàm quæ per hominem tom.1,pag.495,

BIU Cujas

tom.1.pag.495,col.1

Non potest alienatio fieri nisi cum sua causa tom 1.pag.685,col.1

Dissimulatio non potest carere dolo, si sit domini rem suam alienatam scientis tom. 1,pag.688,col 2

Non alienantur nummi qui sic dantur vt recipiantur, tom 1,pag.692,col.2

An seruus liberam peculij administrationem habens, rem alienare aut pignori tradere possit tom.1,pa. 349, col.1,& 2

Non alienantur nummi qui sic dantur vt statim recipiantur,nec si fuerint vere debiti tom.1,pag.414.col.2

Alienatio necessaria ferè alienationis nomine non continetur tom.1,p. 491.col.1,& 2

Alienatio dicitur omnis actus per quem dominium transfertur tom.1, pag.489.col.1

Alienatio quælibet fit cum sua causa tom.2,pag.192,co.1,&2

Alienationis appellatione is demũ actus significatur per quem dominium transfertur tom.2,pag.268.col.1

Alienatio,præscriptio.

Species alienationis est si quis rem suam,aut sibi debitam vsucapi aut præscribi patiatur tom.1,pag.677,col.2

Alienum.

Res aliena neque donari, neque permutari,neque in dotem dari potest tom.2,pag 268, col. 1, vendi autem potest ibid.

Alluuio.

Alluuio quid sit tom.1, pag.684, col.2

Alternatiuum,obligatio.

Quoties duo alternatiuè promittũtur vtrumque est in obligatione tom. 2,pag.400,col.2

Amare.

Modus amandi Deum est amare sine modo tom.2,pag.124,col.1

Amissio.

Nuda voluntas non sufficit ad simplicem dominij amissionem tom.2, pag 165 col 2

In depositi, commodati,& locati iudicio quomodo succurratur ei qui amissam rem soluit si postea recuperetur 1, pag.450,col.1,& 2

Anima.

Anima hominis rebus omnibus est præferenda tom.1,pag 216,col.2

Annona.

Præcipua cura fuit annonæ apud Romanos ne quis eam fraudaret, aut cariorem,aut arctiorem redderet tom. 1.pag.369,col 2

Annus.

Annus vtilis quando incipiat currere tom.2,pag.266,col.1

A nus,actio.

Actiones omnes prætoriæ annales anno vtili non continuo concluduntur tom.2,pag.265,col.2

Antapocha.

De apocha & antapocha tom.1, p. 443,col.2

Antichresis.

Cum antichresis contracta est creditor non tam lucratur fructus quàm compensat cum vsuris pecunię sibi debitæ tom.1,pag 653.col.1

Omnis antichresis pignus est sed non cõtra,est enim tantùm species pignoris tom.1,pag.716,col.1

Finita antichresi per solutionem aut satisfactionem actio pignoratitia finit finito pignore competit tom.1, pag.716,col.1,& 2

Antinomia.

Antinomia in l. si tibi pecuniam 20, D. si cert.pet. & l. cum in corpus 36 D. de acquir.rer,dom. tom.1,pag.46 & 47,

Antinomia in l. si tibi pecuniam 20. D si cert.pet.& l.si quis duos 67. D. de solut. tom.1,pag.53 col.1.& 2

Antinomia in l.res communis 45. & seqq. D. pro soc. cum l. si is cui 71. in princip.D.de furt. tom 1,pag.237.col 1

Antinomia in l.3.4. vnde rectè dicitur.cum l.quamuis 18.D.de in rem vers. tom.2,pag 308,col.2

Antinomia in l. ei qui 9. D.de furt. cum l qui restituere D. de rei vindic. tom.1,pag 239,col.2

Antinomia in l.eo tempore 50.§ 1.D. de pecul.cum l.si creditor 83. D.ad leg. falcid. tom 2,pag.244.col.1,& 2

Antinomia in l.singularia 15.D.si cert. pet.& in l. qui negotia 34. D. mandat. tom.1.pag.42,col.2,& pag.43

Apparens.

Non entium & non apparentium idem est iudicium to.1,pag.556.col.2

Apparere.

Nihil refert aures non extet an non appareat tom.1,pag.230,col.2

Appellatio.

Appellatio dicitur extinguere iudicatum to.1,pag.365,col.1,

Magno reipublicæ detrimento permissa est appellatio & petitio reductionis ad arbitrium boni viri ex iuris canonici vt vocant æquitate tom.1,pag. 117,co.1,in fin.

Approbare.

Ratione coniunctionis is qui epistolam recipit videtur ea omnia approbare quæ in ea epistola continentur nisi statim dissentiat tom.2,pag.134.col.2

Regulare est vt qui non improbat statim quod iure probare potest, hoc ipso probare intelligatur tom.2,pag. 134,col.2

Approbatio,subscriptio.

Subscribens instrumento censetur approbare omnia quæ instrumento illo continentur, perinde ac si totum instrumentum sua manu perscripsisset tom.1,pag.724.col.2

Apud,penes.

Differentia inter apud te esse & penes te to.1.pag.12.col.1

Aquilia condictio.

Indebitum solutum ex falsa causa actionis legis Aquiliæ repeti non potest to.1,p.368,col.2

Arbiter.

Sententiæ arbitri parendum est metu pœnæ t.1,p.377,col 1

Ex sententia iudicis nascitur actio ecus ex arbitri & ratio differentiæ tom. 1,pag.377.col 1

Arbitraria.

In actionibus arbitrariis quando & quomodo iudici permittatur ex bono & æquo æstimare litem quam si actor iurauerit, vel quanti reuera interfit actoris tom 1,pag 225,col.2

Malè pragmatici arbitraria faciunt omnia etiam ea quæ ex mera iuris ratione & necessitate pendent tom. 1, pag 222,col.2,in fi.

Arbitrarium.

Arbitrarium an probari possit & quomodo iniustè à iudice pronunciatum tom.1,pag 178.col.1

Arbitrium.

Iudicis arbitrium tale semper esse debet quale viri boni tom.1,pag.476, col 1

Area.

Area pars domus est & quidem maxima cui etiam superficies cedit tom.1, pag 690,in fi

Legata insula si ea cõbusta esset area nihilominus vindicari posset tom. 1, pag.691,col.1

Arelatum.

De republica Arelatensi tom.2, p. 58,col.2

Argentum.

Argentum infectum differt toto genere ab argento facto tom. 1, p. 493, col.1

Argumentum.

Valet argumentum negatiuum à genere ad speciem non è contra to.1, pag.5 col.1

Non valet argumentum à maiori ad minus affirmatiuè, sed negatiuè tantum,sicut nec valet negatiuè à minori ad maius, sed affirmatiuè duntaxat to. 1.pag.707.col.2.

Arrha.

Contractus arrharum est alius & separatus à contractu venditionis tom.2, pag.48,col.1

Auersio.

Quid sit nauem per auersionem cõducere tom.2.pag.40,col.1

Auferre.

Non est ferendum vt cuiquam hominum ius suum per alium auferatur tom.1,pag.44,col.2

Augmentum.

Inducta ad augmentum non debent operari diminutionem tom.2,pag.273, col.2

Auus.

Officium aui erga neptem ex officio patris erga filiam pendet to.2,pag.292, col.1

Auxilium.

Quę de nouo emergũt,nouo semper indigent auxilio tom.2,pag.11,col.2

B

Beneficium.

Beneficium ideo dat vt recipiat qui dignus est decipi tom.1,pag. 258,col.2

BIU Cujas

Prætor non vult beneficium suum cuiquam esse captiosum sicut nec princeps tom.1,pag.326 col.2

Qui beneficium ab aliquo accepit hoc ipso naturaliter obligatur ad ἀντιδωρα & tom.1,pag.370,col.1

Qui gratuitam pecuniam nullis per stipulationem aut pactum promissis vsuris accepit, beneficium accipit tom.1, pagin.370 col.1

Beneficio affici hominem interest hominis tom.1.pag.600,col.1

Adiuuari quem beneficio non decipi oportet to.1,pa 632,col 2

Beneficium interesse.

Interest hominis hominem beneficio affici tom.1,pag.276,col.1

Bona.

Error notariorum qui vt bona omnia in stipulatione comprehendant adiiciunt tantum, tam mobilia quàm immobilia tom.2,pag.162,col.2

Ex bonis cuiusque esse creditur quod supereſt deducto omni ære alieno tom.1,pag.333,col.2

Generali appellatione bonorum etiam nomina debitorum comprehenduntur tom.1,pag.682,col.2

Rem in bonis habet quisquis aut directum dominium, aut, vt ab interpretibus appellatur vtile aut quasi dominium habet aut bona fide possidet tom.1,pa.734,col.1

Bona cuiusque consistunt in actionibus & nominibus debitorum tom.2, pag.281,col.1

Bonorum possessio.

Quomodo ad bonorum possessionem contra tabulas filius admittatur ex edicto prætoris? tom.1, pag. 299, col.1

Bonorum possessores omnes loco heredum habetur tom.1.pag.338,col.1

Nihil aliud exigit prætor ad dandam bon.poss.sec. tab. interdum siue re,interdum etiam cum re futuram nisi vt septem testium signis signatæ sint & testator habuerint testamenti factionem, vtroque tempore & testamenti & mortis tom.1,pag.338,col.1

Cur olim decretalis bonorum possessio tutori daretur nomine infatis & Curatori nomine furiosi tom.1, pag. 459,col.1

Bonum.

Bono melius inuenitur tom.1,pag. 14,col.2

Bonus.

Quilibet in dubio præsumitur bonus si non probetur malus tom.1,pa. 185,col.1

C

Calumnia.

Calumnia materiam præbere non potest iustæ transactionis tom.1, pag.434,col.2

Calumnia nunquam est sine dolo malo,cùm sit plus quàm dolus tom.2, pag.89,col.1

Calumnia delictum est & quidem grauissimum & turpissimum tom.1,pa. 85,col.1

Calumniator.

Per legem Remniam fraus calumniatoris inurebatur vt quisquis integræ frontis non esset, hoc ipso calumniator probaretur tom 1,pag.185,col.1

Capere.

Nemo videtur id cepisse quod necesse habuit alij restituere tom. 1, pag.698,ocl.1

Casus.

Inter casus fortuitos est si furtum fiat à seruo fugitiuo ad hostes qui nec fugere solitus erat nec custodiri tom.1, pag.640,col.2,in fi.

Casus aduersáque fortuna etiam optimo cuique potest accidere tom.1. pag.207,col.2

Casus fortuiti periculum non ad alium pertinere solet quàm ad dominum tom.1,pag.30,in fi.

Casus aduentitij non sunt imputandi tom.2,pag.60,col.2

Casus aduentitij qui possunt aduenire non sunt imputandi, secus qui iam aduenerunt tom.2.pag.204,col.2

An Casus superueniens excuset à pœna præcedentis culpæ & quomodo? to.2,pag 39,col 1

Casus fortuitus non excusat quem sine mora siue culpa præcessit tom. 1,pa.306,col.2

Casus fortuiti quos nullum consilium humanum præuidere aut impedire potest à nullo præstantur tom.1, pag.605,in fi.& 606

Casus aduentitij non sunt computandi tom.1,pag.618,col.1

Quisquis de periculo,tenetur etiam de casu fortuito tenetur tom.1,pag. 641,col.1

Casus culpa.

Casus fortuiti à nemine præstari debent nisi culpa casum præcedat to. 1,pag.607, col.1, si modo commissa sit culpa in ordine ad illum casum & casus ille ob eam culpam contigerit ibi. & 635, col.1

Cauere.

In bonæ fidei iudicijs illud singulare est ius,vt ex causa,cauendum aliquando sit priusquam debeatur to. 2,pag.234,col.2

Causa.

Causa stipulationis & obligationis pro ipsa stipulatione & obligatione aliquando sumitur tom.1,pag.320,col.2

Defectus causæ finalis semper impedit effectum dispositionis paritque exceptionem doli etiam in legatis & vltimis voluntatibus tom.1,pag.415 c 2

Differentia causæ finalis in vltimis voluntatibus & in actibus inter viuos tom.1.pag.415,col.2

Causa remota occasionis potius quàm causæ nomen meretur tom.2, pag.425,col.1

Vna eademque causa non solet duas parere obligationes aut actiones tom. 2,pag.285,col.2

Quod sit ex ordine ad causam illam referendum est cuius gratia fiat tom.1, pag.245,col.1

Cessante causa cessat eius effectus to.2,pag.253,col 1

Vna causa non potest operari circa diuersos effectus to.2,pag.367,col.1,& 2,in princip.

Prima causa potius attendenda quã secunda tom.1.pag.314,col.2

Nihil refert vtrum ab initio sine causa datum quid vel promissum sit, an verò causa propter quam datum est, vel non secuta sit vel iam finita tom. 1,pag.447,col.1,& 2

Diuersitas causę diuersam quoq; rem facit & quodammodo diuersam actionem ita vt impediat ne exceptio re iudicatæ obiici possit to.2.pa.58,col 1

Sumitur causa quandoque pro contractu tom.1,pag.17,col.1

Differentia causæ quæ exprimitur per modum causæ & eius quæ exprimitur per modum condicionis tom.1, pag.416,col.2

Error in falsa causa transferendi dominij non impedit translationem vt neque falsa causa obligationis impediat obligationem tom.1,pag.435,c.2

Causa pœna.

Differentia inter causam & pœnam to.1,pa.364,col.2

Causa actio.

Qui se adstringit ad vnam causam si non probat an & quomodo succumbat, & an iterum eadem actione etiamsi ex alia causa agere possit& quomodo tom.2,pag.58,& 59

Causa iudex.

Qui bonam causam habet succumbere facilè potest non tantum per sordes,aut per gratiam vel imperitiam iudicis sed etiam casu, id est per imprudentiam iudicis ad facti circumstantias non satis prudenter attendentis tom.1.pa.311,col.1

Causa condictio.

Differentia inter causam quæ ab initio non valuit iure,ab ea quæ valuit, sed non habuit effectum ad hoc vt condictio competat tom.1.pag.418,c.2

Cautio.

Cautio pro deductione est tom.2, pag.175,c.1,in fi.

Cautio Muciana propter condiciones non faciẽdi id est introducta tom. 1,pag.247,col.2

In actionibus stricti iuris an ex causa onus satisdationis possit iniungi etiam ante diem vel condicionem? to. 1,pa.247,col.2

An ex contractu innominato in quo nihil de præstanda cautione dictum est, cautionis præstandæ onus iniungi possit? tom.1,pag.248,col.1

Cautio vel repromissio pro restitutione est, etiam in actionibus arbitrariis in quibus agitur ad restitutionem tom.1.pag.248,c.1

In quibus actionibus caueri debeat saltem per nudam repromissionem, si res iterum perueniat? tom.2,pag.414, col.1,& 2

Non est magnum damnum aut incommodum in præstanda cautione quæ nuda repromissione contenta sit tom.2,pag.414,col.1

Nemo superuacua cautione onerandus est tom.2, pag.414,c.2

Cautionis præstatio materia est nouæ in futurum litis tom.1,pag.496,c.2

Quando soleat cautioni locus esse, vel non tom.1,pag.496,c.1,& 2

De variis cautionibus à fideicommissario heredi præstandis tom.1,pag. 402,col.1, & 2

Cur introducta sit cautio Muciana tom.1,pag 402, co.2

Etiam post solutum legatum vel fideicommissum debitam à fideicommissario cautionem heres exigere potest tom.1,pa.403,co.1

De iis quæ in faciendo consistunt cautio nec postulatur nec præstatur secus de iis quæ in non faciendo tom. ,pag.249,col.1

Etiam requirente aduersario non est quisquam onerandus superuacua cautione tom.1,pag.185,col.1

Idonea

BIU Cujas

Idonea cautela est siue fideiussor siue pignus offeratur tom.1,pag 652, col.2

Nuda cautio est quæ simplici repromissione contenta est t.1,p.652,c.2

Cautionibus res expediri solet cum periculum aut damnum aliquod futurum timetur non cum adest tom.2, pag.391,col.2

Plus Cautionis est in re quam in persona tom.1,pag.449,col.2

Maximus & omnino necessarius est vsus Cautionis in his rebus quæ ex incerto & futuro euentu pendent obligationis iam contractæ tom.2, pag. 194,col 2

Reus actione de eo quod certo loco conuentus à iudice absolutus mediante Cautione, non reperta Cautione non est in eas angustias coniiciendus vt vel ad rem difficilem vel ad perpetuos carceres ferendos vrgeatur to.1. pag.535,col 2

Reo qui Cautionem præstare non potest sufficit promissio nuda aut saltem Cautio iuratoria tom.1.pa.535.co.2

Cautio iuratoria in locum & subsidium satisdationis præstari solet ab inope debitore cum bonorum omniũ hypotheca tom.1, pag.535,col.2

Dolo carere non videtur is qui iam mota controuersia hereditatis legata dat sine cautionibus to.1,p.336,co.1,&2

Cautio Muciana non habet locum in contractibus siue nominatis siue innominatis sed in vltimis tantum voluntatibus tom. 1,pag.247,col.2

Cautio Muciana non exigitur ab inuito sed præstatur à volẽte vt habeat vim condicionis expletæ t.1,p.247,c.2

Cautiones quæ officio iudicis præstari solent in omnibus bonæ fidei iudiciis non habent locum in contractibus innominatis to.1,pag.247.col.2

Iniquissimum est superuacua & indebita Cautione quenquam onerari tom.2,pag.234,col.2

Cautio condictio.

Heres qui à fideicommissario Cautionem exigere debebat restitutum sine Cautione fideicommissum tanquam indebiti condictione indebiti incerti repetere potest tom.1,pag 402, col.1,& pag.403,col.1,& 2

Certum.

An fideicommissario certi condictio competat quæ defuncto competebat? tom 1,pag.20 col.2

An ex pecuniæ numeratione cui adiecta est stipulatio sub impossibili condicione nascatur certi condictio? to. 1,pag.24,col.1,& 2

Condictio certi ex mutuo licet acquiratur ei qui contraxit & pecuniam numerauit quamuis alienam potius quàm domino pecuniæ,non tamen acquiritur ex numeratione sed ex consumptione,quotiesper numerationem non transit dominium in accipientem tom.1,pag.38,col 1

An ex lege Aquilia certi condictio competat? tom.1,pag 20,col 1

Ex maleficio vel quasi sicut ex contractu vel quasi certi condictio competit tom.1,pag.20,col.1

Certi condictio est mere rei persecutoria tom.1 pag.20,col.1,nunquam pœnalis ibid.

An ex causa furtiua certi condictio competere possit tom.1,pag 20,col.1

Certi condictio est cùm certum petitur licet ex incerto contractu tom.1, pag.363,col.2

Quid sit certum? tom.1,pag.14,& 15, col.1, & quomodo quid fiat certum ibid.& pag.15,col 2

Ius semper est certum tom.1, pag. 422,col.1

In rerum natura nihil est iure certius tom.1,pag.534,col.2

An promissio à pupillo sine tutoris authoritate facta stipulanti ex causa numerationis pecuniæ tutore authore creditæ impediat certi condictionem tom.1,pag.23,& 24

Id quod interest condictione certi repeti nunquam potest quia incertum est tom. 1.pag.447 col 2

Certum non petitur cum agitur ad rem certam tradendam to.1,pag.18,c.2

Quod certi condictione petitur certum esse oportet ab initio & eo tempore quo petitur,nec sufficit quod per iudicem in ferenda sententia postea certificari possit tom.1,pag.18,col.2

Certi condictio non competit ex obligatione in diem aut sub cõdicione ante diem aut condicionem tom.1,pa. 19 col.1,& 2

Ex numeratione pecuniæ prodigo facta ante interdictionem cui post interdictionem accessit stipulatio , datur certi condictio creditori contra prodigum tom.1,pag.25,col.1,& 2

An ex causa legati certi condictio competere possit? to.1,pag.19,co.1,&2

Facta præterita certa sunt tum quoque cùm à nobis ignorantur,futura verò incerta tom 1,pag.422, col.1, etiam exceptio temporalis parit indebiti repetitionem si incertum sitan futura sit perpetua tom.1,pag.421,& 422 col.1,&2

Nihil interest an quid certum sit per se an per relationem ad rem certam tom.1,pag.15,col 1

Ex incerto contractu certi condictio competit quãdo ex eo contractu quid certum petitur tom.1,pag.58,col.2

Obligatus vel alieno vel proprio nomine certi condictione conueniri potest tom.1,pag.20,in fi.

Certi condictio generalis exerceri nunquam potest quin specialis aliqua causa exprimatur tom.1,pag.21,col.2

Ex quibus contractibus, ex quibus obligationibus certi condictio competat tom.1 pag.17,18,19

Quomodo ex contractu incerto nascatur condictio certi tom.1,pag.18,c.2

Ex quasi contractu certi condictio competere potest to.1,pa.19,c.2,in fi.

Certi condictio competit ex contractibus vel re vel verbis,vel re & verbis factis tom.1,pag.21,col.1,& 2

Si dubitetur an certum sit an incertum quod petitur melius est agere ex stipulatu actione quam ex certi condictione tom.1,pag.58,col.2

Certum condictio.

Omnes res certæ quæ per condictionem certi petuntur, sic tamen petuntur per litis contestationem&apud prætorem vt ab eo tempore deberi desinant, nihil debeatur nisi æstimatio illa quæ fuit præcisè tempore ipso litis contestatæ quæ in pecunia numerata consistit tom.1, pag. 505, col.1,& pag.506,col.1

An is qui precium rei meæ habuit, re perempta ad id precium restituendum certi condictione teneatur tom. 1,pag.56,57,& 58

Certum numeratio.

Numeratio pecuniæ quæ non prodest ad implendam stipulationem inutilem,prodest ad certi condictionem quasi ex mutuo inducendam to.1,pag 21,& 22,23,& 24

Cessatio, mora.

Omnis mora cessatio est, sed non omnis cessatio à contrario mora est tom.1,pa.251,col 1

Cessio.

Inutilis est actionis cessio facta à creditore debitori post solutionem secus ante vel in ipso actu solutionis tom 2,pa.210 col 2

Cessio nominis pecunia mediante, non tam cessio simplex est quàm venditio, & pecunia quæ datur pro pretio habetur mandatarum actionum tom.2,pag.210,col.2

Quando cessio actionis pro præstatione sit? tom.1,pag.289,col.2

Actio per solutionem extincta cedi ex interuallo non potest, sed quæ extincta non est ex post facto quoque & ex interuallo cedi potest tom.1.pa.675, col.1

Cur introductum sit remedium cessionis actionum to.1.pag.110,in fi.

Cedentis actiones suas nullum est damnum, cũ sine eius dispẽdio ea cessio fiat tom.1,pag.622,col.2

Quando cessio actionum pro iusta præstatione sit? tom.1,pag 69,col.2

Cessio actionum fieri debet eo æquitatis colore quid sit æquum, creditorem id saltem præstare quod sine ipsius dispendio futurum est to.1,pag. 612.col.1

Differentia inter cessionem actionum quæ debet fieri a commodatore vni ex commodatariis, & eam quæ debet fieri vni ex vere correis debendi,ac etiam eam quæ à creditore vni ex fideiussoribus vel contra principalem vel contra alios confideiussores tom.1, pag.622,col 2

Actionum cessio non solet esse necessaria nisi cùm ex alieno contractu vult quis agere tom.2,pag.288,col.2

Cessio correi.

In Correis debendi generale est vt ei qui conuenitur actionibus suis contra correum cedere pro parte creditor debeat tom.1,pag.622, col.2, non adhibita distinctione an is qui conuenitur ex correis talis sit qui implorare possit beneficium diuisionis nec ne ibid.

Cessio delegatio.

Fideicommissum vniuersale alij quã fideicommissario non singulare præstari non potest, nec à fideicommissario cedi alij potest, ne quidem per delegationem nec etiam ex causa dotis tom.1 pag.380,col.1

Cessio liberatio.

Is qui bonis cessit ex beneficio legis Iuliæ non ideo est liberatus quominus factus locupletior possit exigi in solidum,sed tantum habet exceptionem ne conueniri & condemnari possit to.1,pag.344,col.2

Charitas seruus.

Prima charitas incipit à seipso si seruum excipiens de quo scriptum est plus eum diligere dominum suum quam seipsum debere t.1,p.606,col.1

Charta.

Literæ quamuis aureæ cedunt chartæ tom.1,pag.240,col.2

Ciuitas.

Dolum & vim committere ciuitas non minus potest quam quilibet priuatus tom.2,pag.133,col.2

BIU Cujas

Ciuitas contra Macedonianum pecuniam credens in integrum restitui non potest tom.2,pag.133,col 2

Ciuitas mutuum.

Qua actione teneatur qui ciuitatis nomine mutuam accepit pecuniam? tom.1.pag.61,col.2

Clausulæ.

Clausulæ executiuæ nihil vnquam addunt dispositiuis, sed potius ex natura contractus interpretationem recipiunt tom.1,pag.444,col.2

Codicillus.

Differentia inter codicillos testaméto confirmatos & codicillos ab intestato to m.1,pag.334,col.2

Quæcunque in codicillis testamento confirmatis scripta sunt, perinde haberi debent ac si in testamento essent scripta tom.1,pag.256,col.1

Coercitio.

Coërcitionis verbum etiamsi ad pœnam maximè pertineat, tamen ad rei quoque persecutionem pertinet tom.1,pag.486,col.1

Cogere.

Nemo cogitur quid facere coactione præcisa, sed coactione causatiua to.1,pa.216,col.2

Cogitatio.

Cogitationis solius pœnam nemo patitur tom.1,pag.310,col.2

Collatio.

Collatio bonorum plerumque fit imputando & minus percipiendo to.2, pag 29,col.1

Collatio bonorum ab emancipato facta filio in potestate retento tacitam habet condicionem si emancipatus agnoscat bonorum possessionem vel contra tabulas vel vnde liberi tom.1.pag.299,col.1

Cur à prætore fuerit introductum ius collationis? to.1,p,299,col.1,&2

Collusio.

Quoties collusio & præuaricatio prioris agentis probatur, nullius momenti esse potest quod ab eo gestum est tom.1,pag.172,col.1

Colonus.

Differentia inter colonum partiarium & colonum nummarium tom.1, pag.419,col.2

Commendare.

Commendare nihil aliud est quàm deponere tom.2,pag.416,col.1,scilicet cùm ad rem aliquam refertur non etiam cùm ad personam ibid.

Commercia pignus.

Vtilitatis publicæ gratia & ad ampliandam commerciorum libertatem multa ex æquitate inducta sunt contra strictam iuris rationem, maximè verò in pignoribus tom. 1, pagin. 681, col.1

Commercium.

Propter vtilitatem commerciorum multa recepta sunt to.1,pa 44,col.1

Interest dominorum seruis commercio non interdicere tom.2,pag. 141,col.1

De vtilitate & priuilegiis commerciorum tom.2,pag.63,col.1

Commissum.

Cum quæritur an ex mercibus illicitis,vel ex fraudato vectigali sit locus commisso,semper & ante omnia cognoscendum est an illicitæ merces fuerint,& an fraudatum sit vectigal antequam sciri possit an commisso locus sit tom. 1,pag.466,col.2

Cur lex commissaria sit odiosa? to. 1,pag.107,col.1

Commissum heres.

Persecutio rei quæ ob fraudatum vectigal in commissum incidit, licet descendat ex crimine, datur in heredem in solidum tom.1,pa.466,col.2

Commissa vectigalium nomine contra heredem transmittuntur tom. 1,pag.466,col.2, item contra possessionem commissi ibidem

Possessor commissi, non in plus quàm possideat conueniri potest, heres autem fraudatoris potest in solidum tom.1,pa.467,col.1

Commissum procurator.

Solus procurator Cæsaris de commissis cognoscit, vt de aliis causis ad fiscum pertinentibus, quamuis non de crimine tom.1,pag 466,col.2

Committere mandatum.

Commisso alicui certo negotio, commissa quoque credenda sunt omnia, vel sine quibus expediri res non posset tom.2, pag.69, col.1, aut per quæ vtilius & cõmodius ad eius quod est mandatum,executionem peruenirí possit ibid.

Commixtio.

Commixtio consumptioni æquiparatur quantum ad amittendum dominium quod ante immixtionẽ competebat tom,1,pag.360,col.2

Commodans.

Si commodans non patitur commodatarium vti re ad eum vsum ad quem commodauit, tenetur commodati contraria tom.1,pag.608,col.1,& 2

Commodare.

Pecuniæ possunt commodari non in eum casum per quẽ consumantur,sed in eum casum & vsum in quem non consumantur tom.1,pag.601,col.1

Habitatio commodari potest tom. 1,pag.592,col.1,& 2

Res aliena commodari potest etiam à prædone tom. 1,pag.628,col.1

Res soli & res mobiles possunt commodari tom.1,pag.592,col.1

Quæ vsu consumuntur neque commodari neque precario dari possunt nisi ad pompam & ostentationem accipiantur tom 1, pag.600, col.1,& 2, & 601,col.1,& 2

Commodatarius.

Commodatarius qui rem commodatam consentiente domino pignori datam redimere non commodans debet to.1,p.610,col.1

Commodatarius qui aliàs re vtitur commodata, non solum commodati, verùm etiam furti quoque tenetur tom.1.pag.608,col 1

Commodatarius potest esse in culpa si nullam causam habuerit existimandi dominum fuisse permissurum, vt in alios vsus, aliudve tempus commodatum traheretur, sed ea ratio non facit illum furem at potius vt actione commodati eo nomine teneatur tom. 1,pag.608,col.1

Possunt iustę causæ interuenire propter quas permittendũ sit commodatario agere commodati aduersus commodantem tom.1,pag.637,col.1

Quod ad augendam custodiæ securitatem factum est, vt commodatoui prodesset,eidem nocere non debet ad minuendam commodatarii obligationem tom.1 pag.613,col.2

Commodatarius res à duobus commodatas cum posset saluas facere, habet electionem cui gratificari malit,& cuius res saluas esse maluerit to.1,pag. 606, col 2

Quod senectute contigit vel morbo,vel vi latronum ereptum est commodatario non est imputandum, sicut nec si incendio vel ruina vel naufragio fatale aliquod damnum contigerit tom.1,pag.605,& 606.col.1

De casibus fortuitis tenetur commodatarius si eius culpa vel negligentia contigerint tom. 1, pag.606,col.1, & 2

Ex pluribus commodatariis qui prior conuentus est non potest agere contra alium commodatarium nisi cessa sibi prius actione ab eo qui commodauit tom.1,pag.618,col.2

Qui ex pluribus commodatariis prior furti egit atque ita per actionem furti lucrum ex commodato sensit prior actione commodati debet conueniri,si modo is qui non egit paratus sit pati vt suo periculo id fiat tom.1, pag.618,c.1,& 2

Non præstat diligentiam exactissimam vti debet commodatarius qui neque soluit neque soluere paratus est vt rem commodatam à se pignori datam repignoret ideo cedendo commodati actionem aduersus creditorem pignoratitium non liberatur tom.1. pag.612,col.1

Commodatarius in possessione est sed non possidet tom.1,pag.623,col.2

Commodatarius omnimodo tenetur rem commodatam reddere tom.1. pag.623,col.1

Res commodata dum referretur si perierit apud eum cui commodatarius rem commisit, commodatarius si fuit causa commodatum acceperit,culpam præstare debet,sivero solius commodantis gratia,dolum tantum to.1,pag. 625,col.1

Duo commodatarij rectius comparantur duobus tutoribus quàm duobus correis tom.1,pag.617,col.2

Falsum est quacunque actione per commodatarium intentata posse dominum eligere rei aut precij restitutionem tom.1,pag.634,col.2

Commodatarius in re commodata diligentiam exactissimam adhibere debet,non qualem ipse suis rebus adhibere solitus est,sed qualem diligentior alius quilibet paterfamilias adhibiturus esset to.1,pa.634,& 635,col.1

Commodatarius non tenetur de casu fortuito nisi speciali conuentione periculum omne amissionis in se susceperit tom.1, pag.635,col 1

Qui rem commodatam accepit,& commodati actione conuentus litis æstimationemofferendo efficitur dominus etiam sine noua traditione t.1,p. 602, c.1,& 2, siue res commodata præsens sit siue non ibid.col.2

Si fuit actum inter contrahentes vt commodatarius rem commodatam per seipsum referret,omnimodo tenetur commodatarius, si in manibus nuncij quantumuis idonei perierit, si vero actum non fuit,non tenetur, nisi fuerit

BIU Cujas

fuerit in culpa malæ electionis tom.1, pag.624,col.in & fi.& 625,col.1

Commodatarius cuius solius gratia commodatum factum est tenetur de dolo & de omni culpa tom.1,pag 604, col.2

Qui seruum cum lance commodauit si seruus cum ea fugiat non tenetur commodatarius nisi fugæ præstitit culpam tom.1,pag.612,col 2

Cur vnus ex correis commodatariis vel dolum aut culpam in re commodata vel conducta contrahens in solidum actione commodati aut locati teneatur to.1,pag.614,col.2

Damnum ab vno ex commodatariis iniuria datum etiam ad alios pertinere debet, secus si ab extraneo datum sit tom.1,pag.619,col.1

Aduersus commodatorem rem commodatam intempestiuè reuocantem commodatario datur & exceptio & actio contraria tom.1, pag.632,col.2

Vnius ex commodatariis dolo, siue, culpa siue negligentia cæteri actione non autem obligatione commodati tenentur to.1,pag.615,col 1,

Commodatarius casus fortuitos præstare non tenetur si modo eius culpa quidem leuissima possit imputari to. 1,pag 605,col.1, & 2.& 606,c.1

Contraria commodati actio etiam exerceri potest ab eo qui directa nondum conuenitur tom 1,pag.630,col.1

Quomodo & ad quid commodatarij heredes sunt conueniendi tom. 1, pag.631,col.1.& 2

Commodatarius compensare potest quod contrario iudicio petere potest, excepris quibusdam casibus tom.1, pag 638,col.1

Non apparentis rei commodatæ nomine commodatario condemnato, aut litis æstimationem offerenti,cauere debet à commodante, vt repertam rem dominus ei præstet tom.1,pag. 602. col.2 adeóque suis actionibus ei cedere quamuis commodatarius dolum malum admiserit ibid.

Etiam si si quis ad eum modum quē hominum natura desiderat diligens sit in commodato conseruando, nisi tamen ad suum modum etiam incommodato curam præster fraude non caret tom.1 pag.606,col.1

Alteruter ex commodatariis furti agens,furti actionem alteri cōpetentē adimit tom.1,pag.617,co.1,& 2,& 618

Plures commodatarij quibus eadem res in solidum & simul commodata est & dolum & culpam & diligentiam & custodiam præstare singuli in solidum debent tom.1,pag.618 col.1

Res commodata pluribus commodatariis si furto contracta sit competit singulis in solidum actio furti tom. 1.pag. 618,col.1,& 2

Vnus ex quasi correis commodatariis vel depositariis conuentus, si præstiterit in solidum quanti actoris interest,alterum liberat tom.1.pa.617,c.1

Plures commodatarij qui actione commodati in solidum tenentur plures quodammodo correi habentur tom.1, pag.617,col.1

Commodatarius damnum.

De damno dato à tertio,non tenetur commodatarius vel ōductor, nisi culpa casum præcesserit tom. 1,pag.639, col.1,& 2

Commodatarius depositarius.

Commodatarius si cum possit res commodatas saluas facere suas prætulit,teneri eo nomine actione commodati debet,non quasi ex culpa sed quasi ex dolo tom.1.pag.606, col.1, quod in depositario idem iuris est ibid. licet suæ sint preciosiores col.2

Commodator.

Commodator agendo actione commodati remittere debet actionem legis Aquiliæ id est cauere se non acturum lege Aquilia to.1,pag.619,c.1,& 2

Cur commodator agendo actione commodati cogatur remittere exceptionem legis Aquiliæ tom.1,pag. 621,col.1

Dominus rei commodatæ conuentus contraria actione post litem contestatam non cogitur soluere secundum naturam actionis intentatæ ideſt rem ipsam si actum sit in rem aut æstimationem si condictione sine causa tom.1,pag 634,col.2

Qui habet actionem commodati & actionem legis Aquiliæ si commodati egerit, non aliter actione legis Aquiliæ agere potest, quàm vt quod simplo defuit in executione actionis commodati id per actionem legis Aquiliæ adhuc exigi possit ad finem vsque simpli to.1,pa.619,col.1,& 2

Commodator electione pauperioris commodatarij non amittit suam actionem quomodo amitteret si plures commodatarios pro veris debendi correis haberet tom.1, pag.618,col.2

Commodans non tenetur de culpa leuissima sed tantum de dolo & culpa lata tom.1,pag.637.col.1

Commodator tenetur pati commodatarium vti re ad eum vsum ad quem est commodata tom.1,pag 631, col.1,& 2

Non est prohibendum commodatori vt finito illo tempore & vsu ad quem res est commodata eam reuocet ne in potestate commodatarij sit rem commodatam inuito commodatore retinere tom.1,pag.631.col.1

Culpa commodatoris in mala electione personæ non idoneæ rem commodatam referentis, sibi soli non autem commodatario nocere debet tom.1.pag.624,col.2

Sicuti culpa commodatarij in mala electione non nocet commodatori si scilicet commodatarij tantum gratia res sit commodata ibid.

Commodator qui vasa viciosa sciens commodat contraria commodati iudicio tenetur secus si ignorans to.1.pa.637.c.1,& 2

An commodans de culpa lata teneatur tom.1,pag.637,col 2

Inter commodatorem & commodatarium negotium geritur tom.1, pa. 630,col.2

Commodatum.

Ex vsu quem res commodata est facta ea deteriore commodatarius non obligatur si modo nulla culpa interuenerit tom 1,pag.623,col.1,& 2

In actione commodati sicut in cæteris bonæ fidei iudiciis similiter in litem iuratur tom.1, pag. 596, col. 1,& 2

Actor in actione commodati rem petit non quasi suam vt in vindicatione sed quasi commodatam tom.1.pa. 596,col.1

Commodatum sit solius accipientis & commodatarij gratia tom.1,pag.635, col.1

Prætextu cuiuslibet debiti recusatio restitutionis rei commodatæ fieri non potest secus prætextu debiti quod ex ipsius commodati causa proficiscitur tom.1.pag.638,col.2

Seruus commodatoris rem commodatam furto subtrahente commodatarius aduersus commodatorem & furti agere serui nomine potest,& contraria actione commodati tom.1,pag. 641,col.2

In commodato facienda est remissior interpretatio etiam circa dolum quàm in mandato vel deposito tom.1, pag.641,col.2

Commodatori agenti quocunque casu actione commodati potest obiici compensatio eius pecuniæ quæ contrario iudicio peti posset tanquam quantitatis ad quantitatem,scilicet facta per contestationem nouatione prioris debiti id est speciei commodatæ & transfusione in debitum pecuniarium tom.1,pag.639,col.2

Si commodatarius aliquid secus dolo circa rem commodatam non potest furti agere contra commodatorem serui nomine si ea à seruo commodatoris furto subtrahatur tom.1,pag.641, col.1

Res communi periculo commodatariis commodata si furto sine vlla commodatariorum culpa subtracta sit agere tamen furti possunt tom.1,pag. 641,col.2

Quomodo dignosci an inter commodatorem & commodatarium conuentum sit, vt commodatarius reni commodatam per seipsum referret, nec ne? tom.1,pag.625,col.1,& 2

Quod in actione legis Aquiliæ plus est quàm in actione commodati restringendum non est ad simplum illud quod per inficiationem priori simplo accedit tom. 1.pag.622 col.1

Differentia actionis ab obligatione commodati tom.1,pag.615,col.1,

Finito tempore quo vsus commodatæ rei perfici potuit,potest reuocari à commodatore, licet commodatarius iusto impedimento vti non potuerit to.1,pag.632,col.1

Pro culpa commissa in deteriorātione rei commodatæ datur & actio commodati & actio legis Aquiliæ tom.1,pag.636,col.1,& 2

An & quomodo merces in commodato adhiberi possit & quid operetur tom.1,pag.610,col.2,& 611,col.1

Non potest locum habere actio commodati vbi nullum est commodatum tom.1,pag.611 col.1

Duabus rebus pariter ac simul commodatis de altera sola commodati agi potest si separatæ sint: quamuis non separatim commodatæ tom 1,pagin.632, col.1, & 2, & 2,pa. seq. si modo ita separatæ sint vt vsum quoque separatum præbere possint ibid.

In commodato rei alienæ sola possessio æstimanda est non proprietas, nisi cum æstimatio fit per iusiurandum in litem aut cum delictum aliquod interuenit tom.1, pag.629, col 1,

Synonima sunt commodatum & vtendum datum tom.1, pag.592,col.1

Omne commodatum gratuitum esse debet alioqui degenerat in locationem tom.1,pag.592,col,1

Commodatum proximè accedit ad donationem tom.1,pag 592,col.2

Differentia inter commodatum & donationem tom.1,pag.592,col.2

BIU Cujas

Re commodata inuenta & in potestatem commodatoris reuersa quę perdita credebatur vel res ipsa vel pretium à commodatario solutum actione commodati peti potest vel pretium solum condictione sine causa tom.1,pag.634,col.1,& 2

Cibariorum expensæ in seruo commodato factæ repeti non possunt à commodatario tom.1.pag.636.col.2

Appositio custodis facta ex post facto non remittit custodiam ei cui res fuerat commodata tom.1, pag. 613, col.1,& 2

Argenti commodati periculum,siue custos à commodatore ex post facto dum ne ab initio positus sit, siue positus non sit ad commodatarium pertinet to.1,pag.613,col.1,& 2

Ex contractu commodati celebrato cum filio vel seruo ad quid pater & dominus & quomodo teneantur tom. 1,pag.598,& 599,col.1

Commodatum contubernalibus in exercitu datum periculo communi, deinde à seruo commodatoris subreptum ab iisdem contubernalibus pro parte petere commodator potest, licet pro seruo noxaliter teneatur tom.1, pag.641,col.1,& 2

Actio commodati bonæ fidei est tom.1,pag.593,col.1

Commodatum est ex eo cõtractuum genere qui re id est traditione perficiuntur tom.1,pag.592,col.2

Cum commodatario rei commodatæ furtum faciente & furti & commodati agi potest,sed si furti actum est commodati actio extinguitur ipso iure,si commodati, per exceptionem elidetur actio furti tom.1,pag.620,col 1, tamen supereſt condictio furtiua.ibid.

Quod per actionem furti commodator habuit ex commodato amplius habere non potest, quia licet ex commodato non habuerit, habuit tamen per occasionem commodati quod sufficit tom.1,pag.620,col.1

Actio commodati non est ciuilis sed prætoria tom.1,pag.632,col.1

Seruo rem domini inuiti commodato dante,domino competunt contra commodatarium actiones commodati & furti tom.1,pag.627,col.1,& 2,& 628,col.1,& 2

Magnas expensas in re commodata factas commodatarius repetere potest tom.1,pag.636.col.1, & 2, etiam intra conuentionem

Actio Commodati non est ciuilis sed prætoria tom.1,pag.590,col.1

Eandem diligentiam præstare commodatarius debet in sequela rei commodatæ,quàm in re commodata tom, 1,pag.609,col.1,& 2

Quæ commodatis rebus accedunt, non sunt commodata sicut nec quæ depositis, neque proinde actio commodati magis quàm depositi ad ea separatim extenditur nisi quod pertinet ad custodiam rei commodatæ præstandam tom.1,pag.609,col 2

In commodato solius commodantis gratia celebrato venit tantum dolus non culpa si solius commodatarij venit etiam culpa eáque leuissima, quia diligentiam exactissimam præstare tenetur, si verò vtriusque gratia neque solum dolum præstare commodatarius debet neq; diligentiam exactissimam tom.1,pag.609,col.1,& 2

Potest conueniri vt in commodato solus dolus præstetur tom.1.pag.609, col.2

Si cum commodatario actione commodati actum sit pro re commodata furto subtracta, cur actio furti non nisi per exceptionem elidatur,actio autem commodata tollatur ipso iure si actione furti actum sit tom.1, pag. 620, col.1

Extra causam commodati sunt res omnes quæ pondere,numero, & mensura constant tom.1,pag.510,col.1

Quomodo ex commodato actio præscriptis verbis simul cum actione prætoria competere possit tom.1,pag. 591,col.1

Commodatario rem commodatam pignori dante an statim commodans contra eum poterit agere commodati tom.1,pag.610,col.1,& 2

In commodato etiam circa dolum remissionis faciēda est interpretatio,id est vt non tam facilè præsumatur commodatarius dolum malum admisisse tom.1,pag.637,col.1,in fi.

Pater & dominus actione commodati de peculio tenentur ex dolo filijfamilias vel serui to.1,pa.600,col.1,& 2

Commodatum intempestiue reuocari non potest, precarium verò potest tom.1,pag.631,col.2.& ratio ibid.

Perinde est & dolum & culpam & diligentiam in totum præstare quem debere, atque eum commodati actione in solidum teneri tom.1, pag.617, col.1

In Contractibus bonæ fidei vt commodati, depositi & alij, commodatarius vel depositarius qui rem commodatam cum consensu commodantis pignora dedit, licet actionem contra creditorem præstando commodanti liberetur,tenetur tamen ad sumptus litis & cæteras expensas tom.1,pag.602,co. 1,& 2

Qui seruum cum lance sibi commodari rogat si seruus lancem perdiderit periculum est commodatarij non commodantis tom.1.pag.612,col.1

Commodatario rei perditæ precium soluenti si ea in manus commodatoris postea peruenerit, competit contraria actio aduersus ipsum commodatorem pro restitutione rei vel pretij soluti tom.1,pag.633,c.1,& 2

In deposito & commodato tot sunt depositæ & commodatæ quot sunt res depositæ & commodatæ, separatæ scilicet tom.1,pag.632,col.2

Commodatarius ad restitutionem rei commodatæ à commodatore furto subtractæ contra ipsum commodatorem contraria tantum actione agere potest tom 1.pag.640,col.1,& 2

Actio commodati non alij quam commodatori dari potest licet rei commodatæ dominus non sit tom.1, pag.629,col.1

Commodator qui recipit æstimationem litis à commodatario, tenetur cauere de restituendo ei rem si ad manus eius peruenìat, nisi æstimationem quam à commodatario accepit malit ei reddere tom.1,pag.625,col.1,& 2

Cur in specie non in genere commodatum aut depositum reddi debeat? tom.1,pag 2,col.2

Commodatum seruo qui diligentissimus exstimabatur datum si amittat seruus periculo domini non commodatarij amittitur to.1,pa.639.c.1,& 2

Si res sit commodata ad eum vsum in quo deterior facta sit, commodatarius non tenetur sed culpa commodantis est qui in eum vsum commodauerit,nisi culpa commodatarij culpam commodantis subsequatur t.1,p.642

Hominis commodati custodia præstari non debet nisi certis casibus tom. 1,pa.606,col.2,in fi.& 607,col.1,& 2

Commodator rei commodatæ neque proprietatem neque possessionem facit commodatarij tom.1, pag. 623,col.1,& 2

Commodatum non fit nisi ad certum vsum rei,certumq; tempus aut expressum aut tacitum alioquin precarium est non commodatum to.1,pa 631,col.1

Actio commodati nasci & exerceri potest contra liberum hominem quasi seruum qui bona fide seruiebat pro re commodata tom. 1,pag.626,col.1,& 2, & 627,col.1,& 2

Vno ex commodatarij heredibus rem commodatam corrumpente, vel deteriorem faciente, solus ille in solidum condemnari debet to.1,pag.630, col.1,& 2

Qui ex heredibus totam rem commodatam penes se habet is in solidum eam restituere tenetur tom.1,pa. 631,col.1

Obligatio ad rem commodatam restituendam diuiditur inter plures commodatarij heredes pro hereditariis portionibus tom.1,pag.614,col.2

Commodatarius qui consentiente commodante rem pignori dedit si ei tamen soluenti vel saltem soluere parato creditor reddere nolit pignus, licet sit sine culpa,tenetur tamen actione commodati, sed liberatur cessione actionis tom.1,pa.611,col.1,& 2

Commodatum eius naturæ est vt semper fiat ad certum vsum & ad certum tempus in quo potissimum differt à precario tom.1,pag.608,co.1

Commodatum est ex genere & numero eorum contractuum, qui re, id est traditione perficiuntur tom.1,pag. 623,col.1

Commodatum quod ab initio non constitit confirmari ex post facto nunquàm potest tom.1,pag.593,col.2

Contractus commodati iuris gentium est,actio vero prætoris t.1.p.591,col.1,& 2, & quando à prætore fuerit indicta ibid.

Impuberes commodati actione non tenentur tom.1,pag.593,col.1

Falsum est commodati actionem approbatione tantum esse prætoriam, origine verò ciuilem tom.1,pag.591, col.1

Commodatum fieri potest aliquando solius commodantis gratia, aliquando solius commodatarij, aliquãdo vtriusque tom.1,pag.604,col.1,& 2

Commodatum actio.

Vtilior est actio personalis commodati ipsi commodanti, quàm rei vindicatio commodatæ propter onera probationum tom.1,pag.595.col.2

Vna actione proposita ex pluribus quæ commodatario & depositario pignoratitio competunt,cæteræ quidem tolluntur sed non vsque adeo vt non supersint de eo quod plus in illis est, quam in priore actione fuerit tom.1, pag 636,col.1,& 2

Si actio commodati cum condictione furtiua concurrat cur non extinguatur altera per alteram sed tantum ope exceptionis tom.1.pag.620,co.2

Actio commodati sicut & cæteræ ferè omnes ad hoc comparata est vt tantum indemnis commodator seruetur, non vt lucrum ex alterius iactura consequatur tom.1,pag.620,col.1,exceptis

BIU Cujas

ceptis actionibus pœnalibus ibid.

Commodatum æstimatio.

In die commodati sicut in bonæ fidei iudiciis rei iudicandæ tempus spectandum est in rei debitæ ineunda æstimatione tom.1,pag.596,col.2,& 597,col.1,& 2

Commodatum depositum.

Si pluribus commodata sit res aliqua, vel apud plures deposita communi periculo eorum quisque pro sua tantùm parte tenetur, & periculũ quod commune esse non cuiusque proprium debet, diuiditur tom.1, pag.617,col.2

Commodatum filiusfamilias.

Ex commodato filiæfamilias vel ancillæ,neque pater, neque dominus tenetur in solidum, sicut neque ex commodato filiofamilias aut seruo, sed duntaxat peculio tenus tom.1, pag.599,col.2

Commodatum furtum.

Qui potest agere furti aut commodati,an agendo furti actionem commodati amittat?tom.1,p.237.col.1,& 2

Commodatum iusiurandum.

In commodato potest iurari in litẽ ratione dominij rei commodatæ secus ex alia causa tom.1,p.596,col.2

Commodatum locatum.

Actiones commodati & locati competunt in solidum aduersus vnumquemque eorum qui rem commodato acceperunt aut conduxerunt tom. 1,pag,614, col.1,& 2

Commodatum locus.

Si conuenerit vt certo loco reddatur commodatum poterit vbique peti per actionem commodati æquè ac per arbitrariam tom.1,p.601,col.1,& 2

Commodatum periculum.

Missus ad rem commodatam repetendam, si ea recepta aufugerit,perit commodatori, si is iusserat,vt huic nuncio res commodata redderetur, Commodatario verò perit si commodator commmonendi tantùm gratia miserat tom.1,p.625,c.1

Commodatum pupillus.

Commodatum quod pupillus sine tutorisauctoritate accepit,nullum est nec ex pupilli pubertate postea subsequente potest conualescere tom.1, pag.593,col.2

Pupillus & furiosus qui commodati actione teneri non possunt, tenentur tamen actione ad exhibendum, scilicet cùm possident, aut dolo desiit pupillus pubertati proximus possidere tom.1,pag.594,col.2

Commodatum vehiculum.

Vehiculi commodati vel locati vsus quomodo pro parte haberi possit, & quomodo pro parte non haberi tom. 1,pa.616,col.2,& seq.

Commune.

Accessionem & decessionem recipit iudicium communi diuidundo tom.2,pag.211,col.2, sicut & actio de peculio ibid.

Pecunia redacta ex rei communis venditione,non est communis tom.1, pag.43.in fin.

Quod commune est vniuscuiusq; est,licet etiam alterius tom.1, pag.44,col.1

Seruus communis sic omnium est, non quasi singulorum totus, sed tantum pro partibus indiuisis, quas intellectu magis habent,quàm corpore tom.2,pag.202,col.1

Quod commune est nemo ex sociis potest suum dicere,nisi pro sua parte tom.1,pag.44,c,1

Communio.

Communio discordias etiam inter amicissimos quosque excitare solet tom.1,pag.265.col 1,in fin.

Nemo inuitus compelli potest ad communionem,in qua nec remanere quisquam inuitus cogitur tom.1, pag.373,col.1, nisi cùm necessitas, & impossibilitas diuisionis commune nomen inducit ibid.

Nemo inuitus remanere cogitur in communione tom.1,pag.492, col.1

Nemo in communionem incidere compellendus est t.1,p.492,col.1

Communio condictio.

Datio in solutum vitiatur in totum facta in aliqua vel minima parte plus debito,quæ cogat contrahentes manere in communione tom.1,pag. 374,col.1,& 2

Comparatiuum.

An comparatiuum includat in se positiuum ex cuius comparatione constituatur tom.2,pag.88,col.1

Comparatiuus.

In comparatiuo etiam positiuus continetur tom.1,pag.412,in fin.

Compensare.

Quod naturaliter tantum debetur etiam compensari potest tom.2.pag. 361,col. 1,& 2,secus quod debetur, ipso iure,sed peti non potest

Dominus qui dolo malo ademit aut minuit, periculum conuentus actione de peculio potest compensare id quod ex causa doli debet, cum eo quod sibi debetur tom.2, pag.197, col.1,& 2

Procurator in rem suam constitutus si post litis contestationem à proprio creditore conueniatur compensationem obiicere potest tom.2, pag.369, col.1,& 2,& 370

Quod peti potest cum adiectione de peculio, deducitur in compensationem tom.2,pag.362,& 363

Creditor compensare non cogitur quod alij quàm creditori suo debet tom.2.pag.370,col.1.& 2

Præstari & peri intelligitur æquipollenter quod compensatur tom.1, pag.297,col.2

Pœna delicti commissi in annona ex causa annonæ potest compensari tom.2,pag.369,col.1.& 2

Filiusfamilias conuentus an & quomodo compensare possit quod patri debetur? tom.2,pag.363,col.1,& 2

Quod compensari potuit si solutum sit repeti potest per condictionẽ indebiti tom.2,pag.364,col.1,& 2, si scilicet per errorem facti solutum sit col.2

Debitor creditorem suum exceptione summouere potest si compensare paratus sit tom.2,pag.358,& 359

Debitum certo loco potest vbique compensari habita ratione interesse propter lucrum tom.2,pa.368,c.1,& 2

Quod in diem debetur interim compensari non potest non magis quàm peti tom.2,pag.361,col.1,& 2

Debitum cuius nomine lis contestata iam est cum actore in compensationem deduci potest tom.2,pag.362,col. 1,& 2

Compensari.

Quibus casibus compensari possit quod alij debetur tom.2, pag.360, & 361

Quod potest contrario iudicio peti, potest compensari tom.1,pag 650, col.1

Compensatio.

Compensatio fit ipso iure, potest etiam obiici quomodocunq; & quãdocunque etiam extra iudicium tom. 2,pag.35 9,in fin.& 360.

Quæ per exceptionem perimi possunt in compensationem non veniunt tom.2 pag.367,col.1,& 2, nisi ea exceptio non tollat obligationem naturalem ibid.col.2

Compensatio solutionis instar obtinet to.2,pag.368.col.1

In stipulationibus prætoriis cautionalibus tantùm habet locum cõpensatio tom.2,pag.365,col.1,& 2, & 366

Compensatio vim petitionis obtinet,ideò debitum in diem ante diem compensari non potest,quia peti non potest tom.1,pag.553,col.1

Id quod naturaliter tantùm debetur, perinde compensari potest atque id quod ciuiliter quoque debetur tom.1,pag.389,col.2

In condictione furtiua, & in iudicio noxali compensatio fieri potest tom.2,pag.365,col.1,& 2

Quando in actionibus ex delicto proficiscentibus non fit locus compẽsationi? tom.2,pag. 365,col.2

Æquitas sola est quæ merum ius compensationis inducit tom.2, pag.197,col.1

An compensatio competens commodatario pro debito ex re commodata proficiscente propriè compensatio sit? tom.1,pag.638,col.2.&639, col.1. & 2

Compensatio est exceptio in rem scripta tom.2,p.359,col.1

Prætextu etiam debiti cuiuslibet licet ex alia quàm commodati causa debiti compensatio potest obiici post scilicet litem contestatam, per quam debitum quod ante erat speciei incipit debitum esse in pecunia tom.1,p. 639,co.1.& 2

Exacto per creditoris creditorem debito à debitore debitoris, compensatio fieri potest vsque ad concurrentem quantitatem & superfluum debitori reddi tom. 1, p 683,col.1 & 2

Compensatio eius fieri non potest quod alij debetur tom.2, p.360,col.2

In debito alternatiuo quatenus cõpensatio possit opponi? tom.2.pag. 372, col.1,& 2

Compensatio vim solutionis obtinet,ideóque liberationem perit ipso iure t.1, p.638,col.1

Compensatio fit ipso iure in iudiciis bonæ fidei, in strictis verò, olim nonnisi opposita exceptione, hodie etiam ipso iure tom.1,p.638,col 1

Qui compensat hoc ipso quodammodo petit tom.1.p.443.col.2

Compensatio potest obiici à fideiussore,eius quod reo debetur, etiam reo inuito, secus à reo inuito fideiussore eius quod fideiussori debetur tom.2,p.360,col.2

BIU Cujas

Compensatio quantitatis ad quantitatem fieri potest, sed non corporis & speciei ad quantitatem tom.1. p.683,col.2

Compensatin oon fit nummorum adhuc extantium cum pecunia, quæ debetur per actionem de peculio, nec quidem ad concurrentem quantitatem vsque tom.1.pag.68,col.1

Compensatio petitio est tom.2, pag.358.col.2

Compensatio licèt fiat ipso iure ab homine tamen opponi necessario debet tom.2,pag.364,col.2

Compensatio fieri potest, licèt dispar,& diuersa vtriusque debiti causa sit tom.2,pag.364,c.2

Doli cum culpa compensatio quomodo fiat? tom.2,pag.364 col 1

De eo quod potest peti actione de peculio, potest obiici compensatio tom 2.pag.370,col.2

Quibus casibus compensatio locũ non habeat? tom.2,pag.371,col.2

Debitum ex causa victuali non cõpensatur tom.2,pag.370,in fin.& 371

Quantitatis ad speciem,aut speciei ad speciem non datur compensatio tom.2, pag. 371,col.2

Compensatio locum habet si quid hinc inde petatur quod constat in iure & genere tom.2,pag.371,col.2

Non potest vni heredum militis cõpensatio opponi de eo quod ad alterum peruenit tom 2,pag.268,col 1,& 2

Compensatio non fit nisi ad concurrentem vsque quantitatem tom.2 pag.363,col.1.in fin.

Compensatio fieri potest negligentiæ cum negligentia & doli cum dolo tom.2.p 373 & 364

Paria delicta mutua compensatione tolluntur si ex delicto ad pecuniã agatur, secus si ad vindictam publicã tom.2.pag.364,col.1,& 365,col.1,& 2

Compensatio per iudicem suppleri nunquam potest tom 1,pr386,c.2

An compensatio fiat ipso iure? to. 2,pag.371,col.1

Debitum in diem humanitatis gratia indultum compensari potest, secus debitum in diem ex conuentione concessum tom.2.p.369,c.1,& 2

Compensatio fieri non potest, nisi ad concurrentem vsque quantitatem tom.1,p.638,col 1

Quæ per exceptionem perimi possunt in compensationem venire non possunt tom.1,p.359,col.1

Compensatio ipso & mero iure fit eius quod inuicem debetur, & sine vllo alio facto hominis requisito, nisi vt opponatur tom.2.pag.197,col.1,

Etiam doli compensatio vtrimque fieri potest tom.2,pag.197,col.1 itemque parium delictorum ibid. ac paris vtrimque negligentiæ ibid.

Compensatio est debiti & crediti inter se contributio tom.2, pag. 358,col.1

Compensatio quomodo à confusione differat tom.2, pag.358,col.1, & 2

Ex obligatione naturali quæ remanet post liberationem debitoris ex pœna creditoris non inducitur compensatio tom.1,pag.358,col.2,& pag. 359,col.1 sicut ex obligatione naturali quæ remanet post liberationem ex sententia ibid.

Iudex rei in compensationem deductæ rationem non habens,non impedit quin iterum eadem res peti possit,secus si compensationem reprobauerit tom.2, pag.361,& 362

Iudice compensationem reprobante, quo casu exceptio rei iudicatæ locum habeat? tom.2,pag.362,col.2,

Compensatio tum quoque cùm fit ipso iure, destinenda tamen & obiicienda est ab eo qui conuenitur tom. 2.pag. 367,col 2

Compensatio vni petitioni destinata in cæteris non obiicitur tom.2, pag.367,col.1,& 2

Compensatio quando & quomodo pro facto habeatur? tom.2,pag. 360,col.1

Compensatio cur necessaria? & de eius effectibus tom.2,pa.359. col. 1,& 2

Casus in quo compensatio adeò fit ipso iure, vt nec obiicienda sit ab homine tom.2,pag.366,col.2

Ad impediendum cursum vsurarum ex mora debitarum Compensatio fit ipso iure tom.2,pag.366,col.1,& 2

Tutor agens tutorio nomine non potest obiicere compensationẽ eius quod proprio nomine debet tom.2, pag.372,col.1, & 2

Eius quod alij debetur quàm ei qui agit, compensatio obiici non potest tom.2,pag.372,col.1

Compensatio obiici potest perinde contra fiscum, atque contra priuatum neque priuilegium fisci hac in re vllum est tom.2,pag 373,col.1,& 2

Compensatio locum habet non solum in priuatis sed etiam in causa fisci tom.2,pag.366,col.1,& 2

Compensatio fieri potest eius pecuniæ quæ sub grauioribus vsuris debeatur cum ea quæ sub leuioribus tom 2, pag.366,col. 2

Compensatio vni petitioni destinata alij petitioni postea obiici non potest tom.2, p.177,col.2

Compensatio nudo verbo facta & opposita,vera est compensatio veræq; vim solutionis obtinet tanquam quæ fiat ipso iure si modo obiiciatur tom. 2.pag.177,col.2

Compensatio retentio.

An compensatio in commodato minùs propriè accipiatur pro retentione, cui locum facere solet compensatio,aut deductio, aut doli mali exceptio tom.1.p.638,col.2

Compromissum.

Facto compromisso cogitur arbiter de tota controuersia sententiam dicere,nec sufficit de parte controuersiæ pronunciare tom.1.p.110,c.1

Compromissum transactionis species, aut saltem initium quoddam est tom.1.pag.364,c.1

Quomodo & quid operetur compromissum tom.2,p.148,co.1,

Compromittere.

Eius est de lite compromittere,qui & litigare potest cum redacta sunt cõpromissa ad instar iudiciorum tom. 2,p.148,col.1,

Si seruus pro pœna compromissi fideiussorem dedit,fideiussor non obligatur tom.2,pa.148,col.2

Conciliatio.

Conciliatio l.si pecuniam 5.cum l. penult.Cod.de condict.caus.dat.caus. non sec. tom.1,pag.268,col.2

Conciliatio l. si extranens 6. D. de condict.caus.dat.cum l.si cum dotem 22,in princip.D.solut.mat. tom.1,p. 281,col.2

Conciliatio l. nec aduersus 10. D. depos,cum l.2 §.item si in facto,D de verb.oblig. tom 2,pag 404,c.1,& 2

Conciliatio l.si quis aliam 49, leg.si creditor 26,l qui res 98,& l libera 8.C. de sentent.& interloc.omnium iudic. cum l.si prædium 4, C.de euict. tom. 1,pa 700,col.1,& 2

Conciliatio l.parui refert 17, D. de condict.furt.cum l.qui decem §.idem responsum est de solut. tom.1, pag. 501,col.2

Conciliatio l fœminas 18.C.ad S.C. Velleian. cum l. si decipiendi 30.D. eod. tom.2,p 354,col.1

Conciliatio l. eius qui in prouincia 41. D. si cert. pet. cum l. si quis mancipiis 17.§.si impubes versic. eius contractus D.de Instit.act. tom.1,pag. 85, col.1,& 2

Conciliatio l.rei communis 45. D. pro socio cum l.si is cui 71. D. de furt. tom 1,pag.621,col.2

Conciliatio l.seruum filij 44.§.poculo. de leg.1. cum l.lana 88. de leg.3. tom.1,pag.686,col.2

Conciliatio l. in rebus 18. §. quod autem D commod. cum l.vlt. C.eod. tit. tom.1,pag.638,col.2.& 639,col 1

Conciliatio l.4. cum l. seq. D. de cond.furt. tom.1,p.461,& 462

Conciliatio l.vlt. D. de cond.caus. dat. cum l. naturalis 5.§.1. D.de præscript.verb. tom.1,p 306,col.1,& 2

Conciliatio l. pen.§. vlt. cum l.in possessionem.6. D. de quib.ex caus.in possess.eat. tom.2,pag.242,col.1,& 2

Conciliatio l. centum Capuæ 9, cum l.quæro 50.D. locat. tom.1,pag. 541,col 1,& 542,col.1

Conciliatio l.si pecuniam 5.§.1.D. de condict.caus.cum l. pater 22. D.de mamum. vindi. tom.1,pag.271,col.1

Conciliatio l.rem alienam 41.D.de pignor.act.cum l.si Titio 22. D. de pignorib. tom.1,pag.736,col 1

Conciliatio l. si duo 13.§. idem Iulianus de iureiur. cum l. si pro fure.7. D.de cond.indeb. tom.1,pagin.463, col.2

Conciliatio l.1.§ est autem 22.D. depos.cum l.si apud filium 21.D.eod. tit. tom.2,pag.414,col.2

Conciliatio l. si mulier 10. D. de cond.caus dat.cum l.licet 43. in princip.D.de iur.dot. tom.1,pag.367,col.2

Conciliatio l. Neracius 63. D. de condict.indeb cum l. cùm quis 38,§. qui hominem D de solut. tom.1,pa. 431,col.2,& pag.432.col.1,& 2

Conciliatio l.sed etsi 17, cùm l.seq. D. de pecun. constit.ratione emporis quo possit constitutum solui to.1,pa. 571,col.1,& 2

Conciliatio l.rem alienam de pignor.acti.cum l.1,D.de pignorib.tom. 1,pag.733,col.2

Conciliatio l. quidam putant 22, D. de iure.iur. cum depositi 5, §. si filiusfamilias D.de pecul. tom.1,pag. 150,col.2

Conciliatio l. Publia 26, D.depos. cum l.donatione §. penult. D. de donat. tom.2,pag.419,col.2

Conciliatio l.eleganter 24,§.si vendiderit cum l.penult. D. de pignorat. action. tom.1,pag.702,col.1,& 2

Conciliatio l. in depositi 12, D.de re iudic.cum l.is qui dolo 69, & seq. de rei vind. tom.1,p 450,col.2

Conciliatio si non saltem 25, in princip. vers. proinde D. de condict. indeb. cum l.indebitis 18. C. de vsur. tom 1, pa 371,col.2

Conciliatio l.si vnus res in princip. D.de pact.

BIU Cujas

D.de pact.& l.si duo 25,D.si quis cautione cum l.in duobus 28.D.de iureiurand.tom.1,p.156,& 157

Conciliatio l.si vt certo,5.§.si me rogaueris D commod.cum.l.1§.quæ depositis 5,D.depos. to.2,pag.378,col.1. & 2

Conciliatio l.1,§.non tantum 20,D. depos. cum l.1. §.1,D.de vsur.to.2,pag. 382,in fin.

Conciliatio l. non solum 39, §.1,D. de procurat. tom.1,pag.120,col.2,cum l.non postea 9, §. iusiurandum D. de iureiur. ibid,

Conciliatio l. vnde quæritur 7,§.1. D.commod. cum l. qui seruum l vlt. D. de acti. & oblig. tom.1.pagin.619, col.2

Conciliatio l.eius qui 41,vers. Quas vero pecunias D. si cert. pet. cum l. fundi.33,vers.item si amicus D.de aquę poss. tom.1,pag.86,col.2

Conciliatio l.si seruus 3,§.boue,cum l.in commodato 17,§. sicut D. commod. tom.1,pag.633,col.1

Conciliatio l.si seruus 4, D.de condict.furt. cum l.4.§. in condemnatione, versic. & si sub conditione D.de tab.exhib.cum l.in lege Falcidia 45,§.1, D.ad leg.Falcid. tom.1, pag.496, col.1.& 2

Conciliatio l Papinianus §. penult. D. de inofficioso testam. vers. fere, in qua habetur ante motam de hereditate controuersiam soluta legata ab eo repeti qui obtinuit,& l.quod si possess.17,D.de pet.hered quæ bonæ fidei possessoribus repetitio datur tom. 1,pag.335, col.2

Conciliatio l.penult. §.in eum, D. *ne* quis in eum qui in ius vocab. vi exim. cum l. nummus 3. de in lit.iur. tom.1.pag.212,col.2

Conciliatio l.si fœnebris 13, l. si aduersarius 11,C.ad S.C Velleian. cum l. Scia. 28,§. Auidum. & l.tutor 19,§.cum haberem. D. eod.tit. tom.2,pag.352, col.1 & 2

Conciliatio l.nauta 5,§. naut. caup. cum l.1,§.si vestimenta 8,D.depos. to. 2,pag.376,col.1 & 2

Conciliatio l si hominem 7. §. quoties D. depos. cum l.si ventri 23 §. in bonis,D.de bon.author iud. poss. alias l.9.D.de priuil.credit. tom.2,pag. 402, col.1,& 2

Cõciliatio l.licet 3.§.sed si filius 6.D. de pecul.cum l contra 30.§.si filius, D. de pact. tom.2.pag. 149 col.2

Conciliatio l.indebiti 15 §.1.vers.sed etsi,D. de cond. indeb. cum l.vlt. circa finem,C.de his quia non dom. tom. 1,pag.354,col.2

Conciliatio l.iusiurandum 34.§. qui iusiurandum 4.D.de iureiur.cum l.2.§. sed quia vendunt,C.de iureiur. propt. calumn.dand. tom.1,pag.186.col.1

Conciliatio l.cum omnis 19,in fine principij,cum l.2,C.si mãcip. ita fuer. alien. tom.1, pag. 50,col.1,& 2

Conciliatio l qui quid astringendæ de verb.oblig.cum l.cum quid 3.D si cert.pet. tom.1,p.7.& 8

Conciliatio l.si filius 14, in princip. cum l.sed si pater familias 9, §.1, D. ad S.C.Macedon. tom.1.pag.3 ,col.2

Cõciliatio l.si pecuniam 5,§.1, D.de cond.cauf.dat.cum l. quæsitum 8, D. de seru.export. tom.1. pag.271,col.1, & 2

Conciliatio l. si sine 22,§.Marcellus cum l. procurator 8,§.1,D.rat.rem hab. tom.1, pag.147, col.2

Conciliatio l.eius qui & seq. D. de rei vindic.cum l.si fideiussor 30, D. depos. tom.2.pag.423,col.2

Conciliatio l.3,cum l.4, D.de cond. tutor. tom.1,pag.513,col.1,& 2,

Condemnatio.

Non est referenda in arbitrium iudicis condemnatio quæ ex natura actionis certa esse potest tom.1, pag.529,col.1

Omnis condemnatio præsupponit actionem tom.1,pag.451,col.1

In actione quod metus causa condemnatio fit in quadruplum tom.1, pag.529,col.1, & de varia condemnatione in variis actionibus arbitrariis, ibid & col.2

Cur in condemnando, semper eum statum inspiciamus qui est tempore rei iudicatæ, non qui fuit tempore litis contestatæ tom. 1,pag. 495,col.1,

Nunquam fit condemnatio ad rem dandam aut restituendam præcisè, ne quidem in actionibus in rem,licet aliter atque aliter lis æstimetur nonnunquam per iusiurandum in litem, nonnunquam citra iusiurandum & officio iudicis tom. 1, pag.634,col.2

Superueniente iure ex causa de præterito, pendente lite intentato, sequi potest condemnatio, secus superueniente ex causa de futuro tom.1, pag.664,col.1

Condemnatio actio.

Ex iure certo certa debet esse condemnatio,nec in arbitrium indicis cõferenda tam in actionibus strictis, quã in arbitrariis, excepta ea de eo quod certo loco tom.1,p. 529,col.1,

Condemnatio interesse.

Omnis condemnatio quæ fit per iusiurandum in litem, siue in arbitrariis,siue in bonæ fidei actionibus semper fit ad id quod interest, non item in strictis tom.1.p.528,col.2

Condemnatus.

Plusquam debitor est, qui iam est condemnatus tom.2.pag.369,col.2

Condicere.

Datum ex iniusta causa condici potest tom.1.p.317,& 318

Cur post quinquennium legata ex testamento nullo vel inofficioso legata soluta repetantur, libertis verò non reuocetur tom.1.pag.334.co.1,

Indebiti solutione facta procuratori post secutam ratihabitionem condicitur domino non procuratori tom. 1,pag.341,col.2

An data pecunia iudici, vt bene vel malè iudicet condici possit? tom.1, pag.311,& 312,& 313

Fundi vsusfructus indebitè solutus à venditore fundi,non ab emptore cõdici potest tom.1,pag.348,col.1,& 2, & quomodo ibid.

An in contractibus innominatis pecunia data propter aliquam causam quæ sequi non possit. sine culpa tamẽ accipientis,sed casu fortuito possit cõdici? tom.1,p.268,col.1,& 2

Libertate seruo data in codicillis testamento confirmatis pecunia data conditionis implendæ in testamento appositæ, in quo eadem libertas data erat sub condicione dandi condici de æquitate potest.si scilicet directo,non per fideicommissum data fuit tom.1, pag. 255,256,257, & 258

Pecunia data vt aliquid ex certa causa sequatur condici potest, licèt sequatur modo ex alia causa tom.1, p.255, 256,& 257

An heres qui pecuniam accepit vt seruum manumitteret ex libertatis fideicommisso condicionali, sciens se pure rogatum in codicillis seruum manumittere condictione conueniri possit? tom.1,pag.257,col. 2

Datum ob causam non secutam vel nullam,condici non potest, si datũ sit scienter vt dans amiciorem experiretur accipientem, & se graciorem ei præbere tom. 1,pag.258,col. 1,& 2

Datum executori voluntatis defuncti, si in causam debitam non expendit condictione causa dati, repeti potest,licèt heres non sibi prospexerit per satisdationem pecuniam dando tom.1,pagin. 297,&.298

Habitatione indebitè data precium eius condicitur, non quantum actor potuit consequi, sed quantum reus tom.1, pag.439,col.2

An nummorum indebitè solutorum quantitas, au corpora ipsa possunt cõdici tom.1, pag.360,col.1,& 2

Cur nemo possit rem suam condicere,nisi à fure tom.2,pag.408,col.1

An indiuiduum datum ob causam partim turpem,partim honestam possit in totum condici, aut in totum retineri? to.1,pa.313,col.2

Liber homo ab alio tanquam seruus possessus pecuniam datam manumissionis causa condicere potest quãuis possessor eum siue sciens siue ignorans manumiserit tom.1,pag.254, & 255

Libertate pure seruo data in codicillis testamento confirmatis quæ in testamento sub condicione data fuerat an pecunia condicionis implendæ causa data condici possit condictione indebiti? tom.1,pa.258,col.2

Plus minusve condici potest quam solutum sit,nunquam autem plus minusve indebito tom.1, pag.343,col.2

An & quomodo datum ob causam quæ in faciendo cõsistat ea quę secuta repeti possit tom.1,pag.248,& 249

Quomodo datum ob causam causa non secuta condici possit etiam si extinctum sit, & an condici possit ratione sui an ratione æstimationis? tom.1, pag.303,& 304

Datum ob causam intra tempus extituram ante tempus condici non potest tom.1,pag.249,col.2

Et id ipsum & tantumdem quod indebitè solutum est potest condici tom.1,pag.343,col.1

An domino an procuratori mandatũ generale habenti indebitum procuratori solutum condici possit tom.1,pa. 141,col.1, & 2

Pecunia data à seruo fugitiuo ne iudicaretur, potest a domino condici condictione furtiua tom.1, pag.316, & 317

An qui condicit contractum ex parte sua perfectè implere, ac prior debuerit? tom.1,p.267,col.2

Is cuius nomine quid datum est condictionem non habet causa dati sed is qui dedit to.1, pa.283,col.1,& 2

His solis pecunia condicitur quibus quoquomodo est soluta, non quibus solutio proficit tom.2,pag.147,col.2

An pecunia data vt seruus manumitteretur si antequam manumitteretur fugiat possit condici aut aliqua alia actione quàm condictione repeti tom.1,pa.275

BIU Cujas

Qui nummos communes credit potest partem Condicere to.1,pag.38,col. 1, & 2.

An & quando quod dotis nomine datum est Condici possit, si nuptiæ inter eas personas contractæ sint, quæ legitimam ætatem non compleuerũt? tom.1, pag.292,& 253

Datum obligato ex stipulatu vel actione ex testamento vt quod ex ea obligatione debet præstet condici potest sed qua actione? tom.1,pa.323, col.1

Audiendus est dominus si malit rei suæ possessionem condicere quàm dominium tom.1,pag.508,col.2

De iure gentium condici possunt res, id est earum possessio ab his omnibus qui eas non ex iusta causa possident tom.1,p.478,col.2

Sola possessio condici potest tom.1, pag.478,col.2

Potest dominus solutum à procuratore indebitum condicere quia testatur se ratam habere solutionẽ ipsius nomine factam tom.1.pag.342,col.1

An sponsus conuentus condictione fundi ob nuptias dati quæ secutæ non sunt fructus restituere teneatur? tom.1, pag. 289, 290, 291, & 292, vbi affirmatiue

Datum ob causam causa non secuta repeti potest cum fructibus naturalibus non autem ciuilibus to.1,pag.291, & 292

Nuptiis non secutis ancilla in dotem data cum partu potest condici tom.1,pag.292,col.1,& 2

Datum conditionis implendæ causa si testamentum postea falsum vel inofficiosum, sine scelere instituti pronuncietur condici potest veluti causa non secuta tom.1,pag.246,col.1,& 2

Datum pro causa repeti potest si causa non sit iusta vel redeat ad non causam vel saltem ad non iustam to. 1,pag.246,col 1

Condicere prisca lingua nihil aliud erat quàm denunciare tom.2, pag. 407,col.2

Datum ob causam vel rem turpem condici potest si turpitudo sit ex parte solius accipientis tom.1, pag. 309, & 310

Datum ne furtum aut homicidium fiat condici potest tom.1, pag. 310, col.1,& 2

An & quomodo datum ob causam negatiue conceptam repeti possit? to. 1,pag.247 & 248

Datum ob rem vel causam non secutam condici potest tom.1,pag.309, col.2

An datum propter iter suscipiendum ante implementum possit repeti & quo casu tom 1,pag 268,col.1, & 2,& 269,col.1, & 2

Qui sine causa promisit nec soluit promissum non condicit sed ob legationem tom.1,pa 451,col.1

An possit rem ab alieno seruo bona fide possesso emptam ex peculio veri domini ac traditam bonæ fidei emptori, verus dominus repetere ab emptore tom.1.pag.65,66,& 67, & an per vindicationem, an verò per condictionem tom.1,pag.67,col.2

Datum ob contractum innominatum ante implemẽtum potest condici tom.1.pag.249,col.1, pag.251,col.1,& 2, & p.264,& 265

Datum ex contractu innominato causa non secuta qua actione condici possit si pœniteat, qua actione si non pœniteat? tom.1, pag.252,col.1,& 2

Legata soluta per posteriores codicillos adempta condici possunt tom. 1, pag.335,col.1

Datum ob causam serui manumittendi & ante manumissionem mortuo an & quatenus repeti possit? tom. 1.pag.252,col.1

Fructus & partus qui rei solutæ accesserunt condici possunt tom.1,pag. 342,col.2,& pag.343,col.2

Interdum plus condicitur quam solutum sit, interdum minus tom.1,pag, 342,col.2

Quid sit condicere? tom.1, pag.457, col.1

Promissa iudici pecunia vt benè vel male iudicet an pignora data possint condici? tom.1,pag.312,col.1

Nemo rem suam condicit nisi à fure tom.1,p.20,co.1

Intendere rem sibi dari oportere, est illam posse Condicere tom.1, pa.304, col 1,

Indebitum procuratori generali mãdatum habenti solutum potest Condici procuratori, ante ratihabitionem domini, nisi indebitum hoc prima facie indebitum appareat, quo casu potest condici domino tom.1,pag, 341,col.2

Is Condicere potest qui dominium habuit, & is condictione tenetur, qui potest dominium transferre tom. 1,pag.352,col.1 & 2

Solutum per vim & metum, quod etiam per vim & metum promissum erat, repeti potest tom.1,pag.318,& 19

Id quod ex iniusta causa apud aliquem est Condici ei potest,t.1,p.72,c.1

Qui condicit possessionem, Condicit etiam dominium quod possessioni quoquomodo accessit tom 1, p.354,col.2

Datum vt quid fieret an repeti possit, & quomodo si non per accipientẽ steterit, quominus factum sit tom.1, pag. 263,& 264

Quod turpiter accipitur, honestè & iustè Condicitur, cum ex parte solius accipientis turpitudo versatur, secus si ex parte solius dantis, vel ex parte vtriusque tom. 1,pag.310,col.2

Res pignori data pecunia soluta, qua condictione repeti possit? tom.1, pag.10,11,& 12,col.1

Iura possunt condici tom.1,pa. 347, col.2

Datum ob causam intra tempus exituram, finito tempore Condici potest, si intra tempus causa non sit secuta tom.1.pag.250,col.1

Qui seruo crediderit, & postea furere cœperit, si creditum in rem domini versum sit, Condici nomine furiosi potest tom.1,pag.34 col 2

Facta donatione causa mortis, si donans conualuerit, res donata Condicitur cum fructibus tom.1,pag.298, col.1,& 2

Condicere depositum.

Pecunia data, vt depositum reddatur potest Condici tom.1,pag.310, col. 2

Condicere dos.

Qui iussu mulieris pecuniam dotis nomine sponso promisit, & ante nuptias soluit, Condicere potest, nuptiis non secutis, condictione non indebiti, sed causa dati, si scilicet soluit, putans se debere mulieri, si verò sciat se nihil debere mulieri, Condicit tom. 1, pa. 284,285,286,287,& 288

Extraneus pro muliere pecuniam dotis nomine datam cum pacto vt dissoluto matrimonio repetere eam possit, etiam Condicere potest, si nuptiæ nõ fuerint secutæ tom.1,pag. 279,280,281,282,283,& 284, contra Tribonianum

Extraneus pro muliere dans dotem animo donandi olim dedisse præsumebatur, nec soluto matrimonio eam repetere poterat, nisi ita conuentum esset to. 1,pag.280,col.2

Condicere factum.

Facta Condici non possunt, sed datur actio de dolo ad id quod interest tom.1, pag.243,col.2

Condicere repetere.

Comparata ad iter faciendum pro alio, si nolit postea eundem vlterius proficisci cuius sint, an eius qui comparauit, an eius cuius gratia iter suscipiebatur tom.1,pagin 269, col.2

Cum duo fideiussores post partem à reo, solutam, totum soluerunt, vltimus partem indebitam repetere potest, secus si simul, neque sciatur quis prior aut posterior tom.1, pag.369, col.1.& 2

Condicere turpe.

Turpiter facit qui pecuniam accipit ne furem indicet, secus vt indicet tom. 1,p.315, col.1

Ideò priore casu datur condictio ob turpem causam, non autem secundo tom.1.pag.315,col.1,& 2

Condicio.

Conditiones impossibiles in legatis institutionibus, & aliis vltimis voluntatibus, habentur pro non adiectis, nec viciant vltimam voluntatem, sed viciantur, secus in stipulationibus, & dispositionibus inter viuos tom.1. pag. 425, col 1,

Ea demum condicio impossibilis reiicitur, & pro non scripta habetur in vltimis voluntatibus, quam testator impossibilem esse sciuit, non quam possibilem esse credidit tom.1, pag. 425, col.1.

Impossibilis Condicionis adiectio viciat stipulationem tom.1,p.24,col.1

Condicio per se possibilis per accidens impossibilis viciat vltimam voluntatem tom.1,pag.425,col.2

Duæ condiciones inter se contradictorię sic haberi debent, ac si vna tantum esset condicio duas habens partes tom.1.pagin.428,col.1,

Debitum sub duabus condicionibus inter se contradictoriis pure debitum intelligitur tom.1,pag.428, co.1,

An debitum sub condicione omnimodo extarura solutum repeti possit tom.1, pag.358, col.1,& 2

De vi condicionis omnimodo extaturæ tom.1, pag.358,col.1,& 2

Frustrà expectatur dies aut condicio, cuius euentus nihil operatur tom. 2,pag.338,col 1

Regulariter expectanda est condicio tom.2,pag.338,col.2,

Condicio illa est quæ se habet indifferenter ad esse,& non esse tom.1 pag.246,col.2

Condiciones quæ tacitè insunt nihil solent operari tom.1,p.29,col.1.

Articulus

BIU Cujas

Articulus si,& cum, facit condicionem tom.1,pag.413 col 1,
Omnes actiones sunt indiuiduæ tom.1,p.661,col.2
De condicionibus quæ etiam in vltimo vitæ momento impleri possunt tom.1.p.260,col.2
Frustrà expectatur euentus condicionis, cuius nihil operatur euentus tom. 1, pa.658,col.2
Tacita condicio addi facilè non potest quæ expressa non sit tom.1,pag. 107,col.1
Cur condiciones sint odiosæ? to. 1, pag. 107,col.1
Condiciones implendæ sunt in forma specifica tom.1, pag.255,col.2 nec aliunde recipiunt interpretationē quàm à voluntate testatoris ibid.
Condicio si voles admittit voluntatis mutationem, secus condicio si volueris tom.1.pag.29 col.2
Condiciones omnes implendæ sunt in forma specifica quantum fieri potest tom.1, pagin.669,col.1.
Differentia inter legatum condicionale,& stipulationem condicionalem tom.1.pag.357,col.1 & 2
Etiam condicio quæ pendet alicuius vtilitatis est tom.1,pag.495,col.2
Differentia inter articulos si & cum, quando collata est conuentio in voluntatem debitoris tom.1,p.413, col.2
Condicio de præsenti vel futuro nō suspendit actum tom.1, pag.77, & 78,col.1,& 2
Differentia inter condicionem & modum tom.1.pagin.78,col.1, &2
Condicio de facto implenda est, licèt de iure nihil operetur tom.1, pag.254,& 255
Quod implendæ condicionis causa datur, non datur nisi ob causam de futuro tom.1, pag.393,col.1
Condicio non potest dici impleta eo instanti quo impletur tom.1,p.245, col.2 & aliud instans est quo impletur,aliud quo impleta est ibid.
Omnes condiciones concipi debent in futurum, non in præteritum, vt vim condicionis habeant tom. 1, pag.717, col.2
Certum est id quod sub condicione debetur, omnino debitum iri in euentum condicionis, adeò vt mortuo interim creditore, attamen spes illa debiti in ipsius heredem transmittatur tom.1,pag.577,col.1
Defensio iuris quæ causam incertam habet condicionis instar obtinet tom. 1,p 422,col.2
Euentus condicionis quandocunque superueniens facit vt actus conditionalis iam inde ab initio purus existimetur,aut saltem perinde habendus ac si purus fuisset,nec vlla condicione suspensus tom 1,p.577,col.2
Neque obligationis conditionalis, neque legati conditionalis dies cedit ante condicionis euentum tom. 1,p.413,col.1
Condicio potestatiua extra vnum casum non retrotrahitur, secus condicio casualis vel mixta tom.1, pag.63, col.1
Est lucrum aliquod sicut & damnum condicionis tom 2.pag.247,col 2
Condicio tacita nunquam facit dispositionem condicionalem,sed impedit nactiuitatem seu potiùs exercitium actionis tom.1.pag.285,in fine.
Tam in legatis, quàm in stipulationibus ita ius est, vt dispositio conditionalis quæliber perinde habeatur post condicionis euentum,ac si ab initio pura fuisset tom.1,pa 494, col. 2
Condiciones quandocunque existentes retrotrahuntur ad id tempus, quo actus interpositus fuit tom.2, pag.266,col.1
In debito condicionali defectus cōdicionis pro solutione est tom. 1,pag.666, col.2,
Existens quandocunque condicio facit puram dispositionem quæ anteà fuerat conditionalis tom. 2, pag. 169,col.2
Quod implendæ conditionis causa datur magis ex voluntate eius qui dat quàm ex mente & iudicio testantis aut iure testamenti dari intelligitur tom.1,pag.392,col.1 præcisè videlicet, causatiuè tamen ex voluntate defuncti tom.1,pag.393,co.1,&pag. 417,col.2,& pag.436,col.1
Prius est vt condicio impleatur quā vt quis habere possit & consequi quod sub ea condicione sibi relictum est tom. 1,pag.392,col.1.& pag.417,col.2
Numeratio pecuniæ potest inseri conditio non minùs quàm stipulationi tom.1,pag.15,col.1,& 2
Condicio neque actum, neque contractum potest suspendere, sed tantùm effectum vtriusque tom.1, pag. 16,col.1

Condicio causæ.

Quod implendæ condicionis causa datur,non sine causa datur tom.1, pag.392,col.1

Condicio dies.

Dies incertus facit condicionem tā in testamentis, quàm in contractibus, tom.1,pag..346,co.1,& p.356,col.2

Condicio implere.

Condicio pro impleta habetur,quādo is qui implere debuit, impeditur facto eius qui ex implemento tenetur tom.1, pag.260,& 261

Condicio modus.

Condicio magis afficit dispositionē, quàm modus,modus enim non suspēdit dispositionem, condicio verò suspendit tom.1, pag.254,col.1,

Condictio.

Promissum si aliquid fieret solutum antequam id factum sit, Condici potest tom.1, pag.412,col.1,& 2,& p.413,col.1,& 2
His solis pecunia condicitur,quibus quoquomodo soluta est, non quibus proficit tom.1,pag.413,col.1 & 2
His solis Condicitur cum quibus negotium geritur, vel quasi contrahitur tom.1,p 413,col 1
Si id propter quod implendæ conditionis causa datum aliquid fuit, desierit deberi facto eius qui dedit, non potest esse locus Condictioni indebiti secus si facto eius qui accepit tom.1, pa.393. col.2
Qui implendæ conditionis causa dedit aliquid, vt hereditatem sibi sub ea conditione delatam adire,vel legatum consequi posset, mox postquam dedit hereditatem, vel legatum repudiauit,datum Condicere potest, condictione causa data tom.1,pag. 393,col.2
Vt Condictio sine causa locum habeat,non efficit, vt causa possit redire ad non causam,sed vt redierit tom.1, pag.448,col. 2
Quod ex causa etiam malè iudicati solutum est,nunquam per vllam Condictionem repetitur tom.1,pag.448, col.1
Cum numeratur pecunia credita nascitur ex ea numeratione Condictio quæ per stipulationem postea interpositam inutiliter non potest tolli tom.1,pag.22,col.1. & p 23,& 24
Condictio furtiua neque pœnalis, neque famosa to.1,pag.458,c.2
Condictio furtiua non competit aduersus mulierem,quæ res mariti amouit, potest autem competere contra eius heredem tom.1,pag.458,col.2
Contra quem non detur condictio furtiua tom.1,pag.458,col.2
Condictionis furtiuæ duæ species, vna certi, altera incerti tom.1,pag. 458,c.2
Condictio furtiua certi datur domino eiusque heredi: Incerti verò etiam non domino tom.1,pag.458,in fin. & seq pag.
Condictio furtiua nascitur ex noxa & delicto tom 1, pag 499,col.1
Rei à seruo subreptæ ante manumissionem non datur Condictio furtiua aduersus seruum postea manumissum tom.1,pa 499,col.1,& 2
An repetitio seu condictio legatorū danda sit ei qui ex testamento nullo hereditatem adiit,an ei secundum quē de hereditate iudicatum est tom.1 pag.335,col.1
Omnes condictiones naturalem habent æquitatem tom.1,pag. 335,col.1
Heres ex testamento nullo qui legata soluit,non potest ad aliud vrgeri secundum quem de hereditate iudicatum est, quàm vt directa condictione cedat quæ ipsi aduersus eos quibus solutum est,competit tom.1,pag. 335. col.2
Heres ex testamento nullo non repetit legata soluto ex reb. hereditariis sed tantum is cui adiudicata est hereditas,secus si ex suo to.1,pag.335, col.2
Condictio indebiti post rem iudicatam nunquam datur tom.1, pag. 449,col.1,& 2
Condemnatus cum causa, si causa postea ad non causam deuenerit, solutum repetere potest condictione sine causa tom.1,pag.448,col.1, & 2 & p.449,col.1, & 2
Cur detur condictio sine causa condemnato qui habeat actionem ex cōtractu, cum condictio sine causa sit tantùm subsidiaria tom. 1,pag. 449,col.2
Indebitum datum implendæ conditionis testamentariæ causa vt libertas postea sequatur, non immediatè ob causam futuram libertatis acquirendæ, sed ob causam præteritam adscriptæ conditionis testamentariæ cōdici potest tom 1,p.441,& 442,col.1 & 2
Condictio furtiua mere rei persecutoria est,& quidem sui natura, & in prima sua intentione tom.1, pag.458.c.1, & pag.463
Condictio indebiti vtilis ad euitandum circuitum competens cui detur? tom.1.pag.66,col.1, & contra quem ibid.
Renunciatio facta super omni legū auxilio, non impedit condictionē indebiti tom.1,pag.443, in fin.& 444, col.1,& 2
Nulla condictio famosa est, cùm in

BIU Cujas

condictionibus omnibus cesset ignominia, licèt ex turpi & famosa causa pendeant to.1,pag.458.col.2

Condictio furtiua rem persequitur & ex sui natura mere rei persecutoria est 1.1,p.460, col.1,& pag.463,col.2

Propositum in mente retentum nõ operatur ad dandam condictionem causa dati tom.1,pag.258,col.2

Quod quis ipso iure retinere potuit ex debito tanquam diminuto ipso iure si soluatur, Condici potest tom.1, pag.415,col.1

An aduersus malæ fidei possessorem & quo casu detur condictio triticaria? tom.1.pag.11,col.1,& 2

De Condictione Iurisgentium to.1, pag.11,col.2, & p.12, col.1

Sublata vi stipulationis per exceptionem doli, vel in factum quæ aduersus agentem ex stipulatione obiici potuisset, competit repetitio, nisi sublata sit causa proxima retentionis tom.1, pag.320,col.2,

An hereditatis vel bonorum possessori hereditatem defendenti indebitũ solutum Condici possit tom.1,pag. 377,col.1.& 2

Parer nec ex sua, nec ex filij persona tenetur in solidum Condictione furtiua, sed tantùm in id quo locupletior factus est to.1,pag.481,col.2 & sequent.pag.

De Condictione fundi deducto vsufructu alieno tom.1,pag.355,col.1

Per Condictioné triticariam omnes res certæ peti possunt, atque per Conctionem certi, sed quomodo? & differentia inter vtramque Condictionem tom.1,pa.505,col.1,& 2,& p.506,col.1

Nulla Condictio est per quam non intendat actor dari sibi rem oportere tom.1,pag.507,col.1

Cur nemo rem suam Condicere possit, nisi à fure tom.1. pa.507,col.1

Condictio triticaria in omnibus casibus retinet naturam earum condictionum, cum quibus concurrit tom. 1,pag.507,col.2

Condictio triticaria tam verè condictio est, quàm cæteræ condictiones, eiusdémque naturæ & potestatis est tom.1,pag.507, col.1

Vt Condictio furtiua locum habeat, non illud inspiciendum est, an res furtiua ad furem peruenerit, sed illud tantùm vt ad dominum ipsum non peruenerit tom.1,pag.484,col.1

Pro re furtiua perempta sola Condictio furtiua competit tom. 1,pag. 458, col 1

De Condictione rei mobilis consumptæ tom.1,pag 353 col.1

Condictionis nomen quid significet tom.1,pag.352,col 2

Ad impediendam cõdictionem sufficit vt id quod fieri debuit factum sit quocunque modo siue ab homine siue à lege to.1,pag.257,col.1

Fundus vectigalis per condictionem triticariam peti potest tom 1,pag.506, col.2 & pag.507,col.1

Quando detur vindicatio rei furtiuæ quando condictio? tom.1,pag.469, col.1,& quomodo ibid.

Frumenti indebitè soluti nondum consumpti non precium sed ipsum frumentum venit in condictionem tom.1,pag.438,co.1,& 2,secus consumpti ibid.

Condictiones omnes ita dantur vt per eas intendat actor in se dominium eius rei transferri quæ petitur. tom.1. pag.18,col.1

Omnes condictiones sunt stricti iuris nec minus triticaria quàm cæteræ nulla penitus arbitraria, nisi cùm promissioni locus adiectus est tom.1,pa. 506,col 2

Non potest esse locus condictioni triticariæ quoties loci vel temporis ratio habenda est tom 1,pag.506,col.2

In iudicium condictionis certi nihil aliud deductum intelligitur nisi quanti res fuerit tempore litis contestatæ tom 1,pa.506,col.2

An & quomodo fundus per condictionem triticariam peti possit tom. 1,pag.506,col.2

In quibus casibus solutum indebitum,non repetitur tom.1,pag.368,c.2

In quibus casibus solutum indebitum non repetitur, causa quidem debiti expressa & remota nulla est sed tamen proxima aliqua & tacitè subintellecta subest tom 1,pag.368,col.2

Condictio latius patet quàm interdictum tom.1.pag.353.col.2

In condictione indebiti non veniunt accessiones ciuiles sed naturales tantum tom.1,pag.353.col 2

In condictionem indebiti non aliæ accessiones veniunt, quàm ex quibus possessor factus est locupletior tom.1, pag.353,col.2

An in condictionem indebiti veniant quæ per vsucapionem accesserunt tom.1,pag.353,col.2

Quomodo condictionem habere possit is qui soluit procuratori falsò cùm post condictionem remaneat dominus, condictio autem si solam furtiuam excipias nunquam detur domino sed tantum vindicatio? tom.1, pag.302,col.1

Exceptio Velleiani parit indebiti condictionem tom.1,pag 404, col.1

Condictio furtiua an & quomodo detur aduersus heredem furis tom 1, pag.464,col.1.& 2, & pag.465, col.1,& 2

Condictio furtiua quomodo introducta tom.1.pag.463,co.2

Omnes condictiones ideo fuerunt introductæ nequis ex aliena iactura locupletaretur tom.1,pag.271,co.2

De singularibus condictionis furtiuæ tom.1,pag.133,col.1,& cui competat si super furto iusiurandum sit præstitum ibid. & col. 2, & pag. 134, col.1,& 2

Condictione furtiua nemo tenetur quàm qui furtum fecit aut heres eius tom.1, pag, 461, col. 1, & 2, & pag.462, col.1,& 2

Condictionis nomen latius patet, quàm repetitionis to.1,pag 364,col.2

Datum ob transactionem repeti potest si ea secuta non fuerit tom.1 pag.364,col. 2/

Condicere est repetere, repetit autem qui petit tom.1.pa.415,col.1

In contractibus innominatis ex vtraque parte perfectis & impletis datur condictioni locus secuta euictione tom 1,pag.267,col.2

Toties condictioni locus est quoties qui alienam pecuniam accepit nullam eius retinendæ causam habet tom.1,pag.72,col.2

De condictione de bene depensis tom.1,pag.87,col.2

Condictionum aliæ sunt petitiones aliæ repetitiones, per petitiones petitur res ipsa tantum, per repetitiones restitutio rei cum vsuris tom. 1, pa. 64,col.2

Condictio furtiua non datur nisi ad rei persecutionem & recuperationem tom.1,pag.487,col.1

Quomodo prædoni fructus condicantur tom.1, pag.421,col.1,& 2

An inobligationibus dandi idipsum peratur quod debetur tom.1.pag.344, col 1,& 2

Cùm quis alienam pecuniam credendi animo numerauit, & ea pro parte consumpta est, an ex ea siue numeratione siue consumptione pro parte vel pro tota quantitate condictio nascatur tom.1,pag.37,col.1,& 2

Omnis de condictione quæstio translationem dominij præsupponit nisi cùm de furtiua tractatur tom.1,pa. 259,col.2

Condictio triticaria est etiam condictio furtiua quam quis rem furtiuam condicit non ipsius æstimationem tom.1,pag.20,col.2

Differentia inter condictionem certi quæ nascitur ex numeratione & eam quæ nascitur ex stipulatione to.1, pag.87,col.1

Duplex indebiti condictio,certi vna, incerti altera tom.1, pag 343,col.2,& pag.447,col.1,& 2

Etiam ratione possessionis indebiti condictio interdum datur tom.2,pag. 425,col. 2

Condictio causa dati non nascitur ex conuentione aut expressa aut tacita, sed ex sola natura & æquitate negotij extra id quod agitur tom.1,pag. 282,col.1

Condictio furtiua non nisi odio furis aduersus communes iuris regulas comparata est tom. 1, pag. 462, col.1, & 2

Etiamsi authore ac mandante prætore solutio facta esset eo tempore quo neque falsum adhuc neque inofficiosum neque irritum neque ruptum esse testamentum dicebatur, salua tamen ei qui soluit manet condictio indebiti tom.1,p.333,col.1

Omnes condictiones sunt actiones stricti iuris tom.1,pag.351,col.2

Condictio triticaria cur introducta? tom.1,pag.229,col.2

Cum de condictione quæritur non tam inspiciendum est à quo aut cui solutum est quam cuius gratia & nomine tom.1,pag.417,col.1

Qui pecuniam alienam credendi causa dedit deinde furere cæpit& consumpta est ea pecunia condictionem acquirit furioso to.1,pag.35,col.1,& 2

Integra dote, pro marito soluta,an detur condictio ad repetendum supra quod facere potuit tom.1,pag. 344, col 1,& 2

Quænam exceptiones perpetuæ & fauorabiles pariant condictionem indebiti tom.1,pag.344,c.1.& 2

Condictio indebiti an sit actio ciuilis an sit ex iure naturali tom.1,pag. 350,col 1,& 2,& pag.351,col.1

Omnes condictiones sunt actiones personales quibus intendimus aduersarium nobis dare oportere tom.1,pag. 351,col.1

An fructus post indebitum solutum percepti ac partus sint restituendi tom 1, pag 351,col.1

Cum alius soluit alius repetit condictio datur vtilis repetenti, directa soluenti to 1.pag.337,col.1

Facta condici non possunt tom.1, pag.381,col.2

Cum turpitudo versatur ex parte dantis & accipientis non est locus cõdictioni ob causam turpem tom.1,pag. 319,320,&

BIU Cujas

319, & 320, & 321
Differentia inter condictionem indebiti & condictionem causa data causa non secuta tom.1,p.415,col.1
Differentia inter datum ob causam obligatoriam & causam non obligatoriam ad hoc vt condictio indebiti competat tom.1,pag.415 col.1
Ob quam causam detur condictio indebiti tom.1,pag.415,col.1 & 2
Condictio causa dati nunquam cocurrit cum condictione indebiti tom.1,pag.301,col.1
Erronea soluentis opinio indebiti condictionem inducit potius quàm excludit tom.1,pag.389,col.1
Condictio furtiua turpis est, & furti exprobrationem continet tom.1,pag.483,col.1
Valet argentum à mutuo ad solutionem indebiti & à condictione certi ex mutuo ad Condictionem indebiti, cur æque paratus tom.1,pag.340,col.2 pag.343, col.1
Omnis Condictio præterquam ex causa furtiua præsupponit translationem dominij quæ facta sit à soluente in accipientem tom.1.pag.410col.1
Nemo rem suam condicit nisi à fure tom.1,pa.410,col.1
Condictione furtiua non alius teneri potest quàm qui furtum fecit, aut heres eius tom.1,pag.459,col.1
Per Condictionem triticariam iura & res incertæ peti possunt tom.1,pag.507,col.1
An heres impensas in fideicommisso ante diem fideicommissi factas condicere possit tom.1,pag.405,col.1,& 2, & seq.col.1,& 2
Interest aliquando pupilli habere Condictionem suo nomine aduersus eum qui solutionem accepit nulla exacta cessione tom.1,pag.342.col.2
Condictio indebiti duplex alia certi alia incerti tom.1 pag.403,col.1
Condictio locum habet in debiti non solum si quid omninò indebitum sit solutum sed etiam si quid plus debito tom.1,pag.403,col.1
Condictio furtiua est actio merè ciuilis tom.1,pag.484.col.2
Quomodo accipi debeat quod dicitur Certi condictionem esse generalem tom.1. pag.506,col.1
Condictio triticaria quomodo generalior condictione certi t.1,p.506,c.1
Per Condictionem certi iura peti non possunt tom.1,pa.506,col.1
Quoties de indebiti Condictione quæritur, illud maximè inspiciendum est non tam à quo quàm cuius nomine solutum sit tom.1,pag.411 col.2
Indebito procuratori mandantis creditoris soluto, ipsi procuratori non creditori indebitum condicitur tom.1, pa.423.col.1 & pag.424 col.1
Nulla est Condictio generalis incerti distincta realiter à speciali sed omnis condictio est certi & specialis tom.1. pag.17,co.1,& 2,& pag.20,col.2
Debitore mulieris, eius iussu sponso promittente si nuptiæ secutæ non sint, ipsi debitori non mulieri acquiritur Condictio causa dati propter solutionem eo nomine factam to.1 pag.288, & 289,vbi contra Tribonianum, cur autem non ipsi mulieri cuius iussu promissio facta? ibid.
Condictio sine causa non minus quàm condictio certi cum Condictione indebiti locum est concurrere o.1, a. 365 col.2
Datum propter conuentionem resolutum an Condictione indebiti còdici possit tom.1,pag.364,col.2
Qui maiorem obligationem sine causa suscipit incerti Condictione sine causa maiorem obligationem actis qui omnem consequi potest tom.1,pag.450.col.1,& 2,& pag.451,col.1,& 2
Pecunia data vt species detur si species tradatur quæ non fit tradentis,datur locus Condictioni tom.1,pag 307, col.1
Condictionis actione id solum repetitur quod solutum est tom.1,pag.64,col.1
Condictio furtiua non datur contra singularem successorem nisi quatenus peruenit tom.2,pag.151,col.2
Quando detur Condictio causa dati, quando detur furtiua ei qui falso procuratori soluit? tom.1,pag.301, col.2,& 302,col.1
Differentia inter causam falsam & causam nullam vt condictioni locus sit tom.1,pag.364,col.1
Repetitio legatorum competit verò heredi indebitè ab herede,non verò solutorum actione legataria & actione vtili tom.1,pag.335,col.2
Condictio indebiti non ex pacto sed ex solutione & rei indebitæ traditione nascitur tom.1,pag.331,col.2
Condictio indebiti non tam ex cõtractu nascitur quam ex distractu to.1, pag.331,col.1
Quod ad aliquẽ vel non ex iusta causa peruenit vel redit ad non iustam causam Condictione sine causa reperi potest tom.1,pag 448,col.1,& 2
Ex solutione indebiti falso procuratori facta si dominus ratam habuerit datur non contra procuratorem sed contra dominum Condictio indebiti to.1.pa.200 col 2,& pag.202.col.2,siue & Condictio siue causa pag.301,col.1
Si reus & fideiussor pariter plus debito soluerint vtrique pariter indebiti Condictio competit tom.1,pagin.361, col.1,& 2
Omnis Condictio ciuilis est nulla prætoria tom.1,pagin.591,col.2
Quo casu Condictio furtiua competat ei, cuius non interfit tempore propositæ actionis t.1.p.492,col.2
Pecunia data vt species detur post extinctam speciem quomodo sit locus Condictioni pecuniæ? tom.1,pag. 306 & 307
An filius familias heres patris effectus contra Macedonianum mutuatam pecuniam, solutam condicere possit tom.1 pagin.376,col.1 & 2
Quomodo Condictio furtiua & vindicatio possint competere domino tom.1,pagin.457,col.2, & pag.458,col. 1,& 2
Solutio à procuratore in rem suam constituto facta debiti à constituente iam soluti condici potest ab ipso procuratore non à constituente tom.1,pa. 443,col.1,& 2
In condictione furtiua necesse est actorem intendere aduersarium sibi dare oportere non autem sibi restituere sine condictio sit certi siue incerti tom. 1,pag.493,col.2
Condictio præsupponit validitatem cuiusliber actus ex quo nascitur tom. 1,pag.297,col.2
Condictiones omnes licet ciuiles sint, attamen ex summa æquitate proficiscuntur vt & actiones prætoriæ to. 2 pa.65,col.2,in fine
Dominium rei furto subtractæ non habenti sed tantum possessionem Cõdictio furtiua non competit, sed tantum triticaria tom.1 pag.493,col.1
Cur vtilis furtiua Condictio non detur ei qui non habet dominium rei furtiuæ sed tantum possessionem to. 1,pag.493,col.1
Condictione conuentus omnes fructus restituere debet quos percepit adeoque quos percipere potuit, à die litis contestatæ tom.1,pagin.64,col.1, & 2,& 65,col.1,& 2
In promisso ob causam causa non secuta Condictio sine causa locum habere potest tom.1,pag.147,col.1,& 2
Differentia inter Condictionem sine causa & Condictionem ob causam dati causa non secuta tom.1, pag.447, col.1,& 2
Pecunia pupillari a tutore mutuo data pupillo aut minori acquiritur Condictio certi vtilis tom.1,pag.6,col. 1,& pag.60,col.2
In pactis quantumuis nudis non est locus condictioni tom.1,pa.268,col.1
Pecuniam accipiens vt faciat quod faceret iure in condictione ob turpem causam tenetur tom.1,pag.322,& 323
Condictio indebiti soluti eodem modo danda est quo & solutio fieri potuit tom.1,pag.362,col.1
Bona fides indebiti Condictionem non impedit tom.1,pag 255,co.1
Datum ob causam, causa de facto non etiam de iure secuta, competit Condictio to.1.pag 255,col.2
Consumptis nummis qui per traditionem non erant translati an competat certi Condictio, an alia? tom.1, pag.47,col.1 & 2
Per Condictionem certi aliud peti quàm pecunia numerata non potest to.1 pag.506,col 1
Omnes Condictiones sunt & iuris ciuilis & rei persecutoriæ tom.1,pag. 347,col.2
Omnes Condictiones ex lege 12. tab.trãseunt ad heredes eius cui competierunt tom.1,pag 347,col.2
Condictio furtiua per oblationem aut nouationem tollitur tom.1.pag. 500,col.1,& 2
Condictio quæ competit creditoribus solutionis à tutore factæ non afficit hypothecarios sed tantum chyrographarios to.1,pag.430,col.2
Indebita legata pro herede & ex ipsius nummis ab alio soluta ab ipso heredie condici possunt, si non extent, vindicari si extent to.1,pa.410,co.1,& 2
Qui pecuniam accepit vt seruum proprium manumitteret qui tamen decesserit ante manumissionem an Condictione teneatur? tom.1 pag. 278, & 279, vbi etiam contra Tribonianum
Condictio furtiua nascitur ex delicto tom.1, pa.464,col.2
Acceptilatione facta a creditore propter promissum à debitore expromissorem datur condictio creditori non liberationis aut acceptilationis sed pecuniæ debitæ to.1,pag.261,262,& 263,& 267.col.1
Duabus rebus alternatiuè obligatis, simul solutis non competit condictio si ante condictionem vtraque vel vna duntaxat perierit to.1,pag.387,col.1,& 2,& pag.388,col.1 & 2
Non tam solutionis quàm condictionis tempus spectandum est cum quæritur quid veniat in condictionem tom.1,pag.387,col.1
Qui in area aliena ædificat condictionem indebiti non habet tom.1,p.

BIU Cujas

391.col.1,ne quidem possessionis ib.c.2
Ad impediendam condictionem ob causam dati causa non secuta non sufficit causam esse secutam de facto si iure non habuerit effectum t.1,p.455,c
Condictio furtiua non ad aliud cõparata est quàm vt dominus indemnitatem à fure aut furis herede consequatur tom.1,pag.498
Dominus rei subreptæ precium per condictionem furtiuam consecutus partis rei quæ supersunt condicere volens à fure exceptione summouetur & cur tom.1,pag.498.col.1,& 2
Condictio sine causa locum habet in promisso sine causa, & cum causa quæ finita vel secuta non est tom.1,pa. 447,col.1,& 2,& pag 448,col.1,& 2
Æquitas omnes omninò condictiones induxit & repetitiones tom.1,pag. 441,col 1
Iura omnia quæ per condictionem ex lege petuntur sunt perpetua id est ad triginta vsque annos durãt tom.1,p. 504,col.1
Condictio causa data nunquam potest concurrere cum actione bonæ fidei, secus condictio ob turpem causam to.1,pag 322,col.2
Vt condictio indebiti locum habere possit duo concurrere oportet vt negotium aliquod gestum sit vno dante, & alio accipiente, & vt aliquid factum sit accipientis tom. 1,pag.391, col.2
Vsusfructus per condictionem triticariam peti potest to.1,pag.507.c 1,& 2
In Condictione furtiua necessaria est actori probatio dominij tom.1, pag 479,col.2
Facta nunquam condicuntur tom. 1,pa.437,col.1
Condictio certi non petit quoties ex contractu alieno certum peritur dari vel tradi tom 1.pag.18,col.1
Condictionis nomen strictè accipitur tantum pro ea actione personali per quam intendit actor dare oportere aduersarium tom 2,pag.408,in prin.
Cur detur condictio siue causa secuta non sit, siue sit finita tom.1, pag.452,col.1,& 2
Pecuniam accipiens vt commodatum reddat tenetur condictione ob turpem causam tom.1,pag 321,& 322
Condictio nunquam datur domino extra causam rei furtiuæ, sed ei semper qui dominus non est contra eum qui dominus est tom.1,pa.351,col.2
Differentia inter condictiones quibus intendimus dari nobis debere id quod nostrum aliquando fuit,& inter eas quibus intendimus nobis dari debere quod nostrum nunquam fuit to. 1,pag.351,col.2
Pater furis condictione furtiua non tenetur etiam in quantum ex furto filij peculium factum est locupletius tom.1,pag.482,col.1
Illud tantum in condictione indebiti inspicimus in quantum factus sit locupletior is qui condictione tenetur tom.1,pag.438,col.1
Condictio sine causa cum furtiua concurrere nunquam potest tom 2,pa. 408.col 2
Differentia inter condictionem quę datur propter causam rei non secutam, & condictionem quæ datur propter rem non secutam tom 1,pa 364,col.2
Condictio furtiua etiam datur tutori pro re furtiua pupilli tom.1, pag. 457,col.2
Qui exceptionem habet condicere potest solutum, secus qui exceptionem habere potest tom 1, pag.395 col.1,& 2
Tutus exceptione compensationis debitum solutum repetere potest tom.1.pag.386,col.2
Condictio furtiua est ex delicto to. 2,pag.151,col.1.
Qui donaturus mulieri iussu eius sponso numerauit si nuptiæ secutæ nõ sint quando acquirat condictionem mulieri,quando sibi? to.1,pa.294, co.1. & 2 pag.295,col 1,& 2
Effectus obligationis in futurum tẽpus incertum collatus non minus parit condictionem indebiti quam ipsa obligatio in futurum collata tom. 1, pag 422,col.1
Indebiti condictio datur quoties certum est non omnimodo debitum iri quod aliquo casu fieri potest vt non debeatur tom.1,pag 422,col.1,& 2
Vt sciatur an hodie condictio indebiti competat præsens status inspicie necessario debet tom.1,pag.422,col.2
Bonitas frumenti indebiti soluti nõ est attendenda tempore solutionis sed tempore consumptionis si consumptũ aut condictionis si non consumptum tom.1,pag.438,col.2
Dato ob rem futuram ea postea nõ secuta si non condictionis implendæ causa detur, an stricto iure,an vltrò ex bono & æquo condictio competat tom.1,pag.437,col.1,& 2
Domino furti competit condictio furtiua, vindicatio,& actio ad exhibendum aduersus quemlibet possessorem tom.1,pagin. 457, col 1, & 2,& pag.458, col.1,& 2
Condictio & vindicatio sunt contradictoriæ tom.1,pag 457 col.1
An condictio furtiua sit quodammodo pœnalis tom.1.pa.465,col.1,& 2,& pag.499,col.1
Introducta est condictio furtiua in odium furis sed non in pœnam tom.1, pag.485,col.1
Procuratori mandans creditor vt maior pecuniæ quantitas soluatur condictione indebiti conuenitur ipse non procurator tom.1, pagin.424,co. 1,& 2
An debitori competat condictio indebiti propter solutionem alij quàm verò creditori factam tom.1, pag.362, col.1,& 2.& pag.seq.
Ex argento subrepto pocula facta condici possunt Cõdictione furtiua t.1, pag.493,col.1,& 2, etiam cùm relatura sumptibus furis facta ibid. & pag. 494, col.1 & 2,& ratio pag.494.col.1
Quisquis id soluit quod in omnem euentum debiturus est nunquam potest condicere tom.1,pag.428, col.2
Condictio triticaria ideo generalis appellatur quod ad res omnes competat præterquam ad pecuniam numeratam & ad factum tom.1,pag.509,col.2
Condictionum aliæ sunt repetitiones, aliæ petitiones contra Accursium tom.1,pag.290,col.2
Datum ob transactionem condemnatione postea secuta potest Condici tom.1,pag.367,col.2, secus condemnatione non secuta ibid.
Fideiussori suo nomine legatum indebitum pro herede soluenti competit Condictio, non autem heredi tom 1 pa.402,col.1,& 2
Condictio species quædam euictionis est quæ tollit intellectum factæ solutionis tom.1,pagin.440, col.2
Habitatione indebitè data,precium habitationis Condicitur tom.1,pag. 439,col.1
Differentia inter Condictionem indebiti & condictionem sine causa to. 1,pag 449,col.1
Ex contractu facio vt des nunquam nascitur Condictio, quia facta nunquã condicuntur tom.1,pag.253,col.1
Fideicommissarius pecuniam propter fundum hereditarium consequendum datam condicere potest si heres hereditatem tanquam sibi suspectam coactus adierit secus si extraneus pecuniam dederit tom.1,pag.394,c.2
An requiratur præsentia rei subreptæ in nouatione,delegatione,vel oblatione, ad tollendam Condictionem, furtiuam tom.1,pag.501.col.1,& 2,& p. 502,col.1,& 2
Legatario rei furtiuæ non datur Condictio furtiua sed tantum vindicatio tom.1,pag 490,col.1.& 2
Potior est causa Condictionis quàm vindicationis tom.1,pag.354.co.1,& 2
Condictio nihil nisi quædam cuictio est tom. 1,pag.354.col 2
Falsus procurator solutionem scienter accipiens Condictione furtiua tenetur tom.1.pag.301.col.1
Condictio indebiti nunquam locũ habere potest nisi probato errore facti tom.1,pag.701,col.1
Condictio quæ nascitur ex implemento non secuto commodior est, quàm ea quæ ex pœnitentia sola to. 1,pag.266,col.1
In condictionem idem venit quod datum fuit si sit in specie, tantundem verò si in quantitate tom.1, pag 266, col.2,quæ præterea veniant ibid.
In permutatione etiam datur locus Condictioni si is qui rem alienam accepit suam tradere nolit tom.1,pag. 264,col.2
Indebita re preciosiore facta ratio sumptuum habenda est in Condictione tom.1.pag.379,col.2
Cur introducta sit Condictio ex l.si quis conductionis 25.C.de locat. tom. 2,pag.410,col 1
Ex contractu nominato nullo casu Condictio dari potest nisi integra sint omnia tom.1,pag.279, col.1, nec magis ex pœnitentia quàm quasi causa non secuta ibid.
Ægris competit indebitæ promissionis Condictio, atque indebitæ solutionis tom.1,pag.345,col.1
An detur Condictio ex lege tom.1, pag, 50, col 1,& 2,& pag.seq.
Condictio ex lege tunc locũ habet, cùm per legẽ ciuilem obligatio aliqua immediatè inducitur, nec lege exprimitur aliud nomẽ actionis t.1.pa.50.c.2
Quænam sint Condictiones ex lege tom.1,pag 50 col.1
Omnes Condictiones ex lege sunt condictiones veræ, quia iis intendimus aduersarium dare nobis oportere tom.1,pag.50,col.1
Sponsalibus contractus non est locus Condictioni dotis solutæ, aut alterius rei datæ,ex capite pœnitentiæ,sed tantum ex capite causæ non secutæ tom.1,pag.293,col 2
Qui solutionem indebiti accepit si fiat non soluendo datur Condictio indebiti soluenti aduersus eui pecunia proficit tom 1, pag 413,col.2,non de iure sed de æquitate ibid.
Condici ei non potest in casum inopiæ solutionem accipientis ad quem solutio peruenit ex causa onerosa nec

BIU Cujas

rosa nec de rigore iuris nec de æquitate to.1,pa.413.col 2

Indebitum ea mente datum vt repeteretur postea, repeti non potest to.1,pa.414,col.1,& 2

Condictio indebiti auxilium iuris est ex æquitate inductum vt per imperitiam lapsis & errantibus non vt stultis hominibus succurratur tom.1,pag. 414,co.1

Effectus obligationis condiendæ non est alius quam vt liberatio sequatur tom. 1, pa.451,co.1

Condici obligationem, & condici liberationem sunt contradictoria to. 1,pag.451,col.1

Omnes condictiones aut sunt certi aut sunt incerti to.1,pag.451,col.1

Cur introductæ sint condictiones sine causa & indebiti,& quo iure tom. 1,pag.441,col.1,& 2

Condictio indebiti non habet locum nisi cùm aliquid datum est ob causam præteritam, eamque sui natura obligatoriam tom.1,pa.441,col.1

Condictio triticaria locum habere nunquam potest si res debita fuit soluenda certo die tom.1,pag.513,co.2

Legata res furtiua ab herede testatoris condici non potest tom.1,p. 489, col.1

Tutus exceptione perpetua sed odiosa non habet condictionem tom. 1,pag.285,col.1

Condictione indebiti latius patet condictio ob causam tom.1, pagin. 285 col.2

Condictio causa dati nunquam concurrere potest cum condictione indebiti tom.1,pa 285,col.2

Tutori creditori pupilli plus quam debitum solutum si pupillo in tutelæ iudicio non imputauit, condicere non pupillus potest tom.1,pag.442, co.1,& 2,& 443,col.1,& 2

Duobus eandem quantitatem soluentibus debitam condictio semper ei danda est qui posterior soluit tom.1, pa.426,col.2

Differentia inter condictionem certi ex mutuo & condictionem certi ex stipulatione tom.1,pag.56,col.2

Condictio dati non competit ex mora vt seruus manumittatur tom. 1,pag.251,col.1,sed ex cessatione & pag. 252,col.1,& 2

Nulla condictio est prætoria aut arbitraria tom.1,pag.478,col.1

Condictio indebiti nascitur ex quasi contractuac proinde ex aliquo negotio gesto, & quasi ex mutuo licet extra id quod agitur to.1.pag.391,col.1

Quod condicionis implendæ causa datur si acquisitio non sequatur condici potest tom.1,pag.436,col.2, quauis per dantem steterit

Condictio iuris gentium datur aduersus omnes qui ex iniusta causa quid possident to.1,pag.12.col.2 in pr.

Omnis condictio, excepta furtiua excludit vindicationem tom.1,pag. 12,col.2

Condictio sine causa cum omnibus aliis condictionibus potest concurrere tom.1,pag.446,col.1,& 2

Condictio sine causa etiam ex contractibus innominatis datur quoties non concurrit cum condictione ob causam dati causa non secuta tom.1, pag.446,col.2

Indebito soluto vel promisso, potest esse locus condictioni indebiti vel sine causa,& differentia condictionum quæ dantur ob solutum & quæ dantur ob promissum tom.1,pag.446,col.2,& pag.447.co.1,& 2

An condictio competat & ad quid domino seruum intra tempus manumittendum danti si eum pœnituerit, antequam manumitteretur seruus sed post pœnitentiam & certiorationem fuerit manumissus ? tom.1, pag 270, col.1,& 2,& 271,co.1,& 2,& 272

Rei subtractæ sub condicione legatæ per vindicationem aut præceptionem pendente condicione heredi nõ legatario condictio competit tom.1, pag.494,col.1,& 2

Condictio indebiti datur debitori delegato aduersus delegantem ob solutum delegantis nomine plusquam ab ipso deberetur t.1,p.424,col.1

Si debitor debitoris a creditore suo delegatus plus debito soluerit procuratori eidemque creditori creditoris & ex ea causa frustra egerit condictione indebiti cum procuratore indebiti potest contra delegantem agere tom.1, pag.424,col.2

Qui sine causa promisit non tantum exceptione perpetua iuuatur, sed etiam condictione incerti sine causa to.1,450,p.col.1,& 2,& pa.451,co.1,idem si cum falsa ibid.

An debitum peculiare filiofamilias solutum qui peculium amiserat condici possit,aut pariat liberationem to. 1,pa.375,col.1 & 2

Indebiti frumenti consumpti precium non aliud frumentum venit in condictionem indebiti t.1,p.438,c.1,&2

Non potest condici naturaliter debitum quod potest compensari to.1,p. 389,col.2

Condictio furtiua nullomodo pœnæ nomine ad furtum puniendum concepta est tom.1,pag.477,col.1

Furtiua condictio vindicationi si non simillima saltem proxima est to. 1,pag.497,col.1

In re furtiua condictio iplorum corporum competit siue extent siue perierint tom.1,pa.470,col.1,& 2

An condictione furtiua teneatur heres in solidum etiam de eo quod eum non peruenit late tom.1, pag.472,& seqq.

Differentia inter eum qui sciens indebitum soluit eo pacto expresso vt repetat, & eum qui sic soluit legatum vt si apparuerit indebitum vel Falcidia emerserit reddatur to.1,pa.414,col.2

Alienatio possessionis sufficit vt cõdictioni indebiti locus esse possit tom. 1,pag.414 col.2

Duo necessario requiruntur ad dandam alicui condictionem vt eius rei quàm condicere vult dominium ante habuerit & postea amiserit tom.1,pag. 419,col.1

Datum ob matrimonium non secutum quod iuris gentium incestum esset sine causa datum est, ideoque sine causa condictione repeti potest tom.1, pag.456,col.1,& 2

In re furtiua soli domino condictio competit tom.1.pag.457,col.1,& 2

Non potest eadem condictio simul esse certi & incerti to.1,pag.460,col 1

Omnes condictiones sunt stricti iuris tom.1.pag.460,col.1

Ex his omnibus causis quæ iure non valuerunt,vel non habuerunt effectum secuta per errorem solutione locus est condictioni quoties dominium translatum est in accipientem tom.1,pag. 418,col.1,& 2

Legata pure non autem sub condicione res furtiua per damnationem aut siue modum condici ab herede testatoris potest secus legata per vindicationẽ aut perceptionẽ t.1,p.489,co.2

Tutor indebitum soluendo condictionem acquirit pupillo non sibi t.1, p.422,col.1,& 2,& p.423 col.1.& 2

Qui rem amissam sua culpa non solo,soluit domino eam postea reperiẽti, an precium solutum condicere an rem ipsam vindicare possit to.1,pagin.449, col.2,& pag.450,col.1,& 2

Condictio ex mutuo non in aliis rebus potest consistere quam quæ in numero pondere & mensura consistunt, condictio vero indebiti etiam in speciebus tom.1, pag.343,col.1

Furiosi & infantes cùm heredes necessarij extiterint patris condictione furtiua tenentur, quamuis cum eis agi non possit tom.1,pag.459,col.1,& 2

An & quomodo incerti condictio furtiua dari possit tom.1,pa.492,col.1, & 2,& pag.493, col.1,& 2

Condictio furtiua duplex vna quæ datur ad rem altera ad interesse tom.1, pag.492,col.1,& 2

Emancipatus bonorum possessionẽ repudians habet condictionem bonorum collatorum tanquam causa non secuta t.1,p.299, col.1,& 2, secus post agnitam bonorum possessionem ibid.

Solutione indebitæ pecuniæ facta falso procuratori quænam condictio & cõtra quem detur? t.1,p.300,301,& 302, quænam vero & contra quem ex solutione debitę pecuniæ? to.1,p.302,c.2

Condictio furtiua non datur actori qui tempore condictionis dominus non est tom.1 pag.488,col.1,& 2

In contractibus innominatis re integra non datur condictioni locus t.1, pag.266,col.1

Rei communis condictionem furtiuam habet prouocatus iudicio non prouocans communi diuidundo tom. 1,pag 491,col.2,& pag.seq.col.1,& 2

Quod ex falsa causa solutum est repeti potest (tanquam ex causa nullas) condictione indebiti tom. 1,pag.364,col.1

Sicuti potest alius soluere alius repetere, ita potest aliud solui alind repeti tom.1,pag.347,col.1,& 2

Vsusfructus siue formalis, siue causalis indebitè solutis ab herede vsufructuarij potest cõdici t.1.p.347,col.1,& 2

Certi condictione neq; incertũ neq; factũ,neq; id quod interest peti potest to.1,pag.17,col.2,& pag.18,col.2

Certi condictio specialis famosa nulla est to.1,pag.17,col.2

Omnes condictiones certi perpetuæ sunt tom.1,pag.17,in fi.& 18

Condictio certi ex aliqua certa causa cõpetens quæ per inficiationẽ crescat non datur in duplum to.1,p.18,c.1

Condictio indebiti comparatur cõdictioni ex mutuo & mutuum indebito tom.1.pag.331,col.1

Condictio sine causa non comparatur mutuo quomodo condictio indebiti tom.1,pag.439,col.2

Condictio triticaria generalior & latius patet quàm condictio furtiua to.1, pag.508,col.1,& 2, & ad res immobiles etiam datur ibid.

Condictio triticaria datur soli domino de fundo deiecto, & contra solum inuasorem tom.1,pag.508,co.2

Condictio triticaria datur non domino de fundo deiecto pro possessione tantũ sed nõ pro dominio t.1,p.508.c.2

In condictionibus omnibus de iure

BIU Cujas

ac dominio quæritur non de possessione tom.1,pag.304,col.2

Debita parte fundi si totius æstimatio soluatur, condictio partis æstimationis indebitæ competit debitori, to.1,pag.374,col.1,& 2

Venditor ab emptore in testamento nexu vēditi liberatus rem postea traditam condicere potest tom.1,pag.375, col.1,& 2

Tutus exceptione pacti de non petendo fideiussor debitum per errorem solutum repetere potest tom.1,pa.388, col.1,& 2

Cur in condictione ex pœnitentia competente necessaria sit certioratio pœnitentiæ? tom.1,pag.273,col.1

Condictio indebitum.

Condictio indebiti neque iure actionis neque officio iudicis persequitur quanti actoris interest sed tantum quāto locupletior factus est, vt lucrum ei omne excipiatur,non etiam vt actori plenissima indemnitas præstetur tom.1,pag.439,col.2

Etiam post acceptum inter fratres iudicium familiæ erciscundæ potest tractari inter eos de condictione indebiti quomodo tractaretur inter extraneos si quid forte alteri ab altero indebitè solutum probaretur tom.1, pag.398,col.2

Condictio habitatio.

Habitatione à nullo habita,sed quis simpliciter in domo alicuius habitauerit,condictione tenetur non indebiti,sed sine causa tom.1,pag.439,col.2 & ad quid ibid.

Condictio certum.

Condictio certi ex numeratione nulla nasci potest extra id quod numeratum est tom.1,pag.81,col.2

Condictio incertum.

Condictio indebiti etiam est incerti tom.1,pag.363,col.2

Condictio furtum.

Rei mobilis vi abreptæ, non minus quàm furto subtractæ condictio triticaria dari potest tom.1,pagin.507, col.1,& 2

Si seruus furtum commiserit condicendum est domino in id quod ad eum peruenerit, in residuum autem noxæ seruum dominus dedere potest tom.1,pag.461,col.1,& 2

Differentia inter condictionem furti & condictionem furtiuam tom.1,pa. 692,col.1,& 2

Condictio furtiua quamuis mere rei persecutoria sit, nullo modo autem pœnalis nascitur ex delicto & ex furto ipso sed ad rem ipsam non ad pœnam persequendam tom.1,pag.131,col.1, & pag.132,col.1,& 2

Depositarius vel commodatarius rem depositam vel commodatam inuito domino contrectando ea citra culpam aut dolum pereunte liberatur ab actione depositi vel commodati, sed non à condictione furtiua tom.1, pag.499,& pag.500,col.1,& 2

Non omnis condictio quæ contra furem datur quamuis ex causa furti furtiua est, quæ semper certi est condictio sed aliquando datur etiam condictio incerti non ad rem ipsam furtiuam, sed ad id quod interest eius qui furtum passus fuit tom.1,pag.692,co.1

Condictio incerti furtiua nulla est, tom.1,pa.692,col.1

Condictio furtiua per alienationem subsecutam extinguitur, secus actio furti tom.1,pa.489,col.2

Condictio furtiua tolli non potest, nisi per oblationem aut nouationem tom.2,pag.385,col.2

Condictio æquitas.

Condictiones omnes licet stricti juris sint,naturalem tamen æquitatem& ab æquitate originem sumpsisse videntur tom.1,pag.255,col.1

Condictio exhibere.

Qui condictione aliqua tenetur excepta furtiua non potest ad exhibendum actione teneri tom.1,pag.304, & 305

Condictio donatio.

Cur ex donatione facta sub modo & certa lege detur condictio ob rem dati re non secuta si donatarius non impleat quod promisit, quamuis ex hac causa etiam præscriptis verbis actio competat? tom.1, pagin.307, col.2 & 308

Condictio conditio.

Rei furtiuæ sub condicione legata si ante condicionis euentum earum heres condicere velit ad quid reus debeat condemnari? to.1,pag.495,col.2, & pag.496,col.1,& 2

Condictio reuocatio.

Reuocationis nomine condictio non vindicatio significatur tom.1,pa. 330,col.1

Condictio actio.

Nulla condictio triticaria potest esse bonæ fidei,nullaque actio stricti iuris nasci ex contractu bonæ fidei tom. 1,pag.509,col.2

Condictio legitima.

Querela inofficiosi testamenti licet quinquennio præscribatur, condictio tamen ad supplementum legitimæ non nisi triginta annis finitur tom.1, pag.504,col.2

Condictio impensæ.

Soluta dote sine impensarum necessariarum deductione, tota dos non condicitur, sed ea tantum quantitas quæ pro impensis necessariis compensari potuit tom.1,pag.410,col.2

Condictio exceptio.

Qui perpetua exceptione tueri se poterat sciens soluit debitum repetere potest secus qui exceptione temporali tom.1,pag. 368,in fine.& 369,col. 1,& 2

Dominus rei subtractæ condicens partem rei deinde totius precium, offerente fure totius pretium detracto precio partis exceptione doli mali summouetur to.1,pag.498,col.2

Vuis subreptis & mustum & vinacia condici possunt tom.1,pag. 498,col.1, & 2

Condictio repetitio.

Libertus solutam patrono pecuniā pro operis officialibus quas se debere putabat condicere non potest tom.1, pag.378,col.2,& pa.379,col.1

Condictio liberatio.

Liberatio ad tempus in testamento relicta condictionem nullam parere potest tom.1,pag.375,col.2

Res per triticariam petita,potest soluti vltimo instanti ante condemnationem eiusque solutio parere debitori liberationem to.1,pag.509,col.2

Condictio solutio.

Datione fundi in solutum,aut alicuius speciei pro maiore quantitate quā quæ deberetur,competit debitoris condictio totius fundi, salua manente obligatione, secus datione quantitatis t.1,p.373,col.1,& 2

Duabus rebus alternatiuè positis in obligatione, solutione facta vnius,& partis alterius,vtraque solutio non est in obligatione condictionis, sed tantum solutio partis tom.1, pagin. 381, col.2,& pag.382,co.1,& 2

Qui prædoni vecturas nauium & pensiones insularum soluit quas non ille,sed dominus locauerat, condicere potest,quia non est liberatus tom.1, pag.420,col.2

Condictio venditio.

Condictio ad rescindendam venditionem licet proponatur per viam restitutionis in integrum ad trigesimum vsque annum durat tom.1,pag.504.c.2

Condictio ex lege cum aliis quoq; actionibus & condictionibus potest concurrere tom.1,pag.504,col.2

Condictio triticaria cur sic dicta tom.1,pagin.505,col.1,& 2

Condictio certi sic ideo dicta quod per eam nihil vnquam nisi numeratæ pecuniæ petatur quæ semper certa est tom.1,pa.505,col.1

Condictio electio.

Duabus rebus in obligatione alternatiue positis simul solutis,si post moram creditoris vnius restituendæ, vna perierit,electio est debitoris vel superstitem condicere, vel precium peremptæ repetere tom.1,p.388,col.1,& 2

Condictio fructus.

In condictionem per quam quis repetit quod suum fuit, fructus veniunt etiam ante litem contestatam aut moram secus in eam per quam petit quod suum non fuit tom.1,pag.290, col.2,& 291

Condictio pœna.

Differentia solutionis facta ex falsa causa actionis merè ab initio pœnalis & eius quæ ex falsa causa actionis quæ ex post facto fiat & per inficiationem crescat, ad hoc vt indebiti condictio contingat to.1,pag.368,col.1

Condictio fides.

Condictiones aduentitiæ,id est non ex ipso contractu descendentes,sed ex facto aliquo extrinseco quod contra bonam fidem superuenerit, iisdem bonæ fidei iudiciis insunt tom.1,pag. 323,col.1

Condictio dos.

Quo casu pater dotis condictionem acquirere filiæ possit? tom.1,pagin. 284,col.1,& 2

Condictio genus.

Qui hominem generaliter promisit Stichum solutum quem se debere putabat condicere potest tom.1, pag.390,col.1,& 2

BIU Cujas

Condictio pignus.

Creditori pignoratitio si pignus rei alienæ esse sciat soluta pecunia condici potest, secus si ignorauerit to 1 pa. 395,col.1,& 2

Condictio locus.

Nulla condictio loci adiectionem admittit nisi solutionis causa ideóque per adiectionem loci non fit arbitraria tom.1,p.516,col.1

Condictio mandatum.

Data pecunia vt seruus teneatur & manumittatur, post pœnitentiam dantis non est locus condictioni contra Tribonianũ & interpretes, sed actioni mandati nec ante nec post emptionem tom.1,pag.273,& 274,& 275

Condictio pupillus.

Solutio facta à pupillo sine tutoris authoritate debiti, vel ciuilis vel naturalis prodest non solum ad condictionem acquirendam sed etiam si malit ad liberationem tom.1,pag.385, col.2

Condictio interesse.

In condictione furtiua venit omne quod interest agentis, non tantum ratione damni emergentis, sed etiam lucri cessantis tom.1,pag.463,col.1

In condictione serui ex causa furtiua id venit in condictionem quod interest agentis, eoque mortuo precium eius quod interest cum precio serui tom.1, pag.459,in fin.&pagin.460,col. 1,& 2

Condictio tractatus.

In contractibus stricti iuris in quibus dolus non potest vindicari nisi per oppositam doli exceptionem, item que in arbitrariis condictiones aduentitiæ non insunt tom.1,pagin.323, col.1

Condictio æstimatio.

Cur petitio per triticariam homine debito æstimatio ipsius deducatur in condemnationem tom.1,pag.508,co.1. & 2,509,col.1,& 2

Conducere.

Qui nauem conduxit pro numero impositarũ rerum pro eo numero tantum conductionis precium debet, qui verò nauem cum auersione id est in vniuerso secus tom.2,pagin. 40, col. 1,& 2

Conducere precarium.

Rem propriam neque precario accipere, neque conducere quisquam potest sed eius duntaxat possessionem tom.1,pag.696,col.1

Conductor.

Conductor licet vere non possideat quia non animo domini, sed alieno nomine possidet, in possessione tamen est tom.1,pag.645,col.2

An pro ea duntaxat pensione quam conductor debet locatori obligata sint creditori & locator locatoris inuecta & illata conductoris, an verò pro tota pensione, quàm ipse locator secundus debet tom.1, pag.670,col.2

Conferre.

Etiam pro amissis mercibus domini conferre & contribuere debent pro portione, imputando videlicet & minus percipiendo tom.2,pag.28,in fin.

Confessio.

Confessio in iure facta non aliter valere nec rata esse potest, quàm si ius & naturam recipiat tom.1, pag 170, col.1

Confessio aut probatio incertę quãtitatis non valet tom.1, pag.135, col.1

Non est in potestate actoris eripere reo commodum suæ confessionis, & beneficium quod habet non ab actore sed à statuto tom.1,pag.168, col.2

Non est prohibendus reus bonam fidem agnoscere ac probè tandem confiteri quod improbè antea negauerat tom.1,pag.168.in fin.dummodo nulla ex rei pœnitentia captio sit actoris tom.1,pag.169,in prin.

Confessio depositi aut in rem versi, probat depositum aut in rem versum quod tamen non nuda voluntate aut confessione, sed re tantum fit tom. 2, pag 288,col.2

Iudice post primam, rei actione legis Aquiliæ, conuenti aut alia, negationem, admittente eius confessionem postea secutam non potest actor probare maleficium per testes vt eripiat rei beneficium quod ex statuto aliquam ob suam confessionem esset habiturus tom.1, pag.168,col.2

Non est audiendus reus qui ad grauiorem condemnationem euitandam vel etiam expensarum litis vult confiteri actoris intentionem quam actoriam per testes aut aliter plenissimè probasset tom.1.pa.168,col.1

Pecuniæ solutæ professio facta spe futuræ numerationis obligationem nõ perimit tom.1,pag 63,col.1

Confessio iudicialis à pupillo sine tutore facta ei non nocet tom.1,pag. 143, col.1

Confessio iusiurandum.

Dotem & depositum sola numeratio & traditio, non autem confessio facit vel iusiurandum vtrumque tamen per confessionem & iusiurandum probatur factum tom.1,pag.124,col.1

Confessus.

Qui in iure confessus est se rem debere quæ iam tam perierat non aliter condemnandus est tanquam ex sua confessione obligatus, quàm si ea res post moram confitentis perierit tom. 1,pa.170,col 1,& 2

Confessus in iure pro iudicato est qui sua quodammodo sententia damnatur tom.1,pag 152,col. 2

Iudicati tempus quod ex indulgentia condemnatis indulgetur, porrigitur etiam ad eos qui in iure sunt confessi tom 1,pag.152,col.2

Confessus iurans.

Confessus in iure habetur pro condemnato, & iurans habetur pro confesso in iure tom.1.pag.125,col.2

Confusio.

Confusio quæ per actionem hereditatis contingit non impedit deductionem & retentionem tom.2,pag.169,c.1

Confusio totam obligationem extinguit, nec tantum confusionis iure, sed etiam solutionis potestate to.1,pa. 393,col. 2

Per dominij acquisitionem contingit confusio tom.2,pag.201,col.1

Coniunctio.

In coniunctionibus ordo nullus est tom.1,pag.689,col.2

Coniuncta pro disiunctis & vicissim disiuncta pro coniunctis sæpe accipiũtur tom.1, pag 520,col.1

Coniunctio ordo.

In coniunctionibus, id est in iis quæ inter se coniuncta sunt nullus est ordo, nec quicquam refert vtrum eorum prius dicatur aut scribatur tom.2,pag. 137,col.1

Consensus.

Nihil consensui tam contrarium est quàm error & dolus aut vis & metus qui nunquam est sine dolo tom.1,pa. 589,col.1

In omnibus contractibus consensus est indiuiduus tom 1.pag.104, col.1

Filius etiam emancipatus scribens pro patre contractum obligatorium rei suæ obligationi consentire videtur & quomodo tom.1, pag. 728, col.1,& 2

Naturalis obligatio etiam sine consensu potest contrahi tom.1,pag.326, col.1

Quomodo probetur eum ad quem epistola missa est ei consensisse tom.1, pa.583,col.1

Consensus error.

Error facti consensum impedit tom. 1,pa.553,col.1

Consequentia.

Multa per consequentias tolerantur, quia fiunt ex quodam iuris ordine quæ fieri principaliter non possent tom.2,pag.144,col 1

Non solent attendi quæ fiunt per consequentias tom.1,pag.654,col.1

In conuentionibus omnibus inspiciendum est quid principaliter actum sit, non quid per consequentiam euenire possit tom.1,pag.659,col.1

Consequentiæ regulariter non attenduntur tom.2,pag.123,col.2

Conseruatio.

Conseruatio est perpetua quædam acquisitio tom.1,pag.723,col.2

Conseruatio rerum creatarum quæ fit à Deo est continua& perpetua quędam creatio tom.1,pa.723,col.2

Consilium.

Consilium nunquam obligat si careat fraude tom.2,pag.379,col.1

Nemo potest consilium mutare in alterius iniuriam tom.2,pag.53,col.1

Constituens.

Patre vel domino se soluturum constituente, quod fuit in peculio non minuitur obligatio licet minueretur peculium tom.1,pag.578,col 1,& 2

In centum debitor ducenta constituens, in centum sustinetur constitutum tom 1,pa.563,col.1,& 2

An Constituenti qui facto actoris intra constitutum tempus satisfacere non potuit succurratur à prætore per exceptionem an per iustam edicti interpretationem tom.1,pagin.570, col.2

Quomodo intelligendum sit per reum constituentem non stetisse quominus constituto satisfaceret to. 1,pag.570,col.1,& 2

Quomodo intelligendum sit, per actorem non stetisse quominus reus constituto satisfaceret tom. 1,pag. 571,col.1,& 2,& seq.

BIU Cujas

Constituens si per actorem non stetit quominus fecerit quod facere debuerat ex constituto conueniri potest de rigore iuris etiamsi res promissa ante moram constituentis perierit sed tamen exceptione iuuatur tom.1,pag. 568,col.1,& 2,& 569,col.1.& 2

Cur ex duabus rebus alternatiuè debitis constituens vnam, soluendo alteram non liberetur, constituens autem stipulatori, adiecto soluendo liberetur tom.1,pag 584,col.2

Constituens pro alio habet beneficium diuisionis & discussionis tom.1, pag.556,col.1

Vbi nulla mora interuenit constituentis in dando fideiussore, si interea fideiussor decesserit constituens non tenetur tom.1,pag.566,col.1

Qui constituit se soluturum quod alius debet tanquam ipse deberet non tenetur tom.1,pa.589,col.1,& 2

Constituens se soluturum satisdando constituto non satisfacit tom.1, pag.580,col.1,& 2,nisi creditore volente col.2

Constituens mora.

Quomodo & quibus casibus mora constituentis purgari possit tom.1,pa. 569.& 570,col.1,& 2

Quid agendum sit a creditore si ad diem in quem constituens soluere debuerat neque creditor ipse neq; constituens adfuerit tom.1,pag.573,col.2

Constituere.

Etiam mulieres constituere dum ne pro alio intercedant t.1,p.547,co.1,& 2

Nihil refert an pro præsente quis constituat,an'pro absente tom.1,pag. 586,col.1 & 2

Quod iuratum est deberi constitui potest tom.1,pa 551,col.1

Certo loco & tempore constituere quis potest tom.1,p.567,co.1,& 2

Vt valeat constitutum sufficit debitum esse quod constituitur vel iure naturali vel prætorio licet peti non possit tom.1,p.553,col.1

Actori municipum ex priuilegio magis quàm ex iuris ratione constitui potest nomine municipum vtilitatis causa tom.1,pag.558,& 559,col.2

Etiam accessoria debiti possunt constitui tom.1,pag.584,col.2

Debitum sub conditione & pure & certo die constitui potest tom.1,pag. 577,col.1,& 2

Quomodo intelligendum sit omnibus iuribus debitam esse oportere pecuniam vt constitui possit t.1,p,550,c.1

Debitum iure ciuili tantum non autem naturali,non potest constitui to. 1,p.550,co.1

Adiecto stipulatoris nomine constitui potest tom.1.pag.561,col.2,etiam sine mandato ibid.

Seruo constitui potest tom. 1, pa. 560,col.1,& 2

Qui constituit se soluturum vnam ex rebus alternatiue positis in obligatione alteram soluendo non liberatur tom.1,pag.584,col 1,& 2

Si quis constituat mihi, se mihi aut Sempronio soluturum, obligatur ex constituto, secus si mihi constituat se Sempronio soluturum to.1,pag.557,co. 1,& 2,& 558,col.1,& 2

Procuratori constitui non potest ab aliquo se domino soluturum secus se soluturum ipsi procuratori tom.1, pag. 558,col.1,& 2

Constituens per nuncium constituere potest, per procuratorem non potest tom.1.pag.558,col.2

Constituens esse procuratori soluturum ita demum actio domino quæritur quia procurator actionem cedere domino cogitur actione mandati tom.1, pagin 558,col.2

Debitum ex delicto etiam in constitutum deduci potest tom.1.pag.588, col.1,& 2

Constitui potest non tantum ex contractu quocunque sed etiam ex quacunque causa, etiamsi ex delicto debeatur tom.1,pag.588,col.1

Incerta quantitas potest constitui dummodo causam habeat certam & quæ certam quodammodo admittat executionem tom.1. pagin.565, col.1

Aliud pro alio volenti creditori constitui potest tom.1,pagin.548,col. 1,& 2

Etiam factum pro facto & factum pro dato volenti creditori constitui potest tom.1, pag.548,col.2

Debitum ex quacunque causa, & ex quocunque contractu, siue certi siue incerti,constitui potest tom.1,pag.549, col.1,& 2

Debitum certo loco soluendum potest constitui alio loco soluendum tom.1,pa.555,col.2

Quoties quis in legatione constituit quod ante legationem debuerit non cogitur ibi iudicium pati vbi constituit tom.1,pag.555,col 1

Qui constituit certam personam pro se fideiussurum in dubio coniectura sumi potest quod constituendo de suo quoque facto promittere voluerit non de alieno tom.1,pag.565,col.1. & 2

Debita ab alio quam à constituente pecunia constitui validè non potest, si constituens à se debitam existimabat tom.1,pa.586,col.1,secus si sciebat ab alio debitam ibid.

Debita pecunia constitui potest siue à constituente sit debita siue non, sed ab alio tom.1,pag.556,col.1,& 2

Cur actiones ex delicto proficiscentes in constitutum possint deduci? tom.1, pag.588,col.2

An dominus pro seruo debito constituere posset tom.1,pag.550,col.2

Debitum naturaliter tantum etiam potest constitui tom.1,pag.549,col.1, & 2

Res debita post moram perempta constitui tamen potest tom.1,pag.582, col.1,& 2

Et sortem & vsuras debitas potest quis per epistolam constituere se soluturum tom.1,pag.586 col.1,& 2

Nemo potest scriptura sua profiteri penes se pecuniam alienam habere, quin hoc ipso constituat se alterius debitorem tom.1, pag.586,col.2

Debitum in diem vlteriorem etiam in citeriorem constitui potest tom. 1,pag.554,co.1,& 2,& pag.555,col.1,& 2

Filiusfamilias constituens & ipse tenetur, & patrem obligat de peculio tom.1,pag.547,col.1,& 2,& 548,col.1,&2

Quisquis constituit,nihil aliud constituit,quàm se soluturum tom.1,p. 558,col.1

Pupillus sine tutoris authoritate cõstituendo non obligat to.1,p.547,col.1

Constitui quælibet res potest,quæ in commercium & in conuentionem cadat tom.1,pag.546,col.2

Filij nomine constituere pater potest supra quantitatem peculij, secus nomine proprio tom 1,pag 551,col 1 sic & dominus pro seruo,& ratio ibid.

Debitum de quo nondum apparet constitui potest si modò iam contractũ sit tom.1.pag.557,col.1,& 563,col.1.& 2

Debitum etiam futurum constitui potest tom. 1,pag.557,col.1

Constituere præsentes & absentes possunt tom.1,pag.566, col.1,& 2

Inuito debitore etiam quis potest constituere tom 1,pag.587,col.1

Adiecto solutionis causa, constitui suo nomine non potest tom.1,pag. 561, col.1,& 2

Cur alienum debitum constitui possit tom.1,pag.556,col.1

Debitum certum constitui potest, licèt incertum sit quantum sit tom. 21,pag.588, col.

Constituere iniuria.

An actio iniuriarum in constitutum deduci possit ante condemnationem tom,1,pag. 588,col.1,& 2

Constituere obligatio.

Constituens aliam personam pro se fideiussoriam, eam obligat ex constituto si velit fideiubere,sed si nolit obligatur ipse constituens tom.1,pag. 565,col.1,& 2, & 566,col.1,& 2

Constituere nouatio.

Si quis mihi constituat quod mihi debetur facere non potest, vt mihi deberi incipiat non tibi,si te inuito fiat, secus si te consentiente tom.1,pag. 556,col.2

Constituere pignus.

Pignus constitui potest siue quis pro suo, siue pro alieno debito pignus se daturum constituerit,idque propter vtilitatem commerciorum,tom.1,p.565, col.1,& 2

Constituere solutio.

Qui constituit se pro alio soluturum tenetur, licèt alius ille ei denuntiet, ne soluat tom. 1,pagin. 587, col.2,An hoc tamen à Iustiniano sit correctum,ibid.

Constituere dos.

Potest maritus ex dote constituere plus quàm facere possit tom.1, pag.551,col.1,& 2

Constituere filiusfamilias.

Si filiusfamilias constituat non patrem obligat,nisi de peculio, ipse verò in solidum obligatur, sicut ex quolibet alio contractu tom.1,pag. 561,col.2

Constitutor.

Eodem iure censentur constitutores quo fideiussores, cùm omnes sint intercessores, nisi in iis de quibus aliter iure cautum & expressum est tom.1, pag.557,col.2

Constitutor proximè accedit ad fideiussorem tom. 1,pag.546,col.2

Constitutor fideiussor.

In quo conueniat, & in quo differat constitutor à fideiussore tom. 2pag.304,col.1,& 2

Neque fideiussor fideiubendo, neque constitutor constituendo liberat debitorem tom. 2,pag.304,col.2

Sufficit ad constituti validitatem, vt ab

BIU Cujas

vt ab initio materiam suam sumpserit à debito quod tum subsistebat, formam verò ab edicto prætoris, vt actio quæ ex eo constituto semel potuit cõpetere, nunquam ex postfacto possit intercidere ob id solum quod ex aliqua causa desierit esse debitum tom. 1,pag.578,col.2

Actio constitutæ pecuniæ non pendet à priore obligatione licet ei accedat, quia accedit æquè principaliter tom.1,pag.579 col.2

Constitutum requirit materiã prioris debiti tanquam conditionem sine qua constitutum fieri non posset, sed non prioris actionis neque debiti durationem vt ipsa duret tanquam ab actione illa priore aut à debito dependens tom.1.pa.579,col.2

Constitutæ pecuniæ peculiaris actio tenet, licet actio de peculio non teneat tom.1.pag.578, col.1,& 2,& 579, col.1,& 2

In constitutum potest deduci æstimatio seu pretium rei peremptæ post moram tom.1,pag.579,col.1,& 2,imo etiam res ipsa perempta ibid.

Constitutum eius pecuniæ quæ alij debetur quàm ipsi constituenti non liberat debitorem quominus suo priori creditori teneatur, tom.1,pag.556,c.2

Constitutum non habet vim nouationis quomodo habet stipulatio si nouandi animo interposita sit to.1,p. 556,col.2

Non est necesse vt debitum sit quod constituitur, si modo propter debitum fiat constitutum tom.1,pag.548,col.2

Constitutum non est nudum pactum quia iuris prætorij autoritate munitum est tom.1,pag.564 col.1, fit tamen nudo pacto & intra stipularionem ibid.

Edictum de pecunia constituta locum habet si eo tempore promissor neque dederit, neque fecerit quod se daturum vel facturum constituerat, & ante litem contestatam tom.1,pag.569, col.1. & 2

In constituto stipulatio nulla interuenit tom.1,pag.564,col.2 decem tantum debens decem & Stichum constituens valet cõstitutum pro decem debito non autem pro Sticho qui fuit omnino indebitus tom.1,pag.564,col. 1,& 2

Debitum iure ciuili tantum quod iure prætorio indebitum est non potest constitui tom.1,pag.552,col.1.& 2, & 553, col. 1, & 2, secus si constituens sciebat indebitum

Actio ex constituto nullo modo pœnalis,sed merè rei persecutoria tom. 1, pag.575.col.1,& 2,& 576.col 1,& 2

Ea demum cõstituta conseruat prætor quæ bona fide facta sunt, non quæ dolo malo aut per errorem tom.1.pag. 589,col.2

Constitutum tam proprij quàm alieni debiti valet,si scilicet constituens alienum sciat, constituerit que tanquã alienum non tanquam suum tom.1. pag.589,col.2

Quid prætor edicto suo de pecunia sit pollicitus? tom.1,pag.568.c.1

Cùm quæritur an constituto quis satisfaciat nihil aliud inspiciendum est quàm verum faciat idipsum quod promisit non an plus, vel minus, vel tantundem tom.1,pag.580.col.2

Omne constitutũ præsupponit debitam esse pecuniam quæ constituitur tom.1,pag.556.col.1

Etiã de constituta pecunia rectè agit is qui referente aduersario iurauit constitutam sibi fuisse pecuniam tom.1, pag.585.col.1

Constitutum valere non potest si aliquod debitum non precedat saltem naturale tom.1 pag.553,col.2

Constitutum factum ab eo qui sciebat se nullo iure debere quod constituit neque valet iure constituti, neque iure donationis tom.1,pag 553,c 2

Scienter soluens pecuniam constitutam cum sciret non valere constitutum non repetit quasi donasse videatur non per constitutum sed per solutionem tom.1,pag.553,col.2

Non alia constituta quàm quæ consensu facta sunt prætor tuetur tom.1, pag.553,col.2

Per nuncium sicut per epistolã constitutum fieri potest per liberam personam quæ nudum ministerium præstat constitutum fieri potest tom.1,pag, 567,col.1 & 2

Per constitutum non minus quàm per stipulationem aliumque contractum possunt fieri duo pluresve correi siue credendi siue debendi,si hoc factũ sit vt vel singuli in solidum debeant, vel singulis in solidum debeatur tom. 1,pag.567,col.1,& 2

Quod certo tempore soluendum constituitur non magis ante diem peti potest, quàm si ex stipulatione deberetur,totum enim medium tempus semper liberum promissori ad soluendum datum esse intelligitur tom.1,pag.567, col. 2

Debitum iure honorario constitui potest si modo non competat aduersus illud aliqua exceptio tom.1, pag.550, col 1

Ex debito puro sub conditione constituto nascitur actio vtilis non directa tom.1,pag.577,col.1,& 2,& pag.578.col. 1,& 2

Edictum de constituta pecunia quodammodo subalternum est, edicto de pactis,quia nec constitutum fit nisi per pactum tom 1.pag.577.col.2,in fi.

Ex constituto quod à tutore,curatore vel actore municipum in personam pupilli, furiosi vel adolescentis, vel in municipes collatum danda est pupillo, furioso, adolescenti & municipibus actio vtilis non directa tom.1,pag.559, col.1,& 2

Constitutum non habet vim petitionis sed solutionis tom. 1, pag. 553, col. 1

Constituta facilius fiunt quàm stipulationes, cùm neque solemnitatem verborum exigant neque præsentiam eius cui constituitur, sed per epistolam & per nuncium fieri possunt tom. 1, pag.553,col.2

Verba edicti quę de pecunia constituta loquuntur in rem sunt concepta, non in personam tom.1,pag.556,col.1

Valet constitutum quo quis iam ex die obligatus constituit eodem die se soluturum tom.1,pag.553,col.2,& 554, col.1

Si procuratori præsentis constitutum fit,etiam domino datur actio vtilis constitutæ pecuniæ sine vlla cessione tom.1,pag.558,col.2

Constitutum tutori pupilli vel curatori furiosi non alij quàm ipsi pupillo vel furioso etiam sine cessione constitutum esse intelligitur, secus constitutum procuratori,nõ enim alij quàm ipsi procuratori constituitur, non domino tom.1,pag.558,col.1,& 2

Constitutum fit nudo consensu quibuscũq; verbis aut literis expresso nec vllam requirit numerationem tom.1. pag.548.col.1

Omne constitutum supponit aliquod debitum præcedens nec proinde constitui cuiquam suo nomine potest quin ei suo nomine debeatur tom.1, pag.561,col.1

Differentia inter constitutum & stipulationem tom.1,pag.577,col.2

Nouatio nunquam fit per constitutum tom 1,pag.577 col.2

Sufficit ad constitutum quod sit debitum, esse appareat, licet non appareat persona quæ debeat tom.1, pag. 563,col.1,& 2

Sufficit spem debiti subesse, vt constituti quoque validitas sperari possit tom.1.pag.555,col.2

Constitutum fieri potest siue certa quantitate adiecta, siue nulla certa adiecta tom.1, pag.564, col.1,& 2, quia fit certa per relationem ad debitum quod constituitur ibid.

Constitutum debiti ex delicto proficiscentis prodest ad probandum quasi ex confessione delictum tom.1, pag. 588,col.2

Quodnam & quantum tempus videri debeat inesse constituto quod purè & sine die factum est tom. 1, pag. 580,col.1,& 2

Actio ex constituto proficiscitur nõ ex eo quod pacto nudo factum sit, sed quod pro pecunia iam debita tom.1, pag.546,col.2

Per litis contestationem seu petitionem,neque actio ex constituto, neque prior obligatio tollitur, sed tãtum per solutionem to.1.pag.576,col.1,& 2

Constitutum hoc modo satisfiet tibi aut à me aut à Titio. Constituentem obligat pro sua parte tantum tom. 1, pag.557,col.2

Omne constitutum est de soluendo tom 1.pag.558,col.1

Vt valeat constitutum & teneat, sufficit debitam fuisse pecuniam eo tempore quo constituebatur, licet debita esse postea desierit tom. 1, pag. 574, col.1,& 2

Valet constitutum si quis id quod debebat constituerit se soluturum in id tempus quo non erit amplius debiturus tom.1,pag.575,col.2

Vbi semel constituta est pecunia nihil refert an prior obligatio duret, an tempore extinguatur, cùm actio ipsa constitutæ pecuniæ perpetua sit, quia meram rei persecutionem continet tom.1.pag.575,col.2

Constitutum non fit nisi volenti to.1, pag.585,col.2

Ea demum constituta custodit prætor quæ ex consensu facta sunt tom.1, pag 555,col.2,& 556,col.1

An & cur actio prætoria ex pecunia constituta detur to.1, pag.545,col.1,& 2,& 546,col.1,& 2

Constitutum semper est referendum & restringendum ad pecuniam debitam tom.1.pag.563 in fi.

Causa constituta non potest videri indiuidua neque ex parte constituentis,neque ex parte cui constituitur to.1, pag 564, col. 1, quoties scilicet constituitur summa ex parte tantum debita ibidem

Constitutum inductum est ex bona fide & æquitate tom.1,pag.546,& 549 col.2

Constitutum in quo etiam ius versatur licet prætorium tantum contrarium stipulationi,eam tollere ipso iure non potest, sed per exceptionem, ta-

BIU Cujas

men ſtipulationis legem poteſt immutare to.1,pag.562,col.2
Conſtituta ideo à prætore introducta ſunt, quia graue eſt fidem fallere tom.1, p.567,col.1
Per liberam perſonam alij acquiri non poteſt obligatio conſtituti, ſicut nec alia quælibet tom.1, pag.558,col.1
Verba cõſtituti referri debent ad eum cui fit non ad alium tom. 1, pag.558, col.2,niſi alius ille fingatur idem ratione poteſtatis vel legitimæ adminiſtrationis ibid.
Inutilis ſtipulatio animo ſtipulandi facta non poteſt valere iure conſtituti tom.1,pag.548,col.1,& 2
Sic accipi conſtitutum debet vt valeat potiùs quàm ſit inutile tom.1,pa. 565,col 1
Non minus ex relato iureiurando quàm ex delato & ex delatione præſtito datur à prætore de conſtituto actio tom.1,pag.585,col.2
Non valet conſtitutum niſi quod habeat conſenſum eius qui conſtituit & eius cui conſtituitur tom. 1,pag.589, col. 1
Conſtitutum per epiſtolam fieri poteſt etiam ſine verbo conſtituendi,modo de dicente & voluntate conſtituentis appareat tom.1,pag.557,col.2
Conſtitutũ per æquipollentia verba fieri poteſt tom 1,pag 557,col 2
In conſtituto tempore tacitè ineſt tempus intra quod ſatisfieri oporteat ſecus in aliis obligationibus puris & ratio tom.1,pag 579.col.1,& 2 & 580
Conſtitutum non fit ab eo cui conſtituitur,ſed ab eo qui conſtituit tom.1, pag.588,col 2
Conſtitutum vim habet ſolutionis non quidem ſimpliciter, ſed ſecũdum quid ſi modo debitum præceſſerit to. 1,pag 564 col 2
Conſtitutum ab herede tranſmittitur ad eum cui poſtea hereditas ex S. C Trebelliano reſtituta eſt tom.1,pag. 580,& 581,col. 1
Actio conſtitutæ pecuniæ refert ſe retrorſum ad tempus conſtituti, id eſt quo conſtitutum factum eſt tom.1, p. 574,col.1,& 2
Quod urè debetur ex prima obligatione peti interim poteſt pendente conſtituti obligatione & conditione tom.1,pag.578,col.1
Conſtitutum à falſo herede transfertur ad eum ad quem hereditas peruenit tom.1.pag.581,col.2, & 582.col.1,& 2
Conſtitutum factum ſoli creditori excludit adiectum ſolutioni in ſtipulatione to.1,p.562,col.1, etiam ſine conſenſu adiecti ibid.
Conſtitutum non fit ſine verbo conſtituendi ſaltem per æquipollens expreſſo t.1,p.557,col.1
Cùm pater vel dominus actione de peculio obſtricti conſtituerunt ſuo nomine non ad aliam quantitatem tenẽtur ex conſtituto quam quæ tum fuit in peculio cùm conſtituebatur, quia nec aliud ab eis debitum videri poteſt cùm tempus conſtituti & promiſſionis factæ inſpiciendum ſit to.1,pag.550 col.2
Pater & dominus plus ſuo nomine conſtituentes quàm tum fuerit in peculio cùm conſtituebatur, non tenentur in id quod plus eſt tom.1,pag.550, col.2, ſi ſcilicet nomine proprio ſecus ſi nomine filij & ſerui ibid.
Conſtitutum tenere non poteſt ſi tempore conſtituti nihil debeatur to. 1,pag.550,col.2
Validitas conſtituti in ſuſpenſo eſſe non poteſt neque ex alio quàm ex præſenti debito vires accipere tom.1.pag. 550,col.2
Actioni de conſtituta pecunia locũ facit non tam ipſa conuentio conſtitutæ pecuniæ quàm mora conſtituentis to.1,pag.579,col.2, quod in aliis obligationibus puris diuerſum eſt ibi.
An actio conſtituto ſit pœnalis to. 1,pag.579,col.2
Conſtitutum ſemper adhibetur ad aliam obligationem confirmandam & exequendam tom.1,pag.546,col.2
Conſtitutum nunquam per ſtipulationem fit, ſed per pactum nudum tom.1,pag.546,col.2
Conſtitutum licet cohærentia contractus non ſit munitum, cohærentia tamen obligationis munitum eſt tom. 1,pag.546,col.2
Conſtitutum ſemper eſt acceſſorium ad aliam præcedentem obligationem ſiue naturalem tantum, ſiue etiam ciuilem aut honorariam tom.1,pag.546, col.1in fi.
Conſtitutum nullum valet cui poteſt opponi aliqua exceptio æquitatis tom.1.pag.552,col.2
Qui patitur ſibi aut Titio conſtitui, acquirit ſibi actionem & obligationẽ ex conſtituto,non autem Titio tom 1, pag 561,col.1.& 2
Conſtituta potiſſimum inducta ſunt ob eas pecunias quę nondum peti poſſunt tom. 1,pag.567,col 1.& 2
Debitum condicionale pure vel in diem conſtitutum valet,ſed tamen eadem conditione ſuſpenditur, vt non prius teneatur quàm conditio extiterit, multoque minus conueniri poſſit debitor tom.1,pag.555.col.2
Etiam in epiſtola conſtitutum fieri poteſt modo citra ſtipulationem tom. 1,pag.583,col 2
Exceptio temporalis debitori competens non poteſt impedire conſtitutum ſecus exceptio perpetua tom.1, pag 554,col 2
An valeat conſtitutum ſi quis conſtituerit ſe ſoluturum in diem citeriorem quod alius debet in vlteriorem tom. 1,pag.554 col.2,& 555,col.1
Non tantum fideiuſori, ſed etiam omnibus aliis qui pro alio obligantur illud commune eſt, vt in plus obligari non poſſint nec in priorem cauſam tom. 1, p. 555,co.1
Conſtituum loco ſolutionis cedit ſicut & iuſiurandum tom. 1, pag. 562, col 1,& 2,& 563,col.1
Differentia inter conſtitutum & ſolutionem tom.1.pag.563,col.2
Ex conſtituto obligatio & actio prętoria eſt tom 1,pag.560,col.2
Conſtitutum licet propriè contractus non ſit,vim tamen contractus obtinet quantum ad producẽdam actionem tom 1,pag.559,col.2
Is ſolus ex cõſtituto conueniri poteſt qui conſtituit licet alieno nomine to. 1,pag 559,col.2

Conſtitutum vſurę.

Actio de conſtituta pecunia quæ ex epiſtola naſcitur ad ſortem duntaxat datur,non etiam ad futuras vſuras tom. 1,pag 583,col.1 & 2, & 584

Conſtitutum dos.

Maritus totam dotem conſtituendo ſe quidem ad totam obligat, ſed non poteſt etiam ex conſtituto conueniri ſupra quam facere poſſit tom. 1, pag. 552,col.1,& 2

Conſtitutum legatum.

Conſtitutum ſicut & legatum, rei debitæ valet, ſi repræſentationis commodum aliquod habeat tom. 1, pag. 554,col.1,& 2

Conſtitutum condictio.

Quod vni ex duobus reis ſtipulandi conſtituitur ſi alteri poſtea ſolutum ſit tenetur alter condictione indebiti to. 1,pag.562,& 563

Conſtitutum procurator.

Is ex correis cui conſtitutum eſt poteſt alterum quoque correum in cauſam conſtitutæ pecunię procuratorem dare tom.1,pag.563,col.2

Conſtitutum ſeruus.

Per qualemqualem ſeruum ſiue actorem & ordinarium ſiue etiam vicarium acquiritur exconſtituto actio,domino licet qualicunque ſeruo ſolui non poſſit, ſed actori tantum & ordinario & quidem qui ius habeat recipiendæ ſolutionis tom. 1, pag. 560, col 2

Conſtitutum obligari.

Conſtitutum impersonaliter ne quidem pro ſua parte conſtituentem obligat tom 1,pag.557,col.2

Conſtitutum obligatio.

Tutor, curator furioſi & actor municipum nomine pupilli furioſi, vel municipum conſtituentes, ſoli tenentur actione ex conſtituto, non autem pupillus, furioſus,vel municipes tom.1, pag.559,col.1,& 2

Conſtitutum ſolutio.

Qui ſic mihi conſtituit vt mea tantum perſona in conſtituto noua nata ſit ſoluens adiecto liberatur, ſecus ſi mihi ſoli ſe ſoluturum conſtituerit to. 1,pag.561,col.2
Qui conſtituit & ex conſtituto ſoluit regreſſum pro indemnitate aduerſus debitorem quem liberauit negotiorum geſtorum actione de iure veteri habebat,de iure nouo nullam ſi prohibitio expreſſa expreſſerit tom.1,pag. 587,col.1

Conſtitutum liberatio.

Interuentu nouæ perſonæ conſtituentis non inducitur nouatio, ideo qui pro alio conſtituit ſe ſoluturum nõ liberat debitorem tom.1,pag.587,col. 1,& 2

Conſuetudo.

Quæ ſunt moris & conſuetudinis in iudiciis bonæ fidei venire ſolent tom. 1.pag.697,col.1
Differentia inter vſum & conſuetudinem tom.1,pag.697,col.2
Inter principes nec minus in publicis negotiis quàm in priuatis tolerabilia ſunt quæ vetus conſuetudo approbauit cùm & iuſti tituli vim obtineat tom.2,pag 38,col.2
Valet conſuetudo cui lex non aduerſatur tom.2,pag.37,& 38
Videtur facere ex domini voluntate quiſquis id facit quod dominus facere conſueuit tom 1,pag.705,col 1 rebus ſcilicet in eodem ſtatu manentibus ibidem
Conſumptũ videri non poteſt quod in corpore patrimonij retinetur tom. 2,pag.82,col.2

BIU Cujas

Consumptione transfertur dominium quod translatum non fuerat traditione tom.1,pag.47.col.1
Consumptę pecunię condictio competit cuius extantis vindicatio competere potuisset tom.1,pag.51.col.1
Consumptio nummorum quando pariat condictionem tom. 1, pag.39, col.2,& pag.40,col.2
Consumptio est modus amittendi dominij,non autem acquirendi tom. 1,pag.35,col.2
Quis sit effectus consumptionis bona fide factæ tom 1,pag.47,col.2
Ex nummorum consumptione etiã à fure creditorũ nascitur condictio to. 1,pag.35,col.1,& 2
Solutio ab initio inualida per consumptionem pecuniæ vel rei solutæ conualescit tom. 1, pag.68,col.2
Consumptione sicut cõciliatur mutuum,ita & indebitum tom.1,pag.553 col. 1
Per contestationem & nouatio & delegatio fit tom.1. pag. 155,col.2
Ea demum petitio verè dicitur quæ fit per contestationem tom.1,pag.506, col 1
Litis contestatio vim contractus & nouationis plerumque obtinet tom 1, pag.576,col.1,& consequenter solutionis ibid.
Sola litis contestatione non semper obligatio perimitur, sed plerumque perceptionem & solutionem subsequi necesse est tom.1,pag.576,col.1
Per litis contestationem conditio nostra plerumque melior fit tom.2, pag. 249, col. 1, sed quæ contestatio? ibid.
Litis contestatio petitionis nomine propriè significatur tom. 1, pag. 519, col.2

Contestatio, actio.

Sola litis contestatio actiones omnes quantumlibet temporales in annum vsque quadragesimum perpetuat tom.1, pag.575,col.1

Contingens.

Quæ ab initio fuerunt contingentia ex postfacto fiunt necessariæ tom. 1,pag.78,col.2

Contractus.

Differentia inter contractus nominatos & innominatos tom.1,pag.265, col.1,& 2,& pag.266
Contractus innominati semper fiũt in gratiam vtriusque tom.1, pag. 265, col 2, Contractus verò nominati plerumque in gratiam alterutrius tantum ibid.
Perfectio contractus cuiuslibet ex eo solo æstimanda est vt ciuilem possit obligationem producere tom.1.pag. 266,col.1
In contractibus innominatis post implementum non datur pœnitentiæ locus tom.1,pag.266.col.1
Contractus omnes ex pacto possunt suam naturam excedere tom.2.pag. 417,col.1
Nullus contractus sine consensu fit tom.1,pag.559 col.2
Pleniores fiunt præstationes & vberiores ex bonæ fidei cõtractibus quàm ex strictis tom.2,pag.219,col.1
Cùm quis rem aliquam inspectori dedit inspiciendam contractus est innominatus,ex quo non alia actio nasci potest quàm præscriptis verbis tom.1, pag 624,col.1
Contractus innominati licet toto genere differant à nominatis, plerunque tamen similes eis sunt, habentque similes ferè præstationes propter similem naturam negocij gesti tom.1,pag. 624,col.1
Omnes contractus ab initio sunt voluntatis ex postfactæ necessitatis tom. 1,pag.631,col 1
Bonæ fidei contractus à contractibus stricti iuris secernuntur, non ex comparatione doli & malæ fidei, sed ex comparatione æquitatis cum stricto iure tom.1,pag.593,col.1
Initium contractus spectandum est tom.2,pag.387,col.2,& 389,c.2
Cùm tibi do seruum meum vt eum manumittas, non est contractus innominatus do vt facias, sed mandati tom. 1,pag.270,col.2
Contractus innominatus ante implementum minus est quàm pactum perfectum tom.1,pag.247,col.1
Omnes contractus sunt indiuidui quantum ad hoc ne pro parte valeant, pro parte non valeant tom.2,pag.62, col.2
Qui contractus recipiant dolum dũtaxat & culpam leuem, qui culpam etiam leuissimam tom.1,pag.636,col.2
Promissio facta, cùm moriar,est promissio inter viuos tom.1,pag.357,col.1
In contractibus vtriusque gratia celebratis præstatur culpa leuis, sed non leuissima tom.1,pag.635,col.2
In contractibus qui solo consensu perficiuntur pactum de contrahendo non est contractus tom. 1, pag. 252, col.2
In contractibus innominatis consensus etiam interuenit sicut & in nominatis tom.1,pag.264,col.1
Omnes conuentiones quæ nudo consensu contentæ sunt fieri possunt & inter absentes & per epistolam & per nuncium & quibuscunque verbis dummodo idoneis ad significandum constituendi animum tom.1,pag.566 col.1
Contractus omnes æstimandi sunt ex modo & forma ineundi tom.1,pag. 611,col.1
Cur in contractibus innominatis sit locus pœnitentię? tom.1,pag.248,col.2
Contractus qui ab initio sunt voluntatis, ex postfacto sunt necessitatis tom.1.pa.249 col.2,& 264,col.1
An in contractibus innominatis sit locus pœnitentiæ tom.1.pag.264,col.2
Contractus innominatus ante implementum non est perfectus tom.1, pag.249,col.2, nisi sint parati ad implendum ibidem & 264,col.2, & 265, col.1
Heres adeundo hereditatem etiam cum legatariis non minus quàm cum fideicommissariis & creditoribus contrahit tom.1,pag 329,col.2,& 333,col 2
Nulla est differentia inter contractus innominatos à datione incipientes tom.1,pag.267,col.1
Contractuum omnium causa indiuidua est, hactenus saltem vt pro parte valere non possint, & pro parte non valere, ne alioqui decipiatur is qui pro parte contracturus non fuit tom. 2, pag.116,col.2
Omnes contractus bonæ fidei sunt vltro citroque obligatorij, sed nõ sunt omnes vltro obligatorij æquè principaliter to.1, pag.630,col.2
In contractibus non solet inspici quid vnus ex contrahentibus animo gerat si non id expresserit nisi in ipsius præiudicium tom.1.pag.47,col.1
Pecunia data vt seruus manumittatur an sit contractus emptionis, an innominatus do vt facias? tom.1,pag.250, & 251
Omnes ferè contractus sunt iuris gentium tom.2,pag.170,col.1
Contractus quis & qualis sit & an nominatus an innominatus ex modo ineundi dignoscendum est tom.1,pag. 307,col 1
Omnes contractus innominati incipiunt à datione aut facto nominati à conuentione tom.1,pag.307,col.1
Cõtractus omnes qui ab initio sunt voluntatis ex postfacto sunt necessitatis tom. 1,pag.28,col.2
Contractus omnes ex conuentione legem accipiunt tom.2,pag.417,col.2
In contractibus aliquando licet perarò tempus quidem aut conditio subintelligi possit,persona tamen nunquã nisi quæ expressa sit tom. 2, pag. 231, in fi.
Ex contractibus siue certi siue incerti non nisi personales actiones proficiscuntur tom.1,pag.18,col.1
Contractus omnes ex conuentione legem accipiunt tom.2, pag 375,col.2
Omnes contractus liciti sunt in genere permissorum tom. 2, pag. 375, col.2
Contractus omnes ab initio sunt voluntatis ex postfacto necessitatis tom. 2,pag.396,col.1
In omnibus contractibus non tam inspiciendum est quid conuenit quàm qua mente & cuius gratia tom.2.pag. 396,col.2
In bonæ fidei contractibus multa sunt singularia tom.1,pag.179,col.1
In contractibus omnibus etiam bonæ fidei non minus quàm in stipulationibus sequimur semper id quod actum est etiamsi dictum non sit tom. 1,pag.602,col.2
Contractus solent dignosci ex præcedente tractatu & ex initio gerendi negotij tom.1,pag.8,col.1
Contractus vtilis per inutilem vicari non potest tom.1,pag.21,col.2
Contractus omnes sui natura sunt indiuidui tom.1, pag.37,col.1
Omnes contractus sunt facti tom. 2,pag.333 in fi.
Quod ab initio conuentum est contra naturam contractus ratum id habendum est dum ne contra substãtiam tom.1.pag.603.col.2
Differentia inter naturam contractus & eius substantiam tom.1,pag.603
Natura contractus versatur circa præstationes quæ sua sponte veniunt ex contractu,substantia verò circa ea quæ essentiam contractus constituunt tom. 1,pag.603,col.1
Omnes contractus innominati sunt stricti iuris tom.1,pag.322,col.2
Ex contractu bonæ fidei nunquam ad hoc agitur vt quod ab vno ex contrahentibus alteri datum esse reddatur, sed vt ni fiat quod promissũ est quodque fieri debuit id quod interest præstetur tom.1,pag.322,col.1
In omnibus contractibus multum inspici debet potius quam euentus to. 2,pag.324,col.1
Contractus omnes ex conuentione legem accipiunt tom.1,pag.514,col.1
Initium cuiusque contractus inspiciendum est,& causa tom.2, pag.378, col.1
Contractus omnes innominati sunt stricti iuris tom.1,pag.247,col.2
Quoties ob vtilitatem alterutrius contrahen

BIU Cujas

contrahentium, siue ex causa doli, siue ex alia cõtractus nullus aut inutilis est, contractus habendus est pro valido si is velit qui deceptus est ne quod fauore eius constitutum est in ipsius odium retorqueatur tom.1,pag.645,col.1

Extra casum pignoris non debet esse in potestate vnius contrahentium vt contractus valeat aut plus minusve cõprehendat tom,1,pag 645,col.1

Ex datione pecuniæ vt manumitteretur non est contractus innominatus do vt facias,sed mandati,contra Tribonianum tom.1,pag.275,& 276

Publica vtilitas hoc maximè suadet, vt contractuum & conuentionum omnium potestas & natura extendatur quàm latissimè fieri potest propter vtilitatem commerciorum tom.1, p.592, col.2

In omnibus bonæ fidei iudiciis & contractibus venire ea solent sine quibus contrahi non potest tom.2, pag. 62.col.1

In contractibus innominatis locus est pœnitentiæ ante implementum ex parte eius qui dedit ratione eius quod datum fuit tom.1,pag.251 col.2

Omnes contractus innominati excepta permutatione incipiunt à datione aut facto tom.1,pag.25,col.2

Contractus innominati easdem ferè præstationes habent quas contractus nominati cum quibus maiorem habẽt similitudinem tom.2,pag.377.col.2

In omnibus contractibus qui re perficiuntur, venit iure obligationis tantum res data, officio verò iudicis etiam accessiones tom.2,pag.385,col.2

Contractus,obligatio.

An & quando ex contractu innominato nascatur obligatio & actio ciuilis tom 1,pag.251,col.2

Ex contractibus innominatis qui à datione, aut à facto aliquo incipiunt nascitur obligatio & actio ciuilis tom. 1,pag.251,col.2, post implementum & pag.264,col.2

Ex contractib innominatis neque obligatio naturalis neque ciuilis nascitur ab initio tom.1,pag.251,col.2

Ex contractibus filiifamilias aut serui pater aut dominus ciuiliter non tenẽtur,sed tantum iure prætorio to.1,pa. 550,col.1

Contractus sponsalia.

Contractus sponsaliorum est nominatus tom.1,pag.293 col.2

Contractus mutatio.

Stipulatori cuius gratia stipulatio facta est, non est permissum immutare legẽ stipulationis, cõsequenter multo minus promissori tom.1,pag.224,col.1

Contractus, culpa.

In contractibus in quibus culpa præstanda est valet conuentio vt non præstetur tom.2,pag.275,in fi.

Contractus, emptio.

Contractus innominati qui similitudinem aliquã habent cum emptione & venditione multa ex eius natura mutuantur tom 1,pag 305,col.1,in fi.

Contractus, seruus.

Differentia inter contractum cum filiofamilias vel seruo initum iussu patris vel domini, & contractum ex nuda patris vel domini voluntate celebratum tom.2,pag.138,col.2

Contractus, supplere.

In contractibus & conuentionibus nunquam subintelligitur persona extranea, estque multò facilius vt suppleatur tempus vel cõdicio quàm persona tom.2,pag.424,col.1

Contractus, mandatum.

Pecunia data vt seruus emeretur & manumitteretur, non est cõtractus innominatus do vt facias, sed mandati, contra Tribonianum tom.1, pag.273, col.1

Contractum innominatum do vt facias cum contractu mandati confudit Tribonianus tom,1,pag,270,271,& 272

Contractus, pœnitentia.

In contractu mandati sicut in contractu innominato do vt facias Tribonianus fecit locum pœnitentiæ contra iuris rationem tom.1, pag.270,271, & 272

Contractus, vsuræ.

In contractibus strictis perinde veniunt fructus partus & omnis causa ex die litis contestatæ, vsuræ tamen nunquam tom.2,pag.385,col.2

Contractus, condictio.

In contractibus innominatis à facto incipientibus neque datur pœnitentię locus neque cõdictioni vt facio vt des, facio vt facias,secus in cõtractibus à datione incipientibus to.1,pag.266,col.1, circa fin.& pag.267, sed tantum actioni de dolo pag.307,col.2

Data pecunia vt species detur non est emptio, sed contractus innominatus do vt des,ideo non secura causa datur locus condictioni tom.1,pag.305, & 306

In contractibus nominatis neque pœnitentiæ, neque condictioni locus est tom.1.pagin.268,col.1

Contractus, locatio.

Differentia inter contractum innominatum do vt facias, & locationem tom.1,pag.268,col.1

Contractus, donatio.

In contractibus nominatis non est locus pœnitentiæ tom.1,pag.265,col.1, excepta donatione certa lege vel conditione facta ibid. & aliis contractibus ex vna tantum parte obligatoriis ibid.

Contractus, fides.

In omnibus contractibus bonę fidei, bona fides æstimatur ex negotio ipso quod geritur inter contrahentes, non ex eo quod alteruter contrahentium extra causam contractus in bona vel mala fide fuerit tom.1,pag.658,col.2

Contractus, custodia.

In cõtractibus etiam aliis quàm depositi plerumque solet conueniri de custodia tom.2,pag.378,col.2

Contradictio.

Inter terminos contradictorios nihil medium neque tertium esse potest tom.2,pag.162,col.1

Contradictorium.

In contradictoriis quicquid de vno negatur, de alio necessariò affirmatur tom.1,pag.174,col.1

Contrahens.

Contrahentes non præsumuntur aliud voluisse quàm quod dixerunt to. 1,pag.52,col.1,in fi.

Contrahere.

Imputare sibi debet stipulator quod legem apertius non dixerit tom.1. p. 607,col.2

Contrahens apposito nomine officij in dubio eius officij cõtemplatione non suo nomine contrahere videtur tom.2,pag.70,col.2

Is qui non nisi ratione alicuius officij contrahit, cauere debet ne in contrahendo officium suum egrediatur to. 2,pag.70,col.2, ne alioqui se proprio etiam nomine obliget ibidem

Qui bona fide contraxit ob ea quæ accepta pecunia gesta sunt à debitore actionem suam amittere non debet tom.2,pag 282,col.2

Nihil refert an quis per se contrahat & tradat,an per alium tom.1,pag.648 col.1

In arbitrio & potestate positum est an contrahere velit necne tom.1, pa. 565,col.2

Non sunt coarctandæ neque impediendæ hominum liberæ voluntates & conuentiones cum fieri possit vt cõtrahentes aliter non fuissent contracturi tom.1.pag.567,col.2,in fi.

Falsum est delinquentes videri contrahere cum legibus & magistratibus, aut saltem quasi contrahere tom.2, pag.3.col.2

In concessione, promissione ac dispositione ferè qualibet subintelligitur semper clausula rebus sic stantibus, ne alioqui facilè in captionem incidant qui contraxerunt tom. 2, pag. 237, col.2

Etiam prædo contractus bonæ fidei inire potest tom.1,pag.628,col.1,& 2

Imputare sibi debet creditor qui in contrahendo sibi legem non dixit apertius tom.1,pag 7,col.1

In iudiciis & per litis contestationem quasi contrahitur tom.1,pag 495,col.2

Contrahi non potest nisi inter plures,& quidem scientes & consentientes tom 1,pag.391,col.1

Iuris ratio & autoritas non pendet ex voluntate contrahentium tom.1, pag.539,col.2

Naturaliter licet contrahentibus in emendo & vendendo,item in locando & conducendo se decipere tom.1,p. 529,col 1

Neque constitutum sit sine animo constituendi,neque stipulatio sine animo stipulandi,neque pactum sine animo paciscendi tom.1,pag.548,col.1

In litis contestatione apud prætorẽ facta & in accipiendo iudicio quasi contrahitur tom.1,pag.519,col.2

Neque commodatarius, neque depositarius neq; creditor pignoratitius qui rem à prædone accepit, recusare potest quominus actione depositi vel commodati vel pignoratitia conuentus eam restituat,nisi fortè dominus ille sit qui cum prædone contraxerit to. 1.pag.628,col.2

Fur & prædo contractus bonæ fidei celebrantes actionem sibi acquirunt non ex improbitate sua, sed ex ipso contractu quem bona fide inierunt to. 1,pag.628,col.2

Qui accipit indebitum ex quasi cõtractu,& ex quasi mutuo esse obligatus dicitur tom.1,pag.383.col.2

Qui cum vno contraxit in plures aduersarios distingui non debet tom.2. pag.15,& 16, ratio ibid. & pag.17

Qui cũ filiofamilias contrahit duos habet debitores filium quidem familias in solidum, patrem verò de peculio tom.1, pag.599,col.1, qui verò cum seruo solum dominum ibid. & quomodo

Qui cum filio contrahit duos habet debitores,filium in solidum, & patrem de peculio tom.2, pag.231,& 232

BIU Cujas

Contraxisse vnusquisque in eo loco intelligitur, in quo vt solueret se obligauit to.1,pag.383,col.1

Contrahere iudicium.

Cur in iudiciis quasi contrahatur? tom.1,pag.150,col.1

Contrahere instrumentum.

Qui contrahit siue contractu nominato siue innominato non potest recusare vt de ea re instrumentum conscribatur ad testandam rei gestæ veritatem tom.1,pag.248,col.2

Contrahere heres.

Qui contrahit hoc agit vt non tantum sibi sed etiam suis successoribus prospiciat, ita vt adiectio quæ fit de heredibus plerumque sit superuacua tom.2,pag.382,col.2

Contraria.

Contrariorum eadem solet esse ratio tom.2,pag.327,col.1

Allegans contraria non est audiendus maximè si actiones contrariæ cumulare velit tom.1,pag.457,col.1

Contumacia.

Contumacia nunquam est sine dolo tom.1,pag.222,col.1

In bonę fidei iudiciis nullus contumaciæ locus esse potest, dolus autem esse potest tom.1,pag.226,col.2,& 227

Conuentri.

Conuentus in iudicio soluens in dubio ex condemnatione soluisse credendus est tom.1,pag.448,col.2

Conuentio.

Semper adiuuandæ sunt iusta interpretatione conuentiones vt valeãt potiùs quàm pereant tom.1,pag.580,col.1,nisi verba repugnent interpretationi ibid.

Intolerabilior est creditor qui aduersus conuentionem vendit quàm qui citra & præter conuentionem to.1,pag.650,col.2

Conuentio siue tacita siue expressa nunquam trahitur ad incogitata tom.2,pag.341,col.2

Quod lege fieri prohibitum est non magis tacita quàm expressa conuentione fieri potest tom.1, pag.370, col.2

Conuentio, lex.

Conuentiones priuatorum ad obtrudendam acie legis vel senatusconsulti antequam vires suas exercere potuerit, nullius sunt momenti secus post tom.1,pag.404,col.1

Conuentus.

Pro conuento iam habendus est qui aliquid facit eo metu ne conueniatur tom.2,pag.191,col.1,

Copula.

Proprium est copulæ vt ponatur inter diuersa & ea coniungat ac eque determinet, excepta ea quę ponitur in solutione sortis & vsurarum tom.1,pag.719,col.2

Correlatiuum.

Correlatiuorum eadem est ratio to.1,pag.174,col.1

Correi.

Beneficium discussionis non est generale in omnibus correis siue constitutis, siue ex conuentione, siue ex quadam necessitate tom.1,pag.618,col.2

Ex pluribus siue correis, siue quasi correis debendi factum vnius alteri prę iudicat tom.1,pag.617,col.2 in fi. præterquam quod ad moram pag. 619, col.1

Ex pluribus siue correis, siue quasi correis qui prior actionem communę occupat, eam facit totam suam & alij correo, vel quasi correo adimit tom.1, pag.617, col.2, & ratio tom.1, pag. 618,col.1,& 2.

Licet actum sit vt plures debitores fierent correi nisi nominatim id dictũ sit, non fiunt correi propter Iustiniani constitutionem 99, de duobus reis tom.1,pag.617,col.1

Electione vnius pauperioris ex correis debendi etiam iure nouo creditor amittit actionem suam contra alios tom.1,pag.618,col.2

Beneficium diuisionis datũ est correis debendo à Iustiniano si modo sint soluendo, non vt alius ante alium conueniri debeat tom.1,pag.618,col.2

Obligati ad restitutionem rei indiuiduæ, non sunt verè correi debendi, sed tantum quasi correi, & quodammodo duo rei, nisi id actum sit tom.1, pag.617,col.2

Quasi correi propter rem indiuiduã, quomodo differant à verè correis, & in quibus conueniant tom.1, pag. 617, col.2

In correis debendi pactum vni factũ prodest alteri & vnius mora alteri nocet tom.1, pag. 617, col. 2, secus in quasi correis ibid.

Sola petitione & electione vnius ex correis debendi alter iure veteri liberabatur citra solutionem secus iure nouo tom.1.pag.617,col.2

Neque in correis neque in quasi correis commodatariis, & depositariis electione vnius cæteri liberantur to.1, pag.617,col.2, sed tantum solutione

Correi nunquam videntur mutua vice fideiubere si non expresè id dictum sit to.1,pag.622,col.2

Non sunt verè correi debendi nisi de quibus actum est, vt correi fierent tom.1,pag.617,col.1

Non sufficit ad duos pluresve correos constituendos vt singuli in solidũ sint obligati tom.1,pag.617,col.1

Iure veteri correo qui solus conueniebatur creditor aduersus correũ præstare actiones cogebatur, nec alio remedio solidum soluenti correo succurri poterat tom.1,pag.622,col.2

Correo aduersus correum debendi pro virilis partis indemnitate consequenda actio negotiorum gestorũ non datur tom.2,pag.301,col.2

Factis pluribus correis debendi non est verum habendum esse pro reo eum ad quem pecunia peruenit, alios verò correos pro fideiussoribus tom.2,pag. 120,col.2

Vno ex pluribus correis debendi in solidum soluenti nulla datur actio cõtra correos ad consequendam indemnitatem sine cessione actionis à creditore facienda tom.1,pag.342,col.2

Non solum ciuilium stipulationum, sed etiam prætoriarum duo rei fieri possunt tom.1,pag.567,col.2

Correspectiua coniunctio.

In actibus correspectiuis nihil refert quid ante aut quid post factum sit vt neque in coniunctionibus tom.2,pag. 350,col.2

Corrigere.

Prudentes nostri priorem partem suæ sententiæ per posteriorem sæpe correxerunt to.1,pag 381,col.2

Credere.

Qui credit pecuniam perdituro donare videtur tom.1,pag.45,col.2

Quid sit credere? tom.1,pag.1,& 2

Permittitur aliquando etiam bona fide non credere to.1, pag.70,col.2

Tutor aut pupillus creditorum bona patris possidentium conditionem deteriorem facere non potest tom.1. pag.430,col.2

In tyrographariis creditoribus cùm ex posterioris pecunia prior priuilegiarius dimissus est, facilius est vt hoc ipso non priuilegiarius succedat in locum priuilegiarij quàm secundus creditor pignoratitius in locum prioris tom.1, pag.646,col.2

Creditor conditionalis etiam pendente conditione est creditor, licet ea deficiente nunquam creditor fuisse videatur tom.1,pag.6,col.2

Creditor id debitori præstare debet quod suiipsius dispendio futurum est tom.2, p.210,col.2

Superiore creditore ex voluntate inferioris agente aduersus inferiorem debitorem non est audiẽdus inferior creditor aduersus proprium debitorem agens si solutionem ab eo extorquere velit ad quam ab alio cogi potest facto & culpa ipsius creditoris tom.1, pag. 682,col.1

Falsum est quod quidam putant creditorẽ creditoris noo priùs agere posse personali actione contra debitorem debitoris aut hypothecaria in bona debitoris inferioris pro eo debito obligata, quàm egerit hypothecaria in ipsũ nomen debitoris vt pronuncietur obligatum tom.1.pag.683,col.1

Qui iussit debitorem suum alij pecuniam promittere licet promittens ab eo stipulatus sit tanquam à debitore alterius quàm iubentis, an habeat promittentem obligatum & qua actione possit eum conuenire tom.1,p.72, col.1

Priuilegium creditorum personaliũ non ex tempore æstimatur, sed ex causa secus hypothecariorum t.1,p.402, col.1,& 403,col.1

Nemo suiipsius debitor aut creditor dici potest tom.2,pag.221,col.1

Non solum omne damnum creditoris, sed etiam omne periculum amouendum est tom.1,pa.656,col.2

Non alius creditor in bonam possessionem debitoris mitti potest quàm qui potest bona ex edicto vendere to.2,pag.242,col.1

Cum creditore non est sic tractandum quasi sit ipse procurator debitoris tom.1,pag.652,c.1

Qui credidit ad emendam nauem non minus quàm qui ad reficiendam vel armandam habet priuilegium inter personales & chyrographarios creditores post fiscum tom.2,pag.2,col.2

Iure naturali & ciuili distinctæ debent esse personæ debitoris & creditoris tom.2,pag.21,col.2

Cõtra creditores priuilegiarios nulla prodest diligentia aliorum creditorum tom.2,pag.277,col.1

Creditor in possessionem bonorum debitoris

BIU Cujas

debitoris in diem vel sub conditione, vel exceptione aliqua tuti licet latitantis mitti non potest tom.2, pag.241, col.1

Creditor qui timet exceptionem similis est creditori conditionali tom. 1,pag.369,col.1

Quo casu posterior creditor in prioris locum possit succedere tom.1,pag. 646,col.2

Peior conditio creditoris in diem, quàm creditoris conditionalis tom. 2,pag.266,col.2

Qui credit ad velum pro naui emẽdum inquirere debet an in eo loco in quo dat pecuniam velum comparari possit tom.2,pag.23,col.1

Qui credidit ad emendam domum non habet priuilegium secus qui ad reficiendam tom.2,pag.2,col.2

Plus præstat quàm debeat qui se facit ex creditore non creditorem tom 2, pag.87,col.2

In plures aduersarios distringi quidem creditor non debet qui cum vno cõtraxit,sed ita demum si non ex eo futurum sit vt indamno moretur ille ex pluribus qui in solidum conuenirent tom. 2, pag.60,col.2

Creditor qui credidit vt creditori priuilegiato satisfiat cum in eius locũ & priuilegium succedat sine cessione tom.2,pag.8,col.1,& 2,

Creditor qui succedit debitori quãtumuis inopi sibi soluisse intelligitur tom.2, pag 332, col. 1, & secum compensasse eam quantitatem quæ debebatur ibidem

Quomodo & quando in possessionem bonorum debitoris rei seruandæ causa possit mitti creditor si debitor latitet tom.2,pag.240,col.1,& 2,& 241, 242.& 243

Interest creditoris cuiuslibet vt plures habeat etiam eiusdem pecuniæ debitores vt possit eligere cum quo agere malit tom.2.pag.354,col.2 sicut plures habere actiones ibid.

Creditor non est cogendus mutare sibi debitorem qui semel sibi bene cauit tom.1,pag.63,col.2

Creditor conditionalis potest transmittere ius ad heredem ante conditionis euentum tom.1.pag.19,col.2

Creditorum appellatione generali qui contineantur? qui speciali? tom.1, pag.2,col.1

Qui temporalem exceptionem timent conditionalibus tantum creditoribus comparamus tom.2,pag.129, col.2

Socio vel alio quolibet debitore siue herede aliove successore decedente, quomodo à prætore creditori succurratur tom.2,pag.204,col.1

Ex missione in possessionem bonorum à creditore facta ante conditionis euentum non potest sequi venditio posteaquam conditio exiterit tom.2, pag.242,col.1

Si creditor qui tenetur recipere centum velit petere tantum decem, debitor autem velit quod agat ad integra centum, an debitor debeat compelli ad integra petenda,an ad integra recipienda tom.1,pag.55,col.2

Creditor repetitio.

Heres debitoris sui quamuis confusione creditor esse desinat, ex totius hereditatis restitutione,vel venditione sibi debitum repetere potest tom. 1, pag.409,col.1,& 2,& pag.410,col.1,& 2

Creditor prætor.

In prætoris arbitrio esse non potest & debet vt ex non creditore faciat creditorem, aut ex non debitore debitorem. Contractibus enim id fieri oportet, non authoritate & iurisdictione prætoris; quia voluntates contrahentium audire prætor debet non iubere tom.1,pag.682,col 1

Creditor, priuilegium.

De priuilegiis creditorum ex causa, & de priuilegiis ex tempore competentibus tom.2.pag.402,col.1

Creditor exercitoria.

Qui credit ad reficiendam nauem considerare debet vt nominatim mutuet magistro pecuniam ad refectionẽ nauis, vt nauis in ea causa sit vt necessario refici debeat, ne plus quàm necessarium sit credat, & vt magister in eã rem præpositus sit in quam creditum est tom.2,pag.22,col.1,& 2

Creditor,nomen.

Creditor licet sit dominus nomine, non tamen dominus est rei debitæ,sed ipse debitor tom.1 pag.681,col.1

Creditor,tributoria.

Creditores serui ex merce peculiari negotiantis ius suum consequendo nõ solum pro aliis creditoribus postea emergentibus domino cauere debent sed etiam pro debitis ipsius domini postea emergentibus tom. 2, pag. 86 & 87

Creditor, tributoria.

Creditores suum debitum accipientes cauere debent in tributorio iudicio se reddituros aliis creditoribus postea emergentibus tom.2,pag.85,& 86,col. 1,& 2

Creditum.

An qui pecuniam creditam accepturus spopondit creditori futuro necesse habeat pecuniam accipere & se obligare tom.1,pag 63 col.1 & 2,& 64

Differentia inter creditum & mutuũ tom.1,pag.5,col.1,& 2

Cur titulus de rebus creditis sic fuerit conceptus tom.1,pag.1 col.1,& 2

Crediti appellatione qui contractus contineantur? tom.1,pag.7,col.1,& 2

Crediti appellatione quid stricte intelligatur? quid late? tom.1,pag.3,col.1, & pag,5,col.1

Credulitas.

Nimia credulitas bonam fidem non inducit, neque iuuare potest tom.1, pag.375,col.2,& pag.421,col.1

Vnicuique sua facilitas & credulitas nimia imputanda est tom.1, pag.663, col.1

Credulitatem suam quisque sibi imputare debet non alteri tom. 2, pag. 283 col.2

Crimen.

In crimine læsæ maiestatis bonorum ademptio pœna est non rei persecutio tom.1,pag.467,col.2

Vindicta criminum pertinet ad ius publicum tom.1,pag.100,col.1

Ad probationem criminis non sufficit accusatio fisci ne quidem in crimine læsæ maiestatis tom.1.pag.467, col.1

Reus criminis non relatione nimirũ, sed innocentia sua purgare se debet tom.1.pag.89,col.1

Etiam crimen læsæ maiestatis ab heredibus purgari potest antequam hereditas fisco vendicetur tom.1,pag.467 col.1

Cur obiectio sola criminis læsæ maiestatis inducat prohibitionem alienationis bonorum imo & seruorum manumissionem tom.1,pag.467,col.1

Quisquis accusatur de crimine præsertim publico, innocentia se tueri debet non relatione criminis tom.2,pa. 364,col.1

Crimen heres.

Differentia inter crimen læsæ maiestatis, & crimina peculatus & repetundarum ad hoc vt dentur contra heredẽ in solidum tom,1,pag.467,col.2

Crimen actio.

Actiones ex criminibus repetundarum & peculatus proficiscentes dantur contra heredem in solidum quatenus sunt meræ rei persecutoriæ,non quatenus pœnam corporalem continent to. 1.pag,467,col.2,

Actiones ex criminibus repetundarum peculatus, & læsæ maiestatis dantur contra heredem in solidum etiamsi reus non fuerit accusatus tom.1,pag. 467,col.2,& 473.col 2

Cur actio ex crimine repetundarum quæ datur contra heredem vno anno finiatur cum merã rei persecutionem continet tom.1,pag.468,col.1

Crimen cognitio.

Præfectus vigilium de capitalibus causis cognoscere non potuit, sed ad præfectum vrbi cognitionem remittere debuit tom.1,pag.303,col.2

Crimen,serum.

In seruum capitalis causa esse non poterat qui caput nullum in ciuitate habere credebatur tom. 1, pag.303, col.2

Culleus.

quid sit Culleus aut Culeus tom.1,p. 739,col.2,

Culpa.

In contractibus solius dantis gratia initis dolus ab accipiente præstatur,sed non culpa tom. 1, pag.602,& 603, col.1

In contractibus solius accipientis gratia initis non tantum de dolo, sed etiam de omni culpa accipiẽs tenetur tom.1,pag.602,& 603,col.1

In contractibus & dantis & accipientis gratia celebratis non tantum dolus præstatur sed etiam culpa,nec tantum lata sed etiam leuis,non tamen leuissima tom.1,pag.602,& 603,col.1

Eodẽ præstatur modo culpa in quasi contractibus quo in contractibus tom. 1, pag 603, col. 1

Culpa non opponitur bonæ fidei vt dolus,sed diligentiæ tom.1,pag.60, col.1

Tot sunt gradus diligẽtiæ quot sunt gradus culpæ tom.1,pag.603,col.1

Non omnis culpa transfert periculum in suum authorem sed ea demum quæ ordinata est ad casum tom.1,pag. 713,col.1

Ad quid & quomodo condemnetur is qui in culpa est tom.1,pag.210,col.1

Culpa lata æquiparatur passim dolo, tum quoque cùm lex aliquâ solius doli mentionem facit tom. 1, pag. 210,col.1

BIU Cujas

Nomine culpæ leuis tantum intelligitur non leuissima, nisi cum adiectione omnis tom.1 pag.635,col.2

Dicitur is quoque in crimen incidere, qui latæ culpæ est reus tom 1,p.227 col.1

Culpam simpliciter eam prudentes dicunt de leui, non de lata intelligunt tom.1,pag.227,col.2

In depositio culpa non præstatur, sed tantum dolus nisi forte & merces accessit tom.1 pa.603, col 1.& 2

Lata culpa vel dolus est vel proximè accedit ad dolum tom. 2, pag. 377, col.2

Lata culpa quæ dolo æquiparatur ea est quæ ex negligentia proficiscitur non ex ignorantia tom.2,p 377,col,2

Culpa non minus in omittendo quã in committendo committitur tom,1, pag.677,col.2

Culpa quæ in rebus propriis culpanda est, in alienis est coercenda tom.1, pag.677,col.1

Lata culpa non semper æquiparatur dolo tom.1,p 228.col.1

De diuisione culpæ.& quæ culpa dolo æquiparetur? tom.2,pag 425,& 426

Culpam simpliciter cùm dicimus leuem intelligimus non latam neque leuissimam to.1,pag.676,col.1

Culpa, lucrum.

Nemo potest alteri factum imputare ex quo ipse lucrum sentiat tom. 1. pag.603,col.1

Cum.

Seruum cum lance commodare idẽ est ac seruum & lancem commodare tom.1,pag 612,col.1

Cura.

qui debet aliquid curare nõ debét illud donare, id est alij curandum committere tom 2,p.410,col.1

Cura, diligentia.

Nemo salua fide minorem alienis quàm suis rebus diligentiam præstare potest tom.1 pag.606,col.1

Curator.

Administrationi rerum ciuitatis præpositi curatores ciuitatis passim dicuntur tom.2,pag.317,col.1

Curator non datur nisi petenti præterquàm ad lites tom.2 p.450,col.1

Curator adolescẽtis loco domini habendus non est, licet bene administret secus tutor & curator pupilli tom. 1, pag.218,col 2

Curator minoris etiam habet legitimam personam standi in iudicio non minus quàm tutor aut curator pupilli tom 1,pag 218.col.2

Curator furiosi parum distat à tutore cùm æquè detur personæ principaliter, rebus verò non nisi per consequentias tom.1,pag.678.col 1

Curator minoris iudicium suscipere pro minore potest tom.1,pag.678, col 2

Lex duodecim tabularum dedit curatori potestatem in personam bonaque omnia furiosi tom 2,pag.145,col.1

Curator in iis quæ ad bonorum administrationem pertinent domini loco est & minoris personam repræsentat tom.2,pag. 126,col.1

Differentia inter curatorem furiosi & inter curatorem minoris tom.1, p. 558,col.2,& 559,col.1

Curator rem minoris donare non potest tom.2,pag.126,col.2

Curator minoris habet administrationem à prætore tamen curator furiosi aut prodigi à lege tom.1, pag. 144, col.1

Curiositas.

Actiones exercitoria & institoria excipiendæ sunt à regula quæ improbat creditoris curiositatem tom.2,pag.25 col.2

Curiositas necessaria est in iis qui cõtractus suspectos ineunt vel cum personis suspectis tom 2,pag.284,col.2

Custodia.

Parum proficit custodia aduersus vim maiorem siue diuinam siue humanam to.1,p.606,col.1

Custos, periculum.

qui posuit Custodem hoc ipso videtur onus & periculum custodiæ sibi imposuisse & consequenter periculum in se recipit qui custodem apponit si ab initio apponatur secus si ex postfacto tom.1 pag.613,col.1

D

Damnum.

DAmnum aliquando leges damni non lucri rationem habent t.1,p. 528,col.2

De damno à tertio dato tenẽtur cõmodatarij vel conductores si casum illum præcauere potuerunt & debuerũt tom.1,pag.639,col.1,& 2

Sentire non videtur damnum quod quis culpa sua sentit tom.1, pag. 350, col.1

Damnum ab adimendo dictum to. 2,p.165,col.1

Non debet quisquam duplici damno onerari tom.2,pag.34.c,1

Damnum, onus.

Non magnum cuiusquam damnum esse potest quod à multis communi omnium contributione sarcitur, & multo leuius sit onus quod fertur à pluribus t.2,p 24,col.2

Dare.

Differentia inter dare & tradere t.1, pag 307,c,1

Dare nihil aliud est nisi dominium transferre tom.1,pag.457,c.1

Dare est dominium transferre to.2, pag 373.col.1

Res à vero domino tradita quando data videatur? tom.1,pag.307,col,1

Debere.

Deberi cum effectu id demum intelligitur quod exigi potest, non cuius petitio per exceptionem aliquam summoueri possit tom.1,pag.171,col.2

Verbum debere in iureiurando mulieris cum effectu accipiendum est t. 1, p.171, col.1

Debitor.

Débitori sui creditoris facto heredi computatur in quantitate patrimonij, id quod debet quamuis aditione confusum sit tom.2, pag.244, col.1,in fi.

Nihil potest imputari debitori qui non habuit cui solueret to.1. pa.572, col.1

qui iure ciuili sic debitor est vt nec iure prætorio possit se debitorẽ negare, is & ciuili & prætorio iure debet tom.1,pag 554.col.2

quisquis actione aliqua ciuili tenetur quam nulla exceptione prætoria possit summouere, vtique obligatus idem est etiam & iure prætorio, adeoque naturali tom 1,pag.554.c,2

Meliorem debitoris conditionem facere possumus, deteriorem non possumus tom.1,pag.587,col,1

Debitor debitoris creditori creditoris sui soluens creditorem suum agentem directa summouere exceptione potest tom.1,pag 682.& 683

Pluribus quidem teneri ex vna eademque causa in solidum quis potest at pluribus condemnari quis potest tom.1,pag.618,col.2

Non potest esse in potestate debitoris vt lædat ius sui creditoris non magis quàm vt facto suo se liberet ab obligatione tom.2.p.265,c.1

Ex duobus correis siue debendi siue credendi alterius factum alteri quoque nocet tom.1,pag.563,col.1

Nuda ratio non potest quemquam facere debitorem tom 2,pag.239,c 1

In mutuis debitoribus, reconuentione opus habet is cui plus debetur, vt sequi possit condemnatio non sufficiente in eam rem compensatione to, 1,pag.638,col.1

Debitor est quisquis ex quacumque causa aliquid debet sicut & creditor ille cui ex quacunque causa debetur to. 1,pag.660,col.1

Debitor est creditoris sui seruus tom. 2,pag 359,col.2

Restitutio rei indiuiduæ obligat omnes debitores in solidum tom.1,pag. 617,col.2

Debitor generis supremi cogitur ire ad domum creditoris & debitam quãtitatem eò portare & quidem suis sumptibus, secus debitor generis subalterni tom.1,pag 573,col.2.in fi.

Non est debitori denegandum id quod sine creditoris dispendio futurum est tom.1, pag. 652, col 1, & ex quo debitor commodum aliquod, creditor autem nullum incommodum sentire possit ibid.

Debitor esse non videtur nisi à quo inuito exigi non potest tom. 1, pag. 542,col.2

quomodo quilibet debitor & quo casu adiiciendo sibi posteriores creditores, anteriorum creditorum conditionem facere deteriorem tom.2,pag. 85,col.2

Debitor propriè intelligitur is à quo inuito exigi pecunia potest tom.1,pag. 369,col.1,& pag.412,col.1

Debitor, exceptio.

Debitor qui exceptione aliqua perpetua tutus est debitoris loco non habetur, sicut neque creditor ille qui exceptione perpetua summoueri potest tom. 1, pag. 368, col. 1, & 2. & pag. 412, col.1

Debitor, electio.

An pluribus eandem rem debentibus sola vnius electione alius liberetur an verò sola perceptione? tom.2,pag. 396,col.2

Nunquam debet esse in potestate debitoris an debeat, aut an soluat to.1,pa.514,col.2, & pag.518,col.2,& pa. 519,col.1

Debitum.

BIU Cujas

Id quod iure honorario debetur, magis debetur quàm id quod naturali iure tantum tom.1.pag.550,col.1

quod adhuc à quibusdam Debetur, nondum est eius cui debetur tom. 2, pag.62,in fi.

Vnusquisque dominus est eius pecuniæ quam debet tom.2,pag.82,in fi.

Extincta specie debita quod superest post mortem debitum dici non potest tom.1,pag.497,col.1

Debitum speciei viuæ per mortem speciei ita extinguitur vt nec species mortua debeatur tom.1,pa.497,col.1

Species viua debita per vindicationem directam peti potest etiam mortua & per actionem in rem secus per actionem in personam to. 1. pag.497, col.1,& 2

Id quod certo loco debetur ideo vbique solui potest, quia etiam vbique per arbitrariam actionem solui potest tom.2,pag.368,col.2

Debiti nomine nihil nisi obligationem intelligimus quæ sit vel naturalis vel ciuilis vel honoraria tom. 1, pag. 171,col.2

Debitū magis propriè illud est quod peti potest tom 1,pag.549,col.1

Id in effectu debetur quod potest exigi tom.2,pag. 252,col.1

Debitum in arbitrium debitoris collatum non parit obligationem tom. 1,pag.518,col.2

Debitum vel naturaliter tantum,vel ciuiliter tantum, per errorem solutum repeti nunquam nisi ignoranter soluens aliqua exceptione perpetua tutus sit,nisi sciens tom. 1, pag. 324,col.1,& 2

Debitum naturaliter tantum vsque adeo non debetur,vt etiam indebitum dicatur tom.1.pag.549,col.1

Debitum naturaliter tantum dicitur debitum impropriè ac per abusionem tom.1,pag.549,col.1

Debitum conditionale ante conditionis euentum solutum repeti potest tom.1,pag.356,col.1

Debitum aliquo iure siue per errorem iuris,siue per errorem facti solutum sit, condici non potest tom.1,pag. 324,col.2

quod purè debetur statim & præsenti die peti potest, ac si quis hodie dari stipulatus sit quasi nullo adiecto die tom.1.pag.579,col.1

In debitis ex testamento voluntas sola testatoris illa est quæ totum facit, & pro iuris ratione habetur tom. 1, pag. 574,col.2

Debitum condicionale licet non debeatur nisi existente demum conditione, vires tamen accipit ex tempore contractus tom.2,pag.247,col.2

Differentia inter debitum conditionale & in diem tom.1.pag.18,col.1,& 2

quod ante diem debetur, ante diem potest solui,non peti tom. 1, pag.345, col.2

Saltem hodie dandum est quod iam olim dari debuit tom. 1,pag. 514, col.1

Decipere.

Deceptis non decipiētibus iura subueniunt tom.2,pag.322,in fi.& 323.

Sciēs decipi non potest quia certiorari non debuit tom.1,pag.733,col.2

Decipere,contrahere.

Non est decipiendus quisquam qui ita contrahit vt aliter non fuerit contracturus tom.2,pag.176,col.2

Decisio.

Furti decisio est conuentio per quā æstimatur damnum quod à fure datum est tom.1,pag.463,col.1

Decretum.

Decretum prętoris non debet esse illusorium & sine effectu tom. 2, pag. 242,col.1

Deducere.

quod semel fuit Deductum, verbo tantum iterum potest deduci tom.2, pag.178,col.1,& 2

Aliud pro alio licet inuito creditori solui non possit, aliud tamen pro aliis in condemnationem deduci potest to. 2,pag.4,col.2

Deductio.

Nullus casus interuenire potest qui sumptuum necessariorum deductionem impedire possit tom. 1, pag.437, col.2

Deductio est vnus ex effectibus naturalis obligationis. Posita ergo deductio ponitur obligatio tom.1.pag.401, col.1

Deductio habet vim solutionis to. 2,pag.177,col.1

quodammodo seipsum eligit quis, eliquendo pro actione deductionem tom 2,pag.201,col.2

Deductio potestatem habet solutionis tom 1,pag.398,col.2

Deductio est vnus ex naturalis obligationis effectibus cuius etiam in iudicio familiæ erciscundæ rationem haberi ab arbitro oportet tom.2,pag.259, col.2

Deductio, retentio.

Fratri creditori fratris naturaliter obligati, post mortē patris pro qua parte heres patri extitit succurritur per deductionem, fratri verò debitori pro qua parte heres extitit per retentionem to. 1,pag.398,col.2,& 399,col.1,& 2

Defendere.

Qui alium defendit cùm vltrò se liti offerat non solum satisdare cogendus est quamuis locupletissimus sit & cuiuscunque dignitatis, sed etiam executionem pati sententiæ tom. 2, pag. 249,col.1

Ob rem non defensam non committitur stipulatio iudicatū solui quādiu potest existere qui defendat tom.1, pag. 394,col.1

Nemo alienam defensionem suscipere inuitus cogendus est tom.2,pag. 193, col.1

Defensio.

Postquam lis contestata est ex clausula ob rem non defensam, adhuc defendi quis potest & purgari mora quæ in defendendo admissa est tom.1,pag. 394,col.1,& 2,in fi.

Defensor.

Defensor quilibet obligari solet etiā locupletissimus ad præstandam satisdationem tom.2,pag.193,col.1

Defensor quis sit? tom.2,pag.150, col. 2

In defensorem perinde ac in reum principalem danda est executio iudicati,si fuerit condemnatus tom.2,pag. 150,col.2

Nemo alienæ litis defensor sine satisdatione esse intelligitur tom.2,p. 294,col.2

Defensor, ciuitas.

Defensor ciuitatis legitimam personam habere intelligitur tom 1, p.184, col.1

Defensor ciuitatis de lite ciuitatis transigere possit,non minùs quàm tutor, dummodò bona fide id faciat,non per gratiam & collusionem tom.1, pag.184,col.1, & an procurator ibid.

Deficere.

Deficere est non sufficere tom.1, pag. 213, col.2

Delegare.

Delegare nihil aliud est quàm vice sua rerum aliarum substituere tom.1, pag.587, col.1

Qui patitur se delegari hoc ipso videtur omittere & reiicere exceptiones omnes quæ ei competebant aduersus delegantem tom.2,pag.328,in fin.

Delegatio.

Delegatio quælibet est nouatio to. 2,pag.238, col. 1

Delegatio fit volente duntaxat & consentiente debitore tom.1,pag. 379,col.2

Delegatio nunquam fit sine nouatione, estque potissima species nouationis tom.1,pag.587,col.1

Omnis delegatio est nouatio, semper voluntaria, nunquam necessaria tom.2,pag.249,col.1

In omnibus qui deinco tenentur quod contra alium actionem habeant delegatio pro iusta præstatione est to. 2, pag.204,col.2

Delegatio nunquam fit sine stipulatione tom. 1, pag. 587, col.1

Quisquis debitorem suum creditori suo delegat, sicuti soluere ipse creditori suo, intelligitur, ita & vicissim à debitore suo solutionem accipere to.1. pag.424,col.1

Delegatio nouatio.

Interuentu nouæ personæ quæ se obligat pro alio, delegatio facta esse intelligitur, inspecto iure Pandectarum, secus ex inspecto iure Codicis: Induxit enim Iustinianus, vt non magis interuentu nouæ personæ, quàm nouæ rei fiat nouatio, si specialiter id dictum & expressum non sit tom.1, pag.587,col.1

Delegatio liberatio.

Ex solutione post liberationem facta,non potest liberatio soluenti contingere, nisi ad concurrentem vsque debiti vtrimque quantitatem, vt in tantum liberetur, in quantum liberat, non vltrà tom. 1, pag.424,col.2

Delictum.

Quoties delictum ideò non perficitur,quia is qui delinquere cœperat,nō vult perficere,cessat pœna delicti,quasi suffragio iustę pœnitentiæ absolutus tom,1,pag.455,col.2

Delictum omne morte eius qui fecit,extinguitur to. 1,pag. 473,col.1

Interest reipublicæ tantò grauius delicta puniri, quanto sunt grauiora tom.1,pag 241, col.1

Non est magis æquum locupletari parrem ex delicto filij, quàm dominū ex delicto serui tom.1,pag.461,col.1

Vitanda est suspicio delicti, & præsumptio tanquam quæ semper odiosa sit tom.1,pag.185,col.1

Delicti suspicio, nec præsumptio facilè capienda est tom.1,pag. 155, col.1

Publicè interest puniri maleficia & delicta to.2.pa.365,col.1

BIU Cujas

Turpitudo delictorum omnium nō ram in delictis ipsis quàm in voluntate delinquendi consistit tom. 1. pag. 310, col. 2

Nemo adiiciendo delictum libetat se à contractu tom. 1, pag. 500, col. 1

Interest reipublicæ peccata nocentium nota esse, ne alioquin emaneant impunita tom. 1, pag. 315, col. 1

Delictum heres.

Ex delictis solent teneri heredes de eo quod ad ipsos peruenit, ne ex alieno scelere ditentur tom. 2, pag. 397, c. 2

Delinquens respublica.

Reipublicæ interest vt qui de ea male meritus est inter cæteras pœnas etiã egestate laborare debeat vt exemplo sit cæteris ad maleficia deterrenda to. 2, pag. 425, col. 2

Delinquere.

Delinquendi occasio vitanda est to. 1, pag. 410, col. 2

Qui delinquit quodammodo contrahere videtur cum legibus & cum republica tom. 2, pag. 100. in fin.

Demonstrare.

Cùm aliqua res petitur sufficit ita rem demonstrari vt possit intelligi to. 2, pag. 393, col. 1

Demonstratio.

Falsa demonstratio non magis perimit stipulationem quàm legatum to. 1, pag. 6, col. 1

Denunciatio.

Denunciatio cùm sit ad finem certificationis tantum, & vt loquuntur notificationis, vna sufficit secus cùm ad implendam solemnitatem aliquam à lege præscriptam quæ tres denunciationes requirat tom. 1, pag. 650, col. 1

Qui multoties eadem hora denunciat, non tam denunciat sæpius quàm loquitur sæpius tom. 1, pag. 650, col. 2

Plures denunciationes quæ pro aliqua solemnitate fieri debent, non statim, neque singulis diebus fieri debet, sed tanto tempore quantum conueniens videatur arbitrio iudicis constituendum pro qualitate personarum & rerum tom. 1, pag 650, col. 2

Deportatus.

Si ex deportatione bona deportati publicata sunt deportatus alium successorem quàm fiscum habere non potest tom. 2. pag. 267, col. 2

Deportatus in plerisque iuris partibus ac fere in omnibus pro mortuo habetur tom. 2, pag. 267, col. 2

Depositarius.

Depositariorum priuilegium in bonis nummulariorum foro cedentium non habet locum si postea ex iussu depositariorum pecuniæ depositæ factæ fuerint fœnebres tom. 2, pag. 402, & 403, col. 1, & 2

Depositarius non tenetur actione depositi ad restituendam rem quam non habet nisi dolus eius interuenerit tom. 2, pag. 388. col. 1

Post restitutum dolo depositum depositarius non liberatur ab actione depositi tom. 2, pag. 405, col. 1, & 2

Dolo non caret depositarius qui alterutri contendentium restituit depositum post iam motam ab alio de depositō controuersiam tom. 2, pag 392, col. 1

Quoties foro cedunt nummularij & mensularij an & quomodo depositarij cæteris creditoribus præferantur? tom. 2, pag. 402, col. 1, & 2

Cur depositarius de dolo tantum teneatur? tom. 1, pag. 9, col. 1

Cur depositarius tantum de dolo & de lata culpa teneatur? tom. 2, pag 375, col. 1

Depositarius tenetur ad vsuras propter moram aut propter cõuentionem tom. 2, pag. 416, col. 2

Etiam ad alium tenetur depositarius præter dolum & culpam si ita conuentum sit vel per expressam conuentionem vel per proscriptionem tom. 2, pa. 377, col. 2

Depositarius etiam de casu fortuito tenetur propter dolum præcedentem tom. 2, pag. 385. col 1, & 2

Depositarius accepta mercede pro re deposita tenetur & de dolo & de culpa, quia tũc potius conductor quàm depositarius est, nulla verò accepta mercede solùm tenetur de dolo tom. 2, pag. 376. col. 1, & 2 & 377, col. 1, & 2

Plures depositarij non vnius electione liberantur, sed tantum solutione nisi sint correi debendi tom. 2, pag. 395, col. 1, & 2

An plures depositarij pro partibus an in solidum teneantur tom. 2, pag. 396, col. 1

Pluribus eiusdem rei depositariis an quod prior conuẽtus præstitit alij prodesse debeat si ambo doli rei sint tom. 2, pag. 396, col. 1, & 2

Cur grauius puniatur depositarius necessarius quàm voluntarius? tom. 2, pag. 374, & 375

Depositarius in bonis mensularij simul omnes admittuntur, nec vnius priuilegium aduersus alios t. 2, p. 403, col. 1, & 2

Dolo non facit depositarius qui inficiatur aduersus procuratorem agentem actione depositi quousque constet de mandato tom. 2, pag. 407, col. 1, & 2

Depositarius pecuniam numeratam apud se non obsignatam in vsus proprios conuertens condemnandus est ad vsuras post moram actione depositi, aut si moram in reddẽda pecunia contraxerit tom. 2, pagin. 418, col. 1, & 2

Fideiussor depositarij actione depositarij tenetur tom. 2, pag. 378, col. 2 sed de eo solo quod à depositario præstari solet tom. 2. pag. 379, col. 2

Depositarius dicitur interdum possidere naturaliter tom. 2, pag. 425, col. 2

Depositarius, occupare.

Depositariorum & eorum quibus vna eademque causa debetur, melior est conditio primi occupantis tom. 2, pag. 403, col. 2

Depositarius, sequester.

Sequester vel depositarius qui rem depositam exhibere in pluribus locis alternatiuis habet electionem loci, quod si nolit exhibere, tenetur actione arbitraria de eo quod certo loco tom. 2, pag. 400, col. 2

Depositarius, offerre.

Depositarius qui se vltrò obtulit tenetur non tantum de dolo, sed etiam de culpa imò leuissima tom. 2 pag 387 & 390

Depositum.

Periculum rei depositæ, qua deponens vti permisit depositario, postea transit ad depositarium tom. 1, pag. 28, col 2

Quæ sit substantia contractus depositi? tom. 2, pag. 417, col. 1

Sequester actione depositi conueniri potest si rem depositam in loco conuento non exhibeat tom. 2, pag. 400, col. 1

Periculum rei depositę ad depositarium non transire solet si non sit in dolo tom. 1, pa. 28, col. 2

Petens argentum vel aurum depositum debet exprimere & pondus & speciem tom. 2, pag. 393, col. 1, & 2

Depositum gratuitum esse debet sicut & mutuum & mandatum tom. 2. pag. 376, col 1

Actio depositi vniuersalibus omnibus deponentis successoribus competit tom. 2, pag 382, col. 1, & 2

Dolus malus solùm venit in actionẽ depositi non etiam culpa saltem leuis nisi ita conuenerit tom. 2, pag. 156, col. 2

Quæ depositis rebus accedunt non sunt deposita tom. 2, pag. 378, col. 1, & 2

In depositō potest conueniri vt non eadem res reddatur, sed vt tantundem remanet depositi contractus, tom. 2, pag. 416, col. 2, & 417, col. 1, & 2

Seruus duorum deponendo vnicuique dominium in partẽ acquirit actionem depositi tom. 2, pag. 387, col. 1, & 2

Seruo hereditario aliquid deponente acquiritur actio depositi heredi postea adeunti to. 2. pag, 386, col. 1, & 2

Depositario speciem auri depositam reddere recusante, si is qui deposuit pondus probare non possit iuuatur iureiurando tom. 2, pag. 393, & 394

Seruus rem deponendo depositi actionem domino acquirit tom. 2, pag. 381, col. 1, & 2

Rei depositæ neque proprietas, neque possessio, neque vsusfructus in depositarium transit to. 2, pag. 421, col. 1

Depositum re perficitur sicut & mutuum tom. 2, pag. 375, col. 1

Depositum ante constitutum tempus repeti potest tom. 2. p. 396. & 397

Filiusfamilias actione depositi tenetur tom. 2, pag. 394, & 395

Quæ actiones ex depositō nascantur? tom. 1, pag. 265, col. 1

Deposita re diuidua vel indiuidua; an vni ex heredibus deponentis petenti debeat in totum vel pro parte restitui, & quomodo? tom. 2, pag. 390, & 391

Quomodo & quatenus actione depositi teneantur heredes depositarij si simul dolum admiserint, quomodo si separatim, quomodo si res sit diuidua, quomodo si indiuidua? to. 2. pag. 415, col. 1, & 2

Ex depositō à seruo facto apud sequestrum nihilominus agere dominus potest actione ad exhibendum, deinde rei vindicatione tom. 2, pag. 427, col. 1, & 2

Qui recipit pecuniam vt depositum reddat actione depositi conueniri potest tom. 2, pag. 427, col. 1, & 2

Re apud filium vel seruum deposita vel commodata si in ea dolus à patre vel à domino factus sit pater & dominus etiam actione depositi conueniri possunt. tom. 1. pag. 156, & 157

BIU Cujas

Depositarius exceptionem proprij dominij obij cere potest si de eo videlicet incontinenti appareat, secus si nō appareat, alieni vero dominij exceptionem obiicere non potest tom. 2, pag. 410, col. 1 & 2

Contractus depositi ex eorum genere est qui re & traditione perficiuntur tom. 2, pag. 373, col. 1

Quid sit depositum? & vnde dictum? t. 2, pag. 373 col. 1, & 2

Actio depositi non est ciuilis sed prętoria tum quoque cùm in simplum datur t. 2, pag. 373, & 374

Periculum rei depositæ post litem contestatam pertinet ad depositarium tom. 2, pag. 406, & 407

In deposito rei indiuiduæ vni ex heredibus illius qui deposuit tota res restituenda est tom. 2, pag. 390, col. 1

Depositum non nisi cōdictione furtiua condici potest tom. 2, pag. 407, & 408, & ratio pag. 408, col. 2

Duobus de depositoris hereditate cōtendentibus & quidem singulis in solidum cui depositum sit restituendum to. 2, pag. 391, & 392, vbi Tribonianissimus

Ex deposito à seruo alieno bona fide possesso vel vsufructuario acquiritur actio depositi possessori & quomodo? tom. 2. pag. 386, col 1, & 2

Depositarius rem depositam vendēdo tenetur actione depositi licet eum postea redemerit & sine dolo perierit tom. 2, pag. 385, col. 1, & 2

Inutilis est & nulla conuentione dolus in deposito præstetur to. 2, pag. 376, c. 1, & 2, secus ea ne depositarius actione depositi teneatur, quod ferè idem est ibid.

Si seruus deposuerit siue viuat, siue decesserit, vtiliter dominus depositi actione experitur to. 2. pag 387, col. 1, & 2 & quidem actione directa

Seruus deponendo acquirit actionē depositi domino eo tempore quo deposuit licet postea fuerit alienatus t. 2, pag. 387, col. 2

Rem depositam nō reddit qui quasi suam dat tom. 2, pag. 388, & 389, c. 1, & 2

Depositarius depositū ea lege accipiēs vt si velit vtatur, priusquàm vtatur tenetur actione depositi to. 2. p, 389, c. 1

Periculum rei depositę potest ad depositarium pertinere si ita conuentum sit tom. 2, pa. 389, col. 1, & 2

Bona fides nō patitur vt quis ex deposito rei alienæ lucrum consequatur tom. 2. p. 398, col. 1

Sacra & religiosa quodammodo res est, depositi restitutio, & cuius integri denegata restitutio insignem quādam perfidiam arguit tom. 2. pag. 156, col. 1

Actio depositi priuilegium olim habebat quibusdam casibus ante chirographarios, nec priuilegiarios creditores, & habet hodie vt compensationem nullam admittat tom. 2, pag. 156, col. 1

Neque redditur depositum, neque commodatum, neque pignus nisi torū reddatur adeoq; incorruptū t. 2, p. 156, c. 1

Depositarius qui sine dolo rem depositam amisit nec tenetur cauere nuda repromissione rem restitutuū si iterum ea peruenerit, licet tunc incipiat actione depositi teneri t. 2. p. 413, & 414

Depositarius bona fide restituēs domino putatiuo liberatur ab actione depositi tom. 1, pag. 387, & 388, ad quid autem & quomodo teneatur is depositum recepit tom. 2, pag. 388, col. 2

Deponenti non aliter permittitur depositum per iusiurandum probare, quàm si dolo vel lata culpa depositarij interuenerit tom. 2. p. 394, col. 2

Differētia inter depositum & rei vindicationem tom. 2, pag. 393 col. 2

Cùm depositi agitur idipsum repetendum est quod depositum fuit non aliud tom. 2, pag. 394, col. 1

Prædoni deponenti ac depositū repoſcenti non potest depositarius referre quæstionem dominij tom. 2, pag. 425, col 1

Depositum à seruo factum eidem siue alieno siue manumisso restitui rectè potest dummodo ignoretur aut alienatus aut manumissus tom. 2, pag. 405, col. 1, & 2

Depositū in vno loco vt in alio reddatur in alio reddi debet expensis deponentis non depositarij nisi aliter cōuentum sit tom. 2, pag. 405, col. 1, & 2

In actionem depositi non tantum præteritus dolus venit, sed etiam futurus tom. 1. pag. 382, col. 1. & 2. id est post litem contestatam secus post condemnationem

Depositum periculo accipientis est, si accipientis gratia depositum sit tom. 1, pag. 9, col. 1, & 2, & pag. 10, col. 1, & 2

An depositario actione depositi conuento de re deposita pereunte eodem modo quo esset peritura penes deponentem contingat liberatio, & quomodo tom. 2, pag. 409, col. 1, & 2

Valet conuentio, vt etiam culpa in deposito præstetur tom. 2, pag. 375, col. 1, & 2

Filius aut seruus depositarius quomodo patrem aut dominum obliget si depositum accipiant, quomodo si patris aut domini iussu tom. 2. pag. 394, & 395

Is tenetur actione depositi qui contraxit & rei depositæ restituendę facultatem habet tom. 2, pag. 414, col. 1

Filiusfamilias ex re deposita tenetur actione depositi etiam post emancipationem. Item & seruus etiam post manumissionem licet ex cōtractibus aliis in seruitute initis non possit post manumissionem conueniri, & quomodo? tom. 2, p. 114. col. 1, & 2

Cur actionem pœnalem à prætore introductam in deposito causam necessariam habente aliis verbis induxerit prætor & conditionibus quàm cæteras tom. 2, pag. 413, col. 1

An actio ex contractu depositi causam necessariam habentis quæ datur contra depositarium & in duplum & in perpetuum detur in heredem? Cur in simplum tantum non in duplum etiam intra annum? t. 2, p. 411, 412, & 413

Depositarius rei suæ, ignorans rem esse suam depositum restitutum condictione indebiti repetere potest tom. 2, pag. 425, col. 2

An ex deposito vsuræ deberi possint ex conuentione? tom. 2, pag. 417, col. 1, & 2

Patre donatas filiæ sui iuris res suscipiente, filia præsente aut sciente competit actio depositi, ea vero ignorante actio negotiorum gestorum tom. 2. pa. 217, & 218

Depositarius ob rem depositam etiā à fure aut prædone, eidem furi & prædoni tenetur actione depositi tom. 2, pag. 393, col. 1, & 2

Pro deposito non datur condictio ante dolum admissum tom. 2, p. 407, c. 1

Depositum à seruo factum eidem restitui rectè potest, si dolo non restituatur tom. 2. p. 404, & 405 licèt tutius domino restituatur tom. 2, p. 405, col. 1

Extra causam nummulariorum nullū est priuilegium depositi t. 2, p. 403, col. 1

Priuilegium depositi inter actiones personales exerceri potest, non tantùm in ea quantitate quæ in bonis argentarij ex pecuniæ depositæ reperta est, sed etiam in omnibus argentarij, cuiusque depositarij facultatibus tom. 2, pag. 403, col. 1

Sumptus necessarij ad depositum consequendum facti sunt restituendi t. 2, pag. 403, c. 2

Heres depositarij qui rem depositam ignorauit, & vendidit, tenetur eam redimere si possit, & restituere tom. 2, pag. 398, col 1

In actione depositi non tantùm præteritus, sed etiam præsens & futurus dolus venit tom. 2. pag. 398, col, 2

Dos sub titulo depositi collata, si matrimonium sit nullum, actione depositi repeti potest t. 2, p. 420, & 421

Non tantùm depositarius post moram etiam extraiudicialem ac multò magis iudicialem de casu fortuito tenetur, sed etiam is qui impedit ne depositum reddatur tom. 2, pag 407, c. 2

Bonæ fidei possessor hereditatis qui rem depositam ignarus vendidit, precium restituere tenetur, vel rem si possit redimere, vel iterum habere, si modò, non alio titulo quàm hereditario eam habuerit tom. 2, pag. 398, & 399

Depositi restitutio fieri debet vbi est, nisi dolo malo ibi sit tom. 2, pag. 405, & 406

Turpiter facit, qui pecuniam accipit vt depositum reddat, quod ex bona fide, & vltro restituere tenetur tom. 2 pag. 427, in fine.

Depositum vel commodatum ab aliquo, potest alij restitui ex fideicommisso propter pactum appositum tom. 2, pag. 418, col. 1, & 2

Quomodo actio depositi per inficiationem & quando crescere dicatur? tom. 2, pag. 413, col. 2

Cur filiusfamilias depositi agere possit? tom. 2, pag. 413, col. 1, & 2.

Actio depositi est bonæ fidei tom. 2, pag. 384, & 385

In deposito vsuræ nudo pacto promissæ etiam legitimum modum excedentes, actione depositi peti possunt tom. 2, pag. 419, col. 1, & 2

Depositum eius rei quā latro ignorans penes patrem vel dominum eius cui rem subtraxit, non subsistit to. 2, p. 425, col. 1

Depositum rei propriè consistere nō potest tom. 2, pag. 425, col. 1, & 2

Spoliatore spolia alicuius penes tertium insciū de malitia spoliatoris ponente, cui restitui debeat depositū an spoliatori, an spoliato tom. 2, pag. 424, & 425

Depositarius licèt iure naturali & gentium rem depositam deponenti reddere teneatur, de iure ciuili tamen non debet ei reddere, si adsit aliqua ratio publica tom. 2, pag. 423, col. 1, & 2

Casus in quibus res deposita potest esse penes depositarium, nec tamen depositarius possit eam restituere, nec proinde dolum admittere in eo quod rem non restituit tom. 2, pa. 380, col. 1

Depositarius seruus non tenetur manumissus actione depositi, nisi habeat rem depositam penes se to. 2, p. 381, & 382

Per actionem depositi omnes decessiones peti possunt ex die moræ tom. 2, pag. 584, & 385 officio scilicet iudicis non iure obligationis ibid.

Actio ex depositi cōtractu licèt causā necessariam

BIU Cujas

necessariam habentis trahi non potest ad duplum, nec vltra quàm reuera depositum sit, sed per actionem pœnalem à prætore introductam debetur tom. 2, pag. 412. col. 2

Depositario depositam rem apud alium deponente non competit actio depositi primo deponenti aduersus primum depositarium nisi vt cedatur à primo depositario aduersus secundum actio tom. 2, pag. 410. col. 1, & 2

Depositarius rem depositam inuito deponente contrectans actione depositi & furti conueniri potest tom. 2, pag. 422, col. 1, & 2

Depositarius actione depositi tenetur si rem depositam deteriorem reddat tom. 2, pag. 381, col. 1, & 2

Quando ex deposito detur actio depositi, quando locati, quando præscriptis verbis to. 2, pag. 377, col. 1, & 2

Ex condemnatione fideiussoris depositarij ad præstandam litis æstimationem dominium rei depositæ acquiritur depositario etiam sine præsentia rei depositæ quæ non est ad hoc necessaria tom. 2, pag. 423, col. 1

Actio depositi competit in heredem depositarij in solidum & perpetuo to. 2, pag. 401, & 402

Qui tabulas testamenti apud se depositas, pluribus præsentibus legit actione depositi tenetur t. 2, p. 392, col. 1

Depositum actio.

In actione contraria depositi non agitur de fide rupta sed tantum de calculo tom. 2, pag. 399, col. 1, nec in aliis contrariis

Depositum, mutuum.

Differentia inter depositum & mutuum tom. 2, pag 416, col. 1, & 2

Depositum, commodatum.

Heres & alius quilibet bonæ fidei possessor hereditatis pretium rei depositæ vel commodatæ restituere tenetur tom. 2, pag 398, col. 2

Depositum commodatarius.

Depositarius statim potest conueniri ad depositi restitutionem nisi impediatur aliqua de causa tom. 2, pag. 384, col. 1, & 2, secus commodatarius ad commodatum ibidem

Res depositæ vel commodatæ licet non sint in bonis depositarij vel commodatarij, sunt tamen ex eius bonis tom. 2, pag. 398, col. 2

Ex titulo depositi neque transfertur dominium neque possessio to. 2, pag. 224, col. 1 Idem ex commodato ibid.

Depositum iurare.

An in actione depositi iuretur in litem? tom. 2. pag. 385, & 386

Depositum, conuentio.

Duobus depositoris de deposito cõtendentibus heredibus & conuenientibus ne vlli sine altero depositum reddatur, an talis conuentio sustineatur? tom. 2, pag. 592, col. 2

Depositum, diligentia.

Et in deposito & extra depositi causam fraude non caret is qui in rebus alienis minorem diligentiam quàm in suis præstat tom. 2, pag. 426, col. 2

Depositum, depositarius.

Quomodo & qua pactione teneatur is cui datur res perferenda depositario, qua verò ipse depositarius tom. 2, pag. 377, & 378

Depositum mandatum.

Nihil interest an depositum quid sit penes aliquem, an eo iubente & mandante penes alium cum vtroque casu depositi teneatur, secus si eo tantum persuadente tom. 2, pag. 379, col. 1

Depositum negotium.

Prior negotiorum gestor alij negotium geri mandans non liberatur cedendo actionem dominæ contra secũdum negotiorum gestorum secus prior depositarius tom. 2, pag. 410, col. 2

Depositum restituere.

Deponens vas plenum potest contra depositarium agere depositi vel ad vas consequendum vel ad res in vase contentas siue eas ostenderit depositario siue non tom. 2, pag. 394, col. 1, & 2

Depositum, restitutio.

An alibi peti restitutio depositi possit quàm vbi sit licet expensis petentis to. 2. pa. 406, col. 1, & 2, vbi Tribonianismus.

Depositum sequestre.

Depositum licet à pluribus fieri possit, ab vno quoque tamen fieri potest secus sequestre quod non nisi à pluribus tom. 2, pag. 410, col. 1, & 2, & 411

Depositum iudex.

Post restitutionem serui depositi etiam competit cõtraria depositi actio ad cibaria reperenda tom. 2, pag. 415, & 416, & quidem apud eũdem iudicem apud quem depositarius directa depositi actione conuentus fuerit, vt supra,

Depositum vsura.

In actione depositi veniunt vsuræ etiam citra stipulationem tom. 2, pag. 417, col. 1, & 2

An in deposito eius quoque temporis quod moram præcessit vsuræ aliquę citra pactum debeantur? tom. 2, pag. 417, col. 1

Deponens.

Pluribus rem communem deponentibus id in dubio actum videtur vt singuli pro ea tantum parte pro qua eorum interest, depositi agere possint tom. 2, pag. 396, col. 1, & 2

An plures deponentes depositarium pro partibus, an in solidum possint cõuenire tom. 2, pag. 396, col. 1, & 2

Deponens ex voluntate contra depositarium habet in simplicem actionem, ex necessitate verò in duplum tom. 2, pag. 373, & 374

Deponere.

quis dicatur Deponere ex voluntate, quis ex necessitate? tom. 2, pag. 373, & 374

Derelicto.

quod habetur pro deperdito non habetur pro derelicto tom. 2, pag. 37, col. 1

Derelictum.

In mare proiecta nauis leuãdæ causa pro derelicto non habentur neque fiunt primi occupantis tom. 2, pag. 36, col. 2, nec pro derelicto vsucapitur ibid. in fi.

Derelinquere, liberare.

qui propter rem aliquam onerati sunt vt quid præstent vel faciamus si rẽ illam derelinquere parati sint semper sunt audiendi tanquam qui plus etiam præstent quàm debeant tom. 2, pag. 253, col. 1

Derogare.

Posteriora semper derogare prioribus siue in iis quæ ab vnius eiusdemque voluntate pendent, siue in constitutionibus principum, siue in iis quæ à plurium voluntate tom. 1, pag. 164, col. 2

Deterior.

Res quæ fuit deterior ex aliqua parte perit quatenus scilicet deterior facta est tom. 1, pag. 512, col. 2

Res fiunt deteriores per diminutionem substantię, viliores per diminutionem valoris tom. 1, pag. 512, col 1

Deteriorare.

An qui rem reddit deteriorem eandem rem reddere videatur tom. 1, pag. 595, col. 1, & 2, & pag 596, col. 1, & 2, & pag. 703, col. 1, & 2

Deterioratio.

Cuius periculo res pereunt, eius quoque periculo res fiunt deteriores tom. 1, pag 604, col. 2

qua parte facta est res deterior non tantum vilior quoque facta est, sed etiã periisse quodammodo intelligitur to. 1, pag. 471, col. 2

Nihil aliud est non fieri deteriorem quàm ex parte perire tom. 1, pag. 471, col. 2

Deterioratio non mutat speciem, sed tantum minuit valorem tom. 2, pag. 381, col. 1

Aliud est rem fieri deteriorem aliud fieri viliorem tom. 1, pag. 512, col. 1 & pag. 512, col. 2

Deterioratio fur.

Deteriorem rem factam dando fur non liberatur tom. 1, pag. 471, col. 2

Deterioratio, commodatum.

Rei commodatę factę deterioris restitutio plenissima fieri non potest nisi prętetur actori id quod interest rem deteriorem factam non esse, vt quod valori & bonitati rei deest suppleatur in pecunia. tom 1, pag. 595, col. 2

Deterioratio, agere.

Re deteriore restituta non potest agi vt res iam reddita iterum reddatur, sed vt quanti actoris propter deteriorationem ei prętetur tom. 1, pag. 596, col. 1, & 703, col. 2

Deterius.

Res quę deterior redditur non intelligitur reddi nisi prętera id quod interest prestetur tom. 2, pag. 381, col. 1

quod fit Deterius ex patre perit to. 2, pag. 375, col. 2

Dies.

Vix vnquam dies in stipulatione adiicitur nisi fauore promissoris, vt totum medium tempus liberum habeat ad soluendum, nec quicquam interim peti ab eo possit tom. 1. pag. 526, col. 1

quę sit differentia inter diem incertum & condicionem tom. 1, pag. 356, col. 2, & pag 413, col. 1

BIU Cujas

Diem cedere est incipere deberi to. 1,pag 413,col.1
Non prius venisse intelligitur dies quàm præterierit tom.2,pag.223,col.1 in fi.
In dubio dies fauore debitoris censetur adiectus, locus autem fauore vtriusque tom.1,pag.543,col.2
Quantum interfit an dies adiectus sit stipulationi an non tom.1,pag.532, col.2
Quod in diē certum relinquitur,post diem potius relinqui dicitur tom.1, pag. 406,col.2

Dies, legatum.

Differentia inter legatum & stipulationem collatam in diem mortis creditoris aut legatarij, & collatam in diē mortis debitoris & heredis tom.1,pag. 357,col.2

Dies contractus,dies iuris.

Adiecta in contractu siue bonæ fidei siue stricti, pars est stipulationis & contractus tom.1, pag.214,col.2

Dictio.

Dictio(sed etsi)est ampliatiua,dictio vero(sed si,)aduersatiua tom.1. pag.555 col.2
Dictio (eò amplius) quem effectum habeat tom.1,pag.231,col.2

Dignitas.

Qui prouincias regunt sola dignitate sunt terribiles tom.1,pag.73,col.1
De dignitatibus per quas filius à patria potestate liberatur tom.2,pag.109, col.

Diligentia.

Diligentissimus quisque paterfamilias electurus est conseruationem rerum magis preciosarum potius quàm viliorum cæteris scilicet paribus, secus si non sint cætera paria tom.1,pag. 606,col.2

Dispensator.

Dispensator institor est tom,1,pag. 84,col.1

Dispositio.

In condicionalibus dispositionibus quæ inter viuos fiunt inspicitur tempus dispositionis, non autem euentus conditionis tom.2,pag.266,col.1, secus in vltimis voluntatibus ibid.
quælibet Dispositio siue hominis siue legis præsupponit semper terminos habiles vt nulla sit repugnantia ex parte rei tom.1,pag.170,col.1

Dissimulatio.

quando creditor Dissimulare debeat ne curiosus videatur tom.2, pag.22, & 23,

Distinguere.

Vbi Senatus non distinxit, nec nos distinguere debemus t. 2, pag. 109, c.2

Distractus contractus.

Eadem causa esse solet & debet distractus quæ est contractus tom.2,pag. 406.col.1

Diuidere.

quæ per diuisionem corporalem corrumpuntur non debent diuidi in corpora,sed in numerum tom.1, pag.38, col.2

Diuiduum.

Stipulationes omnes quæ in quantitate consistunt sunt diuiduæ tom.1, pag.431 col.2

Diuisio.

Differentia inter iudicium communi diuidundo, & iudicium pro socio tom.1, p.492.col.1
Iuri veteri diuisionis beneficium inter correos fuit incognitum & à Iustiniano introductum tom.1,pa.622,col.2
Fundus ex earum rerum numero est quæ commodam patitur diuisionem to.1.pag,373,col.1

Diuortium.

Vbi non sunt iustæ nuptiæ, ibi non est diuortium tom.1,pag.292,col.2

Dolus.

Actio de dolo fuit olim annalis, hodie biennalis post Iustiniani constitutionem tom.2, pag.213,col.1
Cur detur actio de dolo? tom.2, pa. 123,col.1
Exceptio doli est perpetua tom. 2,p. 213,col.1 itemq; replicatio doli,ibid.c,2 secus si dolus obiiciatur per viâ actionis ad fundandam actoris intentionem ibidem.
Cur in actione depositi dolus depositarij obliget in solidum heredem to. 2,pag.213,col.2
Dolus esse non potest sine scientia quæ coniunctam habeat calliditatem & machinationem tom.1.pag.637.c.2
Tota pœna doli recidere debet in eos qui dolum admiserunt t.2 p.192.e.1
Æquitas semper deficit iis qui dolo malo aliquid feciſſe probantur tom. 2, pag.197,col.1
Nunquam æquitas fauet dolo quem è contrario semper puniri bonum & æquum est tom.2,pag.197,col.1
Nemo dolum facit qui suum commodum iure persequitur tom.1. pag. 296 col.1
Dolus etiam præteritus in iudicium venire intelligitur cùm de dolo eius agitur qui suo nomine iudicium accepit adeoque si tanquam procurator in rem suam tom.2,pa.193,col.2
Dolus siue ante iudicium siue post iudicium commissus à prætore coërceri debet tom.2.pag.193,col.1.& 2
Aduersus exceptionē doli mali nulla datur replicatio à prætore tom.1,pag. 552 col.2
Dolus in omnibus bonæ fidei iudiciis præstatur etiam ex iis contractibus, qui solius dātis gratia fiunt t.1,p.676,c.1
Exceptio doli no est odiosa sed fauorabilissima si causa æquitatis inspiciatur ex qua proficiscitur t.1,p.590.c.2
Impunitum dolum etiam post depositam administrationem manere iniquum est tom.2.pag.318,col.2
Exceptio doli tunc locum habet cùm quis per occasionem iuris ciuilis contra naturalem æquitatem lucrum captat ex damno alieno tom.1,pag.367.col.1
Neque liberis neque libertis permittitur agere de dolo contra parentes & patronos & cur tom.1,pag.138,col.1,
Dolus nunquam manere debet impunitus etiamsi expressa conuentione placuerit vt non præstetur t.1,p 603,c.1
Valet conuentio ne depositi agatur, quæ in effectu idipsum cōtinet ne dolus præstetur tom.1,pag 603,col.1
Deceptionis nomine non semper significatur dolus tom.1,pag.663,col.1
In contractum bonæ fidei credere potest dolus in re ipsa secus dolus in persona tom.1.pag.663.col.1
Dolus personalis est nec transit in heredem nisi hactenus ne ex defuncti dolo lucretur tom.2,pag.401,col.1
Sola æquitate iudicium bonæ fidei dolus si ex alterutra parte admissus sit, vindicatur tom.1,pag.663,col.1
Sola ferè doli exceptio contra vindicantem potest & solet competere tom.1,pag 776,col.2
Exceptio doli multùm distat a b exceptione pacti, eique subsidiaria est tom.1,pag. 367 col.1
Exceptio doli locum habere non potest,nisi cum exceptio pacti locum non habet tom.1.pag.367,col.1
Ex transactione nascitur exceptio doli tom.1,pag.367,col.1
Dolo malo facit qui petit quod statim restituturus est, licet alia actione tom.1 pag.641,col.1
qui Dolum allegat, dolum probare debet tom.1, pag.778,col.1
Actione de dolo etiam apertō, & verè admisso,agi non potest in summa minore duobus aureis tom,1, pag.190,col.1
Pactio ne de dolo futuro agatur, maximè in contractibus bonæ fidei valere non potest, secus ne de dolo præterito tom. 1, pag. 619,col.2
Pactum ne commodatarius de dolo futuro teneatur non valet,secus ne de culpa to. 1,pag.619,& 620
Exceptio doli, licèt infamiam non irroget, famam tamen & existimationem suggillat ,apud bonos & graues viros tom.1,pag.404,col.2
Exceptio doli nec à liberis contra parentes,nec à libertis contra patronos obiici potest tom1,pag. 404,col.2
Exceptio doli æquitate naturali nititur tom.2.pag.40b.col.2
Exceptio doli ex parte actoris est personalis,ex parte rei in rem tom.1, pag.404,col.2
Exceptio doli datur aduersus eum qui ex aliena iactura contra naturalem æquitatem locupletari velit tom.1, pag.404.col.2
Tutus exceptione doli per errorem solutam repetit tom.1,pag.404.col.2
Exceptio doli non nocet successori eius qui est in dolo t.2,pag.120,col.1
In contractibus bonæ fidei vindicatur dolus ipso iure,& æquitate ipsius iudicij tom.1,pag.637,col.1
Nihil tam contrarium bonæ fidei quàm dolus tom.1,pag.637,col.1
Nunquam dolus incognitus remissus intelligitur tom.1,pag.444,col.2
Actio quælibet competens siue ordinaria,siue extraordinaria, excludit actionem de dolo, quæ nonnisi subsidiaria est tom.1,pag.645,col.2
Neque aduersus exceptionem doli vnquam datur doli replicatio, neque aduersus doli replicationem vlla duplicatio vnquam dari potest tom.2, pag. 63.col.1,& 2
Quinque species doli ab Accursio, & Bartolo positæ, quæ tamen omnes sunt odiosæ contra Accursium tom. 1,pag.287, col.1
Exceptio doli omnium frequentissima, semperq; perpetua t.1, ,287,c.2
Prætor nunquam dat actionem de dolo,nisi quolibet auxilio siue ordinario siue extraordinario deficiente tom.1,pag.645, col.2
Etiam rei iudicatæ doli exceptio potest obiici tom.1.pag. 366,col.2
Persona quæ dolum admisit non est digna vt ei succurratur tom.2.p.353,c.2
Plus potest dolus quàm mora tom.2, pag.409, col.1
Vbi semel habita est ratio doli à domino commissi, vno agente non debet amplius haberi alio agente tom.2 p.196,& 197

Qui

Qui ab initio dolo caret potest postea esse in dolo ex noua causa tom. 2, pag. 407, col. 2

Si creditores quibus solutum est per gratificationem tutorum soluendo non sint in eos subsidiaria de dolo actio datur tom. 1, pag. 430, col. 2

Dolus malus nunquam remanere debet impunitus ne tum quidem cùm ei soli nocet qui dolum admisit tom. 2, pag. 156 in fi

Dolus procuratoris domino nocere non debet si nihil ex eo dolo ad dominum peruenerit tom. 2, pag. 192, col. 2, nisi procurator soluendo sit, sicut & pupillus ex dolo tutoris.

Exceptio doli obstat ei qui petit id quod redditurus est illi ipsi à quo petit, at non etiam ei qui petit id quod restituturus est alij tom. 1, pag. 296, col. 1

Dolus semper excluſus esse debet a contractu nequis facilè inuitetur ad delinquendum tom. 1, pag. 677, col. 1

Parum interest an dolo ab initio quis fecerit an ex post facto incipiat facere cùm conuenitur tom. 2, pag. 397, col. 2

Valet conuentio ne de dolo præterito agatur secus ne de dolo futuro tom. 2, pag. 376, col. 2

Dolus nunquā debet remanere impunitus ne tum quidem cùm illi ipsi nocet qui eum admiserit tom. 2, pag. 378, col. 2

Error qui bonam fidem parit semper excusat à dolo tom. 2, pa. 388, col. 1

Nihil tam contrarium bonæ fidei quam dolus malus qui ab omnibus contractibus abesse debet etiam ab iis qui stricti iuris esse dicuntur tom. 1 pa. 593, col. 1

Qui ex proprio dolo conuenitur indignus est cui succurratur tom. 2, pag. 397, col. 1, ideoque in solidum debet conueniri ibid.

Duplex est dolus malus minor vnus maior alius qui maiorem machinationem exigit tom. 1, pag. 637, col. 2

Iuris ratio & regula generalis facit vt dolus semper sit puniendus, tum quoque cum ei nocet qui dolum ipse admisit tom. 1, pag. 597, col. 1

Exceptio doli omnibus bonæ fidei iudiciis ineſſe dicitur tom. 2, pag. 416, col. 1

Dolus est si quis non exhibeat quod potest exhibere tom. 2, pag. 440, col. 1

Dolo non facit qui iure suo vtitur tom. 2, pag. 168, col. 2

Etiam in testamentis doli exceptiones locum habent to. 1, pag. 415, col. 2

Dolus dies.

Dolum committere & ex aliena iactura locupletari non sunt paria tom. 2, pag. 381 co 1,

Dolus filiusfamil.

Dolo malo facit filiusfamilias qui aduersus proprium factum venit capta ta iuris ciuilis occasione to. 2, pag. 117, col. 2

Dolus, delictum.

Dolus, delictum & noxa caput sequitur tom 2, pag. 381, col. 1

Dolus, actio.

Actiones de dolo insunt ipso iure bonæ fidei iudiciis tom. 1, pagin. 323, col. 1

Dolus, restituere.

Dolo facit qui petit quod statim restituturus est tom. 1, pa. 269, col. 2

Dolus, misericordia.

Dolo facit qui misericordiam in re alrena intempestiuè exercet tom. 2, pa. 401, col. 1, & 2

Dolus, depositum.

An deposito etiam circa dolum remissius facienda est interpretatio in fauorem depositarij tom. 2, pag. 376, col. 2

Dolus pater.

Dolus vel culpa filijfamilias vel serui non potest augere condemnationem vt supra quantitatem peculij pater vel dominus teneantur tom. 1 pag. 600, col. 2

Dolus, emere.

Dolus in vendendo commissus non purgatur rem redimendo tom. 2, pag. 385, col. 1, & 2

Dolus, depositarius.

Dolus vnius ex depositarij coheredibus aliis nocere non potest tom. 2, pag. 404. col. 1, & 2

Dominatio.

Ex iure gentium dominationes sunt introductæ to. 1, pa. 432, in fin.

Dominium.

Per oblatam litis æstimationem nō aliter offerens fit dominus rei, nisi tempore solutæ æstimationis præsens res sit quæ pro tradita haberi possit tom. 1, pa. 633, col. 2, ideo rei perditæ per æstimationem solutam dominium non transfertur ibid. modo non sit dolo perdita tom. 1, pag. 634, col. 1

Ad probandum verum & quiritiarum dominium efficit vt qui agit dicat probetque se titulum ab eo habere quem dicat se fuisse dominum, licet authoris sui dominium, non aliter probet quàm hoc ipso quod non probatur emisse à non domino tom. 1, pa. 735, col. 1

Traditio sola non sufficit ad transferendum dominium tom. 1, pag. 387, col. 2

Seruus qui operas suas ipse per se locauit, easque acceptas prædoni tanquam domino retulit non facit pecuniam accipientis tom. 1, pag. 420, col. 1

Iniquum est vt quis vel inuitus vel errans rei suæ dominium amittat tom. 1, pag. 623, col. 2

Neque dominium rei neque possessio possunt esse penes plures in solidum tom. 1 pag. 614, col 1

Differentia inter pecuniam & speciem ratione translationis dominij tom. 1, pag. 3, col. 2

Adiudicatio & lex nulla indigent traditione ad transferendum dominium tom. 1. pag. 489, col. 2, & pag. 491, col. 2

Dominium vtile nullum est tom. 1, pag. 734, col. 1

Dominium quod semel meum fuit meum remanet etiam post rei mutationem, quia etiam quod ex re mea supereſt meum est tom. 1 pag. 686, col. 1

Dominium quod alicuius semel fuit non potest desinere suum esse per solam domini voluntatem, nec per solam formam & mutationem nisi mutatio facta sit eius materiæ quæ redigi sæpius in sua initia non possit tom. 1 pag. 686, col. 1

Ex dantis voluntate, pecunia statim & recta via fit accipientis tom. 1, pag. 417, col. 1

Melior est causa dominij bonitarij quam quiritiarij tom. 1, pag. 734, col. 1 secus verò vtilis ibid.

Dominium per societatem communicatur, per emptionem verò transfertur to. 1. pa. 605, col. 1

Multò facilius est probare rem fuisse in bonis quàm in vero & quiritiario dominio tom. 1 pag. 734, col. 1

Rerum dominia possunt esse in pēdenti tom. 1, pag. 15, col. 2

Non transfertur dominium nisi per traditionem à domino factam ex iusto titulo præcedente, & qui sit habilis ad transferendum dominium tom. 2, pag. 422, col. 1, exceptis quibusdam casibus col. 2

Plures domini eiusdem rei dominium pro indiuiso habenti iuris tantum intellectu non etiam diuisione corporis partes obtinent tom. 1, pag. 615, col. 2

Cur eiusdem rei dominium apud plures esse non possit insolidum tom. 1, pag. 615 col. 2

Aliquando qui dominus est tradēdo dominium non transfert, aliquando qui dominus non est rei tamen alienæ dominium transfert in accipientem tom. 1, pag. 648, col. 1, si modo titulus habilis præcedat quo transferri dominium possit ibid.

Prædo possessor dominij quæstionem referre nunquam potest, nec si directa rei vindicatione conueniatur tom. 1, pag. 629, col. 2

Quo casu cùm ex contractu agitur ille ipse qui contraxit possit referre quæstionem dominij tom. 1, pag. 629, col. 2

Duobus eiusdem corporis dominis existentibus totius corporis pro indiuiso dominium pro parte singuli habent nempe cum de partibus integralibus agitur non de quota litis to. 1, pa. 497, col. 2

Dominia rerum nuda voluntate nō acquiruntur vel amittuntur sed tantum traditionibus, iisque à domino factis tom. 1, pagin. 120, col. 1, & pag. 121, col. 1, & 2

Neque longa possessio neque iusiurandum sunt modi acquirendi dominij tom. 1, pag 129, col. 2, qui sint modi acquirendi dominij ibid.

Quibus modis dominium probari possit tom. 1, pag. 734, col. 2

Casus in quibus dominium possessioni semel iunctum à possessione separari non potest tom. 1, pag 354, co. 2

Difficilius amittitur dominium quā pignus tom. 1, pag 727, col. 2

Dominium pignus.

Plus iuris habet in re qui dominium eius habet quàm qui nudum ius pignori tom. 1, pag. 374, col. 2

Dominium vindicatio.

Si dominus non ex contractu agat cum eo cum quo contraxit sed rei vindicatione dominij quæstionem ei referre depositarius vel commodatarius potest tom. 1, pag. 629, col. 1

Dominium possessor.

Possessor rei alienæ si eam non dolo aut fraude sed culpa eam amisit iuuatur per publicianam vt rem ipsam habeat, cuius æstimationem soluit,

BIU Cujas

audiendus est facile dominus si nolit pecuniam quàm ex sententia iudicis periculo iudicati recepit restituere tom.1, pag 634,col.1

Dominus.

Non est agendum amarè cum domino qui ex serui sui contractibus conuenitur tom.2,pag.89,col 2

Obligatus tantum vt restituat tantundem hoc ipso fit dominus proprietatis tum quoque cum in ea re vsumfructum ab initio solum habuit tom.1, pag 28.col.1

Quod ab extraneo dominus reposcere potest per actionem furti aut legis Aquiliæ id à conseruo reposcere potest, iure dominicæ potestatis conueniendo eum domi tom.2, pag.166, col.2

An & quomodo ille ex dominis qui serui communis negotiationem ignorauit cõuentus à creditore actione de peculio, vel actione tributoria non solum possit deducere quod sibi debetur, sed etiam quod domino scienti tom.2,pag.575,col.2

Precium rei venditæ seruo contra domini voluntatem euenti,ex peculio ad dominum pertinente solutum perit domino post consumptionem si ratam habere nolit solutionem tom.1, pag. 28,col.2, vindicatur autem ante solutionem ibid.col.1,& 2

Venditori qui rem emptam à seruo bona fide possesso tradidit bonæ fidei possessori serui quid præstare verus serui dominus teneatur si venditorem condictione conueniat ? tom.1,pag. 68.&69

Ex contractu cum vicario serui initio quæ actio contra dominum & quanto tempore detur, siue ante siue post mortem serui tom.2, pag.306,col.1,& 2,& 307,col.1,& 2

Casus in quo dominus re sua carere cogatur iusto precio licet dolus interuenerit possidentis tom.1, pag. 234, col.2.& 235

Dominus ex eo tantum contractu serui tenetur de peculio ex quo seruus ipse in solidum teneretur si esset pater familias, & iure ciuili obligari posset tom.2,pag.139,co.1,

Dominus vicarij nomine iudicium noxale peti debet tom.2,pag.195, col.1,& 2

Si ab alio creditore idem dominus ex eiusdem serui persona conueniatur de peculio, an aliquid possit deduci, & an aliquid ei debeatur? tom 2,pag.96, col.1,& 2

Omnis actio quæ datur ex contractu serui contra dominum vel est de peculio vel de in rem verso tom 2,pag. 291,col.2, extra videlicet exercitoriam institoriam,& tributoriam ibid.

Manumisso vel alienatio seruo dominus ex causa etiam doli intra annum tenetur tom 2,pag.197,col.2

Cur ex serui contractu qui facti est æquiratur actio domino cum facta nõ transeant in dominum tom.2,pag.381, col.1,& 2

Dominus à pupillo conuentus ex causa tutelæ per seruum administratæ toto ex tempore quo liber esse credebatur habet priuilegium deductionis eius quod sibi debetur etiam aduersus pupillum & dotem tom.2.pag.254, co.1,& 2

An & quomodo teneatur dominus ex contractu serui fideiubentis, vel mandantis vel aliter interecedentis tom 2,pag.145,& 146

Cur vindicatio nummorum extantium quos seruus ex peculio domini pro precio rei quam emit dederat venditori competat domino ? tom.1,pag. 67,& 68,& ad quid hic dominus venditori teneatur? ibid.& pag.65

Non est eadem persona domini & serui tom.2,pag.151,col.2

Priuilegium deductionis habet dominus in eo quod sibi à seruo suo debetur,& omnibus creditoribus præfertur tom.2,pag.167,col.2

Qui habet administrationem rei alienæ à lege is loco domini est tom.1, pag. 144,col.1, secus qui ab homine ibid.

Vnusquisque rerum suarum moderator est & arbiter tom.2,pag.55,col.2

Suæ quisque rei moderator est & arbiter tom.1.pa.235,col.2

Qui cum seruo institore contraxit ex ea causa in quam præpositus fuit dominum condictione directa & in solidum habet obligatum tom.1,pag. 62,col.1.& 2

In concursu duorum dominorum quorum vnus sit bonitarius alter quiritiarius, potior in effectu causa est bonitarij tom.1,pag.682,col.1

Dominus pater.

In omnibus bonæ fidei iudiciis ita comparatum est vt quoties actio de peculio vel de in rem verso competit aduersus patrem aut dominum hanc quoque adiectionem habere debeat & si quid dolo malo domini vel patris captus fraudatusve actor est tom.2,pa. 395,col. 2

Dominus tributoria.

Dominus sciens seruum suum ex merce peculiarinegotiare, habetur à prætore pro extraneo creditore tom.2, pag.81,col.1. ad hoc duntaxat vt deductionis amittat ibid.col.2

Dominus,tutor.

Tutores & curatores loco dominorum sunt tom.1,pag.234,col.1

Dominus moderator.

Quisquis paterfamilias & dominus est,solus idem moderator est & arbiter tom.1,pag 348,col.2

Dominus peculium.

Cur introductum sit priuilegium deductionis domino competens vt conuentus de peculio ex persona serui possit deducere ex peculio id quod sibi debetur tom.2,pag.179,col.1

Donare.

In centum debitor ducenta scienter constituens iure nouo inspecta indebita centum donare videtur secus de iure veteri tom.1,pag.564,col.1

Datum alicui, eius gratia videtur donatum tom.1,pa.273,col.2

An pactum de donando pro donatione habeatur & quomodo ? tom.1, pag 252,col.2

Cur pater filiofamilias donare non possit ? tom.1,pag.308,col.1

Donatio.

Neque in masculis neque in fœminis est præsumenda donatio nisi cum iusta & probabilis affectio donationis præsumptionem inducit tom.2,pa.325 col.2

Donatio inter coniuges fieri non potest tom.1,pag.5,col.2,& pag.6

Donatio iure veteri non fit nisi per traditionem aut stipulationem, iure vero nouo etiam per pactum tom.1, pa.283.col.1

Donatio remuneratoria non est verè donatio sed potius solutio debiti etiam tantum naturalis tom.2,pag.300, col.2,mera donatio solutio debiti esse non potest tom 2,pa.300,col.2

Donatio non insinuata valet si summam quingentorum solidorum non excedat to.1,pag.190,col.1

Ante Iustinianum stipulatio fieri non poterat per pactum nudum sed tantum per traditionem aut stipulationem tom. 1,pag.553,col.1

Donatio rei pupillaris a tutore facta omni casu prohibetur tom.1,pag.180, col.2

Donatio inter patrem & filium familias non valet etiam ex causa dotis contra interpretes tom.1, pag.284, col.2

Donatio inter viuos.& donatio causa mortis fiunt vt plurimum per traditionem.& per stipulationem tom.1,pa. 49,col.1

Donatio causa mortis tum quoque cum per traditionem facta est non transfert dominium statim sed tum demum cum mors fuerit insecuta donatoris tom 1.pag.49,col.1

Non videtur perfecta donatio causa mortis antequam mors insequatur tom.1,pag 49,col.1

Cur donatio causa mortis legatis æquiparetur? tom.1,pag.49,col.1

Donatio causa mortis licet ita fieri possit vt dominium statim transferatur in donatarium, non tamen ita potest fieri vt nullo casu reuocetur to.1,pag. 49,col.1

Condiciones sub quibus non tam fieri quàm resolui solent donationes causa mortis t.1,p.49,col.1

Donatio causa mortis capitur ad iustas legati tom.1,pag.298,col.1

Differentia inter donationem inter viuos & donationem causa mortis tom.1,pag.298,col,2

Donatio à datione & traditione incipiens magis est similis contractui innominato quàm nominato secus donatio incipiens à stipulatione tom.1, pag.307.col.2

Donatio pura propriè loquenda non est contractus tom.1,pag.308,co.1 scilicet quæ fit per traditionem

Eo modo donationes causa mortis minuuntur per legem Falcidiam quo legata non quo fideicommissa, quoniam ad legatorum non ad fideicommissorum exemplum capiuntur to.1, pag.330.col.1

Inter patrem & filiumfamilias, consistere donatio non potest tom.2,pag. 158,col 1

quæ Donationes inter coniuges sint prohibitæ ? to.1, pag.6,col.2

Etiam ex nudo pacto potest fieri donatio tom.1,pa.32,col.2

Commodatum proxime accedit ad precarium, precarium magis accedit ad donationem, differentia inter precarium, commodatum & donationem tom.1,pag.592,col 2

Perfecta donatio nouas condiciones non admittit tom.1.p.308,col.2

Cur pignoris remissio non sit donatio tom 1,pag.720,col.2

Donationes inter virum & vxorem factæ non valent to.2,pa.340,col.1

Ex pecuniæ muneratione propter donatio-

BIU Cujas

donationem causa mortis facta, quomodo donans obliget accipientem tom.1,pa.48,& 49

Quomodo donatio interdum fieri soleat tom.1, pag. 43 col.2

Non valent donationes factæ inter patrem & filium neque Papiniani téporibus confirmabantur morte ante constitutionem Iustiniani tom.2,pa. 294,in fi.

Donatio crimen.

Donationes quæ post crimen perduellionis contractum factæ sunt ratas esse non oportet tom.1, pag.467, col.2

Donatio meretrix.

Affectionis gratia neque honestæ neque inhonestæ donationes sunt prohibitæ putà circa meretrices exceptis donationibus quæ à milite fiunt focariæ vel à minore 25. annis luxurioso aut etiam à maiore si fiant per viam mandati tom.1,pag.315,col.1

Donatio mutuum.

An donatio facta adiecto pacto vt accipiens pecuniam donatam donatori crederet, sit donatio,an mutuum? tom.1,pag.52.& 53,col.1,& 2

Donatio constituere.

Pecuniam constituens quidem quã indebitam iure prætorio sciebat propter exceptionem, eam exceptionem donasse & remisisse videtur,vt pristina actione conueniri possit cum effectu tom.1,pag.564,col.2

Donator.

Soli donatori conceditur vt æs alienum detrahi oporteat priusquam ponatur ratio eius,quod facere potest, nec scilicet ex liberalitate sua periclitetur tom.2,pag.99,col.1

Donare.

Donare est perdere tom.2,pag.126 col.2

Non habet animum donandi qui habet animum decipiendi tom.1.pa. 701,col.1

Non habet animum donandi qui animo deprædandi aut aliena negotia inuasit, & in ea aliquid expendit to.1, pag.701,col.1

Donare condicere.

Datum alicui vt pro se aliquid faceret quod alioqui facturus non erat donandi animo datum videtur, nec condici potest tom.1. pag.258, col.2. nisi ab vtraque parte idem tacite actum intelligatur ibid.

Dos.

Promittens per errorem, sponso si nuptiæ sequantur ita demum habet exceptionem si propter causam lucratiuam promittat secus si propter onerosam tom.1,pa.296,col.1

An & quomodo dos donationis appellatione contineatur? tom.1,pag.5, col 2.& 6,co.1.& 2

Contractus dotis ex numero eorum est,qui re perficiuntur tom.1,pag.171, col.2

Quomodo fieret dotis restitutio de iure antiquo tom.1,pag.137.col.2

Ex dote iurata quæritur actio mulieri dote numerata to.1,pag.137.col. 2.& differétia quæ est inter actiones ex vtraque proficiscentes to.1,pa.137,co,2

Mater aut auia filiam dotare tenetur si patris aut aui bona vel nulla sint, vel non sufficiant tom.1, pag. 389, col.1

Officium est paternum non maternum dotare filium tom.1,pag. 389, col.1

Officio pietatis fungitur mater aut auia quæ filiam vel neptem dotat tom.1,pag.389,col 1

Quo casu dotis causa pia sit vel piæ causæ æquiparetur tom.1,pagin.389, col.1

Non potest conueniri inter maritum & vxorem vt solus dolus non autem culpa à marito præstetur in dote tom. 1 pa.609.col.2

In dote maritus non solum de dolo sed etiam de culpa tenetur to.1,pag. 609,col.2

In qualibet dotis constitutione ea condicio semper tacitè intelligitur tom.1,pag.296,in fi.

Maritus ad solidam dotem condemnatus in iudicati tamen executione,vti potest exceptione supra quàm facere possit conueniatur tom.1,pag. 552,col.2

Actio de dote non nascitur nisi soluto matrimonio aut superueniente mariti inopia, non tamen ex diremptione matrimonij tom.1.pagin.663, col.2

Mulier olim habens priuilegium personale inter creditores omnes personalem actionem habentes hodie habet priuilegium tacite hypothecæ pro dote tom.1,pag 254,col.1

Dos non potest esse sine matrimonio quamuis possit matrimonium esse sine dote tom.1,pag.263,col.1,& 2

Non est melior conditio lucrorum nuptialium quam dotis tom.1,pag. 455.col.2

Mulier contra dotis obligationem iuuari Velleiano non potest tom.1,pa. 389,col.2

Dos datur pro oneribus matrimonij tom.2,pa.309,co.1,

Non tenetur maritus iudicio de dote vitrà quam facere possit tom.1,pa. 551 col.1, tenetur tamen eius heres col.2

Extraneus mulieri donaturus dotem eam non nisi mulieris iussu marito tradere ac numerare debet tom.1,pag. 283,col.1

Filia aut neptis sine liberis mortua dos eius ad patrem reuertitur non tam ex ratione iuris quàm iure miserationis ne pater & dotis & filiæ aut neptis iacturam sentiat tom.2,pag.134,col.1, siue sit filia familias siue emancipata, modo dos sit profectitia ibid.

Quam partem dotis maritus haberet matrimonio per diuortium,aut per mortem soluto relictis liberis to.2,pa. 134.col.2

Dos ab extraneo data nullo pacto de ea restituenda interposito de iure veteri, solius mariti lucro cedit non etiam mulieris tom.1,pag.281,col.1

Dos à patre profecta soluto per mortem mariti matrimonio quamuis non ad patrem reuertatur ne filia maneat indotata, repetitur tamen per actionem rei vxoriæ communem patri & filiæ sed cuius exercitium soli patri cõpetit coniuncta filiæ persona tom.1, pag.281.col.1

Iure veteri dos priuilegium quidem prælationis habebat inter chyrographarios creditores sed priuilegium tacitæ hypothecæ non habebat tom.1, pag.683 col.1

Mater tutrix in dubio credendi est ex officij sui necessitate potius quàm ex causa pietatis dotem constituisse,& ex filiæ bonis paternis potius quàm ex suis tom.1.pag.389,col.2

Non potest pater dotis actionem sibi & filiæ communem futuram per pactum etiam incontinenti appositum in suam personam transferre nisi per stipulationem in eam rem necessariam tom.1,pag.284,col.2

Seruus dotalis ita est in bonis mariti vt tamen sit mulieris tom.2,pag.187, col.1,in fin. & dominium rei dotalis subtilitate iuris pertinet ad maritum, reuera tamen est mulieris tom.2,pag. 187,col.2

Fructus rerum dotalium pertinent omnes ad maritum pro matrimonij ferendis oneribus tom.2, pag. 187, col.2

Omnis stipulatio quæ dotis causa fit tacitam habet condicionem si nuptiæ sequantur tom.1,pag.6,col.1

Dos profectitia ad auum paternum pertinet tom.2,pag.292,col.1

Dos in prius matrimonium data aliter & quomodo in posterius conuersa videatur? to.1.pa.117,col.2

De tempore restituendæ dotis iure veteri, & iure nouo tom.1,pagin.296, col.2

Dos per acceptilationem constitui potest tom.1,pag.296,col.1 in fi.

Congrua dos quæ dicatur? tom.2, pag.292 col.2

Auo mortuo dos profectitia ad patrem etiam exheredatum reuerti debet tom.2,pag.292 col.2

Duorum non facit dotem indebitam tom.1,pag 390,col.2

An mulier possit hypothecas dotales liberare? tom.2,pag.327,col.2

Causa dotis non est lucratiua, sed onerosa, cum deseruiat oneribus matrimonij ad maritum pertinentibus tom.1,pag.295,col.1,in fine

Quod seruus dotalis ex re mariti vel operis suis quæsit ad maritum pertinere creditur cum id omne sit in fructu tom.2.pag.187,col.2

Dos non potest esse sine matrimonio licet matrimonium sine dote esse possit tom.2,pa.421,col.1

Dos promissio.

An ex promissione dotis donandi animo facta sponso pro muliere si antequam soluta sit nuptiis renunciatum sit,mulier habeat actionem ex ea promissione in sponsum an in promissorem? tom.1,pag.288,col.1,& 2

Dos condicere.

Pater vel extraneus indebitam pecuniam per errorem iussu mulieris, sponso eius promittendæ si nuptiæ secutæ sint exceptione doli mali vti non potest tom.1,pag 295, & 296,sed quomodo ei succurratur? ibid.

Cum mulier ipsa dotem aut desit aut promisit nulla expressim adiecta condicione pura est promissio aut datio præsensque obligatio aut translatio dominij vt si interim soluatur cõdici non possit tom.1,pag.286,col.2.

Dos peculium.

Pater pro ea dote quæ filiofamilias data vel promissa est à muliere non tenetur iudicio de dote soluto matrimonio nisi de peculio tom.2,pag.225, col.1

BIU Cujas

Dos mora.

Maritus non tenetur iudicio de dote etiamsi moram fecerit in exigenda re in dotem data, si æquè apud maritũ peritura fuisset to.2,pag.409,col.2

Dos tutela.

Actiones dotis & turelæ nullum priuilegium tacitæ hypothecæ iure veteri habuerunt tom 2,pag.402,col.1

Dos tutor.

Tutor ampliorem dotem nomine pupillæ promittendo non obligatur, sed ratione officij excusatur tom.1, pag.296,col.1

Dotare.

Auus neptem ex eo matrimonio quod cum ignominiosa vxore contra voluntatem patris filius contraxit natam dotare non tenetur tom.2,pag. 293.col.1

Officium est non tantum paternum sed etiam auitum dotare filiam & neptem ex filio tom 2 pag.293,col.1

Paternum officium est dotare filiam tom.2,pag.116.col.1

An frater sororem vterinam æque ac consanguineam dotare teneatur? tom. 2.pag.392,col.2

Du ntaxat.

Dictio taxatiua excludit omnes casus cæteros non minus diuersos quàm cõtrarios nec admittit alios nisi similes tom.1,pa.240,col 2

Durare.

Nihil videtur factum quod non durat factum tom.2,pag.297,col.1,& 2

E

Edere.

EDere nihil aliud est quam exhibere, & copiam describendi facere tom.1,pa.487,col.2

Edictum.

quod Edictum prætoris in vrbe dicitur in prouinciis edictum proconsulis aut prouinciale appellatur tom.2.pa. 11,col.2

Optimum est & publico vtile potestatem edicti ad omnes alios casus etiam promissos protrahere ad quos mens & propositum prætoris porrigi potest vt quod verbis edicti deest ex mente prætoris suppleatur to.2,pag. 14,col.1

Edicti perpetui finis est ne quid in vrbe fiat inordinatum tom.2,pag.137, col.2

Edictum de peculio Cur sit triplex tom.2,pag.138.col.1,& 2

Verba edicti etiam taxatiuè concepta possunt extendi ad casus similes propter rationis identitatem tom.2, pa.267,col.1,& 2

Effectus.

Inducta ad vnum effectum non debent contrarium operari tom.1, pag. 62,col.1

Effectus rei magis considerandus est quàm verba tom.1,pa.255,col.1

Effectus cuiuslibet rei spectandus est tom.2,pag.33.col.2

Effectus rei semper primus inspiciendus est tom.1,pag.398,col.2

Non videtur secutus effectus nisi daret secutus tom.1,pag.418,col.2

Egregius.

Quæ personæ dicantur egregiæ tom.1,pa.139,col.1,& 2

Electio.

In alternatiuis obligationibus omnibus tacitè id actum videtur vt electio sit promissoris nisi cùm in contrarium expresse actum & dictum est vt electio sit stipulatoris tom.1,pag.518,col.2

In alternatiuis non adeo datur electio debitori vt sæpius eligere possit & variare, sed vt vbi semel elegerit idipsum solum in obligatione & solutione esse videatur tom.1,pag.584,col.2

Electione vnius ex pluribus fructuariis vel bonæ fidei possessoribus vel venditoris emptor, & alij liberantur ab actione de peculio si perceptum sit à reo conuento, secus si nihil perceptum, idque de æquitate non de rigore iuris tom.2,pag.215,& 216,& 217

Electio frustratoria non nocet, mala autem nocet tom.1,pag.425,col.1

Rebus & locis alternatiue positis in obligatione an electionem stipulatoris habeat rei, vel loci, an vtriusq; to.1, pagin.519, col 2

Cur à prætore fuerit introducta electio actionum tom.2,pag.14,col 2

Cùm debitor ab initio, idest in ipso tempore solutionis habet electionem nec elegit non alia de causa transfertur in creditorem electio quàm quia ex creditore pecuniæ sit debitor electionis tom 1,pagin.719 col.2

Semel malè electa vna actione ad aliam regredi non licet tom.1, pa.424, col.2

Si quis Ephesi decem aut Capuæ hominẽ dari promiserit an sit electio actionis vbi petat, an rei vbi ab eo petatur tom.1, pag.517 518, & 519,& 520, col.1,& 2, concluditur affirmatiue pag. 519,col.1

Ex duabus rebus alternatiuè obligatis vna perempta debitori tollitur electio tom.1,pag.519,col.1

Pluribus locis alternatiuè positis ad solutionem potest debitor eligendo prius vbi soluat, & soluendo vbi volet, eligendi facultatem actori præcipere tom.1,pag.519,col 1

Debitor obligatus alternatiuè ad duo soluenda, soluens vtrumque electionem repetendi quod eorum voluerit habet tom.1,pa.362,col.2

Electio repetitio.

Si duo correi debendi vtramque speciem aut quantitatem vtramque soluerint, cui competat electio debitoribus correis, repetendi, an creditori restituendi? tom.1,pag.362,col.1,& 2, & pag.382,col.2,& pag.387,col.2

Eligere agere.

Qui electionem habet agendi aut qua actione, aut contra quam personam ex pluribus velint, si malè eligat sibi debet imputare, nec ad aliam vel actionem, vel personam redire potest tom.2,pag 211,in fin.& 212

Emancipare.

Filium emancipare, aut seruum manumittere nemo cogitur inuitus tom. 2,pag.265,col.1

Seruus an emancipari possit tom. 2,pag.267,col.1

Emancipatio.

Per emancipationem non tollitur obligatio naturalis inter patrem & filium tom.1,pag.400,col 1

Per emancipationem filius fit incapax habendi peculij tom.1,pag.400, col 1

Differentia inter emancipationem & manumissionem tom.2, pag.267, col 1

Emancipatio vnde dicta? tom.2,pa. 267,col.1

De effectu emancipationis to.1,pag. 243,col.2,in fi.

Emancipatus.

Filius emancipatus patri suo extraneus quodammodo esse intelligitur tom.1,pag.400,col.1

Emendatio.

Emendatio l.si pecuniam 5.in princ. D.de condict.caus.dat. tom.1,pa.268, col.2,& 269

Emendatio l.quod Neuia. 32, D depos. tom.2,pagin.426

Emendatio l. solutum 1, per libertum D.de pignor.act. tom.1,pag.671, col.2

Emendatio l.rerum 26, D rer.amotar. to.1,pag.478,col.1,& 2,in fi.

Emendatio l si procuratori 14, in fi. D de condict.caus.dat.caus. non secut. tom.1.pag.302 col.1

Emendatio l.quamuis 852.D.ad S.C. Velleian. to.2,pa.328,col.1,& 2

Emendatio l. si extraneus 6, D. de cond.caus dat. tom.1, pa.282,col.1,& 2

Emendatio l. heres 21, D.ad S.C. Trebel. to.1,pag.415,col.2

Emendatio l.2,D.de duob.reis tom. 2.pag.342,col.2

Emendatio l.dedi 3,in fi.D.de cond. caus.dat. to.1,pag.261,col.2

Emendatio l.stipulationem 21,D.de iur.dot. tom.1,pag.286,col.2

Emendatio l.si creditor 37,§.seruum communem D de pecul. tom.2,pag. 223,col.2

Emendatio l. si pecunia 36,D.depos. tom 2 pag.391,col 1.& 2

Emendatio l.quamuis 6,D. de pign. act. to.1,pag.652,col.1,& 2

Emendatio l.si quis mancipiis 17,§. eius contractus D.de institut.act. tom. 2,pagin.64,col.1,& 2

Emendatio l. filiæ 88, D. de solut. tom.2,pag.64.col.1

Emendatio l. 2, §. si quis Ephesi.D. de eo quod certo loco tom.1, pag. 517,col.1,& 2

Emendatio l.cum res 47,§.sed si Stichus.de leg.1, tom.1,pag.518,col.2

Emendatio l. 1, §. vnde quærit filius D.de exercit.act. tom.2,pa.7

Emendatio l.1,in princi. D. de pen. tom 2,pag.138,col.2

Emendatio l.4.§.2,D.ad l. Rhod.de iactu tom 2.pag.33,col.1

Emendatio l.3,§.vlt.D.de tribut.act. tom.2,pag.77.col.2

Emendatio l.5, §. si velit, D. depos. to.2,pag.400,col 2

Emendatio l.furti 6,§.si quis alieno. D.de his qui not.infam. tom.1, pag. 287.col.2

Emendatio l.si plures 14, D. depos. to.2,pag.408,col 1,& 2, vbi contra Tribonianum

Emendatio l. eleganter 24, D.de pign.act. tom.1,pag.698,& 699

Emendatio tit. quar. reru. act. non det. tom.1,pag.703,col.2

Emendatio l.vlt §.penult.vers.Idem iuris in eodem genere.D.ad leg.Rhod. de iact. tom.2,pa 42,col.1

Emendatio l. si pupillus 45, de admin, tut. tom.1,pag.575,col.1

BIU Cujas

Emendatio l. sufficit in fine D.de condict.indeb. tom.1,pag.422,col.2
Emendatio l. si conuenerit 18, §. si fundus D.de pignor.act. tom.1, pag. 685,col.1
Emendatio l. 3, §. pen. D. de pecul. tom.1,pag.482,col.2,& 483,col.1
Emendatio l.si ego §.si rer.D de iur. dot. tom.1,pa 266,col.1
Emendatio l.1,in princi D.de inter. saluia. tom.1,pag 685,col.2
Emendatio l. in bonæ fidei 8,D.de eo quod certo loco tom.1, pag.538, col 1
Emendatio l.dominus 53, in fi D.de condict.indeb. to.1,pag.417, col.2,& pag.418,col.1.& 2
Emendatio l.græcè 8,§.& post litem D.de fideiuss. tom.1,pag.208,col.1
Emendatio l.si fundus, 16,§.in venditione. D. de pignor. tom.1. pag.225, col.1
Emendatio l. planè 37, D.de petit. hered. tom.1,pag.350,col.2
Emendatio l.si seruus 4, D.de condi. furt. tom.1,pag.461,col.2
Emendatio.l.1,§.hæc autem separatio.D depos. tom.2,pag.375,col.1
Emendatio l.sed si ego 4.§. si ratum, D.quod iussu tom.2 pag.313.& 314
Emendatio.l.2,C.rer.amotar. tom. 1,pag 476,col.2
Emendatio l.pecuniam 36,D.si cert. pet. tom.1,pag.76,col.2
Emendatio l.si duo 22, D.depos.vbi Tribonianismus tom.2,pag.415,col.2
Emendatio l. actione 23, D.depositi. tom.2,pa.416,col 1
Emendatio.l.si tibi pecuniam 20,in fi D.si cert.pet. tom.1,pag.53,col.2
Emendatio l. hinc quæritur 19, §.1, versic.sed in marito D.de pecul. tom. 2,pag. 88,col. 2
Emendatio l.videamus 4, vers. cuius nomine circa fin.princi. D. de in lit. iur. tom.1,pag.219,col.1,in fi.
Emendatio l. 1, in fin. D.de nouat. tom.1,pag.23,col.1

Emere.

Rem alienam emere nemo cogitur nec suam vendere tom.1, pagin.209, col.1

Emptio.

Litis æstimatio facit emptionem tom.1,pag.449,col.2
Causa emptionis indiuidua est,quia neque emptor fuerat partem empturus, neque venditor partem venditurus tom.2,pag 221,co.1
Lex duodecim tabularum emptionis verbo omnem alienationem complexa est to.1.pag.602,col.1
Non potest emptio esse aut venditio nisi de certo precio conuenerit, substantia enim emptionis consistit in precio to.1, pag.305,col.2
Quo casu emptio rei suæ subsistat tom.1,pa.396,col.1,& 2
Emptio rei suæ subsistere non potest tom.1,pag.396,col 1
Pretio rei venditæ non soluto, aut non habita fide de precio dominium rei venditæ non transfertur in emptorem tom.2, pag.84,col.1
Tanto pluris vendi res solent,quanto commodioribus & emptori vtilioribus condicionibus sit emptio tom.1, pag.697,col 1
Rei suæ nulla emptio est siue sciens siue ignorans quis emat tom 1.pag. 729.col.1, siue debitor pluris vel minoris rem emerit col.2
Debitor à creditore pignus datum emere non potest tom.1,pag.729, col.1,& 2

Emptio alienatio.

Emptionis nomine omnis alienatio quandoque comprehenditur tom.2, pag.237,col.1

Emptio locatio.

In emptione & venditione licet contrahentibus naturaliter se inuicem decipere scilicet in quantitate precij tom.2,pa.286,col 1, sicut & in mercede locationis & conductionis ibid.

Emptor.

Nemo potest idem esse emptor & venditor cum necessario debeant esse distinctæ personæ emptoris & venditoris tom.1,pa.648,col.2
Venditoribus & emptoribus licet se inuicem decipere in precio citra dolum malum tom.2,pag.292,col.2
Vnus bonæ fidei emptor vel possessor non potest ex peculio deducere quod alij bonæ fidei emptori aut possessori debetur tom.2,pag.183,co.1
Malæ fidei emptor esse non potest qui emit à vero domino, nec si pecuniam det ei quem sciat statim perditurum tom 2 pag.298 col.2
Contracta venditione periculum rei venditæ statim ad emptorem transit licet dominium remaneat penes venditorem quousque rem tradiderit adeóque precium ei solutum sit aut aliter eo nomine satisfactum tom.1,pag.9, col.2,& pag.28,col,2
Ad transferendum rei venditæ dominium in emptorem requiritur vt rei precium iam solutum sit vel eo nomine satisfactum tom.1,pag.227,col.1
Eadem solet esse causa emptoris siue ad petendum siue ad defendendum quæ fuit auctoris,id est venditoris to. 2,pag.181,col.1
Bonæ fidei emptor in plerisque loco domini est tom 2,pag.181,col.1

Emptor successor.

Obligationes personales siue actiuæ siue passiuæ non transeunt in emptorem aut singularem successorem nisi quæ sunt venditæ tom.2,pag.181, col.1,in fi.

Emptor dolus.

Ex dolo venditoris non tenetur emptor nisi quatenus peruenit tom.2, pag.192,col.1,
Neque heres neque alius successor tenetur de dolo defuncti nisi quatenus peruenit, videlicet in actione de peculio tom.2,pag.192,& 193

Emphyteuta.

Si ex pluribus emphyteutæ heredibus vnus pensionem non soluerit, cæteri verò omnes non soluerint non eo minus tota res cadit in commissum, quia ius domini directi indiuiduum est tom.1,pag.656,col.2
Ex recognitione vnius emphyteutæ perinde agi potest contra tertium quemlibet emphyteuticæ rei possessorem etiam qui ab ipso emphyteuta causam non habeat,non tantum vt canonem annuum soluat, sed etiam vt recognoscat; idque ex statuto Sabaudiæ secus ex iure tom.1,pag.676,col.2

Emphyteusis.

Extinctis personis in emphyteusi comprehensis emphyteusis ad dominum directum reuertitur tom.1,pa.355, col 2
Differentia inter vsumfructum & emphyteusim tom.1,pag 355,col.2

Enunciatiuum.

Verba enunciatiua probant inter easdem partes præsertim cùm emissa sunt propter se & non propter aliud,& principaliter non incidenter tom. 2, pag.420,col 1
Verba enunciatiua nihil probant inter alias partes nisi in antiquis quæ quanto difficilioris sunt probationis tanto leuiores admittunt probationes tom.2,pag.420,col.1

Epistola.

Epistola non est modus inducendæ obligationis sed eius tantum quæ inducta sit probandæ tom.1,pa.582,col.1, quædam tamen obligationes per epistolam contrahuntur ibid.col.2
De fide & probatione epistolæ tom.2, pag.420,col.1
Tot epistolæ esse videntur quot sunt capita in epistola tom.2,pagin. 420, col 2
Omnes contractus qui solo consensu perficiuntur per epistolam fieri possunt tom.1,pag.717,col.2

Epistola consensus.

Qui ab alio epistolàm accipit nec statim contradicit hoc ipso videtur epistolæ & omnibus in ea contentis expressim consensisse to.1, pag.583,co. 1, debet enim statim testationem interponere contrariæ voluntatis ibid.

Epistola depositum.

Obligatio depositi nulla per epistolam contrahi potest, probatio vero rerum depositarum etiam per epistolam impleri commodè potest to.2,pa.420, col.1

Errans.

Nemo errans dominium rei suæ in alium transferre potest to.1,pag.86, col.1
Errantis nulla voluntas tom.1,pag. 444 nullusque consensus ibid.col.1
Nemo errans rei suæ dominium amittit tom.2,pag.400,col.2
Errantis nec voluntas vlla nec consensus vllus est tom.1,pag.330,col.2
Nemo errans rem suam amittit to. 1,pag.259,col.2
Nemo errans rem suam amittit to. 1,pag.65,col.2
Nemo errans amittit rem suam tom.2,pa.272,col.2
Neque consentiunt neque delinquunt qui errant tom.1,pag.453,col.1
Non tam errantes quàm stulti dicuntur qui in iure errant tom.1, pag. 318,col.1

Error.

Communis error: licet ius non faciat,iustam tamen excusationem præbet, quia nec affectatus, nec suspectus videri potest tom.2,pag. 110, in fin.& 111,col.1,& 2
Error facti imperitiam detegit, & consensum nullum habet tom.2,pag. 272,col.2
Error in causa aut alienationis aut obligationis non impedit alienationem aut obligationem tom.1,pa.302, col.2
Iuris error non prodest ad indebiti condictionem inducendam tom.2, pag.126,col.1

BIU Cujas

Neque error iuris neque error facti cuiquam nocent in dominis amittendæ rei suæ tom.2,pag.216,col.2

De effectibus erroris iuris & erroris facti tom.1.pag.330,col.2, & 331, col.1, & 2

Eius qui in facto errat nulla voluntas est, nullus consensus tom.2,pag. 136,col.2

Error incestum.

Nullus error contra commissum incestum iurisgentium proponi potest to.1,pag.456,col.1,& 2

Error repetitio.

Cur error iuris impediat repetitionem portionis Falcidiæ in legatis & fideicommissis in solidum præstitis to. 1. pag.330,col.2

Essentia.

Essentiæ contractuum sicut & cæterarum rerum sunt indiuiduæ tom.1, pag.522,col.2

Etymologia.

Quando valeat argumentum ab etymologia? tom.1,pag.4,& 5

Euenire.

Inspici debet illud quod potest euenire tom.1,pag.207,col.2

Euentus.

Dubius euentus ita æstimandus est vt tam eius quod potest non euenire, quàm eius quod euenire potest ratio habeatur tom.2,pa.247, col.1

In multis casibus id euenit vt ex euentu & ex post facto appareat quid ante fuerit tom.1,pag.381,col.2

Euentus æstimatio.

Dubius euentus quantumlibet incertus certo tamen precio æstimari potest to.1,pag.495,col.2

Euictio.

Quæ sint causæ ex quibus euictio sequi soleat to.1,pa.648,col.2

Potestas euictionis tollit intellectum dominij acquisitionis tom.1,pa. 699,col.1

Quando de euictione caueri debeat? tom.1,pag.307,col.2

In pactis quantumuis nudis propter subsecutam euictionem datur actio de euictione ad id quod interest tom. 1, pag.268,col.1

Stipulatio de euictione non tam facilè committitur licet per sententiam res iam euicta sit tom.1,pag.656,col.1

Euictio actio.

An euicta re quæ in solutum data fuerat duret, & maneat pristina actio, an verò noua detur id est vtilis ex empto ad exemplum directæ quæ daretur euicta re vendita tom.1, pag. 699, col.2

Euictio pignus.

Cùm in causa iudicati postulante creditore pignus distrahitur quod postea euictum sit non tenetur de euictione creditor sed debitor cui solutio proficit tom.1,pag.696,col.2

Euincere.

Quod euincitur in bonis non est tom.2,pa.96,col.2

Ex.

Differentia inter propositiones *Ex* & *Propter* tom.2,pag.251,col.2

Executio.

Vna executio non impedit aliam dum ne creditor bis suum consequatur & ab initio protestetur nolle nisi semel consequi quod sibi debetur to. 1,pa.718,col.2

Euentus executionis sententiæ potest esse incertus to.2,pa.252,col.1

Executionis euentus dubius esse potest & plerumque est tom.1, pag. 365, col.1

Executio sententiæ.

Vigor sententiæ totus in executione consistit tom.1,pag.365,co.1

Exceptio.

Differentia exceptionum ex causa extrinseca,&exceptionum ex æquitate negotij,aut ex iniquitate actionis proficiscentium tom. 1, pagin.324,col.2, & 325

Exceptiones de iure tertij admitti non solent nisi de voluntate tertij appareat tom.2.pag.363.col.2

Qui habet exceptionem temporalem habet etiam actionem non secus ac is qui habet exceptionem perpetuam tom.1,pag.450,col.1.& 2

Quænam exceptiones obligationem naturalem non perimant tom.1, pag.324,col.2

Exceptio temporalis non parit conditionem indebiti tom.1,pagin.325, col.2, neque exceptio dilatoria sed tantum peremptoria ibid.

Exceptio diuisionis & discussionis sunt dilatoriæ tantum tom.1,pag.325, col.1

Exceptio diuisionis & discussionis sunt ordinis non iuris tom.1,pag. 325,col.2

De exceptionibus litis ingressum impedientibus si statim opponantur & probentur quæ non sunt exceptiones litis finitæ tom.1,pag.109,col.2,& quando opponantur? ibid.& 110

Exceptiones altiorem indaginem requirentes, an pronunciatio differtur & in tempus litis contestatæ to.1,pag. 110,col.1

Exceptiones omnes rei cohærentes quæ reo competunt fideiussori quoq; competunt etiam inuito reo secus exceptiones quæ personæ cohærent tom.1,pagin.344,col.2

Exceptio perpetua in fauorem excipientis indicta æquitate naturali nititur, quæ verò in odium petentis æquitate ciuili tom.1,pag.403,col.2,& pag. 404,col.1

Inter exceptiones peremptorias,potentiores & fauorabiliores sunt quæ litis ingressum impediunt tom.1, pag. 192,col.2

Exceptiones nõ numeratæpecuniæ & pacti de non petendo sunt temporales tom.1 pagin.344,col.1

Exceptio non potest opponi per verba dubitatiua tom.1,pag 183,col.1

Doli & pacti exceptiones ipso iure insunt iudiciis bonæ fidei tom.1,pag. 82,col.2

Nulla iustior exceptio est quàm quę ex pacto conuento nascitur si modo pactum illud neque contra leges neque contra bonos mores interpositum sit tom.1,pag.80,col.2

In bonæ fidei iudiciis insunt exceptiones omnes etiam iurisiurandi,non minus quàm pacti & doli tom.1,pag. 109,col.1

In potestate actoris non est vt reo competentem exceptionem possit adimere tom.1,pag.520,col.1

Nihil interest quod ad rei effectum attinet an actio aliqua sublata sit ipso iure an tolli possit ope exceptionis tom.1,pag.666,col.2

Ex pacto de non petendo si in rem sit & sine vlla temporis præfinitione competit exceptio perpetua, secus si in personam aut temporale tom.1, pag.666,col.2

Qui habet exceptionem peremptoriam quæcunque & qualiscunque illa sit absolui debet non tantum ab obseruatione iudicij sed etiam à tota causa tom.1.pag.192,col.2

De exceptionibus excluiuis iuris agentis tom.1,pag.199,col.2

Exceptio non factæ discussionis est dilatoria, ideoque opponenda ante litem contestatam tom.1, pagin.94, col.1

Differentia inter exceptionem declinatoriam,dilatoriam, & peremptoriam tom.1.pa.94,col.1

Exceptiones viscerales omnium fauorabilissimæ tom.1,pag.385,col.2

Omnes exceptiones sunt ex iure prætorio,& æquitate naturali nituntur tom.1,pag.549,col.2

Neque mulier neque filiusfamilias exceptione Velleiani & Macedoniani iam nata & quæsita vti coguntur si nolint tom.1,pag.404,col.1

Nullus exceptioni doli neque alij locus esse potest vbi non est aliqua præcedens actio quàm exceptio possit excludere tom.1,pa.590,col.2

Differentia inter exceptionem temporalem & perpetuam tom. 1, pag. 421,col.1,& 2

Quænam exceptiones perpetuæ pariant soluti repetitionem, quænam nõ pariant tom.1,pag.200,col.1

Cur exceptiones doli & metus fuerunt introductæ? tom.1,pa.290,col.1

Qui exceptiones sibi competentes non opponunt eas remittere videntur solis militibus exceptis tom.2, pag. 131,col.1

Differentia inter exceptionem odiosam, & exceptionem in odium creditoris introductam tom.1, pag. 404, col.2

Exceptioni Macedoniani similis est exceptio præscriptionis tom.1,pa.405, col.1

Qui seipso iure liberatum potest contendere, etiam habet interdum exceptionem necessariam vt tutius possit dici liberatus tom.2,pagin.212, col.2,in fi.

Qui exceptionem habet perpetuam adhuc timere potest ne per errorem aut imprudentiam ea omittatur tom. 1,pag.450,col.2

Exceptionem habens perpetuam rectè condemnari potest si eam non opponat quia nec diuinare eam iudex potest,nec si sciat eam non oppositam supplere tom.1.pag.450.col.2

Bonæ fidei iudiciis doli exceptiones ipso iure insunt tom.1,pag,621, col.1

De duabus speciebus exceptionum quæ in executione rei iudicatæ opponi possunt & earum differentia tom. 2,pag 131,col.1

Exceptio non numeratæ pecuniæ post biennium extincta quænam exceptio competat debitori tom. 1, pag.326,col.2

Quis sit effectus exceptionis perpetuæ tom.2,pag.130,col.1.& 2

Nulla prodesse potest exceptio etiã quæ elidat

BIU Cujas

quæ elidat actionem ipso iure si non opponatur tom.2,pag.401,col.1

Iure exceptiones seruari potest quod iure actionis peti non potest tom.2, pag.363,col.2

Pendent exceptiones omnes ex æquitate iuris prætorij tom.1 pag.369, col.1

De variis exceptionibus quas prætor introduxit ex æquitate naturali to.1,pag.552,col.2, & de iis quæ ex iure ciuili competunt licet à Prætore dentur ibid.

Exceptio, actio.

Omnes exceptiones quia sunt ex æquitate insunt ipso iure bonæ fidei iudicis? tom.1,pag 323,col.1

Exceptio lis.

Exceptio transactionis impedit litis ingressum & progressum non minus quàm exceptio rei iudicatæ, & iurisiurandi quod in aliis exceptionibus peremptoriis secus est tom.1, pag.367, col.1

Exceptio indebitum.

Exceptio diuisionis & discussionis non faciunt quantitatem indebitam tom.1,pag.325,col.1

Per exceptionē doli quæ datur post extinctam non numeratæ pecuniæ exceptionem competit condictio indebiti tom.1,pag.326,in fin.& 327,col.1

Exceptio dolus.

Exceptio in factum eadem est effectu quæ exceptio doli cui subsidiaria est nec ab ea differt nisi honestate tom.2,pag.147,col.2

Exceptio iudicatum.

Exceptiones peremptoriæ quæ impugnant iudicatum non nisi per viam appellationis & in causa appellatoria proponi possunt tom.1, pag. 368, col.1,& 2

Exceptio remissio.

qui sciens prudensque remittit exceptionem sibi competentem donanti similis esse creditur tom.1,pa. 369,col.1

Exceptio constitutum.

Exceptiones ex æquitate naturali competentes,& indebiti condictionem pariunt, & constitutum impediunt to. 1.pag.552,col.2,& 553, col.1,& 2, secus exceptiones ex iure ciuili competentes ibid.

Exceptiones fauorabiles & æquitate naturali suffultæ quæ soluti repetitionem inducunt eædem impediunt constitutum tom.1,pag.553,col.1

Exceptio condictio.

Exceptio perpetua ita demum parit indebiti condictionem si in fauorem eius cui datur introducta sit,secus si nō in eius fauorem sed tantum in odium eius contra quem datur tom.1,pag. 403,col.1,& 2

Exceptio perpetua ita demum parit indebiti condictionem si æquitate naturali nitatur,secus si æquitate tantum ciuili tom.1,pag.403 col.2

Excipere.

quæ sunt ad agendum temporalia sunt perpetua ad excipiendum to.1, pag.118,in princ.

Exemplum.

Mala exempla à iure etiam humano reprobantur tom.2,pag.108,co.2

Exercitor.

Lex præpositionis ab exercitore factæ magistro præposito an & quomodo afficiat contrahentes tom.2,pa.8, col.1

Si modus præponendi ab exercitore nauis sit adhibitus an si excedatur, dominus obligetur? tom.2, pagin.8, col.1,& 2

Tenetur exercitor licet inter magistrum & contrahentem secum non cadat obligatio tom.2, pag. 21, col.1, & 2

Vnus ex exercitoribus cum magistro nauis contrahendo agere cum aliis exercitoribus potest tom.2, pa.21, col.1,& 2

Exercitor ex facto magistri nauis quē præposuit in solidum tenetur siue magister ille liber sit siue seruus & si seruus siue proprius siue alienus tom. 2,pag.3,col.1,& 2

qui cum magistro contraxit nauli præposito electionem habet an contra magistrum agere malit, an contra exercitorem sed ita vt vnius electionē alter liberetur tom.2,pa.10,col.1,& 2

qui magistro naui præposito credidit ad reficiendum nauim licet magister eam in suos vsus conuerterit habet tamen exercitoriam contra exercitorem to.2, pag.6,& 7

Sola voluntas non facit exercitorem paritque exercitoriam actionem sed præpositio magistri ex cuius facto & contractu datur in exercitorem actio tom.2,pag.12,col.1

Differentia inter institorē & exercitorem tom.2,pag.2,col.1,& 2

qua mente & ad quod exercitor magistrum præponat tom.2,pag.6,col.1

Fauorabilior est in quibusdam exercitoria actio quàm institoria propter vtilitatem publicam tom.2, pagin.4, col.2

Exercitore & magistro nauis simul obligatus in solidum solutio vnius alium liberat ipso iure tom.2,pagin.15, col.1,& 2

Si magister nauis etiam emendis vendendisque mercibus præpositus fuerit,exercitor ex eius mercibus obligatur tom.2,pag.3,col.1,& 2

Exercitor seruum alicuius naui præponētis &potest à domino serui si cum eo contraxit conueniri & potest dominum ipsum actione ex conducto conuenire tom. 2, pag. 20,col. 1,& 2

quis dicatur exercitor & quis exercitoria teneatur actione tom.2,pa.9, col.1.& 2,& pag.10,col.1 & 2

quis nauem exercere possit tom.2, pag.10,co.1,& 2

Lex præpositionis ab exercitore dicto magistro, nocet magistro præposito,non autem contrahentibus cum dicto magistro tom.2,pag 5, col.1,& 2

Omnia etiam secundi magistri à primo præpositi facta præstare debet exercitor qui primum magistrum præposuit salua ei per actionem ex locato, aut mandati repetitione aduersus primum magistrum qui contra quàm prohibitus erat, fecerit tom.2,pag.5, col.1,& 2

Fraude in preciis rerum emptarum à magistro naui præposito perpetrata exercitoris est damnum non creditoris tom.2,pag.7,col.1,& 2

Exercitor obligare.

Cur omnia facta magistri præstare debeat is qui magistrum in naui præposuit tom.2.pag.4,col.1. etiam ignorans non omne quod cum institore geritur,obligat eum qui præposuit,sed ita demum si eius rei gratia cui præpositus fuerit contractum sit tom 2,pag. 4,col.2

Exercitoria.

Actio exercitoria datur à prætore contrahentibus cum magistro præposito, sed non exercitori ipsi contra contrahentes tom.2, pag. 10,& 11, col.1

Etiam nauium fluuiatilium aut marinarum nomine exercitoria actio exerceri potest tom.2, pagin 5, col.1,& 2

quantum ad omnia ferē, perpaucis exceptis in actione exercitoria & institoria ius idem induxit Iustinianus t. 2,pag. 51,col.2

Plures nauis exercitores tenentur singuli in solidum actione exercitoria tom.2,pagin.15,col.1,& 2

Plures exercitores vnum ex exercitoribus magistrum præponentes actione exercitoria tenentur omnes in solidum to. 2,pag 17,col.1 & 2

Defuncto nauis magistro & eo qui voluntate domini nauem exercuit nihilominus tenetur exercitoria dominus tom.2.pag.18,col.2

Actio exercitoria æquè datur in solidum contra exercitoris partem vel dominum ex ipsius exercitoris contractu cui pater vel dominus voluntatem suam accommodauerit, atque contra ipsum patrem vel dominū ex eo quod cum magistro gestum est tom.2,pag.14,col.1,& 2

Magister nauis quomodolibet contrahendo exercitorem non obligat, sed eius rei tantum nomine cui ille fuit præpositus tom.2,pagin. 22,col 2

Actiones ab homine siue libero siue seruo acquisitæ nauem alienam exercendo, aut conductori actione ex conducto,aut mandatori actione mandati præstari debent tom.2,pag.20, col.2

Vnus ex exercitoribus aliorum voluntate nauem exercens eos obligat in solidum tom.2,pag.17,col.2

Filiusfamilias volente patre nauem exercendo patrem exercitoria in solidum obligat, nolente verò non nisi de peculio tom.2.pag.11,& 12,Idem iuris in seruo ibid.

Flliusfamilias aut seruus ab exercitore naui præpositus cum patre vel domino contrahendo exercitorem obligat, & exercitoria pater aut dominus licet serui communis eum conuenire potest tom.2, pagin. 19,& 20

Actio exercitoria cur à prætore comparata? tom.2.pag.1,col.1

Cur actio exercitoria sic dicta sit to. 2,pag.1,col.2

qua de causa detur actio exercitoria to.2,pag.6.col.1,& 2

Magistro nauis pecuniam mutuato ad vsum eius rei cui propositus exercitoria contra exercitorem potest exerceri secus si non ad vsum dictæ rei tom.2,pag.6,col.1,& 2

Seruo plurium nauem exercente, omnium voluntate ex eius contractu domini omnes in solidum exercitoria tenentur tom 2,pagin.17,& 18, col.1

Seruo communi vnius voluntate

BIU Cujas

nauem exercente ex eius contractu dominus ex cuius voluntate nauem exercet in solidum obligatur, alij verò non nisi de peculio tom.2; pag.18,col. 1.& 2

Actio exercitoria æquiparatur in plerisque actioni de peculio tom.2, pag.18.col.1

Pater vel dominus ex facto & contractu filijfamilias aut serui nauem exercentis, obligatur propter solum consensum, exercitoria, non autem institoria si filius aut servus licet ex patris consensu institoriam exerceat, si ab eo præpositus non sit tom.2,pa.12, col.1,& 2

Soler bona esse argumentatio ab exercitoria ad institoriam & è contra tom 2,pag.4,col.2

An ex contractu inito cum aliquo ex nautis danda sit exercitoria actio in exercitorem tom. 2, pagin. 3, col.1,& 2

Exercitoria seruus.

Seruo non voluntate domini nauem exercente qua actione dominus teneatur si sciuerit, qua si ignorauerit to.2,pag.21,col.1,& 2

Exercitoria institoria.

Illud commune est institoriæ actioni cum exercitoria quod neutra competit nisi pecunia credita sit in eam rem cui siue magister siue institor præpositus fuit nisi quod nulla etiam facta præpositione exercitoria locum habet si quis voluntate exercitoris nauem exerexerit tom.2,pag.25,col.1.& 2

Exhibere.

Differentia inter exhibere & ostendere tom.1,pag.653,col.1

Quid sit exhibere tom.1,pagin.653, col.1

Actio ad exhibendum datur omnibus quorum ex iusta & honesta causa interest quamuis non sint vindicaturi tom.1,pag.304.col.2, item datur contra eos qui fecerunt quominus exhibere possint ibid.

Instrumenti exhibitio petita & denegata magnam parit doli præsumptionem contra nolentem exhibere tom.1, pag.209,col.1

Exhibitio.

Cum de instrumentorum exhibitione agitur sufficit vt actor dicat & probet instrumentum sui iuris esse licet non etiam sui dominij tom. 1, pag. 209,col.2

Exigere.

Seruus à domini debitore pecuniam sine mandato exigens non fit debitor domini tom 2,pa.176,col.1, Idem in filio ibid.

Expensa dolus.

Quisquis vincit in principali, expensas quoque obtinere debet tom.1, pag.147,col.1,præsertim cùm vincit per oppositam doli exceptionem ibid.

Expulsio.

Expulsio fructuarij vsumfructum nõ extinguit, neqs cum proprietate consolidat tom.1,pag.355,col.2

Expressio.

Quamuis dici soleat expressionem eorum quæ tacitè insunt nihil operati,semper tamen tutius est id exprimere de quo alioquin dubitari posset an tacite ineſſet,vel ob hoc saltem ne cui dubitantis supersit occasio tom.1,pag. 607,col.2

Expressum.

Vis expressi non potest minui ex eo quod tacitè inest,nisi cùm expressa nocent non expressa non nocent tom.1, pag.607,col.2

Expressum facit cessare tacitum to. 1,pa.523.col 2

Semper in stipulationibus ac in cæteris contractibus sequimur id quod actum est de quo si non appareat tam sequimur id quod expressim dictum est tom.1,pag.522,col.1

Multa tacitè aguntur in negociis & contractibus quibuscunque tametsi non exprimantur, & quæ nec exprimi necesse est tom.1,pag.522,col 1

quando verum sit non expressa non nocere,quæ expressa noceant? tom.1, pagin.186,col.1

An expressi & taciti par sit virtus? tom.1,pag.9,col.1,& 2

Expressa nocent quæ non expressa non nocent tom.1,pa.286,col.1

Casus in quo maior est virtus expressi quam taciti tom.1,pag 52,col.2

Expromissio.

Expromissione fit nouatio tom.2, pag.175,col.2

Expromissor.

quis sit expromissor? tom.1,pa.261, col.1

Cum expromissor datur ab eo qui iam obligatus fuit expromissio facit nouationem tom.1,pag.662,col.2

Non fit expromissor nisi per stipulationem sicut nec fideiussor tom. 2,pag.175,col.2

quis sit expromissor, & quomodo differat à fideiussore? tom.1, pagin.94, col.2

quomodo differat expromissor à fideiussore,appromissore, & aliis omnibus intercessoribus tom.2,pag.260, col.1

Extensio.

Omnis extensio est odiosa præsertim in stipulationibus cæteriſque contractibus tom.1,pag.279, in fi.secus in vltimis voluntatibus propter identitatem rationis tom.1,pa.280,col.1

F

Facere.

FActum quoties aliquid est quod aliter fieri debuit quàm factum sit, ex integro faciendum est tom.1, pag. 181,col.1

Plerumque accidit vt quod quis per suam personam facere non potest,per interpositam facere possit tom.2,pag. 42,col.2

quod per aliũ quis facit per seipsum facere videtur quoties tale quid est quod mandari & per alium expediri possit tom.1,pag.669,col.1

Suspectiora siue quæ clam fiunt & per suppositam alterius personam to. 1,pagin.73,col.1

qui dare vel restituere rem aliquam iussus est præcisè cogi non debet de iure ad tradendam eam & restituendam,secus de iure Triboniani tom.1, pag.207,col.1

Benè fit quicquid bona fide fit to. 1,pag.173,col.1

In omnibus rebus non tam quid fiat quam qua mente fiat inspiciendum est tom.1,pag.548,col 1

quod quis per seipsum facere non potest nec alij permittere potest vt faciat tom.2,pag.133,col.2

In obligationibus faciendi generale est vt in iis succedat obligatio eius quod interest tom.1,pag.521,col.1

Nihil interest an quis per seipsum aliquid faciat an per alium to.2, pag. 311 col.1

quod fit quotidie licet reluctante aliquo modo iuris ratione facilè tamen permittitur & transit in ius commune propter vtilitatem publicam tom.1, pag 26,col.1

Facere,tempus.

Multo magis hodie faciendum est quod iam olim fieri oportuit to.1,pa. 250,col.1

Facilitas.

Sicut credulitas, ita & facilitas suã cuique imputanda est non alteri tom. 2,pag.173,col.2

Factum.

Siue in dando siue in faciendo versetur condemnatio factum semper aliquod in executione iudicati intervenire oportet tom.1,pag.207,col.1

De facto suo quisque promittere debet non de alieno to.1,pag.565,col.1

Facta pro infectis haberi non possunt tom.1,pag.196,col.1

Factum semper incertum est quousque probatum sit to.2,pa.427,col.2

Sicut facta pro infectis haberi non possunt: ita neque condici tom.1,pag. 307,col.2

De suo facto quemq; teneri æquum est etiam eum quem aliter teneri non oporteret tom 1,pag.677,col.1

Factum filij non est factum patris, nec factum serui factum domini to.1, pag.401,col.2

Fictio iuris non pertinet ad ea quę sunt facti tom.1,pag.92,col.2

Ad ea quæ sunt facti ius patriæ potestatis aut dominicæ non pertingit tom.1, pagin.397,col.1

Nemini permittendum est vt contra factum suum veniat ad suum commodum licet ex alio & nouo iure,& ex alterius persona tom.1,pag.376,col.1

quæ sunt facti filij,vel serui,non trãseunt ad patrem vel ad dominum to. 2, pag.157,col.1

Facta pro infectis haberi non possunt tom.1, pag.246,col.1

Pro facto haberi solet quod in eo est vt proximè fiat tom.1,pa.647,col.1

quod factum est pro infecto haberi non potest tom. 1,pa.107,col.1

quæ in facto consistunt ipso iure facta haberi non possunt to.2,pa.371,co.1

Ad factum nemo cogitur coactione præcisa secus causatiua & condicionali tom. 1,pag.189,col.1,& 2

Cur ea quæ sunt facti sunt incerta? tom 1,pag.18,col.1

quod naturaliter & per se fit,necessario fit, vt proinde iam pro facto ferè haberi debeat tom.1,pagin.684, col.1

quicquid in facto consistit per se incertum est tom.1,pag.451,col.1

Ad factum nemo præcisè cogi potest tom.1,pag.652,col.1

Potest quis contra factum proprium venire si illud à iure improbatum sit tom.1,pag 366,col 2

BIU Cujas

Nemo alienum factum impugnare potest ex quo ipse lucrum sentiat tom. 1,pag.697,col.2

Contra proprium factum venire non licet ne quidam ex aliorum persona cum veniat quis ad suum commodum tom.1,pag.175,col.2

Nemini permittendum est vt contra factum suum veniat simodo factum illud à iure non sit improbatum tom. 1,pag.441,col.1

Non est permittenda facti proprij impugnatio tom.1, pagin.366,col.1

Nihil refert an nihil fiat, an etiam de iure non fiat tom. 1, pagin.255, col.2

Multa facta tenent quæ fieri prohibentur tom.2,pa 49,col.1

Ad factum nemo præcisè compelli potest tom.1,pag.54,col.2

Quæ fiunt facti non transeunt à filio ad patrem,neque à seruo ad dominum tom.1,pa.482,col.1

Ideo factum cuique suum nocere debet non alteri ne alteri per alterum iniqua condicio inferatur to.1, pag. 630,col.2

Quod factum est pro infecto haberi non potest tom.1,pag.364,col.2

Resoluta res siue in ipsa conuentione siue post perinde habetur ac si facta nunquam fuisset tom.1,pag. 364,col.2

Factum actio.

Omnes actiones in quibus agitur ad factum non nisi ad id quod interest competunt tom.2,pag.396,col.2

Factum condictio.

Cur ad factum neque triticaria (quæ etiam ad res incertas datur) neque certi condictio detur tom.1.pag. 507,col.1

In contractibus qui sunt facti non datur locus condictioni sed datur actio de dolo ad id quod interest tom.1, pag.261,col.2

Factum hereditas.

Quæ sunt facti in hereditatem non transeunt tom.2,pag.379,col.2

Factum impedire.

In præiudicium eius per quem stat, ne quid fiat pro facto haberi debet tum quoq; cum faciendi condicio expressa est, quanto magis si non sit nisi tacita? tom.1,pag.291,col.2

Factum pœna.

Quod inhoneste factum est & contra leges pro infecto habendum est quantum ad commodum & vtilitatem facientis,non quãtum ad pœnam tom.1,pag.455,col.1

Falcidia.

In ponenda ratione legis Falcidiæ mortis tempus præcisè spectandum est & is rerum status qui mortis tempore inuenitur tom.2,pa.247,col.1,& 2

Per Falcidiam heres quartam totius hereditatis habet ante omnia iure testamenti & hereditario priusquam aliquid testatori legare permittatur tom. 1,pag.327,col.2,& pa 328

Quæ condicionis implendæ causa capiuntur in Falcidiam imputari non solent tom.2,pa 219,col.1

An aucta ex euentu hereditate Falcidia ex euentu etiam augeri possit tom 2,pag.245 & 246,col.2

Quod ex naturali debito hereditati postea solutum est nõ auget Falcidiam sed tantum patrimonium t.2,p.2 c.2

In Falcidiam omnia imputantur quæ iure hereditario capiuntur tom.2,pa. 246,col.2

Prohibitio testatoris aut conuentio heredis cum legatariis viuo testatore non valet vt non sit locus legi Falcidiæ quasi contraria iuri publico tom. 2,pag.357, col.2

De iure veteri portionis Falcidiæ vindicatio competit heredi non condictio secus de iure nouo tom.1,pag. 328,col.1

De iure veteri Falcidiæ detractio nõ poterat paciscendo remitti secus de iure nouo tom.1,pag.328,col.1

De iure veteri prohiberi Falcidiæ non potuit detractio à testatore secus de iure nouo tom.1,pa.328,col.1

Falsum est quod vulgo dicitur Falcidiam rescecare legata ipso iure quod ad dominium non quod ad obligationem tom.1,pag.328,col.1

In imponenda ratione legis Falcidiæ creditor debitori succedendo imputare legatariis potest quod sibi à defuncto debebatur tom.2.pag.333,co.1

In quantitate patrimonij exquirenda cum de legis Falcidiæ ratione quæritur mortis tempus spectari debet nõ testamenti, neque aditæ hereditatis tom.2,pagin.244,col.1,& 2

De iure nouo heres purè adeundo Falcidiam deducere non potest tom.1, pag.334,col 1

De iure nouo licet testatori Falcidiã legatorum prohibere to.1 pag.329,co.1

Quod pœnæ causa accessit,in legem Falcidiam non incidit tom.1,pag. 208, col.1,nec quod ex stultitia emptoris res aliqua pluris æstimata sit quàm reuera fuerit ibid.

Cur in singulis coheredibus sit locus Falcidiæ? tom.2,pag.208,col.2

Contra legem facit legatarius qui paciscitur cum herede ne Falcidiam ex legatis possit ille detrahere, cùm tamẽ lex Falcidia non cogat heredem Falcidiam detrahere tom.1,pa.316,col.1

Falcidia condict. indeb.

Qui sciens vel per errorem iuris non facti solida legata soluit vel totam hereditatem nulla detracta quarta restituit non repetit ibid. tom. 1, pag.328, col.2

Falcidia repetitio.

Differentia causæ derogandæ repetitionis in Falcidia legatorũ & in Falcidia fideicommissorum tom.1,pag.328, col.2,& pag.329, col.1,& 2,in fin.

Falsum.

Non in totum videtur falsum quod veritatis primordio adiuuatur tom.1, pag.326,col.1

Familia.

Iudicium familiæ erciscundæ bonæ fidei est, ideo præstationes omnes recipit quæ sunt ex bono & æquo to. 1,pag.398,col.2

Per iudicium familiæ erciscundæ potest vnus ex heredibus indemnitatis præstationem consequi non aurem solutionem æris alieni to. 2. pag.205, col 1,in fi.

In iudicium familiæ erciscundæ non veniunt nomina debitorum tom.2, pag..205,col 1

Cur iudicium familiæ erciscundæ non recipiat accessionem & decessionem tom.2, pagin 211,col 2

Iudicium familiæ erciscundæ quando locum habeat inter coheredes, & quo casu? tom.2.pag.204,in fin & 205

Fauor.

Quoties eadem æquitas in eiusdem personæ fauorem duplex auxilium induxit nihil vetat vtrique auxilio locũ esse,hactenus saltem vt hoc vel illo vti possit tom.1,pag.45,col.1

Fauorabile.

quod in fauorem alicuius introductum est in eius odium non debet retorqueri tom.1,pag.184,col.2

Fictio.

Idem operatur vsusfructus fictitius in casu ficto, quod verus in casu vero tom.1,pag.124,col.1,& 2

Factum fingi non potest quod reuera fieri nullo modo potest to.2 pag. 166,col.1, debent enim fictiones respõdere veritati ibid.

Iuris fictiones veritati respondere debent tom 1,pa 492,col.1

Fictiones iuris talis esse debent vt ius & naturam possint recipere tom.2. pag.423,col.2

Fideicommissarius.

Actiones in personam fideicommissarij sicut sunt vtiles ita & semper efficaces tom.1,pag.581,col.1

Heres partem bonorum aut etiam vniuersa bona delata ad fiscum dicens, si constet de fideicommisso petitor ei cauere debet tom 2.pag 270,col.2

Restituta ex S. C. Trebelliano hereditate quid transeat in fideicommissarium tom.2,pag.270,col.1,& 2

An & quibus casibus citra restitutionem hereditatis ab herede factam ex S.C.Trebelliano fideicommissario cõpetant actiones hereditariæ? tom.1, pag.20,col.2

Post restitutam hereditarem, ex S. C. Trebelliano omnes actiones quæ defuncto & in defunctum competebant & quæ ex lege 12. tabul.translatæ fuerant à defuncto in heredem transeunt ab herede in fideicommissarium siue ciuiles siue prætoriæ tom.1,pa. 20,col.2

Heres per restitutionem hereditatis transfert omnes actiones & omnia iura vtilia in fideicommissarium tom. 1, pag,581,col.1

Fideicommissum.

quando dies fideicommissi in diem certam relicti cedat & quando fideicommissi in diem incertam tom.1,pa. 406,col.1

Extincta domo per fideicommissum relicta quæ postea à testatore ædificata sit, an intercidat fideicommissum an verò subsistat to.1,pag.406,c.1

Fideicommissum neque olim neque hodie legis vim habet tom.1,pag. 431,col.1

Fideicommissa in testamento solenni relicta capiuntur ad exemplum legatorum to.1, pag.431,col.1

Si creditor à debitore suo fideicommissum reliquerit valet fideicommissum non quidem vt ipso iure debitor fideicommissario teneatur sed vt si conueniatur ab herede quomodo cõueniri summo iure potest tutus sit per doli exceptionem quæ exceptio vtile fideicommissum facit tom 1,pa 682,c.2

Fideicommissum à depositario & exemplo depositarij à quocunque debitore relinqui potest tom.2, pag.418 col.1

BIU Cujas

Fideicommissum traditio.

Fideicommissarius de iure veteri post traditionem rei per fideicommissum relictæ non fiebat dominus quiritarius, sed tantum bonitarius quasi nuda esset traditio quæ iustam & legitimam causam non haberet tom.1, pa.405,col.2

Dominia fideicommissorum iure veteri transire in fideicommissarium non poterant nisi per traditionem, eaque secuta tom.1, pag.405,col.2

Fideicommissum indebitum.

Inter quas personas donatio non valet solutio indebiti fideicommissi scienter facta valet tom.1, pag. 431, col.2

Fideiubere.

Non potest quis pro seipso fideiubere non magis quàm apud aliquem & pro eodem se obligare tom.1, pag. 157,col.1

Quisquis pro alio fideiubet donandi animo nullum aduersus eum habere potest regressum tom.2, pag.295, col.1

Fideiubendo nemo fit locupletior, imò ferè semper pauperior quisquis fideiubet tom.2,pag.69,col.1

Duo correi debendi non videntur vice mutua fideiubere nec si sint socij tom.2,pag.342,col.1, sed an intercedere? ibid.col.2

Fideiussio.

Pater pro filio fideiubens supra quã sit in peculio in solidum tenetur tom. 1.pag.347,col.1,& 2

Fideiussio peculium.

Si quis alius pro patre vel pro domino fideiubeat non potest ea fideiussio extendi vltra id quod consequi creditor possit actione de peculio tom.1, pag.347,col.2

Fideiussor.

Eadem non est obligatio & rei & fideiussoris tom. 1,pag.426,col.1,licet idem sit vtriusque debitum ibid.

Quisquis pro alio fideiussit si ex ea causa condemnatus sit, habet exinde mandati actionem, nec est expectandum vt soluere cogatur, vel ex iudicati causa in carceres detrudatur tom.2, pag.173,col 2

Obligationi inter patrem & filium non potest accedere fideiussor tom.1, pag.397,col.1

Ex iureiurando à pupillo præstito fideiussores liberantur, an autem per exceptionem cum ipso iure tom.1,pa. 204,col.1,& 2

Datio fideiussoris est difficilis sed nunquam impossibilis tom.1,pag.565, col.2,& 566,col.1

Prætoriæ obligationi potest accedere fideiussor, licet neque ciuilis sit neq; naturalis tom.2.pag.115.col.2

Fideiussor durius obligari non potest quàm principalis.potest tamen efficacius tom.1,pag.203.col.1

Pro seruo fideiussor accipi potest etiam postquam dominus de peculio conuentus est to.2,pa.248,& 249

Obligatio fideiussoria non potest subsistere sine principali tom.2.pag. 147,col 2

Obligationi naturali potest accedere fideiussor tom.1,pag 327,col.2

Fideiussor simpliciter acceptus licet habeat beneficium diuisionis, & discussionis, solutum tamen ante discussionem repetere non potest tom.1,pa. 93,col.2

An fideiussor obligationi naturali tantum accedere possit tom.1,pa.348, col.1

Fideiussor accipi non potest nisi aliqua vel præcedat vel subsequatur aut ciuilis,aut honoraria, aut saltem naturalis obligatio tom.2,pa.248,col.1

Actioni & obligationi futuræ fideiussor accedere potest tom.2, pag. 243 col.2

Obligatio fideiussoris potest in pendenti esse tom.2,pag.243.col.2

Fideiussor potest creditori compensare quod creditor principale debitori non etiam ipsi fideiussori debet tom. 2,pa.359,& 360

Fideiussor iudicatum solui ad quid teneatur si iuratum sit in litem? tom.1, pag.208,col.1,& 2

Obligatio fideiussoris qui non nisi certæ quantitatis nomine interuenit ex post facto augeri nunquam potest tom.1,pag.208 col.2

An fideiussor si in causa criminali interuenerit de iudicati soluẽdo & statutum dicat quod propter contumaciam vel negationem pœna augeatur, ad illam quoq; pœnam teneatur tom. 1,pag.208,col.2

Fideiussor qui debitorem in iudicio exhibere promiserat iurans se exhibitionẽm non promisisse non prodest debitori to.1,pag.158,col.1,& 2

Fideiussor iudicio sisti post sententiam non tenetur tom.1,pagin 208, col.1

Differentia inter mandatorem & fideiussorem tom.1 pag.412,col 1

Fideiussoris datio non semper est in expedito tom.2, pag.69,col.1

Fideiussor accipi potest vtiliter & efficaciter si naturalis aliqua subsit obligatio quamuis alioquin ad agendum inefficax tom.2,pag.135,col.1

Fideiussor conueniri nunquam potest antequam reus debeat tom.2, pag.379,col.2

Fideiussor iudicatum solui non statim & rectè conueniri potest ex sententia contra reum principalem reddita sed opus est nouo processu contra fideiussorem tom.1 pag.163.col.2,& ratio,secus fideiussor iudicio sisti ibid.

Cùm reus fideiussori heres extitit obligatio fideiussoria confunditur quia non potest idem pro seipso apud eundem esse obligatus tom.1,pag 389,col.1

Fideiussor simpliciter acceptus in omnem causam acceptus intelligitur tom.1,pag 659,col.2

Differentia inter fideiussorem simpliciter & fideiussorem indemnitatis tom.1, pagin.93,col.2

Pro fideiussore non est habendus is ex correis ad quem pecunia peruenit tom.1,pagin.618.col.2

Creditore qui de mutua pecunia contra pupillum contendebat iusiurandum deferente, pupillus iurans se dare non oportere,si eadem pecunia à fideiussore eius petatur, an excludendus sit exceptione iurisiurandi tom.1, pag.202,col.1,& 2.& pag.204, col.1,& 2

Non semper exceptiones quæ competunt reo, competunt etiam fideiussori tom.2,pag.147,col.1

Cur fideiussor ad pœnam rei id est ad interesse actoris ob morã rei ratione vtilitatis loci non teneatur t.1.p.545,c.2.

Exceptiones omnes & defensiones reo competentes si modo non meré personales sint sed in rem competunt etiam fideiussori tom.2,pag.359,col.1

Fideiussor qui simpliciter interuenit pro aliquo in omnem causam fideiussisse videtur tom.1.pag.158,co 1

Fideiussor iudicio sisti prima exhibitione satisfacit nisi sæpius exhibere promiserit to.1,pag.158,col.1

Fideiussor non potest cauere ne actione arbitraria de eo quod certo loco conueniatur tom.1,pagin.539, col.2

Fideiussio filij pro patre, vtilis est & cum effectu tom.2,pag.293,col.1

Fideiussor etiamsi in omnem causam contractus spoponderit non tenetur ad pœnam vel mulctam quam non spopondit tom.1,pag.545, col.2,sicuti nec propter iniuriam iudicis.

Fideiussor non censetur obligatus in iis quę sunt extra causam obligationis,& ex extrinseca causa proficiscuntur to.1,pag.540,col.2

Iustinianus non prohibuit ne possit fideiussor prius soluere si liberare se citius velit,sed ne possit prior conueniri & cogi ad solutionem tom.1,pag.361, col.2

Fideiussor potest compensare debitori & quod reo & quod sibi debetur, secus reus ipse tom.2, pa.360,col 1, & 2,& 361

Fideiussor rei locum obtinet tom.1, pag.539.col.2

In omnem contractus causam accipi solet & in dubio accipi credendus est & fideiussor tom.1,pag.540,col.1,& 2, pag 541 col 1

Fideiussoris obligatio strictissima est cum ex stipulatione contrahatur tom.1, pag 539 col.1

Fideiussor in aliam aut duriorem causam accipi non potest, in leuiorem tamen potest tom.1,pag.539.col.1

Sublata obligatione principali tollitur accessoria fideiussoris tom.1,pag. 157.col.1

Non magis interest fideiussoris quã ipsius debitoris fideiussorem liberari tom.1,pag 157,col.1

Pro debitore cui deportatio irrogata sit fideiussor accipi non potest,quasi contra debitorem tota obligatio extincta sit tom.1,pag.563,col.2

Fideiussor neque sine stipulatione obligatur, neque pro seipso neque absens, neq; ita vt aliud pro alio promittat quæ omnia in constitutore sunt diuersa to 1,pag 546,col.2

In potestate quoq; fideiussoris qui se per stipulationem obligauit esse non debet an debeat tom.1,pag.539, col.1

Quo casu officium fideiussoris & damnosum est tom.1.pag.412,col.2

Officium fideiussoris ei damnosum esse non debet quoties ei nihil imputari potest tom.1,pag.412,col.2

Fideiussoris exceptione iurisiurandi tutus ad iudicem tamen euocari potest non quasi iterum litigaturus sed tanquam iurisiurandi sui causam etiã siue iureiurando declaraturus tom.1, pag.159,col.1

Fideiussor in causa etiam inter alios agitata potest euocari ad iudicem vt præstitum iusiurandum declarat tom. 1,pag.159.col.1

Cur fideiussor simpliciter acceptus in omnem causam acceptus non intelligatur tom.1,pag.667,col.2

Fideiussor qui ex stipulatione tantum obligari potest in plus obligari non potest quàm verbis ipsis stipulationis

BIU Cujas

stipulationis obligari se velle significauerit to.1,pag.607,col.2

Fideiussor pactum.

Pactum fideiussoris reo prodesse non potest tom.1,pag.388,col.2

Fideiussor pignus.

Fideiussor in omnem causam datus remanet obligatus per consumptionem nummorum qui ab initio non erant alienati tom.1, pag.87,col.2,idem de pignore ibid.

Fideiussor exceptio.

Exceptio Macedoniani non competit fideiussoribus filijfamilias qui regressum contra filium habituri non sunt, secus exceptio Velleiani & ratio diuersitatis tom.2,pag. 129,col. 1,& 2

Fideiussor repetitio.

Si mulier aliqua pro alia muliere dotem promiserit siue per fideiussionem siue alio quouis modo soluram repetere potest actione mandati vel negotiorum gestorum vt quilibet alius fideiussor tom.1,pag.389,col.2,& 390,col.1

Fideiussor mutuum.

Mortuo filiofamilias qui mutuum accepit dum erat in potestate pro illa obligatione non potest accipi fideiussor to.2,pag.135,col.1,& 2

Fideiussor mora.

Fideiussor per arbitrariam condemnari potest ex mora sua, secus ex mora rei nisi in hanc quoque causam fideiusserit tom.1,pag.541,col.2

Fideiussor cessio.

Superuacua est actionum cessio quæ fit à creditori primo fideiussori, conuento nisi quantum ad hypothecariam actionem & aduersus confideiussores contra quos alioqui nullam haberet actionem tom,1,pagin.622, col.2

Fideiussor solutio.

Fideiussor mandatum speciale à debitore habere intelligitur vt creditori soluat, nisi ex post facto causa aliqua interuenerit propter quam eiusmodi mandatum reuocatum videri debeat tom.1,pag. 411,col.1

Fides.

Bona fides quæ in contractibus bonæ fidei exigitur nihil fere nisi æquitatem significat oppositam stricto iuri, quæ verò in contractibus strictis tantum opponitur dolo & malæ fidei to. 2,pag.423 col.2

Nemo bonam fidem agnoscere prohiberur cùm scit se debere tom 1,pa. 1,col 2

Bona fides tantum præstare debet quantum veritas vbi lex impedimento non est tom.1,pag 375 col 2

Bona fides possidenti tantum præstat quantum veritas vbi lex non est impedimento tom. ,pa.89.col.2

Bona fides tantum præstat possidenti quantum veritas vbi lex impedimento non est tom.2,pag.141,col.1

Bona fides non requiritur ad longi temporis præscriptionem ex parte accipientis indebitam, sed tantum ex parte soluentis to.1,pag.353,col.2,& 354, col.1

Bona fides non potest cuiquam dominium rei suæ siue facto suo eripere tom.1,pag.86,col.2

Quisquis fidem frangit,non semper fit infamis tom.1,pag.696.col.2

Deteroris est condicionis creditor bonæ fidei,quam possessor bonæ fidei tom.1,pag 694,col 1

Bona fides in omnibus maximè bonæ fidei iudiciis dominatur tom.1,p. 703,col.2

Ex bona fide factum videri non potest,quod turpiter& contra bonos mores factum est, contráque verecundiam & publicam honestatem tom.1,pag. 704,col.2,in fi.

Bona fides sola non est legitimus modus transferendi dominij, nec si traditio concurrat tom.1,pag. 58, col. 1,in fin.

Fides liberatio.

Bonæ fidei ratio prodest ad liberandum debitorem etiamsi non vero creditori soluerit tom.2,pag.388,col.1

Filia.

Filiusfamilias filiam suam nuptui collocare non potest quin pater consentiat qui habet eam in potestate tom 2,pa.292,col.1

Filiam pro infirmitate sexus minus ausuram credibile est tom.2,pag.128, col.1

Filius.

Patris mores filius reprehendere nõ debet, opinionem verò in iure potest tom.1,pag.257,col.1

Cur exceptio doli filio contra patrem non concedatur tom. 2,pag.147, col.1

An ex contractu filij pater conueniri possit si peculium filio aduenit tom 2,pag.232 col.1.& 2

Fideiussor fil j erga patrem obligati si patri soluat condicere ab ipso patre potest tom.2,pag.147,col.2

Filius habet personam integram & acquisitionis capacem patre nolente sibi acquiri tom 2,pa.227,col.1

Aliter filij aliter nepotes appellantur tom 2,pag.133,col.1

Filius seruus.

In rebus peculiaribus filius & seruus deteriorem patris & domini condicionem facere possunt, secus in aliis tom.1,pag.152,in princ.

Filiusfamilias.

Filiusfamilias ex omnibus causis obligare sibi potest & obligari cùm habeat personam integram & caput in ciuitate tom.1, pagin.560,col.1

Filiusfamilias est capax acquisitionis etiam inspecto iure Pandectarum nolente patre sibi acquiri tom.1, pag.561,col 1, secus volente patre sibi acquiri ibid.

Si filiofamilias quoquomodo constitutum sit acquiritur actio patri eaq; directa non vtilis tom 1, pag.560,col. 1,& 2.& 561

Non debet esse deterior condicio filijfamilias ob id quod filius familias sit cum sit & heres tom.1, pag.376, col 1

Filiusfamilias non contra S. C. Macedonianum contrahendo patrem obligat de peculio to 2,pag.135,c.1,& 2

Relictum filiofamilias in casum emancipationis etiam ad alios casus quibus filius desinit esse in potestate patris excusetur relictum tom.2,pag. 267, col.1

Filiusfamilias qui contraxit eo tempore quo erat in patris potestate licet postea fiat sui iuris quoquo modo non tamen in solidum condemnari potest sed in tantum duntaxat in quantum facere potest,secus si mutuam acceperit pecuniam,quia insolidum condemnatur tom.2,pag.114 col 1,& 2

Filiusfamilias pubes vel seruus peculium habens obligat contrahendo & patrem & dominum quatenus est in peculio licet peculium nullatenus factum sit locupletius tom.2, pag. 140, col.1

Filius familias qui pro patre soluit neque mandati neque negotiorum gestorum actionem habere potest contra patrem neque de in rem verso, sed habet auxilium præceptionis, & deductionis in accipiendo cum fratribus iudicio familiæ erciscundæ tom. 2,pag 294,col.2

An filiusfamilias in peculio Castrensi vel quasi pro patrefamilias habeatur? tom.2,pag.110,col.1,& 2

Filiusfamilias peculia diuersi generis habens mutuam pecuniam accipiendo in causam castrensis peculij eã accepisse intelligitur tom.2, pag.110, col.2

Filiusfamilias mutuam pecuniam etiam contra S C. Macedonianum accipiendo,& naturaliter obligatur & ciuiliter licet non efficaciter vt possit cũ effectu conueniri tom 2 pag.1,5,col.1

Nulla actio de peculio contra patrem competit ex eo contractu quem filius contra Macedonianum inierit to.2,pag.135,col 1

Filiusfamilias non potest heredem habere ne quidem patrem extra causam castrensis peculij si de eo filiusfamilias testatus sit tom.2,pag.121,col.1

An & quomodo filiusfamilias qui contra Macedonianum mutuã accepit pecuniam transmittat exceptionem S. C.Macedoniani ad heredem, aut successorem quemlibet etiam honorariũ tom.2,pag.121,& 122

Filiusfamilias qui viuo patre obligatus, adeoque condemnatus est, si post mortem patris ex ea obligatione vel condemnatione vrgeatur non tenetur nisi in quantum facere potest tom.2,pag.210,col 1, tenetur autem in solidum si sit heres patris etiamsi ex parte tantum ibid.

Quod filiusfamilias consequitur à coheredibus pro solutione facta post mortem patris, solidi debiti quod ipse contraxerat, non ex persona propria consequi id non potest, sed virtute mandatorum à creditore actione to. 2 pag.211,col.1

Filiofamilias ex parte instituto solidum debitum quod viuente patre contraxerat soluenti creditor cedere debet actionem vt ab aliis coheredibus indemnitatem consequatur tom. 2 pag 210,col.2

Filiusfamilias ex multis causis etiam extra peculium castrense vel quasi fuit capax acquisitionis tom.2, pagin.158, col.1 & 2

Filiusfamilias totius patrimonij paterni quodammodo dominus est iam viuo adhuc patre to 2,pa.158,col.1,in fi.

Filiusfamilias post emancipationem alius quodammodo homo videtur tom 2,pag.98 col.1

Cur & quibus casibus filiusfamilias in potestate patris constitutus sine eius iussu contrahendo, siue

BIU Cujas

sine eius iussu tantum teneatur in quantum facere possit tom.2,pag.98, col 1.& 2

Filiusfamilias licet in solidum pro debito condemnari possit ex condemnatione tamen vrgeri non potest nisi post mortem patris nec tum quóque nisi in quantum facere potest tom. 2,pa.147 col 2

Propter mendacium aut dolum filiusfamilias priuatur beneficio prætoris vt non teneatur supra quàm facere possit tom.2,pag.104,col.1.& 2

Filiusfamilias qui cum se pro patre familias fingeret mutuam pecuniam accepit, & exheres à patre vel emancipatus est quamuis facere non possit debet tamen insolidum condemnari tom.2,pag.105.col.1.& 2

Abstentio non facit quin filiusfamilias fiat pater familias per mortem patris familias tom 1, pagin 398, col.1

Non potest filiusfamilias proprium quicquam habere à patre nec si pater donet tom.2,pag.158,col 1,& 2

Filiusfamilias & seruus liberam peculij administrationem habent, & solutionem ritè rectéque accipere possunt & nouandæ obligationis ius habent tom. 1,pag.150 co.1.& 2

In quo differant & in quo conueniant filiusfamilias & seruus? tom.1, pag.150,col.1,& 2

Filiusfamilias cur per adoptionem desinat esse in potestate patris naturalis to.2,pag.98,in fi.& 99

Cur edictum prætoris in fauorem filiorumfamilias introductum ne supra quam facere possint conueniantur, si se abstineant hereditate patris etiam pertineat, & extendatur ad filium qui in minima parte fuit institutus tom.2, pag 99,col.1.& 2.& 100,col 1.& 2

Beneficium prætoris introductum in fauorem filiufamilias emancipati vel exheredati vel abstẽti cum supraquàm facere possit ex suo contractu conueniatur,non competit filio exheredato cui restituta est hereditas ex S.C.Trebelliano tom.2,pa 103,col 1,& 2,secus si ipse eam restituere teneatur pagin. 104 col.1,& 2

Ex contractu filijfamilias in patris potestate constituti potest tam filius insolidum conueniri quàm pater de peculio tom 2,pag.394,& 395

Filiusfamilias ex omnibus causis obligatur ex quibus paterfamilias obligari posset nisi ex voto & mutuo tom. 2,pa.395,col.1

An filiofamilias contra S. C.Macedonianum mutuatam pecuniam soluente, pater possit nummos vindicare vel condicere si non extent & an condictio competat patri an filio tom.1, pag.38,39,col.1,& 2,& pag.39,& 40

Non potest iudicium consistere cũ filiofamilias sine patris authoritate tom.1,pag.599, col.1, & quo casu hoc verum sit col.2

Non est necessaria patris authoritas vt filiusfamilias commodatarius à commodante possit conueniri tom.1,pag. 599,col.1,& 2, & hoc de iure veteri secus de iure nouo & quomodo ibid.

Filiusfamilius ex aut egesto tenetur tantum in quantum facere potest licet antea in solidum teneretur to.2, pag.143,col.2, factus scilicet paterfamilias, si modo patri heres non existat, secus si existat ibid.

Filiusfamilias qui mandante aut saltem permittente patre mutuam pecuniam accepit si à patre postea non nisi ex minima parte hereditaria heres institutus sit quomodo possit à creditoribus & in quantum conueniri tom.2.pag.105,col.1

In actione quæ cum filio emancipato,vel exheredato vel abstentò exercetur in quantum facere possit quomodo detrahendum sit æs alienum tom.2,pag.99 col.1.& 2

Nullam capitis diminutionem patitur filiusfamilias exheredatus aut qui se patris hereditate abstinuit sed tantum qui emancipatur tom.2,pag.99, in fin.

Filius in magna portione hereditatis institutus,an & quomodo insolidũ debeat conueniri ex contractibus celebratis dum in patris potestate esset? tom.2,pag.100,col.1,& 2

Ex omnibus causis obligatur filiusfamilias, & conueniri potest præterquam ex mutuo tom 1, pagin. 547, col 2

Filiusfamilias qui patremfamilias se mentitus est licet exheredatus vel emancipatus sit in solidum, tamen ex suis contractibus conuenitur tom.2, pag.100,co.1,& 2

Filiusfamilias emancipatus, vel exheredatus vel abstentus licet ex suis contractibus teneatur solùm in quantum facere potest, tamen ex delictis in solidum conuenitur tom.2,pag.100, & 101

Etiam vetere Pandectarum iure filiusfamilias acquisitionis capax erat nolente patre aut non valente sibi acquirere tom.1,pag.730,col.1

Quas actiones filiusfamilias suo nomine habere possit? tom.1,pag. 44,col. 1,& 2,in fin.& pag.45

In actione, quæ contra filium emancipatum, vel exheredatum vel abstentum in contractum dum in patris potestate esset celebratum competit, an & quomodo temporis ratio habeatur? tom.2,pagin.101, col.1, & 2,& seq.

Quas actiones filiusfamilias nomine suo possit instituere quas patris nomine? tom.2,pagin.413,col.2

Filiusfamilias ex omnibus causis siue ex contractibus siue ex delictis conueniri & condemnari potest tom.1,pa. 461,col.1

Differentia inter filiumfamilias & seruum to.1, pag.461,co.1,& 2

Beneficium prætoris introductum in fauorem filijfamilias ne supra quã facere possit ex suo contractu teneatur non tantum habet locum contra actionem contractus, sed etiam contra actionem iudicati tom.2, pag.102, col.1,& 2.in fin.

Contra filiumfamilias executio iudicati nulla potest fieri quandiu est in patris potestate tom.2, pagin. 193, col.2

Cur prætor qui introduxit ne filiusfamilias ex suo contractu conueniatur nisi in quantum facere possit ab initio non prospexit, vt quoquomodo contrahens viuo patre non nisi in quantum facere poterit obligaretur? tom.2. pag. 103, col.2

Filiusfamilias viuo iam patre bonorum omnium paternorum dominus esse quodammodo existimatur,vnde & sui heredis nomen accepit to.2,pag. 103.col.2

Exceptio doli quæ filio contra patrem non competit, potest dare fideiussori filij tom.2, pagin. 147,col.1, & 2

Filiusfamilias à patre nulla potest actione conueniri tom.2, pag.147, col.1

An filiusfamilias contra SC. mutuatus eo nomine solutum patri suo heres effectus repetere possit? tom.1, pag.39,col.2

Pecunia filiofamilias' credita si in rem patris versa est vel peculium sit locuples si à filio ex parte herede instituto sit soluta, potest ab eo peti ab aliis coheredibus pro indemnitate,licet nihil versum sit in rem patris tom.2, pa.211,col.1,& 2

Filiusfamilius ex omnibus causis & obligari & conueniri potest tom. 2, pag.107, col 1, cum habeat personam integram nec minus sit ciuis quàm si paterfamilias esset ibid. excepta causa mutui ibid. ex qua inutiliter conuenitur tom.2,pag.108 col.1, Item excepto voto pag.111.col.1

An in filiofamilias promissore cui iam patrifamilias facto pecunia numerata est S. C. Macedoniano locus esse possit tom. 2, pag.113, col. 1.& 2

Filiusfamilias ante patrem moriens nullam creditoribus spem relinquit debiri consequendi nec si viuo patre conuentus & condemnatus sit tom 2, pag.107,col.2

Filijfamilias nomen per se id est sine patre aut sine fideiussore, neque certum neque bonum est tom.2 pag. 111,col.2

Filiusfamilias condemnatus non potest vrgeri ad solutionem solidi nec viuo patre nec eo mortuo, sed hactenus tantum quatenus facere potest tom.2 pag.139,col.1

Filiusfamilias filium suum in potestate habere non potest tom. 2, pag. 133.col.2

Filiusfamilias de castrensi peculio testari potest tom.2.pag.100,col.2

Non omnis pecuniæ creditæ numeratio interdicta est filiofamilias tom. 2,pag.113.col.1

Filiusfamilias videtur licitè nec aduersus S. C. Macedonianum mutuam pecuniam accipere qui ex patris voluntate ac etiam nuda scientia accepit tom.2,pag.131.col.1

Filiusfamilias, mutuo acceptæ pecuniæ partem factus paterfamilias soluens, repetere non potest, nec in pecunia debita locum habet S. C. Macedonianum to.2,pag.125.& 126

Filiusfamilias etiam viuo adhuc patre iam heres & dominus rerum paternarum esse intelligitur tom.1.pag.376, col.1

Filiusfamilias nulla in ciuitate bona habet tom.2, pa.13,col.1

Filiusfamilias moriens relinquit patrem non heredem iure Pandectarum inspecto sed quasi anomalum & irreguiarem successorem tom.2, pag. 135, col.1

Filiusfamilias ex sua fideiussione obligatur nisi ea in fraudem Macedoniani inuenta sit tom.2, pagin.115, col.1 & 2

Filiusfamilias non potest ob mutuo acceptam pecuniam supra peculium Castrense conueniri tom.2,pagin. 110,col.1

Filiusfamilias peculium.

Filiusfamilias ex parte heres qui cum cre-

BIU Cujas

cùm creditoribus antea contraxerit licet in solidum conueniri possea possit potest tamen à coheredibus indemnitatem consequi pro ea peculij quantitate quam habent tom. 2, pag. 210, col. 2

Filiusfamilias impubes.

Filiusfamilias impubes obligari non potest ciuiliter in solidum, sed naturaliter tantum, nisi quatenus locupletior factus est quo casu ex rescripto D. Pij eatenus conueniri potest quatenus factus est locupletior tom. 2, pag. 139, col. 1

Fiscus.

Fiscus succedens non alia bona occupare potest quàm quæ soluēdo sunt, & quæ supersunt deducto ære alieno tom. 2, pag. 267, col. 2

Fiscus est anomalus quidam successor tom. 2, p. 268, col. 2

Fiscus actione personali tanquam heres nunquam obstringitur tom. 2, pag. 268, col. 2

Fiscus habet multa priuilegia to. 2. pag. 366, col. 1

In dubio pro priuato contra fiscum respondens non errat tom. 2, pag. 366, col. 1

Fiscus, hasta.

Fides hastæ fiscalis conuelli facile non debet nisi dolo & mala fide publica venditio facta sit tom. 1, pag. 527, col. 1

Flumen.

Quæ vi fluminum importata sunt qua ratione vindicari, qua ratione condici, & qua condictione possint? tom. 1, pag. 12, & pag. 13

Fœmina.

Etiam fœminarum ingenia aliquo negotiorum & officiorum commercio sunt exercenda, ne si nimio torpeant ocio propensiora fiant in libidinem prauasque cogitationes tom. 2, pag. 139, col. 1

Fœminis etiã permittitur agere pro coniunctis personis, sine mandato, puta pro marito, vel patre, vel filio tom. 2, pag. 323, col. 2, sed non eas defendere ibidem

Fœminæ non habent liberos in sua potestate tom. 2, pag. 143, col 2, in fin.

Fœnerator.

Fœnerator odio dignus est, quia ex pecunia quæ sterilis res est fructum captat tom. 2, pag. 12, col. 1

Forma.

Forma illa est quæ dat esse rei, & ex qua res denominatur tom. 1, pag. 493, col. 1

Forma dat esse rei, & mutata propè interimit substantiam rei tom. 1, pag. 686, col. 1

Forum.

An quis per quasi contractum sortiri forum possit tom. 1, p. 383, col. 2

Fraudare.

De edicto fraudatorio tom. 2, pag. 298, col. 2. cur introductum? ibid. de eius effectu tom. 2, pag. 299 col. 2

Fraus.

Donatio inter coniuges, sicut & remissio Falcidiæ facta in fraudem creditorum potest per creditores reuocari interdicto reuocatorio vel actione Pauliana tom. 1, pag 329, col. 1

Incertitudo dubij euentus omnem fraudis suspicionem amouet tom. 1, pag. 530, col. 1

Fraus, dolus.

Fraudem alleganti incumbit onus probandi nisi cum fraudis præsumptio à iure ipso inducitur ex omissione solemnitatum quas pro certa forma lex aliqua vel statutum præscripserit tom. 2, pag. 115, col. 1

Fructuarius.

Fructuarius in plerisque censetur veluti procurator proprietarij tom. 2, pag. 181, col. 1

Fructuarij habent dominium vsusfructus, ideóque & vindicationem eius habent tom. 2, pag. 183, col. 1, circa finem

Fructuarius, peculium.

Fructuarius vnus non potest ex peculio deducere quod alij fructuario debetur tom. 2. pag. 183, col. 2

Fructus.

Fructus veniunt in restitutionem deducta impensa necessaria quæ est ad ad eos percipiendos tom. 1, pag. 352, col. 2

In bonæ fidei iudiciis fructus omnes & naturales & ciuiles debentur ex die moræ tom. 1, pag 65, col. 2

In legatis & fideicommissis petitis per actionem ex testamento fructus omnes & naturales & ciuiles debentur ex die moræ tom. 1. pag. 65, col. 2

Bonæ fidei possessor quilibet facit fructus suos sola perceptione interim, id est quandiu fundus euictus non est tom. 1. pag. 352, col. 1, & pag. 472, col. 2

Euicto fundo fructus adhuc extantes si vsucapti non sint, veniunt in restitutionem officio iudicis tom. 1, pag. 352, col. 1, & pag. 472, col. 2

Bonæ fidei possessor quilibet in percipiendis fructibus velut domini loco est to. 1, pag. 352, col. 1

Plus iuris habet bonæ fidei possessor in percipiēdis fructibus quàm fructuarius to 1, pag. 352, col. 1

An bonæ fidei possessor vsucapere fructus possit tom. 1, pag. 352, col. 1

An fructus bona fide percepti veniãt in condictionem indebiti simul cum ipso fundo tom. 2, pag. 352, col. 1, & 2, & pag. 472 col. 1, & 2

Fructus rei est vel pignori dare licere tom. 1, pag. 711, col. 1

Fructus & partus rei indebitæ veniũt non officio iudicis sed iure actionis tom. 1. pag. 437, col. 1

Fructibus officio iudicis debitis non veniunt nisi qui post litem contestatã & acceptum iudicem percepti sunt tom. 1, pag. 437, col. 1

Fructus nunquam intelliguntur nisi deductis expensis ad eos colligendos necessariis etiam in prædone tom 1, pag. 437, col. 2

In omnibus condictionibus fructus non veniunt nisi qui post acceptum iudicium percepti sunt idque ex æquitate tom. 1, pag. 472, col. 1, excepta condictione furtiua ibid.

Fructus differunt ab æstimatione quanti plurimi tom. 1, pag. 472, col. 2

Fructus siue principaliter, siue accessoriè debeantur aliud quiddam sunt à re ipsa separatum tom. 1, pag. 472, col. 2

Quomodo in condictione furtiua fructus veniant tom. 2. pag. 472, col. 1, & 2

Consumpti fructus ex quibus solutum est creditori quamuis non extent etiam à bonæ fidei possessore aut creditore restituendi sunt tom. 1, pag. 695, col. 1

Fructus consumpti ex quibus solutum est creditori etiam à bonæ fidei possessore restituũtur non iu licio vindicationis, sed officio iudicis ex quo à bonæ fidei possessore fructus percepti præstantur tom. 1, pag. 695, col. 2

Fructus nõ veniũt in actionibus stricti iuris nisi die litis contestatæ, neque in arbitrariis ante litem contestatam, nec in bonæ fidei iudiciis nisi ex die moræ, sicut & vsura tom. 1, pag. 351, col. 1

Fructus hereditarij non sunt hereditatis, sed rerum hereditariarum tom. 1, pag. 126, col. 1

Cur fructus veniant in restitutionem etiam post litem contestatam tom. 1, pag. 290 col. 1, & in quibus actionibus ibid.

Fructus omnes in condictionem indebiti eatenus veniunt quatenus possessor factus est ex iis locupletiot t. 1, p. 352, col. 2

An fructus à creditore pignoratitio perceptos ex pignore debitor condicere an vindicare possit? tom. 1, pag. 12, col. 1, & 2, quando eos vindicare? quando condicere? & qua condictione? siue extent, siue sint consumpti ibid.

Partus non est in fructu tom. 1, pag. 123, col. 2

Fructus percipiuntur & requiruntur iure soli & dominij tom. 1, pag. 123, col. 2, non seminis pag. 124, col. 1, ideoque cui debetur fundus, debentur & fructus ibid.

Fructus à colono post lustrum completum percepti an possint vindicari, an condici? & quomodo? tom. 1, pag, 12, col. 2

Non videtur res restitui si fructus omnes non restituantur tom. 1, pag. 64 col. 2

Differentia inter fructus ciuiles & fructus naturales ratione acquisitionis tom. 1. pag. 421, col. 2

Ex condemnatione fructuum restituendorum qui fructus sint restituendi? qui deducendi? tom. 2, pag. 252, col. 2

Fructus rei est vel pignori dare licere tom. 1, pag. 610, col. 1

Vsuræ & accessiones ciuiles non tam natura quàm iure percipiuntur tom. 1, pag. 266, col. 2

Operæ hominis in fructu sunt tom. 1, pag. 440, col. 1

Fructus industriales appellantur naturales tom. 1, pag. 65, col. 1

Fructus, condictio.

Cur in certi condictionem ex stipulatione non veniant fructus ante litem contestatam to. 1, pag. 290, col. 2

Fructus, vsuræ.

Cur in bonæ fidei iudiciis fructus veniant adeoque vsuræ non à die tantum litis contestatæ, sed etiam ex die moræ? tom. 1, pag 290, col. 2, circa fin, & quando? pag. 291, col. 1

Frumentum.

Frumentum est ex earum rerum nu-

BIU Cujas

mero quæ non tantum in genere consistunt, sed etiam pro temporum & locorum varietate aliam atque aliam recipiunt æstimationem tom.1, pag.438, col.1

Frustra.

Frustra significat quod est inutiliter non quod malè est tom. 1, pag. 425, col.1

Functio.

Quæ possunt recipere functionem in sua specie multo magis possunt in suo genere tom,1,pag.343.col.2

Fundus.

Appellatione fundi plena proprietas intelligitur tom.1,pag,355,col.1

Quis sit fundus vectigalis, & quomodo vindicetur tom.1,pag.506,col.2

Funus.

Actio funeraria non habuit nec habet priuilegium tacitæ hypothecæ to. 2,pag.402,col.1

Funus filij est æs alienum patris to. 2, pag.290,col.2

Actio funeraria non datur nisi ex bono & æquo cùm alia actio deficit & ratio to.2.pa.290,col.1

Fur.

Quo pluribus actionibus fures tenentur,eo grauius delicta ipsorũ coercentur tom,1,pag.485,col.2

Pro fure nulla æquitatis ratio haberi potest tom. 1,pag.239,col.1

Dominus qui egit & obtinuit contra furem non potest pœnitere aliamque actionem quam sibi commodiorem & vtiliorem fore putat, eligere tom.1, pag.238,& 239,col.1,& 2

An tanti damnandus sit fur idemq; possessor hominis furtiui quanti actor in litem iurauerit? tom. 1, pag. 259, col. 2

Heres furis licet nihil ex re furtiua contrectauerit nihilque euenerit in solidum, nihilominus potest conueniri tom.1, pag. 483, col.1, quia furis heres est ibid.

Fur non idcirco condictione furtiua tenetur in solidum quod in re furtiua moram facere intelligatur perpetuam sed quia furtum fecit tom.1. pag.483, col.2,& pag.484,col.1

Fur ad quem nihil ex furto peruenit, furtiua tamen condictione tenetur tom.1,pag.483.col.2

Speciale est in fure & singulari eius odio inductum vt & vindicatione, & condictione furtiua teneatur tom. 1, pag.464,col.1

Quomodo fur vindicatione, quomodo condictione,& quomodo ad exhibendum actione teneatur tom.1,p. 464,col.2

Actiones actori contra furem competentes non cumulatiuè sed alternatiuè competunt tom.1,pag.464.col.2

Non solum pluribus,sed etiam contrariis & contradictoriis actionibus tenentur fures tom.1.pag.485,col.2

Odio quidem furis introducta est cõdictio furtiua, sed non aliquo furis odio transit in solidum aduersus heredem, sed quia merè rei persecutoria tom. 1, pag.485,col.2

Fur conuentus condictione furtiua ad quid & quantum teneatur? & ad quid si rei vindicatione conueniatur? tom. 1,pag. 236, col.2

Ad quid teneatur fur si post litem contestatam res furtiua pereat,ad quid si ante? tom.1,pag 229,col.1

Fur qui ex condictione furtiua damnatus litis æstimationem soluit non idcirco factus est dominus nec si res fuerit præsens tom.1, pag.238,col.2, secus si ex rei vindicatione damnatus

Rapina est furtum improbius & fur improbior est raptor tom. 1, pag. 161, col.1

Per oblationem realem liberatur fur à condictione furtiua, sed nõ à rei vindicatione neque ab actione furti tom. 1,pag.501,col.1

Omnes furis coheredes condictione furtiua pro hereditariis portionibus tenentur etiamsi tota res per furtum sublata ad vnum tantum peruenerit tom. 1,pa.486,col.2,& pag.487,col.1,& 2

Quomodo ex furto teneatur is qui opem vel consilium furi dedit tom. 1. pag.484,col.1

Quis dicatur fur manifestus tom. 1, pag.487,col.1

Furi manifesto & nec manifesto condici potest, & quomodo tom 1, pag. 487.col.1,& 2,& pag.seq.

Differentia inter furem manifestum & furem nec manifestum tom. 1, pag. 488,col 1,& 2

Fur furti agere non potest tom. 1, pag. 35. col.1,&2

Nõ potest fur neque furis heres condictione teneri postquam dominus rei furtiuæ, eius possessionem apprehenderit tom.1.pag.487,col.1

Cur bonorum raptor condictione furtiua teneatur tom.1,pag.488.col.1

Qui rem mobilem vi rapit fur improbior dicitur tom.1,pag.11,col.1

Actio furti non transit in heredem secus condictio furtiua tom.1,pag 473, col.1

Fur agere furti non potest to.1,pag. 528,col 1, & ratio pag.629,col.1

Fur, cautio.

Heres subtractam rem sub conditione legatam ante conditionis euentum condicens furi cautionem dare nõ debet to.1,pag.496,col.1,& 2

Fur, condicio.

Securus est fur à condictione furtiua in plenum libera, cùm heredi cõdicenti rem furtiuam sub conditione legatam pẽdente conditione restituit tom.1,pag.496,col.2

Fur, impensæ.

Fur impensas quas in rem furtiuam fecit quamuis vtiles adeoque necessarias nunquam repetit tom.1, pag.494, col.2

Fur, heres.

Omnes furis coheredes tenentur furtiua condictione pro partibus hereditariis etiamsi neque quicquam peruenerit, neque lis fuerit cum defuncto contestata tom.1,pag.487,col.2

Furiosus.

Furiosus quandiu furiosus dolum nullum admittere potest. tom.1, pag. 594,col.1

Pupilli iudicium suppleri per tutorem potest, iudicium autem quod furioso deest, non æquè suppleri potest per curatorem to.1,pa.594,col.1

Furiosus heres esse non potest, nisi patri suo cui & suus & necessarius heres est tom.2,pag.64,col.1

Furiosus deterioris est condicionis, quàm absens tom.1,pag.33,col 1

Ex quibus causis ignorantibus nobis acquiritur,ex iisdem acquiritur furiosis tom. 1, pag. 34,col.1

Neque pupillus ex sua promissione neque furiosus sine tutore & curatore facta possunt conueniri tom.1,pag. 25, col.2

Grauior condicio furiosi quàm pupilli tom. 1, pag.384.col.1

Furiosus constitutum.

Pupillo vel furioso debitum, etiam tutori aut curatori constitui potest, quia & tutori & curatori debitum intelligitur tom. 1, pag.559,col.1

Furiosus infans.

Furiosi & infantes non minùs quàm alij liberi domini sunt rerũ paternarũ etiã viuo adhuc patre tom.1,pa.459,c.1

Furtum.

Post rem furtiuam peremptam durat condictio æstimationis eius tom 1, pag.470,col.2

In furti actione etiam ratio habetur damni, ideóque lucri cessantis tom. 1,pag.463, col.1

Furti actio siue manifesti, siue nec manifesti,merè pœnalis est to.1,pag. 463, col. 1, & 2.

Neque actio furti condictionẽ furtiuam, neque condictio furtiua actionem furti consumit tom.1,pag.463, col.1 &2

Quid sit furtum,& contra quem detur condictio furtiua tom.1,pag. 457,col.2,& seq.

Fundi & rei immobilis furtum fieri non potest tom. 1,pag.457.col.2

Cur furtum sit interuersio possessionis tom.1,pag.457,col.2

In actione furti quid quæritur? tom. 1,pag.164,c 1 quid in condictione furtiua? ibid & col.2.

Reus iurans se furtum non fecisse, habet exceptionem iurisiurandi, si cõdictione furtiua conueniatur: Actor verò iurans furtum à reo factum, non habet ex eo iureiurando condictionẽ furtiuam tom 1, p.164,col.1,& 2

Cur rei hereditariæ furtum fieri non possit tom.1,pag.490,col.2

Sufficit rem quæ subrepta est possessam ab alio fuisse meo nomine, vt mihi actio furti acquiratur to.1.pag. 491,col.1

Cur non sicut actio furti,ita & condictio furtiua in legatarium transferre possit tom.1,pag.491, col.1,& 2

Furtum quod fit commodatario, fit etiam commodanti, qui per commodatarium retinet & dominium & possessionem rei commodatæ tom. 1, pag.491,col.1

Condictio furtiua semper consequens est actioni furti, quoties furti actio iure dominii defertur tom.1, pag.305,col.2

Qui vindictæ causa abutitur re aliena,condictione furtiua tenetur tom. 1,pag.205,col.1,& 2

Furti causa famosa est, at non condictio furtiua tom.1,pag.458.col.2

Actio furti turpis est, quia furti mẽtionem quandam & exprobrationem quandam continet tom.1,pag.458, col.2

Cui & contra quem detur condictio furtiua tom.1,pag 458.c.2

Cur contra mulierem quæ mariti res amouit, non detur condictio furtiua tom.1,p.458.col.2

Differentia inter actionem furti & condictionem

BIU Cujas

condictionem furtiuam tom. 1, pag. 237,1,col.1,& 2

Deterior esse debet conditio debitoris qui furtum ipse fecit quamuis rei suæ quàm si alius furtum fecisset tom. 1,pag.692,col.2

Filiusfamilias præsertim in nummis peculiaribus patri furtum facere non potest tom.1.pag.40,col.2

Oblatione rei furtiuæ tollitur condictio furtiua, sed non pœnalis actio furti tom.1.pag.470,col.1

Cur actio furti creditori pignoratitio detur, cur commodatario, cur conductori, & differentiá inter eiusmodi actiones tom.1,pag. 691, col.2, & 692 col.1

Crimen furti in capite libero capitale nunquam fuit licet de eo criminaliter quoque agi iam olim potuerit tom.1,pag.303,col.2, nec si atrociores fures essent, id est expilatores nocturnique effractores ibid.

Actionem noxalem quæ ex furto serui contra dominum competit sola culpa eius qui furtum passus est excludere nunquam potest, nec dolus quidem actionem vero competentem pro indemnitate in solidum obtinēda potest tom.1,pag.715,col.2

In actione furti danda sufficit interesse actoris, quamuis non sit dominus secus in condictione furtiua tom. 1, pag.488,col.2

An durior sit condicio patris cuius filia res amouit quàm sit dominus cuius seruus furtum fecit tom.1.pag.504 col.1 & 2

Furti decisio dicitur legitima conuentio tom.1,pag.463,col.1

Furti decisio à lege 12 tab. proficiscitur tom.1,pag.463,col.1

Effectus decisionis furti tom.1,pag. 463,col.1

Actio pœnalis furti nec manifesti in duplum est à lege 12.tab.actio furti manifesti in quadruplum à prætore to.1, pag.463,col,2

Si fur aut prædo fructus aliquos ex re furtiua vel vi ablata perceperit condictione furtiua tenetur cùm eorum furtum fecerit to.1,pag.446,col.1, & condictione sine causa ibid.

Boni consulere debet is qui aliena pecunia vtitur, quod furti actione non conueniatur qua vtique cōueniri posset tom.1, pag.654,col.1

Mulier mariti res amouens veritate furtum facit, licet leuiùs coerceatur tom.1,pag.471,col.1

Cur seruus rei hereditariæ furtum facere non possit to.1. pa.132.col.2

Quo casu is cuius ope & cōsilio furtum factum est condictione furtiua teneatur tom.1,pag.462,col.2

Æstimatio rei furtiuæ in condictione furtiua nunquam egreditur retrorsum iudicij accipiendi & litis contestatæ tempus t.1,pag.240,col,1

Qui titulo aliquo singulari puta emptionis succedunt in rem furtiuam neque condictione furtiua neque alia actione vlla personali tenetur to.1,pag. 470, col.1,& 2

Legatum rei furtiuæ condictionem furtiuam extinguit secus actionem furti tom.1,pag.470,col.1

Ea tantum res quæ per furtum est ablata condici potest tom.1, p.484.c.1

Qui neque dominium neque possessionem rei furto subtractæ habent qua actione succurrantur to.1, p.493, col.1

Nemo rei suæ furtum facit tom. 1, pag.502, col.1, excipe quosdam casus ibidem.

Furtum non sine animo lucrandi & furandi committitur t.1, p.501, col.2

Furtum facit qui indebitos nummos sciens accipit tom.1, pag.502, col.1,& 2,& pag.503,col.1,& 2

Procurator doloso & falso creditori soluens condictionem habet furtiuam & actionem furti tom.1,pag.503,col.2

Cùm de furto agitur inuitum accipimus dominum non tantum si contradicat, sed etiamsi non consentiat tom.1,pag. 608,col.1, si modo contrectans rem alienam existimauerit se nō inuito domino id facere ibid.

Furtum sine affectu furādi committi non potest tom.1, pag.608,col.1

Cuius ope & consilio furtum factum est,actione is furti tenetur sed non cōdictione furtiua to.1,p.462,col.1,& 2

Cuius ope & consilio furtum factum est is furti nec manifesti tenetur, nunquam verò furti manifesti tom.1,pag. 462,col 1

Qui furti egit in duplum potest quidem etiam vi bonorum raptorum agere si fur etiam raptor idem sit,sed ita vt condemnatio non possit quadruplum excedere tom.1,pag.619,col.2

Per oblationem realem ita purgatur odium furis atque per rei restitutionē to.1,pag.500,col.2

Furti actio non tā[illegible]m domino competit, sed etiam iis omnibus quorum ex iusta & honesta causa interest t.1,p. 624,col.1

Res inspectori data inspicienda si eius gratia data sit, deinde furto subrepta actio furti ipsi inspectori non autem domino competit tom.1,pag.624, col 2

Furti actio nunquam condictio est tom.1, p.492, in fin.

Quod Vlpianus negat restituendum esse debitori à creditore id quod creditor ab eo actione furti exegerit,quomodo sit accipiendum tom.1,pag. 692,,in fine.

In actione furti id quod interest nō duplatur,vel quadruplatur,sed tantum modo verum rei precium tom.1, p. 460, col.1

Actio furti datur omnibus, quorum maximè interest,modò ex iusta & honesta causa intersit tom.1,pag.629,col.1

Etiam in furti actione,damni & eius quod interest ratio habetur tom. 1 pag.463, col.2

Decisio furti tollit actionem, non autem condictionem furtiuam tom. 1,pag. 463,col.1,& 2

Furti nomine quod seruus dominō suo fecerit, nulla obligatio inter dominum & seruum contrahi potest,nec magis criminalis quàm ciuilis, vt ex ea post manumissionem conueniri seruus possit à domino, qui eum conuenire domi potest,& debet tom.1.pag. 499,col.2

Quomodo furtum fiat tom. 1,pag. 499,col.2

quid sit Furtum tom.1,p.500 col 1

Furtum nunquam fit, aut saltē perrarò sine culpa eius qui rem præsertim alienam,& sibi commodatam custodite diligentius debuit to.1,pag.641 col.1

Perdifficile est vt diligenti patrisfamilias furtum fiat, nisi à famulis & cōiunctis personis, quæ si non sint suspectæ, furtum eo casu inter fortuitos casus numerādum est non aliter t.1.p. 641, col.1

Cur seruus alij quàm domino furtū faciens post manumissionem teneatur actione furti,secus autem condictione furtiua tom.1.p.484,col.1,& 2

Furtum rei suæ fieri potest, si modo eam dominus abstulerit, & contrectet inuito eo, qui iustam eius retinendæ causam habuisset tom.1,pag.647,col 2

Differentia inter actionem furti manifesti, & actionem furti nec manifesti tom.1. pa.488, col.1

Actio furti per pactum legitimum tolli & extingui potest tom.1,pag. 490, col.1

Si furti pœnā persequi dominus velit paratam habet in rem actionem tom.1,pag.458,col.1

qui furtum fecit,cuius rei & quanti sit debitor? tom.2,pag.170.& 171

Dominus condictionem furtiuam exercens, non agit tanquàm dominus sed tanquam non dominus tom.1, p.277, col.2

Res alicui subrepta quæ sit alterius condicitur,non ab eo cui subrepta est, sed à domino tom.1, pag.491,col.2

quomodo etiam res perempta furtiua peti possit tom.1,pag.458,col.1

Differentia inter actionem furti & condictionem furtiuam tom.1, pag. 458,col.1

De furto facto per seruum commodatum commodans tenetur noxaliter tantum si fuit ignorans, sed si sciens contrario iudicio tenetur in solidum tom.1,pag.641,& 642

Æstimatio rei furtiuæ ex postfacto crescere potest, sed decrescere nunquā potest tom.1,pa.460,col.1

Furtum non fit sine furandi & lucrandi consilio tom.1.pag.301,col.1

Res mobilis tantum dicitur abripi & rapi,immobilis verò inuadi tom.1, pag.507,col.2

Legatario rei furtiuæ datur actio furti tom.1,pag.490,col.1,in fin.ex noua contrectatione secus ex vetere ibid.

Cùm de furto quæritur dominus videtur vetare qui non consentit tom.1, pag.12,col.2

Cur hereditati furtum fieri non possit tom.2,pag.198,col.1

Neque furiosi neque infantes possunt furtum facere,cùm furtum sine affectu furandi non fiat tom.1,pag.459 col.1

Quomodo ex furto filij & contra filium & contra patrem & ex rebus à filia amotis & ex serui furto contra dominum indemnitati actoris prouisum sit tom.1,pag.482 col.1,& 2

Condictio furtiua datur etiam in heredem furis, non autem actio pœnalis tom.1,pag.464,col.1

quomodo ex assidua contrectatione rei alienę noua furti actio nasci possit tom 1,pag.490,col.2

Per condictionem furtiuam furtum per actionem furti pœnam furti persequimur tom.1.pag.458,col.1

Noua contrectatio rei alienæ nouū furtum quodammodo facit tom.1,pag. 490,col.2

Delicti furtiui veritas ne quidem per rei restitutionem debetur tom.1,pag. 501.col.1

Furtum fieri non potest seruo à domino tom. 2, pag. 165, col. 2, subripi verò potest tom.2,pag.166,col.1

Rei immobilis furtum fieri non potest tom.1,pag.11,col.1

Actio furti pro condictione furtiua accipi nunquam potest tom.1,pag.620, col.1

BIU Cujas

Condictio furtiua non est comparata ad furti coercitionem tom. 1, pag. 473,col.1

Rei furtiuæ condictio etiam ei datur qui dominium amisit modo non facto suo tom.1,pag.491,col.2

Actio furti pro condictione furtiua nunquam potest accipi, nec è contra tom 1, pag. 237, col. 1, & 2, & pag. 238, col.1

Actio furti & condictio furtiua nascuntur ex furto tom 1,p 161,col.1

Condictio furtiua nascitur ex furto præterito tom.2,pag.408,col.2

Res empta ex pecunia furtiua non est furtiua tom.2, pag.397,col.1

Furtum, inuitus.

Contrectatio rei alienæ inuito domino furtum est, & quis inuitus dici debeat tom.1,pag.502,col 1

Furtum condictio.

Depositarius vel commodatarius re deposita vel commodata, inuito domino vtenda, condictione etiam furtiua tenetur tom.1 p.469,col. 1,& pag.500, col.1

Ex furtiua causa filiofamilias non condici potest tom.1,pag.461,col.1,& 2,& pag.462,col 1,& 2.

Furtum, liberatio.

Per nouationem obligationis rei subreptæ siue præsentis siue absentis tollitur condictio furtiua,secus per oblationem rei absentis tom.1, pag.501, col.1,& 2

Furtum, æstimatio.

In æstimatione rei furtiuæ spectandum est tempus quo res vnquam plurimi fuit tom.1.pag.471,col.1, idque odio furis ibid. non quidem à die furti admissi sed à tempore litis contestatæ ibid.

In actione furti non potest æstimari contumacia furis, potest tamen æstimari dolus tom.1,pag. 236,col 1

G

Galli ius.

GAlli cur nihil penitus ex iure Romano iudicari patiantur? t.2,pag. 37,col.2

Generale.

Verba generaliter concepta generaliter sunt intelligenda vt neque causam neque personam vllam excipiant tom. 2, pag.353, col.1

quando etiam sub generali sermone exceptiones tacitè insint? tom.2,pa. 233,col.1,& 2

Genus.

qui hominem in Genere debet ex causa legati dando vilissimum non liberatur secus ex causa stipulationis to. 1,pag.390,col.2

Genus pignori dari non potest vendi autem potest tom.1,pag.645,col 1

Genus neque affici,neque tradi, neque tangi potest,cùm sit incorporale tom.1.pag.644,col.1

Genus nunquam obligatur ne tum quidem cùm generaliter bona debitoris omnia pignori sunt obligata, resolvitur namque generalitas in suas singularitates tom.1,p. 644,col.2

Nomen generis sæpe à Iurisconsultis ad certam speciem restringitur tom. 2.pag.114,col.2

quid sit Genus apud legistas .tom.1, pag.2,col.1 & pag.13,col.2

quomodo valeat argumentum à genere ad speciem? tom.1,pag.161,col 2

Genus, electio.

Generis debitor perinde habet electionem quod ex indiuiduis certis velit soluere ac si ea omnia sub alternatione posuisset to.1,p.390,col.1

Gerere, solidum.

Pluribus tutoribus,curatoribus, procuratoribus, gestoribus, aliisque huiusmodi personis ad idem negotium simul constitutis, an in solidum singuli aliquid gerere possint, annon nisi omnes simul tom.2,pag.7,col.2

Gratificare.

Debitor creditorem posteriorem ali quando gratificare potest tom.2,pag. 191,col.2

Gratificatio.

Gratificatio vni creditori facta cæteris atque instantibus sine dolo vix esse potest tom 1.pag.430,col.2

Gratificatio, solutio.

Duobus de deponentis hereditate contendentibus in solidum & rem depositam petentibus vel debitam & vterque paratum se dicat debitorem aduersus alterum defedere locus est gratificationi si simul venerint, qui verò prior venerit & occupauerit, est præferendus tom.2,pag.392,col.2

H

Habitatio.

HAbitatio magis in facto quàm in iure consistit to.1,p.439,c.1

Vsusfructus & habitatio quotidie constituuntur, & quotidie amittuntur tom. 1, pag. 439.col.1

Prædij vrbani fructus in diurnæ habitationis commodo consistit tom. 1, pag 439,col.1

Habitatio & commodari & precario dari potest tom. 1. pag.592,col.2

Habitatio nec mobilis res est nec immobilis tom.1, pag.592,col.1

Quid sit habitatio tom.1, pag.592, col.2

Habitatio, commodare.

Differentia commodari,aut precario dari domum in qua habitetur,& commodari, aut precario dari ipsam habitationem tom.1,pag 592,col.2

Hereditas.

Nulla pars hereditatis propriè in vnare esse intelligitur t.2.p.271,c.1

Hereditatis appellatio latius patet quàm bonorum tom.1,pag.333,col.2

Peruenisse propriè etiam ex hereditate dicitur quod deductis oneribus supereſt tom 1,pag 333,col.2

quod Hereditati ante additionē vel accedit,vel decedit,neque lucro neque damno legatariorum cedit tom.2 pag. 245,col.2 sed lucro heredis ibid. & pag. 246.& 247

Hereditas illa est quæ iacet,non quæ fuit aliquando hereditas, sed per additionem facta est proprium patrimoniū heredis,licet inspecto eo quod fuit retineat aliquando nomen hereditatis tom. 1, pag.92,col. 2

Hereditas etiam pro parte adita nihilominus hereditas vere ac propriè remanet pro portionibus nondum aditis quandiu adiri aut repudiari possunt tom.1,pag.92,col.2

Hereditatis portiones à cohæredibus repudiatæ per ius accrescendi acquirūtur coheredi qui partem suam adiit, sola vi & potestate iam factæ additionis ita vt nulla sit opus noua additione ne quidem ad acquirendam hereditatem ex causa substitutionis tom.1,pag.92, col 2

Hereditas diuiditur per legem 12.tabul.aut per arbitrum familiæ erciscundæ ex ea lege datum, proportionibus hereditariis, sed res hereditariæ non semper pro iisdem partibus inter cohæredes diuiduntur tom.2, pag. 207, col.1,in fi.

Post abstensionem deficiente iure ac nomine hereditatis bona ad proximum in testamenti successore pertinere posse dicimus tom.1.pag.339,col.1

Aditam hereditatem repudiare non dicitur qui restitutus est aduersus additionem à se factam, sed se bonis abstinere tom.1,pag.339,col.2

Omissio & repudiatio hereditatis interdum sit bona fide, interdum etiam in fraudem creditorum tom. 2, pag. 190,col.2

Hereditas aut hereditatis pars nulla in fundo aliave re qualibet singulari consistere intelligitur tom.1,pag.392 col.2

Tot sunt per fictionem hereditates quot sunt partes hereditariæ tom. 2, pag.182,col.2

Hereditate ex testamento non adita non magis libertates testamentariæ valere possunt quàm legata cætera eo testamento relicta tom. 2, pag. 162

Non potest hereditas repudiari antequam sit delata tom.1,pag.442,col.2

Hereditas non potest videri delata ante impletam conditionem sub qua delata est tom.1.pag 442,col.2

Adiri non potest hereditas priusquā sit delata tom.1, pag 245, col.2

Hereditas à lege non est delata antequam impleta sit condicio quæ institutioni apposita fuerit à testatore tom.1,pag.245,col 2

Sicut nobis ipsis ex re nostra per eos qui liberi vel alieni serui bona fide seruiunt acquiritur,ita hereditati quoque ex re hereditaria acquiri to.1,pag.89, col. 1

Hereditas prorsus incapax est eorum quæ in facto versantur,cuius personā si qua est certè tota facta est tom. 2. pag. 142,col.1

Adita quandocunque hereditas ab instanti mortis adita fuisse retrofingitur tom.2,pag.142,col.2

Cùm restituitur tota hereditas & sicuti testator voluit ex Trebelliano restituitur, si verò retenta,quarta ex Pegasiano tom.1,pag.394,col 1

Potest tota hereditas restitui præcepto tamen & retento aliquo fundo hereditario tom.1, pag.394, col.1

qui totam hereditatem retento fundo restituere tenetur si hereditatem coactus adierit etiam fundum restituere tenetur tom.1,pag.394,col.1,& 2

In petitionem hereditatis veniunt non modo fructus,sed etiam mercedes vice fructuum perceptas tom.1, pag. 419, col. 2, etiam contra bonæ fidei possessorem ibid.

Differentia inter bonæ fidei possessorem & prædonē in restitutione fructuum & mercedem ex hereditate perceptarum tom. 1,pag. 420, col.1

Potest aliquid esse hereditarium aut actiuè aut passiuè quod tamen à defuncti persona nunquam inceperit to. 1,pag.398,col.1

Hereditas paterna & quicquid est hereditā

BIU Cujas

hereditatis diuiditur inter fratres patris heredes pro hereditariis portionibus tom 1. pag. 397, col.2

Hereditas sub conditione data non nisi impleta conditione delata esse intelligitur tom.1, pag 437, col.2

Restituta hereditate fideicommissaria nō transeūt actiones ex S.C. Trebelliano nisi restituta sit eo modo quo testator voluit tom.1,pag.104,col.2

Hereditas possidere nihil potest to. 1.pag.92,col.1,& 2

Hereditas domina est,aut saltem domini personam representat tom.1,pag. 88.col.1

Hereditas non heredis, sed defuncti personam repræsentat to.2,pa.386,col.1

Hereditas sine animo acquiri non potest, nec per tutoris aut curatoris personam tom 1,pag 459.col.1

Prius delatam esse oportet hereditatem quam repudiari possit to.1,pa. 393,col.2

Quæcunque hereditas dicitur esse soluendo quæ inuenit heredem tom. 1,pag.333,col.2

Hereditatis nomine quid comprehendatur tom.1.pag.126,col.1.& 2

Non potest hereditas transferre in heredem nisi quod fuit hereditatis to. 2,p.111.c.1

Aditio hereditatis de iure prætorio tenere non potest tom.1,pag 338.col.1

Soluendo est hereditas quæcunque inuenit heredem tom.2,pag.101,c.2

Extraneorum est adire hereditatem aut repudiare, suorum verò se immiscere,aut abstinere tom.1,pag.436,col.2

Hereditas iacens personam defuncti repræsentare censetur tom.2,pag. 49, col. 1, non tamen nisi ficta persona est & eorum omnium incapax quæ sunt facti, in quibus factum personæ operæve substantia desideratur ibid. col.2

Hereditas augetur ex omni eo quod hereditati accedit ante aditionem to. 2,p.247 c.2

Differentia inter hereditatem & res hereditarias tom.1,pag.126,col.1

Multum refert an hereditas vni delata transmittatur ad liberos tanquam acquirenda,an tanquam acquisita to. 2.p.371,c.2

Hereditas per aditionem desinit esse hereditas tom.2,pag.355,col.1

Quot sunt heredes, tot hereditates esse intelliguntur tom.1.pag.382,col.1

H reditas etiā ex testamento, quod falsum esse iam dicitur, adiri interdum potest tom 1, pag.332, col.1

Hereditas ex quo adita est desinit esse hereditas, sitque patrimonium heredis to.2. p.142,c.2

Hereditas adita quandocunque ex die mortis adita fuisse retrofingitur to 1,pag.16, col.2

Hereditas, seruus.

Neque seruus hereditarius, neque hereditas in vllius potestate sunt tom. 2, pag.142,col.1

Hereditas, legatum.

Hereditas ignoranti nunquam acquiritur, secus legatum si per vindicationem relictum sit t.1, pag. 245,c.2

In suis nulla est hereditas nec iacēs, nec quæ adiri possit to.2,pag.64,col.1

Hereditas, l gatum.

Differentia inter hereditaria debita & legata tom.1,pag.232,c.1

Heres.

Plures vnius commodatarij heredes non sunt correi sicut plures commodatarij quia lex sola 12. tabularum heredes facit debitores, non propria conuentio tom.1,pag.614,col.2

Non semper idem iuris est in pluribus heredibus promissoris quod in pluribus heredibus stipulatoris tom.1,pag. 383,col.1

Omnes successores vniuersales furis siue ciuiles siue honorarij condictione furtiua tenentur,secus singulares to.1, pag 470,col.1,& 2

Heres cum beneficio legis & inuentarij creditoribus diligentioribus soluens nulla quoque exacta cautione tamen securus est salua iis qui posteriore loco veniunt aduersus anteriores repetitione tom.2,pag.86,col.1

Heres ante aditam hereditatem nullam habet actionem pro rebus hereditariis tom.2,p.247,c.1

Heredi tardè hereditatem adeunti non potest imputari cur tarde adierit tom.2, pag.247,col.1

Non est sine herede qui suum habet heredem quamuis abstinentem tom.1, pag.92,col.2

Seruus hereditarius ignorans se datum heredem coheredibus suis,aut necessariis an possit dictis coheredibus acquirere,& quomodo? tom.1, p.91, col.1,& 2,& 92,col.1,& 2

In omnibus oneribus hereditariis quibus defunctus ex propria persona tenebatur extra pœnæ delictorum heres est obligatus tom.1. pag.485,col.2

Sui sunt ipso iure heredes citra vllam aditionem, & ante apertas tabulas tom. 1,pag. 436, col 2

Quo casu heredes sui deterioris sint condicionis quàm extranei tom.1,p. 436,col.2

Plenior actio dari potest contra heredem, quàm competierit contra defunctum tom.2, pag.201,col.2

Quod scelere defuncti quæsitum est heredi semper auferri oportet to. 1,pag.468, col.1

Nunquam permittendum est vt heres ex defuncti scelere ditetur tom. 1, p.468, col.1

Qui conuenitur tanquam heres, an nomine proprio, an alieno conueniatur? tom.1,pag.20,in fin. & 21,col.2

In heredibus necessariis præsumitur eorum ignorantia quæ testamento cōtinentur, ac proinde in filiis quoque qui sui sunt & necessarij tom. 1,pag. 92, col.2

Heres post restitutam ex S.C.Trebelliano hereditatem directis actionibus vti volens exceptione restitutæ hereditatis repellendus est tom.1 pag 20, col.2

Heres defuncti factum præstare debet tom.1,pag.669,col.1

In dubio parcendum est heredi, vt quam minimum fieri potest oneratus censeatur tom.2,pag.258,col.2

Sicut heredis appellatio nihil nisi dominum significat, ita & coheredis, nihil nisi condominum t.2,pa.208.c.2

Creditore debitoris hereditatem adeunte aut contra, fit confusio debiti tom. 2, pag. 332,col 1

Mulier hereditatem onerosam adeundo, ita creditoribus hereditariis obligatur, vt etiam de suo præstare teneatur si hereditas non sit soluendo tom 2, p. 355, col.1

qui Hereditatem sibi delatam & acquisitam vendidit vel donauit, debet respondere creditoribus, sed tamē indemnitatem ei præstare emptor debet tom.2,pag.270,col.2

Ex facinore defuncti heres non debet damnum sentire, sed ex facto proprio, quod furis hereditatem adeundo vltrò se obligauit oneribus hereditariis tom.1, pag.474,col.2

quod ex vnius coheredum facto alij coheredes præstant, eo nomine habent pro indemnitate repetitionem familiæ erciscundæ iudicio,aut cauendum iis est,si nondum soluerint to.2 pag.210 col.1,in fine.

Ius condictionis ex perpetua exceptione inductum transit ad heredem, si ea exceptio non sit mere personalis to.1,pag. 388,col.2

Heres non est procurator fideicommissarij tom.1, pag.303,in princ.

Diuisio hereditatis quæ fit à lege 12. tabularum impedit ne in hereditate socij esse videantur t.2.p. 182.col.2

Extraneus heres non potest nesciēs adire hereditatem tom.1, pag.90,col.1 differentia inter extraneum & suum ibidem.

Lex Iulia Papia de caducis ad heredes extraneos pertinet, non ad necessarios to.1,p.90.col 1

Heres quandocunque hereditatem adierit,iam ex die mortis illam adiisse retrofingitur t.2,p.198,c.1,in fine

qui iam ipso iure heres est, magis heres fieri per aditionem non potest tom.2 pag.64.col.1

Semel heres per aditionem factus etiamsi postea per restitutionem in integrum admittatur ad omittēdam hereditatem non eo minus heres manet tom.1,pag.337,col.2,& pag.338, in principio.

Heres mulieris tenetur actione rerum amotarum non in solidum, sed de eo tantum quod peruenit t.1.pag.476, col.2

Heredi in dubio fauendum & parcendum est tom.1, pag.259,c 1

Senatusconsulto quid de hereditatū petitionibus factū est bonæ fidei possessor ita subuenitur,ne supra quam locupletior factus est teneatur to.1,pag. 336,col.2

Falsus heres legata quamuis indebita ante motam controuersiam soluta vero heredi imputat tom 1, pag.336, col.2

Quo casu qui semel fuit heres non semper perseueret esse heres to.2.pag. 220,col.1

Senatusconsultum potuit facere heredem tom.2,pag.93,col.1

Successores vniuersales licet heredes non sint, heredum tamen loco in omnibus habentur tom. 2, pag. 93, col.1,& 2

Heres probabiliter ignorare potest contractum & factum defuncti tom.1, pag.217,col 1,in princip.

An commissa vectigalium nomine transmittantur contra heredem in solidum tom.1,pag 467,col.1,& 2

In contractibus successores ex dolo eorum quibus successerunt in solidum tenentur tom.1,pag.475,col.1

Seruo hereditario ignorante se factū liberum & coheredem pecuniam domini mutuam dante interposita stipulatione,an coheredibus pecuniæ creditæ actio acquiratur post consumptionem quæ ex stipulatione acquiri non potuit? tom.1,p g 91,col.1

Seruus hereditarius ignorans se factum liberum & heredem, sibi vel hereditati stipulando nihil potest ex ea stipulatione acquirere coheredibus tanquam

BIU Cujas

tanquam ab iis proportionibus ipsorum hereditariis possessus tom.1,pag. 91,col.2

Persona defuncti & heredis vna eademque esse intelligitur tom. 1, pag. 388, col. 2

Extraneis heredibus institutis à domino qui seruum negociationi antea præpositum etiam pro parte heredem instituit si is seruus mortem domini ignorans pecuniam crediderit, si nummi sint consumpti cui danda sit condictio nummorum pro proportionibus coheredum tom.1,pag.88,col.2

Heredis & defuncti vna eademque persona esse existimatur tom. 1, pag. 495,col.1

Heres adeundo hereditatem defuncti intelligitur quasi contrahere cum legatariis non minus quàm cum hereditariis creditoribus to.1,pag.495,col.1

Cur heres etiam inuitus legata soluere teneatur tom. 1, pag. 495, col.1

Ante abstentionem heredis existentia dicitur, plena post abstentionem dicitur tom. 1, pag. 339, col. 2

Per plenam sui heredis existentiam confirmantur tabulæ pupillares to.1,p. 339 col.2

Etiam post abstentionem filius remanet heres tam iure ciuili quàm iure prætorio in iis omnibus in quibus neque commodum neque incommodũ vllum versatur filij se abstinentis tom. 1,pag.340.col.1,& 2

Is cui ex Trebelliano Senatusconsulto restituta fuit hereditas quamuis heres non sit, heredis tamen loco est & effectu quodammodo heres est tom, 2, pag.103,col.2

Heres heredis censetur esse heres defuncti tom.2,pag.104,col.2

Videri non potest habere hereditatem qui eam alteri restituit tom.2,pag. 104. col.2

Quomodo heres legatariis teneatur? tom.1,pag.232,col.1,& 2, & an ex contractu,an ex quasi? tom.1, p.231,col.2, & 232,col. 1, & 2, & quomodo sui, & necessarij teneantur tom.1,pagin.232, col 1

Sui heredes remanent obligati creditoribus hereditariis post abstentionem perinde atque antea quamuis nõ patiatur prætor eos agere vel conueniri tom.1,pag.429,col.1

Quod ad prætorem attinet sui heredes se abstinentes loco heredum non habẽtur in iis scilicet quæ ad ipsorum commodum vel incommodum spectant non quod ad cætera to. 1, pag. 429,col.1

Heres sub conditione institutus ante impletam conditionem heres fieri non potest nec si maximè vellet tom. 1,pag.244,col.1

Nemo fit heres per solam institutionem quamuis puram, sed per solam aditionem tom.1,pag.244,col.1

Ex actis pecuniis à seruo domini mortem ignorante à quo, eo nomine fuerat præpositus,& cuius postea factus est coheres quæ actio cæteris coheredibus cõtra seruum coheredem detur? tom. 1, pag.85, c.2,& 86,c.1

Quoties vnus ex heredibus aut sociis id fecit quod pro parte sua facere non aliter potuit quàm si rem totam gereret familiæ erciscundæ vel communi diuidendo actioni locus est to.1, p.85,c.2. vno casu excepto ibid.

Cur heres furis æquè in solidum ac ipse fur condictione furtiua teneatur tom.1.pag.473, col.1

Heres iisdem actionibus merè rei persecutoriis tenetur quibus defunctus tenebatur tom.1.pag.473,col.1

Bona defuncti heredi tanquam indigno post aditam hereditatem auferri possunt tom.1,pag.466,col.1

Is cui tanquam indigno bona auferuntur non desinit esse heres tom. 1, p.466, col.1

Turpia lucra quæ ab heredibus extorquentur, tanquam ab heredibus, non tanquam à possessoribus extorquentur tom.1,pag.466,col.1

Ad heredes pertinet defunctorum famam & innocentiam, si qua sit, defendere, ne quid scelere quæsiisse videantur tom.1.pag.466,col.1

An & quomodo actio ex delicto non transmissibilis ad heredem sit transmissibilis tom.1,pag.473,col.1

In condictione furtiua heredis verbo omnis successor vniuersalis venit tom. 1, pag.482,col.1

Heres indignus omnes fructus quos percepit & consumpsit adeoque fructuum in hereditate inuentorum & exinde perceptorum vsuras cogitur reddere tom.1,pag.466,col.2

Heres heredis indigni etiam & fructus & vsuras quas primus heres, non autem ipse percepit, restituere tenetur tom,1,pag.466,col.2

An is quem testator pecuniam accipere voluit à statu libero vt libertatem consequeretur habeat actionem contra heredem qui impediuit ne pecunia daretur tom.1,pag.261,col.1,& 2

Dolo nõ caret heres qui sine cautionibus soluit legatũ cuius nomine, alterius quàm ipsius heredis gratia legatarium cauere oportuit tom.2, pag. 94, col.1

Tenetur heres qui seruo dedit libertatem sine cautione vel deductione & ex hoc suo dolo tenetur in solidum to.2.pa.94,col.1,& 2

Quo casu pater filij instituti post mortem ipsius dicatur quasi heres heredis? tom.1,pag.483,col.1

Heres dicitur aliquando pro domino tom. 1, pag. 483, col. 1

Heres & quasi heres differunt in substantia sed non in effectu tom.1,pag. 482,col.1

Heres legatariis vltra vires hereditarias non tenetur, creditoribus verò secus & ratio differentiæ tom. 1. pag. 333,col.2

Cui restituta est hereditas ex Trebelliano non est heres, sed tantum heredis loco & in omnibus eodem ferè iure censetur tom.2, pag.382,col.2

Heredis appellatione omnes successores significantur tom.2.pagin.382, col.2

Non est cogendus heres institutus propter commodum eius qui pecuniam conditionis implendæ causa accepit implicare se oneribus hereditariis tom.1,pag.436,col.2

Heredi non est præscribendum vt adeat hereditatem vel vt causam asserat ob quam nolit adire tom. 1, pag. 436,col.2

Variæ possunt esse causæ eęque iustę ob quas heres nolit adire hereditatem tom,1,pag.436,col.2

Heres ratum habere factum defuncti debet quantum ad hoc vt agens & veniens contra factum defuncti repellendus sit exceptione doli mali, sed non vt ideo contra heredem agi possit ex defuncti contractu qui non constitit tom.1,pag.737,col.1,& 2

Heres quantumlibet vniuersalis non succedit in vera personalissima defuncti tom.1, pag.110,col,2

Iura personalia facilius transeunt à defuncto in heredem, quàm à filio in patrem,vel à seruo in dominum tom. 1,pag.110,col.2

Lex duodecim tabularum non potuit transferre in heredes iure hereditario,nisi quod fuit hereditatis tom. 2,pag.259, col,2. nec alias actiones siue actiuas,siue passiuas,nisi quæ, vel ipsi defuncto, vel contra defunctum competierunt ibid.

Suus heres sub conditione institutus non potest post impletam condicionem hereditatem restituere tom. 1,pag. 245,col.1,& 2

Ex omnibus siue publicis siue priuatis iudiciis,quæ à delicto trahunt originem,semper & omni casu turpia lucra heredibus extorquentur tom.1,p. 467,col.2

Restituta hereditate ex Trebelliano S.C.nihilominus heres remanet is qui restituit tom. 1, pag.20,col.2

quisquis semel heres fuit, semper heres perseuerat tom.1,pag.20,col,2

In stipulationibus prætoriis, non minus quàm in bonæ fidei iudiciis, in solidum damnari debet heres qui solus rem possidet tom.1,pag.598,col.2

Heres & hereditas vnius,eiusdémque personæ vice funguntur tom. 2, pag.119, col.2

Actiones & iura quæ contra defunctum competebant, in solidum non possunt exerceri contra heredes, nisi proportionibus hereditariis si sint diuiduæ tom.2,pag.182,col.1,& 2

Debitore herede creditoris sui facto confusio debiti,per quam fit vt liberetur non contingit nisi per aditionem tom.2, pag.245.col.1

Generaliter & perpetuo verum est non esse sine herede illum qui suum heredem habet,siue suo iure se abstineat, vt suus heres,siue petita in integrum restitutione, quamuis se abstinẽtem tom.1, pag.338,col.1

Malè ab interpretibus nuda dicitur sui heredis existentia ante abstentionem tom.1,pag.339, col 2

Heres qui ab initio non satis prudenter sibi prospexit in executione voluntatis defuncti, ex post facto sibi prospiccre non est prohibendus tom. 1,pag. 298, col.2

Institutus in re certa in solidum heres est,nullo herede vniuersali instituto tom.1,pag. 425, col.1

Qui semel est heres, semper heres perseuerat tom.1,pag.246,col.1

Etiam furiosi & infantes sui & necessarij heredes sunt patri tom.1, pag.459,col.1

qui sint sui & necessarij heredes tom.1, pag. 459, col.1

quæ sunt merè personalia, in heredem transire non possunt tom.1, pag.401, col. 2

qui hereditatem adiit, repudiare eam non potest, qui se immiscuit potest tom.1.pag.430,col.1

qui ex heredibus rem hereditariam solus possidet, non est semper solus actione personali conueniendus,neque semper solus condemnandus tom. 1,pag.487, col.1

Heres non solùm personam defuncti repræsentat, sed etiam eadem cum defuncto persona esse existimatur tom.1,pa. 101,col.1

Actiones hereditariæ non possunt exire

BIU Cujas

exercerí nisi contra heredem tom.1,p. 233,col.1

Is repudiare potest hereditatem qui eam adire potest si vellet t.1.p.244 c.1

Per aditionem hereditatis nulla iura siue actiua, siue passiua transire possunt in heredem nisi quæ prius fuerūt hereditatis tom.1,pag.232,col.1

Institutus ex minima parte hereditatis quomodo heres sit, & quibus casibus tom.2,pag.99,col.1,& 2

Cogendus est heres omnimodo habere ratum defuncti factum tom.1,pag. 736,col.2

Heres ex quo heres est ignorare testamentum probabiliter nō potest, codicillos verò potest tom.1, pag. 256, col.1

Censentur heres & defunctus vna eademque propemodum persona tom.1, pag.736,col.1

Priuilegium quod à prætore datum est filiofamilias ne de eo quod contraxit, cùm in aliena potestate esset supra quam facere potest teneatur,non conceditur ejus heredi tom. 2, pag. 101, col.1,& 2

Pupillus abstinens hereditate non nisi nudo nomine heres manet tom. 1,pag.429,col.2

Heredem qui dicit vtique dicit dominum tom.1,pag.169,col.1

Eadem causa est & esse debet heredis quæ fuit defuncti tom.1,pag.376, col.1

Filius heres post abstentionem hereditatis licet heres iure ciuili remaneat, à prætore tamen loco heredis non habetur tom.2, pagin.344, col.1

Emptor hereditatis in locum heredis substitutus esse intelligitur tom.2, pag.291,col.1

Heredes omnes quotquot sunt vnā vnius defuncti personam representant sicut hereditas tom.2, pag. 182, col.1 eademque cum ipso persona esse censentur ibid.

Inter heredem suum & extraneum magna est differentia etiam quantum ad ius prætorium tom.1, pag. 245, col.1

Heres eiusdem parisque potestatis est cuius fuit defunctus tom.1,pag. 484,col.1

Quo sensu dominus dicatur serui heres tom.1,pag.461,col.1

Heres adeundo hereditatem cum legatariis quasi contrahit tom.1.pag. 19,in fi.

Heres post abstentionem non nisi nomine remanet heres tom.1,pag. 339, col.2

Illicitarum mercium persecutio heredem quoque affligit to.1, pag. 466, col.2

Emptor hereditatis non fit heres tom.1, pag.409. col.1,& 2

Emptor hereditatis vicem heredis obtinet tom. 1, pag 409, col.2

Heres, actio.

Etsi remanere omnes actiones directæ penes heredem qui etiam post restitutionem remanet heres,sunt tamen inutiles & inefficaces propter exceptionem quæ ex Trebelliano competit restitutæ hereditatis tom.1,pag.581, col.1

Non est verum in strictis quoque iudiciis vnum ex pluribus heredibus totius rei restituendæ facultatem habentem solum in solidum conueniendum & condemnandum, si tales sint cum quibus possit vindicatio concurrere secus in iudiciis bonæ fidei tom.1,pag. 598,col 1,& 2

Cur in condictione furtiua & in actione in factum quæ descendit ex interdicto vnde vi, vnus ex pluribus heredibus qui furtum, vel vim fecit in solidum teneatur si rem solus possideat tom.1, pag 598,col.2

In heredem transeunt omnes actiones repræsentatoriæ quæ contra defunctum competebant tom. 1, pag. 486,col 1

Actio in factum quæ competit ex edicto de edendo licet stricti iuris sit, proximè tamen accedit ad actionem ad exhibendum, ideo datur contra verum in solidum si solus penes se rationes habeat tom.1,pagin.598, col.2

Heres commodatarij pro ea parte qua heres est actione commodati conueniri potest tom.1,pag.597, col.1,& 2, & 598,col.1,& 2

Heres, commodatum.

Si ex pluribus commodatariis heredibus vnus restituendæ rei totius, facultatem habeat, solus ille in solidum & conueniendus & condemnandus est tom.1, pag. 598, col.1 & cur ita ibid.

Heres,condicio.

Institutus sub ea condicione si iurauerit se heredem esse non est institutus sub condicione suspensiua tom. 1,pag.245,col.2

Heres, fideicommissarius, lex.

Voluntas est legis Falcidiæ, & Senatusconsulti Pegasiani, vt possit heres etiam inuitus quartam ex legatis, & fideicommissis detrahere, non etiam vt detrahat inuitus tom.1, pag.404, col.2

Heres,fiscus.

Ex bonis alienari prohibitis propter accusationem fisci tenetur heres in solidum si ea fuerint à reo alienata, quāuis ad heredem nihil peruenerit tom.1, pag.467,col.2

Heres fideicommissum.

Heres heredis indigni fideicommissum ex bonis fisco restituendis deducendum,deducere non potest,sicut nec ipse heres indignus tom. 1, pag. 466,col 2

Heres odiosum.

Quod odiosum & personale est,personam egredi non debet, nec ad innocentem eius heredem transire tom. 1,pag.472,col.2

Heres pactum.

Pactum falsi heredis,neque prodesse neque nocere debet vero heredi tom.1,pag.582,col.1,& 2

Heres peculium.

Quicquid accedit hereditati vel decedit, id heredi cedit. Idem de peculio dicendum tom.2,pag.245,col.1 & 2

Heres, querela.

Per querelam inofficiosi post quinquennium motam qui semel est heres desinit esse heres tom.1,pag.332,col.2

Heres, procurator.

Plures debitoris heredes licet pro parte hereditaria tantum teneantur, vnum tamen procuratorem tantum contra creditorem agentem constituere debent,secus plures creditoris heredes tom.2, pag.16,col.1,& 2

Hodie.

Dictio hodie in stipulationibus non tam pro certo die ac tempore adiecto haberi debet, quàm vt præsens ostendatur esse responsum ac si pura omnino esset stipulatio tom. 1, pagin. 523, col.1

Dictio hodie non facit vt stipulatio in diem facta videatur, sed potiùs vt præsens & pura sit tom. 1, pag 523, col.2

Dictio hodie stipulationem vitiat quando eam facit impossibilem tom. 1,pag.523,col.2

Homo.

Semper quantum fieri potest de hominis cuiuslibet fortuna & facultatibus sperat ciuilis legislator tom.2,pag. 234,col.1

In hominum commercio non est qui in rerum natura nō est ne spe quidem tom.1,pag.465,col.2

Hominum causa & merces & cæteræ res omnes comparatæ sunt tom.2,pag. 27,col.1

Homo, equus.

Equus est diuiduus sicut & homo tom. 1, pag. 313, col. 2, scilicet de iure non de facto.

Honestum.

Quod honestè facere non possumus nec facere nos posse credendum est tom 1,pag.455,col.1

Cum præcepto honestè viuendi omnia pugnant quæ turpitudinis maculam & participationem aliquam habent vel minimam tom. 1, pag. 148,col.1

Honestas.

Publicam honestatem offendi nullo casu ius nostrum patitur tom.1.p. 322,col.2

Hypotheca.

Fauor publicæ vtilitatis omnia ferè priuilegia tacitæ hypothecæ & prælationis induxit tom.1. pag. 59, col.1

Mutuans in refectionem domus habet priuilegium hypothecæ secus mutuans ad emptionem tom.1,pag.59, col.1,& 2

Mutuans ad emptionem nauis habet priuilegium hypothecæ sicut mutuans ad refectionem tom. 1, pag. 59,col 2

Creditor pignoratitius ignorans rem hypothecæ datam esse alienam habet actionem vtilem hypothecariam contra debitorem sine probatione dominij aut possessionis cuius quæstionem refere debitor non potest tom.1,pag. 733, & 734

BIU Cujas

Creditor hypothecariam actionem vel directam, vel vtilem contra tertium possessorem exercere non potest quin probet rem pignori datam non quidē in dominio, sed saltem in bonis debitoris fuisse eo tempore quo pignori dabatur tom.1,pag 733,& 734

An melior sit conditio creditoris agentis interdicto Saluiano quàm actione hypothecaria aut iudicio Seruiano tom.1, pag.734,col.1,& 2

Creditor hypothecarius agens interdicto Saluiano ad pignoris possessionem recuperādam non tantum possessionem, sed etiam dominium probare debet tom. 1, pagin. 734, col.2

Actio vtilis Seruiana quæ & hypothecaria dicitur tandiu durat quandiu creditori solutum non est, aut aliter eo nomine satisfactum tom. 2, pag. 337,col.1

Actio quam interpretes vulgò hypothecariam vocant, prudentes elegantius quasi Seruianam quod inducta sit ad exemplum actionis Seruianę. Interdum etiam pignoratitiam tom. 1, pag.643,col.2

Per actionem hypothecariam actor nunquam petit rem suam, sed alienam sibi obligatam tom. 1, pagin. 225, col.1

Hypothecario creditori non permittitur sua auctoritate vel debitum exigere, vel pignus vindicare nisi de eo expressa conuentio facta sit tom.1,pag. 644 col.1

Cur pactum nudum hypothecæ quo conuenerit vt res aliqua pro debito sit obligata, pariat actionem tom 1,pag. 546,col.1

Quomodo intelligendum sit, Actionem hypothecariam non longè admodum ab actione pignoratitia distare tom.1,pag 643 col.2

Per hypothecariam auocatur sola & nuda possessio, sed ad eum finem vt auocata possessione creditor possit pignus vendere & tradere to.1,pag.735, col.1

Creditor agens hypothecaria directa contra tertium possessorem siue habentem titulo singulari causam lucratiuam à debitore, siue onerosam probare debet rem fuisse in bonis debitoris tom.1,pag.734,col.1

Ad dandam vtilem hypothecariam creditori. non sufficit vt idem sit dominus debitor, sed præterea ille ipse qui conuenit de pignore rei alienæ debet domino succedere secus si dominus ipse successerit debitori tom. 1, pag. 736,col.2

Obligatio hypothecaria licet sit realis, quia tamen accessoria est ad personalem & principalem obligationem ex eo plurimum mutuatur. tom.1,pag. 672,col.2

Hypothecaria actio directa est, nec vllam habet contrariam tom. 1, pag. 643,col.2

Hypotheca nudo consensu contrahi potest tom.1,pa 643,col.1

Tacita generalis hypotheca mulieri non competebat in bonis mariti pro repetitione dotis iure veteri, sed tantum iure nouo tom.1.pag.682, col.2

Hypothecaria actio directa præcisam dominij probationem omnino exigit, adeoque inspecto tempore contractus tom.1,pag.733,col.1, secus vtilis

Hypothecaria actio non competit nisi de pignore non tradito sed nuda conuentione obligato vt pignoris possessionem quam nondum habuit nanciscatur tom.1,,pag.644,col.1

I

Iactare.

IActare difficile quisque suum & vtilitates suas negligere præsumendus est tom.1,pag.738,col.1

Iactura.

Nemini res iustius perire potest quā domino tom. 2. pag. 28, col. 2

Iactus.

Mercium iactarum domini qui merces suas gerendas locauerant magistro, cum eo agunt ex locato, deinde ipse ex conducto cum reliquis quorum merces saluę sunt vt damnum & detrimentum omne proportione communicetur tom.2,pag.25,col.2

An ei cuius merces ex quacumque causa deteriores factæ sunt conferri debeat ab eo qui etiam suarum mercium iactum fecisset, an verò ab aliis tantum quorum res propter iactum & saluæ & integræ fuissent tom. 2, pag. 35, col.2

Arbore aut alio nauis instrumento vi tempestatis deiecto contributio nulla debetur ab iis qui in mari sunt secus si ex voluntate vectorum communis periculi remouendi causa deiciatur t.2,p.31,col.1,& 2

Iactus mercium in mare non venit in tributum nisi cùm nauis salua est tom 2,pag.32,col.2

Res in mare iactæ an maneant domini, an verò pro derelicto habeantur? tom.2, pag.30,& 31 & an earum furtum fieri possit tom. 2, pag. 31, col.1 & 2

Cur lata sit lex Rhodia de iactu tom. 2,pag.24,col.1,& 2

Ignorans.

Nemo intelligitur in iudicium deducere illud ius quod sibi competere ignorabat tom.2,pag.272,col.2

Ignorantia.

Quo casu prosit ignorantia? tom.2, pag.121,col.2

Ignorantia seu inscientia non mutat id quod in rerum natura verum est t.2.p.136,c.1

Proprij facti ignorantiam prætendere non licet cùm agitur de damno vitando tom.1, pag.363,col.2

Ignorantia facti alieni semper est probabilis tom 1 pag.375,col.1

Ignorantia non tantùm facti, sed etiam iuris in minore annis 25, semper tolerabilis est tom.2,pag.111.col.1 multo magis in pupillo ibidem sed in minore non nisi causa cognita ibid.

Ignorantia fideiussoris nocet reo to. 1,p.412,col.1,& 2

Alieni facti ignorantia semper probabilis tom.1, pag. 412, col.2

Alieni facti semper probabilis est ignorantia tom.1,pag.733,col.2

Nemo potest proprij facti ignorantiam obtendere tom.2,pag.136,col.1

Facti alieni ignorantia tolerabilis est sed non item facti proprij t.2,p.326,c.1

Iusta & probabilis ignorantia illa est quæ bonam fidem inducit tom.1,pag. 85,col.1

Probabilis est ignorantia facti alieni tom.2,pag.397,co.1

Ignorantia quæ præsumitur in minore admittit probationem in contrarium tom.2,pag.111,col.2

Differentia inter ignorantiam quæ est in pupillo & eam quæ est in minore pecuniam filiofamilias mutuante tom. 2, pag. 112, col.1

Illatio.

Illatio bonorum mobilium profecta traditione habenda est t.1.p.671, col.2

Immixtio.

Is bonis patris se immiscere dicitur qui remoto familiæ vinculo pro herede gerere videretur tom 1,pag.430, col.1

Impedire.

Quod per aliquem stat quominus fiat pro facto haberi debet in eius præiudicium tom.1,pag.67,col.1

Impensæ.

Impensæ necessariæ dicuntur, quæ si factæ non essent, res aut peritura esset, aut saltem deterior futura tom. 1, pag.705,col.1

Impensæ modicæ in re aliena factæ repeti non possunt si impendens lucrum aliquod ex ea percipiat secus si nullum percipere possit t.1,p.637,col. 1, & 2

Impensæ necessariæ minuunt dotem t.1.p.705,col.2

Impensæ ab initio necessariæ tales esse desinunt statim atque ad eam vsque quantitatem ascendunt quæ pluris sit quàm quanti res ipsa est t.1,p. 706,col.1

Bonæ fidei possessor retentionem habet impensarum, secus verò malæ fidei possessor,& ratio differentiæ t.1,p. 392,col.1,& 2

Melioris conditionis est prædo in retentione impensarum quàm male fidei possessor,& ratio differentiæ t.1,p. 392,col.2

In habenda ratione impensarum nō est adhibenda distinctio an sint magnę an modicæ nisi in contractibus solius accipientis gratia celebratis t.1,p.655, col.2

Impensæ voluptariæ neque à creditoribus peculiariis, neque à procuratore actione mandati, neque à negotiorum gestore absentis actione negotiorum gestorum repeti possunt t.2,p. 280,col.1

Qui impensas in aliqua re fecit si non omnes ei præstentur, potest cæteras tollere quę sine detrimento rei tolli possent tom.1, pag.706, col.2

An malæ fidei possessor impensas repetere possit t.1,p.494,c.2

Omnia sunt Cæsaris imperio scilicet non dominio tom. 1, pag. 467, col.2

Impossibile.

Impossibilium siue naturaliter, siue ciuiliter nulla obligatio est tom.1, pag.24,c.2,in fi.

Impossibilium nec est obligatio nec esse potest t.1,p.523,c.1

Tempus impossibile adiectum solutioni in stipulatione vitiat stipulationem tom.1,pag.522,c.2

Omnes

BIU Cujas

Omnes contractus rei impossibilis adiectione vitiantur tom. 1, pag. 522, col. 2, secus vltimę voluntates, & ratio diuersitatis ibid.

Impossibilis.

Iniquum est facto & culpa stipulatoris ad rem penè impossibilem vrgeri & condemnari promissorem tom. 1, pag. 535 col. 2

Reus qui ab actore ad rem penè impossibilem vrgetur debet absolueri, & per remedium cautionis actori satisfacere to. 1, pag. 535, col. 2

Impossibilitas.

Impossibilitas excusat & à pœna & à mora tom. 2, pag. 40, col. 1

Impossibilitas iuris impossibilitati facti passim æquiparatur tom. 1, pag. 452, col. 1

Impubes, pupillus.

Differentia inter pupillum & impuberem tom. 1, pag. 216, col. 2

Impubes.

Quisquis pupillus est, impubes est, sed non è contra quisquis impubes est pupillus est tom. 2, pag. 64, col. 2

Incendium.

Incendium nunquam sit sine culpa inhabitantium, aut saltem perraro tom. 1, pag. 641, col. 1

Incertitudo.

Incertitudo vitiat obligationem si nesciri possit quid & quantum debeatur tom. 1, pa. 564, col. 1

Illa demum incertitudo vitiat quæ certitudinem nullam admittit neque per relationem ad præteritum tempus, neque ex futuro euentu habente causam de præterito tom. 1, pag. 565, col. 2

Incertum.

Qui factum stipulatur, incertum stipulatur tom. 1, pag. 17, col. 2

Id quod interest semper incertam quantitatem continet tom. 1, pag. 363, col. 2

Iura omnia etiam certæ rei incerta esse intelliguntur tom. 1, pag. 363, col. 2

Quicquid in faciendo aut in non faciendo consistit incertum esse intelligitur tom. 1, p. 363, col. 2

Quicquid in faciendo aut in non faciendo consistit, incertum esse intelligitur to. 1, pag. 363, col. 2

Taxatio faciendæ per iudicem efficere non potest quo minus id quod taxandum est sit ab initio incertum to. 1, p. 18, col. 1

Res incerta in stipulationem puram deducta suspendit exercitium stipulationis licet non suspendat actionem & obligationem ipsam tom. 1, pag. 78, col. 2

Incestum.

Quodnam sit incestum de iure gentium, quodnam verò de iure ciuili tom. 1, pag. 456, col. 1 & 2, & quodnam ciuile.

Non potest finem accipere quod initium non habuit tom. 1, pag. 175, col 1

Non potest desinere esse quod nunquam incepit tom. 1, pag. 203, in fi.

Inclusio.

In mandato sicut in cæteris fere omnibus inclusio vnius est exclusio alterius tom. 1. pag. 673, col. 2

Inclusio vnius exclusio est alterius tom. 1, pag. 279, col. 1, in fi.

Incontinenti.

Ea quæ incontinenti fiunt videntur inesse tom. 1, pag. 81, col. 2

Indebitum.

Exceptio litispendętiæ aut declinatoriæ nõ parit condictionem indebiti tom. 1, pag. 325, col. 2

Quæ personæ faciant locum repetitioni indebiti to. 1, pag 325, & 326

Cur negotiorum gestor indebitum soluendo ei cuius negotium gestum est, non habeat condictionem indebiti tom. 2, pag. 279 col. 1

Ei qui indebitum repetit & fructus & partus restitui debent deducta impensa tom. 1, pag. 437, col. 1, & 2

quod implendæ conditionis causa quis dedit vt fideicommissum sibi restitueretur ab instituto hereditatẽ repudiante condictione indebiti datum repetere potest tom. 1, pag. 394, col. 1

Legata ciuiliter indebita neque naturaliter debentur tom. 1, pag. 388, col. 2

Cum amplius solutum est quàm debebatur, nec inuenitur pars quæ repeti possit totum esse indebitum intelligitur manente pristina obligatione tom. 1, pag. 373, col. 2

Tutor indebitum de suo pupilli nomine solutum potest pupillo imputare in rationibus tutelæ reddendis tom. 1, pag. 423, col. 2

Indebitum est non tantum quod omnino non debetur, sed & quod alij debetur si alij soluatur, aut si id quod alius debebat alius quasi ipse debeat soluat tom. 1, pag. 440, col. 1, & 2, & pag. seq.

Indebitum debet esse tale eo tempore quo soluitur tom. 1, pag. 332, col. 1

Indebitum quatuor modis accipitur tom. 1, pag. 324, col. 1

qui soluens stipulatur rem indebitam sibi reddi nullam habet condictionem indebiti, sed actionem ex stipulatu tom. 1 pag. 331, col. 1

Indebitum illud duntaxat dicendum est quod nullo prorsus iure debetur, neque naturali neque ciuili tom. 1, pa. 326. col. 1

An procurator de pecunia & nomine domini soluens possit repetere indebitum solutum si dominus ratam non habeat solutionem tom. 1. pag. 340, col. 1

Indebitum est quod omnino non debetur tom. 1, pag. 343, col. 1

Falso herede ante motam hereditatis controuersiam legata quamuis indebita soluenti si legatarius fiat non soluẽdo periculum pertinet ad verum heredem non ad falsum tom. 1, pag. 336, col 2

Indebitum quasi mutuum & pro mutuo est tom 1, pag 438, col. 1

Indebitum dici non potest id ad cuius solutionem vrgeri & cogi quis potest tom. 1 pag 396, col. 1

quibus ex causis detur indebiti repetitio tom. 1, pag. 433, col. 1, & 2

Indebitum, pupillus.

Indebiti condictionem pupillo per tutorem quæsitam potest pupillus ipsi tutori cedere si malit potius quàm cõtra falsum creditorem fortassis inopem condictione agere vt eam condictionem tutor periculo suo exerceat tom. 1, pag. 423, col. 2

Indefinitum vniuersale.

Indefinita locutio restringenda est ad terminos habiles sicut & vniuersalis tom. 1, pag 225, col. 2

Indemnis.

Postquam qui cœpit agere cum fideiussore indemnitatis in id quod minus seruare potuit à debitore principali, debitor principalis factus est locupletior an possit fideiussor indemnitatis & debeat condemnari tom. 1, pag. 95, col. 2

Indemnitas.

Omnis indemnitas in pecunia præstanda est tom. 1, pag. 44, col. 2

Indemnitatis fideiussor non est verus debitor tom. 1 pag. 93, col 1

Nemo rem suam ideo amittere cogendus est quod indemnitatem ab alio consequi possit tom. 1, pag. 68 col. 1

Fideiussor indemnitatis per condemnationem principalis debitoris non liberatur, sed per solutionem t. 1, p. 94, c. 2

Fideiussor indemnitatis non est obligatus antequam actum sit cum principali vt sciatur quantum debeat fideiussor, & quãtum à principali exactum sit, nisi aliunde sciatur tom. 1, pag. 94, col. 1, & 2

Fideiussor indemnitatis per electionem principalis debitoris non liberatur, sed per exactionem & perceptionem tom. 1, pag. 95, col. 1

Fideiussor indemnitatis ad quid teneatur, & quando possit conueniri tom. 1, pag. 93, col. 1, & 2

Fideiussor indemnitatis electione debitoris cum quo actum est non liberatur, sed solutione tom. 1, pag. 93, & 94

Fideiussor indemnitatis ante excussum principalem debitorem soluens, habet condictionem indebiti tom. 1, pag. 93, col, 2

Indicare, condicere.

qui à delinquente pecuniam accipit ne eum indicet condictione tenetur tom. 1, pag. 316, col. 1, & 2

Indicare.

Nemo cogitur furem indicare instãte priuato cui furtum factum est siue per actionem siue per officium iudicis id postuletur secus instante & vrgente magistratu tom. 1, pag. 316, col. 2

Indiuiduum.

Cur contractus sint indiuidui tom. 1, p. 451, col. 2

Stipulationes non diuiduntur earum rerum quæ sunt indiuiduæ tom. 1, pag. 451, col 2

Indiuisibile.

Substantiæ & essentiæ rerum & contractuum sunt indiuisibiles tom. 1, p. 632, col. 1

Indiuisum.

Is qui alicuius rei pro indiuiso dominus est totam rem potest suam dicere tom. 2, pag. 140, col. 2

Infamia.

Ingenuis personis grauior est metus infamiæ quàm mortis tom. 2. pag. 53, col. 1

Infans furiosus.

Furiosi & infantes omni affectu carent, cùm nec animum nec vllum ferè sensum habere intelligantur tom. 1, pag. 459, col. 1

BIU Cujas

Inficiatio.

Actio per inficiationem crescens habet locum non solum si factum negetur, sed etiam si qualitas facti tom. 1, pag. 169, col. 2

Inficiatio falsa quamuis furtum non sit tamen prope furtum est si fiat contra dominum secus contra alium nomine domini petentem si negetur esse procurator tom. 2, pag. 407, col. 2

Non tam punitur inficiatio quàm inficiantis mendacium & calumnia to. 1, p. 169, c. 2

Inficiatio, repetitio.

Quæ per inficiationem crescunt si soluta sint, quamuis indebita repeti non possunt tom. 1, pag. 385, col. 2

Infinitas.

Infinitas non minus à legibus quàm à natura & philosophia vitanda tom. 1, pag 221, col. 1

Inofficiosum.

Querela inofficiosi non competit nisi post aditam hereditatem tom. 1, pag. 2, 6, col. 1

Inopia, debitor.

Inopia debitoris quisquis ille sit nũquam extinguit actionem ipso iure, sed tantum inanem & inefficacem eam constituit tom. 1, pag. 480, col. 2

Iniquitas.

Iniquitas non est toleranda tom. 1, pag. 367, col. 1

Quoties nihil sine captione inuestigari potest, id eligendum semper est quod minimum habeat iniquitatis tom. 1, pag. 440, col. 1

Initium.

An nihil interfit vtrum aliquid ab initio sit tale, an verò ex postfacto deueniat tale tom. 1. pag 447, col. 2

Redire nihil potest ad id, à quo nũquam absceſſerit tom. 1, pag. 448, col. 2

Maioris sunt momenti quæ ab initio fiunt quàm quæ ex postfacto to. 1, pag. 29, col. 1

In contractibus & in obligationibus omnibus initium duntaxat spectãdum est non progressus aut exitus negocij tom. 1, pag. 447, col 1

Iniuria.

Æstimatio iniuriæ nunquam fit per iusiurandum actoris, sed semper officio iudicis tom. 1, pag. 388, col. 2

Executio iuris non habet iniuriam tom. 1, pag. 330, col. 2

Non potest videri facta iniuria ei qui semel voluit, licet hodie nolit tom. 1, pag. 661, col. 2

Volenti non fit iniuria tom. 1, pag. 373. col. 1

Volenti & consentienti non fit iniuria tom. 1, pag. 4, col 2

Volenti non fit iniuria tom. 1, pag. 561, col. 1

Iniuria, actio.

Non omnis actio iniuriarum est honoraria, sed est aliqua ciuilis tom. 2, p. 392, col. 2

Iniuria, furtum.

Iniuria sine animo non fit, vt neque furtum tom. 2, pag. 393, col. 1

Insinuatio.

Insinuationes tacitæ non requirunt insinuationem secus expressæ tom. 1, pag. 444, col. 2

Instans.

Instans mortis tribuitur vitæ non morti tom. 1, pag. 489, col. 2

Institor.

Quis sit institor tom. 2, pag. 66, col. 1, & 2

Differentia inter procuratorem & institorem tom. 2, pag. 66, col. 1

Institor proscriptus detrahendo proscriptionem ne contrahentes sciant eum non esse amplius institorem, obligat institoria dominum ex contractu suo tom. 2. pag. 54, col. 2

Nomen & officium institoris est vilissimum tom. 2, pag. 2, col 1

Reipublicæ interest institorio appellationem propagari potius quàm coarctari tom. 2, pag. 44 col. 2

Etiam muliones institores dici possunt tom. 2. pag. 44, & 45

Institorum nomen & officium vilissimum tom. 2. pag. 45, col. 2

Qui negotiationem habent quæstuosam, suos habere possunt institores tom. 2, pag. 45, col. 1, & 2

Institor alium institorem præponere potest, qui licet institor propriè non sit, sed quasi institor, præponentem institorem non autem dominum prioris institoris ex suo contractu obligat, non institoria, sed quasi institoria to. 2, p. 45, col 1, & 2

Ex contractu institoris à negotiorum gestore præpositi post ratihabitionem dominus obligatur tom. 2. pa. 50, col. 1, & 2

Quæ personæ institores præponere, & præponi possunt tom. 2. p. 51, col. 1, & 2

Differentia inter exercitores & institores ad hoc vt præponere vel præponi possint? tom. 2, pag. 51, col. 1, & 2

Institor venditioni præpositus arras nomine venditionis accipiendo, obligat dominum tom. 2, pag. 48, col. 1, & 2

Institor in totum contrahere prohibitus à domino, vendere ne modicum quid ex taberna non potest tom. 2, pag. 55, col. 1, & 2

Institor à tutore vel cum pupillo, vel sine pupillo præpositus contrahendo pupillum obligat institoria tom. 2, pag. 49, & 50

Institor ad aliquod negotium præpositus pecuniam ad illud negotium necessariam mutuando dominum obligat nisi contradixerit tom. 2, pag. 47, col. 1, & 2

Etiam in speciali negotiatione aliqua potest dominus vtiliter institorem prohibere licet in aliis remaneat institor tom. 2, pag 55, col. 1

Dominus institorem remouendo an palam proscribere possit ne cum eo contrahatur tom. 2, pag. 53, col 1, & 2

Dominus institorem palàm proscribendo quid consequatur tom 2, pag. 53, & 54, quid verò proscribendo seruum institorem tom. 2, pag. 54

Institor plerumque procurator, plerumque negotiorum gestor est tom. 2, pag. 42, col. 1, & 2

Institor citra præpositionis conditiones contrahendo non obligat dominum to. 2, pa. 55, col. 1

Qui institores dici possunt, & ex quorum cõtractibus ij qui illos præposuerunt teneantur tom. 2, pag. 44, col. 1, & 2

qui seruum alienum præposuit institorem si postea prohibeat ne cum eo contrahatur, non potest ex contractu talis serui obligari, sed solus dominus serui tenetur tom. 2, pag. 62, col. 2

Cur institor eo nomine appelletur, & cui rei sit præpositus tom. 2, pag. 42, in fi. & 43

Institor dominum actione institoria obligat per quamcumque negociationem quæstuariam tom. 2, pag. 43, col. 1, & 2

Ex sola patientia videtur quis institorem præponere tom. 2, pag. 106, col. 1, & 2

qui in negotiis omnibus præpositus est in omnibus obligat dominum institoria actione in solidum tom. 2, pag. 106, col. 1, & 2

Institor etiam post depositum institoris officium ex suis contractibus rectè conuenitur tom. 2, pag. 70, col. 2, in fin.

qui certæ tantùm negociationi à domino præpositus est, in cæteris non modo non præpositus, sed etiam prohibitus esse intelligendus est tom. 2, pag. 69, col. 1

De domino prohibente in parte ne cum institore contrahatur tom. 2, pag 55, col. 1, & 2

Institor à tutore præpositus morte tutoris non desinit esse institor nisi vel à pupillo vel ab aliis tutoribus remoueatur tom. 2, pag. 64, col. 1, & 2

Institor eatenus præponentem dominum obligat quatenus contrahit vt institor tom. 2, pag 47, col. 1

Heres vtens institore à defuncto præposito tenetur institoria ob contractũ institoris tom. 2, pag. 49 col. 1

Per mortem præponentis institorem, officium institoris finitur tom. 2, pag. 65, col. 1, & 2

Institor, circuitor.

Circuitores, id est quibus vestiarij vel lintearij dant vestes vel lintea distrahenda dant, institores sunt, & dominos actione institoria obligant tom. 2, pag. 44, col. 1, & 2

Institor, proscribere.

quid sit palàm proscribere institorem? to. 2, pag. 53, col 1, & 2, & 54

Institor, obligare.

Institor scribens se habere mille alicui numeranda officio tantum institoris ad fidem mensæ protestandã ex ea scriptura conueniri non potest tom. 2, pag. 70, col. 1, & 2

Institor, seruus.

Seruo pecuniis fœnerandis præposito si is aliquid pro eo qui pecuniam fœnerauit aliquid per delegationem alij promisit à domino serui peti potest tom. 2, pag. 69, col. 2

Institoria.

Dominus actione institoria obligatus ob contractum institoris nouatione liberatur tom. 2, pag. 59, col. 1, & 2

Ex pluribus eundem institorem licet ex disparibus partibus præponentibus tenetur eorum quilibet in solidum tom. 2, pag. 59, col. 1, & 2

Heres ex contractu institoris ante aditam hereditatem cum ignorantibus mortem defuncti celebrato tenetur actione institoria to. 2. pag. 49, col 1, & 2

Ex delicto pollinctoris datur etiam actio quasi institoria contra libitinarium tom. 2, pag. 45, & 46

Quomodo pistor actione teneatur institoria nomine serui? tom. 2, pag. 46, col. 1, & 2

BIU Cujas

Ex institorum nostrorum contractibus iure prætorio possumus obligari & conueniri,& actione institoria to.2 pag.41,c.1

Actio Institoria est merè prætoria & honoraria t.2.p.41.col.1,

Actio Institoria datur contra dominum qui institorem præposuit,sed non ei ipsi competit contra eos qui cum institore contraxerunt t.2,p 42col 1

Quo casu procurator generalis, qui tamen liberam rerum omnium administrationem non habet,ex suo contractu dominum obliget quasi institoria tom 2.pag.66,& 67

Dominus institorem præponens obligatur institoria ex contractu institoris,licèt inter contrahentes obligatio cadere non possit tom.2, pag.56.& 57,col.1,& 2.& 58, col.1,& 2

Pignus acceptum ab institore venditioni præposito soluto precio debet à domino per actionem institoriã præstari tom.2.pag.48,col.2

Fideiussor institoris rationem habet institoriam contra dominum tom. 2, pag.49.col. 1,& 2

Institoria non tenetur dominus cuius institor de ea re contraxit cui præpositus non est tom.2,pag.47.c.2

Præpositus ad emendum vendendo præponentem non obligat institoria,nec è contra tom.2,pag.47,col. 1,& 2

Fullo ab alio fullone præpositus discipulis, si vnus ex discipulis fullonis præponentis aufugiat,non tenetur institoria, sed tantùm præponens fullo tom.2,pag.46. col.1, & 2

Prohibitus contrahere,si agat institoria repellitur exceptione, nisi in quantum præponens factus est locupletior tom.2,pag.65,col 1, & 2

Casus in quo is qui agit institoria probare cogitur locupletiorem factum esse dominum institoris aut succumbere, cùm regulariter contrarium obtineat tom.2,pag.65,col.2

Qui cum defuncti institore ante aditam hereditatem contraxerunt ita demum institoriam actionem sibi acquirunt contra futurum heredem, si mortem defuncti ignorarunt, excepto pupillo, contra quem etiam datur iis actio qui sciuerunt mortem defuncti tom.2.pag.63,col.1,& 2

Ex contractu villici dominus actione institoria non tenetur, nisi etiam ad quæstuariam negotiationem præpositus sit tom. 2, pag.61,col.1,& 2

Adiectio alterius obligationis institoriam non extinguit tom. 2. pa. 68,col.1 & 2

An actio institoria detur ex contractu ante aditam hereditatem inito ei qui eo contractus tempore sciebat iam defunctum patremfamilias & iacere hereditatem, etsi furiosus heres existat tom.2 pag.64,col.1,& 2

Institoria actio non aliter datur, quã si is qui cum institore contrahit alicuius mercis nomine, sciat institorem ei merce comparandæ præpositum tom. 2,pag. 13, col.2

Tutor,curator & procurator institorem præponentes pupillum, minorem & dominum obligant institoria per contractum ab institore celebratum t.2,p 49.& 50

Ex contractibus insulariorum & eorum qui ædificio sunt præpositi tenentur in solidum domini qui eos præposuerunt ad exemplum institoriæ actionis potius quam actione institoriat.2, pag.43,& 44

An actio ex contractu institoris dari possit ei qui institorem præposuit contra eum qui cũ institore contraxit si aliter rem seruare non possit is qui institorem præposuit tom.2, pag 42, col. 2

Non alia de causa is qui institorem præposuit tenetur actione institoria quàm quia eum præposuit, & quatenus eum præposuit tom.2,pag. 55,col.1

Præpositus ad vendendum emendumque oleum mutuum accipiendo oleum obligat dominum institoria to. 2,p.48,col.1,& 2

Probatio mandati ad quasi institoriam inducendam omnimodo exigitur t.2,p.67,c.1

Conditio & forma præpositionis institoris seruanda est nisi possit domino imputari variatio, alioqui dominus ex contractu institoris non tenetur to. 2,p.55,c.1,& 2

Condictio cum actione institoria concurrere potest & quoniã condictio t.2,p.66,c.1,& 2

An mutatione status institoris, mutetur actio institoria tom.2, pag. 68,col.1,& 2

Pupillus sine tutoris authoritate institorem præponendo non aliter obligatur institoria, quàm si per negociationem institoris sit factus locupletior t.2,p.51,c.1,& 2,& p.52

Contra procuratorem omnium rerum institorem præponentem etiam institoria dari potest tom. 2, pag. 50,col.1,& 2

Seruus mensurarius aut argentarius dominum præponentem institoria actione obligat tom.2,pag.44,col. 1,& 2.

Aduersus dominum qui mandauit procuratori vt mutuo pecuniam acciperet datur vtilis quasi institoria t. 2, p.66,c.1,& 2

Ex venditione institoris dominus & ad traditionem & actione adhibitoria tenetur tom.2, pag.62,col.1,&2

Actio institoria & heredi & in heredem datur tom.2, pag. 61,col.1,& 2

Pupillus institor præponentem,obligat institoria tom.2,pag.51,col.1,& 2

Institoria seruus.

Ex fideiussione,aliáve intercessione serui, qui æs alienum per eam intercessionem susceperit, cùm fœnerandis tantum pecuniis præpositus esset non adstringitur dominus iure prætorio & actione institoria tanquam ex contractu institoris t 2,p.60,c.1,& 2

Institutio.

Testamentum ex institutione vires accipit, totaque vis testamenti ex heredis institutione pendet tom.1,pag. 334,col.2

Instrumentum.

Prætextu instrumentorum postea repertorũ neque transactio neque sententia retractatur. tom 1, pag.335, col.1

Non est cogendus creditor vt venditionis instrumẽtum debitori exhibeat, tum quoque cùm exhibere & potest & debet nisi oblata per debitorem, cautione de eo quandocunque creditori restituendo tom. 1, pagin. 738, col 2

Intellectus.

Intellectus l,1,§,ad hæc C. de annal. except. t.1.p.373,col.1

Intellectus l.vlt.C.rer. amotar. tom. 1,pag.476,col.2

Intellectus l.3,C.de reb.credit. tom. 2 pag 105,col.2

Intellectus,l.scriniarios,8,C.de num. actuar.& chartular. tom. 1, pag. 73,col.2,& 74,col.1

Intellectus l. 1, in princip. D. ad leg. Falcid. tom.1, pag. 328, col.1, circa finem.

Intellectus l.in honorariis D.de act. & ob. t.2.p.91,c.2

Intellectus l.si ex precio 6, C. si cert. pet. t.1.p.43.c.2

Intellectus l.pecuniam 79, D.de solut. t.1,p.43,c.2

Intellectus l heres 21,D. ad S.C.Trebell. t.1,p.403,c.2

Intellectus l,si mater 6,C.ad Velleianum t.2,p.327,& 343,c.2

Intellectus l.in bonæ fidei 3.C.de iureiur. t 1,p.179,c.1

Intellectus l. sæpe 53, §. vlt. de verb. signif. t.1,p.462,c.2

Intellectus l. peculium,4,§,si opem, D.de pecul. tom.1, pag.462,col.2

Intellectus l.cùm post mortem 43,§.1, versic. quod si mulier.D. de admin & petit.tut. tom.1, pag.296,col.1

Intellectus l.cum Titia testamento,34 §.Lucia Titia de legat.2, tom.1,pag. 727. col.1,& 2

Intellectus l. si eius pupilli 64,D. ad S.C.Trebel. tom.1, pag.385.col.2

Intellectus l.cum precario 21, D. de precar. tom.2,pag.382,col.2

Intellectus l. si lite contestata 35,D. de vsur. tom.1,pag.65,col.1

Intellectus l.2,C.de his quæ vi metusve caus. tom.1, pag 319.col.1

Intellectus l.cum filius 76,§. heres meus,de legat.2 ,to.1 p.448,col.1,& 2

Intellectus l.si fœnebris 13,C ad S.C. Velleian. tom.2,pag.324,col 2

Intellectus l. contractus 23, De reg. iur. tom.1,pag. 603,col.1

Intellectus l.procurator 8, §.1, in fin. D.rat.rem hab. tom 2, pag.367. col.2

Intellectus l si quis postquam 37,D. de fideiuss. tom.1,pag.327, col.1,& 2

Intellectus l.necessariis 57, D. de acquir.hered. tom. 1,pagin.109,col.1,& 2

Intellectus l.1, §. si seruus commissi. de stip.seruor. tom.1,pag. 22,col.2

Intellectus l.vlt.C.quod cum eo to. 2,pag.312,col 2

Intellectus l.toties 44,D. de reg. iur. tom.1,pa. 474 col.1,& 2

Intellectus l. qui seruum 35, D. de oblig.& act. tom.1,pag.237,col.1,& 2

Intellectus l.cum ancilla 11,C. quod cum eo tom 2,pag.140 col 1

Intellectus l.cùm putarem 36, D. famil.erciscc. tom.1,pag.377. col.2

Intellectus l. quia autem 23, D. de iur.dot. tom. 1, pa.286 col.2

Intellectus l.1, §. interest, D. si vent. nom.mul.in possess.missi. tom. 1, pag. 441. col.1

Intellectus l.debitor 59,§. vlt. D. ad S.C.Trebel. tom.1,pag 303 in princ.

Intellectus l in lege 62,§.1,D. ad leg Falcid. tom.1, pag.230,col,1

Intellectus l.si ego,9,in princ. D. de iur.dot. tom.1,pag. 417,col.1

Intellectus l.falsus 19,C.de furt.tom. 1, pa 301,col.2

Intellectus l. qui heredi 44 §.cùm hereditas, vers.sed cum suspectum, de condit.& dem. tom. 1. pag. 394,col.2

BIU Cujas

Intellectus l. in possessionem 6. D. quib. ex caus. in possess. eat tom. 2, pag. 242. col. 1 & 2

Intellectus l. licet 43. in princip. D. de iur. dot. tom. 1, pag. 263. col. 1, & 2

Intellectus l. error 9. C. ad leg. Falcid. tom. 1, pag. 331. col. 1, & 2

Intellectus l. regula 9. § vlt. de iuris & fact. ignor. tom. 1. pag. 331. col. 2

Intellectus l. si seruus 21. D. de acquir. rer. dom. tom. 2, pag. 251. col. 1

Intellectus l. lite contestata 35. D. de vsur. tom. 1, pag. 331. col. 2

Intellectus l. debitor 108, de verb. signif. tom. 1, pag. 660, col. 2

Intellectus l. Marcellus 25, D. de fideiussorib. tom. 1, pag. 385, col. 1, & 2

Intellectus l. 2. §. cum Stichum D. pro emptor. tom. 1. pag. 721, col. 1

Intellectus l. si tutor 9, §. vlt. & l. seq. D. de tut. & rat. distrah. tom. 1, pag 480, col. 1

Intellectus l. si quis vxori 52. §. si quis iurauerit 27, de furt. tom. 1, pag. 132, col. 2

Intellectus l. si quis argentum 35, §. vltim. Cod. de donat. tom. 1, pag. 252, col. 2

Intellectus l. ex placito 3, Cod. de rei permut. tom. 1. pag. 231, col. 2

Intellectus §. rei persequendæ 17, vers. plane si depositi. Inst. de action. tom. 2, pag. 412, col. 2

Intellectus l. patronus 60, D. ad S. C. Trebell. tom. 2. pag. 402, col. 1, & 2

Intellectus l. in executione 85, §. in solidum. de verb. oblig. tom. 2, pag. 415, col. 2

Intellectus l. quidam 12. D. de euiction. tom. 1 pag. 726, col. 1

Intellectus l. contra 6. §. item heres. 4. D. de rer. amot. tom. 1, pag. 476, col. 1, & 2

Intellectus l. vlt. §. 1, D. de ob. & act. tom. 1, pag. 315, col. 2

Intellectus l. vlt. C. de fideicomm. libert. tom. 1, pag 508, col. 1, & 2, & 509, col. 1

Intellectus l. cùm verò 26, §. subuentum, & §. vlt. D. de fideicom. libert. tom. 1, pag. 509, col. 1

Intellectus l. qui restituere 68, D. de rei vindic. tom. 1, pag 509. col. 1

Intellectus l. 1, §. vlt. vt in possess. legat. tom. 1, pag. 339, col. 1 & 2

Intellectus l. videamus 38, § 1, D. de vsur. tom. 1, pag 291, col. 1, & 2, contra Tribonianum

Intellectus l. liberum 9, D. de relig. & sumpt. tom. 1. pag. 468, in fi. & seq.

Intellectus l. cum enim. 7. D. de noual. tom. 1, pag. 26, col. 1

Intellectus l. qui hominem. 3. D. pro suo. tom. 1, pag. 354, col. 1

Intellectus l. ob res amotas 24. D. rer. amot. tom. 1, pag. 478, col. 2

Intellectus l. 2, D. de condict. indeb. tom. 1. pag 295, in fi.

Intellectus §. in bonæ fidei Instit. de action. to. 1, p. 540, col. 2

Intellectus l. qui per collusionem 49, § 1, D. de act. empt. tom. 1, pag. 544, col. 2

Intellectus §. his verbis Inst. de leg. Aquil. to. 1, pag. 465, col. 1

Intellectus l. si quis vxori 52, §. si quis massam. D. de furt. tom. 1, pagin. 498, col. 2

Intellectus l. 1. in fin. C. rer. amotar. tom. 1, pag. 478, col 1

Intellectus l. hoc iure 29, §. si quis dederit D. de donat. tom. 1, pag. 87, col. 1

Intellectus l. si commissa 13. D. rem rat. haber. tom. 1, pag. 529, col. 2

Intellectus l. commissa 14, D. de public. & vectig. tom. 1. p. 467, col. 1

Intellectus l. 1, Cod. de ordin. iudic. tom. 2, pag. 362 col. 2

Intellectus l. si testamento 49, §. vlt. D de fideiuss. tom. 1. pag. 520, col. 2

Intellectus l. ei qui 9. D de furt. to. 1, pag. 238 col. 1, & 2, & 239, col. 1, & 2

Intellectus l. si dominium 47, D. de furt. tom. 1, pag. 490, col. 1

Intellectus l. vlt. D. de fideiussor. tom. 1, pag. 207, col. 2

Intellectus l, pure 5. in princip. D. de dol. mal. except. tom. 1, pag. 77, col. 1, & 2

Intellectus l. pœnalis 32, D. ad leg. Falcid. tom. 1, pag. 480, col. 2

Intellectus l. 2. §. vlt. D. vi bonor. rapt. tom. 1, pag. 479, col. 2

Intellectus l. si seruus peculiari 32, D. de solut. to. 1, pag. 85, col. 1

Intellectus l. naturales 10. D. de oblig. & act. tom 1, p. 204, col. 1

Intellectus l. penult. C. ad exhibend. tom. 1, pag. 675, c. 1 in fi.

Intellectus l. vlt. C. de compensat. tom. 2 pag. 371, col. 2

Intellectus l. si absentis. 4, C. si cert. pet. tom. 1, pag. 26, col. 2

Intellectus l. cum qui 22, D. de donat. tom. 1, pag. 308, col 1

Intellectus l. qui contra 11, D. de fideiussor. tom. 2, pag. 135, col. 2

Intellectus l. ordinata 24 in princip. D. de liber. cau. t. 2. p. 109, col. 2

Intellectus l. lite cõtestata 35. D. de vsur. tom 1, pag. 114, col. 2

Intellectus l. 1, §. vlt. Ne vis fiat ei qui in poss. tom. 2, pag. 91, col. 1

Intellectus l. 1, si vent. nom. mulier in poss. tom. 2, pag 91 col. 1, & 2

Intellectus l. quod dicitur 5 D. de impens. in reb. dot. fact. t. 2, pag. 155, col. 1

Intellectus l. si hominẽ 30, D. mand. tom. 1, pag. 270 271, 272

Intellectus l. fugitiuus 19. D. de solut. to. 1, pa. 33, col. 1

Intellectus l. si hominem 7, §. 1, D. deposit. to. 1, pag 475 col. 2

Intellectus l. Antistius 61, D. de acquir. hered. to 1. pag. 245, col. 2

Intellectus l. pecuniâ 10, C. de cond. caus. dat. tom. 1, pag 306, col. 2

Intellectus l. 1. C. de reb. alien. non alien. tom. 2, pag. 57, col 1

Intellectus l. si facto quo 14, C. de pact. tom. 1, pag. 58. col. 2

Intentio.

Ex negocij necessitate actus operantur vltra intentionem agentium to, 1, pag. 646, col. 1

Intercedere.

Neque semper intercedit qui delegari se patitur, neque is qui fideiubet si modo in rem suam id faciat tom. 2, pag. 69, col. 2

Qui pro defuncto se obligat non videtur intercedere tom. 2, pag. 355. c. 2

Fieri non potest vt quis pro seipso intercedendo obligetur tom. 2. pag. 333. col. 1

Intercedere est virile officium tom. 2. pag. 322, col. 2

Interceſſio.

Pignoris datio quæ pro alieno debito fit interceſſio est tom. 2. pagin. 355, col. 1

Differentia inter interceſſionem & fideiussionem tom. 2 pag. 342, col. 2

Interdictum.

Nullum interdictum famosum est tom. 1, pag. 696, col. 2

Etiam in interdictis de iure ac proprietate disputari potest, simodo talia sint, vt ad rem familiarem pertineant tom. 1, pag 774, col. 2

Intereſſe.

Intereſſe creditoris ob alibi quàm destinato loco solutionem factam in obligatione deductum, & ante factam solutionem tam à reo quàm à fideiussore peti potest etiam facta totius sortis solutione tom 1. pag. 544, col. 1

In æstimando eo quod interest neque lucri neque damni ratio vnquam habetur nisi quod sit circa rem, non etiam eius quod extra rem, siue quod extrinsecum dicitur tom. 1, pag. 528, col. 1

Fauorabilior causa est eius quod interest ratione damni emergentis, quam eius quod interest ratione lucri cessantis tom. 1. pag. 528, col. 2

Cuius nihil interest neque actio danda est, neque exceptio tom. 1, pag. 691, col. 2

In actionibus strictis non condemnatur reus ad id quod interest si non ipsum quod interest sit in obligatione tom. 1, pag. 528, col. 2

Difficile est probare quanti interfit, non autem an interfit tom 1, pag. 479, col. 2

Id quod interest ante Iustinianum duplum excedere poterat, secus post t. 1. pag. 527 col. 2

Id quod cuiusque interest, nihil aliud est quàm quod ei abest, quodque lucrari potuit tom. 1, pag. 527, col. 2

Neque interesse commune, neque interesse singulare possunt duplũ excedere tom. 1, pag. 528, col. 1

Quoties quis habet actionem ad consequendum id omne quod sua interest tam ratione lucri cessantis, quàm damni emergentis agere potest to. 1, p. 528, col. 1

Eius quod interest duo sunt capita, vnum quod circa damnum emergens versatur, alterum quod circa lucrum cessans tom. 1, pagin. 528, col. 1

Debitor ad diem non satisfaciens, qua ratione teneatur ad id omne quod actoris interest ratione illius diei tom. 1, pag. 214, col. 2

Nihil interesse creditur, quoties interesse dicitur ex non honesta causa tom. 1, pag. 146, col. 2

In executionem & taxationem cõdemnationis, nihil aliud venire potest, quàm quod interest ex honesta causa tom. 1, pag. 147 col. 1

Nemo admittendus est, siue ad agẽdum, siue ad excipiendum, nisi cuius interest tom. 1, pag. 158, col. 2 licèt ab initio interfuerit ibidem.

Non solùm interest hominis beneficio affici hominem, sed etiam prouideri quantum fieri potest, ne cuiquam mortalium iniuria & damnum inferatur, multo magisve libertati & vtilitati commerciorum tom. 1, pag. 701, c. 1,

Tanti cuiusque interest, non modo quantum ei abest, sed etiam quantum lucrari potuit tom. 2, pag. 29, col. 1.

Pura actio ideò est certa & stricta consumit actionem omnem eius quod interest tom. 1, pag. 539, col. 1

Parte sortis soluta officium iudicis tale esse debet, vt æstimet duntaxat quanti actoris interest reliquam partẽ quæ peteretur loco destinato solutam esse to. 1. pa. 514. col. 2

BIU Cujas

Id quod interest æstimatur ex eo quod actori abest, aut quod lucrari potuit tom.1,pa.460.col.1

Id quod interest in ipsa rei persecutione continetur tom.1,pag. 460,col.1

Sublata sortis obligatione nullum debetur interesse veniens ex officio vel arbitrio iudicis, secus debetur autem quod venit iure obligationis, cui officium iudicis potest accedere tom. 1,pa.544,col.1

Nunquam datur condictio ad id quod interest,sed actio præscriptis verbis in eam rem necessaria est tom.1,pa. 270,col.1

De interesse intrinseco & extrinseco to.1, pag.214,col.1

Interesse non videtur nisi quod ex honesta causa intersit tom.2,pag.393, col 1

Id quod interest plerunque egreditur verum rei precium tom.1, pag. 235,col.2

In eo quod interest non minus lucrum cessans quàm damnum emergés continetur tom.1,pag.213,col.1

Id quod interest in pecunia numerata semper consistit tom.1,pag.521, col.1

In actionibus stricti iuris venit id quod interest tanquam pars rei debitæ, non autem tanquam accessio ad rem tom.1,pag.460,col.2

Id quod interest actoris propter vtilitatem loci ratione summæ iam prius solutæ etiam post solutionem sortis peti potest si sit in obligatione,secus si non nisi ex officio & arbitrio iudicis debeatur tom.1,pa.542,col.2

Interesse certum.

Id quod interest quando venit vt pars rei debitæ est quid certum,quando vt accessio quid incertum tom.1,pa. 460,col.1,in fi.

Interesse actio.

In actione arbitraria id quod interest vel actoris vel rei ratione loci non est in obligatione sed in officio vel arbitrio iudicis tom.1,pag.542, col.2

Interesse locus.

Interesse propter vtilitatem loci ex obligatione non debitum sed tantum ex officio vel arbitrio iudicis, non nisi pro parte debita peti potest,pro soluta vero remissum videtur tom.1, pa.542, col.2,& Cur ibid.

Interesse solutio.

Creditor si post moram debitoris vel post acceptum fideiussorem arbitrariæ actionis nomine sortem ab alterutro sine protestatione accipiat hoc ipso remisisse videtur quanti sua interfuit a, lio loco solui quàm in quo solutionem fieri oportuit tom. 1, pag.544, col.1

Interesse pœna.

Quod præstatur in pœnam moræ & ob id quod alio loco solutionem accipere creditor cogatur quàm tibi ipsi solui debuit adempta vtilitate loci, dicitur pœna licet aliàs separati soleat pœna ab eo quod interest tom.1,pag. 544,col.1

Interesse vsura.

Interesse & vsuræ quæ sunt in obligatione, etiam sorte soluta peti possunt secus verò quæ veniunt officio vel arbitrio iudicis tom.1,pagin.542, col.2

Interficere.

Homini libero sibi manus inferre non licebat seruo verò licebat tom.2, pag.172,col.1,& 2

Interpellatio.

Interpellatio fieri non debet nisi congruo loco & congruo tempore to. 1,pag.572,col.1

Dies tacita nunquam interpellat pro homine sed tantum expressa idq; potissimum in pœnalibus tom.1,pag. 526,col.2

Non in pœnalibus tantum causis sed etiam in omnibus dies interpellat pro homine tom.1,pag.572,col.1,in fi.

Interpertatio.

Commentitia interpretatio est quæ nullis legis verbis adiuuatur tom.1,pa. 438,col.2

Odiosæ leges interpretatione non sunt adiuuandæ tom.1,pag.455,col.2

Maligna est interpretatio quæ actum facit inutilem tom.1,pag.93,col.1

Fauorabilior semper est & humanior ea interpretatio quæ minus obligat tom.2 pag.46,col.2

Nunquam talis interpretatio fieri debet stipulationis, vt inutilis fiat stipulatio tom.1 pagin.514, col.2,& pag.522,col.1

Semper id actum intelligi debet inter contrahentes vt actus valeat potius quàm vt sit inutilis tom.1,pag.522, col.2

Interrogatio.

Nemo cogendus est ad interrogationem suam respondere si ex sua responsione possit in captionem aliquã incidere tom.1,pag.151,col.2

Inuitus.

Inuitus sæpe dicitur non tantum qui contradicit, sed etiam qui non cõsentit tom.1,pag.43,col.2

Inutile.

In iis quæ natura sunt diuidua inutilis adiectio non viciat sed viciatur tom.1.pag.563,col.2

In indiuiduis vtile per inutile vitiatur tom.1,pag.313,col.2

Inutilitas.

Inutilitas publica coercenda est to. 2,pag,375,col.1

Irritum.

An quæ ab initio non valuerunt ex post facto fiant irrita si ad eum casum peruenerunt à quo incipere non potuerunt vel contra tom.2,pag.316, col.1

An irrita fiant ea quæ ad eum casum peruenerunt à quo incipere non potuerunt? tom.1,pag.447,col.2

Iubere.

Pater aut dominus qui contractus filij vel serui subscripsit iussisse videtur to. 2. pag.313,col.1,& 2

Pater vel dominus mandando filio vel seruo iubere videtur tom. 2, pag. 313,col.1,& 2

Is damnum dat qui dare iubet tom. 2,pag.311,col.2

Iudex.

Quod facit officium & arbitrium iudicis in actione arbitraria idipsum facit ratio bonæ fidei & æquitatis in bonæ fidei iudicijs tom.1, pag.601,col 1.in fin.

Tantundem in bonæ fidei iudiciis officium iudicis valet, quantum in stipulationibus nominatim eius rei facta interrogatio tom.1,pag.601,col 2

Differentia inter officium Iudicis,& arbitrium iudicis tom.1,pagin 540, col.1

Officium iudicis dicitur mercenarium quia contractui debet inseruire tom.1,pagin.540,col.1

Arbitrium sine officio iudicis esse non potest, officium autem sine arbitrio esse potest tom.1,pag.540.col.1

In bonæ fidei iudiciis arbitrium aliquod iudicis quidem est sed non liberum tom.1,pag.540.col.1,in fi.

Bonus iudex debet pronunciare quod vtrique litigatorum videt placere tom.1,pa.165,col.2

Tantundem in bonæ fidei iudiciis potest officium iudicis quantum in stipulatione potest nominatim eius rei facta interrogatio to.1, pag.83,col.2

In bonæ fidei iudiciis multa arbitrio iudicis cõmittuntur quæ alioquin rectam iuris regulam aut rationem ex verbis contractus nullam habent tom. 1,pag.610,col.2

Iudici statim atque iudex factus est omnium rerum officium incumbit quæcunque in iudicio versantur, & magis earum quæ post acceptum iudicium contingunt, quàm quæ ante tom.2,pa.382,co.1

Quibus ex causis possit reus actione de eo quod certo loco conuentus à iudice absolueri vel in totum, vel in parte? tom.1,pag.534,col.2,& 535,col.1,& 2

Rerum actione de eo quod certo loco conuentum iudex non aliter absoluere potest,quàm exacta ab eo cautione de pecunia ibi soluenda vbi promissa est tom.1,pag.535,col.2

Formulæ per quas dabantur olim iudices condemnationis tantum faciebant mentionem, non etiam absolutionis tom.1,pag.534,col.2,in fin.

Pecunia à iudice accepta vt bene vel malè iudicet, licet non possit condici fisco tamen applicatur tom.1,pag.312, col.1

Quæ ante iudicium contingunt nõ valde pertinent ad officium iudicis nisi nominatim ei fuerint iniuncta tom.2,pag.190,col.2

Neque quicquid iudicis potestati permittitur, id subiicitur iuris necessitati,neque quod subiicitur iuris necessitati, iudicis potestati & arbitrio permittendum est tom.1,pag.529,col.2

In actionibus stricti iuris officio iudicis locus esse non potest, sed tantum in actionibus bonæ fidei tom.1, pag, 275,col.2

Officium iudicis circa præstationes versatur, arbitrium verò circa substantiam ipsam condemnationis aut absolutionis tom.1.pag 541.col.1

Iudex non potest supplere quæ sunt facti,sed quæ sunt meri iuris tom.1, pagin.112,col.2

Quælibet vox iudicis non habet vim sententiæ tom.1,pag.728.col.2

Iudici non est difficilius reum absoluere in totum quàm ex parte tom. 1,pag.534 col.2

Iudex aliud pronunciare non debet quàm quod inter litigatores conuenerit tom.2,pa.411,col.2

Faruus est iudex qui iudicat vltra petita tom.1,pa.568.col.1

Sublata sortis obligatione principa-

BIU Cujas

li nullum poteſt ſupereſſe officium & arbitrium iudicis tanquam acceſſorium to.1,pag.544,col.1
In actione de eo quod certo loco iudex contractui nullo modo inſeruit tom.1,pag.540,col.2

Iudex liberatio.

Stipulatore poſt moram debitoris, acceptumque fideiuſſorem ſortem in loco deſtinato petente ceſſat officium arbitri,nec reus vltra ſortem præſtare quicquam cogitur tom.1, pag.544, col.1

Iudex actio.

In bonæ fidei iudicijs condemnatio tota aut abſolutio non confertur in arbitrium iudicis,ſed ſolæ præſtationes quæ tamen non tam eius arbitrio quã officio committuntur tom.1,pag.540, col.2
In bonæ fidei iudiciis omnibus licet arbitrium iudicis non præcedat condemnationem vt in arbitrariis eam tamen concomitatur tom.1,pag.598, col.1
In iudiciis bonæ fidei tota condemnatio in liberum iudicis arbitrium nõ confertur, ſed tantum augmentum vel diminutio condemnationis licèt contractui inſeruire teneatur tom.1,pag. 540,col.1
In bonæ fidei iudiciis libera illa poteſtas iudici data, ad augmentum vel diminutionem, non autem ad totam condemnationem vel abſolutionem extenditur tom.1,pa.540,col.2

Iudex condicere.

Qui iudici pecuniam dedit vt ſecundum ſe in bona cauſa iudex pronunciaret an & quo caſu poſſit condicere? tom.1,pag.310,& 311

Iudex,lis.

Litem perdere debet & actionem amittere qui diffidentia iuſtæ ſententiæ in pecuniæ corruptela ſpem negotij repoſuit tom.1,pa.31,col.1

Iudicatum.

In omnibus actionibus quarum poteſtas per inopiam condemnati elicitur expectari poteſt vt bona aliqua ſuperueniant condemnato, & interim poteſt differri ſuſpendique iudicati executio to.2,pa.243,col.1
Cum id de quo iudicatum fuit continetur ex parte in eo quod per ſecundam actionem petitur,obſtat exceptio iudicatæ tom.2,pag.272,col.1
Cum quæritur an exceptio rei iudicatæ noceat quid inſpiciendum ſit to.2 pag.272,col.1,& 2
Executioni iudicati exceptio compenſationis & inopiæ opponi poteſt tom.1,pag.344,col.2
Creditor pro pecunia ſibi ex iudicato debita obligationem aut pignus accipere non poteſt tom.1 pa.662,col.1
Res iudicata finem liti & controuerſiæ imponit tom.1 pag.365,col.1
Res indicata pro veritate habetur tom.1,pag.365,col.1,& pag 427,col.1
Sententia lata ſuper actione per quam minus conſequi actor potuit an actor per aliam actionem ampliorem conſequi adhuc poſſit, quod ex priore actione defuiſſet? tom.1,pag 161,col.2
Facta mentione alicuius rei à iudice, ita tamen vt nullam eius rationem habere ſe dixerit quod vulgo dicitur *ſans auoir eſgard à la choſe requiſe* huiuſmodi pronunciatio non parit exceptionem rei iudicatæ, cùm neque abſolutionem contineat neque condemnationem quorum alterutrum interuenire neceſſe eſt tom.1,pagin.638, col.1
Standum eſt rebus etiam iniquè iudicatis propter rerum iudicatarum authoritatem tom.1,pag.405,col.2, & cur ibid.& pag.427,col.2
Poſt rem iudicatam dantur multæ exceptiones modò iudicatum non impugnent tom.1,pag.449,col.1,& 2
An & quando ei qui ſuccumbit in exceptione non noceat res iudicata ſi id ipſum perſequatur per modum actionis tom.2,pag.362,col.2
Differentia inter actionem iudicati & ſtipulationem iudicatum ſolui ex clauſula rei iudicatæ tom.1, pag 163, col.1
Exceptio rei iudicatæ non habet locum quoties alia res in iudicium deducitur quàm quæ prius deducta fuit to. 1,pag.498,col.1, ſicut neque cum alia perſona eſt quæ nunc agit ibid.
Exceptio rei iudicatæ perpetua & fauorabilis adeo vt etiam conditionem indebiti ſoleat impedire tom.2, pag.367,col.2
Quantum interſit an per actoris errorem male iudicatum ſit, an per errorem iudicis tom 2,pag.272,col.2
Neque in tutores, Curatores furioſi, neque in actores municipum d tu actio iudicati tom.1,pag.559,col.2
An iudicatum in actione populari ex ea cauſa quæ adhuc duret noceat aliis eadem actione poſtmodum agere volentibus tom.1,pag.173,col.1.& 2
Res iudicata modus ciuilis eſt non naturalis tollendæ obligationis tom.1, pag.383,col.2
Publicè intereſt res iudicatas ſortiri effectum tom 1,pag.112,col.2
Res etiam male iudicata pro veritate habetur tom.1,pag.333,col.1
Res iudicata parit retentionem ac etiam actionem ſiue in factum ſiue iudicati tom.1,pag.365,col.2
Iudicati cauſa omnium ferè fauorabiliſſima eſt to.1,pa.366,col.2
An ex iudicato veniat actio,& quomodo aliter dicatur? tom.2, pag.150, col.1
Iudicatum non nocet ſi aliquid de nouo ſuperueniat tom.1,pag.173,col.2
Iniquum eſt exceptionem rei iudicatæ ei proficere contra quem iudicatum eſt tom.1,pag.498,col.2
Res iudicata pro veritate habetur,etiamſi per errorem iudicatum ſit tom. 2,pag.272,col.1
Res iudicata alias res aut alias perſonas afficere non poteſt tom.1,pag. 118 col.1
Tanta eſt iudicati authoritas vt de futura omnimodo executione nec dubitandum ſit ne alioqui luſoria ſint iudicia & iudicata quorum vigor totus in executione conſiſtit tom.2,pagin.173, col.2
Iudicatum iniquum ſuſtinendum & pro veritate habendum tom.1, pag. 324,col.2
An & quomodo exceptio rei iudicatæ habeat locum contra omnes actiones ex ea re proficiſcentes tom.1, pag.160,col.1,& 2

Iudicatum emptor.

Exceptio rei iudicatæ à venditoris perſona ad emptorem tranſire ſolet licet res inter alios iudicata aliis neque prodeſſe,neque nocere ſoleat tom 2, pag.181,col.1

Iudicatum exceptio.

Ad impediendam executionem iudicati admittuntur exceptiones omnes quæ non impugnant iudicatum to.1,pagin.368,col.1

Iudicatum veritas.

Res iudicata pro veritate haberi nõ poteſt in eo de quo iudicatum nonfuit tom.1,pag.333,col.1

Iudicium.

Iudiciorum exitus ſemper dubius & incertus eſt to.1,pag 427,col.1
Cur aleam iudiciorum dicamus to. 1,pag 427,col.1
Euentus iudicij alius eſſe non poteſt quàm vt debitor vel condemnetur, vel abſoluatur tom.1,pag.427,col.1
Iudicia omnia ſunt abſolutoria poſt quàm reus ſatisfecit actori to.1, pag.427,col.1
Quiſquis legitimum adminiſtratorem habet,non poteſt abſque eius auctoritate legitimam habere perſonam ſtandi in iudicio tom.1,pag.599,col.2
Cur olim ordinaria dicerentur iudicia tom.1. pag.568,col.2
Iudicij euentus ſemper dubius & incertus eſt tom. 1,pag. 445, col.2
Iudicij reſcindentis & deciſorij cumulatio admitti nunquam de iure poteſt,ſecus de conſuetudine tom.1,p. 116, col. 1
Nullus actione aliqua extra iudicium conueniri poteſt to.1,pag.448, col.1
Iudicium cum filiofamilias conſiſtere poteſt ,cum ſeruo non poteſt tom.1, pag.151,col.1
In iure & iudicio quaſi contrahitur tom 1, p.706,col.1
Ius & iudicium æquè redditur in inuitum tom.1, pag.706,col.1
Duo iudicia de eadem re pendere poſſunt, quorum vnum ſit per viam actionis, aliud per viam exceptionis tom.2, pag.362,col.2

Iudicium petitio.

Petitio illa cuius ratio in priore iudicio habita non eſt,in poſteriore moueri poteſt, quoties in priore nihil de ea definitiue pronunciatum eſt tom. 1,pag.445,col.2

Iurans.

Iurans teſtis & iudex in propria cauſa eſt to.1,pag.144,col.2
Quænam actio competat iuranti ré ſuam eſſe, quam vſucapere cœperat tom.1, pag.125,col.2
De pœna iurantis per Deum, aut per Genium principis & peierantis tom.1, pag.138,col.1,& 2
Quæ res ſint reſtituendæ iuranti ſuã eſſe hereditatem to.1,pag.25,col.2 & pag.126, col.1,& 2
Quæ actio & quo caſu detur actori ſuper actione reali iuranti ré eſſe ſuam contra deferentem to.1,pag.120,& 121
Quæ res ſint reſtituendæ iuranti ſiue in iudiciis, vniuerſalibus, ſiue in actionibus in rem ſpeciali & ad exhibendum tom. 1,pag.116,col.1
qui iurat rem fuiſſe venditã de certa precij quantitate iurare debet to. 1, p.135, col.1
An poſſit quæri an falsò ſit iuratum poſtquam iuratum eſt tom.1,p.130, col.1

BIU Cujas

Iurare.

Qui iusiurandum defert licet de calumnia iurare teneatur, non tamen prior iurare tenetur tom.1,pagin. 186, col.2

In omnibus actionibus arbitrariis non iuratur in litem sed in iis tantum quæ rei vindicationem respiciunt tom 1,pag.225, col.2, vel directam vel vtilem.

Tutor & curator volentes pro pupillo & minore in litem iurare possunt tom.1,pa.217,col.2

In actione rerum amotarum patri iurare licet pro filio tom. 1, pag. 217, col.2

Ex contractu stricto non iuratur in litem secus ex contractu bonæ fidei tom.1,pag.215,col.1,& 2

Potest iurari in litem ratione interesse propter locum vel propter diem tom.1,pa.215,col.1,& 2

Qui nec iurare vult nec referre hoc ipso habendus non est pro confesso & condemnato, pronunciatio enim necessaria est & cõdemnatio sequi debet tom.1,pa.197,col.2

Heres illius qui nec iurare voluit nec referre, non potest quasi condemnati heres ex eiusmodi præsumpta confessione conueniri, adeóque nec condemnari tom.1,pag.197,col.2

Ad quas personas domum mitti oporteat ad iurandum tom.1,pag.139, col.1,& 2

Quid sit formiter iurare,quid informiter tom.1,pag.136,col.1

Qui se ex conuentione ad iurandum obligauit resilire non potest ab ea lege quam sibi dixit & ad alias probationes confugere, etiam quas sibi ex post facto superueniisse dicat tom.1 pag.97, col.1

Is cui defertur iusiurandum de re de qua dubitat potest petere tempus non ad deliberandum an iurare velit nec ne, sed ad hoc vt certiorari possit quid in rei veritate sit tom.1,pag.183, col.1

Iurare dubius volens non est audiendus tom.1,pag.183,col.1

In actione ad exhibendum iuratur in litem tom.1,pagin 225,col.2

An in condictione furtiua si res non perierit ante sententiam iurari possit in litem si processerit præceptum de re restituenda quod reus contempserit? to.1.pag 237,col.1,& 2

An in condictione furtiua si res perierit ante sententiam de re restituenda latam iurari quidem possit in litem contra furem sed iureiurando veritatis non affectionis tom.1,pag.237, col.2,& 337 col.1

An in actione furtiua iuretur in litem tom.1,pag.235,236,237,& 283

An & quibus casibus iuretur in litem in actionibus stricti iuris? tom.1,pag. 228,col.1,& 2,& 229,& 230,& 231

Cur in condictione triticaria non iuretur in litem ? tom.1,pag.229,col. 1,& 2

In actionibus arbitrariis in rem bonæ fidei, & ad exhibendum iuratur in litem propter dolum & culpam latam non autem propter leuem aut leuissimam tom.1,pag.227,col.2

In iis actionibus non iuratur in litem in quibus non agitur de fide rupta tom.2,pag.399,col.1,excepta vindicatione ibid.col.2

Pupillus etiam tutore authore in litem iurare non potest tom.1,pag.216, col.1

Contra non exhibentem instrumenta iuratur in litem tom.1, pagin.240, col.1,in fi.

In actionibus bonæ fidei perinde ac in arbitrariis iurari in litem potest to. 1,pag.226,col.2,& quo casu? ibid.

Cur in contrariis actionibus quæ sunt bonæ fidei non iuratur in litem? tom.1.pag.226,col.2

Ob lætam quoque culpam iuratur in litem tom.1,pag.227,col 2

In actionibus bonæ fidei contrariis non iuratur in litem licet agatur de fide rupta, nisi illud etiam conçurrat vt domino rem suam reposcenti denegare eam velit is qui conuenitur tom. 2,pag.399,col.1

Cur in actionibus empti & venditi quamuis bonæ fidei sint non iuretur in litem tom.2,pag 399,col.2

Mater tutrix in litem iurare potest pro pupillis tom.1,pag.218 col.1

Ex iuris necessitate iurat quisquis iurat deferente sine iudice ipso, siue etiam aduersario, cùm hic quoque vel iurare cogatur,vel referre, vel succumbere tom.1,pag 241,col.1, necessitate scilicet causatiua non præcisa ibid.

Quo casu pro pecunia vel mutuo data, vel deposita liceat iurare in litem ? tom.1,pagin. 212, & 213,& 214

An propter interesse iurare in litem liceat? tom.1,pag.212,& 213,& 214

Prudenter facit is cui iusiurandum est delatum si tempus ad deliberandum petat, non cum referre velit in iure ne locum pœnitentiæ relinquat sed qua de re aut ad quam formam sit iuraturus tom.1,pag.108,col.1.& 2

An in causa tutelari pupillus in litem ad rem suam æstimandam iurare possit? tom.1,pag.216,col.1,& 2

Actor cui iusiurandum in litem ex iuris & facti necessitate delatum est si nolit iurare non succumbit sed condemnationis vtilitatem amittit quum ex iureiurando habuisset licet non ex eo liberatus sit morosus debitor deficiente non tam iure quàm probatione tom.1,pa.241,col.2

Qui iusiurandum defert,prior de calumnia iurare debet tom.1, pag.185, col.1, & 2, videlicet si hoc exigatur pag.188

Heres de facto defuncti iurare non cogitur tom.1, pag. 216, col.2,& pag. 217,col.1

An & quando per procuratorem iurari possit tom.1,pag.139,col.1,& 2

In actionibus arbitrariis potest iurari in litem propter dolum aut contumaciam rei, in bonæ fidei iudiciis tantum propter dolum tom.1,pagin 226, col.2

An pro pecunia iuretur in litem tom.1,pagin. 211,& 212

Pro numismate sicut & pro aliis speciebus iuratur in litem tom.1,pag.212, col.2

Casus singularis in quo domino licet iurare in litem & dominus rei suæ maneat nec ea sit carituras tom 1,pa. 236,col 1

An procurator & defensor, & quo casu iurare compellantur? tom.1,pag. 184,& 185

Quantum vtilitatis percipiat morosus & condemnatus debitor actore nolente delatum in litem iusiurandum præstare to.1, pag.241,col.2

Non est periurus qui iurat in litem rem tanti esse licet pluris sit tom.1,pag. 240,col.2

Iurare non cogitur quis vbi inuitus iudicium non cogitur accipere tom.1, pag.194,col.1,& 2

Quando reus de sua credulitate iurare possit quando non? tom.1,pag. 183,col.1

Qui in litem iurare possunt? tom.1, pag.233,& 234

Alteri iurare quis debet id est de ferenti aduersario non sibi tom.1,pag. 100,col.2

Cur in actione ex empto non iuretur in litem? tom.1,pag.226, col.1, & pag.227,col 1

Cur in actione legis Aquiliæ in condictione furtiua non iuretur in litem? to.1,pag.229,col.2,& pag 236,col.1,& 2

Ex culpa leui aut leuissima in litem iurare non licet, secus ex culpa lata tom.1,pag.224,col.1 & 2

An in actionibus in rem iurare in litem liceat? tom.1, pag. 224, 225,col. 1,& 2

Actor ad fundandam suam intentionem iurans ex delatione aduersarij non habet litis expensas secus si super aliqua exceptione à reo proposita tom.1,pag.169,col.2

Non potest nec debet iurari de iure sed tantum de facto tom.1,pag.205, col.1,quia ius est semper certum, factũ vero incertum ibid.

Iurans se dare non oportere an sit audiendus tom 1,pag.205,co.1,& 2

Interlocutio de iurando nunquam transit in rem iudicatam quo vsque iuratum sit tom.1 pag.107,col.2

Mater non est admittenda ad iurandum pro filio, pupillo, si non sit tutrix etiamsi iurare parata sit tom.1,pa.217, col.2

Curator pupilli vel adolescentis inuitus pro pupillo iurare in litem non cogitur tom.1,pag.218,col.1,& 2

Cum vna eademque persona aliter atque aliter iurauit,standum est priori iuratæ quasi posterior non possit carere maxima periurij suspicione tom. 1,pag.164,col 1

Casus quo in actione ex empto potest iurari in litem sed contra emptorem tom.1,pag.227,col.2

Tutor inuitus in litem iurare pro pupillo non cogitur tom.1,pag.216, col.2,& pag. 217,col.1, & 2, imo nec in causa propria ibid.

Cur in actione ad exhibendum iuretur in litem? tom.2.pag.400,col.1

Cur in actione mandati etiam directa non iuretur in litem licet agatur de fide rupta? tom.2.pa.399,col.2

Cur in actione tutelæ iuretur in litem? tom.1,pag.234 & 235

Cur in actione rerum amotarum iuretur in litem? to.1,pag.230,col.2

Non videtur quid factum quod non durat factum tom 2,pa.177,col.1

Cur in interdicto vnde vi iuretur in litem? tom.1,pag.230,col.2

An sit manifestæ turpitudinis & confessionis nolle nec iurare, nec iusiurandum referre? tom 1, pag.196,& 197

Curator adolescentis pro minore in litem iurare potest si velit? tom.1,pag. 218,& 219

In infinitum iurare in litem licet tom.1,pag.211,col.1, non autem in immensum tom.1,pag.210,co 2,& 211,co.1

In rei vindicatione ita demum iurare actor potest,si reus dolo malo desierit possidere tom. 1, pag.224,col.2

In actione hypothecaria non iuratur in litem nec in Seruiana vel quasi Seruiana sed iis officio solo iudicis e-

BIU Cujas

ſtimatur tom.1,pag.225,col.1,& 2,contra Tribonianum

An in actionibus bonæ fidei in quibus olim iurari olim licebat etiam hodie iurare permittatur? tom.1,pag. 226,col.2

In quibus actionibus in rem iuretur in litem? tom.1,pag.225,col.1,& 2

quando iuretur in litem? tom.1,pa. 207 col.1, quando non? tom.2, pag. 269,col.1,& 2.

An in bonæ fidei iudiciis iuretur in litem? tom.1,pag 226,& 227

Omnes condiciones iurandi de aliqua re facienda à prætore improbantur, ſecus de aliqua re facta to. 1, pag. 198,col.2

Cur in interdictis non iuretur in litem? tom.1,pag.230,col.2

Eidem perſonæ contraria iurare non licet tom.1,pag.165,col.1

An per creaturam an per creatorem iurare liceat tom.1,pag.104,col. 1,& 2

In actionibus arbitrariis etiam iuratur in litem tom 1,pag.223,col.1

An in infinitum iurare in litem liceat? tom.1,pa.221,& 222

quomodo in actione furti iuretur in litem? tom.2,pag.386,col.1

quo caſu in actione furtiua iuretur in litem? tom.1 pag.229,col.2

Minor licet curatorem habens in litem iurare poteſt tom.1,pag.219, & 220

In actionibus contrariis non iuratur in litem tom.2,pag.399,col.1,& 2

Iurare depoſitum.

In actione depoſiti directa non iuratur in litem ſi depoſita fuerit res aliena tom.2,pag.399,col.2, licet agatur de fide rupta ibid.

In actione contraria depoſiti non iuratur in litem tom.2, pag. 399, col.1,& 2.

Iurare intereſſe.

Neque olim neque hodie in immenſum iurare licet cùm id quod intereſt in certis caſibus duplum egredi non debet tom.1,pag.227,col.2

Iurare condicio.

Iurandi condiciones omnes à prætore improbantur tanquam turpes & pro non adiectis habentur tom.1, pa. 245,col.2

Iur ſdictio.

Nemo iuriſdictionis formam pro arbitrio ſuo mutare poteſt tom.2,pa. 233,col.2

Priuatorum conſenſus non poteſt tribuere iuriſdictionem ei qui nullam habet, licet eam quæ alicui competit poſſit prorogare tom.1, pagin. 194, col.1

Ius.

Vbi eadem eſt ratio iuris & æquitatis ibi & ius idem conſtituitur cum diſſimilitudinis ratio reddi non poteſt tom.2,pag.32,col.1

Cùm de bonæ fidei iudiciis & contractibus agimus aliud ſummum & ſtrictum ius non eſt quàm quod cùm æquitate conſentiat tom.1,pag.715,col.1

Iuris authoritas in poteſtate & arbitrio cuiuſquam eſſe non poteſt tom.1, pag.702,col.2

Non eſt cauillandum aut calumniandum ius prætorium ſicut nec ius ciuile tom.2,pag.273,col.2

Minus eſt ius facere quàm facere legem tom.1,pag.707,col.2

Ius ſemel amiſſum quomodo poſſit reſtitui? tom.1,pag.262,col.1

Vniuerſum ius noſtrum aut in acquirendo aut in conſeruando, aut in minuendo patrimonio conſiſtit tom. 1,pag.723,col.2

Nemini permiſſum eſſe debet ne quidem pupillo iuris occaſionem ad iniuſtum compendium ſuum trahere quia id ſine dolo malo fieri non poteſt tom.2,pagin.52,col.2

In quibus non diſtinguatur ius naturale à iure gentium tom.1, pag.350, col.1

Multa ex æquitate & vtilitate contra iuris rigorem recepta ſunt fauore pupilli furioſi municipum tom. 1. pag. 559,col.1

Ius prætorium totum pendet ab æquitate tom.1, pag.559,col.2,in fi.

quæ prouinciæ in Gallia iure ſcripto Romanorum & quomodo regi dicantur? tom.2, pag.37, col.2

Is natura debere dicitur quem iure gentium dare oportet to 1,pag.378, col.2

In iis quæ ſolis hominibus conueniunt ius naturale & ius gentium pro ſynonymis habentur tom 1,pag.378, col.2

Ius naturale à iure gentium non niſi ratione materiæ diſtinguitur t.1, p. 433,col.1

Ius per ſe non minus certum eſt quàm finitum tom.1,pag.507,col.2

Ciuilis ratio iura naturalia corrumpere non poteſt tom.1, pagin. 400, col.1

Ius introductum eſt prætorium, Ius vero conſtitutum eſt ciuile tom.1,pag. 477,col.2

quæ ſunt iuris naturalis aut gentium nullo contrario iure aut ciuili aut prætorio dirimi poſſunt tom. 2. pag. 130,col.1

Ius ciuile generaliter ſumptum etiã prætorium comprehendit tom.2,pag. 239,col.2

Ius gentium à iure ciuili parum aut nihil diſtat quoties Romani eo iure vtuntur, dum ne propria aliqua ratione ciuili, ſed ea quæ ſit tota ex iure gentium tom 1,pag.433,col.1

Nullus iuris naturalis aut gentium rigor eſt cui æquitas vlla opponatur. In iure ciuili ſecus eſt tom.1,pag.5 9,col. 2, in quo paſſim iuri æquitas opponitur ibid.

Iura vigilantibus non dormientibus ſubueniunt tom.1,pag 429,col.1

Stulti dicuntur omnes qui in iure errant tom.2,pag.56,col.2

Omnia ex iuris ordine facienda ſunt quantum fieri poteſt tom.2,pag.25, col.1

In petitione hereditatis iuratur in litem ſiue reus poſſideat, ſiue dolo deſierit poſſidere tom.1,pag.226,col.2

Ius commune ſemper eſt fauorabilius ſpeciali to.1.pag 314,col.1

Ex facto ius oritur tom.1,pag.422, col 1

Iuris authoritas in poteſtate contrahentium eſſe non debet quę nec in arbitrio eſt magiſtratuum tom.2,pag. 375,col.1

Nemo iure ſuo vti cogitur tom.2, pag.354,in fi.

Iura, actiones, nomina debitorum neque ſunt res mobiles, neque immobiles, ſed tertiam ſpeciem conſtituunt tom.2,pag.162,col.1,& 2.

Neceſſitas iuris non eſt poſita in arbitrio iudicantis. tom.1,pag.222, col.2

Ius ciuile prævalet & iuri naturali & ciuili tom.2. pag.424. col 1,& 2

Iuris executio non habet iniuriam tom.2 pag.168,col.2

Vbi eadem æquitatis & iuris ratio eſt,ibi idem ius tom.1,pag 536,col.1

Iura ſunt incerta tom.1, pag.506, col.1, & pag 507,col.1

Ius actio.

Cùm iura ſemel amiſſa ſunt nullus ad ea regreſſus datur,nec ſi dolo aduerſarij amiſſa ſint, ita vt ad actionem vel replicationem doli confugiendum neceſſario ſit tom.1,pag.262,col.2

Iuſiurandum.

Vt iurari poſſit in litem non illud tantum exigimus vt ij contra quem iuratur ſit in dolo vel ſaltem lata culpa, ſed etiam vt is qui iurare vult ſit dominus qui rem ſuam reperat, & qui per contumaciam nolentis reſtituere inuitus cogatur rem ſuam vendere tom.1, pag 696,col.1

Iuriſiurandi contempta religio tam graue crimen eſt vt Deum ſolum vltorem habere poſſit & debeat tom 1,p. 241,col 1

quem effectum habeat iuſiurandum à iudice exactum in conflictu probationum? tom.1. pag.176,col.2,& 177

Iuſiurandum in litem ex iuris neceſſitate defertur quidem, ſed ex iuris neceſſitate non præſtatur tom.1, pag. 241,col.1.& 2

Iuſiurandum in litem neceſſario præſtatur quando ex iuris & facti neceſſitate defertur tom.1.pa.241,col 2

Ex iureiurando à filio familias vel à ſeruo delato & præſtito an detur actio de peculio contra patrem vel dominum et qui iurauit? tom.1,pag.150, col.1,& 2

Iuſiurandum in litem à tutore vel curatore volente præſtandum quomodo ſit concipiendum? tom. 1, pag. 219,col.1

Iurans ſe non eſſe condemnatum etiam ſi ex ſtipulatu iudicatum ſolui ob rem iudicatam conueniatur habet exceptionem iuriſiurandi tom.1,pag. 162,& 163

Iuſiurandum in actione ex iudicato præſtitum non prodeſt ſi poſtea agatur ſtipulatione iudicatum ſolui etiam ob rem iudicatam tom.1,pag.163,col.1

quoties in poſteriorem actionem alia quæſtio deducitur, exceptio iuriſiurandi in priore actione præſtiti non poteſt competere tom.1.pag.163 col.1

Iuſiurandum à muliere conuentai iudicio rerum amotarum præſtitum non prodeſt contra rei vindicationem ſi ea actione mulier poſtea conueniatur tom.1.pa.162,col.1.

Reus per iuſiurandum præſtitum abſolutus non tantum ab obſeruatione iudicij ſed etiam à tota cauſa abſoluitur tom.1,pag.192,col.1 & 2.

Iuranti exceptio non eſt neceſſaria ad elidendam actoris intentionem, cuius actio ipſo iure ſublata eſt tom.1, pag.192,col 2

Iureiurando ſuper principali obligatione præſtito pignus liberatur to. 1, pag.198,in fi & 199,col.1

Iuſiurandum tollit obligationem naturalem ſecus res iudicata tom 1, pag.199 col 1

Iuſiurandum præciſi neceſſitate cogit ad factum promiſſum t.1,p.269,c.1

Iure urando

BIU Cujas

Iureiurando præstito super aliquo debito ab omni controuersia defenditur tom.1,pag.200,col.1,& 2

An absenti & ignoranti gratia iurisiurandi fieri possit? to.1,pag.200,col.1, & 2,& 201,col.1, & 2, quamuis deferri non possit absenti & ignoranti tom.1, pag.200,col.1,in fin.

Iusiurandum etiam inuito aduersario qui iurare debet absenti nullo etiam nuncio interueniente remitti potest tom.1, pag.201.col.1

Iusiurandum à fideiussore præstitum an & quomodo prosit reo? to.1, pag.157,col 1,& 2

Similitudo inter iusiurandum & sententiam to.1,pag.157,col.2,& dissimilitudo ibid.

Iusiurandum in continenti suscipiendum est sed incontinenti susceptum præstari etiam ex interuallo potest tom. 1,pag.183,col.2

Iusiurandum præstitum facere periurum potest secus remissum to.1,pa. 183,col.2

Iusiurandum pro veritate habetur non minus quàm sententia quoties de facto iuratur aut etiam de iure quod facti causam permixtam habeat tom.1, pa.174,col.1

In actionibus ex delicto iusiurandum delatum referri non debet tom.1, pag.189,col.2,& 190,col.1

Contra iusiurandum in fraudem creditorum præstitum quomodo succurratur creditoribus & qua actione? to. 1,pag 118,& 119

An & quomodo creditoribus aduersus iusiurandum in fraudem præstitum detur replicatio & exceptio? to.1,pag. 119,col 1

Iusiurandum non est modus tollendæ obligationis nec actionis quæ ex ea nascitur, sed tantum obligationis naturalis tom.1,pag 119,col.1

Iudex modum iureiurando in litem statuere non potest contra Tribonianum,eod.loco tom.1,pa.221,222,& 223, & 224

An sit in arbitrio iudicis deferre iusiurandum in litem necne, vbi concluditur negatiue contra Tribonianum tom.1, pag.222, col.2 & seq.

An possit iudex qui detulit iusiurandum in litem non id sequi sed vel prorsus absoluere vel minoris condemnare quàm iuratum sit? vbi concluditur negatiue contra Tribonianũ tom.1 pa .223,col.1.& 2,& 224.col.1

Iurisiurandi verba solemnia tom.1, pag.103,col.1

Iurisiurandi delata condicio implēda est in forma specifica tom.1, pa. 105,col.1

De iureiurando per proprium caput vel per caput filiorum præstito tom. 1, pag.104.& 105

An iusiurandum sit vera probatio simpliciter & absolutè quantum ad omnes an verò quantum ad eum duntaxat qui detulit tom.1,pag.126,col.1,& verum iusiurandum inter alios præstitum aliis nocere debeat ibid.& tom.1, pag.227,col.1,& 2,& pag.129,col.1,& 2

Vinculum iurisiurandi non transit à defuncto in heredem, transit autem exceptio ex iureiurando quæsita tom. 1,pag.110,col.2, imo etiam in successorem singularem ibid.

An exceptio quæsita ex iureiurando transeat in heredem iurantis? to.1, pag.111,col 1.& 2, an etiam in singularem successorem ibid & pag.111

An ex iureiurando defuncti siue promissorio siue assertorio heres obligetur? tom.1,pag 110,col.2

Ex iureiurando delato & iuxta formam delatam præstito prætor dat non tantum exceptionem iurisiurandi sed etiam actionem tom.1,pag.585,col.1

Ex iureiurando ad formam delatam præstito prætor non tantum dat actionem in factum quæ datur ad exemplum iudicati sed etiam actionem ex eo contractu de quo iuratum fuit tom. 1,pag.585,col.1

Iusiurandum habet vim rei iudicatæ tom 1, pag.124, col.1 & 2, ac sententiæ pag 125,col.1

Iusiurandum pro certissima veritatis probatione habetur contra quam nec admitti probatio vlla potest tom.1, pag.124,col.1,& pag.135,col 1

An iusiurandum maiorem habeat auctoritatem quam sententia, & de variis iurisiurandi effectibus tom.1,pa. 69,co.1,& 2

Cur maior sit effectus iurisiurandi quam pact & transactionis tom.1,pa. 172.col 2,& 173

Grauius est periurij peculium in iureiurando in litem quàm in iureiurando decisoria quia illud est affectionis hoc veritatis to.1,pag.217,col.1

An detur iusiurandum necessarium? & quodnam illud esse possit? tom.1, pag.97.col.2,& 98

De iuramentis quæ non ad controuersiarum decisionem spectant sed ad præparatoria iudiciorum tom.1, pag. 98,col.1,& 2

An iusiurandum speciem transactionis contineat? tom.1,pag. 98, col. 1,& 2

Iureiurando rei non tollitur actio ipso iure sed per exceptionem to.1,pa. 168, col 2, secus iureiurando actoris ibid.

Iusiurandum ab actore præstitum habet vim nouationis tom.1,pagin.168, col.2

Qui iurisiurandum detulit non potest delationem postea reuocare ne quidem ex causa vbi semel præstitum est tom.1,pag.168,col.2

An & quo casu iusiurandum ab vno ex correis debendi præstitum alteri prosit? tom.1,pag.159,col.1,& 2,& 160

An & quomodo exceptio iurisiurandi super vno facto præstiti competat contra omnes actiones ex eodem facto dependentes? tom.1 pag 160, col.1.& 2,& 161,col.1,& 2,circa fin.

De iureiurando inter Christianum & hereticum aut Turcam to.1,pag.106, col.1,& 2

Iureiurando ritè rectèque præstito non amplius quæritur an res debeatur tom.1,pag.106,col.1,&2

Iusiurandum habet verum probationis sicut & transactionis tom.1,pag. 106,col 2

Omne iusiurandum est illicitum si sit irreligiosum tom.1,pag.106,&107, & consequenter nullum ibid.

An ex iureiurando præstito de condictione sub qua pactum de non petẽdo factum dicebatur, detur exceptio ex iureiurando an ex pacto, & an maiorem habeat potestatem exceptio hæc quam exceptio ex pacto? tom.1,pag. 197,in fi.& 198,col.1.& 2

Iusiurandum super vna re delatum & præstitum ad aliam rem extendi non debet tom.1,pa.198,col.1,in fi.

An iusiurandum nouationis & delegationis vim habeat tom 1,pag.155, col.1,& 2

An iusiurandum vim habeat iudicij? tom.1 pa.155,col.2

Iusiurandum loco solutionis cedit to.1,pag.156,col.1,& 2

Non alius quam dominus vulgò admittitur ad iusiurandum in litem tom. 1,pag.478,col.1

Cur inuito iusiurandum deferri possit? tom.1,pag 184,col.1

Iusiurandum pupillo deferri non potest, præstitum tamen deferente aduersario,custodiri debet tom 1.pag. 184,col.1,& 2

Iusiurãdum deferri non potest quod referri non potest tom.1, pag,184, col.1

Iusiurandum non aliter valere nec ratum esse potest quam si ius & naturam recipiat tom.1, pag.170,col.1,nisi res pro qua iuratur vel furtiua sit vel post moram debitoris perierit pag.170, col 1

Iusiurandum deferens si prior iurare de calumnia recusset,iusiurandum delatum remittere videtur tom.1, pag. 195,& 196

Iusiurandum tacitè & expresse remitti potest tom.1 pa.196,col.1

Iusiurandum ante litem contestatam & extra iudicium deferens etiam hodie de calumnia iurare debet, secus iusiurandum deferens ob litem & in lite ipsa præstandum propter Iustiniani constitutionem tom.1, pag 196, col.2

Iurisiurandi in actione vi bonorum raptorum præstiti so non rapuisse exceptio non potest opponi contra actionem furti aut condictionem furtiuam tom.1,pag161,col.1,& 2

Iurisiurandi in specie præstiti exceptio non potest opponi aduersus genus tom 1, pag.161,col.1,& 2

An si iuratum sit in ea actione per quam minus consequi actor potuit noceat exceptio iurisiurandi ne per aliam actionem ampliorem consequi adhuc possit quod condemnationi quam ex priore poterat sperare defuisset? tom.1,pag 161,col.2

Nullo modo permitti potest ei qui iurauit vt ab eo iureiurando resiliat inuito aduersario cui aliquid iuris ex eo quæsitum fuerit tom.1, pagin.168, col 1,& 2

Præstito ab actore iureiurando post instituram legis Aquiliæ actionem,nó potest actor postea legis Aquiliæ actionem repetere vt duplum ab aduersario consequatur tom.1,pag.166,col.1, 167, & 168,col 1

Iusiurandum in litem multo grauius & maioris momenti est quàm iusiurandum decisorium tom.2, pag. 394,col.1

Iusiurandum in litem non defertur à iudice nisi per sententiam ipsam qua condemnetur reus in tantam quantitatem quantam actor in litem iurauerit tom.1,pag 22, col.2

Nouis probationibus à reo repertis post præstitum ab actore iusiurandum in litem ex quibus clarissimè appareat reum nullomodo condemnari debere quanti actor in litem iurasset, non potest iudex reum absoluere sed debet necessario iuuari remedio appellationis vel supplicationis ciuilis tom.1, pag.223,col.2

Iusiurandum constituit debitorem in mora & perpetuat obligationem tom.1,pa 171,col.2, in princip. & habet vim interpellationis ibid.

Iusiurandum non habet vim inter-

BIU Cujas

pellarionis, nisi antea debitum verè præcesserit tom.1,pag.171.col 2

quicquid de taxando ad certam summam iureiurando in litem, siue quod præstandum, siue quod præstitũ sit, in legibus reperitur id totum Tribouiano tribuendum tom.1, pa. 227, col.2

Iusiurandum inutile est, quod alio modo præstatur, quàm delatum fit tom.1 pag.139,col.2

An Iurisiurandi delatio iurantem afficiat ignominia? to.1. pa. 138,col 1

quomodo per iusiurandum in litem liti finis imponatur? tom.1,pag. 218 col.2

Iusiurandum in litem non datur ad nudam iurantis affectionem, sed iustam t.1,pag.219,col.1

Modestius semper facit qui iusiurandum erubescit to.1,pag.241 col.2

Differentia inter iusiurandum quod aduersario deferente,& illud quod vltrò in ipso contractu præstitum est to 1,pag.136,col.2

quæ actio nascatur ex iureiurando in quo est expressa causa debiti.& quæ ex eo in quo nonnulla est expressa tom.1.pag.136,col.2

Plus operatur iusiurandum quàm pactum nudum tom.1,pag. 137,col.1

Iusiurandum habet vim contractus & stipulationis tom.1,pag.157,col.1

Iusiurandum pro re perempta præstitumnon valet,multò minus si ea res existere credebatur tom.1,pag.169,& 170 col.1,& 2

Actio ex iureiurando non induit,nec repræsentat naturam præcedentis illius actionis quam perimit tom.1, pag.171,col.2

Iusiurandum actionem ciuilem non tollit ipso iure tom. 1,pag.125,col.2

quomodo præstari solebat iusiurandum in iure tom.1,pag.125,col.2

An & quomodo iusiurandum procuratoris vel defensoris prosit domino ad agendum vel excipiendum? tom. 1,pag.119,in fine.& 120,col. 1,& 2

Iusiurandum pro veritate habetur tanquam probatio probata tom.1, pag.176,col.1

Iusiurandum ita nouationis vim habet,vt non tantùm veterem actionem perimat,sed etiam eius qualitates omnes primordiales induat,licèt non accidentales tom.1 pag.176,col.2

Iusiurandum de debito vsufructu præstitum quid operetur? tom.1. pag.175,& 176

Iusiurandum titè delatum ei qui neque soluere velit neque referre, si ab eo recusetur qui nec iurare sit paratus,hoc ipso habetur pro probatione ac si à deferente ipso præstitum esset, ita vt pro condemnatione recusatio fit,nisi is qui recusat appellauerit à delatione tom. 1, pag.188,col.2

Reus à quo iusiurandum petitur aut iurare cogitur aut soluere tom 1, p.188,col.1 & 2, & 189,col.1, & 2, aut referre pag.189,col.1, & 2,& 190,c.1,& 2

Filiusfamilias & seruus de re peculiari iusiurandum deferre vel referre possunt tom.1.p.149,col.1,& 2

Ad quid & quantum teneatur is cõtra quem iuratum est in litem? tom. 1,pag. 210,col.2 & 211

Iusiurandum ex voluntate partium siue extra iudicium, siue in iudicio præstitum prætextu nouorum instrumentorum retractari non potest, secus iusiurandum quod in dubiis cautis, & in magno conflictu probationum exigitur à iudice tom.1,pag.176.& 177

Iusiurandum remittrent nu lus datur regressus t.1, pag. 201,c 1.1

An Iusiurandum absenti per epistolam remitti possit? tom. 1, pa. 201, col.1

Iusiurandum promissorium etiam remitti potest tom.1,pag.201 col.2

Iuranti se aliquid facturum potest iusiurandum remitti citra periurium tom.1, pag 201,col.2

quisquis iureiurando suo decidit cõtrouersiam, iudicem se constituit in causa propria tom.1.pag.96,col.1

Iureiurando à reo deferente actore præstito postea ab actore reo deferente contrario præstito, statur posteriori iureiurando tom.1,pag.164,col. 1,& 2,& 165,col.1, & 2

quid operetur iusiurandum à reo præstitum qui actore deferente iurauit actorem non iurasse sibi dari oportere tom.1, pag. 165,col.1 & 2

ex Iureiurando datur & exceptio & actio in factum, aut vtilis actio ex eo contractu super quo iuratum est tom. 1,pag.18,col.2

Iusiurandum super posteriore obligatione & actione constitutæ pecuniæ delatum & præstitum, exceptionem non potest parere in priore obligatione sortis & pecuniæ creditæ & aduersus condictionem certi ex mutuo tom. 1,pag.194,in fine,& 195

An & quando ex iureiurando quæratur actio etiam ei qui non iurauit contra eum ipsum qui iurauit tom. 1,p 135,col.2,& 136,c.1,& 2, & 137,col.1

An procurator iusiurandum deferre possit? tom.1,p.144,col.1,& 2 & 145, col.1,& 2

Iusiurandum in litem quo tempore & an ante litem contestatam deferri possit? tom.1,pag.234, col,2

Iurans mulier rem esse suam, tuta est exceptione jurisiurandi, si eo nomine actione rerum amotarum conuenia tur tom.1,pag.162, col.1,& 2

Iusiur.à falso creditore præstitũ,deferentibus in fraudem verorum creditorum debitoribus,veris creditoribus nõ nocet tom.1, pag. 119,col.2

quacunque actione reus conueniatur, si delata cõdicione iurauerit, proficere ei debet iusiurandum tom. 1,pag.100,& 101

modo non aduersus alium proficiat iusiurandum quàm aduersus eum ipsum qui detulit ibid.

Iusiurandum de calumnia nonnisi authore prætoris defertur, nec tamen aliter author est prætor vt deferatur, quàm si ab eo cui iusiurandum defertur exigatur tom.1, pag.186,col 2

Iusiurandum in litem, non ad decidendam litem spectat,sed ad æstimandam rem de qua iam pronunciatum sit pro actore tom.1, pag.211,c.2

Iusiurandum in litem dicitur iusiurandum affectionis tom.1, pag. 29, col.2

Iudex notam habẽs actoris affectionem propter quam suspicari probabiliter possit actorem facile peieraturum an ei nihilominus iusiurandum in litem deferre debeat? tom.1, pag.21,c.2

Iusiurandum in litem non præstatur hodie ex mera iuris necessitate, sicuti præstari deberet, & olim præstabatur, quia hodie iudex alienæ rei precium statuit, quod facere iuste non potest tom.1,pag.211,col.1. & 2

Iusiurandum in litem cur introductum? tom.1,pag.212,col 2

An petitor an possessor iurare possint re ii non esse deferentis iusiurandum,& differentia inter vtrumque in modo iurandi tom.1,pag.121, col.1, & 2 & differentia inter actiones quæ ex vero iureiurando proficiscuntur ibid.

Possessori nulla directa quæritur actio ex iureiurando tom.1, p.122,col.2

An Iusiurandum inter alios præstitum aliis prodesse possit tom. 1,p.128 col 1,& 2,in fin.& pag.129,col.1

Per Iusiurandum potest bonorum possessio duobus patronis competens pro parte competere,& pro parte non competere tom.1,pag.128,col.1,& 2

Iusiurandum eatenus duntaxat actionem aut exceptionem parit quatenus iuratum est tom.1 pag.133,col.2,& 134 col 1,& 2

quæ actio ex Iureiurando proficiscatur tom.1,pag.134,col.1

quo casu Iusiurandum pariat actionem in factum tom.1, pag.134,c 2

De comparatione Iurisiurandi & sententiæ tom.1,pag.134,col.2

Si iuratum sit rem fuisse venditam ea omnia veniunt ex tali iureiurando quæ venirent ex ipsa venditione tom. 1,pag.134,col.1,& 2

Ex contractu probato per solum iusiurandum quæ actio nascatur tom. 1,pag.134, col.2

Iusiurandum non habet vim ad inducendam venditionem, sed tantùm ad inducendam probationem tom.1, pag.135, col 1

De Iureiurando apud Christianos vsitato tom.1,pag.181,col.2

Cur Iusiurandum voluntarium aut iudiciale ad nummos locum habeat, secus Iusiurandum in litem tom.1, pag.181,col.1, & 2,

Cur deferatur Iusiurandum voluntarium & iudiciale? tom 1,pag. 181,col.1, & 2

Iusiurandum in rebus omnibus locum habet tom.1.pag.181, col.1

An in præteritis operis iusiurandum locum habeat tom.1,pag.181,& 182.

In conuentionali iureiurando non potest de relatione tractari tom 1, pag.182 col.1 secus in iudiciali ibid.

Differentia inter eum qui defert iusiurandum & eum qui refert tom.1, pag 182,col.1,

Cur detur facultas referendi iusiurandum? tom.1,pag.182,col.2

An in iureiurando iudiciali possit conqueri is cui delatum est iusiurandũ? tom.1,pag182, col.1, & 2,

Iniuriam patitur is cui iusiurandum defertur ea de re quam pro certa & cognita non habeat,si cogatur aut iurare aut referre tom. 1,pag.182,co.1,& 2

Iusiurandum in litem aut iam delatum,aut iam præstitum, iudex per taxationem refrænare non potest tom.1 pag.221,222,223,& 224 contra Tribonianum in eo loco.

Iusiurando in litem à iudice delato victor de expensis non licet iudici minus quàm iuratum sit condemnare tom.1, pag.223,co.2

Retractatio delationis iurisiurandi etiam in litem facilior est quàm præstationis tom.1,pag.224, co.1

A iurisiurandi in litem delatione appellari potest re integra,non autem à præstatione to.1,pag.224,col 1

Cur iusiurandum in litem ab alio quàm à domino præstari non possit? tom.1,pag.224,col 1.

An

An in iureiurando in litem de affectione tantùm iuretur tom.1.pag.224, col.1,& 2

Iusiurandum conuentione delatum referri non potest secus iusiurandum iudiciale tom.1,pag.19,col.2

Iusiurandum de calumnia potest à deferente exigere reus, sed non à referente to.1,pag.180,col.2

Non in omnibus & per omnia eadē debet esse conditio delati iurisiurandi quæ relati, eadémque verborum conceptio, sed pro diuersitate rerū & personarum mutari potest tom.1, pag. 190,col.1, & 2,& 191,col.1,& 2

Iurisiurandi gratiam facere pupillus non potest etiam cum tutoris authoritate,deferre vero potest tom. 1, pag. 180,col.1,& 2

Non valet iusiurandum nisi eo modo præstitum sit quo delatum,quia pactionis & transactionis vim obtinet to. 1,pag.180,col.1

Iusiurandum simpliciter aut nominatim per Deum delatum valere non potest si iuratum sit per salutem to.1, pag.180, col 2

Iureiurando non ritè & secundùm formam delatam præstito ex integro solemniter iurandum est tom.1, pag. 180,& 181,col.1,& 2

Non obstante iudicis pronunciatione super iureiurando ex delatione partis intra diem præstando liberum est ei qui detulit impunè pœnitere tom. 1,pag 107,in fi.& 108

Sibi debet imputare qui iusiurandum detulit cùm non cogeretur tom. 1,pag.108,

Iusiurandum delatum potest reuocari quousque sit susceptū secus postquàm fuit susceptum to.1,pa.107,col.1, & 2,& 108,col.1,& 2

Delato iureiurando si neque sit iuratum neque relatum iusiurādum perinde haberi debet ac si non fuisset delatum tom.1,pag.107,& 108,per totum.

Iusiurandum suppletiuum nullum datur tom.1,pag.178,col.2

Iusiurandum quod vocant suppletiuū melius purgatiuum diceretur to. 1,pag.178,col.2

Differentia inter iusiurandum purgatiuum quod vulgò suppletiuum vocant ab eo quod vocant purgatiuum tom.1, pag.178, col.2

Vbi argumenta & testimonia sufficiunt ibi iureiurando opus est tom.1, pag.179,col.1

Iusiurandum quod vocant interpretes suppletiuum & necessarium non habet locū in causis criminalibus, nec in magnis quæ criminalibus æquiparantur,nec in Curia Parisiensi tom.1, pag.179,col.2

Iusiurandum delatum præstari per se debet non per procuratorem tom.1, pag.108,col.1

Quoties is qui iusiurandum defert certò scit aduersarium peieraturum, mortaliter peccat t. 1, pag. 108,col.2

Iusiurandum antequam sit susceptū potest reuocari, posteaquā susceptum est potest remitti t.1, p.108,col.1,& 2

Iureiurando siue dato, siue remisso, siue dato & præstito, reus qui iurauit acquirit sibi exceptionē adeoque perpetuam tom.1,pag.109,c.1

Fideiussore de se tantùm iurante nō de re ipsa aut de contractu etiamsi debiti sit fideiussor, nihil tamen hoc iusiurandum potest debitori proficere to. 1,pag 158,col.1

Iurante fideiussore se nihil creditori præstare debere an hoc iusiurandum & quo casu prosit debitori tom. 1, pag. 158,c.1,& 2

An iusiurandum à reo criminaliter conuento ad vindictam & pœnam publicam præstitum proficiat tom.1,pa. 101,col.2

Ex iureiurando extra iudiciū ab accusatore reo deferente præstito non potest reus condemnari tom.1,pag. 101,col.2

De effectu iurisiurandi ab accusatore reo,vel è contra in iudicio super crimine præstito tom.1,pag.101,col.2

Quibus casibus iurisiurandi delatio à procuratore alieno nomine facta valeat? tom.1,pag.145.col.1,146,147,& 148

Ex iureiurando tantùm ritè delato prætor exceptionem pollicetur tom.1, pag.146,col.2

Quo casu verum sit iusiurandum habere vim pacti conuenti & rei iudicatę tom.1,p.146,col.1

An prosit actori cautio de rato à procuratore præstita in delatione iurisiurandi tom.1,pag.146,col.2

Iusiurandum habet vim litis contestatæ tom.1. pag. 130, col.2. Item pacti conuenti & transactionis pag. 131,col.1,& pag.145,col.1,& 2

Iusiurandum in litem non nisi à iudice deferri potest tom.1, pa.220, col.1,& 2

Iusiurādum in litem mutua conuentione partium æstimandarum deferri potest à iudice tom.1, pagin. 220, col.2

Iusiurandum in litem non delatum à iudice,non potest præstari tom.1,p. 220,& 221,col.1,& 2

Quodnam iusiurandum delatum referri non possit tom. 1, pag. 141, col.1

Differentia inter iusiurandum conuentionale,& iudiciale tom.1,pa. 141,col.1,& 2

Etiam sine tutoris authoritate suscipere iusiurandum pupillus potest tom. 1,pag.142,col.2

Actor qui in ea actione quæ per inficiationem crescit probare maluit intentionem suam per iusiurandū quàm per testes simpli non dupli persecutionem sibi acquirit tom. 1. pag. 166, 167, 168, & 169, col. 1

Actor qui in ea actione quæ per inficiationem crescit probauit intentionem suam semiplenè per testes,& deinde per iusiurandum vt vocant suppletiuum, simpli nō dupli persecutionem habet tom.1,pag.169,col.1,& 2

Iusiurandū & actionem indicit cùm ab actore præstitum est, & exceptionem cùm à reo tom. 1, pag.164, col.2

Iusiurandum sumit naturam actus in quo interponitur tom.1, pag.130, col.1

Ex longa possessione etiam olim actio vtilis acquiri potuit in rem iureiurando interueniente, & contra solum deferentem tom.1,pag.129,col.1, & 2,& pag.130,col.1,& 2

An sententia post iusiurandum reddita pro eo qui iurauit perinde famosum & infamem faciat eum qui ex famoso iudicio condemnatus est, ac si per veras non fictas probationes condemnatus esset? tom. 1, pag. 112, col.1,& 2

An iusiurandum recusari possit? to. 1,pag.196,col.1,in fi.

Causæ iustæ recusandi iurisiurandi tom.1,pag.196,col. 2

An iusiurandum delatum ei qui actionem de euictione sibi paraturus vult se defendere recusari possit? & an ex eo præstito actionem euictionis amittit tom.1,pag.196,in fin.& 197

An possit recusari iusiurandum delatum ei qui iurare quidem potest, sed referre non potest? tom.1, pag. 197,col.1,& 2

Iusiurandum ex delicto delatum præstari cùm possit, non autem referri an possit recusari? tom.1,pag.197, col.2

Iusiurandum præstatur cùm refertur, quandoquidem non recusatur tom.1, pag.191,col,2

Cur prætor in referendis edicti de iureiurando verbis nullam fecerit referendi mentionem? tom.1,pag.191, col.2

An iusiurandum à nobilissima persona plebeia delatum super Diui Antonij reliquiis, postea eo modo relatum præstari debeat ad formam relatam an verò possit moderari? tom. 1, pag.191,col.2

Quæ sit practica rerum omnium quę de iureiurando tractantur? tom. 1, pag.191,& 192,col.1

An insinuanda calumnia patronis ac parentibus liberti ac liberi remittere teneantur tom.1, pag.186, c.1, & 2, & 187,col.1,& contra parentes ac patroni liberis ac parentibus pag.187,col. 1,& 2

An & quomodo conceptio formulæ iurisiurandi in arbitrio iudicis posita esse videatur to.1,pag.187,& 188

Cur iurisiurandi vsus fuerit introductus? tom.1,pag.96,col.1

Iusiurandum vocatur compendium litium. Item emplastrum æris alieni tom.1, pag.96,col.1,& 2

De iurisiurandi religione & authoritate to.1,pag.96,col.2

An permitti debuerit vt ex ipsorum litigatorum pactione iusiurandum deferretur tom.1, pagin. 96, col.2, & 97

Hereditate vel legato sub conditione iurandi relicto solet prætor iurisiurandi gratiam facere tom. 1, pag. 97,col.1

Iusiurandum tollit obligationem naturalem to. 1,pa.408 col.1,& 2

Maior est vis iurisiurādi quàm rei iudicatæ tom. 1, pagin. 408, col. 2, & seq.

Iusiurandum naturalem habet æquitatem cùm ex conuentione proficiscatur tom. 1, pag. 409, col. 1

Iusiurandum habet vim transactionis ac solutionis secus res iudicata to. 1, pag. 409,col.1,& 2

Iusiurandum de actione aut re aliqua præstitum ad alias res aut actiones extendi non potest, sicut nec ad alias personas tom.1,pag.118,col.1

Per iusiurandum super furto præstitum quæ actiones tollantur & quæ nō to. 1, pag.132,col.2

Quænam actio nascatur ex iureiurando petitoris tom.1,pag.122,col.2 126,col.2,& 129,col.1

Per iusiurandum super hereditate delatum iuranti quæritur quicquid per sententiam cōsequeretur, quemadmodum & si super vsufructu esset delatum tom.1,pag.125,col.1, & talis actio quæritur quæ ex iudicato ibid.

Eadem est vis & potestas iurisiurandi relati atque delati & per dilationem præstiti vt & pacti vim habeat & probationis tom.1,pag.585,col.2

BIU Cujas

Temporales actiones per iusiurandū possunt perpetuari tom.1,pag 113, col.1,& 2

Iusiurandum habet vim contestationis tom 1 pag.113,col.1,& 2

Iudex iniustè facit si iusiurandum in litem deneget petenti actori eo casū quo æquum sit ab actore ipso non à iudice litem æstimari,& ab ea iudicis sententia vel interlocutione appellari rectè potest to.1,p.222,col.2

Iusiurandum, in litem non potest à iudice deferri actori qui non rem suam petit, sed sibi debitam duntaxat actione stricti iuris aut cōtra eum qui non in dolo, sed tantùm in culpa leui esse probatur tom.1, pag.222, col. 2

Iusiurandum habet vim pacti conuenti,id est transactionis. Item stipulationis, nouationis & delegationis, itēque acceptilationis solennis, ac veræ solutionis tom.1,pag 194,col.1

Prodigus ne quidem tutore authore iusiurandum deferre non potest, secus curator solus tom.1, pag.193,& 194, quod & in furioso eiusque curatore locum habet tom.1,pag.194,col. 2

Iusiurandum in litem nihil nisi litis æstimatio est, ac quasi venditio rei in litem deductæ t.1,p.216,c.1

An & quomodo ex iureiurando detur actio & exceptio? tom. 1, pag. 111,col.1.& 2

Iusiurandum præstitum quomodo etiam prosit fideiussori? tom. 1, pag. 111,col.1,& 2

An,& quibus liberis & libertis liceat iusiurandum parentibus & patronis deferre tom.1, pag.138,c.2,& pag.139, col.1,& 2,& 140,col.2

Quid & quomodo operetur iusiurandum à reo præstitum si iuret se dare non oportere,aut se non esse condemnatum tom.1, pag. 163,col.2

Ex iureiurando à seruo vel à filiofamilias præstito, an exceptio domino, aut patri concedatur tom.1,pag.151 col.1,& 2

Homo mortuus in iusiurandum deduci non potest tom.1,pag.170,col.1

In omnibus actionibus bonæ fidei per quas actor rem suam petit, licet nō quasi suam sed quasi sibi debitam iuratur in litem eadem scilicet æquitatis ratione,ne actor rem suam venderè inuitus iusto precio compellatur t.1,p. 596,col.1,& 2

Iureiurando ritè delato reus habet electionem aut soluendi aut iurandi tom.1,pag.189,col.2

De condemnatione quæ per actoris iusiurandum in litem creuit tom.1,pa. 207,col.2

Iusiurandum in litem in actionibus strictis præstitum an sit verè & propriè iusiurandum? tom.1, pagin.229, & 230

Iusiurandum species probationis est tom.2,pag.393,col.2

Iusiurandum neque patronum, neque ingenuum facere quenquam potest tom.1,pag.174,col.1

An iusiurandum in actione populari ex ea causa præstitum quæ adhuc duret noceat aliis eadem actione postmodū agere volentibus? tom.1, pag. 173, col.1, & 2

Iusiurandum non habet vim probationis pro eo qui detulit, sed tantùm pro eo qui iurauit to.1,p.149,col. 2

Iusiurandum susceptum & præstitū habet vim pacti conuenti tom.1, pag.114,col.2,in princip.

Vnde sit æstimanda vis iurisiurandi tom.1,pag.133,col.1

Veteris iurisiurandi formula t.1.p. 145,col.2

Præcipuus iurisiurandi effectus est vt iurantem ab onere probandi releuet tom. 1,pag.145,col.1

An defensor iuris iusiurandum deferre possit to. 1, p. 145, col.1

De iureiurando propria superstitione præstito t.1,p.105,& 106

An in popularibus actionibus iusiurandum ab vno præstitum aliis vel contra alios qui non detulerunt prosit? t.1, p.172. & 173

Iurisiurandi delatio probationis species quædam est & quidem maxima tom.1,pag.149,col.1

Iusiurandum parit exceptionem perpetuam tom.1,pag.199,col.1.& 2

Nullum hodie penitus de calumnia iusiurandum præstatur citra specialem iudicis interlocutionem tom.1,pag. 186,col.2

In duobus reis stipulandi an delatum ab altero iusiurandum alteri noceat? tom.1, pag.156,col.1,& 2

Iusiurandum mulieris de iure præstitum potentius est iure, at si de facto, non est potentius iure sed facto tom.1, pag.177,col.2

Iusiurandum de calumnia remitti non potest ne quidem expressa conuentione tom.1 pag.185,in fi.

Præstito iureiurando non datur actio contra iurantem, neque contra eius successorem tom.1,pag.109,col. 1,& 2, & 110

Iusiurandum à matre vel præstitum vel delatum neque nocere, neque prodesse partui debet tom.1,pag.103, col.2

De iureiurando præstito super eo an prægnans sit mulier vel non sit tom.1, pag.102,& 103,col.1,& 2

Iusiurandum deriſorium nunquam defertur,sed semper à parte tom.1,pa. 220,col.2

Iusiurandum in litem semper est iudiciale,nunquam extraiudiciale tom. 1,pag.220,col.1,& 2

Iusiurandum veritatis nullum est? to. 1,p.235,col.2

Inutile est iusiurandum à reo præstitum nemine ei iusiurandum deferente tom.1, pag.100,col. 1,& 2

Iusiurandum instar iudicis habet to. 1,pag.126,col.2

Præstito super parte litis iureiurando lis pro parte tantùm dirimitur secus præstito super totalitate t.1,p.110,c.1

An iusiurandum rei prosit fideiussori? tom.1,pag.157,c.1,& 2,& 159, co.1,& 2

Cur Plato iurisiurandi vsum prohibendum putauerit? tom.1,pag.186, col.2

Quando necessarium sit iusiurandum in litem ad æstimandam rem peremptam in actionibus stricti iuris t.1, pag. 470, col. 2, & in quibus actionibus non sit necessarium ibid.

Iusiurandum quod sententia secuta est non potest habere vim sententiæ, sed tantùm probationis tom.1,pag. 112,col.1

Post præstitum iusiurandum non de alio quæritur quàm vtrum iuratum sit tom.1,pag.112,col.1,& pag.114,col.1

An iusiurandum præstitum vno deferente aliis prodesse aut nocere potest?tom.1,pag.121,col.2,& 122,col.1,& 2

De conditione personæ præstitum iusiurandum valet tom.1,pag.102, col.1,& 2

Iurisiurandi remissi & præstiti par est virtus to.1,pag.111,col.1

Cur introductum sit iusiurandum in litem tom.1,pag.206,& 207

Iusiurandum à iudice solitum exigi propter conflictum probationum non exigitur ab eo qui sempiternè probauit suam intentionem, sed ab eo qui plenè, cuius tamen probationes cōtrariis tamen aduersarij probationibus quamuis paulo leuioribus debilitētur tom. 1,pag.176,177,178,col.1

Potest imputari aliquid ei qui iusiurandum detulit quod aduersarium in causa propria iudicem constituerit to. 1,p.385,col.1

An iurari debeat eo modo quo defertur iusiurandum, & an & quomodo possit forma iurisiurandi delati reformari à iudice? tom.1,pag.194,col.1,& 2

Iusiurandum parit repetitionem soluti tom.1,pag.199,in fi. & 200

Iusiurandum etiam quod extra iudicium defertur iudicij instar obtinet tom. 1, p 194,col.1,in fi.

Iusiurandum non est modus transferendi dominij tom.1, pag.123,col.2

Sublata principali obligatione per iusiurandum pœna promissa tollitur tom.1,pa.199,col.2

Per iusiurandum in litem non tam æstimatur id quod interest, quàm res ipsa nisi vno casu tom.1,pag.227,col.2

Iusiurandum in litem non tam fauore domini est inductum cui res sua eripitur quàm odio possessoris qui per contumaciam non vult restituere to.1, pag.210,col.1

Iusiurandum habet speciem nouationis & delegationis to.1,p.116,col.2

Iusiurandum est modus tollendæ obligationis naturalis & ciuilis tom.1, pag.116,col.2

Iusiurandum in litem cur comparatum? tom,1,pag.226,col.1

De iureiurando calumniæ to.1,pag. 183,c.1,& 2

Iusiurandum non ex interuallo, sed in continenti est suscipiendum tom.1, pag.183,col.2

Iurisiurandi in litem, vnde profecta necessitas tom.1,pag.227,col.1,in fi.

Taxatio quantitatis iurisiurandi à Triboniano potiùs quàm a iure introducta tom 1.pag.222,col.2

Iusiurandum in litem non defertur pro quantitate posita, sed pro corpore t.1.p.208,col.2

Cur introductum sit iusiurandum in litem? tom.2,pag.386,col.1

Exceptio iurisiurandi non nocet si aliquid denouo superueniat t.1,p.173,c.2

Iusiurandum in litem præstitum retractari à iudice non potest tom.1, p, 224,col.2,& pag.221,222,& 223

Quo casu etiam in iudiciis strictis iuretur in litem tom.1, pag.510,col.2

Qui iusiurandum aduersario defert, facit eum iudicem in sua causa tom. 2,pag.157,col.1

Iusiurandum à pupillo vel à minore præstitum contra deferentem custodiri debet tom.1,pag.152,& 153

Verba solemnia formulæ iurisiurandi tom.1,pag 138,c.2

Effectus in iureiurando potissimum est inspiciendus tom 1.p.130,c.2

Iusiurandum interdum recusari potest propter qualitatem & modum deferendi aut referendi tom.1,p.197,c.2

Iusiurandum in dubio pro iurante ampliandum est & liberatorium tom. 1,pag.205,col.2

BIU Cujas

Iusiurandum, tutor.

Iusiurandum à tutore delatum omnibus aliis probationibus deficientibus ita ratum haberi debet si bona fide delatum sit vt pupillo actio postea denegetur, etiãsi superuenerint ei nouæ probationes, si modo tempore delati iurisiurandi neque sperari, neque expectari poterant tom.1,pag.193, col.1,& 2

Iusiurandum,ius accrescendi.

Quibus casibus portio bonorũ possessionis alteri patrono per iusiurandũ liberti sublata alteri per ius accrescendi accrescat tom.1,pag.128,col.2

Iusiurandum, pupillus.

An pupillus iusiurandum sine tutoris autoritate deferre possit tom.1,pag. 141,col.1,& 2,& 142,col.1

An pupillus in integrũ restitui possit aduersus delationem iurisiurandi siue à tutore solo, siue cum tutoris autoritate factam tom.1,pag.142,col.1

An pupillus indemnitatem habeat à tutore cuius autoritate delatum est iusiurandum tom.1,pag.142,col.1,& 2

Iusiurandum, periurium.

Iureiurando à procuratore delato cum cautione de rato, cur non possit de rato reus agere quàm si de periurio suo doceat tom.1,pag.147,col.1

Iusiurandum dolus.

Quando iusiurandum in actione de dolo referri possit? tom.1, pag.190, col 1

Iusiurandum, precium.

An venditor conuentus actione exẽpto ad rem tradendam,poterit remorari effectum actionis & iurisiurandi, & excipere de precio non soluto, vt interim non cogatur tradere tom.1. pag. 135, col.2

Iusiurandum, cautio.

Nemo superfluo iureiurando debet onerari tom.1, pag.198,col.1

Nemo superflua cautione debet onerari tom.1,pag.198,col.1

Iusiurandum,fideiussor.

Fideiussor iurans se dare non oportere,an & quomodo liberet reum principalem? tom.1,pag.205,& 206, sic & defensor absentis vel præsentis pag. 206,col.1,& 2

Iusiurandum,furtum.

Iureiurando in litem de actione furti præstito cuius temporis ratio habeatur pro æstimatione? tom.1,p.240,col.1

Iusiurandum periurium.

Quo casu de periurio quæri soleat in iureiurando in litem præstito,vel in iureiurando purgatiuo t.1,p.242,c.1,& 2

Iussum.

An actio quod iussu detur in eos qui contractum filij vel serui ratum habuerunt? tom.2,pag.313,& 314

Dominus pro seruo fideiubẽs actione quod iussu non tenetur tom.2,pag. 313 col.1,& 2

Curator ciuitatis aut reipublicæ cuius iussu cum seruo ciuitatis contractũ est,an actione quod iussu teneatur? to. 2,p.317,& 318

Pater vel dominus pecuniam mutuã accepturus si iusserit filio vel seruo numerari an actione quod iussu teneatur? tom.2,pag.318,col 1,& 2

An iussum re integra possit reuocari tom.2, pag.312,col.1,& 2

Iussum quomodo accipiendum sit? tom 2,pag.312.col.1,& 2, & quomodo probandum ibid.

Iussum, pignus.

Qui iubet cum seruo contrahi ad obligandum se, an actione quod iussu teneatur?& an bona sua à seruo possint obligari tom.2,pag.316,in fi. & 317, col.1,& 2

Iussus.

Curatore adolescentis. vel furiosi,vel prodigi iubente cum seruo contrahi, an detur actio quod iussu in eos quorum seruus fuerit tom.2. pagin. 315, col.1,& 2

Quod iussu veri procuratoris gestũ est à seruo in eius dominũ datur actio quod iussu secus si sit falsus procurator tom.2,pag.315,col.2

Quod iussu domini ancillæ,vel iussu patris filiæ creditum est actione quod iussu à domino,vel à patre repeti potest tom.2,pagin.316,col.1,& 2

Vnus ex serui dominis cum eo contrahi iubendo solus tenetur actione quod iussu tom.2,pag.318,col 1,& 2

Duo ex dominis iubentes cum seruo contrahi actione quod iussu quilibet in solidum potest conueniri t.2.p. 318,col.2,& 319

Ex iussu alicuius vt cum alieno seruo contrahatur non datur actio quod iussu licet postea eum seruum redemerit tom.2,pag.316,col.1,& 2

Pupillus dominus sine tutoris authoritate iubendo, non tenetur actione quod iussu tom.2,pag.314, col 1,&2

Actio quod iussu datur contra pupillum cuius tutoris solius iussu pupilli seruo creditum est tom.2,pag. 314,col.2,& 315,col.1,& 2

Si iussu fructuarij vel bonæ fidei possessoris cum seruo contractum sit, tenetur actione quod iussu tom.2, pag 314,col.1,& 2

Qui iubet cum seruo contrahi actione quod iussu,in solidum conuenitur tom.2,pag.311, col.1,& 2, scilicet quatenus iubet col. 2

An tutoris iussu creditum seruo pupilli,possit actione quod iussu à pupillo repeti tom.2, pag.315,col.1,& 2 & 316

Differentia inter iussum & fideiussionem tom.2,pag.249.col.2

Iustum.

Non satis iustè factum dici potest,si iustiùs aliquid fieri potuerit tom.1,p. 178,col.1

L

Ladere.

Læditur is qui pro pecunia sibi debita actionem suscipere cogitur tom.2,pag.252,col.2,in fi. si scilicet ex suo contractu ad pecuniam teneatur tom.2,pa.253,col.1

Læsio.

Lædi creditur quisquis partam ex causa iudicati persecutionem nouo contractu ad initium alterius petitionis redigit tom 2,pa.252,col.2

Latitare.

Nemo accepto iam iudicio & dictata actione latitare potest tom.2, pag.240 col.1

Laudimia.

Ex facta diuisione inter coheredes nulla domino directo laudimia debentur,nec magis à prouocante, quàm à prouocato tom.1, pag.492,col.2

Legare.

Res aliena legari potest tom.1, pag.19,col.1

Legata

Legata licèt diminuant & delibent hereditatem, ius tamen & qualitatem heredis non diminuunt tom.1, pag.489,col.1

Legata in minus solemni testamento relicta naturaliter, neque ciuiliter debentur tom,1, pag,334,col.1, & 2

Legatarius.

Heres malè plus minúsque iusto precio res hereditarias vendens, legatariis neq;prodest,neque nocet tom. 1, pag.333,col.2, & 334,col.1

Legatarij non sunt iuris successores tom..1,pag.489,col.1

Creditoribus peculiariis actiones non competunt in legatarios, tanquam qui non sint iuris successores, sed in heredes tom.2, pag.269 col 2

Non est audiendus legatarius, si legati commodum amplectatur, onus verò recuset tom.2,pa.270,col.1

Legatarius modus.

Legatarius cauere debet de modo implendo t.1, p.297,col.1

Legatus.

Vbi conueniri debeat Legatus Romæ,vel alibi contrahens tom. 1,pag. 555,col.1

Legatus,constituere, constitutum.

Legatus Romæ constituens se soluturum Romæ eam pecuniam quam in prouincia mutuam acceperat, licèt ante legationem,debet conueniri Romæ,vbi & constitutum factum & solutio fuit destinata ipso iam tempore legationis tom.1,pagin.555,col.1 secus si simpliciter constituat eam se soluturum ibid.

Legatus,contrahere,constituere.

Legatus simpliciter constituendo Romæ, non ideò credendus est constituere se soluturum Romæ, sed potiùs in loco sui domicilij, nisi situm primum Romæ contraxerit tom.1, pag. 555,c.2

Legatus constituere.

Legatus quiRomæ non contraxit, sed in prouincia, constituit se Romæ soluturum, conueniri tamen Romæ non potest,scilicet si ante legationem contraxit,secus si post tom.1, pag.556,col.1,& 2

Legatum.

Legato fundo instructo quod tempus inspiciendum sit tom.2,pag. 262,col.2

Legati sub condicione relicti pendente condicione, dominium est heredis tom.1,pag.17,col 1

Legata dicuntur incipere ab herede,non à testatore tom.2,pag. 268,col.1,in fi.

Neque legata,neque fideicommissa valent,quamuis pura, si nemo hereditatem adeat to 1,pag.233,col.1

BIU Cujas

Per nudam sui heredis existentiam legata confirmantur tom. 1, pag. 339, col. 2

Legatum ab intestato relinqui non potest nisi per fideicommissum repertum sit à legitimis successoribus tom. 1, pag. 338, col. 2

Id quod implendæ condicionis causa datur licet non capiatur iure testamenti neque tam ex voluntate testatoris quàm eius qui dat, mortis tamen causa capitur tom. 1, pag. 249 col. 1

Res sub conditione legata interim & pendente conditione pleno iure est heredis tom. 1, pag. 489, col. 2

In legato nulla traditio requiritur ad transferendum dominium tom. 1, p. 237, col. 2

Legata & fideicommissa nullo etiam hominis facto interueniente ignorantibus quoque acquiruntur tom. 1. p. 26, col. 1

Legati tempus inspiciendum cùm legatum cedit, non tempore testamenti tom. 2, pag. 262, col. 1

Dominium rei per vindicationem legatæ sub conditione interim pleno iure est heredis tom. 1, pag. 494, col. 1

Legatum sub cõditione relictum repudiari interim non potest tom. 1, pa. 494, col. 1

Legatum & rei legatæ dominium transit recta via a testatore ad legatarium, nunquam factum heredis tom. 1, pag. 489 col. 1

Legata per vindicationem aut perceptionem transeunt recta via à testatore ad legatarium secus legata per damnationem aut per sinendi modum tom. 1, pagin. 489. col 1, in fi.

Legatum si eius dominium fuerit testatoris recta via, transire in legatarium potest tom. 1, pag 405, col. 1

Legatum per damnationem non nisi per actionem personalem ex testaméto peti potest, legatum vindicationis etiã per actionem in rem ac proinde vbicunque res inueniatur quæ legata est tom. 1, pag. 536, col. 2

Hominis legatum orationis compẽdio singulos homines continet tom. 1, pag. 390, col. 1 sicut & stipulatio ibid.

Nemo inuitus legatum agnoscere compellitur quamuis lucrosum tom. 1, pag. 16, col. 1

Quomodo legatum acquiratur reuocabiliter, quomodo irreuocabiliter, tom. 1. pag. 16, col. 2, & quando ibid.

Legata lana simpliciter vestimentum quod postea ex ea lana factum est à testatore legatum non videtur to. 1, pag. 686, col. 1

Legatum per vindicationem factum titulus habilis est ad transferẽdum dominium ipso iure etiam citra traditionem tom. 1, pag. 686, col. 1, & 2 non tamen viuo adhuc testatore, sed eo demum mortuo tom. 1, pag. 686, col. 2

Dominium rei per vindicationem legatæ transit recta via à testatore in legatarium etiam ignorantem tom. 1, pag. 156, col. 1

Quomodo per omnia exequata sint legata fideicommissi tom. 1, pag 327 col. 2, & pag. 329, col. 1, & 2

An debitum purum sub conditione legatum debitori, pendente conditione, possit peti ab herede tom. 1, pag. 77, col. 1

Obligatio legatorum incipit ab herede tom. 1, pagin. 333, col. 2

Iustinianus sustulit omnes antiquas formulas & differentias legatorum to. 1, pag. 19, col. 1

Seruus sub cõditione legatus aut qui non nisi cõditionalem libertatem meruit interim heredis est & quidem pleno iure tom. 2, pag. 169, col 2

Cur legatum purum à testatore ad legatarium recta via continuetur tom. 2, pag. 169, col. 2. imo etiam legatum conditionale, existente quandocunque conditione ibid.

Legatum perinde facit rem legatam legatarij, atque hereditas heredis res singulas nunquam factam heredis to. 1, pag 400, col. 1

Legata hereditariarum quoque actionum loco habentur quamuis ab herede incipiant tom. 2, pag. 269, col. 1

Hereditate non adita legata omnia non intercidunt tom. 2, pag. 269, col. 1

Peculium legatum potest recipere accessionem & diminutionem, secus alia legata quæ non possunt accedere legatario, sed ipsi heredi tom. 2, pag. 262, & 263, col. 1, & 2

Legatum per vindicationem relictũ acquiritur ipso iure legatario sed acquisitione reuocabili, acquisitione verò legati acquiritur acquisitione irreuocabili tom. 1, pag. 245, col. 2

Legatum acquiritur ignoranti quidem, sed non inuito tom. 1, pag. 245 col. 2

Legatum per agnitionem acquisitũ repudiari non potest to. 1, pag. 245, col. 2

In legato condicionali vel ad diem dies & conditio faciunt legatum tom. 2, pag. 214, col. 1

Legatum, mutuum.

Argentum ad pondus legatum potest, solui in pecunia numerata eiusdẽ æstimationis secus argentum ad pondus mutuo acceptum tom. 1, pag. 4, col. 1

Legatum, dies.

Dies insertus legato, facit legatum conditionale, secus si sit insertus solutioni legati tom. 1. pag. 536, col. 1

Legatum, stipulatio.

Legatum domus inutile si nullam testator habeat tom. 1, pag. 521, col. 2

Optimum consilium pro stipulatore est vt in stipulationibus & locum & tẽpus adiiciat to. 1, pag. 521, col. 2

Lex.

Nulla lex ita scribi potest vt omnes casus comprehendat tom. 1, pag. 503, col. 1

Lex vetus & ius antiquum adeoque antiquissimum dicitur leges duodecim tabularum tom. 1, pag. 503, col. 1 nouæ verò leges quæ post eas leges latæ sunt ibid.

Leges & constitutiones quantumuis exorbitantes & correctoriæ recipiũt interpretationem passiuam à iure communi & à prioribus legibus quibus nõ fuerit specialiter derogatum tom. 1, pag. 187, col. 1

Duriores leges neque prudentibus, neque ipsi Prætori licet verbis repugnantibus interpretatione mollire, quia quantumuis duræ seruandæ sunt tom. 1, pag. 569, col 2

Leges debent esse de re dubitabili tom. 1, pag. 129, col. 1

Ludibrio habet auxilium & æquitatem legis qui existimat maiorem propositi sui & voluntatis, quàm iuris fore potestatem, quod neque in contractibus inter viuos, neque in vltimis voluntatibus ferendum est tom. 1, pag. 414, col. 2

Leges sub alienis titulis positæ, fugitiuæ dictæ tom. 1, pagin. 442, col. 1

Tanto melior lex est siue ciuilis, siue prætoria, quanto generalioribus verbis concepta est, vt plures casus complecti possit tom. 1, pag. 592, col. 1

Lege nihil maius, nihil dignius, potentiusve est in republica, sine qua nec vlla stare respublica potest tom. 1, pag. 706, col. 2

Nullus alius quàm Cæsar legem facere potest quæ commissi pœnam irroget, aut quæ vectigalia imponat tom. 1, pag. 466, col. 2

Duæ eiusdem sententiæ leges: in Pandectis contra Triboniani opinionem qui gloriatur nunquam hoc contingere corpore iuris tom. 2, pagin. 310, in fi. & 311

Leges neque actum aliquem faciunt derisorium, neque vllam conditionem impossibilem admittunt tom. 1, pag. 522, col. 2

Nec prætor, nec magistratus, nec Senatus ipse legem facere potest, sed tantùm simulem legi constitutionem to. 1, pag. 707, col. 2

Lex imitatur semper naturam tom. 2, pag. 330. col. 1

Nemo potest sibi cauere aduersus leges aut edictum prætoris tom. 2, pag. 233, col. 2

Qui contra legem committit, eorum auxilium implorare non potest tom. 2, pag. 354, col. 1

Publicè interest extra ordinem puniri eos qui contra legum ordinem & præscriptum deliquerunt tom. 1, pa. 645, col. 2

Posteriores leges & constitutiones principum anterioribus sunt potiores tom. 1, pa. 222, col. 1

Semper minus plenæ leges ex plenioribus & amplioribus interpretationem accipere debent tom. 2, pag. 303, col. 1

Lex legitima.

Voluntas legis est vt filius etiam inuitus possit legitimam consequi in bonis patris vel matris, non etiam vt inuitus eam consequatur tom. 1, pag. 404, col. 2

Lex, fraus.

Grauius peccat qui in fraudem legis aut Senatusconsulti aliquid facit, quàm qui contra legem aut Senatusconsultũ tom. 2, p. 353, col 1

Quę in fraudem Senatusconsulti facta sunt, rata haberi non debent tom. 2, pag. 353, col. 1. & 2

Lex, ignorantia.

Legum autoritatem rusticitatis & imperitiæ velamentis circumueniri nõ oportet tom. 1, pag. 455, c. 2

Libellus.

In omni libello inspiciendum maximè est medium concludendi, magis quàm illud ipsum quod concluditur tom. 1, pag. 260, col. 1

Liber.

Difficile dignosci potest liber homo à seruo tom. 2, pag. 140, in fi.

Liberalis.

Nemo in necessitatibus liberalis exstitit tom. 2 pag. 30. col. 2

BIU Cujas

Liberalitas.

Liberalitas nulla intelligitur in eo qui animum habet repetendi t. 1, p. 414, col. 1

Liberare.

Non potest liberari is qui nunquam fuit obligatus t. 1, p. 94, col. 2

Non liberatur qui rem ipsam reddit debitam quidem, sed deteriorem factā t. 1, p. 700, col. 2

Non potest liberari debitor etiam si soluat vel restituat quod debet nisi soluat vel restituat vero creditori, aut veri creditoris vero procuratori t. 2 p. 388, col. 1

An verum sit & quomodo peculiarem debitorem si in fraudem creditorum peculiarium seruo soluat non liberari? tom. 2, pag. 299, col. 2

Quisquis liberatur ipso iure multo magis credendus est liberari per exceptionem tom. 1, pag. 620, col. 2

Facilius est vt quis per exceptionem, quàm vt ipso iure liberetur tom. 1, pag. 620 col. 2

Tutius est debitori dicere se liberatum per exceptionem quàm ipso iure tom. 1, pag. 620, col. 2

Locupletior fit quisquis debito liberatur tom. 2, pag 327, col. 2

Nemo potest facto suo suam obligationem tollere inuito creditore to. 2, pag. 163, col. 2

Iure veteri quando eadem res vel quantitas à pluribus debetur electione vnius alij liberantur tom. 2, pag. 199, c. 1, in fi.

Liberatio.

Legari non potest liberatio nisi per damnationem tom. 1, pag. 375, col. 2

Potest liberari fideiussor manente obligatione principalis & è contra per pactū de non petendo præsertim quod sit personale secus per acceptilationē tom. 1, pag. 426, c. 1

Liberatio ex solutione ita demum contingit si debitum ad creditorem ita peruenit vt nihil ei absit, nec quod solutum est euinci aut repeti possit t. 1. p. 432, col. 2

Quo casu possit quis facto suo liberationem sibi acquirere tom. 2, pag. 298, col. 1

Solutio facta per errorem & probabilem facti ignorantiam ei qui credebatur habuisse ius accipiendæ solutionis ipso iure parit soluenti liberationem tom. 1, pag. 420, col. 2

Omnis liberatio præsupponit præcedentem obligationem à cuius vinculo debitor liberetur tom. 1, pag. 413, col. 1

Quomodo fieri possit vt liberatione non contingente quantitatis debitæ, id tamen solum quod interest petendum sit, non autem quantitas debita tom. 1, pag. 524, col. 1

Liberatio non est causa proxima solutionis, sed est causa remota, non efficiens aut impulsiua, sed finalis t. 1, p. 393, col. 2

Nemo ex solo facto suo potest ab inuito aduersario se liberare tom. 1, pag. 436, col. 1

Locupletior fit debitor quisquis à creditore suo liberatur tom. 1, pag. 695, col. 1

Inuito creditori obligatio acquiri non potest secus verò liberatio inuito debitori tom. 1 pag 556, col. 2

Liberatio ab obligatione quædam veluti alienatio est cùm is qui liberat debitorem eum alienare videatur t. 1, p. 662, col. 2

Liberatio ab obligatione species est acquisitionis tom. 1, pag. 662, col 2

Qui bona fide mutuo acceptam pecuniam à seruo fugitiuo ei soluit, etiam à domino liberatur tom. 1, pag 419, col. 2

Satis est ad acquirendam liberationem vt bona fide pecunia reddatur ei ipsi à quo accepta est, tom. 1, pag. 419 co. 2

Quando ex solutione liberatio nascatur? tom. 1, pag. 39, col. 2, in fi.

Plena liberatio non potest contingere nisi ex plena satisfactione to. 1, p. 524, col. 2

Solutione alibi quàm vbi stipulator fieri voluit facta ipsi stipulatori debitor in totum liberatur, secus ea facta adiecto tom. 1, pag. 524, col 2 nisi adiecto plenum arbitrium datum sit ad accipiendam solutionem ibidem

Facti vnius pro alio solutio non parit liberationem tom. 1, pag. 524, col. 2

Tutius est liberari ipso iure quàm ope exceptionis tom. 1, pag. 451, col. 1

Solutione in alio loco quàm in quo fieri stipulator voluit facta adiecto debitor liberatur ad ratam vsque acceptę sortis tom. 1, pag. 524, col. 2

Soluta pecunia prædoni quam ille postea domino restituerit debitori parit liberationem ipso iure tom. 1, pag. 421, col. 1

Eius etiam interest qui habet exceptionem perpetuam non solùm per eius oppositionem se liberare, sed etiam per actionem tom. 1, pag. 450, col. 2

Ad liberationem consequendam sufficit pecuniam solutam ad verum creditorem quandocunque tandem peruenire, nec ei auferri vnquam posse tom. 1, pag 377, col. 1

Quoties suos nummos accipit creditor non contingit debitori liberatio tom. 2, pag. 388, col. 2

Qui promisit se curaturum vt alius quid faciat non liberatur si probet se fecisse quod potuit, nec quicquam perficere & proficere potuisse tom. 1. pag. 566, col. 2

Debitor etiam inuitus potest liberari tom. 2, pag. 359, col. 1

Liberatio quæ contingit per nouationem prodest omnibus tom. 2, pag. 332, c. 2

Liberatio, constitutum.

Per solutionem factam adiecto in constituto tantum solutionis gratia, nō etiam in priore obligatione debitor non liberatur non modo a priore actione ex stipulatione, id est certi condictione, sed neque à propria actione constituti, videlicet ipso iure, sed tantùm ope exceptionis t. 1, p 588, col. 1, & 2, & 589, col. 1, & 2

Liberatio, depositum.

Depositarius siue dolorem depositam amittens ita demum liberatur si postea illud non recuperet, secus si recuperet, tunc enim tenetur restituere etiam post iudicium acceptum & finitum to. 2, pag. 383, col. 1. & 2

Liberatio, tutor.

Plures pupilli tutores non vnius ele-

Liberatio, actione.

ctione liberantur, sed tantùm solutione tom. 2, pag 395, col. 2

Liberatio, mora

Quoties nulla moræ ratio habetur naturali interitu speciei debitæ contingit ipso iure liberatio debitori, etiā qui speciem illam expressiuam promiserat tom. 1, pag. 252, col. 1

Liberatio, solutio.

Ex solutione partis vnius rei alternatiuè obligatæ, & ex solutione partis alterius à diuersis heredibus facta non contingit liberatio tom. 1, pag 382, & 383, col. 1

Quando solutione vnius alter non liberatur ipso iure, doli tamen exceptio nocet ei qui bis idem consequi vult, quamuis à diuersis personis tom. 2. pag. 15, col 2

Nihil refert quantum ad liberationem, an quis soluat creditori an adiecto solutionis gratia, quoniam adiectus mandatum habere intelligitur ad solutionem accipiendam tom. 1, pag. 588, col. 1

Liberatio, solutio, condictio.

In obligatione alternatiua parte vnius rei soluta non statim contingit pro ea parte liberatio neque condictio, sed in pendente, secus pro parte accepto lata, & ratio differentiæ t. 1, p. 380, in fine, & pag. 381, col. 1. & 2

Liberi.

Liberi ad paterna obsequia meritis prouocandi non pactionibus adstringendi tom. 1, pag 310, col. 2

Masculorum nostrorum liberi ad onus nostrum pertinent tom. 2, pag. 292, col. 1

Liberi licet ex diuersis matrimoniis nati succedunt æqualiter ab intestato decedenti matri tom. 2, pagin. 418, col. 2

Libertas.

Libertas quę semel competiit reuocari nunquam potest tom. 1, pag. 246, col. 2

Etiam libertates in testamento inofficioso datę reuocantur, nisi testamētum ex magna & iusta causa inofficiosum dici cœptum sit post quinquennium tom. 1, pagin. 332, col. 2

In libertatibus directis non nouissima scriptura vt in fideicommissariis & in pecuniariis legatis, sed leuissima spectanda est & per quam citiùs ad libertatem peruenitur tom. 1, pag. 256, col. 2

Dominus ob datam seruo suo libertatem precium eius dare cuiquam cogitur excepto vno casu tom. 1, pag. 439, col. 1

Libertas semel data neque reuocari per eum qui dedit, neque condici per alium potest tom. 1. pag. 439, col. 2

Seruus datus vt manumitteretur si antequam manumittatur dantem pœniteat, & post pœnitentiam certioratus accipiens manumittat. an impediri libertas data possit per certiorationem pœnitentiæ? tom. 1, pag 272, col. 2

Libertas testamento data siue directo siue per fideicommissum non cedit nisi ab adita hereditate tom. 1, pag. 256 col. 1. & 258, col. 1 in fi.

Libertatem pecuniarij damni causa intercidere durum est tom. 1, pag. 270, col. 1

Libertas quæ semel competiit reuocari & retractari amplius non potest tom. 1, pag. 270, col. 1

BIU Cujas

Ob pecuniarium dominium quod ex libertate data creditor sentit impediri datio libertatis non debet tom.2, pag.61,col,2

Homini libero potest adhuc libertas adscribi per fideicommissum tom.1,p. 425,col.2

Libertus.

Libertus iurans se libertum non esse contra eum cui libertus assignatus fuerit, si mortui patroni frater ad quem redire libertus debuit: contendat eum libertum suum esse, non potest ex suo iureiurando contendenti nocere tom. 1,pag.175,col.2

Qui in seruitutem libertum paternum petiit nec liberorum nomine bonorum possessionem accipere potest tom.1,pag.175,col.2

Iurans se esse libertum, an & quomodo fiat ingenuus, & quid ex eo iureiurando consequatur? tom.1,pag.173, 174, & 175

In liberto non potest antiquior cõtractus vllus esse contractu operarum sine quo libertas ei data non esset to. 1, pag. 680, col.2

Pro grauissima & atroci iniuria permittitur liberto contra patronum agere,non autem pro qualibet iniuria to. 1,pag.190,col.2

Libitinarius.

Quis sit libitinarius? tom.2. pag. 45,col.1

Licere.

Licet alicui gratis non facere quod tamen non gratis facere non licet to. 1,pag.316,col.1

Lis.

Verecunda dicitur esse cogitatio & honesta eius qui lites execratur tom. 2,pag.359,col.2

Cauere bonus iudex debet quantum potest ex primæ litis materia noua & altera lis consurgat tom.2,pagin.252, col.2

Prætor in executione iudicati noluit obligationes ex obligationibus fieri ne ex lite fierent lites t.2.p.252,c.2

Cùm inter duos contenditur curandum est quantum fieri potest vt desiderio vtriusque satisfiat, ne alteruter lædatur tom.2,pag.281,col.1

Nunquam lis æstimatur nisi post sententiam tom.1,pag.234,col.2

Interest reipublicæ vt litium & iudiciorum numerus minuatur, nec duobus iudiciis fiat quod vno fieri posset tom.2,pag.235,col.2

Verecunda cogitatio est eius qui lites execratur tom.1,p.366,col.1

Duæ viæ sunt per quas litibus finis imponi potest transactio & res iudicata tom.1, pag.434 col.1

Boni prætoris & iudicis est lites dirimere tom.1,pag.96,col.1

Lis non facit debitum, sed duntaxat dubium an id de quo lis est debeatur tom.1,pag.434,col.1

Prætor pati non debet fieri de lite lites ne quidem in executione iudicati tom. 2,pag.281,col. 2

Lis, possessor.

Omnes possessores post litem contestatam fiunt prædones tom. 2, pag. 406,col.2

Lis, æstimatio.

Litis æstimatio præstita similis est emptioni,facitque emptionem tom. 1,pag.602,col.1

Lis, controuersia.

Differentia inter litem & controuersiam tom.2, pag.411,col.1

Lis,transactio.

Nullus litium finis esse potest si à transactionibus bona fide interpositis & à rebus iudicatis impunè discedatur tom.1,pag.434,col.1

Litis contestatio.

Per litis contestationem quasi contrahitur tom.1,pag.367,col.1

Litis contestatio semper malam fidem inducit tom.1.pag.351,col.2

Litigare.

Nemo litigando vel litem contestãdo condicionem suam facit deteriorem tom.2,pag.150,col.1

Improba & execranda vox illa est litigatorum litigando ius accrescere to. 2,p.241,col.2,circa fin.

Locatio.

Quando contractus locationis censeatur inuitus? t.1,pa.268,col.1

Locatio, condictio.

In locatione nunquam est locus pœnitentiæ tom.1, pag. 267, col.2 neque in condictione ibid.

Locatio,merces.

Locatio non potest esse sine mercede nec merces sine pecunia tom.2.pag. 377,col.1

Locator.

Quæ actiones dentur locatori contra colonum pro succisis arboribus? tom.1,pag.161,col.1

Quo iure & qua ratione conductoris inuecta & illata locatori locatoris tenantur cùm nullomodo ei conductor sit obligatus, sed soli secundo locatori cum quo solo contraxit tom. 1, pag. 670,col.2

De iure primi locatoris per secundum inhabitatorem illata,& de conditore prædij rustici & vrbani tom.1, pag.671,col.1

Locuples.

Locupletior fieri dicitur debitor qui soluta pecunia liberatur à creditore tom.2,pag.123,col.1

Locupletior ex fructibus perceptis factus esse possessor intelligitur quoties tantundem de suo fuerat erogaturus tom.1,pag.352,col.2

Nemo ex aliena iactura debet fieri locupletior tom.2,pag.52,col.1,& 2

An valde lucretur qui pro debita efficaciter pecunia debitorem amittit & alienat tom.2,pag.123,col.1, an verò si naturaliter tantùm erat debita

Locus.

In actione de eo quod certo loco ratio vtilitatis loci habetur tam ex parte actoris quàm ex parte rei,quia locus in dubio fauore vtriusque adiectus videtur tom.1,pag.543,col.2

Non permittitur actori alio loco quã destinato petere nisi æstimata solutaque vtilitate loci si quid ex ea causa interfit rei nisi reus ipse prior in mora fuerit tom.1,pag.543,col.1

Differentia inter tempus & locum in stipulatione adiectum tom.1,pag. 525,col.2, & de vtilitate vtriusque ibid. & pag.526,col.1

In actione arbitraria de eo quod certo loco habetur ratio vtilitatis loci t.1, pag.517,518,519,520,& 521,col.2

Quod certo loco promissum non est vbique fieri potest tom. 1, pag. 521,col.1

Actore per arbitrariam agente alio loco quàm qui in stipulatione comprehensus est indemnitati rei ex adempta illius loci vtilitate consulendum est tom.1,pag.526,col.1,& 2

Stipulatio sola admittit vt locus inseratur stipulationi, non tantum solutionis,sed etiam obligationis causa excepta actione ex testamento cùm heres legatum vel fideicommissum certo loco dare iussus est tom.1, pag.516, col.1

In minorem quantitatem condemnandus est reus conuentus actione de eo quod certo loco si per eum non steterit, sed per actorem quo minus destinato loco facta solutio sit tom.1,pag. 515,col.1

Locus non minus quàm dies partem facit stipulationis tom.1,pa.524,col.1

In actione arbitraria de eo quod certo loco fieri nunquam potest vt vtriusque tam actoris quàm rei in eodem iudicio ratio habeatur tom.1,pag. 526, col.2 sed alterius,quandoque nullius ibid.

Etiam ignoratam ex parte actoris quàm rei contractæ de eo quod certo loco dari debuit vtilitatis loci ratio habenda est fauore rei tom. 1, pag.527, col.1

Actio de eo quod certo loco refert condemnationem in arbitrium iudicis quoties certo loco dari merx aliqua debuit tom,1,pag.529,col.1,& 2, & pag. 530,col.1

Solutione facta adiecto alibi quàm vbi solutionem fieri stipulator volebat eius quod interest, petitionẽ habet stipulatoris in loco conuento potius quã in alio solutum fuisse tenetur to.1,pag. 540,col.1, secus si ipse solutionem alibi acceperit col.2

Qui purè promisit se soluturum certo loco tacitè huic promissioni tempus inest intra quod ad eum locum possit perueniri tom.1,pag.580,col.1

Obligationi soluẽdi certo loco semper tacitè inest tempus intra quod ad eum locum peruenire possit tom. 1, pag.542,col.2

Factũ certo loco promissum substantialiter variatur ex locorum diuersitate tom.1,pag.524,col.2

Ex diuersitate loci variatur substantia facti, ex diuersitate loci nõ variatur præstatio summæ tom. 1, p 524,col.2

Stipulatio Ephesi rem venditam tradi per adiectionem loci fit arbitraria, non minus quàm stipulationes dandi, & cur to.1,pag.538,col.1,& 2

Quid operetur adiectio loci in condictionibus to.1.p.516,col.1.

Adiectio loci facit vt iudex huic actioni addictus non tantũ augere quantitatem contractus possit & excedere, sed etiam diminuere, adeoque interdũ reũ prorsus absoluere t.1,p.525,& p.seq.

Stricti iuris actio est ea per quam agitur in loco destinato solutioni, non arbitraria tom.1,pag.531,col.2

Vtilitas loci per se sola peti non potest qui arbitrariæ actioni adiectus est tom.1,pag.524,col.2

Vtilitas loci per actionem arbitratiã peti & exigi debet tom.1,pag.524,col.2

Si nihil ab actore & à reo factum sit de eo quod certo loco dari debuit,hoc ipso per reum stetisse & factum esse videtur,ne soluerit,& vt arbitraria conueniri necesse sit tom.1,pag.527.col.2

In actione

BIU Cujas

In actione de eo quod certo loco tã ex parte actoris quàm ex parte rei, loci vtilitas æstimanda est, etiam quod ad pecunias pertinet tom.1,pa.530,col.2

In contractu mutui non obligationis, sed solutionis tantùm causa locus adiici potest tom.1,pag.515,col.2 ac etiam in cæteris omnibus contractibus excepta stipulatione ibid.

Quoties alibi quàm in loco promissionis agitur, actio arbitraria non est necessaria tom.1, pag.533,col.2

Nullo certo loco adiecto locus promissionis solutioni non est destinatus tom.1,pag.534,col.1 sed locus in quo petitum est ibid.

An actor agens eo loco quo dari res debuit ipsam tantummodò summam consequatur tom.1,pag.531,col.1 & 2

Id quod certo loco debetur potest vbique peti per actionem arbitrariam, inuito promissore tom.1,pag. 542,col.1

Quo casu verum non sit ex locorum differentia absurdum esse, induci aliquod iuris discrimen tom.1,pag. 530,col.1

Summa soluta pro debito in alio quàm destinato solutioni loco, an pro vniuersitate, ideſt pro sorte & vsuris an pro sorte tantùm si soluta, & an competat actio arbitraria, & ex ea summa principali aliquid possit accedere to. 1,pag.544,col.2,& 545,col.1,& 2

Differentia inter centum Capuæ dari, & centum dari soluenda Capuæ tom.1, pag.516,col.1

Ex adiectione loci obligationi non competit actio directa, nec ex adiectione loci solutioni competit arbitraria tom.1, pagin.516,col.2

Actio arbitraria non fit per quamlibet loci adiectionem, sed ita demum si locus sit adiectus obligationi, non solutioni to.1.pag.536 col.1

Per actionem directam reus conuenitur in loco domicilij, etiamsi non ibi inueniatur, sed latitet, nec ibi se defendat, bona eius ex edicto vendenda sunt tom.1,pag.536,col.1

Locus in stipulatione adiectus non minus quàm dies facit partem stipulationis tom.1,pa.514,col.1

Contraxisse quisque intelligitur in eo loco in quo vt solueret se obligauit tom.1, pag.514,col.2

Stipulator qui hominem Ephesi, aut 100, Capuę dari sibi stipulatus quomodo promissorem tertio loco conuenire poterit? tom.1,pag.520,col.1

Promissio operarum etiam sine adiectione loci valet, secus promissio operum tom.1 pag.521,col.1

Actore electionem occupante petendi vbi volet, an sit æstimanda loci vtilitas in fauorem rei tom.1,pagin. 519, col.1,& 2

Debitore per arbitrariam conuento alio loco, quàm in quo ex verbis stipulationis dare debuit, vtilitatis tamen loci ratio habetur fauore debitoris qui tamen potuerat ab initio vbique soluere tom.1, pag.519,col.1

Vtilitatis loci ratio quando habenda sit? tom.1,pa.519,col.2

Locus actio.

Locus obligationi adiectus inducit actionem arbitrariam, secus adiectus solutioni tom.1, pag.516,col.1,& 2

An & quomodo certi condictio fiat arbitraria per loci adiectionem tom. 1,pag.536,col.1,& 2,& pag.537, col.1,& 2

Actio per quam certo loco constituens quocunque loco conueniri possit, non tam arbitraria quàm exemplo arbitrariæ actionis comparata tom.1, pag.568,col.1,& 2

Condictio certi ex mutuo per adiectionem loci fit arbitraria ratione pecuniæ mutuo datæ, secus ratione earum mercium & aliarum rerum, præterquàm pecuniæ, quæ pondere, numero, & mensura consistunt tom.1, pag.537, col.1,& 2

In actione de eo quod certo loco reus semper condemnandus est ad solutionem in eo loco in quo conuenitur faciendam nunquam absoluendus siue per eum steterit, quominus destinato loco facta solutio sit, sed etiamsi per actorem tom.1,pa.515,col.1,

Actionem arbitrariam non iliud inducit quod alio loco promissor soluat quàm in quo debuit, sed quod alio loco petere actor cogatur, quàm in quo ex verbis stipulationis petere debuit to.1, pag.533,col.2.

In actione directa nunquam alterius loci in obligatione positi & vtilitatis de eo emergentis ratio vlla habeturt.1, pag.520,col.1 secus in arbitraria.

Multum interest an stipulator agat in eo loco qui non sit destinatus solutioni, an verò in vno ex pluribus locis alternatiuè positis in obligatione, vt vtilitatis loci ratio habeatur tom.1,p. 520,col.2

Locus constitutum.

Pecunia certo loco constituta, vbique & quocunque loco peti potest, excepto arbitrariæ actionis tom.1, pagin.567,col.1,& 2,& 568,col.1,& 2,

Locus æstimatio.

Qui certo loco dare promisit eam æstimationnm debet, quæ in eo loco fuit, vbi solutio fieri debuit tom.1, pag.514, col.2

Locus electio.

Ex stipulatione dandi Ephesi hominem, aut Capuæ centum, electio loci in quo petendum est ad actorem pertinere debet, licèt electio loci in soluere reus velit, ad ipsum spectet ante petitionem tom.1,pagin.520,col.1

Duobus locis alternatiuè positis in obligatione, electio est debitoris loci ad soluendum ante petitionem, seu litis contestationem, secus post tom.1, pagin. 519, col.2

Locus interesse.

In actione de eo quod certo loco ratio eius quod interest habenda est, nec tantùm damni emergentis, sed ratione etiam lucri cessantis tom.1 pag.527,col.2,528,& 529,col.1,& 2

Locus tempus.

Differentia inter vtilitatem loci, & vtilitatem temporis tom.1,pag. 601,col.2

De adiectione loci & temporis in obligatione, præterito tempore potest stipulator quocunque loco petere quanti sua interfit, quia non potest amplius res tradi post elapsum tempus intra quod tradi debet ex verbis stipulationis tom.1, pag.538,col.2

Locus stipulatio.

Stipulatio insulæ faciendæ loco non adiecto inutilis est tom.1, pag.521, col.1,& 2 secus stipulatio dandi ibid. col.2

Ex stipulatione dandi rem diuiduam Ephesi & Capuæ, coniunctiua non resoluitur in disiunctiuam, secus ex stipulatione dandi rem indiuiduam tom. 1,pag.520,col.1,& 2,& pag.521 col.1

Per pluralitatem & diuisionem locorum factam per copulam (ET) diuiditur quoque summa quæ in iis locis & verbis stipulationis solui debuit, vt pars eius summæ solui debeat in vno loco, alia pars in alio tom.1, pag.520, col.1,& 2

Lucrum.

Iniustum lucrum est acquirere ex alieno beneficio debitorem tom.1 pag.305,col.2

Improbum est lucrum quod non bene piéque agendo percipitur tom. 1,pag.305,col.2

Ex aliena re commodum quis percipere non debet, nisi eius periculo eam habeat tom.1, pagin. 626, col. 1,& 2

Melior semper condicio eorum est qui certant de damno vitando, quàm eorum qui de lucro captando tom.1, pag.528,col.2

Deterior est condicio eius qui certat de lucro captando, quàm eius qui de damno vitando tom.1,pag. 214,col.2

Non tantùm in omnibus arbitrariis actionibus lucri ratio habenda est in æstimando eo quod interest, sed etiam in omnibus actionibus in quibus ad id quod interest condemnatio fit, siue principalis obligationis, siue accessionis iure tom.1,pag.529,col.1

Etiam in aliis personis quàm quæ lucrari & mercari consueuerint, lucri ratio habenda in æstimando eo quod interest, sed cum varietate lucri, pro varietate personarum tom.1,pag. 629,col.1,& 2

Semper subueniendum est aduersùs improbum lucrum tom.1,pag. 72,col.2

Cur in actione furti, lucri ratio non habeatur, secus in actione rerum amotarum tom.1,pag.528,col.2

Non est ferendus is qui lucrum quidem ex contractu captat, damnum autem subire recusat tom.1,pag. 603,col.1

Qui occasionem lucri amittit, hoc ipso non tam fit pauperior quàm non locupletior tom.1, pag.528,col.1

Lucrum interesse.

Ratio lucri cessantis habenda est ex eo quod interest, tam in actionibus bonæ fidei quàm in arbitrariis tom. 1, pag. 528,col 1,

Lucrum beneficium.

Lucrum est & quidem improbum quoties quis ex alieno largitur, vt sibi acquirat beneficij debitorem tom. 1,pag.439. col.2

Lucrum damnum.

Aliud est lucrum non percipere, aliud damnum incurrere tom.1, pag.299,col.2

Lucrum furtum.

Lucrum est si quis aliena pecunia vtatur, vt suum negotium gerat, adeoque species quædam furti esse creditur si ea pecunia vtatur ignorante vel inuito domino tom.1,pag.653, col.2

Lucrum dolus.

Dolo facit quisquis per occasionem iuris ciuilis contra naturalem æquitatem captat lucrum ex damno alieno to.1,pag.376,col.1,& 2

BIU Cujas

M

Macedonianum.

an S.C Macedonianum habeat locum in filiofamilias qui contra S.C. contraxit & sine voluntate patris, qui tamen posteà consensit, vt pro filio obligarentur tom 2, pag. 129, col 2

Filiusfam. mutuam pecuniam accipiendo vt pro sorore dotem daret, creditorem exceptione Macedoniani sũmouere non potest tom.2, pag.134, col.1,& 2

An & quomodo S.C. Macedonianum habeat locum si mutuata à filiofamilias pecunia in rem patris versa sit tom.2, pag. 122,& 123, per totum, siue pater sciuerit, siue ignorauerit tom.2, pagin.123, col.2

Cur exceptione Macedoniani summoue tur creditor qui filiofamilias pecuniam credidit vt patri solueret quem nulla exceptione poterat summouere, cùm placeat cessare hoc casu exceptionem Macedoniani tom 2, pag.123, col.2

In filiofamilias pecuniam accipienti pro dote filiæ non habet locum S.C. Macedonianum tom. 2, pag. 126, col.1,& 2

S. C. Macedonianum non habet locum in contractu mutui à filiofamilias celebrati si partem pecuniæ pater soluat tom.2.pag.125, col.1,&2

An exceptio S.C.Macedoniani sit odiosa? t.2,p.133, col.1

Exceptio Macedoniani filiofamilias etiam contra ciuitatem competit t.2, p.133 col.1,& 2

Prohibitio credendi per S. C. Macedonianum facta non ad stipulationem aut promissionem refertur, sed tantùm ad pecuniæ numerationem tom.2, pag.113, col.2,& p.seq.

Pecuniæ numerationem alicui factam si quis animo nouandi à filiofamilias stipuletur exceptione Macedoniani summoueri non potest tom. 2, pag.132 col.1,& 2

Prohibitio S. C Macedoniani non solùm ad filios, sed etiam ad nepotes extendi debet tom.2,pag.132,& 133

S. C. Macedonianum habet locum non tantum si patrifamilias mors inciderit, sed etiam alia causa quominus sit in ciuitate tom.2, pag. 118,& 119

Ex S.C. Macedoniano denegarur actio & ei qui mutuam pecuniam dedit filiofamilias & eius heredi tom.2,pag. 119,col.1,& 2

Exceptio S. C. Macedoniani est in rem etiam ex parte eius cui opponitur cùm noceat etiam successori, & ignoranti tom. 2, pag.120, col.1,& pag. 122,col.1

S. C. Macedonianum habet locum non tantùm in filio, sed etiam in filia tom.2,pag.128,col.1,& 2

S. C. Macedoniani habet locum exceptio contra creditorem siue cõsumpta pecunia sit, siue extet, siue ex ea filius vel filia emanente sibi comparauerit, siue non to.2,p.128,col.2

Stipulatio creditæ pecuniæ licet nõ consideretur in S.C.Macedoniano, sed tantùm numeratio to.2,p.120,col.1 in fin. quomodo tamen contra eum qui stipulatus est à quo casu detur exceptio S.C Macedoniani ibid.col.2

Exceptio S.C.Macedoniani non tantum filiifamilias competit, sed etiam eorum fideiussoribus & mandatoribus tom.2,pag.128,col.1,& 2,& 129, nisi animo donandi intercesserint ibid.

S.C. Macedoniano non est locus vbi filius pecuniam accepit vt se aleret & vestiret t.2,p.280,col.2

An S. C. Macedonianum habeat locum in filiofamilias fideiussore, vel correo debendi in contractu mutui apposito tom.2, pag.115, col.1, & 2, & 116.col.1,& 2

S. C. Macedonianum locum habet tantum in cõtractu mutui non in aliis à filiofamilias celebratis tom. 2, pag. 112, col. 1, & 2

Filiusfamilias iubendo filio suo pecuniam mutuã dari, exceptionem Macedoniani impedire non potest tom. 2,pag.133,col 2

In patrefamilias cui promissa est pecunia credenda locum habet S C. Macedonianum si postea per adrogationem factus filiusfamilias eam pecuniã acceperit tom.2,pag.114,col.1,& 2

Qui filiofamilias mutuam pecuniã studiorum causa dedit exceptione Macedoniani non potest summoueri si cã duntaxat pecuniam credidit quam pater fuisset submin istraturus, vel debuisset tom 2, pag.124,col.1,& 2 secus si eam summam excesserit ibid.

S.C.Macedonianum habet locum in filio mutuam pecuniam accipiente licet dicat se ex patris mandato accipere tom.2.pag.134,col.1

In duobus reis debendi inspicitur condicio eius ad quem pecunia peruenit vt S. C. Macedonianum locum habere possit vel non t.2,p.120,col.1, & 2,& 121

An filiusfamilias pecuniam cùm in potestate adhuc esset accipiens, factus paterfamilias illam pecuniam de nouo promittendo, si conueniatur possit opponere exceptionem S C. Macedoniani t.2,p.136,col.1,& 2

Ei tantum obstare debet S.C. Macedonianum qui sciuit aut scire potuit filiusfamilias eum esse cui pecuniam credebat tom,2 pag.136,col.1,& 2

quo casu & quomodo locum habeat S. C. Macedonianum contra eum qui duos filiosfamilias accepit reos, sed alterum putauit patremfamilias tom.2, pag 120,col 1,& 2

S. C. Macedonianum habet locum siue sub vsuris mutuo datæ sint, siue sine vsuris to.2,pag.121,col.1,& 2

Cur neque filiofamilias neque fideiussoribus eius exceptione Macedoniani perpetua licet tuti, soluti repetitio non concedatur? tom.2,pag.129, & 130,col.1,& 2

S.C.Macedonianum habet locum in filiofamilias qui in vnius patris potestate vno tempore fuit, & qui in alterius potestate alio tempore tom.2,pag. 118,col.1,& 2

S. C. Macedonianum non habet locum in filiofamilias cui pater iussit pecuniam credi si postea ignorante creditore voluntatem mutauerit tom. 2, pag 132, col.2

Exceptio Mecedoniani cohæret rei non personæ tom.2.pag.129.col.1

Filiusfamilias institor contra S. C. Macedonianum pecuniam mutuatus exceptione S. Cti. vti potest, sed non is qui eum præposuit tom.2, pagin.122, col 1,& 2

S. C. Macedonianum non habet locum in filiofamilias pecuniam mutuante siue sibi, siue patri modo ea in rem patris vel ab initio vel postea versa sit tom. 2, pag 122,& 123

Exceptio S. C. Macedonian. opponi potest contra duos creditores quorum alter sciuit filiũ esse in patris potestate, alter verò ignorauit to.2,pag. 119,& 120

S C.Macedonianum non habet locũ in filiofamilias mutuam pecuniam accipiente, vt à vero creditore liberaretur tom.2.pag.124,& 125

Macedonianum, Velleianum.

Exceptiones S. Cti. Macedoniani & Velleiani etiam in executione rei iudicatæ opponi possunt tom. 2, pag.131, col.1,& 2

Magistratus.

qui Magistratus negotium exercere prohibeantur & qui non prohibeantur tom.1,pag.73,col.1,& 2

Cur magistratus ex temporalibus fuerint olim facti perpetui & quando? tom 1,pag.73,col.2

An is qui in prouincia agit vel militat possit in eadem prouincia comparare? tom.1,pag.73,col.2 & quid possit comparare? & à quo? ibid.

Præsides in ea prouincia in qua degebant olim non potuerunt neque à subditis neque à non subditis aliquid comparare tom.1,pag 73,col.2

Magistratus omnes sunt legum & iuris ciuilis executores, & quamuis non possint legem facere, faciunt tamen ex præscripto & authoritate legum quod faciunt tom.1 pag.707,col.2

Magistratus omnes tacitam habent potestatem quantam lex ipsa cuius viuam quodammodo vocem repræsentant tom.1,pag.707,col.2

Magistratus maioris sunt potestatis & authoritatis quàm testator to.1,pag. 707,col.2

Maior.

Carere non debet minoribus qui fruitur maioribus tom. 1,pag. 73 col. 1

In maiori summa minor inest, sed non contra tom.1,pag.451,col.2

Maius.

Absurdum est vt qui caret minoribus fruatur maioribus tom.2,pag. 272,col.1

Maleficium.

Propositum & voluntas distinguunt maleficia. to.1,pa.29,col.1

Malitia.

Maliciis indulgere non debemus to. 2,p.165,col.1

Mancipium.

Licet mancipia non veniant appellatione mercis, veniunt tamen appellatione eius quod ex merce receptum est tom.2,pag.83,col.2

Mancipia mercis appellatione non continentur tom.2,pag.83,col.1, nec etiam appellatione mobilium ibid.

Mandare.

Cùm alicui expressim & specialiter aliquid mandatum est non potest nec debet alteri deferendum mandare ne rem sibi commissam negligere videatur tom.1,pag.221,col.2

Mandare commodatum.

qui nuncium misit ad commodatarium, commonendi tantum ipsius causa vt rem referri curaret, non ideo videtur

BIU Cujas

videtur ei mandasse vt per eum ipsum nuncium rem referri curaret tom. 1, pag. 625, col. 2

Mandare iubere.

De verbis Mando, & iubeo, & de eorum facultate tom. 2 pag. 313, col. 1, & 2

Mandare actio.

Differentia inter mandatum & delegationem actionum tom. 1, pag. 703, col. 1, & 2

Mandator.

An & quomodo duo mandatores in solidum obligentur eiusdem rei, & quomodo liberentur tom. 2, pag. 319, col. 1, & 2

Mandatum.

Per mandatum generale creditor censetur mandare debitoris vt procuratori soluant tom. 1, pag. 341, col. 1

Mandato quantumuis generali semper bona fides inest, quia contractus bonæ fidei est tom. 1, pag. 341, col. 2

Scientia ac patientia domini pro mandato est tom. 2, pag. 5, col. 2

qui non habuit mandatum ad fideiubendum non præsumitur habuisse ad soluendum tom. 1, pag. 419, col. 1

qui rem suam pignori dedit pro alio volente perinde est ac si eius mandato dedisset ideo mandati non commodati actionem contra eum habet tom. 1, pag. 611, col. 1, & 2

Præsentia mandantis non requiritur cum de eius voluntate & tacito mandato constat ad hoc vt actione mandati teneatur tom. 1. pag. 611, col. 2

Mandatum nunquam sit gratia solius mandatarij to. 1, pag. 635, col. 2

Consilium enim illud esset non mandatum, & consequenter non obligatorium ibid.

Casus in quibus quod speciale requirit mandatum venit sub virtute præcedentis mandati tom. 1, pag. 411, col. 1, & 2

Doli mandatum nullum esse potest, vt nec alterius cuiuslibet rei quæ iure fieri non possit tom. 1, pag. 300, col. 2

In mandato generali nunquam venit vt procurator aliquid petat per quod dominus in pœnam incidat to. 1, pag. 342, col. 1

In generali mandato non venit ea quæ quis verissimiliter mandaturus non fuerat si de iis cogitaret tom. 1, pag. 341, col. 2

Cui mandatum est vt aliquid faciat mandata censentur ea quoque omnia antecedentia per quæ ad illud faciendum quod mandatum est peruenire potest tom. 1. pag. 149, col. 1

In mandato quantumuis generali nunquam dolus continetur sed bonæ fidei clausula mandato cuilibet semper inesse creditur tom. 2, pag. 192, col. 2

In mandato quantumuis generali nunquam dolus nec fraus continetur tom. 2. pag. 170, col. 2

In generali mandato non venit illicitum tom. 1, pag. 341, col. 2

Generali mandato cum administratione libera continetur mandatum soluendi creditoribus tom. 2, pag. 238, col. 2

In omni casu mandatum alienandi morte mandantis finitur tom. 1, pag. 86, col 2

Debitor qui ex mandato reuocato eluit alij quàm vero creditori, non eo minus liberatur si reuocationem ignorauerit tom. 2, pag. 132, col. 2

Mandatum factum super eo ad quod mandator tenebatur non finitur morte mandatoris licet ab heredibus possit reuocari tom. 1, pag 87, col. 1

Mandatum susceptum potest ex causa renunciari tom. 2, pag. 400, col. 1

In quibus causis speciale mandatum requiratur & in quibus generale tantum tom, 1, pag. 144, col. 1, & 2

Ex mandato ex quo non potest dari actio mandati efficax datur actio negotiorum gestorum tom. 2, pag. 327, col. 1, & 2

An in contractu mandati sit locus pœnitentiæ? tom 1, pag. 173, col. 2

Mandatum re integra sicut & iussum reuocari potest tom. 2, pa. 312, co. 2, modo de reuocatione certioretur qui iussus est ibid.

Mandatum culpa.

In mandato licet vtriusque gratia facta culpa etiam leuissima à mandatario præstanda est tom. 1, pa. 635, co. 2

Mandatum dolus.

In mandato quantumlibet generali nunquam dolus continetur to. 2, pa. 77, col. 1

Mandatum depositum.

qui rem perferendam depositario suscipit & apud se custodiendam si alter eam suscipere nolit, tenetur actione mandati non depositi tom. 2, pag. 378, col. 1, & 2

qui rem alienam eius nomine ab alio receptam ex mandato, custodiæ legem habentis custodit mandati non depositi actione tenetur tom. 2, pag. 377, co. 1, & 2

Mansio.

Ad malam mansionem extensus dicitur qui quæstioni iam addictus est to. 2, pag. 400, co. 1

Manumissio.

Manumissio in fraudem creditorum facta rescinditur per legem Æliam Sentiam to. 2, pag. 265 col. 1

Manumissio in fraudem creditorum facta quo casu possit sustineri tom. 2, pag. 265, col. 1, & 2

Per manumissionem serui dicuntur constitui duæ personæ vna domini alia serui tom 1, pag. 482, col. 1

Aliquando manumissio æquiparatur morti tom. 2, pag. 170, col. 2

Manumissio extinguit dominicam potestatem tom. 1, pag. 244, col. 1

Manumissio crimen.

Datio libertatis omnem præcedentis delicti memoriam quod ad dominum delet nec minus si ad criminis vindictam quàm si ad criminis persecutionem agere dominus velit tom. 1, pag. 499, col. 2

Manumittere.

Seruum indebitum qui nescíens manumittit ad quid teneatur tom. 1. pag. 440, col 1, & 2

Ad quid teneatur heres qui seruum à se ex legati causa præstandum siue sciens, siue ignorans manumisit & ad quid is qui seruum indebitè solutum vel sciens manumisit, vel ignorans tom. 1, pag. 440, col. 2

Seruum indebitè acceptum sciens manumittendo ad precium eius tenetur secus si nesciens tom. 1, pag. 439, col. 1, & 2, & pag. seq.

quisquis serui dominus est eum manumittere pro suo iure potest si aliud nihil impediat tom. 1, pag. 439, col. 1

De Constitutione Marci & Commodi seruum pro libero habentis ex quo instanti debuit manumitti nec manumissus est tom. 1, pag. 250, col. 2, & ad quos seruos extendatur pag. 275, col, 2, & 276, col. 1, & pag. 277 col. 1

Institutus sub condicione si seruum manumiserit ex testamento falso, aut iniusto post manumissionem precium à manumisso consequi potest tom. 1, pag. 246, col. 2

An filius manumitti à patre possit? to. 2, pag. 267, col 1

Manumittere, condicere mandatum.

Seruo manumittendo dato si ante manumissionem dominũ pœniteat, & post pœnitentiam certioratus accipiens manumittat, non datur condictio domino contra Tribonianum & omnes interpretes sed actio mandati non propter pœnitentiam domini sed propter manumissionem factam post pœnitentiam tom. 1, pag. 270, 271, & 272, col. 2

Manus.

Auxilium manus militaris à Triboniano inductum inuita iurisprudentia tom 1, pag. 226, col. 2

quo casu & in qua actione auxilium manus militaris competat actori rem suam petenti? tom. 1, pag. 226, col. 2

Marcellus.

Marcellus Iulianum reprehendere passim solet tom. 1, pa 53, col. 2

Mare.

Negotiatio transmarina & traiectitia pecunia multa habet priuilegia in iure nostro tom. 2, pagin. 2, col. 2

Mari priuata lex imponi non potest tom. 2, pag. 38, col. 1

quis mari legem publicam imponere possit & quomodo tom. 2, pag. 38, col. 1, & 2

Maritus.

Maritus ex numero earum personarum est quibus reuerentia debetur tom. 1, p. 551. col. 1

Vestes pretiosiores quas maritus constante matrimonio vxori exhibuit ad ornatum & mariti decorem non censentur donatæ mulieri tom. 2, pag, 196, col. 2

Maritus castigare.

Maritus vxorem delinquentem præfecturæ potiùs ac præsidi castigandam tradere debet quàm ipse castigare to. 1, p. 704, col. 2

Maritus dos.

Maritus cui à non debitore dos per errorem promissa est si soluto matrimonio dotem petat in eo doli exceptione summouebitur quod mulier receptura esset tom. 1, pag. 296, col. 1, & 2

Exceptio mariti ne conueniatur supra quàm facere possit non facit indebitum id quod est supra quàm facere possit sed conceditur tantum propter priuilegium marito competens tom. 1, pag. 551, co. 1, & 2, & 552, col. 1, & 2

Maritus solutio.

Marito non nocet plus constituisse

BIU Cujas

quam facere potuerit, nocet autē plus soluisse tom.1,pag.345, col.1,& pag. 346,col.2

Mater.

Mater pro tutore omnia gerere non potest tom.1,pag.217,in fin.

Mater iure veteri non poterat esse tutrix nisi si quando ex rescripto principis specialiter id concessum esset,iure Iustinianeo vero potest tom.1.pag. 218 col.1

Mater hodie ceteris etiam creditoribus legitimis præferenda est si tutrix esse volet tom.1,pag.218,col.1

Mater quæ tutrix non est non habet legitimam personam iurandi pro filio etiamsi maximè velit, adeóque nec standi in iudicio propter sexus verecundiam & consilij infirmitatem tom.1, pa.217,col.2

Viscera materna nesciunt patientiam tom.1,pag.217,col.2

Mater affectus.

Nullus affectus vincit maternum sicut nec paternum nisi maternus to.1. pag.217,col.2

Mater filius.

Filius matri extraneus est neque habent fœminæ liberos in potestate tom. 2,pag.418,col.1

Matrimonium.

Matrimonium licet legitimè contractum olim inter inuitos non retinebatur tom.1,pag.291,col.2

Propter contractum illicitè & dolo malo matrimonium, dos fit caduca & fisco applicanda tom.1,pag.455,col. 1,& 2

Matrimonium inter inuitos sicut nec contrahitur ita nec retinetur tom. 2.pag.160,col.1.

Matrimonij & dotis causa semper honesta est & fauorabilis ob admixtam vtilitatem reipublicæ tom.1,pag.452, col.1

Matrimonium defectu etatis inualidum solo lapsu temporis conualescit tom.1.pag.166,col.1

Cur matrimonium à matre dictum? tom.2,pa.227,col.2

De iure veteri quodnam illicitum matrimonium dotem faciebat caducam tom.1,pag.455,col.2,in fi.

Maritum sicut & dotem matrimonium facit non dotales tabulæ tom.1, pag.280,col.2

Matrimonio turpiter & illicitè contracto non tantum lucra omnia nuptialia contrahentibus auferenda sunt sed etiam dos ipsa fit caduca tom.1, pag.452,col.2

Differentia inter matrimonium illicitum à muliere scienter contractum & matrimonium ignoranter tom.1, pag.452,col.2

Matrimonium condictio.

Datum ob matrimonium illicitum non secutum à muliere ignorante sine causa magis quàm ob turpem causam datum est,ideo condictione sine causa repetitur to.1,p.452,& seq.

Matrimonium ignorantia.

Ignorantia mulieris matrimonium illicitè contrahentis eam excusat à pœna criminis sed non ab amissione dotis nisi sit error facti tom.1.pa.452,col 2

Matrimonium illegitimum ignorantia non potest facere legitimum, sed tantum filios legitimos & successionis capaces tom.1,pa.455,col.2

Matrimonium repetitio.

An in contrahendo illicito matrimonio sine vllo delicto sit locus repetitioni dotis tom.1,pa.455,col.2

qui puellæ nomine pecuniam aut aliam rem dedit futuro marito non potest ex pœnitentia repetere quandiu spes est futuri matrimonij ne contingat ea ratione matrimonium impediri tom.1,pag.294,col.2

Masculinum.

Masculinum concipit fœmininum, sed non contra tom.1,pag.547,col.2

Masculus.

Ad masculos maximè commerciorum exercitio perttinet tom.2, pag. 139,col.1

Medium.

Mediæ opiniones solent esse probabiliores & æquiores tom.2, pag. 245, col.2

Mediæ sententiæ solent esse humaniores tom.2,pag.188,col.1

Membrum.

Nemo se dominum membrorum suorum dicere potest tom.1,pag.706, col.2

Nemo est dominus membrorum suorum tom.1,pag.101,col.2

Mendacium.

Mendacium nunquam debet remanere impunitum tom.2,pag.100, col.1,& 2

Merces.

Pro mercibus à prædone ablatis conferendum non est ab iis qui suas redemerunt to.2.pag.28,col.2

Cum magistro nauis aduersus eos quorum merces saluæ sunt & retentio & actio detur tom.2,pag.25,col.2

Domini mercium in mare iactarum à magistro naui præposito, non tam agunt cum magistro vt condemnetur recta,quàm vt cogatur agere contra alios dominos ex conducto tom.2,pa. 25,col 1

Mercedes non nisi fructuum vice debentur,sunt enim loco fructuum tom. 1,pa.419,col.1

Mercedes prædiorum locatorum,sicut & precia rerum venditarum non tam ex re ipsa quam ex contractu & negotiatione percipiuntur tom.1,pag. 419,col.1

Mercis appellatione propria quid contineatur, quid etiam impropria? tom.2.pag.72,col.1,& 2

Merces nauis.

Nauta merces in deteriore naue quàm in conducta,transferens, si vtraque nauis pereat an teneatur ob amissas merces tom.2,pag.39,col.1

Merces pecunia.

Merces quæ locationis substantiam & quæ propriè merces appellatur consistere debet in pecunia numerata sicut & precium quod constituit substantiam emptionis tom.1,pagin.603, col.2

Meretrix.

quæ sint meretrices? tom.1,pag.315, col.2

Meretrix repetere.

quod meretrici datur repeti non potest tom.1,pag. 314, col.1,& 2.secus quod alij mulieri propter stuprum ibi.

Metus.

Metus coactionis pro coactione est tom.1, pagin.71,col.2

Metus coactio.

Metus coactionis coactio est tom.1, pag.319,in princip.

Metus solutio.

Spontaneam fuisse solutionem probare debet qui vim & metum intulit tom.1,pag.319,col.1

Meum.

quod iam meum est magis fieri meum non potest tom.1pag.39,col.2

quod iam meum est meum esse ex pluribus causis non potest, sed ex vna tantum quamuis ex pluribus causis deberi quod mihi possit tom.1,pag.457, col.1

Miles.

Miles potest habere duos heredes in solidum, vnum in bonis castrensibus, alium in paganicis tom.2,pagin.368, col.1

Militis æs alienum quod ex causa bonorum castrensium debuit, nullo modo pertinere potest ad heredem in bonis paganicis institutum tom.2,pa. 368 col.1

Miles instituens heredem vnum in bonis castrensibus alium in paganicis duas hereditates relinquere videtur tom.2,pa.368,col.1

Interest militum obligari ex omnibus suis contractibus? tom.2,pag.320, col.1

Rei ex pecunia militis emptæ ab alio quàm à milite,licet non nomine militis vindicatio saltem vtilis acquiritur ipsi militi tom.1,pag.6,col.2,& pag. 60,col.1,& 2,in aliis personis aliud est.

Militia.

Disciplina castrorum antiquior fuit parentibus Romanis quàm charitas ipsa liberorum tom.2,pag 110,col.1

Minor.

Minor etiam sine curatore suo obligatur, sed potest implorare restitutionem in integrum si se non modo minorem sed etiam læsum probet to.2, pag.334,col.1

Minor curatorem habens in iudicio sine curatore stare non potest tom. 1,pag.219,col.2

Minor non indiget inuitus curatore nisi ad lites exercendas extra vnum casum tom.1,pag.219,col.2

Minor sine curatore suo obligari recte potest,non autem pupillus sine tutore tom.1,pag.219,col.2

Minori non succurritur nisi causa cognita,à prætore non à iudice tom.2, pag.111,col.2

Ex edicto de minoribus nulla actio vel cautio proficiscitur, sed totum id pendet ex cognitione prætoris tom.2, pag.111,col.2

Minori non obstat Macedoniani auctoritas quo minus restitui in integrum possit aduersus filiumfamilias maiorem cui pecuniam crediderat, vt maior ætatis quàm S. Cti ratio habeatur tom.2, pag.133,col.1

Minor obligatur ipso iure ex omnibus penè causis etiam sine authoritate curatoris,dummodo non contra leges contraxerit, sed tamen paratum semper habet auxilium restitutionis in integrum si modo non solum fœminorem sed etiam lubrico ætatis nimiaq; facilitate læsum ac deceptum esse doceat tom.2,pag.52,in fi.

quisquis minor est hoc ipso læsus non pro-

BIU Cujas

non probatur tom.2,pag.53,col.1
Minor qui petit restitutionem in integrum etiam per viam exceptionis & contradictionis actor est tom.1,pag. 117,col.1
Minor in eo se læsum dicens quod pecunia in re eius versa non sit an debeat probare non fuisse versam tom. 1,pag 116,circa finem & 117,col.1
An minor petens restitutionem in integrum debeat probare se læsum? tom.1,pag.116,col.2,& 117,col 1,& 2
An minor qui renunciauit appellationi aut passus est labi tempora ad appellandum præstituta, aut compromisit in arbitrum vel in arbitratorem possit statim restitui in integrum, an verò probandum habeat se bonam causam fouere vt se læsum probet? to. 1,pag.117, col 1
Minor non potest videri circumscriptus qui vsus est iure communi tom.1, pag.114,col.2, aut qui illud fecit quod alius quilibet etiam maior facere potuisset & debuisset ibid.
De minorum restitutione in integrum quis olim cognosceret tom.1, pag.115,col.2,& de solemnitatibus antiquis ibid.
An minor sit restituendus in integrum & replicatione adiuuandus aduersus oppositam præstiti ea deferente iurisiurandi exceptionem? tom. 1,pag.113,in fi.114,115,& 116
Minorum in integrum restitutiones non ex euentu sunt æstimandæ sicut nec cæteræ sed ex initio & ex eo quod potuit euenire tom.1,pa.114,col.1
quicquid cum minore gestum est si ex eo minor læsus sit, siue dolo aduersarij, siue sua nimia facilitate, rescindendum est in integrum restitutionem vt minor indemnis seruetur, siue minor curatorem habeat, etiam cuius autoritas in eo negotio interuenerit siue non tom.1,pag.114,col.1
Minor curatorem habens est seruilis pupillo quoad administrationem to. 1,pag.116,col.2
Delatio iurisiurandi facta à minore curatorem habente non sine curatoris autoritate valet tom.1,pag. 116, col.2
Non omnia quæ cum minoribus geruntur irrita sunt aut periculo restitutionis obnoxia, nisi minor se prætera captiuum probet tom.2,pag.350, col.1.& 2
quomodo minor per replicationem aduersus iurisiurandi exceptionem adiuuari possit tom.1.pag.115,116
Minor semper restituendus est in integrum quoties etiam intra dimidiam læsus probatur tom.1, pag.434, col.2
Minor iusiurandum deferens hoc ipso quod probatur minor fuisse delationis tempore pro capta habetur præsumptione iuris tantum tom.1,pag. 117,col.2
Non passim minoribus subuenitur per restitutionem in integrum, sed ita demum si capti & læsi non modo dicantur sed & probentur tom.1, pag. 114,col.2
An minor curatorem habens æquiparetur pupillo? tom.1,pag.219,col.2, & 220,col.1
Minori damnosam hereditatem aduenti succurritur tom. 2, pagin 355, col.1
Minor aduersus præpositionem institoris à se factam vel sine curatoris authoritate, vel cum curatore restitui in integrum potest si se ex ea præpositione læsum probet tom.1, pagin. 52, & 53

Minor, mulier.

quomodo succurratur minoribus, quomodo mulieribus? tom. 2, pag. 355,col.2

Missio.

Vigor missionis in possessionem bonorum debitoris à creditore facta totus in venditione consistit tom.2, pag.242,col.1,

Mobilia.

Cur mobilia friuola appellentur tom.1,pag.671,col.2

Modus.

In rebus omnibus honestus modus seruandus est, non immoderata cuiusque luxuria subsequenda tom. 1, pag. 221,col.1

Modus affectio.

Honestus modus seruandus est in omnibus non immoderata cuiusque affectio & auaritia subsequenda tom. 1,pag.371,col.1

Modus condicio.

In legatis & fideicommissis etiam modus adscriptus pro condicione habetur tom.1,pa.297,col.2,quamuis reuera modus à condicione differat ibid.

Mora.

Mora plerunque contrahitur re ipsa & citra interpellationem siue ob fauorem & priuilegium minoris ætatis to. 1,pag.654,col.1
Contrahitur mora re ipsa & citra interpellationem si vsuræ in vicem & compensationem fructuum debeantur tom.1,pag.654,col.1
Mora ratio non est habenda in re facta viliore post moram secus in facta deteriore tom.1,pag.510,col.1, & 2
Ex parte actoris mora contrahi non potest ob id solùm quod tardius agat, si non etiam illud concurrat, vt sine causa recuset accipere solutionem to. 1,pag.526,col 2
Res post moram peremptæ extare adhuc videtur, ideoque & peri adhuc potest licèt præstari amplius non possit tom.1,pag.438,col.2
In obligationibus dandi post rem post moram peremptam nihilominus ad rem non ad precium est agendum tom.1,pag.438,col 2
Mora rei solet nocere fideiussori tom.1,pag.539,col.2,& 540,col.1
Regula suam cuique moram nocere, vt & factum cuique suum non habet locum in fideiussore, cui etiam mora principalis nocet tom.1,pag.539, col.2
Ad quid teneatur fideiussor ex mora principalis debitoris tom.1,pagin. 539,col 2
quo casu morosò debitori magis noceat mora extraiudicialis per simplicem interpellationem contracta quàm iudicialis commissa per contestationem tom.1,pa.511,col.2
Mora extraiudicialis perpetuat obligationem, sed tamen nulla eius ratio haberi potest ad ineundam rei debitæ post moram peremptæ æstimationem tom.1.pag.511,col.2
Longè plus potest mora in actionibus bonæ fidei, quàm in strictis tom.2, pa.409,col. 1
Mora purgari debet per oblationem realem nulla condicione vel dilatione suspensam tom.1,pag.470,col.1
Mora per oblationem non purgata res perempta in petitione est tom.1, pag.470,col.1, in solutione verò æstimatio ibid.
Nemini mora sua & frustratio prodesse debet sed potiùs nocere, cùm vix sit vt mora contrahatur sine culpa to. 1.pag. 13,col.1
Interitus rei post moram contingens cuius periculo sit an debitoris an creditoris? tom.1,pagin.13,col.1, & 2, siue apud debitorem fuerit æque peritura, atque apud creditorem tom.1,pa. 14,col.1
quis sit præcipuus effectus moræ? tom.1,pag.13,col.1
quomodo mora principalis non noceat fideiussori in actione arbitraria, noceat autem in actionibus bonæ fidei tom.1,pag 541,col. 1, & 2
Nullus est effectus moræ ad transferendum periculum in moratorem in iis rebus quæ perire non possit tom.1, pag.13,col.2
quando mora contracta videatur? tom.1,pag.13,col.2,& pag.14
Mora dolum non requirit si modo habeat culpam? tom. 1,pag.14,col.1
quando ex mora debeantur fructus & vsuræ, & in quibus iudiciis? tom.1, pag.14,col.1,& 2
Mora quæ purgari potest eadem semper est, & eundem habet effectum quandiu purgata non est tom.1, pag. 395,col.2
quando & quandiu purgari mora possit, vbi tractetur hæc quæstio tom. 1,pag.395,col.2
Mora rei nocet fideiussori in iis quæ à contractu immediatè pendent secus in iis quæ non à contractu immediatè, sed à iudicis arbitrio tom.1,pa. 540,col.1
Etiam is qui moram solutioni facit si tamen iudicium accipere paratus sit non videtur moram fecisse tom.1,pag. 504,col.1
Non prodest furi ad purgandam moram quod iudicium accipere & condictionem accipere paratus sit tom.1, pa.504,col.2
Mora nulla contrahi intelligitur vbi nulla petitio & interpellatio est tom. 1,pag.249,col.1
In obligationibus siue die, mora purgari potest vsque ad tempus litis contestatæ, secus in obligationibus in diem tom.1,pag.521 col.2
Mora potest esse sine culpa tom.2, pag.409,col.1
Debitoris mora facere potest vt qui mortuus est viuere existimetur ad perpetuandam obligationem tom.1,pag. 387,col.2
Ratio omnium optima purgandæ moræ est si aduersarius in posteriore mora constitui possit, quia semper posterior tollit & purgat priorem tom.1. pag.573,col.2
In actionibus stricti iuris nulla penitus moræ ratio habetur quantum ad augendam obligationem sed duntaxat quantum ad eam perpetuandum to.1, pa.471,col 1
Cur mora periculum rei transferat in moratorem? tom.2,pag.407
Parum interest debitoris an creditor moram contraxerit nec ne, dummodo ipse debitor non sit in mora quantum ad hoc vt periculum rei de-

BIU Cujas

bitæ pertineat ad actorem tom. 1, pag. 572, col. 1

Periculum rei debitæ nunquam transfertur in debitorem nisi ipse sit in mora tom. 1, pag. 572, col. 1

Si mora non per interpellationem contrahenda sit sed per solum lapsum temporis in obligatione appositi ad debitorem pertinet extra causam edicti de constituta pecunia, vt creditorem adeat ad offerendam ei solutionem tom. 1, pag. 572, col. 1

Mora authori suo nocere debet to. 1, pag. 566, col. 1

Vt debitum ex vsurario fiat non vsurarium purganda mora est per oblationem non per obsignationem tom. 1, pag. 654, col. 2

Facilius est moram contrahendam impedire quam contractum purgare tom. 1, pag. 504, col. 2

Ad impediendam moram non sufficit paratum esse debitorem accipere iudicium, nisi ad iudicium iuste prouocet tom. 1, pag. 504, col. 2, & sine dolo malo ibid.

In iudiciis strictis moræ ratio non habetur ad augendam obligationem, habetur tamen ad eam perpetuandam siue debita res post moram in totum perierit siue deterior facta sit tom. 1, pag. 513, col. 2

Mora perpetuat obligationem & actionem tom. 1, pag. 469, col. 1

Fieri moram in re ipsa est fieri citra vllam interpellationem tom. 1, pa. 471, col. 2

quicquid contingit rei debitæ post moram debitoris id periculo debitoris cedit tom. 1, pag. 471, co. 2

Facilè fieri non potest vt mora sine culpa contrahatur tom 1, pag. 471, co. 2

Mora purgari non potest re non integra tom. 1, pag. 395, col. 1

Exceptio nulla competit ei qui moram contraxit nisi ex quo purgare moram paratus est tom. 1, pag. 395 col. 1

Neque in obligationibus prætoriis neque in ciuilibus moræ purgatio vnquam admitti debet post elapsum diè si iam cœperit interesse actoris tom. 1, pag. 50, col. 1

In stipulationibus pœnalibus non admittitur purgatio moræ post præteritam diem quæ interpellauit pro homine, tum quoque cùm persona nulla fuit quæ ad diem dictam posset soluere tom. 1, pag. 570, col. 1

Summa æquitas in omnibus de mora quæstionibus maximè spectanda est tom. 1, pag. 570, col. 1

Differentia moræ per lapsum diei contractæ & moræ per negligentiam in faciendo, ratione temporis quo purgari possit tom. 1, pag. 570, col. 1

Post litem contestatam semper sera oblatio & moræ purgatio est tom. 1, pag. 570, col. 2

Toties purgatio moræ impeditur quoties interest eius qui moram passus fuit tom. 1, pa. 658, col. 1

In omnibus causis pro facto accipiendum est id in quo per aliquem mora est quo minus fiat tom. 1, pag. 436, co. 1

Odiosior mora nulla est quàm quæ furis est tom. 1, pag. 510, col, 1

Non sufficit ad constituendum aliquem in mora, ab eo peti posse nisi etiam illud concurrat, vt petitum sit vel per iudicem vel per interpellationem extraiudicialem tom. 1, pag. 526, col. 2, nisi cum mora contrahitur re ipsa & ipso iure, id est citra interpellationem ibidem.

Cur in contractibus stricti iuris neq; tempus illud attenditur quo res dari debuit quo vsque interpellatio & mora secuta sit, neque tempus moræ si qua per interpellationem extraiudicialem secuta sit to. 1, pa. 510, col. 2

In contractibus stricti iuris etiam per interpellationem extraiudicialem mora contrahi potest tom. 1, pag. 510, col. 1

In iudiciis strictis habenda est æstimatio soliusdeteriorationis non etiam totius rei debitæ cum mora deteriorationem præcessit tom. 1, pag. 510, col. 2

In iudiciis strictis nullus est moræ effectus ad augendam obligationem sed tantum ad eam perpetuandam tom. 1, pag. 510, col. 2

Mora contrahitur per interpellationem congruo loco & tempore factam tom. 1, pag. 654, col. 2

Quemadmodum purgatur mora iã contracta per subsequentem oblationem, ita & inducitur per subsequentem interpellationem tom. 1, pag. 654, col. 2

Mora posterior semper nocet tom. 1, pag. 654, col. 2, in fi

In omnibus faciendi obligationibus purgari potest mora vsque ad litem contestatam non postea tom. 1, pa 519, col. 2

Interpellatio extraiudicialis sufficit ad contrahendam moram tom. 1, pag. 519, col. 2

Mora quæ ex lapsu diei contingit ipso iure purgari postea non potest tom. 1, pag. 569, col. 1

An & quando difficultas præstationis excuset à mora? tom. 1, pag. 14, col 2

Generaliter verum non est actorem esse in mora recipiendi si ad diem non venerit in locum solutioni destinatum tom 1 pag. 571, col. 2

Mora contrahitur per interpellationem congruo loco & tempore factam tom. 2, pag. 385, col. 1

Debitor non impedit moram si ad locum solutione destinatum aut non accedat, aut si accedat sine pecuniis, aut si neque creditor in eo loco tunc fuerit, nisi protestatus sit debitor paratum se fuisse soluere si creditorem inuenisset sacculo cum pecunia signatorum signis obsignato tom 1, pag. 573, col. 1

Homo mortuus in obligationem & actionem deduci non potest, nisi cùm periit post moram tom. 1, pag 364, col. 1

Esse debet aliquis qui paratus sit soluere, vt creditor in mora constituatur tom, 1, pag. 572, col 1

Mora actoris meliorem non facit debitoris condicionem nisi ipse quoque debitor ante fuerit in mora tom. 1, pag. 572, col. 1

An debitor ire debeat ad domum creditoris, an vero creditor ad domum debitoris, ad moram vel impediendam vel purgandam toni. 1, pa. 572, col. 1

Vt excusetur debitor à mora non sufficit vt aliquem difficultatis prætextum possit ostendere, sed necesse est, vt probet in sua potestate nõ fuisse vt satisfaceret nec dolo eius malo quicquam factum fuisse, si modo iusta aliqua causa fuerit propter quam intelligere deberet se dare oportere tom. 1, pag. 573, col. 1

Difficultas soluendi non excusat à mora sed sola impossibilitas tom. 1, pag. 573, col. 1

Corpus quod non extat præstari ipsum non potest quamuis non eo minus petendum si post moram perierit tom. 1, pag 343, col. 1

Mora quælibet supponit obligationem præexistentem tom. 1, pagin. 655, col. 2

quomodo per oblationem, quomodo per obsignationem mora siue prior siue posterior purgari possit tom. 1, pag. 654, col. 1, & 2

In bonæ fidei iudiciis mora rei nocet fideiussori, in actione autem arbitraria non nocet tom. 1, pag. 539. col. 2, 540, & 541, col. 1

In pœnalibus causis quod ad moram attinet illud est tantum speciale, quod ea mora purgari non potest to. 1, pag. 572, col. 1

Vnus ex his casibus in quibus mora contrahitur re ipsa & ipso iure citra vllam interpellationem tom. 1, pag. 306, col. 2

Ex die moræ omne periculum pertinet ad morosum debitorem quod alioquin ad creditorem pertinuisset tom. 1, pag. 512, col. 1

Posterior mora semper nocet & priorem purgat tom. 1, pag. 515, col. 1

In bonæ fidei iudiciis & vsuræ, & fructus & cæteræ accessiones ex mora debentur to 1, pag. 540, col. 2

In solis bonæ fidei iudiciis & in vltimis voluntatibus moræ ratio habetur tom. 1, pag 291, col 1

Congrua non est interpellatio ad constituendum debitorem in morã quæ congruo loco facta non est to. 1, pag. 515, col. 2

Mora constitutum.

Licet creditor & debitor sint diuersi fori semper debet alter ad domum alterius ire ad impediendam moram, vel purgandam tom. 1, pag. 572, co. 2, quod non habet locum in constituto ibid.

Mora condicio.

Debitum in diem incertum solutum repeti non potest si dies omni modo extitura sit, cùm non tam condicione quam mora suspendi videatur tom. 1, pag. 357, col. 1

Mora dies.

Ex solo lapsu diei in stipulatione appositæ, adeo verum est moram contrahi vt ex mora etiam pœna committatur eo quoque casu quo nemo sit qui possit soluere tom. 1, pagin. 532, col. 2

Mora furtum.

Cur furtum & moram facere dicantur rem peremptam adhuc viuere? to. 1, pag. 170, col. 2, & 171

Mora fideiussor.

Mora debitoris principalis per stipulationem ad sortem & vsuras ob stricti obligationem fideiussoris ita auget, vt etiam vsuras quas reus soluere promiserat soluere fideiussor compellatur tom. 1, pag. 541, col. 2

Differentia inter vsuras quæ veniũt ex mora rei iure obligationis, & eas quę veniunt non iure obligationis, sed arbitrio iudicis, ad priores fideiussor tenetur ex mora rei secus ad posteriores tom. 1, pag. 541, col. 2, & 542

An fideiussor vsuras debeat quæ non sint deductæ in stipulatum si eas reus debeat ex mora sua officio iudicis to. 1, pag. 542, col. 2

BIU Cujas

Fideiussor arbitrariæ licet actionis nomine fideiubens, ad eam tamen pecuniam quæ ex sententia Iudicis propter moram rei potest accedere, non tenetur, secus si propter moram suam tom.1,pag.543,col.1,& 2,& p.544,col.1

Mori.

Nemo mortuus moritur, sed viuus tom.1,pag.481,col.1

Mors.

Instans mortis vitæ tribuitur, cum mortuus nemo moriatur, sed viuus tom.1,pag 303.col.2

Mors est modus amittendi dominij eius rei quæ moritur sed non earum rerum quæ post mortem supersunt tom.1,pag.497,col.1

Mors patris & naturali ordine contingit, & ex parentum ipsorum voto tom.2,pa.118,col.2

Generali mortis causa capionis nomine mortis causa donatio continetur tom.1,pag.258,col.2

Mulier.

Mulier intercedendo Velleiano S. C. ita demum iuuatur si creditor sciuerit eam pro alio intercedere secus si ignorauerit tom.2,pagin. 324, col.1.& 2

Mulier mutuam pecuniam accipiẽdo vt Titio donet si eam donauit S.C. Velleiano iuuari non potest tom.2,pa. 325,col.1

Mulierum genus est auariſſimum in donando tom.2,pag.325,col.2

Acceptilatio à creditore facta mulieri pro alia intercedenti non liberat debitorem sicut nec solutio tom.2, pa.331,col.1,& 2

Mulier exceptione perpetua Velleiani munita scienter soluens repetere non potest solutum tom.2,pag. 331,col.1,& 2

quando creditor qui cum muliere contrahit diligentior & curiosior esse debeat in quos vsus pecunia impendatur? tom.2,pagin 336.col.2

In imponenda ratione Falcidiæ creditor mulieri pro alio intercedenti succedens hoc æs alienum imputare non potest to,2,pa.332,& 333,col.1,& 2

qui mulieri bona fide pecuniam dat mutuam, vel aliter contrahit, exceptione S.C.Velleiani non summouetur, licet in rem mariti pecunia versa sit to. 2,pag.350,col.1,& 2

Muliere per alio captis pignoribus intercedente ope S. C. Velleiani ab obligatione liberata, capta tamen pignora sunt creditori obligata tom.2, pag.353,col.1,& 2

Mulier pro eo iudicem accipere volens pro quo interceſſit cauere debet se exceptione Velleiani non vsuram ne pristina actio in veterem debitorem restituatur to.2,pa.357,col.1,& 2

Mulier etiam pro alieno seruo intercedens iuuatur Velleiano sed actio in dominum serui restituitur, quid in filiofamilias? tom.2,pagin.357,& 358

Mulier pro alio liberaliter soluens non iuuatur S.C. Velleiano nisi prius liberaliter se obligauerit contra S.C. Velleianum tom.2,pag.357,col.2

Mulier quæ pro alio intercedit in rem suam non iuuatur Velleiano, secus si in rem alienam tom.2, pag.347, col 1,& 2

Mulier in iure respondens se heredem esse, cum sciret se non esse, non iuuatur Velleiano, secus si existimaret se heredem esse tom.2,pag.347,& pa. 348,col.1,& 2

Mulier debitrix à creditore delegata pro eo cui delegata est promittens non iuuatur Velleiano tom.2,pag.348, col.1,& 2

Mulier aliquid promittens creditori ne recipiat suam delegationem iuuatur Velleiano, quia videtur interceſſisse tom.2,pag.348,col.1,& 2

Non sufficit creditori credere mulierem in rem suam intercedere quando pro alio promittit nisi diligentius perquisierit tom.2, pagin.339,& 340,col.1,& 2

Muliere pro iis personis intercedente quæ neque ipso iure, neque cum effectu possunt obligari, actio neque restitutoria neque institutoria contra eas personas dari potest tom.2,pag. 334,col.1,& 2,& 335,col.1,& 2,

An mulier intercedere videatur cum fundum suum à marito obligari patitur? tom.2,pag.352,col.2

Mulier pro heredibus mariti intercedens an & quando iuuetur Velleiano? tom.2,pa.352,col.1,& 2

Institutoria actio datur creditori etiamsi sciuerit mulierem pro alio intercedere tom.2, pagin. 353, col.2

Muliere pro filiofamilias vel alieno seruo intercedente actio restituitur contra patrem vel de peculio vel de in rem verso tom.2,pag.335,col.1, & 2

Actio institutoria & restitutoria quę in eos datur pro quibus mulieri interceſſit & in heredes & heredibus perpetuo competit tom.2,pag.335,col.1,& 2

Muliere ab initio interueniente pro eo cum quo quis erat contracturus, actio cum eo postea instituitur tom.2, pag.333,& 334

Mulieres quarum rerum sunt incapaces iure ciuili tom.2,pag.320, col.1,& 2

Mulieres etiam ante S.C. Velleianũ pro viris intercedere prohibebãtur tom.2,pag.320,col.2,& pag.321,col.1

quibus casibus mulieri intercedere pro alio liceat? tom.2,pag.321,col.1,& 2

Mulieris interceſſio pro marito licet sæpius geminata, nullius est momenti tom.2,pagin.322,col.1

An mulier & Velleiano & Iustinianeæ constitutioni possit renunciare tom.2,pag.322,col.1,& 2

Obligatio debitoris per interceſſionem mulieris liberatę extincta restituitur à prætore to.2,pag.330,col.1,& 2

Muliere pro alio intercedente restituitur actio contra priorem debitorem & eius fideiussores tom.2,pag.338, col.1.& 2

Mulier S. C. Velleiano non iuuatur si promittat alium ratum habiturum quod ipsa gessit tom.2,pag. 338, col.1.& 2

Mulier agens quasi Seruiana aduersus creditorem eundemque possessorem pignoris & ipse aduersus mulierem excipiens de pignore sibi ex voluntate mulieris dato an habeat aduersus eam exceptionem S. C. Velleiani replicationem tom 2,pag.340.& 341

Mulier ex emptione damnosæ hereditatis non potest iuuari S.C. Velleiano tom.2,pag.344,col.2

Ob interceſſionem mulieris pro vno ex correis debẽdi factam, actio quæ contra illum correum restituitur, non restituitur contra alios correos tom. 2,pag.332.col.1,& 2

Paria sunt nullum dare expromissorem vel dare mulierem tom.2,pag. 330,& 331

Mulier intercedendi animo seruum alienum suum esse respondens iuuatur Velleiano si non dolo id fecerit, secus si seruum alienum putabat suum esse tom.2,pag.349,& 350

Odiosiores solent esse interceſſiones quæ fiunt à muliere pro marito tanquam suspectiores tom.2,pag.356, col.2

Mulieri vendenti aut aliter contrahenti non succurritur per Velleianum nisi intercedat, quamuis pecuniam pretij creditoribus debitoris exsoluat tom.2.pag.356,col.1

Mulier pro alio fundum vendens an iuuetur Velleiano? to.2,p.356,col 1,& 2

Interceſſiones mulierum non sunt nullæ ipso iure sed tantum ope exceptionis tom.2.pag 322,col.2

Mulier quæ contra S.C. Velleianum interceſſit non potest videri debitrix saltem effectu cum habeat exceptionem perpetuam tom.2,pag.328,col.2

Muliere intercedente pro eo qui temporali actione tenebatur, temporalis actio restituitur to.2,p,349,co.1

Mulier pro alio intercedens Velleiano S.C. non iuuatur si debitor mulieri soluerit quod debebat creditori apud quem mulier fideiussit tom.2, pag.339,col.1,& 2

Delegatus à muliere cuius non erat debitor habet exceptionem aduersus eum cui delegatus est quemadmodum mulieris fideiussor tom.2,pag.328,& 329.col.1,& 2,per tot.& quomodo ibid.

Mulier pro alieno debito pignus datum repetens etiam fructus pignoris recipere potest to.2,pa.355,col.1

Mulier iubens alicui pecuniam credi non iuuatur Velleiano secus fideiubens pro alio tom.2,pa.349,col.1,& 2

Creditor mulieri contra S.C.Velleianum intercedenti succedendo, restitutoria vti potest t 2.p.332,col.1,& 2

Muliere pro alio vel in diem intercedente vel sub condicione etiam pendente die & condicione volenti creditori actio restitutoria cum priore debitore dari potest tom.2,pagin.337, & 338

Mulier cum alio in causam communem se obligans an pro alio intercedere videatur, & an possit iuuari S. C. Velleiano tom.2,pagin. 341,in fin & 342,col.1,& 2

Mulier iurans se decem in dotem dedisse non potest consequi nisi in quãtum maritus facere possit, secus iurans sibi decem deberi, tunc enim aufert priuilegium marito tom.1, pagin.171, & 172

quando mulier ex interceſſione sua non iuuetur S.C.Velleiano? to m. 2, pagin.336.in fi.& 337

Mulier decipiendi animo intercedẽs iuuatur exceptione S.C.Velleiani, sed quæ per replicationem elidatur tom.2, pa.353,col.1,& 2,& 354,col.1,& 2

Muliere vnum ex correis debendi propter suam interceſſionem liberante an actio restituatur contra correum pro quo mulier interceſſit, an verò contra omnes correos? tom.1,pag.346, & 347

Mulier quæ pro alio se obligat, & sciens se ex interceſſione non teneri, hoc ipso teneri debet tom.2,pag. 354,col.1

Differentia inter ſolutionem vel

BIU Cujas

delegationem factam à muliere intercedente,& factam à muliere quæ voluit intercedere nec interceſſit tom.2, pag.329,col.2

Mulier quæ intercedit in rem ſuam non iuuatur Velleiano. tom.2,pag. 351, col 1,& 2

Mulier heredi cunctanti de adeunda hereditate ob id ſolum quod nomina debitorum parum idonea exiſtimaret repromittens ſe præſtaturam quantò minus à quoquo eorum ſeruari poſſit,iuuatur Velleiano tom.2, pag.344,col 2

Mulier debitori pro quo interceſſit ſuccedens poteſt actione reſtitutoria conueniri tom.2,pa.333,col.1,etiam actione directa ibid.col.2

Mulier hereditatem damnoſam adeundo non iuuatur S. C. Velleiano tom.2,pag.355,col.1,& 2

Mulier quod ex interceſſione ſoluit repetere nolens poteſt mandati agere ſi velit de indemnitate reo cauere tom.2,pag.354,col.1,& 2

Mulier minor.

Intereſt maximè mulierum vt ex contractibus ſuis perinde ac maſculi obligentur,ne alioquin velut commercio eis interdici videatur tom.2,pag. 320,col.1,item &. minorum ibid.& pag. 336,col.2

Morator.

Moratori fruſtratio ſua prodeſſe non debet to.1,pa.526,col.2

Mores.

quicquid eſt contra bonos mores, nec honeſtum eſt, nec poſſibile eſſe creditur tom.1.pa.629,col.2

Multiplicatio.

Non ſunt multiplicandæ actiones ſine cauſa tom.1,pa.447,col.1

Mutatum.

quòd non mutatur ſtare non prohibetur tom.2,pag.237,col.1

Mutuare.

An ſocius propriam pecuniam totam credere poſſit inuitis ſociis tom. 1,pag.43,&144

Procurator militis aut tutor pupilli,vel adulti curator pecuniam militis aut pupilli aut adulti crédens, an & quo caſu militi, pupillo vel minori actio acquiratur tom.1,pagin. 59,& 60

Seruus mutuam pecuniam domini voluntate acquirit certi condictionem domino, ſed ſi contra domini voluntatem pecuniam credat non facit eam accipientis ſed extans vindicatur conſumpta condicitur tom.1, pag.32,& 33

Mutuum.

Differentia mutui in rebus quæ pendore & menſura conſiſtunt & in rebus quæ numero tom.1,pag.343, col.2,in princip.

Ea pecunia fit mutua per conſumptionem quæ facta eſſe poteſt mutua per numerationem tom.1, pag.34, col 1

An ex venditione rei ab aliquo facta conſenſu domini pecunia redacta à vendente poſſit fieri mutua, cum conſenſu & domini, & vendentis tom.1, pag.30,col.1,& 2

Cur in genere non in ſpecie mutuũ reddi debeat? tom.1,pag.2,col.1,& 2, & pag.3,col.1,& 2

Quænam ſingularia & cur recepta ſint in mutuo ? tom.1,pagin.41,& 42,col.2

An contrahatur mutuum ſi conuenerit inter duos vt pecuniam quam vni ex cauſa mandati alter debet ex cauſa mutui retineat ? tom.1,pag.42, & 43,col.1,& 2

Pecunia ab initio depoſita cum permiſſione depoſitario vtendi ea, ſi volet, non prius fit mutua quàm depoſitarius ea vti cœperit vel declarauerit ſe velle ea vti tom.1,pag.29, col.1,& 2

quid requiratur quando neceſſe eſt probari pecuniam nomine ciuitatis mutuatam in rem eius verſam eſſe? to m.1,pa.61,col.2

qui prouincias regunt in ſua prouincia,nec ſeruus,nec mutuum,nec negotium exercere poſſunt, ſecus mutuo accipere tom.1,pag.72,in fi.73,col.1,& 2,& 74, adeoque nec per interpoſitam perſonam ibid.

qui ſoluit indebitum quaſi mutuum contrahere intelligitur tom.1,pa.383, col.1

An pecunia depoſita poſſit conuerti in cauſam mutui ex ſola voluntate deponentis & depoſitarij tom.1,pag. 27,& 28

In quibus rebus mutuum conſiſtat tom.1,pag.3,& 4,pag.5,col.1,& 2

Mutui datio quàm S. C. Macedonianũ in filij perſona prohibuit ad numeratam pecuniam reſtringitur niſi fraus facta ſit S. Cto in aliarum rerum datione tom.2,pag.117, col 1, & 2, & pag.1eq.

In mutuo per conſumptionem reconciliato naſcitur condictio certi ex mutui contractu ſed ex die conſumptionis tantum tom.1,pag.663,col.2

Si quis pecuniam numeratam in manu habens aut,ante oculos dicat alij, tolle iſtam pecuniam, an ſit mutuum,an donatio? tom.1,pa.8,col.1,& 2

qui alienam pecuniam quam alicui dedit mutuam reddi ſibi ſtipulatur ſi dominus eam vindicet antequam ſit conſumpta an accipientem obliget ex ea ſtipulatione tom.1,pa.36,col.1.& 2

Mutuum neque mutatione, neque peremptione, neque conſumptione extinguitur tom.1.pag.8,col.1,& 2

Mutuans pecuniam ſi ſtipuletur vt plus reſtituatur quàm creditum ſit an quod plus aliqua actione repetere poſſit? tom.1,pag.32,col.2

An competat aliqua actio pecuniam mutuanti ac ſtipulanti vt debitor aliquid faciat? tom.1,pag.32,col.2

An donatione facta donatario, donatam rem cauſa mutui accipienti donata res repeti poſſit ſi extet tom.1, pag.47,col.2,& pag,48,col.1,& 2

Depoſitum tanquam mutuum acceptum neque depoſitum eſt neque mutuum tom.1,pa.48,col.1,& 2

Mutuum tanquam commodatum acceprum neque mutuum neq; commodatum eſt tom.1,pag.48,col.1, & 2

Mutuum re ac traditione non verbis perficitur tom.1,pag.7,col.1

Ex pecunia à ſeruo communi credita per pecuniæ conſumptionem pro dominicis partibus acquiritur actio dominis,ſiue ſeruo adminiſtratio conceſſa ſit,ſiue non tom.1,pag.37,& 38

Filiofamilias viaticum ſuum mutuũ dante quæ actio competat patri quæ filio ? to.1,pag.44.& 45,per tot.

Numeratio pecuniæ donandi animo facta, ſi accipiens eam quaſi mutuam acceperit, an ſit donatio an mutuum? tom.1, pag.45,in fi.& 46

Pecunia credita & mutua ſunt ſynonima tom.1,pag.46,col.2,videlicet cum de mutuo tractant ibid.

Officiales & magiſtratus perpetui mutuam pecuniam dare & fœnebrem exercere poſſunt to.1,pag.74,col.1,& 2

Præſes prouinciæ licet mutuam pecuniam dare non poſſit, mutuam tamen accipere poteſt tom.1,pag.74, col.1,& 2

Pecunia noſtra alieno nomine veluti aliena mutuo data qua actione repeti poſſit,& cui actio competat? tom. 1,pag.27,col.1, & 2

Filiusfamilias & ſeruus dantes mutuo peculiarem pecuniam quomodo obligent accipientem ? tom.1,pag.6, col.1, & 2

An iubens debitorem alicui dare pecuniam mutuam obliget ſibi accipientem ex cauſa mutui tom.1,pag. 41,& 42

Mutuum debet fieri accipientis to. 1,pag.4,& 5

quibus caſibus mutuum quod ab initio non ſubſiſtit ex poſt facto poteſt conciliari ? tom.1,pa.4,& 5

Mutuum ſub condicione datum ante condicionis euentum perit domino tom.1,pag.9,col.1

Mutuum reddi debet in eadem bonitate & qualitate imo etiam in maiore bonitate reddi poteſt tom.1,pag. 7,co.1, & 2

Mutuum poteſt reddi melius ſed nõ deterius tom.1,pa.7,& 8

Condictio ex mutuo cùm naſcatur ex numeratione,poteſt exerceri quolibet loco etiam directa, quamuis conuenerit vt certo loco ſoluatur tom.1, pa.515,col.2

Nummi purè legati ab herede crediti poſt aditionem hereditatis pertinẽt ad heredem ſi nolit legatarius legatum agnoſcere tom.1,pagin.16, & 17

Mutui datio poteſt ſuſpendi in euentum condicionis tom.1,pag.15,col. 1,& 2,& pag.16,col.1,& 2

Seruus à domino præpoſitus pecunias domini quem poſtea ignorauit mortuum factus ipſius coheres credens,an pecuniam faciat creditam pro ſua portione hereditaria tantum, an etiam pro portionibus coheredum to. 1,pag.86,col.1,& 2,87,& 88

Interueniente numeratione & traditione non aliter mutuum contrahitur quàm ſi id actum ſit tom.1,pa.49, col.1

In filiofamilias alij filiofamilias mutuo pecunia danti, an & quomodo Macedonianum habeat locum to. 2,pag.112.col.1, & 2

An differentia inter fœnus & mutuum ſit to.1,pa.10,col.1,& p.31,col.2

De ſingularibus quæ in mutuo Accurſius putat eſſe tom.1,pag.42, col.1

In mutui datione oportet dantem eſſe dominum vel loco domini tom. 1,pag.6,col.1,& 2

An & quando pater obligetur ex mutuo filiifamilias ſi pecunia ſit perdita ? tom.2,pa.123,col.1,& 2

De mutuo naturali, ciuili, & mixto tom.1,pag.7,col.1,& 2

In mutuo non poteſt dari genus pro alio genere tom.1,pagin 3, col 1,& 2

An ſyndicus & adminiſtrator ciuitatis pecuniam

BIU Cujas

tis pecuniam ab aliquo mutuam accipiens ciuitatis nomine ciuitatem ex mutui datione ita obliget vt contra eum detur condictio certi ex mutuo sicut contra priuatum tom.1,pag. 60, & 61,& quo casu? ibid.

Mutuum pupillus.

An ex pecuniæ numeratione à pupillo facta sine tutoris authoritate vel solutionis, vel mutui causa per consumptionem detur condictio vel liberatio? tom.1,pag.50,51,& 52

Mutuum vniuersitas.

Creditori condictione certi agenti contra vniuersitatem propter mutuatam syndico vniuersitatis nomine pecuniam an incumbat onus probandi in rem vniuersitatis pecuniam versam fuisse? tom.1,pag.61,col.1

N.

Natura.

NAturalis ratio per ciuilem tolli non potest tom.2,pag.423,col.1

Non potest imagine ac fictione vlla naturæ veritas adumbrari tom 2, pag.218,col.1

Natura nescit fictiones vllas, & naturaliter quid fieri cùm dicimus veritatem facti solam denotamus tom.1,pa. 433,col.2

Differentia inter obligationem naturalem & ius naturale tom.1, pag. 202,& 203

Naufragium.

Licet vnicuique naufragium suum impunè colligere tom.2,pa.36 col.2

quod naufragio expulsum & deiectum est non pro derelicto est sed pro deperdito tom.2,pag.36,col.2

Naufragium incendium.

quod quis ex naui depressa vel deiecta, vel ex incendio suum seruauit eius manere debet, cuius ante fuit non etiam aliorum commune fieri tom.2, pag.36,col.1,& 2

Nauis.

In iucunda æstimatione rerum quæ contributioni & collationi obnoxiæ sunt ob necessariam nauis iacturam factam veniunt etiam vestimenta cuiusque & annuli gestatorij tom.2,pag.27, col.2

quæcunque consumendi causa nauì imposita sint, præsertim verò cibaria communi lucro & commodo omnium qui in naui sunt imposita esse censentur & consequenter à munere & onere collationis & contributionis debent esse immunia tom.2,pagin. 27,col.2

Lex Rhodia de iactu & ad casum quo nauis vel res quæ in naui sunt perierunt & ad casum quo in manus piratarum inciderunt, & postea redemptæ sint extendenda tom.2,pagin. 28,col.1

Nauis onustæ leuandæ causa merces in scapham traiectæ si perierint contributio fieri debet inter eos qui merces in naue saluas habent tom.2, pag.31.& 32

qui naufragium passi sunt si non omnes res suas per priuatores extrahere potuerunt, an damnum quod ex naufragio sentiunt eo casu quo non omnes eorum merces sed quædam tantum extractæ sunt communes esse debent illius cuius merces leuandæ nauis causa iactu perierunt tom.2,pa. 33,col 1,& 2

Si quis ex vectoribus soluendo non sit detrimentum magistri nauis esse non debet,sed commune omnium qui in naue fuerunt,& qui ex lege Rhod a in contributionem vocantur tom. 2, pag.29,col.1,& 2

Res in mare iactæ si apparuerint,an exoneretur collatio & qua actione cum magistro nauis agendum sit tom. 2,pag.30,col.1,& 2

Nihil potest imputari nautæ qui publica authoritate rerentus nauigare cum mercibus alicu us prohibitus fuit, si eas merces in deteriorem nauem coniecerit,quæ postea perierit tom.2, pa.39,col.1, & 2

Naues marinæ quia sunt vtiliores habent etiam immunitatem quam non haberent fluuiatiles, nisi quæ annonam deferunt Romæ tom.2.pag. 5,col.2

Pro rebus factis deterioribus contributio fieri debet, sed præsenti precio, id est æstimatis rebus quæ factæ sint deteriores quanti sint hodie non quãti erunt cùm naui imponerentur tom. 2.pag.34,co.1,& 2

An ei quoque conferendum sit cuius res in naui factæ sunt deteriores tom.2,pa.34 col 2,& 35

Cùm illa ipsa nauis in qua portari merces conuenerat vicium fecit sine dolo culpave nautæ, nec potest nec cogitur nauta aliam quærere nauem quæ eundem vsum præbeat, nisi ambo consentiant tom.2.pagin. 40, col.2

Valetudo nautæ excusat eum à pœna non factæ nauigationis, ita & vicium nauis quod sine vllo dolo culpáve contingit si non tam cito tamque facile emendari potuit tom.2,pag. 40, col.2

Conducta tota naue ab iis qui suas merces transuehendas locauerunt datur actio ex locato dominis mercium amissarum,conducta parte, ex conducto agendum est cum magistro, & quis sit effectus vtriusque actionis tom.2,p. 26,col.2

Si in aliqua re deterior facta sit nauis conseruatis mercibus an domini conseruatarum mercium detrimentum nauis communi contributione sarcire debeant tom.2,pag.26, col.1,& 2

Amissio nauis damnum collationis consortio sarciri non debet per eos qui merces suas naufragio liberarunt to.2,pa.35,col.1,& 2

Etiam cum nauis deterior facta sit ex ea causa ex qua iactus mercium fieri solet contributionis æquitas locum habere debet tom.2,pag.35,col.1.& 2

Cur deteriorata nauis contributione sarciri debeat,amissa verò non item tom.2,pag.35 col.2

Pro sumptibus ad instruendam nauem principaliter factis contributio fieri non debet licet in consequentiam ad conseruandas merces iuuent, secus si pro conseruandis mercibus principaliter facti sint tom.2, pag.36, col.1.& 2

Actio datur cum magistro nauis dominis quorum merces in mari perierunt, vt ille cogatur vel cum reliquis agere q orum merces saluæ sunt, aut eorum merces retinere, quo ad vs.

que portionem damni præstiterunt to.2.pag.25,col.1

qui vehenda mancipia conduxit,si aliqua in naue moriantur, an pro eis vectura debeatur? tom.2, pagin.38, col.1.& 2

An nauis iacturam necessariam quæ per iactum facta fuerat omnes mercatores qui in ea naui varia mercium genera coegissent,præstare debeant to. 2,pag 26,& 27

Necessaria nauis iactura facta, quænam portio præstanda sit ab omnibus mercatoribus qui collationi & contributioni sunt obnoxij to.2,pa 26,& 27

An pro liberis hominibus qui in naue perierunt aliquid dari oporteat ab iis qui collationi & contributioni perditarum rerum sunt obnoxij? tom. 2,pagin.26,& 27

Iactura nauis necessaria vel rerum in naue coactarum qua actione experiri possit? tom.2.pag.26,& 27

Detrimentum quod eorum qui merces suas amiserunt in naui, proprium ab initio fuit commune sit omnium qui propter amissas res aliorum consecuti sunt vt merces suas saluas haberent tom.2,pag.27,col.1

Scapha cum parte mercium salua si nauis perierit contributio fieri non debet ab iis qui merces in scapha saluas habuerunt tom.2 pag.32.col.1,& 2

In contributione facienda an & quomodo debeat haberi ratio eius cuius merces in nauigatione leuandæ nauis causa iactæ sunt tom.2.pag.32, col. 1, & 2 & col.33

quænam præcipua sint munera & officia magistri nauis tom.2,pag.23, col.1,& 2

Illi quorum merces ad leuandam nauem in mare proiectæ sunt nullam eo nomine actionem habere possunt aduersus cæteros, quorum simul cum naue merces saluæ factæ fuerunt tom. 2,pa.25,col.1

Magister nauis si liber homo sit conueniri ex omnibus suis contractibus potest, vt & alius quilibet qui bene contraxerit tom.2,pag.21,col 1

qui cum magistro nauis contraxit, electionem habet vtrum cùm exercitore an cum magistro ipso malit agere tom.2,pag 70 col.1

quis sit magister nauis tom.2,pag. 2,col.1,& 2

Nauis vector.

Non debet magister nauis fortunas & facultates cuiusque vectoris & aliorum qui nauem ingrediuntur excutere tom.2.pag. 29, col.2

Nauta morbus.

Nauta morbo impeditus de locato teneri non debet tom.2, pag.40, col.1

Nauta.

Nauta valetudine impeditus qui merces vehendas conduxit, neque alium nautam substituere nolente vectore potest, neque eo volente substituere cogitur tom.2, pagin.40, col.2

Necessitas.

Quod fit ex necessitate nunquam ex voluntate, ac mera liberalitate fieri intelligitur tom.1, pagin.244, col.2

Non solet aut debet cuiquam no-

BIU Cujas

cere quod ex iuris necessitate fit to 1, pag.585,col.2

Necessitas.

Necessitas non habet voluntatem tom.2,pag.30,col.2

Negare.

qui negat se non debere, excipit nõ tam de iure suo quàm de non iure actoris tom.2,pag.329,col.1

Negatio.

Qualiter puniri debeat improba negatio, licet proba interuenerit postea confessio? tom.1,pag.169,col.1

Sola negatio facit rem dubiam to. 1,pag.365,col.1

Negationis probatio per rerum naturam est impossibilis tom.1,pag.61, col.1

Negligentia.

quantulacumque negligentia quæ in propriis rebus est tolerabilis in alienis culpanda est & coercenda tom.1, pag.635,col.1

Non potest imputari commodatario quod commodatario minus diligenti rem commodauerit, potest autem imputari deponenti, quod depositario minus diligenti tom.1,pag.635.col.1

Negligentia omnis supponit scientiam & excludit ignorantiam tom 1, pag.678.col.2

Negotiatio.

Negotiatio rerum mobilium commodior est ad commercium & luctum quotidianum quàm immobilium & ad exercendum negociatoris ingenium tom. 2, pag.162,col.1

Negotium.

Officium negotiorum gestoris merè voluntarium est tom.2,pag.168.col.1

Cùm quæritur an negotium aliquod gestum fuerit vtiliter non est spectandus euentus si modo initium fuerit vtile tom.2,pa.283,col.1

Non datur actio negotiorum gestorum præcedente mandato, sed mandati tom.2,pag.42,col.1

In actione negociorum gestorum repetit gestor quicquid ei abest ad vltimum vsque quadrantem siue impensa modica sit,siue magna, adeóque licet euentus non sit secutus tom.1,pa. 636,col.2

Procuratore in negotia domini impẽsuro, pecuniam mutuante si eam sine culpa perdiderit eo nomine potest dominus mandati vel negotiorum gestorum actione conueniri tom.2, pag. 306,col.1,& 2

Negotium ad eum maxime pertinere creditur,cuius vel vtilitate vel incommodo res tandem cessura sit, licèt non prior conueniatur to.2,pa.337

Nocere.

Neque per eos quos in potestate nostra habemus, neque per alios conditio nostra fieri potest deterior, potest autem fieri melior tom.2,pag. 427,col.1

Nomen.

Is nomen facere dicitur, non cuius pecunia est quæ creditur sed qui eam dari stipulatur tom.2.pag.255, col.2

Cur legato rerum omnium quæ alibi sunt nomina debitorum non comprehendantur tom. 2,pag. 162,col.2

Vtilitas nominis obligati tota consistit in exactione eius quod debetur tom.1,pag.683, col.2, siue in pecunia consistat siue in corpore ibid.

Ex diuersitate nominis colligitur diuersitas rei tom.2,pagin. 115, col.2, & pag.118,col.1,& 2

Nomina non ad alium finem quam ad res significandas comparata sunt tom.1,pag.14,in fi.

quæ sunt idem diuersa nomina habere non debent tom.1,pagin. 716,col.1

In quibusdam rebus plerumque interest an sub proprio nomine an sub appellatiuo quis designetur tom.1. pag.15,col.2

Appellatione nominum significatur ea pecunia vel alia res quæ in nominibus aut actionibus sit tom.2,pag. 184,col.2

quælibet res ferè omnes habent duo nomina vim naturale, alterum proprium & imposititicium tom.1,pag. 15,col.1

Nomen heres.

An verum sit nomen debitoris deterius factum perire heredi non legatariis,factum verò idoneum quod mortis tempore non fuit,legatariis prodesse debere non heredi? tom.2,pag.245, 246,247,col.1,& 248

Cur meliora facta nomina augeant hereditatem nec cedant lucro heredis, & tamen fructus post mortem percepti & fœtus cedant lucro heredis? to.2, pag.247,col.2

Nostrum.

Naturalis æquitas non patitur vt quod nostrum est sine facto nostro nobis auferatur tom.1,pag.405,col.1

Notarius.

Tabelliones & notarij nostri, non sunt serui sed liberi esse iubentur tom. 2,pag.370,col.2

Notarius Iusiurandum.

Notarius causæ, quem pragmatici grapharium appellant iusiurandum in litem mandante etiam aut præsente iudice deferre non potest tom.1,pa. 221,col.1,& 2

Nouare.

qui in nostra potestate sunt solutionem accipere nostro nomine interdum possunt, sed nouare obligationẽ non possunt to.2,pag.238,col.1

Nouatio.

Per nouationem non solum ciuilis & honoraria obligatio perimitur, sed etiam naturalis tom.2,pag.248,col.1

Per nouationem & pignus liberatur, & vsuræ ex obligatione priori debitæ desinunt currere tom.2,pagin. 248, col.1

Differentia inter nouationem voluntariam & iudicialem tom.2,pag. 248,in fin

Interuentu nouæ personæ non inducitur nouatio,licet sit animus nouandi si non interueniat etiam stipulatio, sicuti nec sufficeret stipulatio quæ non nouandi animo facta esset tom.1,pag.587,co.2

Nouatio nihil aliud est quàm prioris obligationis peremptio & in sequẽtem transfusio to.1,pag.587,col.1

Nouatio quælibet ac præsertim delegatio priorem obligationem perinde tollit atq; solutio t.1,p.500,col.2

Nouatio fit & prioris obligationis peremptio si quis pro se iudicium accipiat, vel etiam si quis pro alio,qui verus debitor fuit, adeóque inuito, quemadmodum & si pro eo solueret tom.2,pag.248,col.1

Nouatio iudicialis nullã tollit obligationem sicut voluntaria tom.2,pag. 249.col.1,nisi per secutam absolutionẽ ibidem col.2

Nouatio fit etiam per contestationem tom.1,pag.506,col.1

Nouatio æquè fit per condemnationem tom.1,pag.665,col.2

quod non transfertur in causam nouationis, iure pristino peti semper potest to.1,pa.23,in princip.

An stipulatio post aliam obligationem interposita faciat nouationem? tom.1,pag.23 col.1,& 2, & pag.24

Cum id quod purè debetur nouandi animo sub condicione promittitur, nouatio non fit, nec obligatio pura perimitur nisi existente secundæ stipulationis condicione to.1,pa.428,col.2

quid sit nouatio tom.2,pa.132,col.1

De nouatione voluntaria & de nouatione necessaria & earum effectibus tom.1,pag.665,col.1,& 2

Nouatio voluntaria extinguit obligationem omnem & principalem & accessoriam.sistitque cursum vsurarum to.1,pag.665,col.1, necessaria secus ibid.

quid sit nouatio & an & quomodo tollat priorem obligationem to.2,pag. 59,col.1

Ex inutili stipulatione nouatio contingere nunquam potest tom.2,pag. 260,col.1

Nouatio solutionis instar obtinet & ratio tom.2,pag.131,col.1

Obligationis nouatio non fit per constitutum inspecto etiam iure vetere nec si noua persona constituat quod alia debebat, secus per stipulationem & ratio diuersitatis tom.1,pa.576,col.2

quod ad obligationem perimendam attinet, tantum potest nouatio quantum solutio nisi quod solutio modus naturalis est tollendæ obligationis,nouatio autem ciuilis & fictitius tom.1,pa 662,col.2

Per litis contestationem fit nouatio atque delegatio tom.1,pa.665,col.1

Nouatio non potest fieri nisi inter præsentes & consentientes tom.1,pa. 582,col.2

Per iudicatum adeoque per litis contestationem fit nouatio tom.2, pag.150,col.1

Nouatio condicio.

Pura stipulatio nouari potest per condicionalem,sed ita vt non prius fiat nouatio quàm posterioris stipulationis condicio exiterit tom.1,pag.555,c.2

Nouum.

quæ de nouo emergunt nouo indigent auxilio tom.1,pag.246,col.2

Noxa.

Noxa caput sequitur tom.1,pa.499, co.1.in actionibus pœnalibus secus in rei persecutoriis ibid.col.2

Noxæ deditio semper sequitur nec vnquam præcedit pecuniariam condemnationem tom.2,pa.175,col.1

Facultas tradendi seruum noxæ, domino competens à iure duodecim tabularum proficiscitur tom.2, pag.175, col.1

Noxæ deditio non plenam tribuit indemnitatem, sed in tantum duntaxat quanti est seruus qui pro noxæ dedito re-

BIU Cujas

dito relinquitur tom.1, pagin.714, col.1

Noxæ deditionis vsus alius non est quàm vt eo remedio consulat sibi dominus ne ex delicto serui supra quàm quanti seruus est teneatur tom.1,pag. 714,col.1

Actio noxalis vnde dicta? tom.2, pag.195,col.1

An ex numeratione pecuniæ is qui contraxit pecuniam creditam petere possit? tom.1,pag.21,& 22

Ex numeratione pecuniæ nostræ absentis & ignorantis nomine facta,an actio absenti acquiratur tom.1,pag. 25,& 28

Ex numeratione pecuniæ nostræ alieno nomine creditæ, quàm nobis in continenti reddi stipulauit quæ actio nobis acquiratur? quæ ei cuius nomine credita est? tom.1,pag.26, col.1,& 2

Ex pecuniæ numeratione acquiritur ei actio directa cuius nomine pecunia numerata est, etiamsi contractum suo nomine gestum habere nolit ratum quamuis eam inuitus exercere non cogatur tom.1,pagin. 76,col.1

De emendatione iuris veteris à Iustiniano facta in eo quod acquireretur actio sine cessione ei cuius nomine suã pecuniam quis alij credidisset tom. 1,pag.26,& 27

Ex numeratione facienda nulla quæritur obligatio secus ex numeratione facta tom.1,pagin 22, col.2

Quæ pecuniæ filiofamilias creditæ numeratio pernicioſa visa sit & cur. tom.2,pag.124.col.2

Vna numeratio in diuersas causas prodesse potest tom.1,pag.578,co.1

Ex pecuniæ numeratione à furioso facta qui suæ mentis putabatur quæ actio furioso acquiratur contra accipientem tom.1,pagin.33, & 34, col.1,& 2

Explerur numeratione substantia obligationis tom.2,pa.114,col.2

Numeratio solutio.

Eadem numeratio & solutio non potest parere & liberationem & conditionem respectu eiusdem personæ tom.1,pag.40,col.1

Numerus.

Pluralis numerus duali contentus est apud Latinos tom.1,pag.225,col.2

Nummi.

Crediti nummi in qua forma,& in qua siue bonitate siue æstimatione reddendi sint? to.1,pa..8.col.2

Cur nummi aliquando inter res incorporales numerentur tom.1,pag. 38,col.2

Reprobi nummi penitus tollendi non reddendi tom.1.pag.701,col.2

Nummi in rerum corporalium numero non habentur non quia nummi possunt esse sine corporibus, sed quia in nummis non tam corpora inspicibus quàm quantitatem to.1,pag.410, col.2

Nummi dicuntur reprobi qui lege publica sunt reprobati siue ex proba materia sint siue ex improba tom.1, pag.700 col.2

Nummus.

Probis duntaxat nummus non reprobis aut æroſis æstimatio directa est tom.1,pagin.700,col.1

qui reprobos nummos pro bonis & probis ignorans accipit siue in creditum siue in solutum, aut qua alia de causa non tam paciscitur quàm decipitur tom.1,pa.700.col.1

Nummus pecunia.

Reproba pecunia soluta non parit liberationẽ, licèt à campsore fuerit approbata aut is qui in solutum accepit eam expenderit pro bona & proba tom.1,pag 700,col.2

Nuncius.

quomodo dignoſci possit an qui se dicit nuncium talis sit necne? tom.1, pag 625,col.2

Differentiæ inter nuncium & procuratorem tom.1.p.566,col.1,& 2

Quodcunque per epistolam fieri potest etiam per nuncium facere possumus tom.1,pa.567,col.2

Nuptiæ.

Turpes sunt & illicitæ nuptiæ inter auunculum & sororis filiam adeoque neptem & proneporem quia his personis auunculus loco parentis est tom. 1,pag.452,col.1

Incestæ nuptiæ interdum pœnitentiæ locum admittunt tom.1,pag. 455,col.1,& 2

Furor superueniens nuptias iam contractas non dirimit tom.1,pag. 34, col.2

O.

Oblatio.

OBlatio congruo loco vel tempore facta non aliter valet quàm si præsens sit pecunia vel alia res quæ offertur tom.1,pag.55,col.1

Oblatio interpellationis vim & effectum impedit tom.1,pag.655,col.1

Expressa interpellatio non nisi per expressam oblationem posteriorem elidi potest tom.1, pag.655,col.1

Oblationem non aliter præcedere necesse est in obsignatione quam si id agatur, vt obsignatio vim solutionis obtineat tom.1,pag.634,col.2

Verbalis oblationis nudæ effectus nullus in iure nostro vnquam esse potest tom.1,pag.664,col.2

quoties de oblatione Iureconsulti loquuntur de reali oblatione semper intelligendi sunt tom.1, pagin. 500, col.1

De effectibus oblationis tom.1,pag. 500,col.1.& 2

Oblatio sola sufficit ad inducendam pignoratitiam actionem licet depositio & obsignatio non sequatur tom.1,pag.690,col.2

Sola oblatio debiti etiam in iudicio tantum facta sufficeret vt quamuis malè ac præmaturè instituta esset pignoratitia, ritè tamen instituta videretur tom.1,pa.690,col.1

Oblatio traditio.

Oblatio fieri non potest nisi rei præsentis sicuti neque traditio cum nihil aliud sit traditio quàm datio possessionis tom.1,pa.501,col.1

Oblatio mora.

Si de sola mora vel inducenda vel purganda tractatur, sufficit congruo loco & tempore factam esse oblationem & à creditore sine causa recusatã tom.1,pag.690,col.1

Oblatio solutio.

Creditor non cogitur oblationi à constituente ante tempus faciendæ adesse antequam ei denuncier debitor se ante tempus & tali die soluturum to.1,pag. 571,col.2

Oblatio vsuræ.

qui pecuniam sub vsuris accipit in certum tempus etiã ante tempus vult soluere vt se ab vsuris futuri temporis liberet non est audiendus præteriri duntaxat temporis vsuras offerens, nec si oblatio congruo loco & tempore facta proponatur tom.1,pag.63,col.2

Obligare.

Nemo aut ignorans aut inuitus obligatur tom.2,pagin 321,col.1

Filiusfamilias mutuam pecuniam accipiendo si ad patrem litteras emittat vt eam creditori soluit patrem obligat si non statim atque litteras accepit testationem interponat contrariæ voluntatis tom.2,pag.134,col.1,& 2

Ad impossibile non obligatur is qui promisit se curaturum vt alius quid faciat, cùm præstando id quod interest liberetur tom.1,pag.566,col.2

qui semel electione liberatus est non potest inuitus aut etiam ignorans in obligatione reponi,nec si exceptionis tantum beneficio liberatus esset tom.2,pag.212,col.1

Pater post exactum à fideiussore filij debitum, si ab ipso fideiussore conueniatur vt indemnitatem pro filio præstet, qua actione possit conueniri,an de peculio,an de in rem verso tom.2, pag.146,& 147,col.1

Ex contractu cum seruo inito qui naui præpositus erat,obligatur dominus etiam post eius alienationem to. 2,pag.18,col.1

Per eos quos in potestate nostra habemus condicio nostra deterior fieri non potest vt nos æri alieno obligent tom.2,pa.41,col.1

Causam debiti aliquam præcedere semper necesse est vt quod debitũ dicitur efficaciter ac vtiliter, & sine metu exceptionis doli peti possit tom.2,pag. 70,col.1

qui vel institor vel procurator vel magister nauis est si propter ætatem obligari non possit, obligare tamen dominum potest,quia non tam factum eius quàm mala electio præponentis inspicitur tom.2,pag.4,col.1,& 2

Pupillus sine tutoris autoritate obligatur naturaliter,furioſus verò, etiã cùm sui curatoris auctoritate contrahens neque naturaliter neque ciuiliter obligatur tom.1,pa.594,col.1

Seruus volente filiofamilias nauem exercens sine consensu patris filiusfamilias in solidum obligat non autem patrem nisi de peculio tom.2,pag.13, col.1,& 2

Si sciente duntaxat non etiam volente patre aut domino cum filio vel seruo magistro nauis contracta sit, vtrum in solidum danda sit actio contra eum quasi in volentem, an verò ad exemplum actionis tributoriæ in tributum duntaxat? tom.2,pa.12,col.2

Plures eiusdem summę promissores etiam ex vna eademque stipulatione constituti, obligantur,pro virili tantum portione non in solidum tom.2, pa. 15,col.1

Obligare pignus.

In dando pignore syluæ adiiciendum est quæque ex syluâ facta natavè

BIU Cujas

sint vt obligata sylua etiam nauis quam ex sylua fieri contigerit obligata existimetur tom.1,pagin. 686, col.1

Obligare peculium.

Neque seruus neque vicarius possunt ex suis contractibus dominum obligare supra peculium aut supra eorũ æstimationem ne in eorum sit potestate deteriorem domini facere conditionem to.2.pag.195,col.1

Obligare pignorare.

Qui res suas pluribus obligant incurrunt crimen stellionatus si diuerso scilicet tempore, & scientes id faciant nisi vtrique debito exsoluendo pignus sufficiat, quoniam eadem res pluribus obligari non potest tom.1,pag.689,co.1

Obligari.

Alicui ab esse iam videtur id in quo est pro alio obligatus tom.2, pagin. 375,col.1

Neque dominus neque fideiussor possunt in durioré causam quàm seruus principalis obligari, sed possunt efficacius tom.2,pag.139,col.2

Constitutum hoc modo satisfiet tibi à nec meà Tit o me in solidum obligat,non autem Titum tom.1,pa.557, col.2

Obligatio.

In obligationibus indiuiduis non potest scindi obligatio tom.2,pa.395, col.1

Omnes obligationes restituendi & faciendi sunt indiuiduæ tom.2. pag. 395 col.1

Ex quo facto naturalis obligatio æstimanda sit tom.2, pagin. 239, col.1

Ex sententia iudicis, non nascitur obligatio naturalis tom.1,pagin.427, col.2

Obligatio quæ ex contractu aut negocio aliquo nascitur, tum nasci debet, cùm fit contractus & negocium geritur aut nunquam tom.1,pag.593, col.2

Naturalis obligatio ad nouationem inducendam potest sufficere tom.2, pag.175,col.2

Tollitur obligatio naturalis inter fratres partim confusione partim participatione peculij tom.1,pa.398,co.1

Obligatio naturalis à filio vel à seruo contracta licet non acquiratur patri aut domino, quod tamen ex ea obligatione debetur acquiritur patri & domino tom.2,pag.167,

Differentia obligationis naturalis & ciuilis tom.1,pag.348,col.1

Naturali obligationi & fideiussor & pignus accedere potest tom.1,pag. 348,col.2

Naturalis obligatio licet non sit sufficiens ad inducendam actionem, sufficiens tamen est ad impediendam condictionem tom.1,pag.348,col.2

Ex retentione vel ademptione peculij filiusfamilias liberatur ab obligatione naturali ad concurrentem vsque peculij quantitatem tom.1,pag.401, col.1

Obligationes interdum nascuntur tacitè etiam extra id quod actum est tom.1,pag.522,col.1

Impossibilis obligatio etiam expressa contrahentium voluntate contrahi non potest tom.1,pag.522,col.1

Dominus potest obligari seruo naturaliter tom.1,pag.344,col.1

Cur exceptio S.C. Macedoniani oblig.nat.non tollat to.1,pa.325,col.2

Obligatio quæ erat in persona defuncti diuiditur inter heredes ex lege 12. tab. tom.1,pag.382,col.1

Inducta ad confirmandam obligationem non debet eam infirmare & destruere tom.2,pag.310,col.1

Naturalis obligatio sola etiam retentionem parit tom.2,pag.363,col.1

Cùm duæ res alternatiuè & disiunctim debentur, vtraque in obligatione est, quamuis ita, vt alterutram duntaxat præstari necesse sit tom.1,pag. 360,col.2

Facilius tollitur personalis obligatio quæ parit condictionem quàm cæteræ obligationes tom.1,pag.500,col.2

Obligatio iuris alieni incipit à defuncto tum quoq; quando agi eo nomine cum defuncto non potuit tom. 1,pag.333,col.2

Obligatio ciuilis impedit soluti repetitionem tom.1,pag.326.col.2

In literarum obligatione nulla est naturalis obligatio quia nullus est consensus ante pecuniæ numerationé tom.1,pag.326,col.2

In literarum obligatione an sit obligatio ciuilis to.1,pa.326,col.2

An sit differentia vera & obligationes dandi & reddendi ab obligationibus restituendi ex quibus agitur ad rem & ad rei æstimationẽ, ex illis verò præcisè ad rem contra Bartol. tom.1. pa.304.col.1

Obligatio rei commodatæ restituẽdæ quæ plures commodatarios tenet aut plures heredes vnius commodatarij est indiuidua quod ad ipsos attinet, & quod ad rem ipsam restituendam, quia non nisi in solidum restitui res potest tom.1,pa.615,col.1

Personales obligationes & quæ nascuntur ex eis actiones ideo dicuntur personales quia personis cohærent & inhærent ossibus, nec ad alias personas siue actiue siue passiuè transferri ipso iure possunt,neque si nomen debitoris aut venditum aut in solutum aut in dotem datum sit tom.1,pag.681,col.1

In obligatione alternatiua vtraque res separatim considerata est in obligatione tom.1,pag.380,col.1,in fine, non simul pag.387,col.1

Pecunia data vt aliquid fiat quandiu in pendenti est an id futurum sit, an esset obligatio to.1,pa.49,col.1,& 2

Præsens obligatio dicitur etiam cuius exactio per diei adiectionem differtur tom.1,pag.19,col.2

Esse personam aliquam oportet iure gentium & quæ debeat & cui debeatur ad inducendam obligationem iuris gentium vt prius persona inueniẽda sit quàm de iure quæri oporteat tom.1,pag.432,col.2

Pupillus mutuam pecuniam accipiens sine tutoris autoritate accipiens naturaliter obligatur,secus verò prodigus vel furiosus tom.1,pag.385,col.1

Differentia inter obligari naturaliter & obligari iure naturali tom.1,pa.407, col.2,& 408.col.1,& 2

Naturalis obligatio si non etiam ciuilis sit actionem nunquam parit sed tantum exceptionem, retentionem, deductionem & compensationem to. 1,pag.594,col.1

Res suo fato ante moram debitoris perempta non potest remanere in obligatione siue pura siue alternatiua tom.1,pag.518.col.2

Tota siue obligationis, siue actionis vtilitas, non tam in agendo quàm in exigendo consistit t.2,p.331,col.2

Re affecta & obligata ab eo qui dominus est non intercidit obligatio amissione ac mutatione dominij to.1, pag.685,col.1

Obligatio realis sequitur rem quocunque ierit,ideoque transit etiam in singularem successorem, adeoq; quod magis est,etiamsi successor ille singularis dominium per vsucapionem sibi acquisiuerit tom.1.pag.685,col.1

Vnde oriantur obligationes personales tom.1,pag.503 col.1

Naturalis obligatio contrario pacto tolli potest tom.1,pa.306,col.1

Omnes obligationes consensum illius qui obligatur exigunt tom.1,pag. 587,col 2

Ex quatuor effectibus naturalis obligationis duo præcipui sunt si vnus vt impediat repetitionem soluti, alter vt inducat compensationem tom.1,pag. 389.col.2

Quid sit obligatio tom.1,pag.514, col 2

Ex decem mutuo datis vt vndecim reddatur non potest accipiens obligari nisi in decem quia re contrahi obligatio vltra id quod reuera datum est non potest tom.1.pag.564,col 1

Obligatio naturalis ex ea causa induci non potest ex qua ciuilis nunquã induceretur tom.2,pag.239,col.1,& 2

Interest etiam pupilli ab obligatione qualibet etiam naturali liberali tom.1.pag.385,col.2

Naturalis obligatio non in opinione soluentis, sed in veritate consistit tom.1,pa.384,col.2

Non tenetur pater de peculio nisi ex contractu filij,nec ex contractu filij nisi quatenus in peculio est tom.1,pa. 531,col.1

Libertus patrono naturaliter obligatur ad ἀντιδωρεα propter beneficium libertatis tom.1,pag.378,col.1

Obligatio faciendi si factum non sit resolnitur in obligationem & præstationem eius quod interest tom.1,pag. 451,col.1

Plerunque accidit vt etiam extra id quod agitur tacita obligatio nascatur ex natura scilicet negotij quod tractatur tom.1,pag.636,col.1

Nemo facto suo propriam obligationem tollere potest, nec sua cuiquã fruſtratio prodesse debet to.1.pa.573,c.2

Obligatio eius rei quæ indiuidua est, non potest diuidi ne quidem per legem duodecim tabularum tom.2,pag. 390,col 1

Lex duodecim tabularum diuidit personalem obligationem inter heredes pro hereditariis portionibus sed non diuidit obligationem pignoris tom.1,pag.656,col.2

Eas obligationes solas diuidit lex duodecim tabularum quæ diuidi possunt & sunt diuiduæ,non quæ sunt indiuiduæ tom.1,pa.656,col.2,in fi.

Sufficit vt alicuius voluntate quid fiat vt obligetur tom.1,pa.344,co.1

Pater filio,filius patri, dominus seruo, seruus domino, & conseruus conseruo naturaliter possunt obligari to. 1,pag.397,col.1

Naturalis obligatio tota ex facto obligatur tom.1.pag.397,col.1

In obligationibus faciendi succedit præstatio eius quod interest tom.2,pa. 415,col.2.& pag.427.col.2

Obligatio rei diuiduæ, lege duodecim tabularum diuiditur ipso iure inter

BIU Cujas

inter heredes tom.2.pag.415,col.1
Obligatio naturalis quia ſolo æquitatis vinculo ſuſtinetur contrariæ æquitatis poteſtate diſſolui poteſt tom. 1, pag. 324,col.2
Vnus ex naturalis obligationis effectibus eſt vt pariat deductionem tom. 1,pag.398,col.2
Pecunia ſub conditione promiſſa deficiente conditione perinde habenda eſt ac ſi promiſſio nulla præceſſiſſet tom. 1, pagin.666,col. 2
Sicuti pecunia numerata per ſe diuiſibilis eſt numero, ita & pecuniæ obligatio & ſolutio tom. 1, pag. 661, col.1
Qui bis idē promittit amplius quàm ſemel ipſo iure non tenetur tom 1, pag. 553, col.2, niſi ſcilicet prior obligatio & eius actio per exceptionem poſſit elidi ibid.
Non ſunt multiplicādæ eiuſdem rei obligationes nec actiones eiuſdem generis & condicionis,poſſunt tamē multiplicari ex variis cauſis & diuerſis contractibus poteſt idem deberi tom.1.p. 553,in fi.& 554,col.1
Tranſlatio dominij pecuniæ eſt vnicus effectus obligationis dandi to.1, pag.524,col.2
Id in quo quis alij obligatus eſt ei abeſſe videtur tom. 1, pag. 410, col.1
Non poteſt obligatio iure extincta ex nuda creditoris voluntate & pœnitentia reuiuiſcere tom.1,pag.661, col 2
Semel extincta obligatio amplius reſtitui non poteſt tom.1, pag.386, col.1
Nemini obligata res ſua eſſe poteſt vt neque ſeruire tom.1, pagin. 699, col.1
Obligatio quæ naſcitur ex contractu ab vno cum vno inito indiuidua eſt tom.2,pag.16,col.1
Quod ab extrinſeco accidit obligationis naturam & ſubſtantiam ab initio certa lege conſtitutam immutare ex poſt facto poteſt tom.1, pag.618, col.1
Neque Abbas neque vniuerſitas obligantur per eum qui mutuam pecuniam accepit qui antea vel monachus vel ſyndicus fuit,licet creditor eum adhuc talem arbitraretur tom.1, pag. 376,col.1,& 2
Obligationes omnes ſunt perpetuæ tom.2,pag.70,col.2,in fi.
Ex perſona heredis conditio & natura obligationis, & actionis hereditariæ non mutatur tom. 1, pag. 486, col. 2
Teſtamentum nullum aut irritum naturalem obligationem non inducit tom.1,pag.430,col.1
In omnibus faciendi obligationibus ſuccedit in locum obligationis facti, obligatio præſtandæ pecuniæ to.1,p. 507,col.1
Iuſiurādum tollit obligationem naturalem ſocus iudicatum tom.1,pag. 99,col.1
Qui ſint effectus naturalis obligationis tom.1,pag.24,col.2
Turpes obligationes nullius ſunt momenti, nec vlla ex iis datur actio tom.2,pag.282,col.1
Qui obligat rem alienam vel alteri obligatam obligat, committit ſtellionatum niſi res cuilibet creditori ſufficiat pro vtroque debito tom.1,pag. 721,& pag. 722, vel creditorem certiorauerit ibid.
Licet pecunia data vel credita ad Titium peruenerit, non ideo tamen eſt Titius obligatus ei cuius eſt pecunia tom.1, pag.589,c.2
Iudicatum iniquum naturalem obligationem tollere non poteſt to.1,pa. 324,col.2,& 325,col.1
Obligatio per aditionem hereditatis confunditur, & confuſa extinguitur tom. 1, pag.409,col.1
Plerūque extra id quod agitur obligatio aliqua tacita naſcitur tom.1,pag. 646,col.1
Inter patrem & filiumfamilias ciuilis obligatio conſiſtere nulla poteſt propter ius patriæ poteſtatis tom.2,p. 123,col.1
Abeſſe alicui intelligitur etiam id in quo obligatus eſt tom.1, pagin.656, col.1
Obligationes ex obligationibus nō fieri & reipublicæ & creditoris intereſt ſicut & de lite lites tom. 1, pag. 662, col.1
Etiam extra id quod agitur aliquando tacita obligatio naſci poteſt tom. 2,pag.166,col.2
Obligatio ſiue perſona eſſe non poteſt tom.2, pag.355,col.2
Obligatio perſonalis difficilius naſcitur quàm realis,quia nō niſi ex contractu vel quaſi,delicto vel quaſi naſcitur, realis verò ex re ipſa à facto naſcitur etiam nulla procedente obligatione tom. 1, pag.671,col.1
Obligationis cōditionalis intra certum tempus ſoluendæ, ante conditionis euentum tempus non currit tom.2, pag.265,in fi.& 266
Obligatio fideiuſſoria non poteſt ſubſiſtere ſine aliqua principali ſaltem quæ futura ſit tom.2,pag.135,col.1 ſecus ſiue ea quæ iam fuit & deſiit eſſe ibid.
Obligatio naturalis nunquam parit repetitionem quæ ſine actione nunquam eſſe poteſt,ſed tantùm retentionem,niſi cùm ciuilis actio mixta eſt naturali tom.1,pag595,c.1,
Obligatum eſſe naturaliter, eſt eſſe obligatum ex æquitate naturali tom.1, pag.403,in fi.& pag.404,col.1
Maior obligatio tollit minorem to. 1, pag. 389,col.1
Qua ratione probetur naturalem obligationem inter patrem & filiumfamilias contractum ſi pater filiofamilias crediderit non tolli per emancipationem tom.1,pag.401,col.1
Fratres in eiuſdem patris poteſtate conſtituti ciuiliter inter ſe obligari nō poſſunt,ſecus verò naturaliter tom.1, pag.396,col.2
Differentia inter mortem filiifamilias & eius emancipationem ad hoc vt obligatio naturalis cum patre contracta ſubſiſtat tom.1.pag.401,col.2
An obligatio naturalis ad heredem tranſmitti poſſit tom.1, pagin.401, col.2
Naturalis obligatio impedit conditionem & repetitionem tom.1, pag. 251,col.1
Naturalis obligatio ex nudo quoque pacto naſcitur tom. 1, pagin. 251, col.2
Obligatio ſine cauſa facta nullius eſt momenti tom.1,pag.450,col.1 ſi non ipſo iure, ſaltem per exceptionem ibid.
Obligationes omnes ad hoc ſunt comparatæ vt ſibi vnuſquiſque acquirat tom.1, pag.450, col.1
Ita contrahitur obligatio naturalis inter patrem & filium vt ea obligatio patri non acquiratur tom.1, pag.400, col.1
Natura non patitur vt quis ſibi obligetur tom.1,pag.400,col.1
Naturalis obligatio inter fratres contracta patri nō acquiritur, neque naturalis obligatio inter filium & patrem t.1 p.400,col.1,& 2
Pater naturalem ſuam obligationem qua tenetur erga filium facto ſuo vel per ſolam peculij ademptionem extinguere non poteſt tom.1, pag. 400, col. 2
Obligatio naturalis acquiritur quidem filio,& in ipſius perſona manet ac conſiſtit, ſiue pater filio peculium adimat, ſiue peculium penes filium manere patiatur, ſed ita tamen vt effectus omnes naturalis obligationis acquirantur patri ſiue quod debetur retinēdum ſit ſiue deducendum ſiue compenſandum tom. 1, pagin. 400, col 2
De modis naturalibus tollendæ obligationis,& de ciuilibus,& quinam ſint? tom.1,pag. 156,col.2
Obligatio naturalis multos effectus habet à iure ciuili approbatos tom.2, pag.228,col.1
Obligatio quæ augetur quodammodo inducitur,& quæ minuitur eatenus tollitur & perimitur tom.2,pag.101, col.1
Cur obligatio ciuilis etiam per vim, metum aut dolum fieri poſſit tom. 1, pag.327,col.1
Si quis per ſtipulationem obliget de ſe per ſtipulationem obligando ſatis hoc ipſo videtur ex ſtipulatione obligatus & ex ea conueniri poteſt t. 1, p. 557,col.2
Ex alieno facto & contractu nullus obligatur ſiue inuitus ſiue ignorans niſi iure poteſtatis & ſucceſſionis tom. 1,pag.557,col.1

Obligatio,conſenſus.

Neque coacta voluntas neque coactus conſenſus parit obligationem naturalem to.1, pag.327, col.1 pariunt autem ciuilem ibid.

Obligatio,actio.

Obligationes & actiones ferè omnes ciuiles & legitimæ deſcendunt ex lege 12.tabularum & ex prudentum veterum ad eam legem interpretatione tom.1,pag.503,col.1

Obligatio, condicio.

An interpoſita cōdicionali ſtipulatione ſuper obligatione pura, fiat nouatio prioris obligationis puræ in condicionalem tom. 1,pag.75,76,77,per tot.

Obligatio,condictio.

Obligationes omnes ex quibus condictiones omnes proficiſcuntur ex aliqua re vel ex negotio naſcuntur non ex verbis excepta condictione certi ex ſtipulatione & condictione incerti ex ſtipulatu quæ naſcitur ex verbis & verborum obligatione tom.1.pag.516, col.1

Obligatio,electio.

Vtraque re obligata extante non poteſt alterutra peti abſolutè ne debitori auferatur electio tom. 1, pag. 362, col.1,& 382,col.2

Obligatio, intellectus.

quænam obligationes naturales intelligendæ ſint in l. naturales 10. D. de

BIU Cujas

obl.& act.& in l. fideiussor 16, §. naturales. D. de fideiuss. tom.1,pagin.554, col.2

Obligatio familia.

Cùm naturalis obligatio actionem parere non possit in iudicio familiæ erciscundæ, creditori prospici debet per viam deductionis & retentionis, aut si aliter fieri non possit ab arbitro faciendæ to.1,pag.399,col.1

In iudicio familiæ erciscundæ quod naturalis obligationis efficacia obtinere non potest adminiculo & officio arbitri familiæ erciscūdæ suppleri debet tom.1,pag.399,col.1

Obligatio, Falcidia.

Falcidia naturalem obligationem soluendorum legatorum tollit, S.C. verò Trebellianum seu Pegasianum non tollit fideicommissi restituēdi effectus, tamen S.C. effectum naturalis obligationis impedit tom. 1, pag. 330, col.1,& 2

Obligatio, perfidus.

Perfidus est qui obligationem naturalem & fidem iure gētium datam violat tom 1.pag.330,col.2

Obligatio reus.

Obligatio correorum debendi eius condicionis est vt singulos in solidum teneat, præbeátque contra singulos actionem in solidum tom.1,pag.614, col.2

Obligatio successor.

Personalis obligatio etiam quæ ratione fundi nata sit, non sequitur singularem successorem, quamuis fundi possessorem to 1,pag.676,col.2

Obligatio constituere.

Scribens se secundùm mandatum alicuius cauturum & soluturum, rectè obligatur ex constituto, licèt nondum appareat an sit debitum tom.1,pag. 556,col.1, & 2.& 557,col.1,& 2,& 563,cl.1, & 2

Obligatio constitutum.

Constituens alium pro se soluturum ex constituto non tenetur tom. 1,pagin.557,col.1,& 2

Qui pro se alium soluturum constituit, nec obligatur ipse ex tali constituto, nec alium obligat, qui verò se & alium inuitum soluturum constituit, alium quidem non obligat, seipsum autem obligat in solidum tom.1,pag. 557, col.1,& 2

Obligatio tempus.

Sicut tempus non est modus tollendæ aut inducendæ obligationis, ita neque augendæ vel minuendæ tom.1, pag.101,col. 1

Obligatio hereditas.

Obligatio potest fieri hereditatis, licèt nunquam fuerit defuncti tom. 1,pag.397, col.2

Obligatio heres.

Condicio obligationis non mutatur ex persona heredum in indiuiduis, secus in diuiduis tom.2,pag.209,col.1,

In obligationibus indiuiduis vnus ex heredibus ius habet integræ petitionis, quoties id quod petitur, per se indiuiduum est tom. 2, pagin. 391, col.1

Omnes actiones & obligationes quibus defunctus obstringebatur, diuiduntur inter heredes pro hereditariis portionibus potestate legis duodecim tabularum tom.1, pag.487,col.1

Obligatio lex.

Obligationes quæ ex lege & iuris ratione inducuntur, sunt perpetuæ, quia & lex ipsa & iuris ratio est perpetua tom.2, pag.249,col.2

Obligatio iudicatum.

In executione iudicati non patitur prætor obligationes ex obligationibus fieri ne parta ex causa iudicati persecutio ad initium alterius petitionis redigatur tom.1,pag.652,col.2

Obligatio genus.

Obligatio generis non est similis obligationi alternatiuæ specierum tom.1,pag.390,col.2, & differentia inter vtramque ibid.

Obligatio alternatiua generis, aut speciei certæ inutilis est tom.1,pag. 390, col.2,

Obligatio epistola.

Obligatio inducitur in iis quæ per epistolam geri possunt tom.1, pag. 582,& 583, col.1

Obsignatio.

Obsignatio congruo loco & tempore facta non tantùm habet vim obligationis, sed etiam solutionis tom.1, p.573.col.1

Cur introductùm sit remedium obsignationis tom.2,pag.298,col.1

Obsignatione liberatio non minus quàm solutione contingit to.2, pag. 391,col.1

Cùm oblationem obsignatio & depositio secuta est, non tantùm ad inducendam vel purgandam moram id prodest, sed etiam ad inducendam totius debiti liberationem ac multò magis pignoris tom.1, p.t.1,p.690, col.1,& 2

Obsignatio necessaria est ad inducēdam liberationem tollendamque obligationem nōn etiam ad moram solum impediendam tom.1, pag.664, col.2

Obsignatio quæ fit ad hoc vt debitum ex non vsurario non fiat vsurarium non requirit oblationem tom.1.pag. 654,col.2, secus ea quæ vt vim habeat solutionis ibid.

Obsignatio vim habet solutionis secus oblatio tom.1,pag.55,col.1

Obsignatio depositio.

Depositio & obsignatio pecuniæ si ritè & congruo loco, ac tempore facta sit, non modo prodest ad purgandam moram sed etiam solutionisvim habet tom.1,pag.534,col.1

Obsignatum.

Non videtur obsignatum quod non durat obsignatum tom.1,pa. 574,col.1, sicut nec versum quod non durat versum ibid.

Occasio.

Multa fiunt occasione magis quàm iure tom 1.p.341,col.2,in princ.

Qui occasionem damni dat, damnū dare intelligitur tom. 1, pagin.341, col.2

Occupans creditor.

Toties melior est conditio occupantis quoties par plurium creditorum causa est tom.2,pag.285,in fi.

Occupans.

Melior solet esse conditio occupantis quàm cæterorum tom.2,pag.253 in fi.& 254,col.2

Occupare.

Cur in actione de peculio melior cōditio sit occupantis tom. 2, pag. 86,col.1

Occupare tributoria.

Cur in iudicio tributorio melior nō sit occupantis conditio tom 2, pa.86, col.1,& 2

Odium.

Quæ sunt odiosa, sunt interpretatione mollienda potius quàm exasperanda to.1,pag.235,col.1

Officium.

Neque Principis, neque Senatus, neque prætoris officia debent alij esse captiosa tom. 2, pag. 321, col. 1

Nemini officium suum esse debet damnosum siue publicum sit siue priuatum tom.1,pag.724,col.2

Officium tutoris,& curatoris,& actoris municipum eis damnosum esse non debet tom. 1, pag.559,c.1

Omissio.

An & quomodo omissio retentionis præiudicet tom.2,pa.25,col.2

Omissum.

Casus omissus remanet in dispositione iuris communis to. 2, p. 396, & 397

Quicquid adstringendæ obligationis est, id nisi palam verbis stipulationis exprimatur pro amisso habendum est tom.1,pag.521,col.1

An casus omissus de quo fuit cogitatum, vel non fuit, remaneat in dispositione iuris communis tom. 1, pag. 81,col.2

2

Omnino.

Differentia inter omnino non, & non omnino t.1.p.343,col.2

Onus.

Odiosa est interpretatio quæ facit ne onus alicui iniunctum ad eius quoque heredes pertineat tom. 2, pa. 658,col.1

Opera.

Libertus operas obsequiales, seu officiales patrono natura debet tom.1, p. 378, col.1

Differentia inter operas officiales & artificiales tom.1,pa.379,col.1

Operæ officiales delegari non possunt secus artificiales tom.1.pa.380 col.1

Perinde operæ à libertis peti possunt atque pecunia credita to.2,pag. 224,c.1

Opinio.

Casus in quo plus possit opinio quā rei veritas to.2,p.389,col.1,& 2

Opinio veritas.

Aliquando plus operatur opinio quàm veritas tom.1, pag.341, col.2

Optio.

Optio malè facta ex integro iterum facienda est tom.1,pa.181,col.1

Oratio.

Cùm fit oratio & condicio aliqua concipitur vt significatio sumatur ex vniuerso, si quid in oratione falsum sit vel minimum, totam orationem falsam efficit tom.1,pa.657,col.1

Oratio distributiua verificatur in quolibet distributorum tom.1,pag. 657,col.1

BIU Cujas

Ordo.

Quod sit ex ordine benè ac iustè sit tum quoque cùm ratio iuris repugnare aliquo modo videtur tom.2, pag.137, col.2

P

Paciſci.

Qui PAciſcitur ſibi & ſuis paciſci videtur tom.1, pagin.112,col.1

Quiſquis ſibi paciſcitur in dubio etiam heredi ſuo paciſci intelligitur to. 1, pag.658,col. 1

Alteri ſtipulari nec paciſci quiſquàm poteſt tom.1,pag.22,col.1

Pactio.

Pactio appoſita in contractu,ſi repugnet contractui potentior eſt quàm contractus to. 1, pa. 29,col.1

Pactum.

In pacto de vendendo pignore in quo creditoris tantum perſona comprehenſa eſt, etiam heres eius continetur tom. 1, pagin.658,col.1,& 2

Pactum de vendēdo in dubio in rem conceptum intelligendum eſt tom. 1,pag.658,col.1

Creditori creditum ſtipulanti vt non ex cauſa mutui, ſed ex ſtipulatione debeatur pacto incontinenti appoſito vt debitor redderet centum quod plus quàm ſit creditum vſuræ nomine competit actio ex ſtipulatione ad plus conſequendum ex pacto debitum,at ex ſtipulatione non ex pacto tom. 1, pag. 83,col.2

Contractus omnes ex conuentione legem accipiunt, nec refert an pactum ſit adiiciens an detrahens, ſi ab initio videlicet aut incontinenti non ex interuallo adhibitum ſit nec legibus aut bonis moribus aduerſetur tom.1,p. 629,col.1

Ex pacto de non petendo naſcitur exceptio tantum tom. 2, pag. 330, col.1

Eadem eſt ſubſtantia ſtipulationis & pacti ſtipulationi adiecti tom.1, pa. 536,col.2

Pacta incontinenti adiecta contractibus eis ſic inſunt vt poſſint producere actionem tom.1,pag.536,col.2 & 537,col.2

Ex pactis in continenti poſt contractum ſtricti iuris appoſitis quænam actio detur tom. 1, pag. 31, col 1, & 2,in fin.

Cur in tranſitionibus rerum quodcunque pactum appoſitum valeat? to. 1,pag.32,col.1

An & quando in contractibus ſtricti iuris pacti incontinenti appoſita inſint vt nouam pariant actionem,& veterem informent? tom.1, pag. 81, 82, & 83

Differentia inter ſtipulationem & alios contractus ſtrictos ad hoc vt pactū incontinenti appoſitum vel contractu ſtricto vel ſtipulationi ita inſit vt nouam pariat actionem vel veterem informet? tom.1,pag.82,col.2

Pacta omnia quæ incontinenti poſt ſtipulationem fiunt perinde habenda ſunt ac ſi ſtipulationi ipſi inſerta eſſent tom.1,pag.83,col.2

Pacta incontinenti poſt ſtipulationem interpoſita non ſolùm inſunt ſtipulationi, ſed etiam potentiora ſunt quàm quæ incontinenti adhibentur etiam poſt contractum bonæ fidei. Vt etiam nouandi vim habeant iure cuiuſdam ſecundæ ſtipulationis tom. 1, pag.83,col.2

Pacti nudi nomine aut iure cenſeri non poteſt ea conuentio quæ traditione ex vna parte munita eſt tom.1,p. 243,col.2

Pacta alia ſunt in perſonam, alia in rem,quæ in perſonam ſunt ideo cohærent perſonæ vt eam egredi non poſſint ne quidem fauore heredis aut patris, quæ in rem prorſus omnibus quorum poteſt intereſſe tom. 1, pag. 658, col. 1

Pactum commiſſorium aut ſimile commiſſorio quod non valeret ſi ab initio interpoſitum fuiſſet, nec valere poteſt ſi ex poſtfacto interpoſitum ſit to.1,pag.717,col.2,& 718

In dubio pactum cenſetur eſſe in rem non in perſonam vt nimirum non tantùm creditori proſit, ſed etiam creditoris heredi tom.1,pag 658,col.1

Odioſa interpretatio eſt quæ facit vt ius alicui ex pacto ipſius queſitum cum paciſcentis perſona intercidat tom.1, pag.658,col.1

Pactum etiam in continenti etiam poſt contractum bonæ fidei appoſitum infirmius eſt ad producendam obligationem & actionem quàm ſtipulatio tom.1,pag.25,col.1

An pactum in continenti appoſitum in mutuo plus operetur quàm ſtipulatio tom. 1. pag. 28, col. 2

Cur pactum in continenti adiectum in contractibus & traditionibus rerum pariat actionem? tom.1,pa.25,in fi.

Valet pactum inter patronum & libertum ne operæ præſtentur, ſecus vt ſolutæ repetantur tom.1, pagin. 406, col.1,& 2

An pacta poſt contractum ſtricti iuris incontinenti appoſita inſint contractui ex parte actoris quoque an tantùm ex parte rei tom. 1, pag. 81, circa fin.& 82,c.1, & 2,

In traditionibus rerum quodcunque pactum appoſitum ſit id valere oportet, quia nec aliter contracturus quis fuiſſet tom.2,pag.85,col.2

Pacta quæ fiunt contra leges rata nō debent haberi à Prætore tom. 2, pag.375,col.1

Pactum nudum ſubiectum in contrarium ſtipulationi non tollit ſtipulationem ipſo iure, ſed per exceptionem tom. 1, pag. 562, col.1

Pacta quæ ſunt contra leges non ſuſtinentur à Prætore ſecus pacta quæ ſunt præter leges tom.2, pag. 375, col.1,& 2

In traditionibus rerum quodcunque pactum appoſitum ſit valet maximè ſi ſit adiectum fauore libertatis tom.1,p. 270,col.1

In pacto certa perſona demonſtrata non ideo facit pactum perſonale, cùm plerumque id fiat vt appareat cum quo pactum initum ſit, non vt fiat perſonale pactum tom.1,pag.658,col. 2

Valet pactum vt in depoſito non tantùm dolus à depoſitario præſtetur, ſed etiam culpa adeoque periculum ipſum tom.1,pag.603,col.2

Pactum quod eſt contra leges nullum eſt ſecus pactum quod eſt præter leges tom.1,pag.604,col.1

Differentia inter pacta in continenti appoſita poſt contractum bonę fidei, & appoſita poſt contractum ſtricti iuris tom.1,pag.32,c.1

An ex pacto creditoris vendētis poſſit debitor agere,vel petere vt ſibi cedatur actio? tom.1,p.674,& 675, & quomodo ibid.

Differentia inter pactum & pollicitationem tom.1,pag.560 col.1

Pacta incontinenti poſt contractum bonæ fidei appoſita non ſolùm inſunt contractui, ſed etiam contractū informant & actionem ex cōtractu deſcendentem tom.1,pag.675,col.1

Prætor pactū tueri non poteſt quod contra ipſius prætoris edictum eſſet interpoſitum tom.1.pag.539,col.2

Pactum ad alias res,aut ad alias perſonas non poteſt extendi tom. 1, pa.118,col.1

Pactum vnius alij prodeſſe aut nocere non debet tom. 1, pagin. 101, col.1

Cur ex pacto nudo non detur actio tom.1.p.545,col.2

Pacta ex interuallo appoſita contractui legem dare non poſſunt nec parere actionem ſed tantùm exceptionem tom.2.pag.417,col.2

Pacta nuda, pacta conuenta appellantur tom.1,pag.546,col.1 & cur conuenta dicantur ibid.

Quænam pacta nuda pariant actionem tom.1,pa.546,col.1,& 2

Nudum pactum non eſt quoties aliquid certa lege datur vel traditur to. 1,pag.631,col.2

In traditionibus rerum quodcunque pactum ſit id valere manifeſtum ſit, ne alioqui decipiatur qui non aliter rem ſuam traditurus fuit tom.1, pag.674, col.2

Quid ſit pactum incontinenti eſſe appoſitum tom.1,pag.79 col.2

Pactum incontinenti appoſitum nō aliis contractibus ineſſe ſolet ad formandam actionem ex eo contractu quàm qui ſunt bonæ fidei,nec aliis iudiciis quàm quæ ſunt bonæ fidei tom. 1, pag. 79, col. 2, & pag. 80,col. 1, circa finem,& 81,col.1

Pactum incontinenti appoſitū poſt contractum ſtricti iuris adhibita non proſunt niſi ad exceptionem tom.1,p. 79,col.2

Pactum, emptio.

Pacta quæ in venditionibus & emptionibus adiiciuntur faciunt partem precij t.1,pag.697,col.1

Pactum,incogitatum.

Pactiones quantumlibet generales nunquam trahi debent ad incogitata tom.1,pag.281,col.2

Par.

Par in parem non habet imperium t.1,p.92,col.1

Paratus.

Qui paratus eſt ſoluere aut fideiuſſorem dare, aut ſatisfacere, non aliter paratus intelligitur à prudētibus quàm ſi in manu habeat pecuniam, aut præſentem fideiuſſorem, aut quid aliud quod pro ſatisfactione eſſe poſſit tom. 1.pag.664,col.2

Parcere.

Qui ſibi non pepercit multo minus aliis parcit tom.2,pag.171,col.2

Pariatio.

Pariatio, eſt computatio hinc inde facta vt nihil debeatur to.1, pag.443, col.2, & quomodo fiat ibid.

Pars.

Partem ſimpliciter cùm dicimus, dimidium intelligimus tom. 1, pag. 521,col.1

Non ſemper idem de parte ad partem

BIU Cujas

tem iuris est quod de toto ad totum tom. 1, pag. 451, col. 2, sed tantum in omnino diuiduis ibid.
Licet creditor centum quinquaginta petere possit, potest tamen debitor iustè postulare vt de totis centum vno eodemque iudicio agatur, ne eiusdem debiti nomine in plura diuersaque iudicia distringatur tom.1,pag.633,col.2 si iurisdictio hoc patiatur ibid.
Quoties maior pars fecit,omnes facere videntur ad quos res pertinet to. 2,pag 408,col.1

Partus.

Diuersæ sunt personæ matris & filij qui in vtero est tom.1,pag 103,col 2
Partus quamuis appellatione fructuum non cõtineatur, nomine tamen & appellatione causæ continetur tom. 1, pag.292,col.2
Partus distinguitur à fructu tom.1, pag 351,col.1
Partus non tantùm parenti cuius esse dicitur, sed etiam reipublicæ nascitur tom.1,pag.103,col.1

Pater.

Pater habet priuilegium deductionis eius quod sibi debetur à filio, etiã aduersus pupillum ex causa tutelæ à filio administratæ agentem to.2,p. 257,col.1,& 2
quod debetur filio debetur etiam patri to.2,p.363 col.1
An per patrẽ filio acquiri & quo casu possit sicut patri per filium tom.1, pag.153,col 1,& 2,& 154,col.1,& 2
Pater actione de peculio conuentus iurans filium dare non oportere, an filio exceptionem acquirat? to.1,p. 153,& 154
Pater res filio datas habens, nec restituere paratus, qua actione & ad quid possit conueniri tom.2, pagin. 220, col.2
qui dicantur ἀποστάσεις, & cur tom.1, pag.78,col.1
Aliud est ex contractu filij patrem conueniri, aliud nomine filij tom. 1, pag.551,col.1
Quæcunque iuris sunt transeunt à filio ad patrem,& à seruo ad dominum to.1, pag.400,col.2
Non est patri permittendum vt ex delicto filiæ locupletetur tom.1, pag. 503,col 1
Inter patrem & filium neque lis neque vlla actio potest exerceri tom.2,p. 296,col.1
Obligatio naturalis inter patrem & filium sortitur suum deductionis & retentionis effectum cum patre mortuo diuidenda est inter fratres hereditas tom.2,pa.296,col.2
Quomodo pater vel dominus ex filij vel serui contractu teneantur, licet nihil sit in peculio tom.2,pag.140, col.1,& 2
Ex delicto filijfamilias pater neque de peculio neque noxali actione conueniri potest tom.2,p.363.col.1
Pater iurans in peculio nihil esse, quomodo & quo casu possit conueniri, quo modo filius? tom. 1, pagin. 154, & 155
Pater actionem acquirere filio emãcipato non potest tom. 2, pag.418, col.1
Nullum priuilegium præponi patri vel domino ex persona filij, vel serui conuento vel actione de peculio, vel qualibet alia potest tom. 2, pag. 254, col.2
Pater non tenetur actione de peculio ex quolibet contractu filij, sed ex eo demum ex quo filiusfamilias qui contraxit, obligatus sit & conueniri possit in solidum tom.2,pag.139,col.1

Pater mater.

Pater iure veteri non erat legitimus administrator filij cui hoc nomen administratoris erat incognitum, sed hodie est administrator iure cod cis non etiam mater nisi quæ tutrix est tom.1, pag.218,col.1

Pater respublica.

Pater qui voluntatem accommodat, vt filius duumvir & decurio fiat,non ad aliud se obligat quàm vt rem publicam saluam fore promittat tom.2,pag.152, col.1

Patientia.

Omnis patientia debet implicitam habere scientiam tom.2, pag. 410, col. 2

Patrimonium.

Patrimonium cur sic dictum? tom. 2,pag.27,col 2

Patrimonium hereditas.

Quantitas patrimonij ex tempore mortis æstimanda est tom.1,pag.334, col.1

Patronatus.

Magna multaque sunt iura patronatus tom.1,pag.243,col.1

Patronus.

Patronus super facto aliquo iurans ex quo ius patronatus acquiri potuit, fit patronus secus iurans super ipso iure patronatus tom.1,pag.174,col.1
Iurans se patronum nihil ex eo iureiurando sibi acquirit, secus iurans se manumissorem, acquirit enim sibi tũc ius patronatus tom. 1, pag. 174, col.1,& 2
Patronus iurans alium esse suum libertum acquirit ius patronatus, secus iurans se patronum tom. 1, pag. 174, col. 2
Quo casu patronus iurans se patronum pro patrono habeatur? tom.1,p. 174.in fi.& 175
Prætor vocat patronum ad bonorum possessionem cõtra tabulas liberti certis casibus, iremque ad successionem intestati si nullos liberos heredes libertus reliquerit in præmium manumissionis datæque libertatis tom.1,pag. 173,in fi.& 174

Paulus.

IC. Paulus in omnibus ferè causis quas in cognitionibus imperatoris sui tractauit semper succubuit & contrariam sententiam retulit, quamuis melioribus semper fultus rationibus quã quibus imperator monebatur vt contra eum pronunciaret tom. 2. pag. 106.col.2
Pauli consuetudo & in reprehendendo Labeone pertinacia to.2,pag. 40,in fi.
Paulo solemne fuit cum aliis dissentire tom.1,pag.80,col.1

Peculium.

Dominus conuentus à pupillo ex causa tutelæ per seruum administratæ toto eo tempore quo liber esse credebatur an possit deducere quod sibi debetur, siue is seruus debitor domini factus sit, cùm adhuc in libertate ageret, siue ex quo seruus pronunciatus est tom.2,pag.256,col.1,circa fi.& 2
Cur dominus vendens seruum non habeat actionem de peculio aduersus vendi orem pro eo quod sibi vel vni ex seruis suis à seruo vendito debebatur? t 2 p.201,& 202
Actio de peculio etiam quæ dolum habet pro causa post statutum tempus non datur tom.2,pa.213,col.1,& 2
In actione de peculio quæ dolum habet pro causa dolus facit actionem tom.2.pag.214,col.1
Actio de peculio datur aduersus eũ cuius est peculium, licet penes eum nõ sit peculium tom.2, pagin.181, c.1,& 2
An creditor actionis de peculio mitti possit in possessionem bonorum debitoris latitantis eo tempore quo nihil penitus in peculio sit tom.2,pag. 240,241, 242,243
Peculium non est filij aut serui, nisi conniuentibus oculis patris vel domini tom.1,p.149,col.1 reuera enim magis est patris aut domini ibidem.
Pecunia per seruum à domini debitore sine mandato exacta, non aliter ex serui peculio deducenda est, quàm si dominus exactionem ratam habuerit tom.2,pag. 176,col.1.& 2
Ea debita de peculio deduci possunt quæ naturalem habent æquitatem tom.2,pag 176,col. 2
Actio rerum amotarum quomodo patrem obliget de peculio actione tom.2,pag.152,col.2
Liber homo & sui iuris effectus amplius peculium habere non potest tom.1, p.260,col.1
An actio de peculio tenere possit tũ quoq; cùm nihil adhuc est in peculio & quomodo? tom.2, pag. 242, col.2, 243,col.1
Actio de peculio transit contra quêliber successorem singularem, ad quẽ transit peculium tom.2,pag. 237,col.1,& 2
Curator furiosi administrationem peculij & dare & denegare potest tam seruo furiosi quàm filio tom.2,pag. 195, col.1,& 2
An & quando vestes à domino datæ seruo censeantur esse in peculio serui tom.2,pagin.196,col 1,&2
Filio familias morte patris vel deportatione sui iuris effecto,de peculio actione intra annum heres patris vel fiscus tenebuntur tom.2,pag.267, col.2,& 268,col.1,& 2
Si quid in rem patris vel domini versum sit pro parte conueniendi sunt singuli heredes de in rem verso pro ea quisque parte pro qua peculium apud eos est t.2.p.208,c.1,& 2
Quod dominus ab eo consecutus est,vel consequi potest qui rem peculiarem subripuit ad vtilitatem peculij pertinet tom.2,pag.166,col.2
De peculio deducitur non solùm id quod debetur patri, vel domino, sed etiam id quod debetur ei qui est sub tutela vel cura ipsius domini vel patris, aut cuius negotia ipsi gerunt tom.2, pag.167,& 168
In contractibus bonæ fidei pater & dominus non solùm de peculio, sed etiam de eorum proprio dolo tenentur tom.2,pag.219,& 220,col.1,& 2
Quo iure peculium mortuo filio familias acquiratur patri tom.1,p.482, col. 1, & quomodo ibid.
Quomodo pater pro re apud filium deposita de peculio possit conueniri, & quo casu? tom.2. pagin. 224,col.1, & 2
Actio de peculio dolum habens pro causa non datur in heredem,nisi de eo quod peruenit to.2,p.212,& 214

Neque

BIU Cujas

Neque adimere, neque diminuere peculium pater aut dominus dolo malo potest, quin hoc ipsi teneatur de peculio, saltem intra annum tom.2, pag.168,col.2

Neque damnum à domino illatum seruo, neque quod ab eo subreptum est in peculium serui computari potest tom.2,pag.165,col.1,& 2

Furor filiofamilias aut seruo pupillo superueniens non adimit peculium antea constitutum tom.2,pag.161, col.1,& 2

Seruus inter viuos manumissus, cui peculium antea concessum, ademptũ non est,illud post manumissionem retinet ex voluntate domini pristini tom.2,pag.258,col.1 nisi dominus sit pupillus,ibid.secus si manumissus ibid.

Illud in peculio computandum est quod ita debetur vt possit exigi tom. 2,pag. 252, col.1

Quod dominus serui nomine soluturum se repromisit, de peculio deducere potest tom.2,pag,175, col.1

Peculium filij familias veluti proprium eius patrimonium est tom. 1,pag.398,col.1

Seruo sine peculio legato, an actio de peculio intra annum in heredem dari possit tom.2,pagin.268, & 269

Seruo furtum faciente domino de peculio deduci sola furti æstimatio debet,non etiam furti pœna tom.2,pa. 170,col.2

Definitionem peculij pro fine peculij I.C.dixerunt tom.2, pag.274, col.2

Peculium quod amplius non est potest augeri & minui ratione rerum peculiarium, quod augmentum non tam peculio quàm rebus peculiariis accepto fertur tom.2,p.274,& 275

An dominus ex fideiussione serui actione de peculio teneatur? tom. 2, pag.233,& 234

An & quomodo constitutum videatur & seruo & vicario, peculium à domino tom 2, pa.156, col. 1,& 2

Quod seruus domino siue ex contractu siue ex rationum reliquis debet,de peculio dominus deducere potest to. 2,p.170,col.1

Quod domino debetur ex delicto seru deduci de peculio potest tom.2, pag.170,col.2

Quod patri aut domino debetur à filio vel à seruo non est de peculio to. 2,pa.166,& 167

Quod seruo aut filio debetur non acquiritur peculio sed patri & domino tom.2,pag.167,col.1,& 2

Peculium filijfamilias moriente patre confunditur cum hereditate, & ex peculio fit hereditas tom.1, pagin. 397.col.2

Paterfamilias peculium non habet tom.1, p.397,col.2

quomodo Peculium dicatur crescere,decrescere,viuere,& mori tom.2,p. 227,& 228

Heres patris vel domini deducere de peculio potest, & quod defuncto, & quod sibi debetur tom.2, pag.169, & 170

Conuentus actione de peculio non tantum potest deducere quod sibi debetur,sed etiam quod socio tom.2,p. 180,col.1.

Edictum actionis annalis de peculio ratione emancipationis filij, & manumissionis serui conceptum ad alios casus similes emãcipationi & manumissioni extenditur tom.2, pag. 267, col.1,& 2

In quantum condemnari debeat dominus conuentus actione de peculio ex eo quod seruo debetur ab extraneis tom.2,pa.252.col.1,& 2

Duobus dominis eiusdem serui existentibus potest vnus in solidum actione de peculio conueniri tom.2, pag. 183,col.1

Actio de peculio quæ ex contractu serui contra dominum competebat viuo seruo,vno anno non finitur quandiu postliminio reuerti potest tom.2, pag.274,col.1,& 2

quod seruus ordinarius vicario debet,à domino deduci non debet ex peculio serui tom.2,pa.186,col.1

In eo solo qui inter viuos manumittitur singulare est vt peculium si ei ademptum non fuerit,tacitè concessum intelligatur tom.1,pa.260,col.2

qui seruum cum peculio ligauit vel liberum esse iussit, an heredem suum obliget actione de peculio perpetua vel annali tom.2,pag.269,col.1,& 2

Actio de peculio non est Actio bonæ fidei to.2,pag 214,col.1

Vsufructu extincto etiam datur actio in vsufructuarium intra annum de peculio tom.2,pag.271,col.1,& 2,& 272

An & quomodo actio perpetua de peculio dari possit contra vsufructuariũ tom. 2, pag.272, col.1,& 2

Peculium filij profectitium videlicet viuo patre licet filij fuerit, magis tamen est patris tom.1, pag.398,col.1

Peculium si non adimatur filio emãcipato concessum ei intelligitur tom. 1, pag. 401, col. 1

Filiusfamilias in aliqua magistratus dignitate constitutus, si pupillo rem saluam fore caueri non curauit an patrem obliget in solidũ, an verò de peculio tom.2, p.152. col.1, & 2

In actione de peculio non potest differri potestas actionis in id vsque tempus quo aliquid in peculio sit t.2. p.243,col.1

Dominus fructuarius cum proprietario, & proprietarius cum fructuario agere potest de peculio tom. 2, pag. 188,& 189

Non ad hoc datur filiofamilias vel seruo libera peculij administratio vt peculium perdat & dissipet, sed vt augeat suaque libera administratione patrem vel dominum faciat tantò locupletiorem tom.1,pag.687,col.2

Peculiorum vsus cur introductus fuerit t.2,p.158,col.2

Peculij appellatio quomodo olim fuerit accepta tom.2,pag.158,col.2

Peculium est ius patrimonij patris & domini tom.2,pag.158,col.2

Actione de peculio quid petatur to. 2,p.212.col.2

Quamuis non nisi patrifamilias ex duodecim tabularum ius testandi concesserit ibid.

Inter patrem & filium perinde ac inter extraneos de peculio castrensi lis esse potest tom. 2, pag. 110, col.2

In peculio castrensi nihil omnino iuris habet pater quandiu filius viuit tom.2, pag.110.col.2

quibus in rebus peculium consistat? tom.2,pag.162,col.1,& 2

Perinde liberatur frater debitor ab obligatione fratris creditoris per cõfusionem & communicationem peculij atque per solutionem tom. 1, pag. 398,col.2

Actio de peculio datur tam contra mulierem quàm contra masculum ex contractu serui quæ fuerit mulieris vel masculi tom.2,pag 143,col.1,& 2

Filiusfamilias condemnatus vt alterius defensor patrem ex ea condemnatione obligat actione de peculio tom. 2,pag.150,c.2

Seruus pro libero se gerens de peculio dominum obligare non potest to. 2,pag.148,col.1,& 2

Ex causa traiectitia pecuniæ seruus pro libero se gerens,dominum obligat de peculio tom.2,p.148,col.1

qui in alium quoquo titulo transtulit dominium serui cuius nomine poterat actione perpetua de peculio conueniri, tenetur annali postea de peculio actione tom. 2, pagin. 268, col.1,& 2

Legati peculij dies quando cedat? tom.2,pag.262,col.1,& 2

Deductio totius debiti domino cõpetens ex peculio scinditur inter heredes pro portionibus hereditariis tom. 2,p.182,c.1,& 2

An creditor serui venditi antequam egerit de peculio contra emptorem in solidum, possit actionem diuidere pro æquis partibus inter emptorem & venditorem? tom.2, pag.235,co.1,& 2

Priuilegium patris & domini in peculio filij vel serui est vt ante omnia ex peculio deducat quod sibi debetur t.2, p.72,c.1

quod seruus domino pro debitore expromisit, de peculio deduci potest à domino tom.2, pag.175, col.2

quod seruus pro libertate promisit de peculio deduci potest,sed qua actione à seruo manumisso dominus pecuniam ante manumissionem promissam secuta manumissione petere possit? to.2,pa.176,col.1,& 2

Vnus ex coheredibus non potest partem debiti alterius ex peculio deducere tom.2,pag.182,col.1,& 2

Domino seruum suum cum peculio vendenti non conceditur ex peculio deductio eius quod sibi debetur si actione de peculio conueniatur tom. 2,pagin.179,col.1,& 2

In actione de peculio deductio pro actione succedit tom. 2, pag. 179,& 180

Factus dominus & ex persona serui conuentus de peculio actione tanquã nouus dominus potest aduersus creditorem agentem deducere id quod sibi debetur tom.2,pag.180,c.1,& 2

Differentia inter mercem peculiarem & peculium to.2,pag.72,73,& 74

qui peculium certo precio vendidit & tradidit peculium adhuc habere intelligitur tom. 2, pagin. 218, & 219,col.1,& 2

Heres qui accepta certa summa peculium dare iussus est,peculium habere non intelligitur tom.2,pag.219 col.1,& 2

quod seruus ex causa expromissionis domino debet, ex peculio deduci debet tom.2, pag 260,col.1,& 2

Nomen illius pro quo seruus expromisit, est peculiare & in peculio computari potest tom.2,pag.261,col.1,& 2

Peculium inspiciendum est quod fuit tempore mortis filijfamilias vel serui cuius nomine peculio agebatur tom.2,pag.261,col.1,& 2

Dominus ex intricatione peculij scienter permissa in fraudem creditorum tenetur actione de peculio to.2, p.190,col.2

Dominus cùm suspicaretur alium de peculio

BIU Cujas

peculio secum acturum aliò peculium auertens actione de peculio tenetur tom.2,pag.190,& 191,col.1

Filiusfamilias ex omnibus causis obligatur quamuis peculiũ nullum habeat, & si peculium habet licet non ex peculiari causa contrahat,& patrem ex eo contractu de peculio obligat tom. 2,pag.146,col.2

Dominus actione de peculio conuentus qui obiicitur tantùm esse in peculio,quantum à debitoribus peculiaribus ei debetur, eas actiones creditoribus peculiaribus mandando liberatur tom.2,pag.252,& 253,col.1 & 2 sed quo casu? ibid.

Is maximè de peculio conueniendus est apud quem peculium manet tom. 2, pagin. 269,col.1

Qui post mortem testatoris cum seruo absque peculio legato ante aditam hereditatem contrahit, an heredem possit conuenire actione de peculio, & an perpetua,an verò annali tom.2 pag. 269, col.1 an verò legatarium? ibidem.

Seruus communis ita obligat quemlibet ex dominis actione de peculio, vt possit quilibet à creditore in solidũ conueniri tom.2,pag.202.col.1, & 2.

An quoties aliquis cum seruo duorum pluriũmve contraxit, & quo casu possit cum vtro ex dominis velit in solidum experiri, licèt penes vnum tantum sit peculium tom.2,pa. 202,& 203, col.1, & 2

Peculium cum seruo venditum nihil nisi serui venditi accessio est to.2, pa.217,col.2

Neque seruus, neque serui precium in sui ipsius peculio esse possunt tom. 2,pag.218,col. 1

Creditor serui venditi non aliter habet electionem agendi cum venditore,aut cum emptore, quàm si peculium aliquod apud venditorem remanserit to.2,pa.218,col.1,& 2

Qui seruum cum peculio vendidit, & peculium tradidit,à creditoribus peculiariis conueniri nullo modo potest tom. 2, pag.217,& 218,si videlicet separatim precium peculij non acceperit, sed tantùm precium serui tom.2, pa. 218, col.1,& 2

An creditor post annum agens actione de peculio annali aduersus venditorem, repelli possit exceptione annua tom.2,pag.212,col 2

Semel deductum de peculio an & quomodo iterum deduci possit? tom. 2,pag.177,col.1,& 2,& pag.178, col.1,& 2

Serui à seipso vulnerati damnum deducere dominus de peculio non potest tom.2,pag.171,col.1,& 2

Onus actionis de peculio cùm non sit hereditarium,quo casu tamen transeat in heredem tom.2,pag.205,col.1

Onus peculij legato peculij semper coheret tom.2,pag.205,col.1

Peculij onus transit in quemlibet peculij successorem t.2,p.205,col.1

Peculio legato solius heredis est nomina peculiaria persequi tom 2,pag. 205,col.1

Actio de peculio quomodo detur contra heredes, & in quantum tom. 2,pag.205, col.1

Actio de peculio in persona heredum, neque merum onus hereditatis, neque merum ouus peculij, sed mixtũ hereditatis & peculij, magis tamen peculij quàm hereditatis tom.2,pag. 205,col.1

Actio de peculio diuiditur inter coheredes,non pro hereditariis, sed pro peculiaribus portionibus tom.2,pag. 205, col.2

Heres qui retento seruo cum peculio restituit hereditatem, potest cum effectu actione perpetua de peculio conueniri tom. 2, pag.270,& 271, col.1,& 2

Post redemptionem datur emptori actio de peculio contra venditorem intra annum post redemptionem numerandum de eo quod adhuc alieno seruo creditum est tom.2,pag. 201,c.1, & 2,

Emptor conuentus actione de peculio potest & debet deducere quod sibi debetur tom. 2,pag.201,col.2

Priuilegium deductionis ex peculio quod domino debetur, non aliter cõpetit quàm si alia actione consequi non possit quod sibi debeatur tom. 2, pag.179, col.1,& 2

Eius quod dominus ædium peculiarium nomine promisit, ratio haberi debet in peculio tom.2,pag.19,col.1, & 2

Cur detur actio de peculio contra dominum tom.2,pag.194, col.1

Ædium peculiarium nomine dominus in solidum cauere debet tom. 2, pag.194,col 1, & 2

Neque emptor pro venditione, neque fructuarius pro proprietario, neq; bonæfidei emptor pro domino, neque alius quisquam pro alio qui socius non sit quod ipsis debetur,de peculio deducere possunt tom. 2, pa. 181,col.1,& 2

Ex sola filijfamilias emancipatione vel serui manumissione non præsumitur ademptum peculium tom.1,pag. 375,col. 2

Æs alienum filiifamilias peculium habentis est onus peculij tom.1,p. 401,col.1

Qui alij creditori soluit quàm ei quem iam præuidet & suspicatur secum esse acturum de peculio, neque est in dolo, neque actione de peculio potest conueniri tom.2,pag.191 col.1,& 2

Heres quod seruus ante aditam hereditatem amouit,consumpsit, corrupit de peculio,deducere potest tom. 2. pag. 198,col.1,& 2,

Nouus dominus serui alienati directa actione de peculio teneri & conueniri potest, si modò apud eum seruus aliquod peculium habeat tom.2 pa.199, col.1,& 2

Et ancillarum & filiarum familias nomine in peculio contra dominum & patrem actio dari potest tom.2 pagin. 198, col.1, sicut & actio depositi & commodati, ibid.

Socij inter se agere de peculio non possunt tom.2,p.189, col.1,& 2

Actio de peculio non tenet, si nihil sit in peculio tom. 2, pag.190,col.1

Actio de peculio conueniri dominus potest licet nihil sit in peculio si modo eius dolo malo factum, vt in peculio nihil sit tom.2.pag.190,col.1

Casus in quibus dolo malo domini potest fieri vt aliquid non sit in peculio tom.2,p.190,col.1,& 2

Seruus non potest videri in suo ipso esse peculio t.2,pag.175,col.2

Filiusfamilias vel seruus pupillus peculium habere potest tom.2, pag.161, col.1,& 2

Libera peculij administratio filio vel seruo concessa dat alienam potestatem sed non donandi t. 2, pa. 149, col.2

Filius compromittendo siue ex aliqua causa peculiari, siue extra causam peculiarem patrem obligat actione de peculio tom.2, pag.149,& 150, secus seruus nisi ex voluntate domini vel expressa vel tacita compromiserit tom.2, pag.150,col.2

De peculio vicarij deduci potest quod domino,& quod ordinario debetur tom.1,pag.185,col.1.& 2, & pag. 186,col.1

Differentia inter peculium ordinarij & peculium vicarij, & an pro debito vicarij possit deductio fieri ex peculio ordinarij aut contra tom.2, pag.185,col.1,& 2

Dominus de peculio Vicarij non tantùm deducere potest quod sibi debetur, sed etiam quod cæteris conseruis quos habet ille in sua potestate to. 2.pag.185,in fi.

Sicut augetur peculium ordinarij ex eo quod dominus ipsi debet, ita & peculium Vicarij ex eo quod ordinarius tom.2,pa.186,col.2

Aliter atque aliter ex peculio deductio facienda est à domino ex persona & contractu serui ordinarij conuento, vel ex persona & contractu Vicarij t.2, pag.186,col.2

Peculia vicariorum in peculio serui ordinarij continentur tom.2, pa.187, col.1, sed non contra ibid.

Si serui ordinarij nomine actum sit de peculio, etiam agi non potest & vicariorum, secus si de peculio vicarij actum sit to.2,pag.186,& 187

Difficilior & locupletior est pupillo peculij constitutio quàm ademptio tom.2,pag.144,& 145

Obligatio naturalis non potest sufficere ad dandam actionem de peculio tom.2, pag.149,col.2

Peculium & ex eo consistit quod parsimonia sua quis parauit, vel officio meruit à quolibet sibi donari to. 2,pag.227,col. 1,& 2

Non aliter prodest filio familias redemisse à creditore pro parte nomen coheredis, quàm si peculium quod penes coheredem est,sit locuples,& sufficiens ad præstandam à coherede pro sua parte indemnitatem tom.2, pag.211,col 2

Peculium moritur & extinguitur per ademptionem tom. 2, pag. 190, col.1

Post ademptum sine dolo malo peculium,nulla supereſt actio de peculio ne quidem annalis to.2,pag.190,c.1

Qui peculij administrationem concedit videtur permittere generaliter quod & specialiter permissurus est t,2. pa.233,col.1,& 2

Proscriptio ante tabernam facta ne cum seruo contrahatur, non impedit ne dominus actione de peculio teneatur,sed tantùm ne institoria to. 2,pag.233,col.1,& 2

Onus peculij est teneri actione de peculio tom.2,p.270,col.1

Legatarius pro peculio legato heredi cauere debet de eo contra creditores peculiarios defendendo tom. 2, pag.270,col. 1,& 2

Peculium legatum quomodo ab herede sit præstandum legatario? tom. 2, pag. 270, col.1,& 2

Ex pœnalibus causis actio de peculio in patrem non datur tom.1, pag.503, col.1,& 2

Ex persona filiæ quæ res amouit danda

BIU Cujas

danda est in patrem condictio in peculium tom.1,pa.503,col.1,& 2
Seruus ex peculio potest esse & debitor & creditor etiam ipsius domini sed volentis, secus nolentis tom.2.pa. 162,& 164
Seruus ex peculio conserui debitor & creditor esse potest t.2,p.164,co 1,& 2
Filio emancipato peculium non ademptum censetur à patre donatum tom 2,pag.258,col.1
In profectitio peculio Iustinianus nihil innouauit, sed tantum in aduentitio tom.2,pag.135,col.2
Damnum à conseruo illatum conseruo,& quod ab eo subreptum est in peculium computatur tom.2,pa. 166, col.1.& 2
Actione iudicati ex persona filijfamilias pater de peculio tenetur tom. 2,pa.150,col.1,& 2
Muta serui condicione in deterius an libera peculij administratio permaneat tom.2, pagin.237,& 238
Actioni de peculio potest accedere fideiussor etiam si nihil adhuc sit in peculio tom.2,pa.243,col 2
qui habet peculium non semper habet liberam eius administrationem tom.2,pa.139,col.2
Conuentus actione de peculio si non soluit totum quia non tantum erat in peculio non tenetur cauere de soluendo dum peculium fuerit auctum tom.2,pa.234,col.1,& 2
Actio de peculio datur pro seruis tam propriis quàm communibus & alienis bona fide possessis tom. 2,pagin.140,& 141, & idem est in filiisfamilias pag.141,col.2
Cùm de ineunda legis Falcidiæ ratione quæritur illud peculium computandum est, quod mortis tempore præcisè fuit non quod ex post facto accessit vel decessit tom.2,p.243,244,245
Peculium morte non intercedit ante aditam hereditatem tom.2,pa.142, col.1
Actio de peculio perpetua est quàndiu filius & seruus sunt in potestate, annalis verò postea tom.2,pag.264, & 265
Seruo cum peculio vendito nulla de peculio actio est contra venditorem ne intra annum quidem tom.2, pag.264,col.1,in fi.
quomodo & quando actio de peculio superesse possit etiam extincto peculio tom.2,pagin. 264,col.2, &265
Actio de peculio competens intra annum competit intra annum vtilem non continuum tom.2,pagin. 265,col.2
Pater heres institutus à creditore filij hereditatem vendendo tenetur emptori actione de peculio ? to.2,pa. 220,in fi.& 221,co.1,& 2
Cur socius in solidum teneatur actione de peculio, etiam si penes alium sit peculium ? tom.2,pag. 204,col.2
Æque datur actio de peculio contra proprietarium serui, pro operis quas seruus conduxit à fructuario,atque pro pecunia mutuo accepta tom.2,pa. 223,& 224
Iure nouo peculium aduentitium pertinet penes filium solo vsufructu ad patrem pertinente, secus iure veteri tom.2,pag.39,col.1,
In peculio id quoque computatur quod per eum qui de peculio conuenitur factum est quominus in peculio sit tom.2.pa.231,col.1
Seruus ex parte heres institutus in solidum conueniri non potest de peculio actione, licet ipse solidum debitum contraxerit, nisi factus heres solidum peculium post diuisionem hereditatis habeat tom.2,pagin.209, co.1.& 2
Filiusfamilias qui cum creditoribus contraxit, licet non nisi pro parte heres institutus, actionem tamen de peculio in solidum pati debet, nec tantum antequam hereditatis & peculij diuisio facta sit, sed etiam post tom.2, pag.209,col.2,& 210
Actio de peculio non solet dari in patrem vel in dominum nisi cum ex contractu actio venit tom.2,pa.503, col 1
Dominus potest de peculio serui deducere sumptus in seruo curando à seipso vulnerato factos tom.2,pag. 172,col.2
De peculio deducitur quod serui nomine præstare est obligatus aut præstitit obligatus tom.2,pag. 172,col.1
quod iussu domini seruo creditum est de peculio deduci potest tom.2,pa. 172,col.2,& 173
Dominus de peculio deducere potest quod pro seruo fideiussorio nomine promisit tom.2,pa.173,col.1, etiam ante condemnationem col.2
Dominus de peculio ex aliqua causa conuentus vel condemnatus eius habet deductionem tom.2,pagin. 173,col.2
Peculium filiofamilias aut seruo concessum à patre vel domino etiam cum libera administratione licet sit filij & serui,magis tamen est patris aut domini, nec tam filij, aut serui quàm patris aut domini interest tom.1,pag. 687,col.1
An creditor peculiaris venditorem eligens in actione de peculio, & annua exceptione repulsus contra emptorem agere prohibeatur tom.2,pag. 211,& 212,col.1,& col.2
De peculio deducitur quod debetur heredi patris vel domini, non tanquà heredi, sed tanquam creditori tom.2, pag.168,& 169
Constitutio peculij fieri non potest per solam voluntatem domini aut patris, sed per interuenientem traditionem tom.2,pag,165,col.1, secus reuocatio peculij ibid.col.2
quomodo intelligendum sit quod dicitur peculium pendere ex constitutione,& constitutionem ex constituentis voluntate tom.2,pa.165,col.1
Creditor agens actione de peculio in solidum aduersus vnum ex sociis non potest conuentus nisi eatenus condemnari quatenus peculium apud eum erit & quantum ex bonis quibuslibet socij pro quo soluet consequi tàdem potest tom.2,pa.204 col.1.& 2
Actio de peculio dari non potest ex eo negocio ex quo nulla actio nascitur tom.2,pa.148,col.2
Filiusfamilias qui pro alio fideiussit vel mandauit vel aliter interuenit etiam extra causam peculiarem ex ea fideiussione vel intercessione patrem obligat de peculio secus seruus & ratio differentiæ tom.2,pag.149,col.2,
Neque pater neque dominus actionem de peculio possunt recusare tom.2,pagin.193, col.1,& 2,& 194,col.1,& 2
Vendito communi seruo quem venditor vni ex condominis, vendidit antequam secum de peculio aperetur, an eius peculij quod apud venditorem esset ratio habeatur & quomodo tom. 2,pag.222,& 223
Legatum vel donatio facta seruo contemplatione domini non est in peculio serui nisi ex noua & speciali domini concessione, secus si sit facta contemplatione ipsius serui tom.1,pa. 163,col.1,& 2
quod actione furti vel alia seruo debetur, in peculium imputatur tom.2, pag.162,& 163
Peculio,serui legato extraneo quod tempus sit inspiciendum tom.2,pag. 162,col.1.& 2
Cur actio de peculio & ad quid detur tom.2,pag.138.& 139
Re precario filiofamilias vel seruo data datur actio contra patrem vel dominum de peculio tom.2, pagin. 157, col.1,& 2, an etiam in solidum? col.2
Pupillus seruo suo peculium constituere non potest etiam cum authoritate tutoris tom.2 pa.144,col.2
Concessum seruo peculium à patre neque pupillaris ætas neque furor adimere potest tom.2,pa.144,col 2
Pupillus tamen illud vel furiosus tutore vel curatore authore adimere potest tom.2,pagin.145,col.1, & 2,ibid.
Peculium cur sic dictum, & vnde? tom.2,pag.158,col.1
An filiusfamilias & seruus peculium habere possint tom.2,pagin. 158,col.1,& 2
Plus iuris habet filius quam seruus in peculio tom.2,pa.158,col 1
Mulier agens actione rei vxoriæ de peculio contra patrem,pater non potest de peculio deducere quod sibi à filio debetur,sed tota promissione mulier est liberanda tom.2.pagin.224, & 225
Peculium nullum intelligitur nisi deducto omni eo quod domino debetur tom.2 pag.225,co 1
Vicario serui ordinarij debitore domini facto potest dominus deducere quod sibi debetur ex peculio vicarij,secus ex peculio serui ordinarij tom.2,pag 225,& 226
Contractus qui celebrantur venditione serui perfecta an ad peculium quod penes venditorem remansit pertineant tom.2.pag.226,col.1,& 2,& 227
An in contractibus bonæ fidei pater vel dominus in solidum vel de peculio tantum teneantur ex contractibus filij aut serui tom.2,pagin.219, & 220
Dote data filiofamilias dummodo non iussu patris an cum patre agi possit in solidum, an verò tantum de peculio tom.2,pag.219,col.2
qui habet liberam peculij administrationem omnia facere potest quæ is qui dedit excepta donatione tom.2, pag.238,col.1, dummodo citra fraudem ibid.
An & quomodo emptor serui cum peculio possit ex contractu prius gesto conuenire venditorem intra annum tom.2,pa.236,col.1,& 2
qui post venditionem serui eidem seruo credidit pecuniam ea pecunia peculium minuere non potest tom.2, pag.236,col.1,& 2
Propter contestationem factam de

BIU Cujas

peculio contra dominum seruus non liberatur ab obligatione naturali,ideo pro ea potest dare fideiussorem tom.2, pa.248,& 249

An creditor peculiaris electionem habeat conueniendi verum dominum an verò bonæ fidei possessorem serui tom.2,pag.249,& 250

Vendito seruo creditor habet electionem vtrum malit conuenire venditorem actione de peculio intra annum an emptorem perpetuò? tom.2, pag.250,col.1

Edictum prætoris de peculio actione cur non minus ad patriam quàm ad dominicam potestatem pertineat to.2, pa.140,col.1

Ex iureiuraudo à filiofamilias delato si iuratum sit datur actio de peculio contra patrem tom.2,pa.157,col.1,secus ex iureiurando à seruo delato, ib.co.2

Nullum peculium paterfamilias habere potest tom.2,pag.158,col.1

Seruo manumisso necessaria est cessio actionum domini vt peculiarios debitores conuenire possit quamuis ipse nomina fecerit tom.2,pag.258,col.2

An ex contractibus quos adrogatus iniit ante adrogationem adrogatori detur actio de peculio tom 2,pag.230, col.1,& 2

Potest seruus habere triplex peculium à proprietario domino,ab vsufructuario,& ab vsuario tom.2,pag.141, col.2

An domino actione de peculio conuento permittatur pro pecunia quam creditoribus peculiaribus debet,nomina offerre peculiarium debitorum to. 2,pag.252.col.2,& 253

Actio de peculio qua conuenitur pater quandiu nihil est in peculio,licet interim teneat ipso iure inutilis est & inefficax quandiu nihil est in peculio tom.2,pag 240.col.1,& 2

qui à fructuario consequi non potuit quod per actiones de peculio sibi debebatur, potest ex æquitate & in subsidium à proprietario consequi tom.2,pa.223,col.1, & 2

Peculium aliquod esse oportet saltem condemnationis tempore vt pater vel dominus de peculio condemnari possit tom.2,pag.224,col.1

Creditor peculiaris habet electionem an de peculio agere malit cum emptore,an cum venditore tom.2,pa. 211,col.1,in fi.

quomodo de peculio seruo constituatur? to.2,p.153,col.1

Peculium serui augeri dicitur si seruo remittatur quod naturaliter debet tom.2,pa.153.col.1,& 2

Edictum prætoris de peculio etiam ad fœminas pertinet tom.2,pag.139, col.1,& 2

Peculium filijfamilias mortuo patre cum hereditate confunditur ipso iure tom.2,pa.142,col.2

Si cum seruo hereditario contractum sit ante aditam hereditatem datur ex eo contractu actio de peculio aduersus heredem qui contractus tempore nec dominus fuit,nec seruum qui contraxit in sua potestate habuit tom. 2,pa.142,col.2

Actiones omnes hereditariæ cum dentur contra heredes pro hereditariis portionibus, actio tamen de peculio licet sit hereditaria non datur pro hereditariis partibus sed pro peculiaribus tom.2,pagin.215, col.1

Actio de peculio commodior est quàm sit actio de in rem verso tom.2, pag.215,col.2

Creditore vnum ex pluribus heredibus post diuisionem conueniente actione de peculio, cæteri liberantur & ab actione de peculio & ab actione de in rem verso nisi plus sit in rem verso quam in peculio ex æquitate tamen tenentur in quantum habent de peculio to.2,pag.214,& 215,col.1,& 2

An ex delicto filijfamilias detur actio de peculio contra patrem ? tom.2, pag.151,col.1,& 2

An ex furtiua condictione filij pater actione de peculio teneatur tom.2. pag.151,col.1,& 2

Peculium filij licet militare ad patrem pertinet post mortem alij iure patrio non hereditario si filius non sit testatus tom.2.pag.151,col.1

De deductione ex peculio faciendæ à patre vel a domino si adhuc in suspenso sit prius iudicium de peculio,& ex posteriore res iudicetur tom.2,pa. 174,col.1,& 2

Dominus conuentus iudicio noxali de peculio deducere non potest si seruum noxæ dedat secus si litis æstimationem soluerit in pecunia tom. 2,pagin.174,col.1.in fi.

An ignorante domino peculium serui minui possit tom.2,pag.154, col.1

Quomodo intelligendum sit ex peculio semper deducendum esse quicquid domino debetur tom.2,pag. 154,& 155

Heres domini vel patris qui dolo malo fecit solidum peculium sed non solidum debitum præstare tenetur tom.2,pag.214,col.1,& 2

Dolus peculio quidem imputatur sed non supra peculium tom.2,pag. 214.col.2

Si ex pluribus heredibus eius qui manumisso, vel alienato vel mortuo seruo intra annum de peculio potuit conueniri vnus fuerit conuentus cæteri liberantur licèt ille solidum non soluerit tom.2,pag.214,& 215

Cùm quæritur quantum sit in peculio, quod tempus sit attendendum? tom.2,pag.217,co.1, & 2

Peculium seruo concessum per pupillaritatem aut furorem domini superuenientem non adimitur tom.2. pag.160,col.1,& 2

Non ademptio peculij inducit secundam concessionem sed non primam tom.2,pag.160,col.2

Non permittitur curatori furiosi sine causa adimere peculium ei cui furiosus ante furorem concessisset tom. 2,pagin.161,col.1

quæ scientia requiratur in constitutione peculij tom.2,pag.161,col.1.& 2

Agenti actione perpetua de peculio postquam ab annali fuit repulsus, exceptio rei iudicatæ obstare non debet tom.2,pag 272,col.1,& 2

Vna eademq; est actio de peculio & de in rem verso licet duas habeat condemnationes tom.2.pag.273,col.1

Repulsus actor ab actione de peculio, ab actione quoque de in rem verso repulsus intelligitur tom.2,pagin. 272,& 273

Peculium quid sit? tom.2,pag. 158, col.1,& 2

Definitio peculij, conuenit & filiæ,& seruo,& vicario tom.2, pag.158, & 159,col.1,& 2

Peculium a pupillo, aut furioso neque constitui neque adimi potest tom.2.pag.159,& 160

Seruo vni ex coheredibus cum peculio prælegato, si seruus is defuncti debitor esset,nõ haberit alij coheredes actionem de peculio contra legatariũ serui tom.2,pag.259,col.1,& 2

qui vi eximit conuentum de peculio tenetur actori ad; interesse quatenus erat in peculio tempore venditionis tom.2,pa.259,& 260,co.1,& 2

In actione de peculio id deduci non aliter debet quod ei debetur qui de peculio conuenitur, quàm si non hoc aliquid conuentus consequi possit tom 2,pa.260,col.1

Cur actionem de peculio prætor fecerit duntaxat annalem cùm sit rei persecutoria? tom.2,pagin.266, col.1,& 2

quomodo obligatio peculiaris cùm hereditate confundatur tom.1,pag. 397,col.2

Inter coheredes qui cum seruo contraxerunt quem dominus testamento liber esse iussus est, quæ actio competat an familiæ erciscundæ, an peculij, an vtraque tom.2,pag.204,& 205,col. 1,&2,& 206

Pater & dominus actione de peculio tenentur ex contractu filij & serui licet expresse prohibuerint cùm ipsis contrahi tom.2, pagin. 206, col.1, & 2

Actio de peculio non datur nisi in heredem tametsi peculium alicui legatum sit tom.2,pagin. 207, col.1

Heres ex parte à patre vel à domino institutus, de peculio actione conuentus in id duntaxat debet conueniri quod ex peculio peruenit tom.2,pag. 207,& 208

Vendenti seruum de eo quod ante venditionem credidit cum emptore de peculio agere permittitur tom.2, pag.200,col 1, & 2

qui alieno seruo credidit, eumque redemit deinde alienauit aduersus emptorem de peculio actionem non habet tom.2,pag.200,& 201

Casus in quibus peculium serui communis potest ad alterum solum ex dominis pertinere tom.2.pag. 184,col.1,& 2

Seruus nunquam intelligitur venditus cum peculio nisi expresse dictũ sit tom.2,pa.184,col.1

Administratio peculij specialiter vix concedi potest, quin libera concedatur tom.2,pa.238,col.2

Peculium constitui & incipere non potest sine expressa domini voluntate quæ scientiam comitem semper habet sed augeri etiam domino ignorante potest tom 2,pa.238,col.1,& 2

Cur in primis & ante omnia deducendum sit de peculio id quod seruus domino debet tom.2,pag.155, col.1

Peculio diuiso pro partibus diuisis censetur onus peculij diuisum to.2, pag 209,col.2, actio autem de peculio onus peculij est ibid.

Peculium actio.

Actio de peculio tenet etiam si nihil sit in peculio tum cum agitur si modo sit tempore, rei iudicandæ tom.2, pag.206,& 207, idem est in actione ad exhibendum, & in rem actione pag. 207,col.2

Peculium creditor.

Creditor peculiaris venditorem & emptorem

BIU Cujas

emptorem serui obligatum habens potest & debet ab initio eligere, an cõtra alterutrum velit agere in solidum an contra singulos diuisa actione to. 2, pag. 199. & 200, quomodo & creditori qui duos habet correos debenda permittitur ibid.

Peculium socius.

Vnus ex sociis ita demum actione de peculio conuenire & conueniri in solidum potest si non habeant socij peculia separata tom. 2, pag. 183, col. 2

Peculium delegare.

Cui libera peculij administratio data est delegare debitorem suum potest tom. 1, pag. 238, col. 1, & 2

Peculium alienare.

Non alius res peculiares alienare potest quàm cui libera peculij administratio concessa est to. 2, pa 238, col. 2

Peculium agere.

qui semel de peculio egit nec nisi partem debiti sui consequi potuit, aucto postea peculio rursus de peculio agere potest tom. 2, pag. 211, col. 1, & 2

Peculium furtum.

Seruo opem & consilium ferente furi qui furtum fecit domino, an & quomodo competat domino actio de peculio? tom. 2, pagin. 154, & 155

Peculium dos.

Differentia inter diminutionem peculij & dotis quæ fit ipso iure, & eam quæ fit in ipsa re tom. 2, pag. 155, col. 1

An & quomodo fiat diminutio dotis aut peculij in vniuersum si corpora diminuantur tom. 2, pagin. 155, col. 1, & 2

Peculium heres.

Ante diuisam inter coheredes hereditatem, creditores peculiarij contra vnum ex heredibus in solidum agere possunt secus post diuisionem to. 2, pa. 208, col. 2, & 209, col. 1, & 2

Peculium depositum.

Pater vel dominus ex persona filij vel serui actione depositi conuenti, non nisi de peculio tenentur tom. 2, pag. 156, col. 1, & 2

Pecunia.

Pecuniæ nomen generale est in lege duodecim tabularum & cæteras quoque res comprehendit tom. 1, pag. 505, col. 2

Pecuniæ numeratæ nomen strictissime intelligendum est & restringendum ad nummos tom. 1, pagin. 505, col. 2

Per pecuniam res omnes æstimantur & quæ sunt & quæ non sunt, dummodo fuerint & æstimari possint tom. 1, pag. 595, col. 2

Pecunia ex bonis debita partem quamlibet respicit facultatem tom. 1, pa 42, col. 1

Pecuniæ semper certa est & vna æstimatio in republica bene constituta tom. 2 pa 419, col. 1

Pecunia numerata præsertim mutua non alio quàm pecuniæ nomine potest significari tom. 2, pagin. 118, col. 2

Pecunia sterilis res est nec aliam pecuniam gignit tom. 1, pagin. 653, col 2

Difficile est pecuniam semper habere & vbique in numerato, aut numerationem in expedito tom. 1. pag. 538, co. 1

Pecuniæ sunt etiam ex earum rerum numero quæ vsu consumuntur tom. 1, pa. 601, col. 1

Pecuniæ numeratio non semper est in expedito tom. 1, pag. 611, col. 2

Varia pecuniarum æstimatio multis litibus materiam præbet tom. 1. pag. 530, col. 2

Vsus pecuniæ est vt merces cæteraq; res omnes æstimet, non vt ea per merces æstimetur tom. 1, pag. 530 col. 1

Pecuniam pro patrimonio dixit lex duodecim tabularum tom. 2, pagin. 158, col. 2

Malè res agitur cùm id quod virtute, fide & obsequio fieri debet tentatur pecunia tom. 2, pagin. 250, col. 2

Mercis appellatione pecunia non contineatur quæ nec merce æstimari potest, sed ad æstimandas merces præcipuum suum vsum præstat, tamen venit appellatione eius quod ex merce receptum est tom. 2, pagin 83, col. 2

Pecuniæ latè sumpto vocabulo, appellatione non modo pecunia numerata, quæ magis propriè ac specialiter pecuniæ appellatione significatur, sed res quælibet quæ in commercium & in conuentionem cadat tom. 1, pagin. 546, col. 2

Pecunia est mensura rerum omnium præterquam sui ipsius tom. 1, pag. 4, col. 2

In republica bene constituta pecunia semper eiusdem æstimationis est tom. 1, pagin. 505, col. 1, & pagin. 530, col. 1, & 2

Res empta ex pecunia communi nõ est communis tom 2, pa. 84, col. 1

Pecunia redacta ex re furtiua non est furtiua tom. 2, pag. 84, col. 1

Pecunia redacta ex re pignorata non est pignorata, vel contra tom. 2, pag. 84, col. 1

Pecunia nullam habet æstimationem nisi quæ à legislatore & magistratu constituta est cuius de ea re notio & iurisdictio est tom. 1, pagin. 700, col. 1

Pecunia locus.

Etiam in pecuniis potest interesse ratione loci vt in vno loco soluantur potius quàm in alio, & ratio ? tom. 1, pag. 530, col. 2

Penuria pupillus miles.

Res ex alicuius pecunia comparata non ideo sua est, adeóque nec ei obligata, si pupillum & militem excipias, quibus speciali quodam priuilegio ius illud concessum est tom. 2, pag. 84, col. 1

Pecunia liberatio.

Reproba pecunia non potest liberare soluentem tom. 1, pag. 700, col. 1

Pecunia pignus.

Res empta ex pecunia pignorata non est pignorata tom. 2, pag. 397, col. 1

Pecunia dos.

Res empta ex pecunia dotali non est doralis tom. 2, pagin. 397, col. 1

Pendere.

quod pender non pro eo est quasi sit tom. 1, pag. 77, col. 1

Pendere factum.

quoties aliquid in pendenti est expectandum interim est quousque certum esse incipiat vel factum id esse, vel fieri amplius non posse tom 1, pag. 294, col. 2

Periculum.

Periculi appellatione significatur casus fortuitus non etiam culpa tom. 1, pag. 609, col. 2

Ad quem pertineat periculum nominis facti deterioris an ad dominum an ad eum cuius culpa factum est deterius? tom 1, pag. 75, col. 1, & 2

quomodo periculi communis causa faciat omnia communia, etiam ea quæ antè propria cuiusque fuerint? tom. 2, pa. 36, col. 1

Re inspectori data ad inspiciendum perdita ad quid teneatur inspector, si eius gratia data sit, ad quid si gratia domini tom. 2, pag. 624, col. 1, & cuius periculo amissa sit ibid.

Commodator qui commodatario mandauit per quam personam referretur, rei perditæ periculum habet quia sibi debet imputare cur minus idoneã personam ad rem referendam elegerit tom. 1, pag. 624, col. 2

quoties de periculo agitur semper inspiciendum est cuius gratia negotium gestum sit tom. 1. pag. 10. col. 2

In conditione frumenti indebiti, siue mala fide indebitum accipientis bonitas diminuta cedit periculo soluentis secus si cum mala fide tom. 1, pa. 438, col. 2

Periculum rei possessæ ad violentum possessorem pertinet qui vim fecit tom. 1, pag 713, col. 2

Periculum rei traditæ ad vendendum vtprecio quis vtatur ad quem pertineat, an ad tradentem an ad recipientem to. 1, pag. 30, in fi. & pag 31, col 1, & 2

quoties culpa præcessit casum ad eum pertinet periculum qui in culpa fuit tom. 1, pag. 31, col. 1

Perire periculum.

Pecunia data vt seruus ematur & restituatur si ante restitutionem pereat cuius periculo pereat, An pecuniam dantis an ementis, quod si data sit vt ematur seruus in genere quid si vt in specie aut in indiuiduo? tom. 1, pa. 274, col. 2, & 275, col 1

Pecunia alicui data vt res emeretur & restitueretur, an ea perdita ementi perierit an pecuniam danti tom. 1, pag. 274, col. 1, & 2

Periurus.

Periurus non est qui falsum iurat sed qui falso tom. 1, pa. 178, col. 1

Periurium.

Cur de periurio quæri possit aliquando? tom. 1, pag. 242, col 2

An de periurio eius qui ex necessitate iuris iurauit quæri debeat? tom. 1, pag. 241, & 242

An audiendus sit agens ex stipulatione de rato, etiam eo casu quo de periurio suo docere velit tom. 1, pag. 146, col. 2, 147, & 148

BIU Cujas

De periurio quæri non potest tom. 1,pag.177,col.2,& 178

Periurium Iusiurandum.

In iureiurando decisorio nunquam quæritur de periurio, in purgatario verò non facile quæritur tom.1,pag. 178,col.2

Permissum.

In genere permissorum censentur omnia permissa quæ non sunt prohibita tom.2,pagin.375,col.2

Permittere.

Plus est permittere quàm non prohibere to.2,pa.153,col.1

Permutatio.

Permutatio non est contractus do vt des, sed do quia dedisti tom.1,pa. 306,col.1.placitum permutationis nisi cùm præcessit

Nudum placitum permutationis nullam actionē potest producere,cùm ex vtraque parte stet in finibus nudæ conuentionis tom.1,pa.251,col.1

Permutatio est cùm aliud genus pro genere redditur tom.1,pag.3, col.1,& 2

Permutatione facta quæ actio competat subsequente euictione? tom.1, pa.267,col.2

Differentia inter contractum do vt des & permutationem tom.1,pa. 267, col.1

Permutatio condictio.

Cur in contractu permutationis neque pœnitentiæ neque condictioni locus detur? tom.1, pagin.267, col.1,& 2

Persona.

Aliquando persona ficta repræsentat personam veram tom.1,p.60,col.2

Persona incipit esse quando incipit caput habere vnde persona dignoscitur tom.1,pa.209,col.2

Non facilè debet fieri extensio de persona ad personam quamuis de casu ad casum facilius fiat ex identitate rationis, nec persona suppleri vnquam debet tom.2,pa.115,col.2

Potest quis aliquando ex persona alterius consequi quod ex sua non potest tom.2,pa.75,col.2

Pater & filius censentur vna & eadē persona, sed non dominus & seruus tom.2,pa.229,col.1

Persona delictum.

Cur pater & dominus,cùm censeantur eadem persona cum filio & seruo ex delicto filij & serui non obligantur tom.1,pa.482,col.1

Persuasio.

Persuasio nihil nisi consilium est tom.2,pa.379,col.1.& 2

Peruentio.

Retentio peculij quam peruentionem vocant, solutionis vim obtinet tom.1,pag.401,col.1

Petere.

Non est audiendus id petens cuius contrarium non fuerat in contrarium euentum postulaturus tom.1.pa.698, col.2

Dolo non facit qui ab aliquo id petit quod restituturus est alteri tom.2, pa.236,col.2

Nemo audiendus est id petens cuius contrarium non fuerat in contrarium euentum postulaturus tom.1,pa. 114,col.1

Redditio pignoris non inducit tacitum pactum de non petendo, secus redditio chyrographi tom.1,pa.62, col.2

Peti neque debet neq; potest cum effectu quod intra comprehensum tempus solui potest tom.1,pa.533,col.1

Petere litis contestatio.

Peti res dicitur cum litis contestatio fit quæ priusquam fiat actor non tam petere dicitur quàm velle petere tom. 1,pa.351,col.1

Petitio.

Nihil potest peti nequidem alternatiuè quod prius non sit in obligatione tom.1,pa.519,col.2

Petitio nulla fieri intelligitur nisi per contestationem tom.1,pagin.511, col.2,pa.513,co 1

qui nondum litem contestatus est non tam petit quam petere vult tom. 1,pa.511,col.2,& pag.513,co.1

Litis contestatio vera petitio est to.1,pa 344.col.2

quisquis agit arbitraria nunquam potest incurrere periculum pluris petitionis tom.1,pa.541 col.1, etiam si plus petat quàm postea deberi appareat ibid.

Non est audiendus id petens cuius contrarium in alium euentum non fuerat postulaturus tom.1,pag.530, col.1

Petitionis nomine actio in rem & vindicatio significatur tom.1,pagin. 18,col.1, atque etiam actio personalis ibidem

Petitionis nomine nihil nisi actio in rem propriè significatur tom.1,pa. 225,col.1

Nullo tempore in stipulatione adiecto quando & quo loco peti res possit? tom.1.pag.538,col.2

qui plus petit repelli debet à petitione totius in indiuiduis videlicet to. 1,pa.498 col.2

Causa cadebat olim is qui plus petebat tom.1,pa.498,col.2

Petitio condictio.

In petitionem quæ fit per litis contestationem illud ipsum omnino deducendum est, quod fuit in obligatione,in petitionem vero quæ fit post litem contestatam in iudicio,datamque à prætore actionem nihil deducitur nisi pecunia numerata,in condictione certi, secus autem in condictione triticaria tom.1,pa.506,col.1

Pignus.

Venditio pignoris est ex iure publico cui derogari priuata conuentione nunquam potest tom.1,pag.649, col.2

Differentia inter distractionem pignoris à creditore factam inuito debitore, & eam quæ inuito creditore facta est à debitore tom.1,pa.649,col.2

Nunquam valet conuentio præcisa & absoluta de non vendendo pignore à creditore licet pignus habeat in antichresim ex quo pignore lucrum ingens percipere possit tom.1,pa. 649.col.2

An pignoris causa sit titulus habilis ad transferendum dominium to.1,pa. 650,col.1

Alienæ rei pignoris obligatio ipso iure non tenet nisi aut ex domini voluntate facta sit aut pignus pignori datum proponatur tom.1,pa.644,col.2

quomodo pignus non solum traditione sed etiam nuda conuentione etsi traditum non sit contrahatur tom. 1,pag.643,& 644

Ad obligationem pignoris constituendam siue propriè pignus accipiatur siue impropriè pro hypotheca, præsenti consensu opus est non qui ad futurum tempus referatur to.1,pa. 644,col.1

Neque pignus neque hypotheca specialiter contrahi potest nisi certi corporis tom.1,pag.644,col.2

Debitor rei suæ possessionem conducendo non auffert creditori pignoratitio possessionem tom.1,pagin. 725,col.1,& 2

Pignorata ancilla etiam pignorata manente post venditionem, an partus ex ea postea editus apud emptorem sit obligatus tom.1,pag.685,co.1.& 2, & an vendito pignore ancillæ partus etiam censeatur venditus ibid.

Cur in conuentione de non vendendo à creditore pignore trina denunciatio à lege fuerit introducta? tom.1,pag.650,col.1

Ideo pignus datur vt ex eius venditione possit creditor sibi satisfacere, & pecuniam sibi debitam explicare to.1, pag.648,co.1

Ex pignoris venditione per creditorem quoquo modo facta,id est siue ex conuentione,siue citra conuentionem transfertur dominium in emptorem, quasi facta omni casu & venditione & traditione ex domini voluntate saltem tacita tom.1,pag,647,& 648,col.1

Creditor pignoris venditi dominium non aliter transfert in emptorem quàm si bona fidè distrahat pignus, quod facit si prius denunciauerit debitori vt solueret, & eo non soluente pignoris venditionem præscripserit & publicè fecerit to.1,p.648,c.1

Denunciatio debitori facta vt solueret creditori pignoratitio, & pignoris venditionis publicè factæ proscriptio sunt solemnitates non tantum iuris noui sed etiam veteris tom.1,pag. 648,col.1,nimirum cum creditor ex necessitate iuris distrahit non ex pacto & conuentione ibid.

Facta pignoris venditione à creditore bona fide vsque adeò transfertur dominium in emptorem vt de proprietate vinci non possit si modo traditio secuta sit aut quod effectu idem est, si emptor inductus sit in vacuam rei obligatæ possessionem to.1.p.648,col.1

Plus iuris habet qui à creditore non domino pignus emit quàm qui à debitore eodemque domino quod ei offerre debitum posterior creditor non potest quomodo posset ei offerre qui à debitore ipso comparasset tom.1,pa. 648,col.2

quod tēpus requiratur in tribus denunciationibus faciendis pro re pignori data de qua conuentū est ne à creditore distraheretur? tom.1,p.650,col.2

Effectus dationis pignorum in eo maximè consistit, vt vel distrahantur vel addicantur in solutum vel dominij iure impetrato possideantur tom.1,pa. 650,col.2

Contra venditionem siue expressam siue tacitam de non vendendo pignore debetur pignus vendens aut creditor

BIU Cujas

creditor nisi trina denunciatione præcedente furtum facit tom.1,pag.650, col.1,& 2

In summa debiti computantur omnia quæ absunt creditori siue propter pignus quod præstiterit siue se obligauerit tom.1.pag.656,col.2

Neque potest debitor agere pignoratitia, vt pignus auferat creditori quousque debitum totum soluerit neque recusare quominus creditor totum pignus retineat quandiu aliquid ex causa pignoris ei abest to.1,pag.656, col.1,& 2,& 661,col.1,& 668,col.1,& 2

Obligatio pignoris indiuidua est neq; pro parte tolli potest tom.1,pa. 656,col.1,& pa.661,col.1. & 668.col.1,& 2

Vnus ex heredibus debitoris soluendo eam debiti partem quæ personali actione peti ab eo potuit res obligatas in solidum distrahendi facultatem adimere non potest creditori tom.1, pa.656,col.1, sicut neque ex solutione facta vni ex coheredibus creditoris pro sua parte pag.668,col.1,& 2

Obligatio pignoris licet accessoria sit ad obligationem principalem nec possit contrahi sine principali, contracta tamen durat etiam post submotam principalem obligationem tom. 1,pa.656,col.2

Cur indiuidua sit causa pignoris tom.1,pa.656,col.2,& 669

Creditor præuidere debet vt pluris semper sit pignus quàm debitum tom. 1,pa.656,col.2

Pignus simpliciter acceptum tenetur etiam ad vsuras tanquam acceptum in omnem causam tom.1,pa.656.col.2

Cur creditori pignoratitio detur cõtraria actio pignoratitia ad impensas in pignore factas consequendas cùm habeat retentionem tom.1,pa.655, col.1,& 2

Creditor pignoratitius alimenta seruo pignorato præstita repetere potest, Commodatarius verò non potest to.1, pa.655,col.2

qui à creditore emit non aliter potest vinci de proprietate quàm si creditor rem alienam pignori acceperit secus si rem domini tom.1,pa.648,col. 2, videlicet si creditor vendiderit iure creditoris secus si venditio facta sit officio & imperio iudicis ibid.

Hodie cùm pignus authoritate iudiciali & postulante creditore distrahitur,non solùm potest creditor illud emere sed etiam officio iudicis cogitur vt emat vice extranei emptoris tom.1, pa.648.col.2 quod facere non posset,si venderet ipse iure creditoris ibid.

Creditor qui pignus vendit iure creditoris si illud per suppositam alterius personam emat nihil agit eáque venditio nullius est momenti tom.1,pa. 648,col.2

Error pragmaticorum qui leges omnes & Rubricas Pandectarum & Codicis de distractione pignorum loquẽtes ad eas venditiones accommodant quæ hodie sub hasta fiunt postulantibus creditoribus authoritate iudicis cuius de ea re notio est quę tamen pertinet ad tit.si in cau.iud.pig. tom.1. pa.648,col.2

Cur omnia pignora vendantur hodie tanquàm iudicialia? tom.1,pa. 648,col.2

Hodie pignora omnia etiam conuentionalia iudicis authoritate capiuntur vt distrahantur tom.1,pa.648, col.2

Cur venditio pignoris priuata & extraiudicialis ferè nulla sit, sed omnes fiunt publice & authoritate iudicis interueniente? tom.1,pa.648.col.2

Pignus potest esse conuentionale & tamen distrahi iudicialiter tom.1,pa. 648.col.2

Venditio pignoris conuentionalis semper est priuata,Iudicialis verò semper publica tom.1,pagin.648, col.2

Valere pactiones omnes quæ fiunt circa venditionem pignoris tom.1,pa. 649,col.1

Licet res aliena pignori dari non possit ad hoc vt tale pignus creditor per hypothecariam persequi non possit, debitor tamen qui rem alienam ignorante sciens dedit obligatur tom. 1,pa.659.col.2

Debitor post solutionem debiti alienam rem pignori datam pignoratitia tamen actione consequi potest tom.1,pa.659,col.2

In quo conueniat & in quo differat venditio rei alienæ à pignore rei alienæ? tom.1,pagin. 659,col.2,& 660,col.1

Actio pignoratitia nullam habet implicitam dominij quæstionem cùm sit merè personalis tom.1,pa.660, col.1

Impensas in re pignorata aliena factas à debitore repetere creditor potest tom.1,pa.660,col.1

Debitor si in pignore dando malicioscè versetur actione pignoratitia teneri debet in id omne quod interest creditoris tom.1.pag.660.col.2

Per actionem pignoratitiam simpliciter prudentes intelligant eam quæ competit debitori, soluto debito contra creditorem vt pignus quod acceperat pro debito restituat non illam quæ datur creditori contra debitorem siue contra quẽlibet alium pignoris possessoré ad pignus vindicandũ t.1,p,643.c.2

Actio pignoratitia quæ datur debitori contra creditorem vt pignus quod acceperat pro debito restituat merè personalis est nec arbitraria qualis est hypothecaria sed bonæ fidei: ea verò quæ datur creditori contra vel debitorem vel alium in rem est non in personam, ideo vindicatio pignoris dicitur tom.1,pa.643,col.2

Actio pignoratitia non contra possessorem sed contra pignoris debitorẽ solum datur heredemve eius etiam si rem pignoratam neq; debitor neque heres possideat tom.1,pa.643,col.2

Pignus contractum esse dicitur cùm manente penes debitorem proprietate possessio sola transit ad creditorem hypothecarium nec possessio transit tom.1,pa.643.col.1

Pignoris appellatio alia est propria alia impropria traditionem exigit, & ad res tantum mobiles pertinet quæ pugno teneri possunt tom.1,pa.643, col.1

Pignus dictum est à pugno quia res quæ pignori dantur manu traduntur tom.1,pa.643.col.1

Impropria pignoris significatio duplex est vna quæ traditionem requirit sed ad quascunq; res etiam immobiles refertur, altera quę nec traditionẽ exigit sed nudo consensu & pacto simplici etiã nudo contenta est quàm rectius & magis hypothecam appellamus to. 1,pag.643,col.1

quæstio pignoris ab intentione dominij omnino separata est tom.1.pa. 685, col.1, nec vlla dominij societate coniungitur ibid.

Nihil vetat rei dominium vnius esse & nihilominus rem esse obligatam alteri licet non possit pignus constitui, nisi ab eo qui constituti pignoris tempore dominus reperiatur t.1.p.685,c.1

Conuentione facta ne pignus omninò distrahatur valere potest venditio aliquo casu. ne autem distrahatur nisi certo loco,tẽpore,& modo nunquã valere potest venditio si contra conuentionem facta sit & ratio to.1,pa 650,co.1

Ex pignore à prædone dato creditori bonæ fidei fructus perceptos creditor ipsi prædoni restituere tenetur per actionem pignoratitiã non iure dominij sed sola conuentionis potestate tom.1,pa.694,col.2

Res data pignori à muliere pro alieno debito æstimanda est non ratione totius, sed decerioratione & damni tom.2,pa.355,col.1,& 2

qui pignus emit à creditore iure creditoris distrahente vinci de proprietate non potest tom.2,pa .355,col.2, adeo vt nec offerri debitum ei possit

Creditor pignoraticius pignus vendens licet dominus non sit, tamen trãsfert dominium in emptorem quia vendit ex domini voluntate tom.2,pa. 355,col.2

Mulier pignus pro alieno debito datum à creditore postea venditum, potest etiam ab emptore bonæ fidei repetere tom.2,pa.355,& 356

qui consentit vt pignus sibi datum alij obligetur, pignus suum remittit tom.2 pa.341,col.2

Pignus ex pluribus causis datum quando censeatur retineri, quando remitti? tom.2,pa.341,col.2

Pignus à curatore furiosi datum non aliter valet quàm si vtilitate furiosi exigente id fecerit tom.2.pa. 316,col.1

Non potest actio pignoratitia ei cõpetere qui pignori nõ dedit,nec similiter contra eum qui pignori non accepit, nec enim nisi de pignore dato proponitur tom.1,pa.709,col.1

Ad validitatem pignoris non est necesse translatum fuisse rerũ dominium in eum qui pignorauit sed satis est vt nexæ sint & obligatæ ex voluntate domini tom.1,pa.709,col.1

Inutile pignus est quod vendi non potest tom.1,pa..565,col.2

Pignus datum pro naturali tantum debito parit retentionem pro eo debito pro quo creditor non haberet actionem tom.1,pa.565.col.2

Res à debitore data pignori remanet in bonis & dominio debitoris etiã durante pignore multo magis post solutionem debiti tom.1,pa.10,in fi.

Creditor pignoratitius vendens ex pacto pignus quàm sit debitum superfluum cum vsuris restituere debet debitori suo, non autem ei delegare emptorem secus si vendidit ex necessitate iuris tom.1.pa.737,col 1,& 2

Venditionem pignoris ex pacto licet non ex necessitate iuris factam à creditore potest debitor ratum habere tom.1,pa.737,col.2

Pignore simpliciter dato pro debito iam vsurario pro sorte & pro vsuris tam naturaliter quàm ciuiliter datum est tom.1,pa.668.col.2

Creditor pignoratitius pecunia debitor svrens supra quàm debeatur tenetur debitori ad restitutionem & pecuniæ & vsurarum tom.1,pa.653,col. 2,& 654,col 1

BIU Cujas

Creditores anteriores in conuentione pignoris, ei postponuntur qui saluam ipsis fecit pignoris causam to. 2,pa.167,col.1

Non potest pignus perseuerare domino constituto creditore tom.1, pa. 699,col.1

Nouatio quæ in effectu non valet non perimit ius pignoris tom. 2,pag. 337,col 1,& 2

Debitum non intelligitur remissum ex sola pignoris redditione, adeóque nec pactum de non petendo inducitur ex pignoris cautione, quomodo ex cautionis & chyrographi restitutione induceretur tom.1,pa.647,col.2

qui pignori rem dedit pignoratitiam habet actionem non alius licet illius res sit tom.1,pag.673,col.1

Vtrum melior sit condicio creditoris pignoratitij an emptoris pignus soluentis tom.1,pa.646,col.2

Nulla differentia est inter pignus & hypothecam quod pertinet ad actionem hypothecariam tom.1,pag.661, col.2

Propriè pignus dicimus quod ad creditorẽ transit ratione scilicet possessionis non proprietatis, hypothecam cùm non transit nec possessio ad creditorem tom.1,pag.660,& 661

Pignora quæ in iudicati executione distrahuntur præsenti pecunia vendi oportet tom.2,pag.48, col.1,in fi.

Creditor qui per distractionem pignoris solutionẽ sibi debitæ quantitatis consequitur, hoc ipso fit debitor precij ex distractione percepti, tenetur que eo nomine pignoratitia tom.1,pa. 683,col.1

Nomen debitoris potest pignori obligari,&quod inde accipitur vel compensatur vel pignore tenetur to.1,pa. 682,col.1,& 2,& 683,col.1,& 2

Debitor volenti creditori satisfaciẽs aliter quàm per solutionem eius ipsius quantitatis quæ debebatur perinde habet actionem pignoratitiam ac si solutum esset illud ipsum quod debebatur tom.1,pag.661,co.2

Sylua pignori data, nauis ex ea postea facta licet eius sit cuius & sylua,pignori tamen data non censetur nisi de hoc conuentum sit tom.1,pag.685, & 686

Cur pignus dari soleat? tom.1,pa. 659,col.1

Pignus datum, in omnem causam datum in dubio dicendum est, id est non minus in vsuras quàm in sortem tom.1,pag.659,col.2

In pignore pro mutua pecunia obligato spectandum est tempus numerationis non conuentionis to.1,pag. 63,col.1

Creditor pignoratitius impensarum necessariarum pro prætextu rem talem facere nõ debet, vt grauior fiat delicto & pignoris luitio tom.1,pag.706, col.1

Cur inter pignoratitios creditores priuilegium prælationis æstimetur ex tempore? tom.2,pagin.85, col.2

Per expromissionem perinde liberatur pignus atque per datione fideiussoris aut solutionem tom.1,pag. 662,col.2

Pignoris causa est indiuisa tom.1,p. 451,col.2

De effectibus & vtilitate pignoris tom.1,pag.565,col.1, & 2

Toto precio percepto à creditore pignoratitio quod plus in precio quã in debito est debitori restituere pignoratitia actione debet etiam cum vsuris to.1,pag.701 col.2

Actio pignoratitia non competit nisi de pignore tradito & cuius possessio in creditorem translata sit tom.1, pag.644,col.1

Pignoris datio valet non solùm si à domino facta sit,sed etsi ab alio dummodo domini voluntate,adeoque dissimulatione tom.2,pag.8,col.1

Priuilegia creditorum chyrographariorum non ex tempore æstimantur sed ex causa secus priuilegia creditorum pignoratitiorum tom.1,pag. 689,col.2

Pecunia redacta ex venditione pignoris prius in vsuras deinde in sortem computatur tom.1,pag.719,col.1,& 2

Cur indiuidua sit causa pignoris? tom.1,pag.54,col.2

quisquis pignus dat hoc ipso pignoratitia actione contraria se obligat creditori ad indemnitatem ei præstandam,vt si quid damni propter rem obligatam creditori contigerit totum id ei à debitore sarciatur tom.1,pag. 714,col.1

Cur in pignore rei alienæ voluntas domini requiratur tom.1,pag. 688,col.2

Etsi traditione pignus propriè constituitur non tamen ita accipi debet vt incipiat pignus à traditione to.1,pa. 645,col.1

Creditor pignoratitius quod ex cõdictione furti consecutus id debitori restituere debet tom.1,pag.692,col.1

In quo maximè ac inter cætera differt pignoris & hypothecæ vindicatio à vindicatione dominij? tom.1,pag. 735,col.1

Obligatio pignoris tenet quoties consensum est in corpore licet non in qualitate & substantia materiæ tom. 1.pag.645,col.1

Aliena res ex domini voluntate pignori dari potest tom.1,pa.687,& 688, col.1,& 2

Titulus pignoris non est habilis ad transferendum dominium quia non id agit creditor qui pignus accipit vt eius dominium sibi acquirat, sed tantum vt pro pecunia sibi debita cautum habeat & debitum sit in tuto tom.1, pa.648,col.1

Fructus quos creditor pignoratitius ex pignore percepit licet suos faciat, quia percipit eos ex debitoris eiusdemque domini voluntate,in sortem tamen imputare cogitur nisi cum antichresis contracta est tom.1,pag. 653,col.1

Pignus rei propriæ non consistit tom.1,pag.646,col.2

An & quomodo pignus pro vsurario debito datum ad vsuras quæ post pignoris dationem accesserunt porrigi possit? to.1,pag.667,col.2

Pignus pro vsuris siue naturaliter tantum siue ciuiliter debitis retineri potest tom.1,pag.667,col.2

Ob non solutum vectigal aut canonem annuum iure possessoris fundi superficiarij aut vectigalis extincto pignus quoque ab eo datum extinguitur tom.1,pag.680,col.2

Possessore fundum vectigalem vel superficiarium pignori dante eoque pro fundo debitam mercedem nõ soluente dominus pignorati fundi creditori pignoratitio præstatur tom.1,pag. 680,col.1,& 2

Cur à prætore rei alienæ pignus cõstituatur tom.1,pa.706,col.1,& 2

Cur introductum pignus prætorium sit legatorum vel fideicommissorum causa tom.1, pagin.707, col.1

Pignus prætorium est quod ex prætoris autoritate & imperio constituitur to.1,pag.707,col.1

Pignus iudiciale est quod in executione iudicati capitur à iudice iudicatum exequente tom.1.pag 707, col.1

Generalis appellatio pignoris prætoris continet etiam iudiciale tom.1, pag.707,col.1,in fi.

Cur iudiciale pignus prætorium appelletur? tom.1,pagin.707,col.2

Pignus à magistratu constitutum maioris potestatis est quàm si ex domini voluntate per pactionem esset constitutum propter interuenientem magistratus & iudicis authoritatem tom.1,pa..707,co.2

Et rerum pupillarium & legatorum seruandorum causa & damni infecti nomine pignus contrahi potest, quia non ex tutoris vel curatoris voluntate fit sed ex magistratus authoritate tom. 1,pag.707,col.2

Contra iuris rationem ex æquitate publicæ vtilitatis gratia inductum est vt nomen quoq; debitoris à creditore pignori dari possit tom.1,pag. 680, & 681,col.1,& 2

Etiam cautiones debitorum pignori dari possunt traditis scilicet instrumentis in quibus scripta sunt nomina debitorum tom.1,pag.681, col.1

Nomina vel cautiones debitorum pignori datæ non tam pignori quàm pignoris loco capi dicuntur quoties in executione iudicati capiuntur cùm nulla alia bona sunt tom.1,pag.681, col.2

Pignoris datio facta de nomine debitoris de iure teneri non potest,tuitione tamen prætoria sustinetur tom. 1,pag.681,col.2

Aliorum bonorum excussio facienda est antequam nomen debitoris pignori capi possit in executione iudicati tom.1,pa.681,col.2,secus si pignus nominis sit ex conuentione.

De iure pignoratitij creditoris super nomine pignore dato, id est cum instrumento quo nomen continetur, & super nomine dato hypothecæ,id est qui nuda pignoris conuentione circa traditionem contentus fuit to.1. pa.681,col.2

Creditor pignoratitius qui pignus & iure creditoris & iure conuentionis vendidit & emptori fidem habuit de precio,tenetur statum superfluum precij cum vsuris reddere debitori prius etiam quàm precij pecuniam percepe rit secus si iure creditoris tantũ ante solutionẽ ab emptore factã t.1,p,e02,c,1

Differentia inter venditionem pignoris à creditore pignoratitio factam iure creditoris & conuentionis, & venditionem factam iure creditoris tantũ tom.1,pag.702,co.1,& 2

Venditio rei obligatæ transferendi in alium pignoris causa facta non adimit posteriori creditori ius offerendi tom.1,pa 702,col.2

Vendito pignore à creditore pluris quàm debitum erat nondum percepta ab emptore precio, non debet creditor pignoratitio iudicio ad reddẽdum superfluum cõueniri sed vel expectare debitor

BIU Cujas

debitor debet vel suscipere actiones aduersus emptorem, venditione scilicet facta ex iuris necessitate, non ex pacto creditoris tom.1,p.702,col.1,& 2

Per pactum auferri non potest creditori facultas distrahendi pignoris, quod alioqui esset inutile tom.1, pa. 702, col.2

Ex pacto de pignore non distrahendo licet facultas distrahendi auferri nõ possit creditori, augetur tamen difficultas distractionis propter trinam denũciationem faciendam t.1,p.702,col.2

Venditio pignoris à creditore facta iure creditoris non est confundenda, cùm ea quam vel debitor ipse fecerit vel nomine debitoris magistratus postulante creditore tom. 1, pag. 702,col. 2

Etiam summota principali obligatione pignus durare potest tom.1,pa. 199,col.1

Plus est liberatum esse pignus quàm competere pignoratitiam tom.1,pag. 690,col.2

Vendito, aut in solutum dato, aut addicto creditori pignore, actio pignoratitia debitori dari non potest tom. 1, pag.690,col.1,& 2

Quo casu etiam post solutionem à debitore factam non detur pignoratitia? tom.1 pag.690,col.1,& 2

Qua de causa interfit pignus liberatum retinere tom.1,pag.690,col.2

Aliud est debitum pro quo pignus datum est, aliud verò pretium pignoris pro debito dati tom.1,pag.662, col. 2

Creditore precium pignoris accipiente à debitore, licet non ideo pecuniam sibi debitam acceperit, idcircóque personalisobligatio cui pignus accessit non sublata sit, vinculum tamen ipsum pignoris necessariò solutum & sublatum intelligitur, & habet debitor pignoratitiam ad pignus repetendum tom.1, pag.662, col.2

Creditor in pignore deceptus qui fideiussorem pro debito acceperat, habet actionem pignoratitiam aduersus debitorem in id omne quod interest non autem contra fideiussorem tom. 1, pag. 660, col.2

Omni obligationi accedere pignus potest sicut & fideiussor to. 1, pa. 660, col.1, id est siue ciuilis siue naturalis sit, siue præsens siue futura, & cuiuscunque rei ibid.

Creditor alienam rem sibi datam pignori sciens nec vsucapere, nec per directum, nec per indirectum potest tom. 1,pag.604,in princ.

Per conuentionem super pignore rei alienæ factam res affici & obligari non potest, persona verò secus tom.1,pag. 664,col 2

Actio hypothecaria non potest nasci ex sola conuentione pignoris nisi res ipsa obligetur & afficiatur pignoratitia, secus quia illa in rem, hæc in personam est tom.1,pag.664,col.2

Pro re aliena pignorata potest agi pignoratitia tom.1,pa.664,c.1,& 2

An re aliena pignori data eáque vendita debitor liberetur tom. 1, pa. 664, col.2

Pignus in aliam causam teneri non potest quàm pro qua conuenit vt pignori res esset tom.1,pa.667,col.1

Pignus in sortem duntaxat datum, sorte soluta pro vsuris, licet eiusdem sortis, retineri non potest tom.1, pag. 667,col.1

Pignoratitia nascitur actio soluto eo tantùm pro quo pignus datum erat tom.1, pag.667,col.1

Pignoris constitutio pro certo duntaxat debito facta suos fines nunquam excedit tom.1,pa 667,col.1

An pignus simpliciter ac sine vlla taxatione datum in vsuras quoque cedat? tom.1,pag.667,col.1,& 2

In omnem causam datũ fuit pignus quod simpliciter datum est tom.1,p. 667,col.1,in fi.

Vt nuda voluntate contrahi pignus potest, ita & dissolui tom. 1, pa. 663,col.1

Nuda voluntas debitoris pignus constituit etiam absente & ignorante creditore vt cernere est in pignore testamentario tom.1,p.663,col.1

Si alicui contractui creditor consenserit vt ex ea causa pignus remississe videatur, non aliter sublatum intelligitur vinculum pignoris quàm si contractus ille effectum habuerit to.1, p. 663, col.1

Quomodo intelligenda sit constitutio Gordiani etiam ob chyrographariam pecuniam pignus retineri posse tom.1,pag.667,col.2

Pignus pro sorte datum simpliciter ac sine taxatione licet pro vsuris datũ intelligatur, & consequenter statim retineri possit, non tamen statim vendi potest nisi vendatur ex pacto tom.1,p. 667,col.2,in fi.

Pignus pro vsuris naturaliter tantùm debitis retineri potest, sed non potest vendi tom.1,p.668,col.1 secus si ciuiliter

An creditor qui à Cæsare impetrauit vt sibi pignus iure dominij possidere liceret postea pignus euectum sit, habeat contrariam actionem pignoratitiam aduersus debitorem in id quod sua interest alienam rem pignori datam non esse sicut eam haberet si ius dominij nunquam impetrasset tom. 1, p. 698,& 699

Confusione pignus extinguitur statim atque creditor factus est pignoris dominus tom. 1, pa.699,col.1

Actio pignoratitia nascitur ex contractu pignoris mediatè, immediatè verò non tam ex contractu quàm ex solutione & satisfactione tom.1, pag. 663,c.1,in fin.

Vnde & quando nascatur actio pignoratitia tom.1,pag.663,col.2

Non aliter locum habere potest illa quæstio, An ius pignoris quod per acquisitionem dominij iure quodã confusionis extinctum fuerat resuscitetur, propter subsecutam euictionem quàm cùm ab initio pignus consistit tom.1, pa 699,col.2

Cùm pignoris vinculum ab initio constitit subsecuta euictione pignus restituitur quod interciderat, qua ex postfacto apparet non fuisse acquisitũ creditori dominium quod ei ex anteriore causa ablatum est tom.1,pa.699, col.2

Præconi rem pignori danti alienam competit non tantùm de pignore, sed etiam de fructibus actio pignoratitia tom.1,pa.693,col.1,& 2

Creditor bonæ fidei sicut & possessor, fructus pignoris rei alienæ perceptos facit suos si eos bona fide perceperit, id est putans habere se ius à vero domino, remque pignori datam esse debitoris tom.1.p.694,col 1

Cùm nomen datur pignori non tam de iure nominis cogitatur quàm de vtilitate quæ ex nomine redigi potest quandoquidem datur pignus vt cautũ sit & consultum creditori to.1, pag. 683,col.2

Pignori data domo etiam area tenetur tom.1.p.690,& 691

Creditor pignus reddens debet repromittere de suo facto & neglecto tom. 1, pag.677, col.1,& 2, non satisdare

Pignus alienæ rei non valet tom.1, pa.395,col.1

Debitor pignus quod conduxit non restituens à creditore pignoratitio, contrario iudicio conueniri potest & ob fidem ruptam proprio nomine condemnari, sed ad calculum duntaxat & ad id quod interest tom.1,pa.695, & 696

Non debet esse in potestate creditoris, etiam cui permissum est pignus vẽdere vt deteriorem faciat conditionem debitoris quàm futurã erat si debitor ipse vendidisset tom.1, pagin.696, col.1

Creditor pignoratitius qui in pignore vendendo duplum promisit emptori, ita demum habet regressum pignoratitiæ contrariæ actionis contra debitorem si non modo careat dolo & culpa, sed etiam si vt diligens paterfamilias ita vendiderit tom.1,pag.696, & 697

Creditor pignoratitius ad omnes causas verè possessorem dicere se potest præterquam quod ad causam vsucapionis tom.1,pag.719,col.2

Cur creditor pignoratitius pignoris verus possessor vsucapere tamen non possit tom.1,pag.719,col.2

Pignoratitiam actionem inducit sola conuentio & datio pignoris quoties illud præterea concurrit vt retinendi pignoris causa nulla subsit t.1,p.666, col.1

Res pro futuro debito quod postea secutum non sit pignori data potest à debitore pignoratitio peti t.1. p. 665, & 666,col.1

Pignoratitia agi potest licet principalis obligatio non sequatur t.1,p.665, & 666,col.1

Nouatione legitimè facta, & acceptilatione hypothecæ & pignora liberantur tom.1, p.666,col.1

Per acceptilationem sicut per solutionem nascitur actio pignoratitia t.1, p.666,col.1

Quo casu permittitur procuratori vt pignoret, eo casu & pignus licere potest & pignoratitia agere tom.1, p. 673, col. 2.

An & quomodo procurator vniuersorum bonorum rem domini pignori dari possit etiamsi speciale mandatum non habuerit in eam rem, nec generale cum libera administrandi facultate? tom.1,pag.673.c.1,& 2

Debitore ante solutionem agente pignoratitia deinde in iudicio solutionem offerente, condemnatur creditor ad restitutionem pignoris expensis ob mutuam victoriam compensatis t. 1, p.666,col.1,& 2

Actio pignoratitia nascitur per solutionem, sed non per satisfactionem nisi factam tom.1,pa.668,col.1,& 2

Nouata debiti obligatione pignus perimitur nisi expressim actum sit vt reperatur t.1,p.665,col.1

Aliena res pignori dari non potest nisi accedente domini voluntate, aut sub conditione si quandoque res illa fiat debitoris tom.1,pag.646,col.1

Secundus creditor ex conuentione

BIU Cujas

debitoris non potest in ius prioris creditoris succedere post pignus venditū tom.1.pa.646,c.1,& 2

Pignoratitia actio directa competit debitori vt pignus consequatur, contraria verò creditori tom.1,pa 679, col.1

Creditori non datur pignus vt aliquod ex ipso lucrum faciat,sed tantùm vt sibi suęque indemnitati cautum habeat, nisi cùm antichresis contracta est aut expressa aut tacita tom.1, p.694,col.1

Creditor pignoratitius fructus lucrari nunquam potest nec per consumptionem,nec per vsucapionem tom.1, p.694,col.1

Datio pignoris in solutum aut venditum extinguit pignus secus promissio dandi in solutum aut vendendi t.1, p.718,col.2

Pignoris distractio secuta perceptione precij,pro debiti solutione est t.1,p. 719,col.1

Pignus secundo loco constitutum ejusdem rei non aliter secundo creditori prodesse potest quàm si per oblationem totius prioris debiti primo creditori factam confirmetur tom.1,p. 722.col.1

Secundus creditor pignoratitius vrgere non potest priorem ad distractionem pignoris ante solutionem debiti prioris tom 1, p.722,col.1

Creditor pignoratitius si patiatur se præsente pignus alij obligari licet non subscribat ille in tabulis pignoratitiis, hoc ipso tamen videtur ius sui pignoris aut saltem prioritatis ordinē remisisse tom.1,pa.722, col.1,& 2, siue testis,fuerit adhibitus siue non

Iure veteri corpus debitoris pignoratitij obligari non poterat, quia pignus necesse est à domino cōstitui vt valeat, nemo autem sit dominus membrorum suorum tom,1.pa.718,col.2

Iure communi potest debitor in executione iudicati detrudi in carceres,etiamsi corpus suum pignori non obligauerit tom.1,pag.718,col.2

Aliud est pignus in creditum possidere,aliud verò addictum habere in solutum tom. 1, pag. 698, col.2 aliud verò iure dominij possidere ibid.

Causa pignoris nunquam conuerti per se potest in causam dominij ne quidem authoritate iudicis interueniente tom.1,pag.699,col.1

Sublata obligatione, ciuili pignus non liberatur si obligatio naturalis adhuc subsistat tom.1,pa.199,col.1

In actionem pignoratitiam venit dolus, & culpa vt in commodato non tamen leuissima vt in eo to.1, pa.676, col. 1,& 2

Creditor pignoratitius ad custodiam pignoris tenetur tom. 1, pag.676, col.1,& 2

Ancillæ pignoratæ partus matris obligatæ conditionem sequitur, si modo apud debitorem editus fuerit tom. 1, pa.686,col.1

Fructus qui iure soli nō seminis percipiuntur si modo à debitore ipso percepti sint fundi pignorati cōditionem sequuntur tom.1, pag.686,col.1

Filiusfamilias emere à creditore pignus à patre datum ex nummis peculiaribus non potest tom 1, pag.730 col 1,& 2

Quam verò vtilitatem ex ea solutione vel ab alio quam filio vel ex aliis quam peculiaribus nummis pater percipiat? col.2

Soluta creditori pignoratitio pecunia per debitorem,cogendus est creditor qui priore loco pignus accepit pignus restituere, licet alij pro maiore summa idem creditor pignori dederit tom.1, pag. 731.col.1,& 2,& 732.col.1,& 2

Creditor pignoratitia conuentus & possessionem pignoris restituere tenetur & illud si dederit creditori suo liberare to.1,p.732,col.1,& 2

Pignoratitius creditor pignus ex voluntate domini vendens est in culpa si id facit quod à cæteris vēditoribus fieri consuetum est tom. 1,p.697,col.2

Pignus non tantùm traditione, sed etiam nuda voluntate debitoris constituitur, nec magis traditio pignoris rem obligatam afficit quàm nuda conuentio de pignore tom. 1, pag. 662, col.2 in fin.

Solutio facta creditori creditoris eius cui non alia de causa debebatur quàm quod ipse alius tertij debitor esset,parit actionem pignoratitiam pro pignore repetendo tom.1.pag.670,col.1

Ad inducendam pignoratitiam sufficit, vt personalis obligatio quæ ipso iure sublata non est elidi possit per exceptionem to.1,p.670,col.1

Conductor locatoris, locatoris debitum conductionis soluens, siue inuito siue consentiente locatore, actionem pignoratitiam habet aduersus locatorem tom.1,pa.670,col.1,& 2

Differt pignus ab hypotheca, traditione enim perficitur, ideoque transfert possessionem in creditorem,hypotheca verò nudo consensu contrahitur nec creditorem facit possessorem to.1, pag.546,col. 1

Actio pignoratitia contra creditorem dari non potest antequàm totum debitum tam ratione sortis quàm vsurarum in totum solutum sit tom.1, pag. 661,col.1

Actio pignoratitia non competit ex pignore prætorio, sed tantùm ex conuentionali tom.1,pag.716,col.2

Quæ actiones ex prætorio pignore proficiscantur? tom. 1, pag. 716, col.2

Pro pignore prætorio etiam post solutam pecuniam competere pignoratitia non potest tom.1,p.717,col.2

Melior est condicio eius qui missus est in possessionem à prætore,quàm sit creditoris à pignore tom.1,pa.716, in fin.

Valet venditio condicionalis pignoris tom.1, pag.717, col.1

Non prohibetur pignus emere creditor à debitore, cùm pignoris dominium sit debitoris tom.1,pag.717, col.1

Rei obligatæ possessione translata in creditorem nulla prorsus actio creditori competere potest, ideſt, neque pignoratitia,neque hypothecaria, debitori verò necessaria actio est ad rem pignoratam recuperandam tom.1, pag.644,col. 1

Qui agit actione pignoratitia, non hoc intēdit se liberatum esse,sed liberatam esse rem à vinculo pignoris,quo autem tenebatur, siue sublata sit obligatio personalis,siue non tom.1, pagin.662,col 1

Ex sola datione fideiussoris creditori volenti pro pignore, cōpetit creditori actio pignoratitia tom. 1, pagin. 662.col.1

An pignus remissum videri possit à creditore qui deceptus fuit? tom 1, pag.663 col.1, & 2

Pensionibus omnibus præteritis si vna portio soluta non sit, etiāsi omnes aliæ solutæ proponantur, potest creditor pignus vendere, quia fuit quæque die soluta non est pecunia, cum non omnes solutæ sint tom.1, pag.657,col.1

Actio pignoratitia duplex est,vna directa quæ debitori aduersus creditorem competit de pignore dato restituendo,postquàm solutum est,aut alter satisfactum creditori, Altera contraria quæ vicissim datur creditori contra debitorem ad sumptus repetendos quos in rem pignoratam fecit tom. 1,pag. 643,col.2

Plus iuris habere creditor pignoratitius non potest ad fructus pignoris à prædone accepti,vel imputandos, vel non imputandos, quàm si à vero domino aut bonæ fidei possessore idem pignus accepisset tom.1,pagin,645, col. 1

Neque pignoratitia actio priusquàm nata sit,neque ius offendendi ad eam inducendam competens, vllo temporis spatio præscribi potest to.1,pag. 663,col.2 in fin.

Pignoris remissio neque remissio, neque donatio est tom. 1,pag. 663, col.1

Pignus post rei pignoratæ mutationem definit esse, quia post mutationē non contractum fuit, vt ea pignori adhuc esset, scilicet nisi res posterior necessariam habeat à priore dependentiam, licèt tale quid sit quod supersit & factum fuerit ex re obligata to. 1, pa.686, col.1,

Præteritis multis terminis inquibus à debitore solutio fieri debebat creditori pignoratitio, non licet vendere pignus, antequam vltimus terminus elapsus sit to.1, p.658,col.1,& 2

Generaliter verum non est quicquid pignori accedit pignus esse, sed ita demum, si eo casu accedat vt non tam nouum pignus quàm incrementum quoddam pignoris esse videatur tom. 1,pagin 684,col.2 idem ius est in dote ibid.

Non liberatur dando pignus qui satisdare cogitur tom. 1, pag.660, col.2

In omnem causam honestam,non in turpem dari potest pignus to.1, pa. 660,col.2

Creditor pignoratitius nunquam eodem tempore & creditor & dominus esse potest tom.1,pag.692,col.1

Ex conuentione inter creditorem pignoratitium & debitorem inita vt possit creditor pignus vendere, nō cogitur creditor illud vendere nisi ex causa t.1, pa.651,& 652

Quo casu ius pignoris sequatur ius dominij tom.1,p.691,col.2

Quod debitum excedit creditor pignoratitius actione pignoratitia præstare debitori tenetur tom. 1, pa.691, col.1

Quod ab extraneo creditor pignoratitius actione furti consequutus est debitori restituere & debito imputare debet tom. 1,pag.691,col.1,& 2

Pignus vi acceptum est periculo creditoris vi capientis,nisi ex potestate sibi à debitore concessa acceperit tom. 1, p.713,col.2

Pignoris obligatio rem ipsam afficit quæ obligata est & tribuit creditori ius non solùm ad rem, sed in re to.1,p. 644.col.2

Illatio bonorum secundi conductoris in ædes locatas primo conductori obli-

BIU Cujas

obligationem pignoris parere potest ex tacita quadam conuentione, sed personalem non potest tom.1, pa.671 col.1

In mobilibus inuectis & illatis ab aquilino magna est differentia inter pignus manifestum & tacitum tom.1, p.671,c.1

Inter pignus & hypothecam quod ad vim & vinculum obligationis & actionem formulámque hypothecariam attinet, nihil nisi nominis sonus differt tom.1,pa.546,col.1

Pignus rei pupillaris & minoris à tutore vel curatore dari potest, immobilis verò non potest tom. 1, pag. 678, col.2

Ex quibus causis permittitur prætori decernere alienationem rerum pupillarium & minorum, permittitur etiam decernere pignoris dationem to.1,p. 678.col.2

Pignus à tutore vel curatore constitui non potest nisi à pupillo ipso constitutum sit, scilicet de rigore iuris secus de æquitate tom,1. pa. 679, col. 1,& 2

Quo casu ex vna materia pignori obligata alia materia ex ea conflata pignori data esse videatur? tom.1,p. 686,col.2

An creditor cui sylua obligata fuit prohibere possit debitori ne syluam cædat vt ex ea nauim faciat, cùm non possit ex sylua obligata nauis fieri quin creditoris ius lædatur & pignus diminuatur t.1,p.686,col.2,in fi.

Pignus rei alienæ & à non domino constitutum non valet, nisi constitutũ sit sub condicione si res debitoris esse cœperit tom.1,pa.687,col.1

Obligationem pignoris esse finitam nihil aliud est quàm finitum esse pignus tom.1,p.699 col.1

Sola conuentio pignoris rei alienæ sufficit ad inducendam pignoratitiam actionem personalem siue directam siue contrariam to.1,p.699,col.2

Aliena re pignori data pignoratitia actio potest competere tum quoque cùm obligatio pignoris nulla est t.1,p. 699,col.2

Tutore in rem pupilli mutuam pecuniam accipiente ex eaque causa pignus dante rei alicuius pupillaris tuẽdum est pignus à prætore tam rectè ritèque constitutum tom. 1, pa.678, col.1

An tutor vel curator rem pupilli vel minoris pignori dare possit? tom.1,p. 678,col.1,& 2

Creditor non tenetur debitori de vsucaptis seruitutibus fundi pignoratitij si eas ignorauit, secus si sciuit tom. 1,pag.678,col.2

Quisquis alium obligare potest, etiã eius bona pignori dare non potest to. 1,pag.678,col.1

Si conuenerit inter creditorem & emptorẽ pignoris, vt si precium reddat emptori debitor perinde illi rem suã recipere liceat actione pignoratitia tenetur creditor vt quam ex pacto suo actionem acquisiit ex vẽdito eam præstet debitori tom.1,pa.675,col.1

Creditori decepto in pignore, dolo vel culpa debitoris, datur actio pignoratitia contraria ad interesse tom.1,p. 679,col.1

Contra debitorem scienter rem alienam vel iam alij obligatam pignori dantem competit actio pignoratitia ciuilis & de stellionatu criminalis, contra ignorantem vero contraria tantum pignoratitia t.1,p.679,col.2

Inutile est pignus quod vendi non potest tom.1,pa.648,col.1

Precium pignoris venditi succedit in locum debiti ad liberandum debitorem to.1,pa.698,c.1

Rei alienę pignus non valet, nisi domino consentiente tom.1, pag.610, col.1

Res commodata consentiente domino pignori dari potest to.1,pa.610, col.1

Pupillus sine tutoris authoritate pignus accipere non potest tom.1, p. 723,& 724,col.1,& 2

Filiusfamilias aut seruus cui pater vel dominus liberam peculij administrationem concessit, res peculiares pignorare potest tom. 1. pa. 687, col. 1,& 2

Pignoris obligatio est vinculũ reale non personale tom.2,pa.395,col.1

Quid prosit prædoni datio pignoris rei alienæ creditori bona fide accipiẽte, & ad quid vero domino teneatur tom.1,pa.695,col.2

Ex solutione facta creditori creditoris actio pignoratitia competit debitori tom.1,p.669,col. 2,& 670, col.1, & 2

Contraria actio pignoratitia debitori competit aduersus creditorem, vt quod ex pignoris venditione plus percepit quàm debebatur restituat debitori tom. 1, pa.653, col.2

Vendito pluris pignore à creditore pignoratitio, quàm sit id quod debeatur, si creditor id quod plus est fœnori dederit, debitori competit actio contraria pignoratitia ad restitutionẽ fœnoris to.1,p.653,col.1,& 2

Plus iuris habet debitor in pignore cuius est verè dominus quàm creditor pignoratitius qui non habet nisi ius in re t.1,p.649,col.1

Plus longè est habere ius dominij quàm vinculum pignoris quod cum iure dominij nulla societate coniungitur tom.1.p.649,col.1

Valet conuentio ne liceat debitori pignus vendere, ita vt si contra pactionem venditum sit, nulla sit venditio vt actioni stetur tom.1,p.649,col.1

Valet pignoris datio si simul ac pariter eadem res pluribus pignori detur, & eo casu par est & æqualis omnium causa, nec prius vni quàm alteri res obligata esse creditur tom.1, pa. 689, col.2

Debitori qui rem suam pignori datam solutione, aut satisfactione liberauit competit & rei vindicatio, & actio personalis quæ plerumque commodior est ipsa rei vindicatione, id est actio pignoratitia tom.1,pa.644, col.1

Actio pignoratitiâ bonę fidei est habetque plenissimas præstationes to.1, pa.644,col.2

Si creditor rem sibi datam vt pignoret pignorauit & luit quibus actionibus conueniatur vt reddat vel vt luat siue à debitore, siue ab alio, siue ab alio eo remittente detur tom.1, p.708, in fi.& 709.col.1.& 2

Pignus siue traditione siue nuda cõuentione contrahatur, mutuam semper voluntatem exigit & eius qui dat & illius cui datur tom.1,p.709,c.2

Quoties pignus à non domino datur ex domini voluntate perinde tenet in præiudicium domini atque si ab ipso domino datum esset, nec tantùm si ab initio voluntas domini interuenerit, sed etiamsi ex postfacto per ratihabitionem secuta sit tom. 1, pa. 709.col.2

Cur pignoris datio non sit modus habilis ad transferendum dominium to.1,pa.680,in fi.& 681,col.1

Apud Gallos pignorum mobilium persecutio hypothecaria nulla est si ab alio quàm ab ipso debitore possideantur, id enim est quod dicimus *les meubles n'ont point de suite* tom.2,p.81,col.2

Partis debiti solutio quę pignoris pro parte liberare nullo modo potest neque debitori qui soluit, neque coheredibus eius cui solutum fuit damnosa esse debet tom.1,p.669,col.2

Quisquis emit à creditore distrahente iure creditoris siue ius etiam conuentionis concurrat siue non, perinde fit dominus, nec de proprietate vinci potest tom.1,pa.702,col.2

Cur pignus iudiciale, id est quod in causa iudicati capitur & distrahitur, nõ nisi præsenti pecunia vendi possit to. 1,p.702,col.2

Iure prætorio inductum est vt ex pacto nudo hypothecæ citra vllam traditionem & actio quasi Seruiana nascatur ad auocandam iure cuiusdam vindicationis possessionem, & obligatio tom.1,pa.712,col.2

Iure prætorio inductum est vt obligatione pignoris per traditionem contracta si creditor aliquo casu possessionem rei obligatæ amiserit eam persequi per actionem quasi Seruianã possit tom.1,pa.711,col.2

Inter creditores ille qui saluam fecit pignoris causam vt puta qui pecuniam credidit ad refectionem ædificij pignorati, habet ius non tantùm tacitæ hypothecæ, sed etiam prælationis tom.2,pa.84,col. 2

Cur fauorabilior sit ille qui credidit vt saluam faciat, quàm qui vt præbeat pignoris causam? t.2,p.84,col.2

Qui rem vendidit suam habita ratione de precio atque ita dominium transtulerit, nec tamen precium acceperit, etiam in ea ipsa re quam vendidit cæteris omnibus pignoratitiis postponitur to.2,pa.84,col.1

Qui rem vendidit habita ratione de precio, chyrographariis creditoribus etiam in re ipsa non præfertur, nisi specialem in ea re hypothecam sibi exceperit, quo vno casu habet ius prælationis tom.2,pa.84,col.1

Venditio pignoris præcisè impediri non potest per partis solutionem, licèt vel minimum ex sorte aut vsuris desit t.1,p.657, col.2

An & quomodo pignoris venditio, vel parte aliqua soluta vel nulla possit impediri tom.1,p.657, col.1,& 2

Ex pacto de non petendo in rem, & sine vlla temporis præfinitione, pignoratitia actio competit debitori ad pignus consequendum tom.1, pag.606,col.2

Qui accipit pignus minus idoneum an residuum debiti remittere videatur tom.1.pag.61,& 62

Non est pignus quod vtilitatem pignoris afferre creditori nullam potest tom.1, pag.649,col.1

Tota pignoris vtilitas in eo consistit vt cautum sit creditori pecuniæ debitæ nomine ad eam consequendam inuito etiam debitore, si cesset ille in solutione tom.1,pag.649,col.2

Si agatur ne pignus à creditore vendatur trina denunciatione præmissa vendi potest tom.1,pag.649 col.1,& 2

BIU Cujas

An ex conuentione inter creditorem pignoratitium & emptorem facta vt precio à debitore soluto intra certum tempus emptio rescindatur pignoratitiis actionibus teneatur creditor vt debitori mandet ex vendito actionem aduersus emptorem si poterat agere de iure suo sine cessione tom.1, pag.675,col.1,& 2,

Ex pacto creditoris pignoratitij & emptoris vt debitori liceat intra certum tempus de bitam pecuniam emptori soluere,post solutionem quęnam actio competat debitori? tom.1, pag.675,col.2 & 676,col.1,& 2

Pignus alienæ rei ignorante domino ab initio inualidum ex post facto per ratihabitionem domini conualescit tom.1,pag.688, col.2

Ratihabitio pignoris ab initio inualidi rei alienæ à domino facta, retrotrahitur ad id tempus quo de pignore conuenit,in præiudicium duntaxat domini non cæterorum, qui medio tempore cum eodem tempore contraxerunt tom.1,pag. 689,col.1

Pignus in sortem duntaxat obligatũ propter vsuras vendi non potest tom. 1,pag.659, col.2

Venditio pignoris locum habere nõ potest eo casu quo pignoratitia locum habet,quia pignoris vinculum tenere necesse est vt res obligata vendi possit tom.1, pagin.659, col.2

Casus singularis in quo pignoris retentio sic datur,vt tamen venditio non permittatur tom.1,pag.659,col.2

Actio hypothecaria (non autem personalis directa vel contraria pignoratitia) locum habere non potest, nisi constituto & interueniente aliquo pignore à quo, & nomen sumpsit, vnde & dicitur à Papiniano Iudicium, quod de pignore dato proponitur tom.1, pag.659,col.1,& 2

Alienæ rei pignus non consistit nisi vel ex voluntate domini datum sit, vel per dolum & dissimulationem domini tom. 1,pag.659.col.1

In actione pignoratitia venit dolus & culpa lata ac leuis,non leuissima,neque casus fortuiti, neque vis tom.1, pag.676,col.1, & 2.

In pignore conuentionali præstatur dolus & culpa lata ac leuis, in prætorio vero tantũm dolus tom.1, p.676, col. 1, & 2

Eandem diligentiam præstare debet creditor pignoratitius in pignore quã diligens paterfamilias in suis rebus præstare solet tom.1,p.677,col.1

Debitor creditoris pignoratitij qui idem pignus alij creditori pignori dedit, nihil aliud præstare cogitur quam vt eam pecuniam soluat quam ipse debeat,non etiam quam creditor suo creditori tom.1,pag.732,col.2

Quibus casibus res aliena pignorari possit tom.1,pa 733,col.1

Quid in pignore primò & principaliter agatur tom.1,pag.688,col.1

Pignus alienæ rei non modo ex voluntate domini sustinetur, sed etiam interdum ex sola eius scientia sine expressa voluntate si modo per dissimulationem tacuisse probetur tom.1,p. 688, col.2

Creditor posterior priori offerre cogitur ad confirmandum pignus suum tom. 1, pa.689,col.1

Inutile est & infirmum pignus secũdo loco datum nisi confirmetur per pignoris liberationem à priore creditore tom.1,p.689,col.1

Per dationem pignoris etiam ad alienationem, si non soluatur, pecunia peruenitur to.1, p. 678, col.2

Contra debitorem pro auro dantem æs pignori quod affirmauit aurum esse datur creditori actio cõtraria per quam fiat vt plenissimam indemnitatem cõsequatur tom.1,pag 645,col.1,& 2

Pignus non datur vt neque fideiussor nisi vt debitum magis sit in tuto tom.1, p.645,col.2

Obligatio pignoris per liberam personam acquiri non potest, sicut nec actio pignoratitia, nec vlla alia obligatio tom.1.p.672,col.1,& 2 possessio verò pignoris vtiliter constituti potest col. 2

Pignora sicut & dominia à naturali possessione cœperunt to.1, p. 708, col.1

Cur pignus nuda conuentione factũ sustineatur? tom.1,pa.708,col.1

Quid agat prætor cùm se interponit in constituendo pignore siue prætorio siue iudiciali tom.1, pa.708,col.1

Cur factum prætoris aut iudicis in distrahendo pignore dicatur factũ partis tom.1,pag.708,col.1

Pignus etiam à vero domino constitutum extinguitur nec potest persequare, postquam creditor factus est dominus irreuocabiliter tom.1, pa. 711,col.1,& 2

Pro pignore pignus dari potest in executione contractus, non autem in executione iudicati tom.1,pa.662, col.1

In pignoribus valet pactum illud vt si ad diem pecunia nõ soluetur pignoratitius creditor possideat iure emptoris rem obligatam certo precio tunc æstimandam tom.1,pa.718,col.1

Ius nouum non minus corporis quã bonorum debitoris pignus & obligationem permittit contra ius vetus to. 1.p.718,col.2

Creditori pignoratitio pignus vendenti si duplum emptori promiserit vsurę medij temporis à debitore debentur, secus si simplum tantùm creditor promisit tom.1,p.697,& 698

Interest creditoris incumbere pignori potiùs quàm in debitoris personam,etiam si maximè soluendo sit experiri tom.1, pa.713,col.2,in fi.

Qui obligauit rem alienam, actione contraria pignoratitia tenetur creditori ad id quod sua interest t.1, p.715, & 716,col.1,& 2

Inuecta & illata per secundum conductorem teneri possunt pro pensione ipsius secundæ conductionis à primo locatore tantummodo & non vltra to. 1,pag.670,col.2

Bona mobilia secundi conductoris inuecta in domum primi locatoris pignori obligata sunt non autem eiusdẽ conductoris persona tom. 1. pag. 670,col. 2,& 671,col.1

Pignus à creditore pignoraticio non tantum propter sortem vendi potest sed & propter vsuras & impensas tom. 1,pa.659,c.1,& 2

Pignoris persecutio in rem est non in personam tom.1,pag.684,col.2

Debitore rem pignori obligatã vendente aut aliter alienante, saluam tamen pignoris causam manere necesse est tom. 1, pag.684, col.2

Ius dominij potentius & fauorabilius est iure pignoris tom. 1, pag. 656,col.2

Creditor pignoratitius facere non tantùm potest, sed etiam debet in pignore quicquid dominus & diligens alius quilibet paterfamilias facturus esset tom.1,pag.704,col.1

Ex solutione facta alij quàm creditori pignoratitio dummodo ex eius consensu competit actio pignoratitia debitori tom.1,pag.669,col.1

Etiam pro futura obligatione pignus dari potest tom.1,pa.666,col.2

Pro debito condicionali pignus dari potest to.1, pa.666,col.2

Nuda proprietate pignori data, vsusfructus si postea finiatur & ad proprietatem reuertatur, hoc ipso pignori datus existimatur tom.1, pag.684, col.1

Damnum in pignore datum non pertinet ad creditorem pignoratitium, si non sit in culpa aut dolo tom.1,pa. 739,col.1,& 2

Propter illicitas vsuras neque retineri neque vendi pignus potest tom. 1, pag.668.col.2

Creditori pignoratitio vendenti eidémque de euictione obligato de indemnitate debitor cauere debet tom. 1,pa.655,& 656

Soluto debito sicut liberatur pignus ita & nascitur actio pignoratitia tom. 1, pa.647,c.1

Quod per alluuionem fundo pignoratitio accedit pignus est, secus si per inundationem fluminis tom.1, pa. 684.col.2

Debitor pignus possidens etiam ignorãte adeoque inuito creditore nulla quoque cogente necessitate pignus vendere potest saluo creditori iure suo pignoris tom.1, pag 652,col.2

Debitor pignus à creditore possessum inuito creditore nullo modo vendere potest to.1,pag.652,& 653

In pignore non venit omnis culpa sicut in commodato tom.1,p.676, col.1

Debitor actione pignoratitia ante solutionem agens licet malè agat ac prematurè ante natam actionem,si tamen postea pecuniam offerat in iudicio perinde haberi debet ac si benè riteque egisset tom. 1, pag. 664, col.2

Pignus rei alienæ non potest inuito domino retineri, etiam non restituta pecunia tom.1,pa.395,col.2

Pignus à creditore possidetur, proprietate apud debitorem dominum manente tom. 1, pa. 719, col.1, & 2 & 720

Si pro pignore constituto aliud subiiciatur furtum committitur pro vtroque debito, non autem si in constituẽdo alius pro alio subiiciatur, sed tãtùm crimen stellionatus tom.1,pag. 720,col.1,& 2

Magistratus testamento pignus constituere potest tom.1,pag, 707, col.2, & 708,col.1,& 2

Testamento constitui pignus potest codicillis non potest tom.1, pagin. 708.col.1,& 2

Interesse creditoris pignoratitij propter dationem à debitore, pignoris rei alienæ tanti esse videtur quantò minoris vendi posset nomen venditoris ob defectum pignoris tom.1,pag. 716,col. 2

Cur pignus accipi soleat? t.1,p.62, col.1,& 2

Mulier quæ pro bonis paraphernalibus quasdam mariti res pignori accepit nullum in aliis mariti bonis ius pignoris habet t.1. p.62, col.1

Postquam placuit creditori, cui nomen

BIU Cujas

men debitoris datum est pignori vtiles actiones contra debitorem debitoris accommodari non potest prætor recusare quin eum tueatur in exigenda pecunia, nec ei denegare vtilem actionē t.1,p.682,col.1

Pignoris datio est interceſſio tom. 2,p.327 col 1

Liberatio pignoris est remissio, & gratificatio quædam,sed nō interceſſio tom.2, pag.327,col.1,& 2

Muliere pro alio intercedente contra S. C. Velleianum noua & restitutoria actione creditori non est opus ad persequenda pignora debitoris tom. 2,pag.337,col.1,& 2

Specialis conuentio pignoris in re vendita constitui tantum potest quantum specialior conuentio de prælationis iure tom.2,pa.85,col.2

Pignus pro debito condicionali datum deficiente condicione pignoratitia actione repeti potest tom.1,p. 666,col.2

Ex iurato contractù pignoris oriuntur actiones non quæ ex vero contractu pignoris t.1,p.136,c.1,& 2,& 137,c.1

Creditor pignoratitius seruū pignoratitium pro maleficiis coercendo, actione pignoratitia non tenetur tom. 1,pag.704,col.1,& 2

Creditor pignoratitius licet non sit dominus pignoris, tamen vice & loco domini est quodammodo,tanquam ipsius procurator in rem suam t. 1, p. 704,col.1

Creditor qui propria authoritate occupat rem obligatam non tenetur de casu contingenti si licentiam habuerit à debitore capiendi t.1, pa.713,c.2

Differentia inter pignus prætorium & iudiciale t.1,p.708,col.2

Pignus prætorium non constituitur nisi per missionem in possessionem to.1,p.708,col.1,& 2

Delictum serui pignorati dominum qui dedit obligat vsque ad noxæ deditionem si dominus ignorauerit vitiosum seruum, si verò sciuerit obligat in solidum tom.1,pag.714,col.1,& 2

Etiam ob chyrographariam pecuniam pignus pro alio debito datum retineri potest & quidem per doli mali exceptionem tom. 1, pagin. 667, col.1

Remissio pignoris non est donatio tom. 2, pag. 341, col.1

Creditor pignoratitius vtēdo pignore furtum committit tom.1,pagin. 705,col.2

An creditor pignoratitius possit cogi ad traditionem pignoris ante solutionem tom.1,p.652,& 653

Pignus est ex numero eorum contractuum qui re tantùm id est traditione, non etiam nudo consensu perficiuntur tom.1, pag.643, c.1

Extinctione ac peremptione rei obligatæ extinguitur vinculum & obligatio pignoris tom.1,p.685,in fi.

In pignoratitio iudicio id venire debet, quo deterior facta est res pignorata,cum creditoris culpa, & factum aliquod seu negligentia interuenit t.1,p. 703,& 704,col.1

Creditor pignoratitius de negligentia in non vtendo seruitutibus in re pignorata debitis tenetur to.1, pa. 677, col.2

Contraria actio pignoratitia competit creditori ex bona fide,quoties decipitur à debitore qui in omnibus ad pignoris causam pertinentibus bonam fidem præstare debet,vt & creditor debitori tom.1,pag.695,col.2

Potest etiam creditor salua pignoris sui causa consentire pignorationi aut alienationi pignoris tom. 2, pa. 341, col.2

Creditor pignoratitius verè possidet ad omnes causas præterquàm ad causam vsucapionis tom.1,p.712,col.1

Possessor superficiarij prædij licet nullo modo sit prædij dominus ne quidem vtilis prædium vectigale aut superficiarium pignori dare potest to. 1, pag. 680,col.1

Potest pignus non tantùm à debitore dari creditori, sed etiam alio quolibet pro debitore to. 1,pa. 722, col.2

Filius factus patersamilias si pro pecunia mutuo accepta rem pignori dedit, non habet exceptionem Macedoniani vsque ad pignoris quantitatem tom.2,pag.126,& 127

Nō potest definere pignus esse quod quod nunquam fuit tom.1,pa.710, ibid.

Pignus conualescere.

Datio pignoris ab initio inutilis an & quomodo ex postfacto possit conualescere? tom.2,p.117,col. 1,& 2

Pignus creditor.

Creditor de euictione rei venditę nō tenetur nisi hactenus vt se præstet creditorem potiorem & bona fide venditorem siue alia res pignori data proponatur quam dominus euincat postea, siue quæ alij creditori anteriori pignoris iure fuerit prius obligata tom.1,p. 648,col.2

Creditor in venditione pignoris quodammodo est debitoris procurator to. 1,pag.674,col.1

Pignus debitor.

An bona omnia debitoris sint ipso iure pignori obligata tom. 2, pag. 317,col.2

Pignus dominus.

Ex contractu pignoratitio serui dominus de peculio duntaxat tenetur t.1, p.710,& 711, col. 1,& 2, si tamen actio ex contractu veniat non etiamsi ex delicto ibid.

Pignus euictio.

Pignoratitius creditor qui in vendēdo pignore de euictione se obligauit interdum habet ius retentionis pro pignoratitia actione contraria t.1,p.697, col.2

Qui sine causa nulloque aut suo aut debitoris commodo persuasus vltrò duplum promisit, vel de euictione ad quam non tenebatur se obligauit,nihil amplius a debitore quàm debiti summam consequi potest tom. 1, pa. 697,col.2

Cùm per Seruianam actionem fundus euincitur, non est præcisa & absoluta euictio, sed causatiua, nisi malit possessor pignoris satisfacere creditori t.1,p.699,col.2

Pignus fideiussor.

Cuilibet obligationi etiam naturali tantum potest adhiberi fideiussor & pignus tom.1,p.87,col.2

Pignus furtum.

Creditor qui recipiendo pecuniam ab extraneo ob furtum vel delictum in pignore commissum, acquirit eam debitori, potest illam à debitore exigere si furtum à debitore rei pignoratæ factum sit tom.1,pa.692,col.1,& 2

Condictio furti creditori pignoratitio competens contra extraneos furtum pignoris committentes non competit contra debitorem ipsum furtum committentem tom.1, pa.692, col.2

Pignus hypotheca.

Actio pignoratitia quæ datur debitori contra creditorem vt pignus quod acceperat pro debito restituat, simpliciter dicitur pignoratitia, ea verò quæ datur creditori contra possessorem quemlibet pignoris,hypothecaria to,1, pa.643,col.2

Inter pignus & hypothecam nominis tantùm sonus differt scilicet quantum ad effectum actionis hypothecariæ tom.1,pag.643,col.1

Perinde prætor dat actionem ex nudo pacto hypothecæ atque daret ex stipulatione aliove contractu ciuili, non quia pignus sit modici præiudicij, sed propter publicam hominum vtilitatem,& quia hypothecæ obligatio semper necessaria est, ideoque fauorabilior tom.1,pag. 643,c.1,& 2

Pignus impensæ.

Impensæ vtiles & permanentes in re pignoata factæ ex voluntate domini vel tacita vel expressa pignoratitio creditori à debitore per contrariam actionem pignoratitiam restitui debet indistinctè tom.1,pa.705,col.1,& 2

Pignus instrumentum.

Ob non exhibitum à creditore pignoratitio venditionis instrementum, debitori si damnum passus sit debitor, qua actione creditor teneatur,quomodo & ad quid tom. 1, pag. 738, col.1, & 2

Pignus lucrum.

Non debet creditor pignoratitius ex re pignorata lucrum aliquod facere, vt nec tutor ex tutela, nec procurator aliusve mandatarius ex mandato, datur enim pignus creditori vt de debito suo cautum habeat non vt inde lucri occasionem captet tom.1,p.653,col.1

Pignus venditio.

Omnes ferè venditiones quæ hodie fiunt rei pignori datæ fiunt officio & imperio iudicis, ideo non tam à creditore quàm à debitore ipso fieri intelliguntur quia factum iudicis est factum partis tom.1,pa.648,col.2

Pignus euictio.

In venditione pignoris officio & imperio iudicis ad instantiam creditoris facta debitor cuius res vēdita est & cui solutio proficit de euictione tenetur non creditor qui rem vendi postulauit tom.1, pag.648,col.2

Pignus obligatio.

In obligatione generali pignoris nō veniunt ea quæ verisimile sit non fuisse quem specialiter obligaturum tom. 1,pag.341,col.2

Pignus prædo.

Ex bonæ fidei creditoris personę prædo fructus perceptos ex pignore creditori dato suos facere non potest tom.1,pag.693,col.1,& 2

Pignus pactum.

Creditore pignus vendente ea lege vt si debitor pecuniam precij soluerit emptori liceat ei rem suam recipere, an valeat talis pactum & quænam ex eo

BIU Cujas

nascatur actio, & cui acquiratur? tom. 1, pag. 674, col. 2

Pignus, turpe, potestas.

Ius pignoris sicut & ius patriæ aut dominicæ potestatis soluitur si quid turpiter creditor in ancillam pignoratam, aut pater in filiam, aut dominus in ancillam commiserit to. 1, p. 705, col. 1, & 2

Pignus precarium.

Ex contractu pignoratitio qui duplicem illam conuentionem & pignoris & precarij continebat sola supereſt rogatio precarij post acquisitum creditori dominium, non etiam vlla pignoris obligatio sine qua competere Seruiana non potest tom. 1, pag. 712, col. 2

Pignus repromissio.

Debitore per errorem aut per imprudentiam non petente repromissionem à creditore debitam in restitutione pignoris, potest tamen creditor à iudice cõdemnari vt vel repromittat, vel tantundem præstet quantum si repromisisset tom. 1, pagin. 677, col. 2

Pignus retentio.

Si pignus sub hasta venditum sit, perperã tamen, nec seruatis solemnitatib. danda est emptori retentio, donec soluto debito propter quod pignoris distractio facta est, si modo facta sit pro debito tom 1. pag. 374, col. 2

Pignus stellionatus.

Iurans falsò pignora sua esse non alia de causa tenetur de stellionatu, quàm quia peierauit, nemo autem peierat nisi sciens tom. 1, p. 680, col. 1, & 2

Pignus venditio.

Cur in pœnam legis Corneliæ de falsis incidatis qui eandem rem duobus vendit seperatim, non etiam qui eandem rem minus idoneam seperatim pluribus obligat tom. 1, pag 722, col. 2

Differentia inter oppignorationem rei alienæ & venditionem rei alienæ tom. 1. pag. 721, col. 1, & 2

Pignus solutio.

Cur pignoris datio totum contractũ debiti non confirmet, sed tantùm vsque ad pignoris quantitatem, partis tamen solutio totum confirmet tom. 2, pag. 127, col. 1, & 2

Pignus vsuræ.

Quomodo intelligendum sit illud, Nullam esse differentiam vtrum vsuræ ex stipulatione an ex pacto nudo debeantur quantum ad hoc vt vtroque casu si in eas tantùm & cum hac taxatione pignus datum sit solutis vsuris possit pignus reperi per pignoratitiam quamuis nondum soluta sorte? to. 1, p. 668, col. 1

Piratæ.

Res à piratis ablatæ solis dominis pereunt tom. 2, p. 28, col. 1, & 2

Pluralitas.

Pluralitas resoluitur plerumque in suas singularitates tom. 1, pagin. 657, col. 1

Pluris petitio.

Pœna pluris petitionis restricta est ad condemnationem expensarum to. 2, p. 359, in fin.

Plus.

Adiectio (& plus) in testium dictis nihil operatur nec in aliis dispositionibus in quibus id agitur vt aliquid certum reddatur t. 1, p. 240, col. 2

Pœna.

Ex pœnalibus causis non solet in patrem de peculio actio dari tom. 1, pag. 482, col. 2

Pœna in stipulationem deducta pœnalis non est actio sed rei persecutoria per quam persequimur quod stipulatione comprehensum est tom. 1. p. 231, col. 2, in fin.

Etiam pœna criminis repetundarum & peculatus transit in heredem sed intra annum duntaxat tom. 1, pag. 467. col. 2

Etiam post annum & in perpetuum pœna criminis peculatus & repetundarum transire posset ni verbis legis contra cautum fuisset tom. 1, pag. 667, col. 2 & ratio ibid.

Quod factum est lege permittente pœnam non meretur tom. 1, pag. 704, col 2

Pœna contumaciæ non dicitur pœna principalis tom. 1, p. 208, col. 2

Pœna vnius lucrum & præmium alterius esse non debet tom. 1, pag. 691, col. 2

Pœna nihil aliud quàm delictorum coercitio to. 1, pag. 485, col. 2

Pœna nulla committi potest nisi vel ob factum id quod fieri non debuit, vel ob non factum id quod fieri debuit tom. 1, p. 408, col. 1

Pœna nunquam aliter promittitur aut debetur quàm si obligatione principali non satisfiat, nec soluat debitor quod debet tom. 1, pa. 199, col. 2

Odiosa semper causa est eius qui pœnam soluit, non quia soluit, sed quia antequam solueret id non fecerit per quod euitare pœnam potuerat to. 1, pa. 408, col. 1

Nihil commune habet persecutio rei cum persecutione criminis & pœnæ tom. 1, pa. 475, col. 2

Pœna nudo pacto promitti non potest vtiliter, secus stipulatione tom. 1, p. 199, col. 2

Pœna ex nudo pacto licet in continenti appositio post contractum bonæ fidei peti non potest tom. 1, pag. 32, col. 2

Crimen aliquod subesse oportet vt pœna dici possit tom. 1, pag. 368, col. 1

Pœna legalis nihil habet commune cum rei persecutione, secus verò pœna conuentionalis tom. 1, pa. 463, col. 2, & pag. seq.

Pœna in heredem non transit to. 1, p. 468. col. 1

Pœna omnis ex se est odiosa tom. 1, p. 532, c. 2

Ex delictis etiam publicis pœna incipere ab herede aliter nõ potest quàm si viuo reo accusatio mota sit, excepto crimine repetundarum & maiestatis tom. 1, p. 467, col. 1

Vsuræ pœnæ nomine promissæ, debentur in pœnam moræ quæ in sorte suo tempore soluenda committitur t. 1, p. 80, col. 1

Cùm pœna promissa est nihil aliud inspicimus nisi quænam sit quantitas & condicio stipulationis tom. 2, p. 40, col. 1

Ex contractu pœnalis actio nulla est tom. 1, pa. 231, col. 2

Cur pœna in stipulationibus & ad quid adiiciatur tom. 1, pa. 572, col. 2

Ad pœnam euitandam non prodest quod imputari nihil possit ei qui non ad diem satisfecerit tom. 2, pag. 39, col. 2.

Quod pœnæ nomine à debitore exactum est lucro cedit creditoris to. 1, p. 408, col. 1

Pœna ex conuentione debita in vicem & taxationem eius quod interest, vt euenit in stipulationibus prætoriis, & in iudiciis bonæ fidei, non restituitur soluta, sed imputatur in condemnationem quæ ex bonæ fidei iudicio petatur tom. 1, pag 408, col. 1

Potest euitari pœna iis casibus quibus purgari mora potest tom. 1, p. 408, col. 2

Pœna semel soluta nullus aut repetitioni, aut pœnitentiæ locus supereſt tom. 1, p. 408, col. 2

Pœna debita quandiu purgari mora potest indebita fieri potest. sed post solutionem non potest tom. 1, pa. 408, col. 2

Cur pœnæ dependsæ non repetantur tom. 1, p. 692, col. 2

Pœnæ omnes sunt odiosæ. & pœnales quoque actiones tom. 1, p. 408, col. 1

Pœna actio.

Quadruplum quod per actionẽ quod metus causa præstatur ei qui vim & metum passus fuit, etiamsi contineat simplum, contineret tamen per modum pœnæ to. 1, p. 693, col. 2

In rei persecutoriis actionibus venit pœna tanquam ad principalem rem accessoria tom. 1, pag, 467, & 468, col. 1, & 2

Pœna compromissum.

Pœna compromissi non committitur si aut diem compromissi arbiter decesserit, etiamsi alteruter litigantium qui ambo adesse iussi fuerant non adfuerit, quemadmodum si per stipulatorem steterit quominus acciperet tom. 1. p. 573, col. 1

Pœna pignus.

Ex quadruplo quod pignoratitius creditor per actionẽ quod metus causa ab ipso debitore consequutus est nihil restituere per pignoratitiam neque debito imputare debet tom. 1, p. 693, col. 1. & 2.

Pœna obligatio.

Debitor propter pœnam creditoris liberatus, remanet obligatus iure naturali ideo solutum non repetit tom. 1, pa. 358, col. 1, & 2

Pœna nuptiæ.

Pœna illicitis nuptiis irrogata ad sponsalia illicita extendi non debet tom. 1, p. 455, col. 1, & 2

Pœna repetitio.

Pœna ex conuentione debita & soluta si legitimum modum excedat repeti potest secus si sit legitima tom. 1, pag. 408, col. 2

Pœnitentia iniuria.

In iis quoque casibus in quibus datur pœnitentiæ locus nũquam admittenda est pœnitentia quæ alij iniuriam factura sit to. 1. pag. 289, col. 1 quæ iniuria sit quoties cœpit interesse ibid.

Populus.

An sententia super actione popularí contra

BIU Cujas

Vt contra vnum lata, prodesse vel nocere aliis possit? tom. 1, pag. 172, & 173

Neque pactum, neque transactio vnius super re populari aliis neque prodesse neque nocere potest to.1, p.172, col.2

Pollinctor.

Quis sit pollinctor tom.2, pag.45, col.1

Portio.

Virilis portionis appellatione quando totum contineatur? tom.2,pag.86, col.2

Positio.

Criminosæ positioni respondere nemo cogitur tom. 1, pagin. 154, col.2

Possessio.

Possessio licet sit facti est etiam iuris, & plurimum a iure mutuatur t.1,p.92 col.1

Longa possessio tantam securitatem tribuit possessori bonæ fidei quantam vsucapio ad rem retinendam & summouendum petitorem tom.1, pag. 130.col.1

Possessio est quid incertũ siue quatenus in iure, siue quatenus in facto consistit to.1,pag.343,col.2

Differentia inter possidere & habere possessionem naturalem to. 2. pag. 411,col 1

Facilius amittitur possessio quàm dominium to.2,p.251,col.1

Translatio possessionis non est propriè alienatio tom.1, pagin 86, col. 2

Per possessionis translationem transfertur etiam dominium quoties à possessione separari non potest t.1, p. 86, col.2

Etiam per actionem personalem perinde atque per interdicta possessio peti potest tom.1,p.508,col.2

Mutare quis sibi potest causam possessionis nouo titulo superueniente to.1, pa.27,col.2

Possessio acquiri non potest nisi per actum aliquem corporalem siue tactu id fiat, siue oculis tom. 1, pagin. 27, col.2

Facilius amittitur possessio rerum mobilium quàm rerum soli tom. 2, pag.152,col.1

Possessio siue à pedum positione siue à sedibus dicta sit æstimatur ex naturali cuiusque rei occupatione & apprehensione tom. 1, pagin.615, col.2

Quæ sit possessio ciuilis quæ naturalis t.1,p.616,col.1

Possessio sine aliquo actu corporeo apprehendi non potest t.1, p.501, col.1

Neque ciuilis possessio sola, neque sola naturalis penes duos in solidum esse potest t.1,p.616,col.1,& 2

Quæ sit asinina possessio tom.1, p. 616,col.2

Ex longa possessione iure veteri non dabatur actio, sed tantùm exceptio to. 1,p.129,c.2

Effectus longæ possessionis tom.1, p.354,col.1

Per longi temporis possessionẽ dominium nullum acquiritur tom. 1, p. 354,col.1

Quo casu liceat possessionis causam sibi mutare tom.1,pag.713,col.1

Possessor.

Casus in quo melior est condicio bonæ fidei possessoris quàm domini tom 2,pag.250,col.2

Possessoris partes semper fauorabiliores quia semper est reus t.1,p.122.c.1

Malæ fidei possessor sumptus quos in alienam rem sciens fecit repetere non potest tom.2,pag.280,col.2

Bonę fidei possessor facit fructus suos omnes quos ex re aliena percipit interim scilicet,id est quandiu fundus euictus non est tom.1,p.693.col. 1

In pari delicto potior est causa possessoris t.1,p.452,c.1

Non est quærendum de iure possessoris nisi postquam petitor plenè probauerit tom.1, pag. 629, col.2

Non sunt audiendi conductores neque commodatarij, neque depositarij neq; alij si qui sunt similes,priùs quàm reconductæ, commodatæ, vel depositæ possessionem locatori,commodatori,vel depositario restituerint si agatur ex contractu secus si ex rei vindicatione tom. 1, pag.629, c.2

Sicut in pari causa melior est conditio possessoris,ita cùm neuter possessor est deterior est conditio petitoris to, 1.pa 337,col.1,& 2

Omnes possessores post litem contestatam sunt malæ fidei t.1.p.64,col.1

Cùm quis alienam rem iniustè detinet eam petenti quandoque & vindicanti domino restituere tenetur tom.1, p.391,col.2

Quoties & dantis & accipientis causa turpis est, potior est causa possessoris tom.1, pag.320, col. 1

Is qui rem sibi à domino ipso traditam accepit plusquàm bonæ fidei possessor est cùm sit etiam dominus tom. 1,pag.437,col.2

Fur & prædo interdicta omnia habẽt quæ veris possessoribus dantur tom. 1,p.616,col.1

Hereditatis possessoris appellatione alius non intelligitur quàm qui bona fide eam possidet tom.1.p 378,c.1,& 2

Bonæ fidei possessor an & quomodo loco domini sit tom.2,pag 183.col.1

Bonæ fidei possessor fructus non facit absolutè suos,sed interim,id est donec consumpti sint aut vsucapti t.1,p.694, col.1

Bonæ fidei possessor alienæ rei cum titulo iusto quia eam vsucapere potest, vtique Publicianam habet eius rei nomine ad eam vindicandam, si qua de causa sine culpa sua possessionem eius amiserit to.1,pag.711,col.1

Bonæ fidei possessor quod ad fructus attinet penè domini loco est to.1,pa. 711.col.1

Possessor fundi vectigalis licet fundi dominus non sit, est tamen dominus iuris quod in eo fundo habet tom. 1, pag.507,col.1

Possessor superficiarius.

Possessori prædij vectigalis aut superficiarij prætor dat omnes actiones vtiles quas domino dat directas scilicet in rem non solùm aduersus quemlibet possessorem, sed etiam contra dominum ipsum t.1,pa.680,col.1,& 2

Possessor prædij vectigalis aut superficiarij licet nullo modo sit prædij dominus ne quidem vtilis,ius tamen habet retinendæ rei etiam inuito domino,quandiu paratus est conuentum vectigal soluere, aut promissam superficiei mercedem tom.1,p. 80,col.1

Possidere.

In pari causa vel potius in pari non iure vtriusque potior est causa possidentis tom.1, pagin. 313, col.1

Is verè ac proprie possidet non qui simpliciter & corporaliter rem detinet asinina, vt loquuntur detentione, sed qui animo domini rem habet tom.1, pa. 623. col.2. & tom.1, pagin.411,col 1

Res incerta non potest possideri t.1,pag.492,col.1

Qui precario rogat non possidet,sed apud eum qui concedit possessio remanet tom 1,p.695.col.2

Aliud est possidere,aliud alieno nomine possidere, sicut & aliud est possipere, aliud verò tantùm esse in possessione tom. 1, pag. 695.col.1

Pro alieno possidet qui pignus possidet,pro suo autem qui rem emit to.1, pag.694, col.2

Potest fieri vt duo eandem rem in solidum possideant,alius iustè,alius iniustè, alius naturaliter, alius ciuiliter tom.1,p.615,col 2,& pag.616,col.1

Possidere nihil aliud est quàm sibi habere & animo domini t,1,p.616,c.1

Fur & prædo verè possident, quamuis iniustè,cùm animo domini rem teneant tom. 1, pag.616,col.1

De personis quæ non tam possident quàm sint in possessione t.1,p.493.c.1

Creditor pignoratitius plus iuris habet in re,quàm qui non tam possidet, quàm sit in possessione tom.1, pag. 493,col.1, & 2

Differentia inter possidere & tenere tom.2.pag.224 col.2,in fin.

Commodatarius non possidet tom. 1, pag.491,col.1

Qui naturaliter tantùm possident, in possessione esse magis dicuntur, quàm possidere t.1,p.616,col.2

Possidere sequestre.

Quando & quomodo sequestre à sequestro possideatur? tom.2,pag.411, col 2

Postliminium.

Fictio postliminij est iuris suspensi constitutio tom 2,pa.274,col 2

Per fictionem postliminij filius ab hostibus reuersus in ciuitate, & patris potestate mansisse semper videtur to.1 p.336,c.1

Postliminij fictio facit vt pater quãdocunque reuersus ab hostibus semper in ciuitate mansisse rerrofingatur ac proinde vt nunquam filius sui iuris fuisse videatur to.2,p.108,col.2

Fictio postliminij suspensi iuris constitutio dicitur à Papiniano tom.2, pag.108, col.2

Potest.

Verbum *Potest* sui natura extensiuum est in futurum tempus quodlibet & ad omnem casum possibilem,nisi sit restrictum ad certam causam tom.1,p. 294,col.1

Potestas.

Ius patriæ potestatis efficit vt & patris & liberorum omnium in potestate positorum, vna eádémque persona esse existimetur tom.1,pag.396,col 2.

Patriæ potestas res est inæstimabilis tom.1 pagin.243,col 2

Differentia inter patriam & dominicam potestatem t.2.pa.140,col.1

Latius patet nomen potestatis quã dominij tom.2,pag.314.col.2

Fœminæ non habent liberos in potestate tom.1,pag 218.col.1

Pater vel dominus habent priuilegiũ

BIU Cujas

in peculio eorum qui sunt in eius potestate, cuiuscunque sexus illi sint to. 2, pa 73, col.1, & 2

Potestatis nomine qui contineantur? tom. 2, pag. 73, c.1, & 2

Præcisè.

Solent I. C. cum quoque cùm quid certo ac præcisè statuunt, omnia sumere pinguius & latiùs, id est cum aliquo temperamento tom. 2, pag. 161, col 2

Præda.

Nunquam est succurrendum personæ quæ sollicita est de præda tom. 2, pag. 339, in princ.

Prædo.

Bonæ fidei possessor non solùm post litem contestatam, sed etiam post motam controuersiam fit prædo tom. 1, pag. 335, col. 2

Prædo nihil omnino iuris habet in percipiendis fructibus rei alienæ tom. 1, pag. 419, c.1

Pro mercedibus perceptis à prædone ex locatione fundorum dominus prædonem habet obligatum non locatorem tom. 1, p. 419, col. 2

Præfectus.

De dignitate & authoritate præfecti vrbis tom. 2, p. 11, col. 2

Præpositio.

Lex præpositionis omnimodo & districtè seruanda est tom. 2, pag. 48, in princip.

Præpositus.

Qui ad emendas merces præpositus est ad ea quoque omnia in necessarij antecedens facienda præpositus videri debet sine quibus negotium cui præpositus fuit explicare non posset tom. 2, p. 47, c.1

Præscribens.

Præscribens vulgò malè creditur similis esse soluenti, & ei qui satisfecit, cùm habeat quod obiiciat petitori to. 1, pag 574, c.1

Præscribere.

Actioni pignoratitiæ præscribi non potest antequàm nata sit tom. 1. p. 663, col. 2

Iuri offerendi & soluendi ad inducendam actionem pignoratitiam præscribi non potest tom. 1. p. 663, col. 2

Quæ merè voluntatis & facultatis sunt præscribi nunquam possunt to. 1, pa. 663, col. 2

Præscriptio.

Negligentia creditoris potissima ratio est inducendæ cõtra perpetuas quoque actiones præscriptionis tom. 1, p. 575, c.1

Non valenti agere non currit præscriptio tom. 2, pa. 349, c.1

Quæ sint necessaria in proscriptione iuditoris palam facienda tom. 2, pag 54, col. 1, & 2

Qui rem præscripsit si iusiurandum deferat, perdit exceptionem præscriptionis tom. 1, pag. 130, col. 2

Differentia inter vsucapionem & præscriptionem tom. 1. pag. 354, col. 1

Exceptio præscriptionis eo modo introducta est quo S. C. Macedoniani videlicet non tam fauore debitoris quàm odio creditoris tom. 1, pag. 327, c.1

Exceptio præscriptionis quantumuis perpetua non parit condictionem indebiti, & cur tom. 1, pagin. 327, col. 1, & 2

Præsens.

Papinianus omnia ex præsenti statu constitui & æstimari vult, nihil omnino ex incerto futuri temporis euentu to. 2, p. 242, col. 2

Præsentia.

Ad translationem dominij tunc necessaria est rei præsentia, quando nulla præcessit traditio tom. 1, pag. 602, col. 2

Præsens contractui & tacens toties sibi nocet quoties alioquin euenire potest alterutrer contrahentium decipiatur qui præsentiam illam & taciturnitatem pro consensu tacito acciperet secus si contrahentes non deciperentur tom. 1. p. 724, 725, 727, & seq. præsertim 726

Etiam citra subscriptionem sola præsentia eius qui hoc ipso tacitè consentit, actui facit, vt perinde haberi debeat, ac si contraxisset, quoties negotium quod gerebatur pertinebat ad eum to. 1, p. 724, col. 1

Toties præsentia cum patientia & taciturnitate coniuncta nocet quoties is qui præsens fuit & tacuit alioqui decepisset contrahentem, & iustam eius ignorãtiam circumueniisset, non aliter tom. 1, pa. 727, in fi.

Præsentia, consensus.

Præsentia etiam cum taciturnitate & patientia cõiuncta pro consensu habetur quoties alius ex ea decipitur to. 1, p. 728, col. 2

Præses.

De authoritate & dignitate præsidis prouinciarum tom. 2, pagin. 11, col. 2

Præstatio.

Difficultas præstationis non excusat debitorem quia nihil habet commune, cum causa & iure obligationis & recedit ab impedimento naturali, respicitque tantùm facultatem personæ tom. 1, pag. 535, col. 1

Bonæ fidei iudicia nullam præstationem recipiunt quæ non nisi contra bonos mores & turpiter desideratur tom. 2, pag. 427, in fi.

Præstatio, actio.

Quisquis ideo tenetur quod habeat actionem, non ad aliud teneri debet quàm vt eam actionem præstet tom. 2, pag. 398, col. 1

Præsumptio.

Præsumptio iuris & de iure pro indubitata probatione est tom. 1, p. 129, col. 1

Præsumptio iuris quid operetur to. 1, p. 129, col. 1

Prætor.

Prætor licet non possit ius ciuile tollere nec quicquam contra facere, potest tamen actiones iure ciuili competentes dare vel denegare to. 1, pa. 109, col. 1

Quod fieri non potest æquè apud Prætorem impossibile est to. 1, p. 143, col. 2

De modicis non curat Prætor to. 2, p. 56, col. 1

Quo casu locum non habeat illud, De minimis non curat prætor tom. 1, pa. 637, col. 2

Prætor heredem facere non potest non magis quàm legem, sed tantùm bonorum possessorem tom. 1, pag. 338, col. 1

Prætor hereditatem deferre non potest, sed tantùm bonorum possessionem tom. 1, pag. 338, col. 1

De reuerentia prætori debita tom. 1, pa. 139, col. 1

Prætor præcipuus æquitatis custos, & magister est to. 1, p. 549, col. 2

De quibus causis prætor agnoscat tom. 1, p. 568, col. 2

Non debet priuati cuiusquam voluntas anteponi iussui prætoris tom. 2, p. 87, col. 1

Prætor dominium quiritarium non magis in alium transferre potest quàm legem facere, at verò bonitarium pignus potest tom. 1, p. 708, col. 1

Prætores sunt veluti viua vox iuris ciuilis tom. 1, p. 706, c. 2

Prætor nihil facit frustra tom. 1, pa. 549, col. 1

Prætor iudex.

Nomen iudicis & prætoris confundit Tribonianus tom. 2, pag. 400, col. 2

Prætor pignus.

Prætor effectum rei inspicit tanquã æquitatis custos & magister, non meram iuris subtilitatem, maximè verò in actione pignoratitia quæ tota prætoria est, & ex æquitate to. 1, pa. 666, col. 2

Precarium.

Quænam actio ex precario proficiscatur? tom. 2, pag. 157, col. 2

Actio de precario non datur in heredem, nisi de eo quod peruenit tom. 2, p. 93, col. 2

Precarium magis ad donationis & liberalitatis, quã ad contractus causam pertinet tom. 2, pag. 157, col. 1

Ex precario nulla ciuilis actio nascitur tom. 1, pa. 322, col. 2

Precariæ possessiones sunt iustæ quamuis non pergant vsque ad iudicij vigorem tom. 2, pag. 367, col. 1

Quoties debitor rem pignoratam precario rogauit, soluta pecunia, non minus precarium quàm pignus soluitur quia id actum videtur, vt eo vsque duntaxat & precarium & pignus teneret t. 1, p. 711, col. 2

Precarium rei propriæ consistere non potest tom. 1, pagin. 711, col. 2

Dominus re sua vti potest & precario & conducto dummodo solius possessionis non etiam proprietatis conductio aut precarium rogetur tom. 1, p. 720, col. 2

Precarium intempestiuè & ad nutum reuocari potest secus verò commodatum tom. 1, pag. 593, col. 1, & pag. 601, col. 1, & 2

Precarium nullam iuris obligationem continet tanquam quod reuocabile sit ad nutum concedentis tom. 2, pag. 157, col. 1, respectu scilicet concedentis secus respectu accipientis ibidem.

Precarij rogatio non proprietatem respicit, sed possessionem tom. 1, pag. 711, col. 2

Extincto pignore precarium durat nisi aliter sit conuentum tom. 1, pag. 711, & 712

BIU Cujas

Precarium, vsucapio.

An & quomodo per precarij rogationem factam à debitore qui iure bonæ fidei possessoris cœperat vsucapere, interpelletur vsucapio to.1.p.712,col. 2,& pag.713,col.1,&2

Precium.

Precium venditionis iuratum sequendum est & habendum pro vero quamuis sit iniustum tom. 1, p.135, col.1

Precium rei communis non est commune tom.2,pag.397,col.1

Differentia inter verum precium & iustum tom.1, pah.235,col.2

Precium formale quod dicatur? to. 2,p.230,col.1,& 235,col.2

Etiam in condictione furtiua precium succedit loco rei tom.1,pa.498, col.1

Cur precium solui debitori oporteat ante traditionem tom.1,p.135,col.2

Rerum precia communiter funguntur non ex adfectione & arbitrio singulorum tom.1,pa.208,col.1

In actionibus specialibus siue in rem siue in personam precium non succedit loco rei secus in actionibus vniuersalibus tom.1,pa.56,col 1

Aliud est res ipsa, aliud precium rei tom.1, pag.439,col.2

In iudicijs vniuersalibus precium semper succedit loco rei tom. 2, pag. 82,col.2,circa fin.

Permittitur domino rei suæ precium etiam iniustum & immodicum dum nec immensum constituere tom.1,pag. 226,col.1

Precium cuiusque rei nec potest nec debet statui quàm solius domini arbitrio t.1,p.226,col.1

De precio formali rei venditæ tom. 2,pag.286,col.1

Malæ fidei venditor obligatus ad serui mortui precium domino restituendum ad verum iustumq; precium obligatur non ad conuentum to.1,pag. 58,col.1

Pro diuersitate locorum & regionum diuersa sunt precia rerum tom.1,pag. 529,col.1

Princeps.

Inter ius & æquitatem positam interpretationem soli principi licet inspicere tom.1,pag.569,col.2

Principale.

Semper actio principalis tanquam maior tollit accessoriam tanquam minorem tom.2,pag.333,col.2

Priuilegium.

Cùm de priuilegiis tractant I. C. de personalibus semper actionibus tractant non de realibus tom. 2, pa.402, col.1

Aduersarius non debet vti priuilegio quin alter eodem contra eum priuilegio vti possit tom.1,pag.187,c.2

Facilius est vt priuilegium causæ acquiratur quàm priuilegium temporis, & ordo priuilegij quàm pignoris tom. 1,pa.646,col.2,in fi.

Priuilegia quanquam per se odiosa sint, nec nisi magnis de causis concedenda tanquam quæ per legem illam duodecim tabularum Priuilegia ne irroganto, si quando sunt concessa, religiosè conseruanda sunt tom 2, pag. 80,col.1, ea verò maximè quæ Interpretes nostri vocant In corpore iuris clausa ibid.col.2

Fideiussores nec heredes habent priuilegium principali aut defuncto competens, quia personæ non causæ est tom.1,p.344,col.2

Probare.

Paria sunt actorem nihil probasse & minus plenè probasse tom.1,pag.169, col.1

Intentionem implere est plenè probare t.1. p.176, col. 2,

Probatio.

Inopia probationum est si quis nullas habeat, defectus verò si quis semiplenas tom.1,pag.213,col.2

Quæ in animo consistunt solent esse difficilis probationis tom.1, pag. 548,col.2

Quomodo dignoscatur animus constituendi,& animus stipulandi tom.1, p.548,col.2

Probationibus semper succurrendũ est quantum fieri potest tanquam quæ sint fauorabilissimæ quod sine iis veritas rerum haberi non possit maximè aduersus dolosum tom. 2, pag. 393, in fin.& 394

Multa sunt iuris principia,multæque propositiones quæ ex vno tantùm iuris loco probari possunt, nec idcirco tamen suspectæ veritatis esse debent tom.1,p.474,col.2

An probationes in vno iudicio contra vnum factæ possint in alio iudicio & aduersus alium prodesse tom.1,pag. 127,col.1,& 2

In omnibus semper est eius probare qui dicit,non qui negat tom.2,pag. 275,col.1

Is qui dolo factum esse dicit, dolum probare debet tom.1,p.624.col.1

Is qui dicit probare debet, non qui negat to.1,pa 624,col.1

Amissionem rei probare debet qui dicit se rem perdidisse, culpam autem amissionis ille qui allegat tom.1,p. 624,col.1

Possessor probationis nullus onerator, quomodo is qui petitionis partes sustinet tom.2,pag.25,col.2

Actor qui habet probationes in ea actione quæ per inficiationem crescit, potest iusiurandum à reo delatum recusare nec tenetur referre, ne alioqui per probationem ex iureiurando factam amittat quod ex testium productione consequi potuisset tom. 1, pa. 168,c.1

Probatio dubia non concludens non releuat tom. 1, pa. 183, col. 1

Vna probatio potest alteram tollere tom.1.p.165,col.2

Iudex non alias criminum probationes admittere debet quàm quæ sint meridiana luce clariores tom.1,p. 100,col.2

Nemo potest ex sua confessione extraiudiciali de crimine condemnari, sed testibus in eam rem opus est probandi criminis gratia tom.1, pag.100, col.2,in fi. secus in ciuilibus ibid.

Nemo ex confessione sua iudiciali de crimine condemnari potest si non aliter cõstet de delicto t.1,p.101,in prin.

Inopia probationum est nullas habere omnino probationes tom. 1, p.179,col.1

Crimen fateri videtur qui de crimine transigit sanguinis pœnam non ingerente tom.1,pagin.162,col.2

Probatio dominij solet esse difficillima to.1,pag 595,col.2

Probationes veritatem non faciunt sed eam quæ est probant tom.1, pag. 557,col.1

Probatio tempus.

Debito existente sed nondum apparente secutis postea probationibus nõ ad probationum tempus referendum est debitum, sed probationes ad tempus debiti tom.1,p.557,col.1

Procurator.

An iniuria facta reo possit nocere procuratori eius tom. 1, pag. 147, col 1,& 2

Procurator etiam de leuissima culpa tenetur tom. 1, pagin. 275, col.2

Procurator cum libera rem domini pignori dare potest sicut & debitum exigere, & nouare, & aliud pro alio permutare tom. 1. pagin. 673, col. 2, non item si procurator simpliciter datus sit licet totorum bonorum ibid.

Procurator in rem suam constitutus si litem contestatus sit adeo domini litis & rei quæ in litem est deducta efficitur, vt à domino reuocari amplius non possit, nec mandantis morte huiusmodi mandatum finitur t.2, p. 369, col.2

Actus legitimi per procuratorem fieri non possunt tom.2,pagin.378, col.1

Si plus debito procuratori creditoris solutum sit, videri non potest indebitũ solutum creditoris nomine qui debitum duntaxat solui mandauit tom.1, pag.424,col.1

Parum distat inter procuratorem in rem suam constitutum & dominum tom. 2, pa. 370, col.1

Factum procuratoris negligentis imputari potest domino to. 1. pag. 342, col.1

Æquius pœnam negligentiæ procuratoris contumaciæ aut dolo adnexæ infligi procuratori quàm domino siue expensarum siue aliarum to. 1, p. 342, col.2

Procurator in rem suam constitutus quod facit alieno nomine, ad suum commodum suóque periculo facit, & perinde habendus est ac si suo nomine tom.1. pag.443, col. 1, & 2

Mortuo procuratore in rem suã constituto,re integra transit mandatum etiam in eius heredes tom.1,pa.443, col.2

Nemo procurator sit nisi vt in re aliena tantam præstet diligentiam quãtum in suis diligentissimus quisque præstare solet tom. 1, pag 635,col.2 in fi

Nemo procurator esse potest sine mandato to.1,pa.273,col.1

Procurator nomine absentis cõuentus obiiciens compensationem de rato cauere non tenetur to. 2, pa 371,& 372

Ex contractu procuratoris dominus vtili institoria sed non directa, actione tenetur tom.2,pa.61 col.2

Procuratoris persona licet sit libera, nudum tamen ministerium ei præstare intelligitur cuius procurator est tom 1, pag.558,col.1

Per liberam procuratoris personam nihil acquiri nobis potest,excepta sola possessionis causa quàm vtilitatis gratia excipi debere visum est to. 1, p. 558,c.1

In procuratorem quamuis condemnatum non debet fieri executio iudicati nisi aut in rem suam datus sit, aut vltrò liti se obtulerit to.2.p.50,c.1.& 2

De authoritate & potestate procuratoris cui libera rerum omnium administratio data est, & an sit maior, vel

BIU Cujas

æqualis cum authoritate tutoris vel curatoris to.2, p.50,c 2

Procurator qui pro alio se obligauit etiam si ex persona sua habeat aliquam exceptionem etiam mãdati agere potest contra eum t 2 p.354,c.2

Qui à sententia contra falsum procuratorem reddita appellat, hoc ipso falsi procuratoris factum habere ratum intelligitur to.1,pa.628,col.2

Procurator mandati fines egrediens falsus procurator est in eo in quo egreditur fines mandati tom.1, pa.149, col.1

Procurator ad agendum constitutus falsus procurator dicitur si exigat to. 1,p.149,col.1,

Procurator ad agendum constitutus iusiurandum referre non potest to.1, pag.149,col. 1,& 2

Procurator mandati fines excedere non debet tom.1,pag.148,col.1,& 2

An præsens duntaxat procuratoris domino debeat nocere, an etiam præteritus tom.2,pag.78,col.1,& 2

Factor vel procurator potest aliquem substituere inuito domino propter periculum quod est in mora tom.2.pag. 5,col.2

Procurator pignus.

Procurator mandatum habens generale pignori dare potest rem domini etiamsi mandatum non habeat ab homine consueto fœnerari, secus procurator bonorum vniuersorum tom.1, pa.673,col.2

Procurator, offerre.

Deterior est conditio procuratoris qui se liti obtulit quàm eius qui litem inuitus suscepit tom.2, pag.390, col.2

Procurator institor.

Cuius opera quis vtitur præsertim vt ex ipsius actu lucrũ capiat,eius quoque factum & dolum nocere æquum est tom.2,pag.78, col.1

Procurator, ratihabitio.

Cùm quis rerum suarum procuratorem constituit id quoque mandare videtur vt soluat creditoribus, nec est opus ratihabitione tom.1,pagin.341, col.1

Procurator substituere.

Generales administratores & procuratores ad negotia possunt alium substituere etiam sine speciali mandato secus procuratores ad lites ante litem contestatam tom.2,pag.5,col.2

Procurator, iusiurandum.

Delatio iurisiurandi à procuratore generale mandatum habet, & cum libera rata haberi debet tom. 1, p. 145, col.1

Procurator, dolus.

An de procuratoris dolo excipi possit aduersus ipsum procuratorem agentem nomine procuratorio t. 2, p. 192, col.2

Prodesse.

Quod vni prodest & alij non nocet facile conceditur tom.2,pag.281, col.1

Prodigus.

Prodigus neque modum neque finem habet impensarum tom. 1, pag. 193,col.1

Producere.

Pluribus vno eodemque instrumento scriptis is contra quem producitur instrumentum, potest illud pro parte acceptare,pro parte refutare tom.2,p. 420,col.2

Qui instrumentum in iudicio producit potest protestari nolle se producere nisi in fauorabilibus & quatenus facit pro producente tom.2.pag.420, col 2

In Rota Romana instrumentorum omnium productio fit per compulsum ne vlla ex parte possit productio nocere producenti tanquam facta ex necessitate tom.2, pag.420, col.2

Productio.

Productio voluntaria semper probat contra producentem secus necessaria tom.2, pag.420,c.2

Prohibere.

quod vna via facere prohibitum est, alia fieri non debet ne alioqui facile fraus fiat legi & senatusconsulto to.2, pag.112,c.1

Prohibitio.

In dispositione prohibitiua non videntur prohibita ea quæ iuridica sunt tom.1,p.341,c.2

quod vna via prohibetur altera concedi non debet tom.1,pag.370, col.2

Promissio.

quomodo æquiparẽtur promissio & solutio tom.1,pag.345,col.1,& 2

Promissio facta in vnum casum non debet porrigi ad alium præsertim contrarium & omnino diuersum tom. 1, pag.279,in fi.

Promissio facti alieni non valet t.1, pa.45,col.1.

Promissum.

Nihil interest an promissum quid sit per stipulationem,an per actum,incontinenti appositum quando tale est, quod etiam per pactum promitti possit, ita vt ex eo pacto detur actio tom. 1, pag.63,c.2

Promissum simpliciter, per stipulationem promissum intelligitur,nisi paciscendi tãtum animo promissum proponatur tom. 2. pag. 297, col. 1

Promittere.

qui promittit curare decem ab alio dari an sit ex ea stipulatione aut promissione obligatus, & ad quid teneatur? tom.1pag.95,col.1,& 2

Promittere stipulatio.

quoties negotium inter præsentes gestum est solum promittendi verbum sufficit, licet commune sit pacto nudo, constituto & stipulationi, vt stipulatio interposita esse intelligatur tom.1,pa. 583,col.1

Prope.

Prope est, idem est atque, magis est tom.2,pag.344,c.2

Propositio.

Vniuersalis negatiua non potest dici falsa priusquam in quolibet particulari suo sit impossibilis tom. 1, pag. 637,c.2

Propositio indefinita æquipollet vniuersali tom.1,pag.657,col.1 eadem scilicet subsistente ratione omnium sub indefinita comprehensorum ibid.

Propositum.

Propositum in mente retentum in mente vnius ex contrahentibus nihil operatur tom.1,pa.416,col.1

Propositum in mente retentum nihil operatur tom. 1, pag. 331, col. 1, in fi.& 2

Proprietas.

Nihil cõmune habet possessio cum proprietate si vtraque in abstracto sumatur secus si in concreto tom. 1, pa. 354,c.2

Differẽtia inter proprietatem & possessionem tom.1, pag.715,col.2

Plena non fit proprietas antequam vsusfructus redeat ad proprietatem,neque tum cùm redit sed postquàm rediit tom.1,p.684,col.1

Proscribere.

Leges quomodo palam proscribi solerent tom.2,pag.54,c.2

Proscriptio.

Proscriptio quid sit tom. 2, pag. 377,col. 2

Proscriptio contrahere.

qui post proscriptum accedit ad contrahendum eam legem sequi videtur quæ proscripta est & ad quam fuit inuitatus tom.2, pag. 377,c.2

Prospicere.

Debet prætor id quoque prospicere quod potest euenire tom. 2, pag.234, col.1

Protestatio.

Protestatio & denunciatio inhibitoria eius actus ad quem quis tenetur nullius est momenti, in plerisque tamen casibus valet tom.1, pag.587, col.2

De effectibus protestationis tom. 1,pag.545,col.1

Prouincia.

An aucto regno prouincia superaddita iisdem quibus regnum legibus & constitutionibus regi debeat tom.1, pag.684,c.2

Pubes.

Authent. sacramenta puberum. C. si aduersi vendit. etiam locum habet in pubere curatorem habente tom.1,pa. 219,c.2

Pubes curatorem habens res suas alienare nõ potest sine curatoris authoritate tom.1, pagin.219, in fin. & 220, col. 1,& 2

Publiciana actio.

Cui competat Publiciana in rem actio ex præstito iureiurando tom.1,p. 122, col 2. & 126, col.2, & cui detur directa Publiciana tom. 1, pag.130, col,2

Publicum.

Boni publici causa etiam priuata vtilitati quilibet anteponenda est to. 2,p.133,col.1,& 2

Pupillus.

Pupillus extra causam hereditatis ex omnibus causis sibi acquirere potest sine authoritate tutoris tom.1,pag.342, col 2

Pupillus etiam mutuam pecuniam accipiens sine tutoris authoritate ne quidem iure naturali obligatur quanuis obligetur naturaliter tom.1,pagin. 547,col.2

BIU Cujas

Naturalis obligationis quæ ex pupilli promissione oritur nulli sunt effectus ciuili iure siue ad inducendam exceptionem, siue ad deductionem, aut retentionem, aut compensationem secus si ex mutuo nascatur tom.1,p. 547,col.2

Ideo pupillus actione tutelæ tenetur quia tutor facto & sumptu suo acquisiuit actionem pupillo tom.1,pag. 423,col.2

In negotio gerendo neque scientia neque ignorantia pupilli valdè attenditur qui nec quicquam scire in ea ætate intelligitur tom.1, pag. 423, col.2

Pupillus potest esse deterioris condicionis ob hoc ipsum quod sit melioris tom.1,pag.218,col.2

Pupillus sine tutoris authoritate obligari non potest nec magis re & traditione, quàm nudo consensu tom. 2, pag.389,col.1

Pupillus pubertati proximus est cui semestre tantum deest ad pubertatem tom. 2, pag. 380, col.2

Pupillus pubertati proximus doli capax esse potest in his præsertim quę nõ magnam machinationem exigunt to. 2,p.380,col.2

Pupillus licet iurare falsum possit, peierare tamen non potest tom.1,pag. 153,col.1

Casus in quo etiam pupillus potest iurare ad se obligandum tom.1, pag. 153,col.2

Contra iuris ciuilis regulas promittit pupillus sine tutoris autoritate,non autem mutuum contrahit tom.1, pa.407,col.2

Pupillus alij stipulanti promittendo aliquid sine tutoris authoritate naturaliter obligatur to,1.pa.23, col.1,& 2, & pag.25,c.1

Pupillus priuilegium prælationis habet inter cæteros omnes creditores personalem duntaxat actionem habentes tom. 2, pag.254,col.1

Pupillus sine tutoris auctoritate obligatus fideiussorem dare potest tom. 1,pag.407,c.1

Pupillus sine tutoris auctoritate contrahens parum distat à furioso tom.2, pag.407,col.1

Pupillus cum stipulanti sine tutoris auctoritate promittit fideiussorem dare potest tom.1,pag.384,col.1

Speciale ius est pupilli vt ex stipulatione tutoris qui aliquid ex re pupilli stipulatus est, vtilis actio acquiratur t.1, p.653,col.1

Ex nullo contractu obligatur pupillus absque tutoris authoritate to.2.p. 51,col.1

Contractus cum pupillo celebratus vltrò citróque obligatorius claudicat nec ex latere pupilli subsistit tom. 2, pag.451,col.1,&2

Qui cum pupillo non contraxit expectare pubertatem pupilli non debet tom.2,pag.160,col.1

Cùm ex dolo tutoris pupillus factus est locupletior & actione tributoria pupillus tenetur, & alia qualibet actione quæ dolum exigat sicut & doli mali exceptione tom.2, pag. 76, col.2

An ex dolo tutoris pupillus teneatur to.2,p.76,c.1,& 2

Pupillus qui pubertati proximus est & doli & iniuriæ faciendæ capax esse creditur in iis præsertim quæ non magnam doli machinationem desiderant tom.2,pag.76,& 77, secus si sit proximus infantiæ ibid.

Pupillus nihil scire intelligitur, nisi quod tutor ipse sciat siue infantiæ proximus sit siue pubertati tom.2,pag. 77,col.1

Pupillus etiam sine tutoris authoritate de peculio obligatur ex contractu serui tom. 2, pagin. 143, in fin. & 144, col. 1

Ignorantia pupilli quæ per ipsius ætatem contingit, non debet esse aliis damnosa & captiosa tom. 1, pag.52, col.2

Pupillus heres præponentis institorem per contractus ab institore post mortem præponẽtis celebratos si eum non remoueat,obligatur institoria to. 2,pag.52,col.1,& 2

Pupillus locupletior factus obligatur ciuiliter,& conueniri potest vtili actione tom. 2, pag. 52,col.2

Iniquum est eum cogi qui cum pupillo non contraxit pupilli expectare pubertatem tom. 1, pagin 217, col.2

Si pupilli procurator aut actor à tutore cõstitutus indebitum soluerit, potest pupillus tutore autore ratam habere solutionem adeóque sine tutore si id vtile pupillo futurum omnimodo sit t.1.p.342,col.2

Pupillus sine tutore neque condemnari neque haberi pro condemnato potest t.1,p.143,col.1

Casus quo deterior sit pupillorum condicio quàm cæterorum tom. 2, pag.63 col.2

Pupillus in ætate pupillari adhuc constitutus rationem à tutore suo exigere nunquam potest tom.1, p.219, col.2

Ætas pupillaris neque scire neque decernere quenquam potest tom.1,p. 216,col.1

Pupillus non eligit tutorem, sed in eum incidit tom.2,p.76,c.2

An ex dolo tutoris, aut curatoris, aut administratoris, teneantur pupillus,furiosus & alij, licet nihil ad eos peruenerit to.2,pag.191,col.1, & 2

Cauendum est ne dum nimia subtilitate circa res pupillorum vel furiosorum vtimur iis potius noceamus tom. 2,pag 191,col.2

Rei à tutore vel curatore eius nomine ex pecunia pupilli vel minoris emptæ dominium & vindicatio saltem vtilis acquiritur ipsi pupillo tom.1,p. 59,col.1,in fi.& pag.60.col.2

Differẽtia inter pupillum,prodigum, & furiosum in negotio gerendo tom. 1, pag. 25, col. 1, & 2

Pupillus sine tutoris authoritate soluens quod vel naturaliter vel ciuiliter debet solutum repetere potest tom.1, p.50, col.1

Pupilli persona fauorabilissima est & multa meruit priuilegia tom.2,p. 63,col 1

Pupillus omnia facere potest tutore authore, etiam ex quibus deteriorem conditionem suam facturus sit tom.2, pag.314,col.2 secus si sine tutore ibidem

Non minus prætor quàm ciuile ius & pupillis & furiosis fauere quos videt non possit sibi cõsulere, pupillum quidem vitio ætatis, furiosum autem vitio animi t.1,p.593,col.1

Pupillus serui creditor omnibus creditoribus præfertur excepto domino tom.2,pag.255,col. 1

Nominibus ex re pupilli factis quæ actio pupillo acquiratur in debitores si ipse stipulatus sit, quæ verò si tutor? tom 2.pag 255, col 1, quæ si verus tutor,quæ si falsus? col.2

An & quomodo pupillus obligetur naturaliter sine tutoris authoritate promittendo? to.1, pa.202,col.2 & 203, c.1,& 2

Pupillo curator non datur nisi iam tutorem habeat tom. 1, pagin. 218, col.1

Pupillus potest se abstinere hereditate etiam cum tutore authore se immiscuit, & citra restitutionem in integrum to.2,p.63,col.2

Qui cum institore post mortem præponentis contrahit, quomodo pupillum filium habeat obligatum licet mortem sciuerit tom. 2, pagin. 63, col. 2

Pupillus pubertati proximus est qui sex tantùm mensibus distat à pubertate tom 2,pag.77,c.2

Dolus pupilli pubertati proximo no debet esse impunitus t.1,p.593,col.2

Ex contractu cõmodati pupillus naturaliter obligatur tom.1, pag.593, col.2

Pupillus habet priuilegium tacitæ hypothecæ tom. 2, pag.254, col.1

Ex causa tutelæ per seruum administratæ toto eo tempore quo liber esse credebatur, An pupillo competat actiõ de peculio,an verò vtilis actio quasi tutelæ tom.2, pag.256, col.2,& pag. 257,col.1

Pupillus habet actionem tutelæ à filio administratæ de peculio in patrem tom.2,pag.257,col.1

Retractatio authoris circa obligationem qua pupillus sine tutoris authoritate contrahens teneatur t. 1, p. 203.col.1,& 2

Pupillus sine tutoris authoritate promittens obligatur naturaliter non tantùm si nouandi animo quis à pupillo stipulatus sit, sed etiam si ex alia quàm nouationis causa, pupillus aliquid per stipulationem promisisse datur,non autem iure naturali t.1,pag. 203,col.1

Differentia inter obligationem naturalem qua tenetur pupillus sine tutoris authoritate mutuam pecuniam accipiendo, & eam qua tenetur promittendo to.1,p 203,col.1.& 2

Qua ratione fieri possit vt contingat liberatio ex solutione per pupillum facta sine tutoris authoritate t.1, p.51,col.1,& 2

An fieri possit vt pupillus etiam naturaliter tantùm obligatus nec factus locupletior, naturalem obligationem nihilominus velit agnoscere nec vnquam repetere? tom. 1, pag.51,col.2

An soluti sine tutoris authoritate repetitio comperens pupillo,etiam comperat eius heredi tom.1,pagin.51, col 2

Pupillus mutuam pecuniam accipiendo naturaliter obligatur cum effectu si nõ sit factus locupletior, ciuil tẽ verò si non sit factus locupletior to.1, pag.204,col.2

Iusiurandum à pupillo præstitum sine tutoris authoritate pecuniam mutuam accepisse non prodest fideiussori, secus si iurauerit pupillus se pecuniam non accepisse tom.1,p.204,col.2

Imputare sibi debet qui pupillum alicui administrationi præest tom.2,p. 161,col.1

Iudicium quod pupillo deest suppleri per tutorem potest secus iudicium quod furioso per curatorem to. 2. pag.161,col.1

BIU Cujas

Pupillus ex mutuo factus locupletior potest ciuiliter obligari tom.2, p.334.col.2

Quicquid bona fide ante abstentionem à pupillo, aut à tutoribus gestum est, id omnimodo seruari & ratum haberi debet tom.1,pa.430,col.2

Causa cur alienatio vel datio pignoris rei pupillaris vel minoris permittitur, vel alia esse potest, quàm æris alieni exsoluēdi gratia quod fortè sub grauioribus vsuris pupillus debebat tom. 1,p.679,col.1

Vtilis actio datur in pupillum & furiosum locupletiorem quoquo modo factum ex aliena iactura tom. 1, pa. 595,c.1

Pupillus locupletior factus comparatur pupillo doloso tom.1, pag. 595, col. 1, & differentia inter vtrumque ibid.

Actio vtilis quę contra pupillum aut furiosum,datur ex commodato non est datiua sed natiua tom.1, pa.595, col.1

Quando pupillus ex aliena iactura factus videatur tom.1,pag,595,col.2

Obligari nullo modo pupillus potest sine tutoris authoritate quoties obligatio ex persona non ex re venit to. 2, pa.314,col.1

Sublata est iure nouo differentia inter res mobiles & immobiles pupillorum vel minorum ratione alienationis vel pignoris dationis to. 1. pag.679, col.1

Pupillus etiam sine tutoris authoritate stipulando & acquirēdo alium quēlibet sibi potest obligare tom.1, p. 723,col.1

Pupillus præsens si tutoris quoque autoritatem præsentem non habeat, pro absente habendus est to.1,pa.385, col.2

Plus est teneri pupillum aut furiosum aliqua actione siue ciuili siue honoraria, quàm obligari eos ciuiliter tom.1,pa.594,col.2

Pupillus debitum soluere non potest sine tutore, quamuis tutore authorecontractum ideo repetit tom.1,p. 349,col 2

Vtilius est patris consilium pupillo quàm tutoris tom.1,pagin.144, col.2

Pupillus non contrahit cum tutore sed incidit in tutorem to. 2, pa.152, col.1

Cur pupillus non nisi finita tutela, agere tutelę possit tom.2,pagin.211, col.1

Pupillus sine tutoris authoritate negotium gerere non prohibetur, sed se obligare to.1,pag.25, col.2

Cum pupillo contrahere videtur is qui cum seruo ipsius contrahit ex ea causa ex qua pupillus ipse de peculio teneatur tom. 2, pa. 144, col. 1

Pupillus ex alieno damno factus locupletior, naturaliter & ciuiliter obligatur tom.2,pag.379,in fi.

Pupillus etiam sine tutoris authoritate naturaliter obligatur ex causa mutui accepti tom. 2,pa.381.col.2

Quando sine tutoris authoritate pupillus priorem obligationem nouare possit? tom.1,pag 123,col.2

Pupillus tutor.

Cur detur tutor pupillo tom. 2, pag. 144, col. 1, & 2 de tutoris authoritate ibid. & quæ tutor sine authoritate iudicis facere non possit ibidem, col.2

Differentia inter pupillum tutorem habentem & puberem curatorem habentem tom.1, pa.219, col.2,& 220, col.1,& 2

Pupillus depositum.

An & quomodo in pupillū apud quē sine tutoris authoritate depositum est depositi actio detur? tom. 2, pag. 380, & 381

Pupillus obligatio.

An pupillus naturaliter sit obligatus sine tutore contrahens, si locupletior factus non sit, & quomodo to.1,p. 349,col.1,& 2

Pupillus promittere.

Casus in quo pupillus fit locupletior promittendo tom. 1, pag. 23, col.2

Pupillus obligare.

Qui obligatur saluam fore rem pupilli non obligatur de quolibet singulari tom.2,pag.152,col.1,& 2

Purum.

Nihil interest inter actum purum & purificatum to.1, p. 244, col.2

Q

Quæstus.

Qvæstus appellatione quid contineatur to.2,p.61,col.1

Qualitas.

Leuis est qualitatis adiectio tom. 2, pag.195,col.1, in fi.

Quandoque.

Quandoque non, ideſt nunquam, tom.1.p.193,col.2

quandoque differt ab aliquando to.1, p. 193 col.2

Quantitas nummus.

In nummis non tam corpora ipsa quæ soluantur, quàm quantitas ipsa quæ ex iis efficitur,consideratur tom. 1,p.360,col.1

Quartæ.

Differentia quartæ Falcidiæ, & quartæ Pegasianæ tom.1,pag.328, col.2

Quarta legatorum acquiritur heredi ipso iure, quarta fideicommissi non item, sed tantùm per Pegasianum t.1. p.331,col.1

Potest testator de iure veteri supra dodrantem fideicommittere sicut & de iure nouo, non autem legare tom. 1,pag.329,col.2

Quasi.

Quasi aliquando sumitur pro quia tom.1,pag.62,col.2

Querela.

Inofficiosi querela proponi non potest nisi post aditam ex testamento hereditatem tom.1,p.332,col.2

Querela.

Querela inofficiosi patremfamilias facit intestatum, interdum etiam facit pro parte testatum & pro parte intestatum tom.1,p.332,col.2

Quisque.

Dictio *Quisque* distributiua est vniuersalis, Dictio *Quisquis* distributiua particularis tom.1,pag.657,col.1

Articulo *Quisque* omnes significantur,in sensu scilicet distributiuo, secus in collectiuo tom. 1, pag.657, col 1 in fine.

R

Rapina.

Rapina, neque furtum rei immobilis, neq; fieri potest, tom.1, pag.507, col.2

Raptor.

Raptoris pœna quadruplum est to.1,pag.619,col.2

Raptor fur.

Raptor fur est,& quidem improbus tom. 1, pag.488,col.1

Raptor furtum.

Cur actio vi bonorum raptorum nō detur nisi ad triplum, cùm actio furti manifesti detur ad quadruplum tom. 1,pa 488, col.1,&2

Ratihabitio.

Casus in quo ratihabitio non habet vim & effectum mandati tom.2,pag. 287,& 288

Tantùm potest comprobatio patris ad validandum filiifamilias contractū, quantum iussus, antequàm contractū sit tom.2,pag.134,col.2

Ratihabitio facit negotium domini cuius anteà non erat, licèt ipsius nomine & contemplatione gestum esset tom.1.pa. 341, col. 2,

Ratihabitio licet mandari æquiparetur,attamen neque mandatum,neq; iussum est t.2,p.287,col.2

Ratihabitio post l.vlt.C. de S.C.Macedon.ferè in omnibus æquiparatur mandato tom 2,pag.125,c.1,& 2

Pater contractum filij in parte adimplendo totum ratum habet tom. 2,pag.125,col.2

Negotium quod alicuius nomine gestum non est, non potest ratum habendo facere suum to.1.p.737,co.2

Ratihabitio nunquam retrotrahitur in præiudicium iuris, interim quæsiti tertio, sed tantùm in præiudicium ratum habentis tom.1,p.689,col.2

Ratihabitio licèt non possit meum facere negotium quod meo nomine gestum non est,vt ex eo negotio actionem habeam negotiorum gestorum, mihi tamen nocet quantum ad hoc, vt negotium quod fuerat inualidum confirmetur tom.1, pa.689,col.2

De ratihabitionis effectibus tom.1 pa.37, col.2

Ratihabitio non potest meum facere negotium nisi illud demum quod meo nomine gestum est tom. 1, p. 688,col.2

Ratihabitio in omnibus iis quæ à voluntate ratum habentis dependent, mandato æquiparatur tom.1,pag. 688, col. 2

Ratihabitio facit meum negotium quod meo nomine ab alio gestum est tom.1, pa.7,col.1,in princ.

Ratihabitio non mandati,sed negotiorum gestorum actionem parit tom. 2,pag.42,col.1

Præcedente mandato frustra expectatur ratihabitio tom.1,pa.341,col.1

Ratihabitio non æquiparatur mandato in his in quibus mandatum præcedere debet tom.1, pag.50, col.1

Ratihabitio æquiparatur mandato speciali t.1,p. 145.col.2

BIU Cujas

Ratihabitio æquiparatur mandato quantum ad hoc vt quod negotiorum gestor fecit citra mandatum secuta ratihabitione à domino ipso factum videatur tom.2,pag.50,col.2

Ratio.

Vbi eadem est ratio ibi idem ius constituendum est tom.2,pagin. 316,col.2

Ratio heres.

Cur ex pluribus heredibus eius qui rationem reddere debuit is solus actione in factum cogendus sit reddere qui eas possidet tom.1.pag. 487, col.2

Ratum.

Ratum non habet prætor id quod siue per restitutionem in integrum siue quo alio modo rescindit tom.1,pa. 193,col.2

Effectus cautionis de rato vnius est vt quis indemnitatem consequatur tom.1,pag.145,col.2

Reconuentio petitio.

Reconuentionis & mutuæ petitionis priuilegium illud est vt vna eadéq; sententia terminari debeat & ab eodem iudice tom.1,pa.386,col.1

Reddere.

Verbum reddendi habet & per se dandi significationem tom.2, pagin. 389,col.1

Redemptio.

Redemptio est secunda emptio tom.1,pag.274,col.1

Redemptor.

qui sint redemptores tom.2,pag. 44,col.1,& 2

Referre reddere.

Verbum referendi etiam deferendi significationem continet sicut & verbum reddendi significationem dandi tom.1,pag.151,col.1,& 2

Regressus.

Remittentibus aut suas actiones aut suas exceptiones non datur regressus tom.2,pagin.131,col.1

Regulæ.

Regula æstimanda est ex iure,veraque iuris ratione non ex exemplorum multitudine tom.1,pag.473,col.2

Releuare.

qui in vno grauatur in alio debet releuari & è contra tom.1,pag.167, col.2

Relinquere.

qui non nisi alicuius nomine facere aliquid aut præstare tenetur, potest etiam rem derelinquere tom.2,pagin. 87,col.2

Remissio.

Nemo videri potest repudiare aut amittere ius quod sibi competere ignorat tom.1,pag.369,col.2

quænam exceptiones à reo remissæ videantur tom.1,pag.552,col.1

Remissio constitutum.

qui constituit debitum aduersus petitionem cuius aliqua exceptione tutus erat,eam exceptionem remisisse videtur tom.1,pag.551,col.2,& 552,col,1

Remissio præsentia.

Non videtur ius suum remisisse ne quidem pignoris ille qui tantum sciuit alienationem rei obligatæ nec contradixit aut de iure suo vt sibi saluum esset protestatus est quia nimirum sciuit ius suum durare, secus si præsens fuit & tacuit tom.1,pagin.726,in fi.& 727,col.1

Remittere.

Remittentibus actiones aut exceptiones suas nullus ad eas dari regressus debet tom.2,pagin.331,col.1

Non videtur quisquam remisisse ius illud quod ignorauit sibi competere tom.2,pagin 202,col.2

Renunciare.

quilibet potest suo priuilegio renunciare tom.1,pag.345,col.2

Potest quilibet iuri pro se introducto renunciare tom.2,pag.125,col.1

Cuilibet iuri suo renunciare licet, nec iura sua remittenti datur ad ea regressus tom.1,pag.649,col.1

Renunciatio.

Neque mulier S.C. Velleiano,neq; filiusfamilias Macedoniano renunciare potest tom.1,pagin.404 col.1

Renuncians omni legum auxilio eadem facilitate renunciat,qua soluit indebitum tom.1,pag.444,col.1,& 2

quoties quis renunciat omni iuri quod in aliqua re habet vel habere potest,aut posset, renunciatio debet intelligi,rebus sic se habentibus,id est de iure quod sit præsens & iam natum vel re vel spe non de illo etiam quod postea ex noua causa superuenire possit tom.1,pagin.294,col.2

Repetere.

Aliud pro alio per errorem soluens etiam volenti creditori repetere potest pag.360,col.1, & 2

quo casu non debitor, soluens alteri quod ei debetur repetit tom.1, pag.359,col 1,& 2.& pag.360,col.1,& 2

Mulier sciens matrimonium nullum pecuniam in dotem datam repetere non potest,si cum scelere dantis matrimonium sit nullum secus si sit nullum sine scelere tom.1,pag.246,col.1

Mutua pecunia à curatore per ignorantiam soluta repeti debet tom.2 pa. 126,col.1,& 2

Curator de sua pecunia debitum minoris tuti exceptione Macedoniani soluens, an & à quo repetere possit tom.2,pag.126,col.2

Pecuniam filiofamilias donatam vel simpliciter, vel ea lege vt mutuo acceptam contra Macedonianum solueret an & quis repetere possit, si eam vel soluit vel non soluit tom.2,pag. 127,& 128

Heres institutus sub ea condicione si decem Titio dederit, si conditionis implendæ causa dederit, mox repudiauerit hereditatem datam pecuniam repetere potest tom.1,pagin. 244, & 245, si scilicet sit extraneus secus si sit suus pag 245,col.1

An debitum in tempus mortis ante mortem solutum repeti possit tom.1, pag.356,col.2

Debitum condicionale cur deficiente condicione repeti postea non possit tom.1,pagin.356,col.1

An debitum in diem ante diem solutum possit repeti tom.1,pag.345, col.1& 2, & 346,col.1

Differentia inter petere, & repetere tom.1,pag.356,col.1

Verus debitor per iniquam sententiam absolutus solutum non repetit, quia naturaliter remanet obligatus tom.1,pag 359,col.1

quæ actiones competant ad repetitionem pecuniæ pro commodato restituendo datæ tom.1,pa.322.col.1

quando actione bonæ fidei repeti possit illud ipsum quod datum est? tom.1,pagin.322,col.1

An pater vel dominus qui pro filio aut seruo per imprudentiam plusquam in peculio sit soluerunt repetere possint solutum tom.1,pa.346,col.1,& 2

Datum ne propter crimen quis puniatur licet per condictionem ob turpem causam non repetatur, per actionem tamen quod metus causa repetitur tom.1,pag.314,col.2

Debitum conditionale ante condicionem solutum repeti potest tom.1, pag.346,col.2

Repetere condicere.

Ex quantitate æris alieni quandocunque emergentis legata soluta per condictionem indebiti repeti possunt tom.1,pa 334,col.1

Repetitio.

Is repetitionem habet qui dicit se sic soluere vt reddatur si apparuerit esse indebitum tom.1,pagin.331,col.1,secus si non dicat sed tantū habeat mentem repetendi ibid.

Acceptæ pecuniæ vt à lite discederetur causa secuta cessat repetitio tom. 1,pag 244,col.1,& 2

Dati ob causam non turpem aut inhonestam causa secuta vel quæ sequi adhuc possit cessat repetitio tom.1,pa. 244,col.2

Neque tutor, neque curator,neque procurator soluentes repetere possunt, nec interest suamne, an pupilli vel domini pecuniam soluerint, dummodo non suo sed pupilli vel alterius nomine tom.1,pag.423,col.2

Coheres totum defuncti debitum suo nomine soluens partem indebitam à se repetere potest tom.1,pag.386, col.1,& 2,& pag.seq.col.1,& 2

Mulier putans se pro alia obligatam dotem solutam repetere potest tom 1, pag.390,col.1,& 2

Ad impediendam repetitionem sufficit quod quis se putet condemnatum licet reuera non sit condemnatus tom.1,pag.91,col.2

Per errorem soluti contra S.C.Macedonianum crediti à filio non datur repetitio tom.1,pag.40, col.2,& 41, col.1,& 2

Repetitionis nomine etiam vindicatio interdum significatur tom.1,pa. 330,col.1

Repetitionis nomen latius patet quàm condictionis tom.1,pagin.385, col.2

Legata soluta quæ debita fuerint ex eo testaméto ex quo minor adierat hereditatem quam postea per restitutionem in integrum omisit repeti possunt tom.1, pag.337,col.2,& pag.338,col.2

Neque tutores neque procuratores soluentes debitum nomine pupilli siue de pecunia sua, siue de pecunia pupilli repetere possunt, & quomodo tom.1.pag.340,col.2.& 342,col.1

Libertas operas fabriles & artificiales patrono solutas quamuis nunquam promissas repetere non potest tom.1, pag.379,col.1

Cur frater à fratre cùm in eiusdem

BIU Cujas

patris potestate essent mutuo datam pecuniam si soluit post mortem patris, sit repetiturus, & pro qua parte tom.1,pag.396,col.2,& 397,2col.1,& 2

Reus fideiussoris exceptione perpetua tuti heres debitum solutum repetere non potest tom.1,pagin 388, col.2,& pagin.389,col.1,& 2

Vsuris indebitè solutis supra modum legitimum sors postea soluta repeti potest tom.1,pa.371,col.1

qua actione venditor fundi seruitutem quam excipere debebat repetere possit tom.1,pag.363,col.1,& 2

Delictum sub duabus condicionibus se nimium contradicentibus, ante cõdicionis euentum solutum repeti non potest tom.1.pag.428,col.1

Vsuræ vltro & liberaliter solutæ ac donandi animo supra legitimum modum repeti possunt tom.1,pag.370, col.2

Precium solutum ex emptione rei suæ repeti potest tom.1,pag.396,col. 1,& 2

quod indebitum soluitur aut ipsum aut tantundem repetitur tom.1,pag. 438,col.1

Id quod naturaliter tantum fuit debitum quocũque facti errore solutum sit non repetitur tom.1,pag.427, col.2

Fideiussor iure liberatus reo licet manente obligato & è contra solutam errore pecuniam repetere potest tom. 1,pag.426,col.1

Debitor tutus exceptione perpetua quæ non in sui fauorem sed in odium creditoris introducta est debitum solutum repetere non potest tom.1, pag.376,col.2

Debitor quasi ex compromisso condemnatus falsò soluens repetere potest to.1,pag.377,col.1,& 2

quod ex alieno apud alium sine causa nulloque iure esse reperitur ex bono & æquo auocandum est, ex ea scilicet æquitate quę iuris naturalis est & gentium tom.1,pag.441,col.1

qua ratione probetur debitum à patre obligato naturaliter solutum filio emancipato repeti non posse tom.1, pag 401,col.1,& 2

Solutum causa transactionis super lite calumniosa repeti potest,super lite autem iniusta non potest tom.1,pag. 434,col.2,& pag.435,col.1

Indebitum pietatis causa solutum repeti non potest tom.1,pag.389, col.1,& 2

Mater indebitam dotem filiæ solutam repetere non potest tom.1,pag. 389.col.1,& 2, nisi vno casu singulari ibid.

Si absolutè sit impossibile causam sequi ob quam aliquid datum est repetitio cessat tom.1,pa.455,col.1

quibus casibus persona locum faciat repetitioni non opus illa restitutione in integrum tom.2 pag.126,col.1

Si duo rei debendi plus debito soluerunt cui competit indebiti soluti repetitio tom.1,pag.361,col.1,& 2

Repetitio rei donatæ nulla vnquam est nisi cum donatio facta est ob causam aliquam finalem quæ secuta non fit tom.1,pag.415,col.2

qui inuicem creditor & debitor est in quibus casibus compensatio non habet locum solutum repetere non potest, sed habet tantum sui crediti repetitionem tom.1,pag. 385, col.1,& 2, in fi.& pag.386,col.1,& 2

quod dominus seruo debuit, manumisso soluit repetere non potest tom. 1,pag.432,col 1,& 2,& pag.433,co.1, & 2

Ad impediendam repetitionem sufficit vt quis se putet condemnatum à iudice secus ab arbitro tom.1,pag.376, & 377,col.1,& 2

Datum propter transactionem super re iudicata initam repeti potest tom.1,pag.365,col.1 & 2

quod pater filio suo debuit si emancipato soluerit non potest repetere tom.1.pag.400,col.2

Iustiniani constitutio in auth. ex causa C.de lib.præter.qua ex causa siue præteritionis siue exheredationis rupto vel irrito facto testamento solæ institutiones corruunt,legata autem & cætera firma remanere non porrigitur ad testamenta per agnationem posthumi rupta ex quibus soluta legata repetantur. tom.1,pag 336,col.2

Solutam ob causam non obligatoriam repeti non potest tom.1,pag. 416,col.1

An seruus debitum naturaliter,solutum vel à se vel ab alio suo nomine repetere possit tom.1,pag.348, col.1,& 2

Cuius per errorem soluti repetitio est, eiusdem consulto dati donatio est nisi persona soluenti locum faciat repetitioni,aut nisi ancipiti animo facta sit solutio ab eoque dubitabat an deberet necne tom.1,pag.329.& 330,in princip.

Heres qui non consulto sed per errorem facti integra legata, vel fideicommissa siue visibilia siue singularia soluit repetitionem omni casu habere potest,sed cum qua differentia? tom. 1, pag.330,col.1

Pupillus prodigus & furiosus debitum sine tutoris & curatoris autoritate solutum repetere possunt tom.1,pag. 384,col.1, & 2, etiam sine in integrum restitutione ibid.

qui certo loco debere existimans indebitum soluit,quolibet loco repetere potest tom.1,pag 383,col.1,& 2

Verus debitor pendente iudicio ante sententiam soluens repetere non potest tom.1,pag.426,in fin.& pag. 427,col.1

Verus debitor ante sententiam solutum debitum absolutus postea repetere non potest tom.1,pag.427, col.1,& 2

Libertus operas officiales per errorem patrono solutas repetere non potest tom.1,pag.378,col.1,& 2

Solutum ob rem non defensam repeti non potest, quamuis debitor defendere paratus sit tom.1,pag.394, col.1,& 2,& pag.395,col 1,& 2

Ex quibus causis retentionem habemus,petitionem autem non habemus ea si soluerimus repetere non possumus tom.1.pag. 414, col.2, & pag.415, col.1,& 2

In re obscura melius est fauere repetitioni quàm aduentitio lucro tom. 1,pag.312,col.1

Malè absolutus per sententiam iudicis sponte solutum repetere non potest tom.1,pa.383,col.1,& 2

Legati per errorem facti soluti repetitio competit in portionem tantum quæ vltra modum legis Falcidiæ soluta est,fideicommissi vero in vim tom.1, pa.330,col.1

Cur heredi permittatur repetitio solidi fideicommissi per errorem facti soluti tom.1,pag.330,col.1, & 2

Debitum in diem incertam solutum repeti potest ante euentum diei to.1, pag 356,col.2 & pag.413,col.1,& 2

Fideiussor qui suo nomine indebitum pro reo soluit, repetere solutum potest à stipulatore non reus tom.1, pag.411,col.2

Pactus cum patrono libertus ne operæ ab eo petantur, eo nomine solutum repetere potest tom.1,pa.406, col.1.& 2

Filiusfamilias exceptione perpetua Macedoniani tutus solutum repetere non potest tom.1,pagin.403,col.1

qui pro reo absente & ignorante fideiussit,indebitum eius nomine solutũ ab eo repetere non potest secus qui pro sciente & consentiente tom.1, pag.411,col.1

qui rogatu serui nummos dedit condicionis implendæ causa ex testamento inualido vt seruus libertatem consequatur an eos faciat accipientis,& qua actione repeti possunt tom.1.pag. 417,col.1,& 2, & an ab eo, an à domino ibidem

Pecunia data vt aliquid fiat locus est repetitioni quousque factum sit, secus si data sit, ne quid fiat donec factum sit tom.1,pag.247,col.1,licet fieri possit ibid.col.2

An ex transactione datum causa nõ secuta repeti possit? tom.1,pag.248, col.1,& 2

Fructus à prædone percepti condictione furtiua ab eo repetuntur tom.1, pagin.421,col.2

Indebitum rogatu serui solutum ab alio quam à domino neque de iure neque de æquitate repeti potest tom.1, pagin.417,col.2,& seq.

An pecunia per octo annos per errorem soluta ab eo qui per decem annos continuos condicionis implendæ causa debebat vt libertatem consequeretur repeti possit cum postea ingenuus sit repertus tom.1,pag.442, col.2

Ob rem futuram datum condicionis implendæ causa repetitur rei acquisitione tom.1,pag. 436, col.1, postea non secuta ibid.

Repetitio nulla est ab eo qui suum recepit,tametsi ab alio quàm à debitore modo soluens soluat nomine debitoris,secus si soluat nomine suo tom.1, pag.409,col.1,& 2

quod ex rei iudicatæ autoritate soluitur repeti nunquam potest tom.1, pag.384,col.1

Exceptio perpetua & fauorabilis nulla naturali æquitate munita soluti repetitionem parere non potest tom. 1,pag.384,col 1

Acceptæ pecuniæ pro emancipatione filij vel manumissione serui causa secuta cessat repetitio tom.1, pagin. 243,& 244

qui reprobos nummos sciens soluit, illos repetere non potest, quia sciens non quod habuerit animum donandi soluit tom.1,pag 701,col.1

Solutum propter transactionem super re iudicata factam repeti potest tom.1,pag.365,col.1,& 2

Debitum in omnem euentum soluendum pluribus solutum ab vno ante euentum repeti potest si nõ certum sit omnimodo debitum iri ab eo qui soluit tom.1.pag.428,col.2

Debitum purum sub condicione nouandi animo promissum pendente nouatione solutum repeti non potest tom.1,pagin.428,col.1,& 2

Datum ob causam præteritam non obligatoriam

BIU Cujas

obligatoriam quamuis ea falsa sit repeti non potest, datum verò ob rem, vt aliquid sequatur, eo non sequente condictio datur tom.1,pa.415,co.1,& 2 & pag.416,col.1,& 2

Vsuræ indebitæ sortis debitæ repeti non possunt tom.1,pag.370, col.1,& 2

Tutus exceptione perpetua præscriptionis solutum repetere non potest tom.1,pag.405,col.1,& 2

De iure nouo non est locus quæstioni de repetitione legatorum ex testamento rupto vel irrito solutorum, cùm ex eo legata debeantur to.1,pag.536, col.2

Dominus pecuniam seruo sub condicione heredi instituto datam repetere non potest, si seruus tempore aditionis sit manumissus tom.1,pag.436, col.2,& pag.437,col.1,& 2

Datum ob rem futuram ea postea non secuta, licet non condictionis implendæ causa repeti potest tom.1, pag.437,col.1,& 2

quod ex causa iudicati solutum est repeti non potest neque per condictionem indebiti neque per condictionem sine causa tom.1,pagin.640, col.1

Fideicommissum indebitum scienter, implendæ fidei causa permissum debetur, solutumque repeti non potest secus verò legatum tom.1,pagin. 430,col.2,& pag.431,col.1 & 2

Peculiares nummos à seruo solutos vt libertatem ex testamento domini inualido consequeretur, dominus potest repetere & qua actione tom.1,pa. 416,col.1 & 2

Naturalis obligatio impedit soluti repetitionem tom.1,pag 526,col.1

Repeti non solent pœnæ cum dependerè sunt tom.1.pa 408,col.1.& 2

quid frater a fratre cum in eiusdem patris potestate essent ex mutuo data solutáque pecunia post mortem patris sit repeturus ex qua parte frater creditor heres extitit tom.1,pag.398, col.1 & 2

An ex solutione à filiofamilias facta mutuæ pecuniæ, detur repetitio patri an ipsi filiofamilias tom.2,pag.125, & 126

Pupillus sine tutoris auctoritate promittens solutum eo nomine repetere potest tom.1,pa.307,col.1,& 2

Fideiussor quod ex indebito pro reo soluto à stipulatore consequi non potest à reo repetere potest tom.1, pag.412,col.1

Delegatus operas officiales solutas repetere non potest tom.1,pagin.380, col.2

Mercedis nomine solutum prædoni repeti non potest tom.1,pag. 419,col. 1,& 2,siue pro locatione vrbanorum siue rusticorum prædiorum ibid.

Reprobos nummos à debitore per errorem, vel scienter solutos an repetere à creditore debitor possit tom.1, pa.701,col.1,& 2

Repetitio redditio.

Differentia inter repetitionem & redditionem tom.1,pa.701,col.2

Repetitio pœna.

Si quis aliena negocia genus pœnæ ob pactum suum præstiterit, nec ab eo cui soluit repetere illam potest nec ab eo cuius negotia gerit tom.1,pagin. 408,col.2

Pœnæ ex falsa causa quamuis pœnali solutæ repeti possunt tom.1,pag. 368,col.1

Repetitio dolus.

Falsum est eum qui tutus exceptione doli soluit, non posse repetere tom. 1,pag.590,col.2

Repetitio vsuræ.

Vsuræ indebitæ per errorem & ab ignorante solutæ repeti non possunt si sortis debeatur, secus si sit indebita tom.1,pag.590,col.1,& 2

Repetitio solutio.

Debitum paternum à tutore pupilli postea abstinentis solutum ab aliis creditoribus paternis repeti potest non à tutore aut à pupillo tom.1,pag.429, col.1,& 2,& pag.430,col.1,& 2

Repetitio fideicommissum.

Impensæ in re per fideicommissum relictæ factæ à testatore ab herede repeti non possunt, secus factæ ab herede tom.1,pag,405,col.2

Replicatio.

Omnes replicationes etiam doli solent esse perpetuæ tanquam exceptiones tom.2,pa.213,col.2

Replicatio est secundaria exceptio tom.1,pa.116.col.2

Replicatio nihil nisi exceptio est tom.2,pag.65,col.2

Repromissio.

In quibus casibus nuda repromissio pro præstatione sit ? tom.1,pag.234, col.1

Nuda repromissio non valde onerat repromittentem quomodo satisdatio onerat satisdantem tom.1,pagin.677, col.1

Repromissio procurator.

Procurator ex pecunia domini mãdantis seruum emens si sine culpa seruus fugerit, an repromissione restituẽdi teneatur, si seruus in eius potestatẽ inciderit tom.1,pagin.275,col.1, & 2,& pag.276, col.2, circa fin.

Repromissio cautio.

Nuda cautio repromissione contenta est,& sola in dubio cautionis nomine significatur tom.1.pa.275,col.1

Cautionis nomine extra causam prætoriarum stipulationum nuda repromissio significatur tom.1,pag. 677,col.1

Repromissio sola cautionis nomine simpliciter sumpto significatur. tom. 1,pa.535,col.2

Repromittere.

Repromittere est nuda cautione ac sine fideiussore promittere tom.1, pag.677,col.1

Repudiare.

qui hereditatem repudiat non aliam consilij sui rationem reddere tenetur quàm quia noluit adire dummodo sine fraude id faciat tom.1,pa.245,col.1

quisquis repudiat hereditatem vel legatum certus esse debet de iure suo pag 494,col.1

Repudiatio.

Præmatura est repudiatio hereditatis ante delationem & nimis sera post acquisitionem tom.1,pa.727,col.2

Res.

Res perempta si vel in stipulatum vel in constitutum deducatur, debetur ipso iure ipsa res, in effectu verò eius æstimatio tom.1,pa.579.col.2

Etiam ea quæ vsu consumuntur sunt in hominum commercio adeo vt eorum quoque vsusfructus legari & constitui possit tom.1,pag 600,col.1

Non debet eadem res diuerso iure censeri, multò minus contradictorio tom.1,pag.359,col.1

Nihil refert an proprio nomine res appellentur an digito ostendantur an vocabulis quibusdam demonstrentur tom.1,pag.15,col.2

Res quæ debentur vel in quantitate consistunt vel in genere vel in specie tom.1.pag.13,col.1

In rebus quæ in genere consistunt & pro temporum ac locorum varietate diuersam recipiunt interpretationem, difficile est vt quod tantundem est sit etiam tantidem tom.1,pag.438,col.1

Rem simpliciter cùm dicimus rei proprietatem & dominium significamus non nudam possessionem tom.1, pag.660,col 1

Etiam in alium transire res dicitur cùm possessio sola transit licet proprietas non transeat tom.1,pa.661,col.1

quæ dicantur res mobiles, quæ immobiles tom.2,pag.162,col.2

Rei nomen latius patet quàm pecuniæ tom.1,pa.660,col.1

Res quæ in genere vel in quantitate consistunt perire non possunt, secus quæ in specie tom.1,pag.13, col.2

Vnaquæque res facile redit ad suam primam naturam tom.1.pag.431,col.1

Res causa.

An latiùs pateat nomen rei quàm causæ ? tom.1,pa.309,col.1

Res interesse.

Actio plenam rei persecutionem non continet nisi in eam veniat etiam id omne quod agentis interest, tanquã hæc etiam causa ipsi corpori cohærear tom.1,pag.460,col.1

Resolutio.

Aliud est finitam esse causam conuentionis aliud resolutam conuentionem tom.1,pa.365,col.1

Resoluto iure datoris aut finito, resoluitur aut finitur ius acceptoris tom. 1,pag.680,col.2

Respublica.

Reipublicæ prius quam nobis aut parentibus nostris omnes nascimur tom.1,pag.706,col.2

Restituere.

Restituens vni ex contendentibus post motam controuersiam rei restituendæ non videtur carere dolo tom. 2,pagin.392,col.1

Restituere, depositum.

An & quomodo depositum quod maiori parti restitutum est, omnibus restitutum videatur ? tom.2,pag.408, col.1,& 2,vbi contra Tribonianum.

Restituere dolus.

qui habet rei alienæ restituendæ facultatem, in dolo est si non restituat tom.2,pa.398,col.2

Restitutio.

Restitutio in integrum etiam per replicationis modum opposita non est perpetua, sed temporalis to.2,p.213,c.2

BIU Cujas

Restitutionum omnium in integrum ius petendarum, quadriennio concluditur eoque vtili quidem ab initio sed continuo ex quo cœpit currere tom.1,pag.504,col.2

In bonæ fidei iudiciis & in actionibus ad exhibendum & in rem regulariter restitutio fieri non debet eius rei quæ petitur quàm vbi est nisi dolo ibi fit tom.2,pagin.406,col.1

Minor aut alius quilibet qui in integrum restitui potest si fundum vendiderit deinde in integrum restitutus sit fructus ei omnes restituendi fiunt etiã ante percepti tom.1,pa.352,col.2

Restitutio in integrum omnia reponit in priorem & pristinum statum to.1,pag.352,col.2

quid sit restitutio? tom.1,pag.262, col.2

Omnis restitutio præsupponit obligationem ipso iure tenere contra quã restitutio postulatur tom.1,pag.445, col.1

Restitutionis verbo tota rei vtilitas continetur tom1.,pag.64,col.2

qui paratus est iudicium accipere non videtur ideo rem restituere, sed potius rei, restitutionem denegare tom.1,pag.504,col.2

Ex quantitate æris alieni quãdocunque emergentis minores aduersus aditionem itemque aliqui maiores in integrum restituuntur tom.1.pag.334, col.1

Hodie post aditam hereditatem purè non competit in integrum restitutio,& ratio tom.1.pag.334,col.1

Petitio restitutionis in integrum contra exceptionem iurisiurandi deferente minore præstiti intra tempus præstitutum fieri debet tom.1,pag. 318,col.1,& 2

Restitutio in integrum super principali non extenditur ad vsuras solutas tom.1,pagin.445,col.1,& 2

Potest minoris heres sicut & ipse heres restitui in integrum aduersus vsurarum solutionem tom.1,pag.445, col.1

De omni eo quod à minore gestum est si modo læsus sit,restitutionem in integrum petere & minor ipse, & minoris heres potest tom.1,pag 415, col.1

Rei indiuiduæ restitutio semper est indiuidua tom.1,pag.614,col.2

Potest minor aut minoris heres finita lite super principali petere in integrum restitutionem aduersus vsuras solutas tom.1,pag.445,col.1

Prætor minori restitutionem in integrum pollicetur non solum aduersus promissa sed & aduersus soluta tom.1,pag.445,col.1

In integrum restitutione minorum omnia expediuntur cognitione prętoria non iure alicuius actionis tom.1, pag 445,col.2

Restitutio reponit omnia in pristinum statum in quo erant prius quam contraheretur tom.2,pa.109,col.1

In integrum restitutionis propriũ est vt omnia reponat in pristinum statum nec minus quantum ad vsuras & fructus quàm quod ad sortem ipsam aut fundum attinet tom.1,pag.444, col.1,& 2

Non est plena restitutio quæ non in omnibus subuenit ac omnia in integrum restituit to.1,pa.444,col.2

Minor est potestas restitutionis in integrum quam fictionis postliminij tom.2,pa.109,col.2

Restitutio furtum.

Honesta semper est restitutio rei alienæ tametsi furtiuæ dum ne ex furto ipso solo actionem sibi parit ille qui furtum fecit tom.1,pa.629,col.1

Restitutio actio.

Longe commodius est actori rei restitutionem petere ab iis qui restituẽdæ rei facultatem habent quàm ab iis qui non habent tom.1,pagin.598, col.1

Restitutio legatum.

In integrum restitutio ab aditione hereditatis non potest facere vt aditio non teneat de iure ciuili, idque vt heres non maneat qui semel fuit neque vt legata maneant ipso iure debita tom.1,pag.338,col.1

Restitutio deterioratio.

Nulla est differentia inter actiones bonæ fidei & stricti iuris in restitutione rei factæ deterioris tom.1,pagin.596, col.1

Retentio.

In omni parte iuris facilius datur retentio, quàm persecutio tom.1,pag. 386,col.2

Verus debitor ille quoque est cùm de retentione sola quæritur qui naturaliter tantum debet dici tom.1,pag. 427,col.2

Meliore conditione pro retentione quam pro actione litigatur tom.2,pag. 25,col.2

Facilius datur retentio quàm actio, quæ non datur nisi iure, retẽtio autem plerumque occasione magis quàm iure tom.1.pag.313

An per omissionem retentionis inducatur possessionis alienatio & quomodo? tom.1,pa.415,col.2

Is qui retentionem solam habet omni legum auxilio destituitur ad recuperandam possessionem suam si eam sine culpa quoque sua amiserit tom.1,pag.415,col.2

Omnis compensatio inducit retentionem, sed non omnis retentio ex propria compensatione fit tom.1,pa. 638,col.2

Interest eorum omnium qui habent retentionem vt eo nomine habeant si fieri possit etiam actionem tom.1,pag. 655,col.1

Actio præcedentem aliquam obligationem requirit, retentio nullam tom.1,pag.655,col.2

Pro expensis in depositis vel dotalibus rebus factis iure nouo retentiones omnes sublatæ sunt sola actione reseruata tom.1,pag.638,col.2

Bonæ fidei possessori legata ante motam de hereditate controuersiam soluenti competit retentio tom.1,pa. 336,col.2

Ius retentionis haberi non potest nisi recuperata possessione tom.2, pagin.425,col.2

Tantundem prodest naturalis obligatio ad retentionem quantum ciuilis tom.1,pag.667,col.2

Retentio est vnus ex effectibus obligationis naturalis tom.2,pagin.361, col.1

Non debet res indebita pro ea quæ debita est retineri tom.1,pagin.373, col.2

Retentio impensæ.

Qui in aliena area ædificat quam suam esse putabat, cum rem suam sẽ gerere arbitretur, nullam actionem sibi acquirit, sed tantum retentionem tom.1,pag.392,col.1,& 2

Retrofingere.

Actio potest retrofingi competiisse, sed non ita competiisse,vt exerceri potuerit tom.2,pag.266,col.2

Retrouendere.

Venditor legem non sibi dicit sed emptoris cùm paciscitur de retrouendendo tom.2,pagin.398,col.1

Reuocare.

quæ specialiter concessa sunt, difficilius adimi possunt, & specialem exigunt reuocationem tom.2,pagin.237, col.1

Reuocatio.

Non potest quis ex sola sua voluntate & pœnitentia dominium reuocare quod in alium transtulit tom.1,pag. 436,col.1

Reuocatio nunquam nocet quæ fuit ignorata tom.2 pag.132,col.2

Reus.

Ad actoris intentionem excludendam quemadmodum sufficit reo negare,ita & dicere se dubitare tom.1,pa. 183,col.1

Post sententiam & condemnationem etiam electio reo dari potest vt aliquid facere possit propter quod impediat & euitet effectum condemnationis tom.1,pag.188,col.2

Reus condemnari non potest nisi ex ea causa ex qua conuenitur,absolui autem potest ex omnibus causis ex quibus actor summouetur tom.1,pagin. 192,col.2

Tunc fiunt duo rei debendi non cum vnusquisque pro parte tenetur, sed cùm singuli in solidum obligantur & omnium par & vna est obligatio tom.1,pag.614,col.1

Etiam ex commodato, & deposito & locato vt ex aliis ferè omnibus contractibus ficuti duo rei debendi constitui possunt,ita & quasi correi tom.1, pag.614,col.2,nec tantum si hoc nominatim actum sit, sed etiamsi actum non sit ibid.

Reus factum.

quomodo & de quibus casibus factum vnius ex correis siue tradendi siue debendi alteri noceat tom.2,pag. 120,col.2

Rhodius.

Lege Rhodia de iactu id damnum sarciri debet & fieri commune quod omnium voluntate & pro omnium salute datum est tom.2,pag.26,col.2.

Rhodus.

De Rhodo & legibus Rhodiis tom. 2,pagin.37,col.1,& 2

Roma.

Roma communis patria est tom.2, pagin 406,col.2

S.

Satisdare.

SAtisdare dicitur ille qui dat fideiussorem,non qui dat pignora tom.1, pagin.580,col.1

Cur satisdare non cogantur possessores bono-

BIU Cujas

fores bonorum immobilium tom.1, pag.720,col.1

Generaliter satisdatur in omnibus prætoriis stipulationibus tom.1,pag. 677,col.1

Idoneam satisdationem præstare sæpe difficile est, semper autem incommodum tom.2,pag.411,col.1

Satisdatio tutela.

Satisdatio pro cautela apud Tribonianum tom.2,pag.391,col.2

Satisfacere.

Is qui satisfecit semper habet quod obiiciat petitori tom.1,pa.661,col.2

quomodo intelligendum sit quod dici solet non prodesse debitori quod velit satisfacere sed prodesse tantum si satisfecerit tom.1,pagin.580, col.1,& 2

Nihil interest an nullo modo cautum sit vel satisfactum,an verò vicioſè id factum sit tom.2,pa.331,col.1

Propriè satisfacere est facere aliquid ad voluntatem eius cui fit tom.1,pa. 105,col.2

Satisfactio.

Satisfactio facta pro solutione est secus oblata tom.1,pa.661,col.2

Satisfactionis nomen & potestas latius patet quàm satisdationis, cùm satisfieri quoquomodo possit dum creditor consentiat, sed satisdari non possit nisi datis fideiussoribus tom.1, pag.662,col.1

Oblatam satisfactionem creditor recusare potest,factam verò non potest tom.1,pa.661,col.2

Satisfactio minus est quam solutio nec nisi pro solutione cedit tom.1, pagin.188,col.1

Scæuola quæstio.

Ad quæstionem facti non solet Scævola respondere tom.2,pagin. 421, col.2

Scæuola.

Fuit Scæuola ex præcipuis & subtilioribus Iureconsultis cui sæpe accidit vt & Iulianum & Marcellum reprehenderet tom.1,pag.520,col.1

Sciens.

Scientis appellatione quis contineatur tom.2,pa.15,col.2

Sciens nunquam decipitur nisi à seipso tom.2,pagin.354,col.2

Scientia.

Scientia sibi debet esse lætitia patris tom.2,pag.124,col.2

An & quomodo verbum scientia pro patientia sumatur tom.2 pag.73, col.1,& 2,& quomodo.

Sola scientia plerumque nocet nisi contradictio sequatur tom.2,pag.133, col.1

Casus in quibus scientia vnius alteri nescienti nocet tom.2,pag.120,col 1

Scientia salus.

Scientia & salus incomparabiles res sunt nulloque certo modo, vel precio comparandæ tom.2,pa.124,col.1

Scire.

Non debet certiorari qui sciuit to.2, pag.341 col.2

Sciens non decipitur nisi à seipso tom.2,pag388,col.2

An & quomodo verum sit eum qui scit & patitur videri mandare aut iubere tom.2,pag.21,col.1,& 2

Scribens.

Scribenti contra se credendum est non contra alium tom.2,pag.420, col.2

Scriptura.

Ei scripturæ non creditur qua quis sibi adnotatione propria debitorem alium constituit tom.2,pag.420, col.2

Scriptura priuata valet etiamsi nullis testibus suffulta vel nullo adiecto die & consule tom.1,pag.632, col.2

Vna eademque scriptura diuerso iure censeri non debet tom.2,pag. 420, col.1, & 2

Senatusconsultum.

Senatusconsultorum autoritas per ciuilem supplicationem & erroris in facto propositionem quæ reuisio appellatur, attentari potest tom.1,pag. 365,col.1, & 2

Senatusconsultum Trebellianum.

S.C.Trebellianum,Velleianum Syllanianum vnde dictum? tom.2,pag. 322,col.2

Cur introductum S.C. Pegasianum & quomodo differat à Trebelliano tom.1, pagin.328,col.2

S. C. Macedonianum.

Prohibitio S. C. Macedoniani ad nullum alium contractum pertinet quàm ad mutui dationem nec rursus ad aliam mutui dationem quàm quæ fiat per numerationem pecuniæ tom. 1,pag 547,col.2

qui pecuniam filiofamilias credidit quem patremfamilias omnes existimabant, exceptione S.C. Macedoniani summoueri non potest tom.2, pag.110,& 111

Filiofamilias indistinctè competit exceptio S.C. Macedoniani siue in dignitate constituto siue non tom.2, pagin.109,col.1, & 2, exceptis dignitatibus per quas filius à patria potestate liberatur ibid.

Cur neque pupillo neque minori filiofamilias credenti pecuniam obstare possit exceptio S.C.Macedoniani tom.2,pag,111,& 112

qui credidit pecuniam adrogato contra S.C.Macedonianum fecit tom. 2,pag.109,col.1,& 2

Exceptio S.C. Macedoniani non competit filio castrense peculium habenti tom.2,pa.110,col.1,& 2

Neque S.C. Macedonianum, neque Velleianum actionem ex causa mutui & contractus mulieris tollunt, sed tantum eam reddunt inefficacem tom.2, pagin.108,col.1.& 2

S.C.Macedonianum vnde dictum? cur introductum,& quo tempore? to. 2,pagin.107,col.1,& 2,& pag. 108, col.1, & 2

Suspenso iure patriæ potestatis suspenditur & actio, & exceptio S.C.Macedoniani tom.2,pag.108,& 109

S.C.Macedonianum filiusfamil.

qui filiofamilias pecuniam credidit vectigalia conducta habenti,exceptione Macedoniani repelli non potest, quia is paterfamilias esse præsumitur tom.2,pag.111,col.1,& 2

Sententia.

Sententiæ omnes etiam quæ de restitutione in integrum latæ sunt adeò stricti iuris esse intelliguntur, vt nunquam per interpretationem extendi debeant vltra id quod sententiæ verbis distinctè comprehensum est tom.1, pag.445.col.2

Sententia potentior est iureiurando tom.1,pag.113,col.1

Sententia ad alia referri non debet quàm quæ in iudicio acta & tractata sunt tom.1.pag.445,col.1

Etiam ingenuum hominem sententia facit tom.1,pagin.425,col.2

Sufficit contractum præcessisse & sententiæ tempore subesse materiam ex qua sequi possit condemnatio tom. 2,pagin.382,col.2

Sententia debet esse conformis libello to.1,pag.508,col.1

Sententia definitiua ab eodem iudice retractari non potest tom.1,pag. 224,col.2

Non est nouum apud prudentes vt quis alterius Iurisconsulti sententiam vno loco referat, quam alio reprobet tom.1,pa.715,col.1

Sententia per sordes,aut per errores, aliterve per iniuriam iudicis lata valet & executioni mandanda est tom.1, pagin.367,col.1

quæ sententiæ per iniuriam iudicis redditæ dicantur? tom.1,pagin.241, col.2

Sententia per iniuriam iudicis redditæ tantæ authoritatis est, quantæ sententiæ ritè rectèque lata tom.2,pa. 241,col.2

Casus in quibus sententia etiam inter alios lata alijs nocet tom.1.pag. 122,col.2

Sunt facilè amplectendæ sententiæ per quas sit vt neutra pars lædatur to. 2,pag.301,col.1

Cum iudex nullam petitionis rationē habet an hoc ipso videatur petitorem summouere siue de principali debito agatur siue de fructibus & accessionibus? tom.2,pag.361,col.1,& 362

Sententia iudicis siue bona siue mala inter casus fortuitos enumeratur tom.1.pagin.311,col.1

Æquissima sententia est qua vtrique parti quantum fieri potest sine alterutrius iniuria consulatur tom.2,pag. 204,col.2

An & quomodo duret iudicis officium post semel factam executionem sententiæ tom.1,pag.123,col.2

Publicè interest mandari sententiam executioni propter rerum iudicatarum authoritatem tom.2,pagin. 131,col.1

Vigor sententiæ totus in executione consistit tom.2,pag.131,col.1

Sententia condemnatoria contra vnum lata licet alios non afficiat, attamen absolutoria,afficiat? tom.1,pag. 157.col.2

An sententia contra eum lata qui ex aduersarij delatione iurauerat se non deliquisse famosum faciat condemnatum tom.1,pag.112,col.2

An sententia contra aliam sententiam lata valeat? tom.1.pagin.113, col.1, & 2

Sententia absolutoria inter priuatos lata nullum facit præiudicium in criminali nequidem inter eosdem tom.1,pag.133,col.2

Duplex sententia in eodem iudicio locum habere non potest tom.1,pag. 112,col.1

BIU Cujas

Sententia nulliter lata iterum ferenda est de iure secus de consuetudine, ab ea enim necessario licèt nulla sit, appellandum est to.1,pa.181,col.1,& 2

Separatum.

Ex separatis nihil infertur tom.2, pag.332,col.1

Sepultura.

Ad sepeliendi corporis curam & officium omnia pertinent quæ circa mortui corpus facienda sunt antequam sepulturæ tradatur tom.2,pag. 45,col.1

Sequester.

quis sit sequester, & vnde dictus? tom.2,pag.399,in fi.

Sequester non potest officium suum deponere sua sponte nisi ex causa, & tunc iudice interueniente tom.2,pag. 400,col.1,& 2

Actio depositi sequestraria datur contra heredes tom.2,pag.406,col.1

Sequester depositum.

Sequester actione depositi potest conueniri tom.1,pag 399,col.1,& 2

Differentia inter actionem sequestrariam & depositi tom.2,pag.406, col.1,& 2

Rei sequestratæ possessio penes sequestrum est, non autem rei depositæ penes depositarium tom.2,pag.411, col.1,& 2

Sequester depositarius.

Sequester vel depositarius intempestiuè misericordiam exercens, actione depositi potest conueniri si hominem vinctum soluerit tom.2,pagin.401, col.1,& 2

Sequestre.

Actio sequestraria bonæ fidei est tom.2, pag.406,col.2

quid sit sequestre & quotuplex & quomodo à deposito distinguatur? tom.2,pag.400,& 401

Seruitus.

Seruitutes rerum mobilium nullæ sunt si vsumfructum & vsum excipias tom.1,pagin.678,col.1, quæ seruitutes personarum sunt ibid.

Seruitutes vsus & vsusfructus licet, etiam non vtendo amittantur perinde ac seruitutes siue vrbanorum siue rusticorum prædiorum, non possunt tamen amitti non vtendo ab eo à quo possidentur quomodo seruitutes prædiorum amittuntur etiam ab eo qui prædium possidet tom.1,pag.678,col.1

quomodo seruitutes tam personales, quàm reales dicantur restitui? tom.2,pag.330,col.2

Differentia inter vsumfructum & cæteras seruitutes tom.1,pagin.507, col.1,& 2

Potest seruitus constitui per retentionem & exceptionem quæ fiat in ipsa rei propriæ traditione tom.1,pag. 363,col.1, etiam quæ inutilis futura sit constituenti ibidem

Inutiles sunt seruitutes quæ nec personæ vtiles esse possunt in prædio to. 1,pag.363,col.1

Seruitutes & iura prædiorum nihil aliud sunt quàm ipsa prædia qualiter se habentia tom.1,pag.363,col.1

Seruitutes prædiorum augent ius fundi dominantis, minuunt autem ius fundi seruientis tom.1,pag.363,col.1

Seruitus conditere.

Seruitutes promissæ condici possunt, constitutæ autem & traditæ non possunt tom.1,pag.507,col.2

Seruus.

Seruus ex die manumissionis non minus agere quàm conueniri nec minus contra dominum quàm contra alium quemlibet tom.2,pa.258,in fi.

Seruus non habet potestatem alienandi res domini nequidem peculiares nisi liberam habeat peculij administrationem tom.2,pag.221,col.2

In seruo vicarium emente decem aureis cui permissum est à domino vt octo emeret, si domino scripserit se tantum octo emisse quid dominus cõsequi possit? quid creditor tom.2, pa. 221,& 222

Conseruus conserui debitor neque à domino, neque à conseruo conueniri potest tom.2.pag.164.col.2

Si seruus manumissus iterum redigatur in seruitutem nouus homo videtur esse tom.1,pagin. 432, col.1

Seruus ex delatione vel relatione iurisiurandi iurans rem domini esse, vel ei dari oportere, domino acquirit actionem vel exceptionem pacti tom. 1,pag.152.col.1,& 2

Non potest dominus à seruo suo pignus vllum accipere cùm nihil suum habeat seruus quod pignori dare domino possit tom.2,pag.81,col.1

quod seruus conseruo debet id etiam domino debitum esse intelligitur tom.2,pag.186,col.1

quod seruus legatus ante aditam hereditatem acquirit, ad legatarium pertinet non ad heredem tom.2.pag. 269,col.1

Seruus ignorante domino eius negocia gerens, an sit ipsius debitor & ad quid teneatur? tom.2, pagin.239, col.1,& 2

Seruus propriè nihil debere, nihilque seruo deberi propriè potest tom. 2,pag.228,col.1,& 2,& 229

quod seruus alicui ex dominis acquirere non potest, id aliis qui ad obligationem admittuntur acquirit tom. 2,pag.184,col.1

Computantur serui inter alias res mobiles quæ sunt inter res mobiles, cùm hac tamen differentia quod cæteræ res cura & diligentia possessoris custodiendæ sint, at homo seipsum custodit tom.1,pag.607,col.1

Vtilitatis causa inductum est vt quamuis seruus iure ciuili & prætorio pro nullo habeatur, stipulari tamen possit & ex omni causa contrahere ex persona scilicet domini ex qua & institui heres potest tom.1,pagin.560, col.1

Seruus acquirit non sibi sed domino ita vt ne momento quidem in persona serui consistat acquisitio tom.1,pag. 560,col.1

Per seruos dominis etiam ignorantibus & inuitis acquiritur tom.1,pag. 560,col.1

Seruus inuito domino ex omnibus penè causis acquirit extra causam hereditatis tom.2,pagin.158,col.2

Fructuarius manumittere aut alienare seruum non potest tom.2.pag. 271,col.1

quibus casibus seruus vnius bona fide ab alio possessus domino acquirere non potest aut liber homo sibi acquirat omnimodo bonæ fidei possessori tom.1,pag.65,col.2

Seruus ex antegesto conueniri post manumissionem non potest, secus filiusfamilias post emancipationem to. 2,pag.209,col.2

Calliditas serui non tam nocere debet domino qui ignorante negocium geritur, quàm ei qui cùm seruo contrahit tom.2,pa.283,col.2

Licet ex delictis seruorum domini teneantur, non tamen ex quolibet dolo & calliditate tenentur tom.2,pag. 283,& 284

An & quomodo ex contractu serui possit acquiri domino actio? tom.2, pag.229,col.1,& 2

Cur ex contractu serui detur actio domino, non autem contra dominum tom.2,pagin. 229, & pag.230, col.1,& 2

An & quomodo fructuarius & maritus ad quos serui fructuarij vel dotalis fructus pertinent ex omni contractu serui possint conueniri tom.2,pagin. 187,& 188

Seruus incipit caput & statum habere post manumissionem cùm antea pro nullo haberetur & ciuili iure & prætorio tom.2,pag 387,col.1

Seruus bona fide possessus a non domino acquirit possessori ex duabus causis cùm vel ex operis suis, vel ex re possessoris acquirit tom.2,pagin. 386.col.2

Seruus publicus reipublicæ & ciuitatis seruus est tom.2,pag.370,col.1

Serui non tantum iure ciuili sed etiam prætorio pro nullis habentur tom.2.pag.381,col.2

Is qui in alterius potestate est siue filius sit siue seruus, non potest conditionem facere deteriorem eius in cuius potestate est tom.1,pag.149,col.1

Actiones ex contractu cum seruo inito competentes non competunt contra manumissum nisi possessorem tom.2,pag.381,& 382

Bonæ fidei possessor serui qui pecuniam dedit vt manumitteretur si non manumittatur, ad quem pecunia pertinet, an ad verum dominũ, an ad possessorem tom.2,pa.251,col.2

Libertus aliquando serui appellatione continetur tom.2,pagin. 350, col.2

Bonæ fidei possessori seruus nihil acquirere potest nisi vel ex re ipsius bonæ fidei possessoris vel ex operis suis tom.2,pa.250,col.2

quod seruus bona fide possessus non potest acquirere possessori, acquirit domino tom.2,pagin.251,col.1, scilicet quantum ad dominium non quantum ad possessionem ibid.

Seruus communis plurium dominorum an & quomodo omnes & singulos ex suis contractibus obliget siue scientes siue ignorantes & qua actione singuli teneantur tom.2.pagin. 74.col.1

Si creditor serui venditi ab emptore partem sit consequutus an directam vel vtilem actionem contra venditorem habere possit de reliquo tom.2, pag.235

Seruus non aliud patrimonium aut quasi

BIU Cujas

quasi patrimonium habere potest quã peculium tom.2,pag.256,col.2
Seruus nunquam est capax acquisitionis nec volente quidem domino tom.2,pag.256,col.2, necaminùs cum se gerit pro libero, quàm si domino ipsi seruiret ibid.
Libertate directò competente per legatum seruo factum, heres adeundo hereditatem non fit dominus eiusmodi serui tom. 2, pagin. 168,& 169
Melior condicio nostra per seruos fieri potest sed deterior non potest tom. 1, pag.426,col.2
Seruus alienus fide bona possessus ex aliena re possidenti nihil acquirit secus seruus proprius tom. 2. pag. 74,col.1,& 2
Seruo communi ex merce peculiari negotiante, vno ex dominis sciente, potest is dominus non autem alij in solidum conueniri, salua ei indemnitatis repetitione per actionem pro socio vel communi diuidundo tom.2,pagin.74,& 75
Seruo communi ex merce peculiari negotiante scientibus aliquibus ex dominis, ignorantibus vero aliis qua ratione & quomodo indemnitati, & contrahentis,& domini conuenti consulatur tom.2.pag.75,col.1
Seruus alienus communis mercibus præpositus licet ex disparibus partibus dominum quemcunque in solidum obligat tom.2, pag.60,col 1
Seruus communis voluntate dominorum nauem si exerceat in singulos dari debet actio in solidum tom.2, pagin.22,col.1,& 2
Plus potest seruus cui negotiari permissum est, quàm qui contrahere, ac dominum ipsum in solidum obligare tom.2,pag 81.col.1
Creditores cum seruo ex merce peculiari contrahentes domino sciente præferuntur ipsi domino, si eam mercem aut quid aliud ex iis quæ mercis nomine recepta sunt pignoratum habeant tom. 2, pagin. 81. col.1,& 2
Distinctio liberorum hominum & seruorum tum maximè locum habet cùm de ipsorum delictis puniendis tractatur tom. 2, pag 3,col.1
Seruus heres institutus haberi beneficium separationis to.1,pag.92, col. 2
Permittitur domino seruum suum occidere si eum in facinore deprehenderit, aut facinoris conscium repererit, nec eo nomine tenetur licet seruum hunc alij debeat siue ex testamento siue ex stipulatione tom.1,pag.704, col.1, & 2
Non alij quàm domino in seruum alienum sæuire permissum est tom.1, pagin.704,col.1
An depositarius, commodatarius, & mandatarius & quomodo ex furto serui indemnitatem à domino siue sciente siue ignorante consequantur tom.1, pag 714.col 2,& 715
Nullius actionis aut exercendæ aut excipiendæ capax est seruus tom.2, pag. 20,col.2,in fi.
Seruus substitutus qui deliberantibus primis heredibus contraxit, si postea ad hereditatem admittatur quomodo conueniatur si in rem hereditatis plus versum sit quàm esset in peculio serui tom.2,pag.143.col.2
Dominus serui furis non tenetur de furto in solidum si sit in culpa secus si in dolo tom.1, pag.715,col.2
Seruus hereditarius ante aditam hereditatem æque obligat dominum eiusque hereditatem ac si mortuus non esset tom.2,pag.142,col.1
Modica castigatio & coercitio in seruos non est deneganda domino dum ne nimia ipsius sæuitia arguatur tom.1,pag.704,col.1,in fi.
Seruorum qui in mari perierunt æstimatio nulla fieri debet tom.2, pag.29,col.1,& 2
Seruis permissum est stipulari ex persona dominorum & in eoru vtilitatem tom.2,pag.148,col.1
Seruus non potest promittere ne quidem per stipulationem puta fideiubendo nisi in rem domini vel ex causa aliqua peculiari tom. 2, pag. 148, col.1
An seruus hereditarius nesciens se ex parte institutum heredem, stipulando acquirat coheredibus & quo casu? to. 1, pag.89,90,col.1, & 2
Seruus ex antegesto, post manumissionem conueniri non potest actione ciuili,secus actione criminali to.1,pa. 484.col.2,& pag.495,col.1
Seruus licet omnino sit incapax acquisitionis & habendi patrimonij propter vtilitatem tamen commerciorum peculium habere permittitur tom. 2, pagin.163,col.1
Iure gentium perinde ac iure ciuili non maior fere seruorum quàm pecudum & quadrupedum ratio habetur tom.1,pa.433,col 1
Cum seruo nulla actio esse potest tom. 1, pa.461,col.1
Seruus hereditarius sibi aut simpliciter stipulando acquirit heredi futuro,secus stipulando heredi futuro tom. 1,pagin 89,col.1,& 2
Seruus nihil quicquam sibi possidere potest, qui suum nihil habere potest tom.1,pa.91,col.2
Is cui legatur seruus hereditarius domini pro domino debito non tenetur tom 2,pa.263,col.1,& 2,in fi.
Iniquum est nequitiam seruorum vltra ipsorum corpora dominis damnosam esse tom.1.pagin.714, col.1
Serui non minus incogniti sunt iure prætorio quam ciuili tom.1,pag. 350, col.2, vnde est quod cum seruo nulla sit actio ibid.
Cur seruis concessum fuerit naturaliter in corpus suum sæuire? tom. 2.pagin 171, col.1, & 2, secus homini libero?
Seruus quandiu seruus est pro nullo habetur nec prius incipit personam aut statum habere quàm fuerit manumissus tom.1,pag.432 col.1
Non potest seruus contrahendo cum domino sibi acquirere quod ipsi domino acquireret si cum alio contraheret tom. 1,pa.433,col.2
Is cuius contemplatione seruus heres institutus est aut legatum accepit, heres aut legatarius scriptus intelligitur tom.2,pa.187,col.2,nec debet maritus id restituere ibid.
Serui qui apud hostes sunt mortis tempore si postea reuersi sint ab hostibus locupletiorem faciunt hereditatem etiam quod ad legem Falcidiam attinet tom 2,pa.274,col 2
Seruus post manumissionem noua est persona tom. 2, pagin.209, col.2
Seruus orcinus cur sic appellatur? tom. 2,pag.168,in fi.
Seruus ex compromisso non magis coram arbitro quam in iudicio coram prætore stare potest tom.2,pagin. 150,col 2
Iure gentium serui pro nullis haberi cœperunt tom.1,pagin.433,col.1
Seruus pro mortuis & pro nullis,tam iure ciuili quàm iure prætorio habentur, quia nec caput in ciuitate habent tom.1,pag.348,col.1
An seruus vicarius cum dominum habere intelligatur cuius ipse vicarius est? id est seruum ordinarium? tom.2, pag 78,col.1
An vicarij peculium sicut & vicarius ipse an in ordinarij peculio est tom.2, pag.78,in fi.peculium vicarij etiam ordinarij peculium non est? ibid.
Qua actione vicarius serui ex sua negociatione ignorantem dominum obliget,& qua scientem? tom.2.pag. 78,& 79
Inter seruos aliqua differentia est tom.1,pagin.560,col. 2
An seruus possit habere ius postliminij? tom.2,pag.274,col. 1
Ex contractu inito in seruitute non potest agi contra manumissum post manumissionem tom.2,pagin. 381,col.1
Seruus ex antegesto nunquam tenetur tom.2,pagin.143 col.1

Serui punire.

Seuerius puniuntur serui quàm liberi tom.2.pag.3,col.1, & 2.inter liberos illi qui famosi sunt quàm qui integræ famæ ibid.

Seruus institor.

Qui cum seruo alicuius eodemque alterius institore contrahit & dominum serui & dominum præponentem habet obligatum tom.2,pag.62,col.1, & qua actione cum vtroque agere possit ibid.

Seruus compromittere.

Seruus compromittendo etiam vt seruus dominum de peculio actione obligare non potest tom.2,pag.148, col.2

Seruus constitutum.

Ex constituto bona fide seruienti siue homini libero siue seruo alieno, acquiritur actio domino cui inseruit dummodo ex re domini acquirat, vel ex operis suis tom.1.pag.560,col.1,& 2

Seruus pignus.

Creditor pignoratitius pignoratum seruum delinquentem præfecturæ potius ac præsidi castigandum tradere debet,quàm ipse castigare tom.1,pag. 704,col.2

Seruus dolus.

Manumissus tenetur ex dolo quem in seruitute commisit tom.2,pagin. 381,col.1

Seruus peculium.

Seruus substitutus qui antequam esset heres contraxit, postea factus heres non potest in solidum conueniri sed tantum actione de peculio tom. 2.pagin.142,in fin. & pag. 143, secus in filiofamilias ibid. secus etiam si in rem serui plus versum sit quàm sit in peculio tom.2,pagin,143.col.2,ibid.

BIU Cujas

Seruus condicio.

Alienatio serui venditi vel traditi ea lege ne vnquam manumitti possit & peruenire ad libertatem malis condicionibus olim facta dicebatur tom.1. pag.270,col.1

Sexus.

Sexu masculino fœmininum semper continetur tom.2,pag.139, col.2

Sicut.

Dictio(sicut) non semper omnimodam, denotat similitudinem: sed plerumque vnam aut alteram tom.1, pag.476.col.2.

Simulatio.

Non omnis simulatio deceptio est, quoties scilicet, aut lex, aut persona quæ contrahit ea simulatione contenta est tom.1,pag.601.col.2.

Simulatum.

Simulata pro infectis haberi debent tom.1,pagin.601.col.2. & tom.2,pag. 420.col.2.in fi.

Singulare.

Duo singularia circa eandem speciem concurrere non possunt tom.1, pag.167.col.2.

quid sit iudicium rerum amotarum esse singulare tom.1,pag.140,col.2

Duo singularia circa eandem rem eandemque personam concurrere non debent tom.1,pag.140,col.2

Singularia.

Duo singularia circa eandem rem eandemque personam concurrere non possunt tom.1,pag.527,col.1

Societas.

De effectibus societatis tom.2,pag. 181,col.1

Renunciare videtur societati qui agit pro socio tom.1,pag.250,col.1

quæ contractæ societatis tempore iam acquisita sunt continuo & ipso iure communicantur tom.1,pagin.43, col.1

Communicatio dominij per societatem contrahitur tom.2,pag.209, col.1

Differentia inter societatem specialem certarum rerum & societatem vniuersalem tom.1,pag.492,col.1

Socius.

Socij dicuntur quandoque qui rem communem habent sine societate quamuis inter eos non sit locus actioni pro socio, sed communi diuidundo tom.2.pag.203,col.2.in fi.

Acquisitum à socio ante contractam societatem licet postea totum sociis communicare cogatur, totum tamen ad eum pertinet tom.1,pa.44,col.1

Cur socius conuentus actione pro socio propter factum rei communis furtum eadem actione consequatur vt actor alterutra actione contentus esse debeat tom.1,pag.621,col.1,in fi.

Socius qui celandi animo rem contrectauit non solùm furti actione tenetur,sed etiam pro socio actione obstrictus est, per actionem tamen furti actio pro socio tollitur ipso iure sed non contra tom.1,pagin.620,in fi. & 621,col.1

Vnus ex sociis pecuniam communem credens inuitis sociis partem tantum suam facit creditam tom.1,pag. 44,col.1,& 2

Pro eo quod vnus ex sociis debet,alius quoque socius in solidum conuenirí potest tom.2,pagin.180, col.2

An certi condictio ex contractu mutui ab vno ex sociis de propria pecunia celebrato competens soli socio mutuanti, communicanda sit aliis sociis tom.1,pag.44,col.1

Duo eiusdem rei domini in ea re sunt quodammodo socij tom.2,pag. 183,col.1

Socius actio.

Socio cedi debet actio contra socium ex cuius facto conuenitur tom.1. pag.621,col.2

Socius qui rei commuis furtum fecit si actione pro socio conueniatur ea ipsa actione consequitur vt à condictione furtiua liberetur & alterutra actione contentus esse debeat actor tom.1,pag.621,col.1

Solidum.

Pecunia pluribus in solidum mutuò dari potest nec tamen eius dominium ad plures in solidum pertinet tom.1, pag.615,col.2

Si negotium aliquod faciendum pluribus commissum sit singulis in solidum commissum esse intelligitur tom.2, pagin.7,col.1, secus si diuisum ibid.

Soluere.

Procuratori in rem dato non rectè soluitur nisi ad hoc habeat speciale mandatum tom.1,pag.147,col.2

qui debitorem suum delegat videtur soluere to.2,pag.329,col.2

Debitores dispensatori, exigendis pecuniis præposito reuocato per mortem aut per expressam domini voluntatem soluentes per ignorantiam liberantur ipso iure non ex mera & stricta iuris ratione sed tantum ex æquitate tom.1,pag.84,& 85

qui ante diem soluit plus præstare dicitur quàm debeat tom.1.pag.249, col.2

Nemo ideo condemnandus est aut cogendus soluere quod ab alio postea repetiturus sit si quid præstiterit tom. 2,pag.203,col.1

Non debet eius quis compelli ad solutionem pro eodem dolo vel debito licet ex pluribus causis debito tom.2, pag.196,& 197

Etiam aliud pro alio volenti creditori solui potest, quamuis non inuito tom.1,pagin.360, col.1, & pag.373,col 1

Concurrere debet animus & affectio soluentis cum animo & affectione recipientis to.1,pag.360,col.1

Culpa non caret qui mauult soluere quàm vti exceptione sibi competente tom.2,pag.354,col.1

Potest quis inuito non tantum creditore sed etiam debitore pro alio soluere eumque liberare tom. 2, pagin. 370,col.1

Soluens creditori inuito & prohibente debitore nullam habet aduersus debitorem actionẽ secus soluens eo ignorante, vel sciente & non prohibente tom.2,pag.368,col.2

quisquis suo non alieno nomine soluit nunquam alium liberat tom.2, pagin.305,col.1

qui suo nomine soluit & propter suam obligationem, alium non liberat tom.2,pag.291,col.1

Impune soluit quem prætor vt soluat potest cogere tom.2,pa.298.col.2

Impune non soluit, quem prætor cogere potest vt soluat tom. 2, pa. 191,c.2

An aliud pro alio inuito creditori solui possit? tom. 1,pag 4,col.1,& 2

Quibus casibus aliud pro alio inuito creditori solui possit? tom.1,pag. 4,col.2

Procurator etiam verus qui soluit indebitum, egreditur officium suum, & excedit fines mandati tom.1,pa. 340, col.1

Semper bene soluit qui mandante iudice soluit, nec appellare cogitur, etiam si maximè possit t.1,p.71,col.2

In dubio præsumendum est quemlibet soluisse suo nomine potiùs quàm alieno tom. 1, pagin. 346, col.2.

Quomodo possit debitor posteriori creditori per gratificationem soluere? tom.2, pa.191,col.2

Soluere correus.

Ex correis debendi qui totum soluit nullum regressum habere contra correum potest, quia soluit suo nomine non alieno, nisi cessionem actionum à creditore impetrauerit tom.2,pa. 121, col.2

Solutio.

Euicta parte fundi in solutum dati, potest creditor totum debitum repetere, ac si totus fundus esset euictus tom. 1,pa.373, col.2

Is videtur habere fidem de precio, quæ spe futuræ aliquando solutionis habet pecuniam pro soluta accepto in eam rem fideiussore aut expromissore, aut facta etiam,vt fieri solet,debiti nouatione to.1, pa. 647.col.2

Depositio & obsignatio pecuniæ nõ potest habere vim solutionis, nisi præcedente obligatione quam creditor sine causa accipere recusauerit t.1,pa. 654, col.1

Dolo facit qui & pignus habere vult nondum soluto debito, & debitum haberi pro soluto quod nunquam ipse soluerit tom.1,p. 647,col.2

Nihil interest an soluta sit pecunia debita,an verò fides habita sit de solutione tom.1, pagin.647,col 1

Tempus solutioni debiti adiectum debitoris non creditoris gratia adiectum est, ante tempus enim etiam inuito creditori solui potest tom. 1, pag.346,c 1

Plures creditoris aut debitoris heredes neque possunt agere ad partem obligationis consequendam, neque possunt soluere pro parte ad hoc, vt liberatio contingat to.1,p.382, col.1,& 2

Propter vtilitatem commerciorum alia res pro alia soluta creditori consentienti parit liberationem tom.1, pag.548, col.1

Solutio non aliter liberationem parere potest,quam si quod solutum est, fiat accipientis t.1, p.259,col.1

Casus singularis in quo solutio neque liberationem, neque condictionẽ videtur parere tom.1, pag.431,col.1,& 2 & pag.432,col.1,& 2

Minor inconsultè adita hereditate soluens legata de suo,non potest heredi imputare quod soluit tom. 1, pag. 337,col.2

Obligatio siue naturalis siue ciuilis non tollitur per solutionem factam ex pecunia

BIU Cujas

pecunia creditoris aut alterius, quàm ipsius debitoris tom.1,pa.398,col.1

Nihil refert an solutio facta sit ex voluntate creditoris tacita an expressa tom.1,pag.670,col.1

Omnis solutio est alienatio tom.2, pag.368,col.2

Ante finitam tempore obligationem debiti solutio facta valet to.1,pa. 575,col.2

quo casu solutio valeat & pariat liberationem si alij quàm vero creditori,aut eius heredi, aut procuratori facta sit? tom.1,pa.70,col.2

Etiam solutio facta prædoni vecturarum nauium & mercedis seruorum ab eo locatarum parit liberationem nõ condictionem tom.1,pag.420,col.1

Cum quis annua, bima, trima die triginta dari stipulatus est diuiditur solutio per tres pensiones tom.1,pag. 677,col.1

In dubio reus prior soluisse præsumitur quàm fideiussor tom.1,pagin. 361,col.2

Plurium debendi correorum quia vnica obligatio est, vnica solutione tollitur tom.1,pag.361,col.1

Prodest debitori soluisse creditori sed non voluisse soluere tom.1,pag. 445,col.1

Solutio facta alij licet bonæ fidei possessori,quàm vero creditori non parit liberationem to.1,pag.70,in fi.& 71

Solutio facta prædoni à debitore hereditario iussu magistratus vel principis parit liberationem ipso iure tom. 1,pag.71,col.1,& 2

Pluribus summis debitis & facta solutione si nesciatur in quam causam solutum sit in antiquiorem aut grauiorem solutum videtur tom.2,pag.367, col.1

Nunquam æquum est, vt siue vna eademque actione, siue pluribus actoribus idem consequatur nequidem à diuersis personis tom.1,pag.619,col.1.inuito minus si ab eodem debitore ibi.

Solutio siue naturalis siue ciuilis & imaginaria vt acceptilatio tollit obligationem omnem etiam naturalem liberátque debitorem dummodo facta sit vero creditori to.2,p.177,col.2,in fi.

Soluto toto debito pignus totum liberatur, si quid autem vel minimum desit,solutionis in nullo liberatur to. 1,pag.451,col.2

Irrita solutio neque ciuilem obligationem neque naturalem tollit tom. 1,pag.426,col.2

Solutio à fideiussore iure liberato per errorem facta reum non liberat ab obligatione tom.1,pa.426,col.1,& 2

quod nondum debetur nec solui ad huc potest tom.1,pag.357,col.1

Non potest eadem solutio parere & liberationem,& condictionem tom.1, pag.357,col 2

Non potest solutio nõ parere aut liberationem, aut condictionem extra vnum casum tom.1,pag.357,col.2

qui alienos nummos soluit non trãsfert dominium ideóque nec liberatur tom 1.pag.352,col.1

Debitor neque reprobos nummos soluendo, neque alienos quamuis probos liberatur tom.1,pagin.700, col.1,in fi.

Ex nuda confessione solutionis à bonæ fidei possessore vel à vero procuratore & aliis personis alieni debiti exigendi ius habentibus non contingit liberatio nisi vera & realis solutio probetur tom.1,pag.71,col.2

Seruus soluendo ei qui creditor non erat creditorem putãs, acquirit domino ex ea solutione tom.2,pag.278, & 279

Duobus correis credendi debitum singulis in solidum debetur vna tamen obligatione & qui prior solutionem accipit debitorem communem à correo liberat tom.1,pag.362,col.1

qui suo nomine soluit quod etiam alius debet alium non liberat tom.2, pag.15,col.1

In omnibus obligationibus accessoriis qui accessoriè tantum obligantur suo nomine soluendo etiam principales obligatos liberant, secus si omnes sint principaliter obligati tom.2, pag.15,col.1,& 2

Vnus ex pluribus correis debendi in solidum conuentus si soluerit ab aliis repetere non potest, nisi prius impetrata & petita actionum cessione tom.2,pag.16,col.2

Etiam aliud pro alio volenti creditori solui potest contingitque ex ea solutione liberatio, quia debet sibi imputare is qui accepit nec vlla fit volenti iniuria tom.1,pagin.700, col.1

Credendus quisque est ex ea causa soluisse ex qua efficacius potuit conueniri to.1,pag.406,col.2

quod adiecto soluitur creditori etiam solui videtur tom.1.pagin.561, col.2

Si quis posteaquam soli mihi se soluturum constituit soluit Titio nihilominus adhuc mihi tenetur tom.1, pag.561,col.2

Solutio est facti tom.2,pag.354, col.2

Solutio facta creditori creditoris de voluntate tacita creditoris facta intelligitur tom.1,pag.670,col.1

Solutio facta alij quam ipsi creditori dummodo ex creditoris voluntate æquipollet solutioni factæ ipsi creditori tom.1,pag.669,col.1,sicut & quæ vero procuratori ibid.

Debitor creditori sui creditoris tacitè obligatus creditori sui creditoris inuiti soluendo liberatur tom.1,pag. 670,col.2

Solutio facta ei cui creditor heres extitit æquipollet solutioni factæ ipsi creditori nisi adierit hereditatem cum beneficio legis & inuentarij tom.1,pa. 669,col.1

Solutio facta seruo exigendis pecuniis præposito aut quod magis est negotiis omnibus creditoris æquipollet solutioni ipsi creditori factæ tom.1, pag.669,col.1

Facta solutione si neque creditor neque debitor eligat in quam causam facta sit imputandum erit quod solutum est in vsuras prius quàm in sortem tom.1,pag.719, col 2, & hoc non iure competentis electionis quam vt ei qui amisit sed ex mera iuris ratione ac dispositione ibid.

Solutio facta & accepta tam in sortem quàm in vsuras cedit prius in vsuras quàm in sortem tom.1,pag.719,col. col.2,licet & sortis mentio facta sit,& etiam priusquam vsurarum ibid.

Debitor ex pluribus causis si soluat electionem habet in quam causam soluere malit,si non eligat videtur soluisse in duriorem tom.1,pagin. 719,col.1

In vsuras solas imputari facta solutio potest cùm electio à debitore non facta in creditorem translata est tom. 1,pagin.719,col.1

Non videtur solutum quod non durat solutum tom.1,pag 698,col.2

Reprobæ pecuniæ solutio non conualescit licet ea pecunia postea pro proba accipiatur tom.1,pag.700, col 2

Reprobæ pecuniæ solutio parit liberationem si creditori scienti & consentienti facta sit tom.1,pag. 701, col 1

Solutio pro restitutione interdum accepta tom.1,pag.703,col.1

Pro solutione debet haberi pecunia quæ à debitore ad creditorem peruenit tom.1,pa 398,col.2

Improbus ille est & contra bonam fidem facit quisquis vult iterum consequi quod iam accepit tom.1,pag. 408,col.2

Solutio pecuniæ alienæ conualescit si eius dominium debitor postea nanciscatur tom.1, pagin. 700,col.2

Non videtur habere fidem de precio quod statim quis se recepturum putat tom.1,pag.647,col.1,& 2

An creditor inuitus partis debiti à debitore recogniti solutionem accipere teneatur? tom.1,pag.53,54,& 55

Creditor inuitus partis solutionem accipere tenetur si altera pars negetur à debitore tom 1, pagin. 53, 54,& 55

Diuersarum summarum ex diuersis contractibus creditor vnius summæ solutionem recusare non potest eo prætextu quod aliud debitum non offeratur etiamsi pro vtroque debito eadem data sint pignora tom.1,pagin. 54,col.2

Solutio partis volenti creditori facta partis liberationem parit tom.1, pag.54,col.2

Iniquum est impunè non soluere eum quem prætor cogere potest ad solutionem tom.1.pag 333,co.1

In solutione in alium locum collata,quàm in quo facta promissio est,inest dies tacitè qua possit peruenire ad locum tom.1,pa.521,& pag.522,co.1,& 2, quodnam autem & quantum tempus illud sit tom.1,pag.522,col.1

quando aliquid soluitur ex vna causa ex qua est indebitum retineri id potest ex alia ex qua sit debitum tom.1, pag.378,col.2

An seruus debitum naturaliter ante manumissionem soluere possit tom. 1,pagin.349,col.1

Solutione à debitoribus mortem creditoris ignorantibus facta seruo exigendis pecuniis à creditore antea præposito qui seruus factus est coheres domini, liberãtur debitores etiam pro coheredum portionibus tom.1,pag. 84.& 85

Nemo alienum rem soluendo consequitur liberationem tom.1,pagin. 695,col.2

Solutio per partes habet magna incommoda ex parte creditoris tom. 1, pagin.520,col 1

Solutio simpliciter facta ab eo qui & sortem & vsuras debet cedit prius in vsuras aut tam in sortem quàm in vsuras pro rata si ex stipulatione vel ex pacto debeantur, secus si officio tantum iudicis debeantur tom.1,pa.545,col.1,& 2

Solutio debiti paterni facta vni ex creditoribus à tutore si pupillus hereditate paterna abstinuerit,an & quomodo reuocetur tom.1,p.429,col.1, & 2

Solutio debiti paterni à pupillo po-

BIU Cujas

ſtea abſtinente facta aliunde quàm ex bonis paternis an reuocari poſſit & vtrum à creditore an ex hereditate tom. 1,pagin.429,col.2

Factum pro facto, aut factum pro dato inuito creditori ſolui non poteſt tom.1,pag.548,col.2

Omnis ſatisfactio pro ſolutione eſt tom.1,pag.548,col.2

Reus habet electionem ſoluendi an alterutro duorum locorum ante petitionem in quo promiſit ſoluere, ſed non in alio & tertio loco tom 1,pa 543, col.1,niſi in quibuſdam caſibus ibid.

Adiecto in fauorem debitoris loco, poteſt ille vbique ſoluere tom.1,pag. 543,col.2

quod in diem debetur licet ante diem ſolui poſſit, non poteſt tamen ſolui ſi dies fauore creditoris adiectus ſit tom.1 pag.543,col 2

Spontanea ſolutio ſolam vim & metum præcedentem purgat, non etiam turpitudinem aliam quamlibet tom.1, pag.320,,col.1

Heres adeundo debitoris ſui hereditatem ſibi ipſi ex ea ſoluiſſe videtur tom.1 pag.409.col.2

Legata ſoluta per poſteriores codicillos adempta probabiliſſimo facti errore ſoluta ſunt tom.1,pagin.335, col.1

Inuito creditori alibi ſolui non poteſt quam in loco deſtinato tom.1, pag.542,co.1, & 2,& 543,col.1,& 2

quod ſolutum eſt imputandum ſemper eſt in eam cauſam ex qua iam debetur non in eam ex qua nihil dum debetur tom 1,pag.545,col.1

Is remittit vſuras officio iudicis ex mora debitas qui precij ſolutionem accipit ſiue proteſtatus ſit ſiue non tom.1,pag.545,col.1

Solutio in extraneam quoque perſonam conferri iure poteſt tom.1,pag. 362,col.2

Si ex duobus ſeruis alternatiuè legatis alteruter deceſſerit alter omnimodo præſtandus eſt tom.1,pag. 518, col.2

Vnica ſolutio totius debiti per fideiuſſorem facta ſufficit ad extinguendã & debitoris principalis & fideiuſſoris obligationem tom.1,pa.426,col 1

Duplex obligatio in reo & in fideiuſſore duplicis faciendæ ſolutionis neceſſitatem non inducit tom.1,pag. 426,col.1

Solutio non poteſt in duabus rebus diuerſis fieri tom.1,pa.381,col.1,& 2

Eadem ſolutio proficit in varias cauſas ex diuerſis reſpectibus promanantes, quæ proinde nec contrariæ ſunt nec incompatibiles to.1.pa.389,col.1

quandiu ſpeciei ſolutæ aliquid deeſt, non poteſt per ſolutionem contingere liberatio tom.1,pagin. 432,col.2

Solutio facta vero procuratori parit liberationem tom.1,pag.300,col.1

Solutio facta bona fide &,ignoranter vero antea procuratori ſed tunc reuocato parit liberationem tom.1,pag. 300,col.1

Solutio eſt facti tom.2,pag. 125,col. 1,& quidem reſtricti & limitati ad quãtitatem ſolutam ibid.

Solutio rei poſt moram deterioris licet factæ precioſioris & maioris valoris non poteſt fieri, vt pariat liberationem.ſecus ſolutio rei factæ vilioris to. 1,pag.512,col.1

Solutio facta à conductore prædoni parit liberationem non condictionem tom.1,pag.419,col.1

Solutionem creditor admittere tenetur ſecus ſatisfactionem tom.1,pa. 580,col.1

Solutio actio.

Actio de dolo competit heredi contra legatarium qui eius dolo & fallaci perſuaſione integra legata ſoluit non detracta Falcidia tom.1,pag 335,col.1

Solutio legatum.

Semper reſpiciendum non tam quis ſoluerit aut cui legatum ſit quàm cuius gratia quoties quæritur cui actio danda ſit tom.1,pagin.260,col.2

Solutio vindicatio.

qui litis æſtimationem ſoluit creditori repellit debitorem vindicantem niſi æſtimationem ſolutam offerat tom.1,pag.710,col.1, & 2

Vindicans rem repellitur exceptione niſi ſoluat poſſeſſori quod ipſe poſſeſſor alij pro illa reſoluit, ſi illud eſt conuerſum in vtilitatem agentis tom. 1,pag.710,col.1,& 2

Solutio liberatio.

quoties quis alicui tenetur ob id ſolum quod contra alium habeat actionem liberatur cedendo actione & actionis delegatio pro iuſta præſtatione eſt tom.1,pagin.611,col.2

quiſquis ei ſoluit cui fuit obligatus licet nullam ſatis iuſtam eius obligandi cauſam habuerit creditor, attamen liberatur tom.1,pag.419,col.2

Solutio ratihabitio.

Debitum à procuratore ſolutum nec à domino nec à procuratore repeti poteſt ratihabitione non ſecuta tom.1,pa. 341,col.1

Solutio obligatio.

qui ex alienis nummis indebitum ſoluit ſe obligat ei cuius nummi fuerunt à quo ſcilicet neque verum neque præſumptum mandatum habere vnquam intelligitur tom.1,pagin.410, col.1

Solutio tempus.

Tempus quo res petitur nouiſſimũ tempus eſt quo ſolui poteſt, finis ſiquidem dandi & accipiendi & quando iudicium accipitur tom.1,pag.532,col.2

Solutio ceſſio.

Si alter ex correis debendi debitum ſoluat non habet contra alterum vllum regreſſum niſi per creditorem ceſſæ ſint actiones ſoluenti tom.1,pag. 361,col.1

Solutio oblatio.

Oblatio ſola non ſufficit vt vim ſolutionis habeat, niſi oblationem ſine cauſa recuſatam ſecuta ſit obſignatio tom.1,pagin.534,col.1

Solutio condicio.

Pluralitas & enumeratio perſonarum diuiſionem quantitatis inducit tom.1,pag.520, col.2, adeóque condicionis quamuis ea ſui natura ſit indiuidua ibidem

Solutio condictio.

Solutio quæ non parit liberationem parit condictionem & è contra, quæ parit liberationem parit omnibus obligatis quæ verò condictionem, ei tantum qui ſuo nomine ſoluit tom.1, pag.411,col.2

Solutio fideicommiſſum.

In omnibus cauſis ſolutio indebiti ſcienter facta pro donatione habetur, in fideicommiſſis fauorabiliot cauſa præſumitur vt explendæ fidei gratia potius quàm donandi animo promiſſum aut ſolutum eſt tom.1,pag.431, col.2

Solutio ſatisfactio.

Differentia inter ſatisfactionem & ſolutionem tom.1,pa.580,col.1

Solutio ſocius.

Solutione ab vno ex ſocio facta quomodo alij liberentur, & quàm actionem hæc ſolutio pariat tom.2,pa. 16,col.2

Solutio pignus.

Solutio à debitore oblata, & ſine cauſa à creditore recuſata inducit pignoratitiam actionem per quam poſſit cogi creditor vt pignus reddat dummodo duret oblatio, & perſeueret etiã in iudicio to.1,pag.689,col.1,& 2

Solutio adiectus.

Facultas accipiendæ ſolutionis communis eſt ſtipulatori & adiecto dum ne à lege per ſtipulationem dicta recedatur tom.1,pag.524,col.1

Solutio,metus.

Spontanea ſolutio ab eo facta qui per vim & metum promittere coactus fuerat purgat vim & metum & ipſam turpitudinem tom.1,pagin.318,col.1,& 319.col.2

Solutio quæ extorquetur per viam exactionis non purgat metum tom.1, pag.318,col.2

Sufficit vim aut metum ab initio interueniſſe vt ſolutio poſtmodum ſecuta per vim quoque aut metum exacta eſſe intelligatur tanquam quæ ſecuta ſit in conſequentem violentæ,vel meticuloſæ promiſſionis tom.1,pag. 319,col.1

Solutio locus.

Etiam id quod certo loco debetur alio quocunque loco ſolui poteſt volente creditore, adeoque inuito eo ſi ſolutio offeratur antequàm peruenirí poſſit ad locum ſolutioni deſtinatum tom.1.pagin.555,col.2

Poteſt debitor vbique ſoluere etiam poſt elapſum tempus intra quod ad locum peruenirí potuit ſi modo non tãtum ſortem offerat ſed etiam quicquid intereſſe poteſt ſtipulatoris ratione loci tom.1,pag.543,col.1

Creditor non poteſt cogi vt alibi ſolutionem accipiat quam vbi conuentum eſt,quod ſi accipiat ſolutionẽ debitor liberatur tom.1,pagin.523, col.2

Vbique locorum & deberi & peri poteſt quod nullo certo loco debetur, ideóque & impunè poteſt quocunque loco ſolui to.1,pa.533,col.2

Solutum.

Solutum non videtur quod euincitur tom.1,pag.68,col.1

Sors.

Creditor accipiendo ſortem remiſiſſe pœnam

BIU Cujas

fisse pœnam videtur etiam quæ officio iudicis debetur to.1,pa.545,col 1

Species.

quid sit species apud legistas, quid apud Philosophos tom.1,pag 2,col.1, & pag.13,col.2

quod in sua specie non permanet, extinctum quodammodo videtur tom. 1,pag.686,col.1, sicut è contrario cuius eadem est species eadem res esse creditur ibid.

Omnis species indiuidua est tom.2, pag.415,col.1

Spes.

Spes est vnicum quamuis miserimum in affectione solatium & nihil nisi paulò plus quàm nihil tom.2,pag. 31,col.2

Spoliatio.

Spoliatio & inuasio legislatori odiosa tom.2,pag.365,col.2

Spoliatus.

Etiam prædo si spoliatus sit restituẽdus est aduersus prædonem tom.1,pag. 616,col.1

Spoliatus ante omnia restituendus tom.1,pag.321,col.2

Sponsalia nuptiæ.

An illegitimæ & festinatæ nuptiæ inter eos contractæ qui sponsalia iustè contrahere potuerunt sponsaliorum saltem vim obtineant? tom.1.pag.293, col.1

Statuliber.

quis sit statuliber? tom.1.pag.294, col.2

Statuliber implicitus est casus libertatis tom.1,pag.431,col.1

Pendente die vel condicione libertatis statutę statuliber interim verè seruus est tom.1,pag.431,col.1

Status.

De causa status compromissum fieri non potest tom.1,pag.202,col.1

Ad causam status pertinet vt quis in alterius potestate sit vel non sit siue de patria potestate quæratur siue de dominica tom.1,pag.102,col.1

Capitis diminutio ita mutat statum,vt qui capite minuitur, alius homo esse videatur tom.2,pagin. 113, col.1

Status contractus.

An mutatio status mutet contractum qui ab initio certam formam acceperat? tom.2,pagin. 68, col.1,& 2

Stellionatus.

Fauorabilius est creditori vt habeat contra debitorem contrariam actionem, quàm vt stellionatus persecutionem tom.1,pag.645,col.2

De stellionatu agi non potest nisi probato dolo sine quo nec delictum vllum esse potest, dolum autem semper excludit ignorantia & consequenter stellionatum tom.1,pagin.645, col.2

Quod in causis ciuilibus est actio de dolo hoc in criminalibus est stellionatus persecutio tom.1,pagin. 645,col.2

Stellionatus per actionem ordinariam non excluditur tom.1,p.645,col.2

Stellionatus iudicium publicum non est,extraordinariam tamen habet coercitionem tom.1,pagin.645,col.2

Stipulari.

Liber homo acquirit ei cui bona fide tenuit dummodo ex eius re stipuletur tom.1,pa.89,col.1

Stipulator.

Stipulatoris est legem dicere non promissoris tom.1,pag.520,col.2

Stipulatio.

Differentia inter stipulationem & pactum tom.1,pagin.81,col.2

Ex eadem stipulatione certi condictio & actio ex stipulatu competere pro diuersitate rei in stipulationem deductæ tom.1,pag.81,col.2

Lex nunquam 13.C. de contrahen & coniunct. nõ habet locum nisi in pœnalibus stipulationibus tom.1,pa. 214,col.2

Heres speciali stipulatione legatariis obligatus non ideo durius obligatur quominus iisdem exceptionibus omnibus vti possit quibus posset si nulla stipulatio interuenisset. tom.1, pag.334,col.1

Stipulatio iudicatum solui dicitur habere tres clausulas de re iudicata, de re defendenda,& de dolo malo tom.1, pag 163,col.1

Stipulationum aliæ sunt certæ aliæ incertæ tom.1,pa.58,col.1

Cur insulæ faciendæ stipulatio nullo adiecto loco facta non valeat tom. 1,pag.521,col.1,& 2

Casus in quo ex stipulatione interposita pecuniæ creditæ nomine, quæ non sit in accipientem alienata datur actio directa stipulatori, eaque efficax sine metu exceptionis doli tom.2, pag.255,col.2

Forma stipulationis immutari ex post facto non potest to.1,pa.382,col.2

Differentia inter stipulationem domino factam, & stipulationem factam seruo tom.1,pag.88,col.2

Stipulatio quæ fit & interponitur prætextu futuræ numerationis totam vim & substantiam accipit ex numeratione & per eam impletur tom. 1,pag.63,col.1

De impersonalitate stipulationis quæ est aut in verbis obligatoriis, aut in executoriis tom.1,pagin.95,circa fin.& 96,col.1,& 2

Stipulatione numerationem pecuniæ incontinenti præcedente vel subsequente, datur actio ex stipulatione non ex numeratione to.1,pa.90,col.2

Ex stipulatione vnius potest interdum alij acquiri vtilis actio tom.1,pa. 90,in fi.

De stipulatione emptæ & venditæ hereditatis tom.2,pag.221,col.2

Commissa in totum stipulatio nunquam ad aliud potest competere quàm ad id quod reuera interest stipulatoris tom.1.pa.148,col.1

Facilius cõmittitur stipulatio quantum ad pœnam quàm quantum ad id quod interest tom.1,pag.49,col.2

Potest quilibet stipulari rem suam sub ea conditione si res stipulatoris esse desierit tom.1,pag.721,col.2

Expressa stipulatio quæ de legatis soluendis interponitur, licet actionem ex testamento nouet, actionis tamen ex testamento naturam induit tom.1, pag.334,col.1

Stipulatio iudicatum solui simpliciter interposita an referatur ad id omne quod iudex quoquomodo & ex quacunque causa pronunciauerit tom.1, pag.209,col 1,& 2

Stipulatio iudicatum solui committitur in id omne quod iudex pronunciauit tom.1.pagin.208,col.1

Ex stipulatione sine causa potest promissor conueniri& non opposita exceptione condemnari tom.1,pa.451,col.1

Solam verborum solemnitatem requirit stipulatio ad inducendam ipso iure obligationem non item aliquam obligationis causam to.1,pa.451,col.1

An stipulatio serui pecuniam domini mortui, quem ignorabat mortuum credentis, si eius factus sit heres pro parte aliquid operetur & quo casu? tom.1,pag.88,& 89

Homo mortuus in stipulationem deduci non potest tom.1.pa.582,col.1

Ex stipulationibus prætoriis alia actio nasci non potest quàm actio ex stipulatu tom.2,pag.366,in princ.

Prętoriæ stipulationes recipiunt interpretationem ex mente prætoris, secus stipulationes conuentionales tom 1,pa.569,col.2

Casus in quo stipulatio fingitur interuenisse quæ reuera non interuenit tom.1,pag.334,col.2

Aquiliana stipulatio nouat omnes obligationes & actiones tom.1,pag. 365,col.2

Stipulatio initium est litis cuius res iudicata finis est to.1,pag.365,col.2

Stipulatio amplius non peti non nisi lite contestata committitur tom.1. pag.148,col.2

Stipulatio non potest videri commissa ad id quod interest quàm si actor probet sua interesse tom.1,pagin.148, col.2

Stipulationibus omnibus cautionalibus illud commune est, vt earum actionum quas nouant naturam induant & vicem repræsentent to.1,pag. 448.col.1

Post factam nouationem legati nomine debetur ex sola stipulatione quod antea ex testamento debebatur tom.1,pag.448.col.2

Frequens olim fuit & assidua stipulatio tom.1,pagin.696,col.1

Stipulatio etiam inutilis parit obligationem naturalem tom.2,pagin.175, col.2, secus stipulatio nulla ibidem in fin.

Nemo rem suam stipulari potest nequidem à fure nisi sub condicione tom.1,pag.501,col.2

Omnes stipulationes prætoriæ adiunctam semper habent satisdandi necessitatem tom.1,pagin.208,col.1

In stipulatione hoc modo concepta fundum illum si illi non dederis mihi dare spondes, finis dandi alteri erit quando iudicium accipietur, & ideo occupantis erit actio tom.1,pag. 519,col.2

Stipulatio aliter fieri non intelligitur quàm si quis serio interroganti,serio respondeat tom.1,pag. 522, col.2

Quænam verborum conceptio faciat stipulationem tom.1, pagin. 522,col.2

Inutilis stipulatio nec parit obligationem naturalem nec valet in vim pacti tom.1,pag 22,col.1

Cur comparatus sit vsus stipulationis & vnde dicta tom. pagin. 545, col.2

Stipulatio est strictissimi iuris tom. 1,pag.522,col.1

Pura stipulatio aliquando ex re ipsa dilationem capit tom.1,pa.107,col.2

Ex stipulatione certa nascitur certi

BIU Cujas

conditio, ex stipulatione incerta, actio ex stipulatu to.1.pa.58,col.1,& 2.

Stipulatio non nisi per stipulationem tolli ipso iure potest, per pactum verò nisi posterius, exceptionis ope, tom.1,pag.80,col.1

Stipulationes omnes prætoriæ dantur ad id quod interest aut quanti res est tom.1,pag.158,col.2

Stipulatio iudicium.

Stipulatio iudicio sisti committitur ad id omne quod interest stipulatoris statum non esse debitorem tom. 1,pa.158,col.2

Stipulatio expressum.

Aliquando dies vel condicio non expressa in stipulatione subintelligitur,persona verò nunquam tom.1,pa. 522,col.2

Stipulatio dos.

Ex stipulatione pura dotis dandæ sponsus agere volens ante secutas nuptias exceptione doli summoueri potest tom.1,pag.286, & 287, propter taeitam condicionem ibid.

Stipulatio dotis interim pura est & ex ea nascitur confestim obligatio, licet non prius agi possit, adeoque nec aliter secutis quoque nuptiis, quàm si nuptiæ consistant tom.1,pag. 286,col.1,& 2

Stipulatio pactum.

Pactum in continenti adiectum stipulationi non solùm ei sic inest vt possit producere actionem sed etiam format stipulationem, vt quod pacto incontinenti appositò comprehensum perinde haberi debeat ac si idipsum stipulationis verbis contineretur tom. 1,pag.530,col.2

Stipulatio venditio.

Stipulatione inter emptorem & venditorem interposita ab initio aut incontinenti siue ante siue post contractam venditionem non duo sunt contractus, vnus venditionis, alter stipulationis, sed vnus tantum stipulationis non venditionis tom.1,pag. 538,col.1

Stipulatio numeratio.

Cum pecunia credita est si stipulatio interuenit siue ante siue in continenti post numerationem non duo sunt contractus quorum prior per posteriorem mouetur, neque contractus vllus mutui, sed tantum stipulationis tom.1,pagin.583,col.2

Stipulatio satisdatio.

In stipulationibus prætoriis speciale est, vt satisdationem exigant ideft fideiussorem nec pignoribus contentæ sint excepta stipulatione quæ pro collatione interponitur tom.1,pag. 580,col.2

Studium.

An & quomodo pater obligetur si filiusfamilias studiorum causa pecuniam mutuam accipiat tom.2,pagin. 124,col.1,& 2

Stultus.

Absurdum est melioris condicionis esse desides quam diligentes, & stultos quàm prudentes tom.2,pagin.362, col.2

Subditus.

qui non sunt in ea prouincia in qua degunt fiunt subditi secundum quid siue in ea contrahant, siue delinquant tom.1,pagin.73,col.2

Subrogatum.

Subrogatum sapit naturam eius in cuius locum subrogatum est tom.2, pag.349,col.1 & tom.1, pagin. 476,col.2

Subscribere.

qui subscripsit omnia in instrumento contenta videtur approbare, nisi tanquam testis subscribat tom.2,pag. 313,col.1.& 2

Debitor qui se in testamento creditoris subscribit non videtur ex eo approbare quæ in testamento apponuntur tom.1,pa.724,& 725,cum seqq.

Substituere seruus.

Seruus olim substitui solebat vltimo tandem gradu tom.2,pag.142, col.1

Succedere.

Contra legem facit qui paciscitur ne filius aut filia intestato patri succedat,non autem filius aut filia qui patri iam defuncto etiam intestato non succedit tom.1,pagin.316,col.1

Successio.

Cur olim neque in suis neque in agnatis esset successio tom.2,pagin. 211,col.2

Successio ratihabitio.

Successio non habet vim ratihabitionis in iis quæ defunctus gessit suo nomine, sed in iis tantum quæ gessit nomine heredis sui putà si eius quoque bona obligauerit quod facere suo iure potest tom.1,pag.737,col.2

Successor.

Personalis obligatio siue actiua siue passiua nunquàm transit in singularem successorem tom.1,pagin.658,col. 2,secus realis

Pacta & priuilegia merè personalia non transeunt ad successores siue vniuersales siue singulares, realia verò secus tom.1,pag.658, col.2, & ad quos heredes? ibid.

Potest quis sine successore decedere tom.1.pag 563,col.1

Omnes defuncti obligationes tam actiuæ quam passiuæ transeunt non tantum in heredem, sed & in alium successorem quemlibet tom.2,pagin. 135,col.1

Personalis obligatio passiua non sequitur fundi possessorem nec alium quemlibet singularem successorem tom.1,pa.110,col.1,in fi.

Potest quis æris alieni magnitudine oppressus decedere sine vllo successore siue ciuili siue honorario, ita vt nec ad fiscum bona peruenire possunt tom. 2,pag.204,col.2

Iura alicui competentia vel contra aliquem ratione alicuius rei transeunt in quemlibet eius rei successorem tom.1,pag.111,col.1, Itemque iura realia ibid.col.2

Sui.

In suis acquisitio fit eo instanti,quo in aliis fit delatio tom.1,pa 397.col.2

Sumptus fructus.

Non sunt computandi fructus nisi deductis sumptibus qui ad eos percipiendos & colligendos necessario facti sunt tom.2,pagin.404,col.2

Superficiarius seruitus.

Seruitutes à superficiario constitutas,quamuis non nisi à domino constitui possint tuetur prætor,data similiter vtili actione in rem de seruitute tom. 1,pag.680,col.2

Superstitio.

Vnicuique propria superstitio pro religione est tom.1,pag.106,col.2

Suspectus.

In fraudem legis factum esse præsumitur quod à persona suspecta & prohibita factum est tom.2,pagin. 340,col.1

Syndicus.

Syndicus personam vniuersitatis fictam repræsentat tom.1,pag.60,col.2

T.

Taberna.

TAbernaria negociatio vbi sit tom. 2,pag.43,col.2

Tacitum.

Taciti temporis & tacitæ condicionis par est virtus tom.1,pagin.287, col.1

Facilius est vt quid tacitè confirmetur quam vt tacitè fiat tom.2,pag. 49,col.1

Pleraque tacitè aguntur quæ non dicuntur tom.1,pag.602,col.2

Taxare.

Ex eo quod taxatum est deduci postea nihil potest tom.1,pagin.345, col.2

Temperamentum.

Æquissimum omnium est temperamentum per quod vtrique parte commodissimè consulitur vt neutra lædatur tom.2,pa.67,col.2

Tempestas.

Sæpe accidit vt propter homines improbos & sceleratos qui in naue sunt tempestas oriatur tom.2,pagin. 27,col.1

Tempus.

Tempus non est modus tollendæ obligationis naturalis tom.1,pag. 327,col.2

Non post multum temporis fieri dicitur id quod fit post quinquennium sed id quod fit post decennium tom.1, pag.333,col.1,& 2

Sola temporis limitatio est quæ impedit ne post tempus fieri possit quod ante fieri debuit tom.1,pag. 249,col.1,& 2

Nulla ratio temporis haberi debet contra eum cui culpa nulla imputari potest quique sua diligentia temporis tarditatem præuenire & anteuertere non potuit tom.1,pag.334,col.1

Tempus diei vnius,alterius diei tempus & mensura esse nunquam potest tom.2,pag.266,col.2

Tempus ipsum quo contractum est præcisè inspiciendum tom.1,pag.575, col.2

BIU Cujas

Omnis dispositio censetur facta eo tempore in quod confertur, nec tam inspiciendum est an facta sit tempore habili quàm vtrum collata in tempus habile vel inhabile tom.1, pag. 575, col.2

Actiones perpetuæ tempore non pereunt secus actiones temporales to. 1,p.113,c.2

In contractibus omnibus tempus contractus inspici oportet to.1,p. 332,col.1

Qualitas iuncta verbo intelligenda est secundum tempus verbi tom.1,p. 332, col. 1

Tempus stipulationi adiectum non tantùm obligationis,sed etiam solutionis gratia pars est stipulationis non minus quàm summa ipsa in stipulationem deducta tom.1,pagin.522, col.1

Qui pares sunt intempore pares sunt in iure tom.1, pagin. 689, col.1, & 2

Semper habenda est ratio vtilitatis temporis adiecti in contractu siue stricto siue bonæ fidei non minus quàm loci tom.1,pa 533,col.2

Qui hoc anno aut hoc mense dari stipulatus est, nisi omnibus partibus præteritis anni vel mensis non rectè petit to.2,p.361,col.2

Tempus,dies.

In iudiciis stricti iuris etiam vtilitatis temporis ratio habenda est si tempus in obligatione deductum sit, secus si ex mora debitoris, & ex officio iudicis tom.1,pag.532,col.1,& 2

Tempus,contractus.

In contractibus quoties quærimus cui actio acquiratur contractus tempus inspiciendum est tom.2,pag.386, col.1

Tempus,interesse.

Temporis etiam in contractu stricto adiecti vtilitatis ratio habenda est,quàtum ad lucrum non minus quàm ad damnum, id est pura actione & directa & ex verbis ipsis stipulationis non ex vllo officio iudicis tom. 1, pag. 532, col.2

Testator.

Falsa verba testatoris non præiudicant veritati tom. 2, pag. 351, in fi.

Verba enunciatiua à testatore prolata creditoribus non præiudicant to. 2,p.351,col.1,& 2

Voluntas testatoris in vltimis voluntatibus illa est quæ totum facit tom. 2, pag. 262,col.1

In re testatoris non debemus esse liberaliores testatore tom. 1, pag. 323, col.2

Potest testator rei suæ quam vult legem dicere,adeóque rei suæ etiam dominium post mortem suam citra traditionem transferre,ac nudum pignus constituere tom. 1, pagin. 708, col.2

Non omnis testatoris vox habet vim legis tom.1,p.728,c.2

Testis.

Testis malè auditus ex integro audiendus est tom.1,pag.180,col.1 etiamsi pars aduersa iam dixerit testificata ibid.

Nemo in sua causa testis est idoneus tom. 2, pag. 393, col. 2

Nemo in re sua & ad suam vtilitatem testis idoneus esse potest tom.2,pa. 420,c.2

Nemo seipsum iudicem & testem in causa propria potest constituere nisi cui ea conditio ab aduersario ipso deferatur tom.1,pag.195,c.2

Testis à iudice iuratus & examinatus qui dixit rem de qua agitur dignam esse centum aureis,potest item examinari ex causa, nec periurus est si dixerit valere centum & quinquaginta nisi prius adiecerit dictionem taxatiuam tom.1, pag 240,col. 2

Testimonium ferre quis cogitur contra furem iam iudicatum & accusatum tom.1,pa.316,col.2

Vnus testis non facit semiplenam probationem extra casus aliquos singulares tom.1,pa.177,col.1

Vox vnius etiam Senatoris vox nullius tom.1,pa.177,col.1

Suspectus est vltro iurare, vel testimonium præbet volens tom.1, pa. 177,c.1

Titulus.

Vnaquæque lex debet intelligi secundùm naturam tituli sub quo posita est tom.1.p.442,col.1

An dentur tituli generales tom. 1, pag.1,& 2

Totum.

Qui totum vel omne dicit nihil excludit aut excipit tom.2.pag.233, col.1

Tradere.

Tradere solam possessionis non proprietatis translationem importat nisi cum proprietaria possessione non potest separari,quo casu etiam translationem dominij continet tom.1, pag. 272,c.2

Tradere aliquando pro dare t.1,p. 272,col.1

Tradere, contrahere.

Non est decipiendus qui certa aliqua lege rem suam tradidit nõ alioqui traditurus tom.1,pag.243,col.2

Traditio.

Non omnis traditio transfert dominium nec si à domino ipso facta sit,sed ea tantùm quæ iusta est non quæ nuda tom.1,pagin.623,col.1

Traditio iusta & non nuda dicitur quæ fit ex titulo aliquo præcedente eóque habili ad dominium transferendum, & à iure in eam rem approbato tom. 1, p. 625, col.1

Nunquam traditio nuda dominium transfert etiam quæ à domino facta sit ni iusta aliqua causa præcedente non quæ vera etiam sit, sed quæ iusta esset si vera esset tom.1, pag.417. c.2

Traditio est possessionis translatio tom 1,pa.623,col.1

Translatio dominij quæ fit authoritate legis non requirit traditionem to. 2,p.237,c.2

Ius obligationis creditori quæsitum non transfert in creditorem dominium rei ex ea obligatione solutæ, sed traditio sola per dominium facta animo transferendi dominij ex iusta causa præcedente tom 1, pagin. 420, col.2

In traditionibus rerum quodcunque pactum interpositum sit id valere certum est to.1,pag.243,c.2

Vltimæ voluntates traditionem nullam exigunt ad transferendum dominium, sed sola legis authoritate ac potestate contentæ sunt tom.2,p.258, col.2

Neque in stipulatione dandi, neque in stipulatione faciendi promissor precisè cogitur ad tradendum tom.1,pag. 338,col.2

In traditione etiam ficta rem præsentem esse oportet ad translationem dominij tom.1,pa.501,c.1

Tenuis.

Ex delictis seruorum domini nunquam tenentur nisi noxaliter præterquam si iis scientibus delictum admissum proponatur tom.1. pag.641, col.1

Terminus.

Semper supponendi sunt termini habiles tom.2, pag. 384, c.2

Testamentum.

Testamentum minus solenne & inualidum nullius momenti est, nec vllam producere potest, aut obligationem, aut transferendi dominij facultatem tom.1, pag. 416, c.1

Prius testamentum per posterius minus solenne in quo legitimus successor est institutus, rumpitur fauore legitimæ successionis tom. 1, pag 337, col. 2

Ex testamento quod vel ab initio nullum fuit,vel ex postfacto ruptum est ipso iure nihil debetur nisi quod in testamento relictum est repetitum sit à venientibus ab intestato tom. 1, pag. 430,c.1

Ratio naturalis non patitur vt quis de rebus suis disponat in id tempus, quo non erit dominus tom.1.pag. 430,c.1

Testamentum inofficiosum euertitur saltem pro qua parte inofficiosi querela instituta est & obtinuit t.1.p. 246,c.1

Ex eo testamento quod per agnationem posthumi rumpi potest,deferri interim hereditas non potest to. 1, pag.336,c.1

Actio ex testamento est stricti iuris tom.1,pag.323,col 1, quamuis in nonnullis imitetur actiones bonæ fidei & in quibus? ibid.

Confirmatio testamenti quæ iuris est non facti fit in instanti sola legis potestate tom. 1, pagin. 339, col.2

Testamentum nullas vires habere potest nisi ex die mortis testatoris to. 2,pag.268,c.1

Qui tabulas testamenti apud se depositas pluribus præsentibus legit, tenetur etiam actione iniuriarum si dolose non per imperitiam aut stultitiam id fecerit tom.2, pagin. 392, & 393

Actio ex testamento licet stricta sui natura sit, actionum tamen bonæ fidei ius & naturam imitatur cùm fructus & naturales & ciuiles petuntur tom.1,p. 65,col.2

Confirmato semel testamento omnis defuncti voluntas rata constituitur tom. 1,pag.339,col.2

Multi sunt casus in quibus testamẽtum quod iure ciuili non valet prætorio iure defenditur tom.1.pa.338, col.1

Vnde nascatur actio ex testamen-

BIU Cujas

to tom.1,pag.232,col.2, & 233
Ex nullo testamento præstantur legara vltra vires patrimonij tom.1,pa. 333,c.2
De actione ex testamento pro legatis piis à Iustiniano introducta tom. 1,p.231 col.2
An actio ex testamento sit ex quasi contractu? tom. 1, pag. 231, col.2
Testamẽtum solemne à testibus subscribi ac signari olim necesse erat ne imperfectum esset, eiusque tenor à testibus ignorabatur cùm nec aperiretur nec legeretur nisi mortuo testatore tom.1,pag. 727,col.1
Testamentorum solemnium tam frequens olim vsus fuit quàm infrequens nuncupatiuorum extra militum personas tom.1, pag.727,col.1

Testamentum debitor.

Quæcunque à debitore qui soluendo non est fiunt vel scribuntur in testamento in fraudem creditorum rata haberi non oportet tom. 2, pa. 251,col.2

Testari.

Lex 12. tabularum non permisit ciui Romano testari de alieno, sed tantùm de suo t.1,p.333,col.2
Contra legem facit qui præripit sibi aut alteri facultatem liberam testandi, non autem qui mauult intestatus decedere quàm testatus to.1,pag. 315,col.2

Testator.

Voluntas testantis quæ in testamentis dominatur & totum facit, nec melius nec aliter perspici & explorari potest quàm ex ipsius opinione tom. 1, pag.425,col.1
In re testatoris non debemus esse liberaliores testatore tom.2,pag.2;8, col.2
Testatoris voluntas lex est tom.1,p. 707,col.2

Testator testamentum.

Stultus est testator qui condito solemniter testamento clausulam derogatoriam adiicit vt si contingat aliud posterius ab eo fieri æquè solemne testamentum, illud tamen valere nolit nisi illa clausula in priore addita in posteriore reperiatur tom. 1, pagin.414, col. 1,& 2
Longè faciliùs est,vt per traditionem possessio quàm dominium transferatur to.1, pa.623,c.2
Missio in possessionem æquipollet traditioni tom.1,p.708,col.2
Capio pignoris iudicialis pro traditione est t.1,p.708,col.2
Traditio nihil nisi datio & translatio possessionis est tom. 1, pag. 719, col.1
Res absens tradi non potest, sicut nec absenti tom.1,pa.42,col.2
Inutilis traditio est ad obligandum, nisi præcesserit consensus de re obliganda tom. 1, pa.645,col.1,
Traditionibus transferuntur rerum dominia,non contractibus tom. 1, pag 489,col 1
Traditio nihil aliud est quàm datio possessionis tom.1,pa.492,c.1

Traditio vsucapio.

Traditio siue à domino, siue à non domino facta,quæ ex aliqua causa dominium transferre non potest, transfert tamen vsucapiendi condicionem, si nec eadem,nec alia ratio vsucapioni obstet tom.1,pa.259,col 2

Traditio donatio.

In traditionibus omnibus, sed maximè in donationibus voluntas eius potissimum spectãda est,qui donat cuius gratia & contemplatione tradat, non autem eius qui accipit tom. 1, pa.300 c.2,in fi.

Transactio.

Transactio nihil nisi pactum nudum est,sed vtriusque consensu perfectum & nominatũ: ex quo proinde nascitur exceptio tom.1, pag 247,col.1
Aquiliana stipulatione verè non fictè interposita post iudicatum potest transigi,nõ de re iudicata, sed de stipulatione, aut potiùs de lite quæ ex stipulatione nasci potest to.1,pag.365,col.2
Valet transactio si non per calumniam super stipulatione certa & indubitata transigatur tom.1,pag.365 col.2
Post rem iudicatam transactio facta nullius est momenti tom. 1, pag 365, col.1, si modo res iudicata certa sit & indubitata ibid.
Post rem iudicatam transactio valet si appellatio intercesserit vel appellari adhuc possit tom. 1, pagin. 365, col.1
In transactione imperfecta locus est pœnitentiæ tom. 1, pagin. 248, col.2
Nunquam iusta & perfecta transactio admittit pœnitentiam tom.1,pag.247, col.1
Solus metus litis sufficit ad transactionem tom.1, p.365, col.1, & pag. 434,col.1
Semper iusta causa transactionis est quories aut à lite aut à metu litis disceditur to.1. p.365, col.1, & pag.454, col.1
Transactio non potest fieri nisi de re dubia tom.1,pag.365,col.1
Ante & post litem contestatam ac pendente iudicio transactio fieri potest tom. 1,p.367,col.2
Transactio non est contractus, nec ex ea nascitur aliqua actio tom.1,pag. 98, col. 2, nisi apposita stipulatione ibid.
Transactiones ex causa enormis læsionis rescindi non possunt to.1,pag. 434,col.2
Litem aliquam subesse semper oportet aut saltem metum litis, vt transactio iure facta videri possit to.1,p.434 col.2
Maior transactionum est vtilitas,quã rei iudicatæ, quia per eas & sumptibus & vexationibus iudiciorum parcitur t.1,p.434,col.1
Transactio prętextu instrumentorum postea repertorum rescindi non potest tom. 1, pa.176,col.1
De sententiæ executione tractari potest post & transigi post latam sententiam tom.1,p.365,col.2
Cur ob læsionem transactio rescindi non possit tom. 1, pag.434, col. 2
Causas vel lites transactione finitas rescripto imperiali resuscitari non oportet tom.1, pagin.434,col 1 etiam prætextu læsionis immodicæ ibid.
Præcipua transactionis & pacti differentia ratione materiæ to.1, pa. 434, col. 1
Transactio nihil nisi pactum est t.1, p.434,col.1
Ex causa transactionis aliquid dari, vel promitti, vel retineri omnino necesse est tom.1,p.434,col.1
An valeat sententia secuta post trãsactionem tom.1, pagin.366, col.1,& 2
An transactio sit contractus nominatus vel innominatus? tom. 1, pag. 248, col.2, An pactum duntaxat ibidem.
Iis iniusta præbere materiam transactionis potest secus calumniosa to.1, p.434,col.2
An transactio cui dolus causam dedit ipso iure nulla sit vt de bonæ fidei contractibus dici solet, an verò per doli exceptionem aut replicationem elidenda sit tom. 1, pag. 435, col. 1, & 2
An transactio sit contractus bonæ fidei, an stricti iuris tom.1, pag.435, col 1 & 2
Transactiones dolo malo, aut vi, aut metu interpositæ ratæ haberi non debent tom. 1, pag 435, col. 2
Omnis transactio inducit nouationem & prioris obligationis maximè si fiat per stipulationem Aquilianam to. 1,p.435,col.2
Super dolo malo transactionem bona fide fieri nihil prohibet tom.1, pag.435,col.2
Transactionis exceptio dicitur etiam litis finitæ tom. 1, pagin. 366, col.1
Transactio nihil nisi pactum est si stipulatio non interueniat tom.1, pa. 366, col.1

Transactio,repetitio.

Quod ob transactionem etiam dolo malo factam solutum est vel prima actione si peremptа non sit repetitur vel actione de dolo,sed condictione indebiti nunquam extra vnum casum tom. 1,pa.435,col.2

Transactio,sententia.

Sententia post transactionem lata potest victor doli exceptione summoueri tom.1,pa.367,c.1, & 2, & ante & post litem contestatam ibid.

Transactio, alimenta.

Transactio facta super alimentis futuris ex testamento, vel qualibet alia vltima voluntate debitis, non autem ex contractibus inter viuos non valet nisi consulto,& authoritatem præstante prætore facta sit tom. 1, pagin. 366, col. 2

Transactio stipulatio.

Neque transactio, neque pactum vllum stipulatione non interposita tollit actionem ipso iure, sed tantùm per exceptionem tom.1,pag.366,col.1

Transactio, compromissum.

Neque transactio, neque compromissum alieno nomine fieri possunt citra speciale mandatum tom. 2, pag. 150,col.2

BIU Cujas

Transactio, condictio.

Ei qui transegit & soluit prohibitum est ne simul & exceptione & cõdictione vtatur tom. 1, pagin. 368, col.2

An datum propter causam transactionis iam factæ ea non recta repeti possit t.1.p.264,c.1,& pag.434,col.1,& 2

Datum propter transactionem non secuta lite repeti non potest si metus litis subsit dum ne quid per calumniam factum sit tom.1, pagin.364, col.1,& pag.434,col.1,& 2

Transferre.

Quænam per condictionem in alium transferri possint tom. 1, pag. 353,col.1

Qui rem suam tanquam alienam tradit alij, eam non transfert, potestque eam vindicare tom.1, pagin. 259,& 260

Dominium non aliter transferri potest quàm si animus concurrat & affectus ex vtraque parte tom. 1, pagin. 259,c.1

Plerumque plus iuris in alium quis transferre potest quàm ipse habeat to. 2, pag.133, col.2

Etiam sine traditione noua voluntas nuda domini sufficit aliquando ad transferendum rem tom. 2, pag. 288,col.1

An in translatione dominij requiratur consensus tantùm,an etiam in causa translationis? tom. 1, pag. 47, col.1

Transigens.

Transigenti non fuit præscribendum ad quem vsque modum iniustam litem timere deberet tom.1,pag.434,c.1

Transigere.

Differentia inter transigere negotiũ & transigere de negotio tom. 1, pag. 99,col.1

Translatio.

Error & falsitas in causa traditionis non impedit quo minus dominium per traditionem à domino factam trãsferatur dummodo fiat ex iusta causa tom.1, p.418,col.1

Vera dominij translatio fieri nõ potest per solam transferendi dominij voluntatem, sed per interuenientem traditionem aut per actum aliquem traditioni æquipollentem tom. 2, pag. 165,col.1

Dominium & possessio transferri potest sub condicione & interim esse in pendenti to.1,p.280,col.1

Transmissiò.

Cùm de transmissione quæritur, id potissimum est inspiciendum, an id quod transmitti debet ex facto defuncti proficiscatur & sumat originem to. 1,pa.401,col.2

Stipulatio condicionalis pendente condicione transmittitur ad heredem non item legatum tom.1, pagin. 401, col.2

Tribonianus.

Triboniani inscitia in iure & in proprietate verborum tom. 1, pagin.274, col.2

Tributoria.

Merces in eadem taberna existentes licet ex vnius creditoris pecunia comparatæ sint, veniunt tamen in tributum nisi fuerint creditori pignoratitio 2,p.84, col.1,& 2

Dominus in tributione mercis peculiaris negans dolosè alicui quicquam deberi, tributoria actione potest conueniri tom.2,pag.89,col.1,& 2

Cur actio tributoria quæ non nisi ex dolo interueniente datur sit perpetua tom. 2, pag.92, col.1

Dolus pupilli, eum obligat actione tributoria to.2,p.76,& 77

Scientia pupilli vel furiosi non sufficit vt actione tributoria teneantur, sed scientia tutoris vel curatoris,neque dolus tutoris aut curatoris sufficit, sed ipsius tantùm domini, vel pupilli, vel furiosi tom.2,pa.77,col.1,& 2

Actio tributoria & perpetuo & in heredem domini datur, sed non in solidum,sed de eo duntaxat quod ad eum peruenit tom.2,pag.89,& pag. 91,c.1,& 2,& pag.92,col.1,& 2

Seruus alienus aut liber homo bona fide possessus licet sciente & patiente possidente ex merce peculiari negotietur, non aliter possidentem obligat tributoria quàm si ex merce peculiari ad possidentem pertinentis negocietur tom.2,p.74,col.1,& 2

An merces seruo vendẽdæ datæ maneant dantis, an veniant in tributum tom. 2, pag.84,n fi.& 85,col.1,& 2

Actio tributoria nec est actio de dolo,nec actioni de dolo similis to.2,p. 92,col.1, & 2

Actio tributoria non nascitur ex dolo, sed ex contractu tom.2, pa. 92, col.2

Non iubet prætor, sed tantùm permittit domino mercis serui distributionem tom. 2,pag.87,col.1

Mancipia in tributum veniunt per actionem tributoriam si ex merce sint comparata,secus si non ex merce tom. 2, pag. 83, col. 1, & 2

Cur. actio tributoria sit pœnalis & perpetua, nec detur nisi quatenus peruenit,& non in solidum tom.2,pag. 91,col.2,& 92

Actio tributoria quæ competit contra heredem competit etiam contra cæteros successores tom.2,pag. 93,col.1,& 2

Sola scientia patris vel domini eos obligat actione tributoria tom.2,pag. 73,col.1,& 2

Ex dolo procuratoris dominus tributoria tenetur tom. 2, pagin.77, & 78

Dominus sciens seruum suum ex merce peculiari negotiare vocatur in tributum cum cæteris serui creditoribus non omibus,sed eius dũtaxat mercis, & priuilegium deductionis amittit tom.2,pag.80,c.1,& 2

Quibus modis dominus in tributorio iudicio possit distributionem sibi à prætore concessam relinquere tom.2, p.87,col.2

Distributionem à domino mercis suæ peculiaris factam non licet solo prætextu inæqualitatis, nullo dolo interueniente impugnare, secus dolo interueniente tom. 2, pag.87, col. 1, & 2

Tributoria actio ad quid comparata tom.2. pag.88,col.2

Actio tributoria à distributione facta nomen sumpsit non à distributione facienda tom. 2, pag. 88, col.2

Quæ sit obligatio quæ pariat actionem tributoriam tom.2, pagin. 88,col.2

Ex dolo commisso an malè vel nihil distribuendo actio tributoria tenetur distribuens tom. 2, pagin. 87, & 88

Pluribus ab eodem seruo factis negociationibus diuersarum mercium si quosdam creditores in certis mercibus alios verò in aliis habuit, non debent omnes in iisdem mercibus confundi simulque in tributum vocari tom. 2, pag. 83, col.1,& 2, secus si eiusdem negociationis sint creditores ibidem, col.2

In pluribus negociationibus,vel vna, in pluribus locis plures & separatę sunt contributiones tom. 2, pagin. 84, col.1,& 2

Cauendum est quantum fieri potest ne ex alterius re vel merce alij indemnes fiant, alij damnum sentiant in actione tributoria tom.2, pag. 84, col.1

De actione tributoria cur sic dicta?& de eius vtilitate, & cum quibus aliis actionibus possit concurrere t.2, p. 71, col. 1, & 2

Nunquam locus est actioni tributoria nisi dolo patris vel domini interueniente tom.2,pag.72,c.2

Per actionem tributoriam auferitur patri vel domino priuilegium quod habuit in peculio filij vel serui tom. 2, pag. 72, col.1,& 2

Ex edicto de tributoria domino tribuendum est & partiendum ex merce si quid ipsi debetur ac etiam si quid aliis,quos habet in sua potestate to.2, p.81,col.1,& 2,& 82,col.1,& 2

Si duo pluresve domini sint serui ex merce peculiari negotiantis vtique omnibus pro rata debiti sui tribuẽdum est tom.2,pag.82,c.1,& 2

In actione tributoria non habetur ratio totius peculij, sed eius tantùm mercis qua seruus sciente ac patiente domino negotiatus est & quid inde receptum sit tom. 2, pag. 82, col. 1, & 2

Domini est tribuere ac distribuere peculiares merces à seruo obligatas, nec nisi domino distributionem in iudicio tributoria prætor permittit tom. 2, pag. 83, in princip.

Omnis apparatus ad mercis negotiationem,eiusque impensa venit in actionem tributoriam tom.2,pag.83, col.1, & 2

Nihil refert ad inducendam actionem tributoriam an quis cum seruo,an cum eius institore contraxerit dummodo contraxerit de peculiari merce in qua dominus seruum suum negotiari sciuit tom. 2, pagin. 79,col. 1, & 2 in fin.

Non ad omnium rerum negociationem quæ cum seruo facta est tributoria datur, sed ad eas duntaxat quæ mercis appellatione contineantur to. 2,p.80.col.1,& 2

Per actionem tributoriam tribui iubetur non tantùm peculiaris illa merx in qua seruus sciente domino negociatus, sed etiam quicquid inde receptum est tom.2, pag.80,col.1,& 2

In actione tributoria non minus quàm in exercitoria & institoria & de peculio & quod iussu illa æquitatis ratio facit vt ex contractu serui communis singuli domini in solidum teneri debeant, ne in plures aduersarios

BIU Cujas

distringatur qui cum vno contraxit, si omnia sint paria. tom. 2, pagin. 74. & 75

Cur actione de peculio cum emptore serui agi possit, tributoria verò non possit tom. 2, p. 94. & 95. col. 1, & 2

Aliquando melius est agere actione de peculio quàm tributoria to. 2 pag. 95. col. 1, & 2.

Omnes qui possunt agere tributoria possunt agere de peculio, sed non contra tom. 2, pag. 95. col. 2. in fi.

Tunc.

Articulus, Tunc, denotat extremitatem temporis tom. 1, pagin. 81, col. 1

Turpe, iniustum.

Differentia inter turpe & iniustum t. 1. p. 309, col. 1

Turpitudo.

Nemini permittendum est turpitudinem suam allegare, ad fundandam suam intentionem tom. 1, pag. 148, col. 1, sed tantùm ad fundandam exceptionem aut replicationem, si modo contra eum qui fuerit particeps turpationis ibid.

Turpitudo, condictio.

Ratio turpitudinis propter quam quid datum est, danti condictionem aufert to, 1. pa. 453, col. 1

Turpitudo condicere.

Promittens, ob causam turpem agentem repellere potest per exceptionem doli mali vel in factum, solutum verò ob eam causam repetere non potest si turpitudo ex parte vtriusque versetur tom. 1. pag. 319, 320, 321

Tutela.

Contrarium tutelæ iudicio cur comparatum tom. 1, p. 443, col. 2

Actio tutelæ nascitur ex susceptione tutelæ, sed non nisi à die malæ administrationis tom. 1. p 663, col. 2

Ex causa tutelæ per seruum administratæ eo tempore quo liber esse credebatur quà actione, & ad quid dominus teneatur? tom. 2, pa. 257, col. 1, & 2

Tutela, pupillus.

Actio quæ datur in magistratus qui pupillo rem saluam fore caueri nō curarunt non est ex delicto, sed ex quasi contractu, non pœnalis, sed rei meræ persecutoria, & cur detur? tom. 2, pag. 152, col. 2

Tutor.

An tutoribus solutio rectè fiat t. 1, p. 143, c. 1, & 2

An tutor rerum pupillarium dominium transferre possit t. 1, p. 143, col. 2

Tutor, itemque curator prodigi aut furiosi loco domini sint tom. 1, p. 144, col. 1

Seruus neque tutor est neque esse potest non magis quàm prætor, cùm prorsus incapax sit eorum omnium quæ sunt iuris ciuilis tom. 2, pagin. 255, col. 2

Tutor debet aliquando plus præstare aduersus seipsum pupillo quàm aduersus extraneum quia aduersus alios experiri sine actione non potuit, aduersus seipsum potuit to. 2, p. 166 col. 1, in fi.

Cur tutori liceat rem pupilli alienari, & quando domini loco habendus sit t. 1, p. 143, & 144

Plus iuris habet tutor in administratione rei pupillaris quàm procurator generale mandatum habens tom. 1, pag. 423, col. 1, & 2

Tutor potest pupillaris rei quam à defuncto emerat possessionem sibi tradere, non tamen se debitorem facere ex causa venditionis, vel donationis si nulla præcesserit, non magis quàm alius quilibet tom. 1, pag. 42, col. 1.

Tutor licèt pupilli personam repræsentet, & vice domini sit, tunc tamen domini loco habetur, cum tutelam ex bona fide administrat, non cùm pupillum spoliat tom. 1. p. 423, col 1

Non est audiendus tutor si dicat ideò cessasse pecuniam pupillarem, quod idonea nomina non inuenerit, si arguatur eo tempore suam pecuniam bene collocasse tom. 1, p. 606, col. 1

Quomodo intelligendum sit per tutorem non quæri actionem pupillo, neque per curatorem minori tom. 1, pagin. 558, col 2

Tutor indebitum solutum recipere potest, siue suo nomine, siue pupilli t. 1, p. 342, col. 2,

Tutor domini loco habendus est, cùm bene administrat non cum spoliat pupillum tom. 1, p. 342, col. 2

Semper ignoscendum est tutori qui prudentis patris voluntatem factúmq; secutus est tom. 2. pag. 52, col. 2

Tutor loco domini est quoties tutelam gerit ex bona fide, nec pupillum spoliat tom. 2, pag. 372, col. 1

Tutor ex causa mutui potest se facere pupilli debitorem, adeóque si sit creditor sibi soluere, non tamen potest sibi ipsi vendere rem pupillarem, aut aliter in rem suam pupillo authoritate præstare tom. 1, pag. 42, col. 2

Habenti tutorem, tutor non datur to. 1, pag. 218, col. 1

Tutor datur personæ & bonis pupilli tom 2, pa. 315, col. 1

De alienationibus rerum pupillariū à Seuero prohibitis tutoribus to. 2, p. 256, c. 1

Omnia quæ potest facere pupillus cum tutoris authoritate ea tutor solus per se facere potest, si quædam excipias quæ personalissimum pupilli factum requirunt, vt aditio hereditatis alienæ t. 2. p. 50, col. 1

A tutoribus pupillorum eadem diligentia exigenda est circa administrationem rerum pupillarium, quam paterfamilias rebus suis ex bona fide præstare debet tom. 1, p. 216, c. 2

Potest tutor vel curator infantis & furiosi eos abstinere perindè ac immiscere tom. 1 pagin. 459. col. 2,

Non est prohibendus tutor vltrò soluere debitum pupillare to. 1, pag. 38 infin.

Vnus ex duobus tutoribus conuentus, si præstiterit in solidum quanti actoris interest alterum liberat, secùs si non præstiterit tom. 1, pag. 617 col. 2. nec electione vnius alter liberatur ibid.

Tutor nec dominus est nec domini loco habendus cùm mulierem pupilli administrat licèt ex suo dolo pupillum faciat locupletiorem tom. 2 pa. 76. col. 2,

Qui ex pluribus tutoribus tutelam gessit atque ita locupletior ex ea factus est, debet prior conueniri, deinde si aut nihil aut minus præstare possit ad alterum debet peruèniri tom. 1 pag. 618. col. 1.

Tutor non tantùm vice & loco domini est, sed etiam dominus rerum pupillarium cùm bene & ex fide tutelam administrat tom. 1, pagin. 678, col. 1

Cum tutoribus non malè contrahitur siue pupillum simul ad contrahendum adhibeant cui authoritatem ad contrahendum præstent, siue soli contrahant absque pupillo tom. 1, pag. 678. col. 1

Non malè cùm tutoribus contrahitur, tum quoque cùm soluendo non sunt tom. 1, pag. 673. col. 1

Tutor agere.

Cum furiosis, neque cum infantibus ne quidem authore tutore vel curatore agere licet, cum ipso tutore vel curatore licet tom. 1. pag. 459, col. 2

V

Valere.

Valeat eo modo quo agitur, si non quod in rei veritate agitur, valere tamen debet eo modo quo potest tom. 2, pag. 421, col. 1

Explicatio illius regulæ, quod ab initio non valet, ex post facto non potest conualescere to. 1. p. 688, col. 2

Validitas.

Ea quæ ab initio constiterunt, non eò magis possunt irrita fieri quod ad eum casum peruenerint, à quo incipere non potuerunt, & è contrà tom. 1, pagin. 593, col. 2

Quomodo multa teneant quæ ad eum casum peruenerunt, à quo incipere non potuerunt tom. 1, pa. 574, col. 2

Variare, mutare.

Vlpianus, Papinianus, Scæuola, & Volusius, Meciam sententiam mutarunt in melius, & variauerunt tom. 2 pag. 402, col 2

Velleianum.

S. C. Velleianum non prodest mulieri decipienti t. 2, pa. 322, in fi. & 323

S. C. Velleianum omnem omnino obligationem comprehendit siue re, siue verbis, siue quocunque alio contractu mulieris intercesserint tom. 2, pag 323, col. 1, & 2

Mulieri alienam obligationem in se suscipienti, succurritur per S. C. Velleianum tom. 2, pagin. 323, col. 1, & 2 siue per defensionem alterius siue per intercessionem ibid.

Quibus casibus cesset S. C. Velleianum t. 2, p. 324, & 325

Mulier alium defendendo qui contra eam habet regressum post condemnationem non iuuatur Velleiano to. 2 pag. 324

BIU Cujas

pag 324, col.1,& 2

Mulier non potest iuuari S. C. Velleiano si soluat,vel debitorem eleget nisi ex causa præcedentis intercessionis soluat tom. 2,pagin.329, col.1,& 2

S,C.Velleianum non succurrit mulieri soluenti & patrimonium suum diminuenti,sed ei tantùm quę pro alio intercedit & se obligat tom.2, pag.328,col.1

An mater pupilli heredem tutoris inuitans vt periculo suo hereditatem tutoris alioqui suspectam adiret,iuuetur S.C.Velleiano? tom. 2,pag. 343 col.1,& 2

An mulier promittendo indemnitatem pupillo de eo quod debet, vel debebit ei tutor, vel è contra, aut si promiserit indemnitatem de eo quod debet ipse vel debebit pupillo, vel è contra, possit iuuari S. C. Velleiano? tom.2 pag.327,col 1,& 2

Mulier contra S.C.Velleianum obligata solutum eo nomine repetere potest tom.2.pag.328,col.1,& 2

Renunciatio S. C. Velleiani à muliere facta non valet si ab initio facta sit tom.2,pag. 357,col.1,& 2

Cur introductum sit S. C. Velleianum? tom.2,pagin.310,col.1, & 2, & 322

S.C.Velleiano ita succurritur mulieri, vt tamen actio pristina in priorem debitorem restituatur tom.2,pag. 321, col.1,& 2

Itémque in eum qui pro se constituit mulierem ream ibidem.col.2,

In omnibus casibus in quibus per S. C.Velleianum succurritur mulieri pro alio intercedenti, restituitur actio vel instituitur contra eum pro quo vel intercedit vel se ream constituit, siue is sciuerit, siue ignorauerit tom. 2, pag.321,col 2

Procurator mandata mulieris pro alio intercedens, iuuatur Velleiano, secus si ignorauerit tom.2,pag. 354,col.1,& 2

Creditori pecuniam mulieri tanquam in vsus suos mutuo danti, non nocet exceptio S.C.Velleiani, licèt eā pecuniam alij mulieri sit creditura tom. 2, pa.336, col.1, & 2

In datione in solutum à muliere pro alia facta non habet locum S. C. Velleianum tom. 2,pag.325 col.1

S.C.Velleianum non habet locum in muliere vendente rem suam, vt ex pecunia debitum alienum soluat tom. 2,pagin.325, col. 1,& 2

An S.C.Velleianum habeat locum in muliere mandante, vt alius pro alio fideiubeat, siue sciat,siue ignoret creditor fideiussorem ex mandato tantùm mulieris fideiubere? tom 2, pag.326,col.1,& 2

Fideiubens ex mandato mulieris non potest exceptione Velleiani se tueri aduersus creditorem ignorantem neque vti replicatione aduersus mulierem tom.2,pagin.326,col.1,& 2

An debitor delegatus à muliere pro alio intercedente ante solutionem, tutus est Velleiano, & si agat contra mulierem possit exceptione S.C. Velleiani repelli, & quomodo? tom.2, pagin.345,& 346, c.1, & 2

An ignoranti pro muliere alienam obligationem in se suscipiente promittenti possit opponi exceptio S.C. Velleiani, & quomodo? tom. 2,pag.345,& 346, col.1,& 2

S.C.Velleianum non succurrit mulieribus alienam obligationem in se suscipientibus, nisi ex ea intercessione fiant pauperiores tom.2,pagin. 347, col.1

Muliere pro alio contra S. C. Velleianum intercedente, si fideiussorem eo nomine dederit,an & quomodo exceptio S.C.Velleiani competat etiam fideiussori? tom.2,pag.339,c.2,

An mater promittens legitimo filij pupilli fratri indemnitatem periculo suo, vt & fratrem impuberem abstineret hereditate, & se solum immisceret, possit iuuari S.C.Velleiano? tom.2, pa.344,col.1

An exceptio S.C.Macedoniani vtilis est mulieri, quoties pro alio intercedit, licèt creditor eam ignoret intercedere dummodò à muliere non sit deceptus? tom.2,pag.340, col.1, & 2

An sit locus S.C Velleiano si mulier quæ alieno creditori contra S.C. promisit ab eo delegetur, quasi creditus tom.2,pag 340, col 2

Dominus ex contractu serui negociationi præpositi cum muliere agens an Velleiano summoueatur? tom.2, pag.350,& 351

S.C.Velleiano interueniente, actio statim restituitur in priorem debitorem,non expectata solutione tom. 2.pag.348 & 349

S.C.Velleiano locus est cum creditor scit mulierem intercedere tom.2 pag.336,col.1,& 2

In solutione à muliere donandi animo facta non habet locum S.C. Velleianum tom.2,pagin.325, col.1,& 2

Qui mandante muliere pro alio intercedit,an exceptione S. C. Velleiani vti possit? tom.2, pag.356,& 357

S.C.Velleiano non aliter locus esse potest quàm si creditor sciat mulierem intercedere tom.2,pa.136, col.2

Velleianum Macedonianum.

Quod factum est in fraudem Velleiani aut Macedoniani nullius momenti est tom. 1, pa.404,col.2

Vendere.

Nemo rem suam inuitus vendere cogitur iusto precio tom.1, pag 307, col. 1

Etiam rem suam quis ex causa vendere cogitur tom.1, pag 652, col.1

Vendere est pro re pecuniam accipere tom.1,pag.209, col.1

Res aliena vendi potest, licèt eam dominus auferre posteà & vindicare quandoque possit tom. 1, pagin.659,col.1

Dominus minus rem suam iusto precio vendere non cogitur tom. 1,pag.225, col.1

Non videtur ius illud quis vendidisse quod sibi competere ignorabat tom. 1, pag.347,col.2

Venditio.

Pluribus fundis vno emptionis interposito instrumento venditis, tot possunt dici venditiones quot sunt fundi to 2,p.217,col. 2

In venditionibus & stipulationibus tot sunt venditiones & stipulationes quot sunt res separatæ tom. 1, pag.632, col.2

In venditionibus & emptionibus non alia iusta contrahendi causa requiritur quàm voluntas tom. 1, pag. 717, col.1

Etiam perfecta venditio est, si venditor pecuniam subinde reddat emptori vt eandem restituere commodati possit, quia satisfactum est solemnitati legis duodecim tabularum quę nec aliud exigit, nisi vt venditor fidem habuerit de precio tom. 1, pagin.601, col. 1, & 2

Ex contractu venditionis iurato eædem nō minus oriūtur actiones quàm ex vero contractu venditionis tom. 1, pagin. 134,& 135, Differentia inter actiones ex vtroque proficiscentes to.1. p.137,col.2

Venditio rei alienæ valet tom.1,p. 395 col.1

Res vendita periculo est emptoris etiam priusquàm tradita ei fuerit tom. 2,pag.85,col.1

Ex omnibus contractibus habilibus ad translationem dominij transfertur dominium per traditionem excepto contractu venditionis tom. 2, pag. 85,col.1

Ex venditione dominium non transfertur nisi traditione interueniente t.1, p.718,col.2

Quomodo in venditione liceat contrahentibus sese inuicem de precio decipere tom.1,pag.718,col.1

Dolus emptoris qui rescindendæ venditionis causa præbere possit non quantitate precij æstimandus est sed qualitate facti tom.2, pag.286,col.1

An alienationis nomine venditio contineatur? tom.2,pag.268,col. 1, & 2

Quid in venditione primo & principaliter agatur tom.1, pag. 688, col.1

Venditio rei alienæ non afficit rem, sed tantùm personam tom. 1, pag. 721,col.1

Venditio à viro donationis causa vxori facta viliore pretio nullius est momenti tom.2,pag.339,in fin.& 340, col.1

Venditio, pignus.

Pura pignoris venditio est tum quoque cùm post moram debitoris sua die non soluentis conuenit inter debitorem & creditorem vt pignus certo precio sit emptum creditori tom. 1, pag. 717,col.1

Conuentione facta vt pignus venditum sit creditori pro debito pignoris, venditio valet tom. 1, pagin 717, col.1,& 2

Venditio pignoris à debitore creditori facta postea per oblationem sortis & vsurarum reuocari non potest to.1, pag.717,col.2

Venditio, legarum.

Venditor vel testator qui rem alienā in qua ius aliquod habeat, vendit aut legat non aliud quàm illud ipsum ius quod in ea re habet vendere vel legare videtur tom.1,p.729,col.2

Venditio, traditio.

Venditio sine traditione non est alienatio, sed iusta alienationis causa & habilis ad transferēdum dominiū per subsecutam traditionem to.1, pa. 489,col.1

BIU Cujas

Venditio, locatio.

Venditio aut locatio nunquam susçipit à datione aut traditione rei venditæ aut locatæ, aut solutione precij vel mercedis tom.1, pagin. 268 col. 1

Venditio, emptio.

Quoties de dominio rei venditæ quæritur cui acquiratur non tam inspiciendum est ex cuius pecuniis res empta sit quàm cuius nomine & empta fuerit & tradita nisi cùm comparata est ex nummis pupilli aut militis tom.1, pag. 730, col.1

Venditor.

Liberum est vendenti quam velit legem & conditionem rei suæ dicere etiam in præiudicium creditorum anteriorum tom. 2, pagin. 85, col. 2

Ad litem vsque contestatam promissioni suæ satisfacere venditor potest to.1, pag.538.col.2

Ei rem venditam tradere venditor solet & debet à quo viciſſim dominium nummorum pretij sperare possit to.1, p.66, col.1

Quando necessaria sit actio de eo quod certo loco ad hoc vt venditor ad rem tradendam quocunque alio loco conueniri possit tom.1, pagin. 538, col.1,& 2

Qui sciens vēdit rem alienam ignoranti, nō tam emptorem decipit quàm seipsum, cum hoc ipso se obliget in id omne quod interest emptoris to.1, p. 721, col.1

Venditor in crimen falsi incidit qui vendit tanquam suam eam rem quam ipse alij iam vendiderit tom. 1, pag. 721, col 1

Venditor rem emptori venditam tradere non cogitur coactione præcisa, sed coactione causatiua tom.1, pagin. 227, col.1

Dolus venditoris rem venditam tradere nolentis æstimatur non per iusiurandum in litem, sed officio iudicis tom.1, p.227, col.1

Venditor est in culpa qui vendit emptori & rem emptam tradit sine præsenti pecunia, & sine fideiussore ei qui iam tum non erat soluendo, secus qui diuiti emptori & idoneo, sed postea lapso facultatibus tom. 1, pag.703, col 2

Venditor rem venditam emptori tradere non tenetur si malit præstare id quod emptoris interest to.1, p.652, col.2

An venditor conuentus a domino actione ex empto si rem seruo venditam bonæ fidei possessori serui tradiderit, per cessionem actionum contra possessorem à domino oblatam, liberetur? tom. 1, pagin.69, col.2, 70, & 71

Venditor pignus.

Vendito pignore à creditore pignoratitio, creditor mandare actiones debitori contra emptorem si non soluerit, periculo tamen ipsius creditoris si sit in culpa, secus si non sit in culpa t.1, p.703, c.2

Qui rem suam immobilem vendidit & tradidit, si tam stultus fuit vt temerè fidem habuerit de precio quod ei solutum non sit, in ea causa est vt non tantum partem precij, sed totum ipsum precium facile amissurus sit si ab aliis creditoribus hypothecariis anteuertatur, nec per pignus in ipsa re sibi prospexerit tom 2, pag.85, col.2

Venditum.

Res vendita non fit emptoris antequam sit tradita t.2, p.399, col.2

Vestimenta commodare.

Vestimenta commodari possunt, sed precario dari stricto iure non possunt tom. 1, pag.592, col.2, in fi. & pag. 601, col.1,& 2,& 608, col.2

Verba.

Verba cum effectu sunt accipienda tom.2, pag.360, col.2

Cur & quomodo verba debeant impropriari tom.1, pag.125, col.1,& 2

Cùm in verbis nulla est ambiguitas non debet admitti quæstio voluntatis, nec magis in contractibus quàm in testamentis tom. 2, pagin. 38, c.2

Omnia verba quantumlibet generalia ciuiliter intelligenda sunt, ita vt neque absurdi, neque iniqui quicquā sequatur tom.2, pag.233.col 2

In sermone generali quædam tacitè excepta videri debent tom.2, pag. 233.col.2

Verba cum effectu sunt accipienda tom. 2, pag.104, col.2

Verba, probatio.

Verba enunciatiua epistolæ fidem equidem faciunt & probationem inter easdem partes, sed in dubio tantùm, id est ita demum si non contrarium probetur tom.1, pag.589, col.2

Verbum.

Sæpe verbo simplici pro composito veteres vtebantur tom.2, pag.34, col. 2, in fin.

Qualitas iuncta verbo intelligitur secundum tempus verbi t.1, p.356, col.1

Veritas.

Non in totum falsum videtur quod veritatis primordio adiuuatur tom.1. p.149, col.2

Plus valere debet quod est in veritate quàm quod est in opinione tom. 2, p.336, col.1

Veritas per iusiurandum probatur to.1, p.139, col.2

Salua semper esse debet causa veritatis contra præsumptionem t.1, p.589, col. 2

Veritatis habendæ semper est maximus & præcipuus fauor tom.1, p.220, col.2

Non est in totum falsum quod veritatis primordio adiuuatur, aut quod veritatis effectum habet tom.1, pag. 130, col.1

Versum.

quod seruus in hoc mutuatus est vt creditori suo soluat non est in rem versum quamuis actione de peculio liberatus sit dominus tom. 2, pag. 302, col.1,& 2

Res empta per filium vel seruum, eatenus dicitur versum quatenus valet, si verò alius, vel minus non plus quàm sit empta tom. 2, pag.302, c.1,& 2

In rem versum est patris, quod filius-familius mutuatus est vt filiæ suæ dotem daret to.2, p.292.col.1, nisi ampliorem dederit quàm pater eius fuisset daturus ibid.

Omnimodo emptori danda est actio ex empto de in rem verso in solidum, siue id egerit seruus, siue non egerit vt in rem domini pecunia emptoris verteretur tom. 2, pag.292, col 1, & 2 si modo in rem domini solidum versum sit ibid.

Pater actione de in rem verso tenetur filio si filius acceperit iudicium pro patre, etiam ante condemnationem tom. 2, pag.295,& 296, col.1,& 2

Actio de in rem verso datur vel in totum, vel pro parte, si vel totum versum sit vel pars tantùm tom.2, pag. 296, col. 1,& 2

Actio de in rem verso necessaria est vbi cessat actio de peculio, cessat autem vbi petitur id quod excedit peculium vel cùm est ademptum peculium, aut actio de peculio, anno finita est tom. 2, pag.275, col.2

quando actione de in rem verso agere creditor possit quando actione de peculio? t.2, p.275, col.2, 277, col.1

Actio de in rem verso, & actio de peculio habent eandem causam originis tom.2, pag.275, in fi.

Actio de in rem verso non competit contra omnes in quorum rem pecunia versa est tom. 2, pag. 276, col. 1, & 2 288,& 289, c.1

Cur detur actio de in rem verso? to. 2, p.276.col.1,& 2

Actio de in rem verso est perpetua tom.2, pa.276, c.1,& 2

Casus in quo melior est condicio actionis de in rem verso, quàm exercitoriæ & institoriæ tom.2, pag.279, col.2, & casus in quo deterior ibid.

Ad actionem de in rem verso inducendam quid requiratur tom.2, pa. 279, c.2

Toties de in rem verso est actio quoties & quibus casibus procurator mandati vel is qui negotia gessit negotiorum gestorum habet actionem tom. 2, pag.279, col.1

Donatio remuneratoria facta seruo in rem donantis versa esse non dicitur, secus donatio simplex to. 2, pag. 300, col. 2

Seruo decem in rem domini vertente, & eandem postea summam à domino mutuante, si præterea & peculium decem habeat, an actione de in rem verso dominus adhuc teneatur, an de peculio tom.2, pag.300, col.1,& 2

quomodo verum sit non dici versum quod non durat versum to.2. pa.283, col.2

quod domino comparatum fuit, si postea perierit aliquo casu modo non culpa aut facto creditoris ex cuius pecunia comparatum erat in rem domini versam esse dicitur, eumque obligat actione de in rem verso tom.2, pagin. 283, col.1,& 2

Si quis ex creditoribus peculiarij prænenerit & occupauerit in actione de peculio, ne cæteris in occupando diligentioribus postponeretur, an per actionem de peculio consumpta sit, cessétque actio de in rem verso? to.2, pag. 277, col.1,& 2

An qui nummis acceptis seruum manumisit actione de in rem verso conueniri possit tanquam factus locupletior? tom.2, p.277,& 278, & quomodo pag.278, col.1,& 2

In rem domini versum quid dicatur? tom.2, pag. 278,& 279

An actione de in rem verso conuentus pater vel dominus ad sortem tantùm, vel etiam ad vsuras teneatur? t.2, p.296,& 297

Qui

BIU Cujas

Qui agit actione de in rem verso cõsequitur quod supereſt in eo quod dominus dedit pro re tom.2, pagin.305, col.1,& 2

An ex pecunia in rem domini à seruo mutuata si ea ab eodem seruo sine culpa perdita sit teneatur dominus actione de in rem verso? tom.2.pag. 305,& 306

An actione de in rem verso teneatur pater vel dominus qui filio vel seruo soluit quod versum erat sine in necem creditoris, siue perdituro filio t.2,pag. 298,col.1,& 2

Quomodo non dicatur versum quod non duret versum? tom.2, pag. 297,& 298

Quod filius patri donari voluit, actione de in rem verso repetere nunquam potest tom.2, pag. 295, col.1,& 2

Commodius est patri teneri actione de peculio quàm de in rem verso to.2, p.295,col.1

In actionem de in rem verso verum precium tantummodo rerum non necessariarum venit, rerum verò necessariarum precium conuentum to.2, p. 286,col.1,& 2,& 287,c.2

Actione de in rem verso tenetur dominus ex contractu serui quem ratum non habuit tom. 2, pagin. 287, col.1,& 2

Actio de in rem verso datur contra eum solum ex sociis in cuius rem versum est,vel si contracta sit societas vniuersorum bonorum tom. 2, pag. 303, col.1,& 2 secus actio de peculio ibidem.

Actio de in rem verso datur contra omnes socios quos consensus non res coniunxit tom. 2, pagin. 303, col.2

Si plures sint domini eiusdem serui is solus de in rem verso conueniri potest in cuius rem versum est tom.2,p. 303,col.1,& 2

Quibus casibus ex dominis in cuius rem versum non est pro alio in cuius rem versum est, possit conueniri? tom. 2, pagin. 303, col. 1, & 2, & 304, col, 1,& 2

Quod filius patris fideiussor soluit,in rem patris versum esse dicitur to.2,p. 293,col.1,in fi.

An actione de in rem verso pater teneatur si filius iudicium pro patre etiam inuito accipiat tom. 2, pag, 294, col. 1, & 2, & pagin. 285, col. 1,& 2

Conseruatio etiam dicitur in rem verti atque acquisitio tom. 2, pag. 279,col.2,& 280

Filia à marito pecuniam mutuante propter alimenta quæ pater præstare tenebatur, an vir habeat socerum obligatum actione de in rem verso tom.2, p.309, col.1,& 2, & 310

De comparatione actionis de in rem verso cum actione quod iussu tom. 2, pag.311,col.2

Etiam in actione de in rem verso nõ minus quàm in actione de peculio melior est conditio occupantis tom.2, pag.286,col.1

Qui per emptionem hereditatis à seruo factã quod sibi debebatur compensauit, si ea à domino euincatur potest dominum actione de in rem verso conuenire tom. 2, pag. 291, col.2, & 292

Quod filiusfamilias gerit tanquam paternum non tanquam proprium in rem patris versum esse dicitur tom. 2, pag.293,col.1,& 2. Idem in seruo ibidem,col. 2

Patre & filio coreis debendi factis si filiusfamilias solus mutuam pecuniam acceperit ex c[illegible]que communi creditori soluerit, An in rem patris pecunia versa esse dicatur tom.2,pagin. 301, col. 1, & 2, & quo casu ibidem.

An ex argento seruo dato vt pocula faceret ex quolibet argento si factis poculis mox seruus decesserit dominus actione de in verso teneatur? tom. 2, pag 290,col.1,& 2

Ex impensis à seruo factis in funus alicuius quod ad dominum suum pertinebant dominus actione de in rem verso tenetur tom. 2, pag. 290, col.1,& 2,& 291

Quibus casibus pecunia etiãsi prius in peculium versa sit mox in rem domini, etiam de in rem verso actio esse possit? tom.2,pa.288,& 289

Actio de in rem verso non potest nasci post ademptum peculium tom.2, pag.288,col.1 & 2

Dominus non aliter actione de in rem verso conueniri potest licet factus sit locupletior quàm si à seruo eius negotia gerente factus sit locupletior t.2, p.289,col.1,& 2

Ad inducendam actionem de in rem verso non sufficit quoquo modo factum esse locupletiorem tom.2, pag. 289,col.1,& 2

An ex donatione rei peculiaris à seruo facta domino detur actio de in rem verso contra dominum tom. 2, pagin. 289,c.1,& 2

An etiam ex solutione donandi animo facta à seruo tom.2,pagin. 289,& 290

Actio de in rem verso licet non detur filio contra patrem, datur tamen creditori qui filio pecuniam mutuatus est contra patrem tom.2,pagin.294, col.2

quibus casibus dos à filiofamilias data filiæ suæ nomine in rem aui versa non dicatur? tom.2,pagin. 293, col 1

Promissio tutoris de eo quod in rem pupilli versum est non impedit quo minus ipse pupillus de in rem verso actione teneatur tom.2,pagin. 310, col.1,& 2

qui emit hereditatem à seruo quæ ad dominum pertinebat, & creditoribus pecuniam soluerit, an actione ex empto de in rem verso dominum possit conuenire si ipsi emptori hereditatem abstulerit? tom.2,pagin.291,col. 1,& 2,& 292

Actio de rem verso subsistere si alij quoque actioni adiecta non sit tom. 2,pag.292,col.2

quod filius aut seruus vt se aleret & vestiret secundum patris aut domini consuetudinem sumpsit in rem patris aut domini versum esse censetur tom. 2,pag.280,col.1,& 2

An actio de in rem verso competat ei qui principaliter contrahit vt in rem domini verteretur tom.2,pag. 307,& 308

Pecunia à filiofamilias mutuata ex qua togam sibi emit quam togam pater ignorans & putans suam esse in funus filij dedicauerat,an in rem patris versa videatur? tom.2,pagin.308, col 1.& 2

Adiectio de in rem verso tunc necessaria est cum annus post mortem filij excessit tom.2,pag.309,col.1

Filius constituendo non dicitur in rem patris vertere tom.2. pa. 304,col. 1,& 2,secus si soluat pag.305,col 1,& 2

In actione de in rem verso non quid conuenerit sed quid in rem versum sit inspicimus, quia ex re ipsa non ex conuentione nascitur tom.2,pagin. 286 col.2

In rem versum dicitur quando versum est in causam in quam dominus erat versurus tom.2,pagin.290, col.2

Seruo nummos ab vno mutuante aliis vero credente dominus actione de in rem verso tenetur tom. 2,pag. 281,col.1

Ex pecunia in peculium serui versa dominus non tenetur de in rem verso sed tantum actione de peculio tom.2, pag.281,col.2

Actione de in rem verso tenentur omnes siue furiosi etiam sint siue pupilli,qui habent filios aut seruos in potestate tom.2,pagin.275,col.1

Probatio in rem versi semper exigitur ab eo qui in rem versum allegat tom.2,pag.275,col.1

Si cum seruus debitor domini iam esset ab alio pecuniam mutuatus sit & domino soluerit quatenus & quid in rem suam dominus vertisse dicatur? tom.2,pag.299,col.1 & 2,& 300

Actione de in rem verso dominus tenetur si seruus ex mutuo accepta pecunia volenti domino quid emerit an materiam luxuriæ tom.2,pag.282, col.1,& 2

Si mutuatus sit pecuniam seruus ad comparandam &nummi sine veste,aut nummi & vestis perierint, quis de in rem verso agere possit, vtrum creditor, an venditor tom.2,pag.284, col.1,& 2, & pag.285,col.1,& 2

Dominus non tenetur actione de in rem verso si seruus animo decipiendi pecuniam sit mutuatus tom.2,pagin. 283,& 284,col.1,& 2, imo licet solitus fuisset seruus mutuo acceptam pecuniam in rem domini inuertere ibid.

Coheres non potest conueniri ex eo quod in rem coheredis versum est secus ex eo quod in rem defuncti tom. 2,pag 208,col.1,in fi.& 2

quisquis agere potest de in rem verso potest agere de peculio sed non contra tom.2,pag.307,col.2

qui cum serui vicario contraxit si in peculium versum sit an dominum conuenire potest actione de peculio & de in rem verso tom.2,pagin. 306,col.1

Impensæ necessariæ in rem domini factæ etiam absque eius mandato in rem eius verti dicuntur secus impensæ voluptariæ tom.2,pag.280, col.1, & 2

Actio de in rem verso est bonæ fidei tom.2,pag.291,col.1,in fin.

Vicium.

qui vasa viciosa deposuit, vel locauit, vel vendidit, siue vicium sciuerit siue ignorauerit, tenetur, secus qui commodauit si ignorauerit vicium tom 2,pag.637,col.2

qui rem viciosam deponit vel locat vel vendit tenetur ad restitutio-

BIU Cujas

nem precij tantum si vicium ignorauerit, si verò sciuerit tenetur ad id omne quod aduersarij interest tom.1. pagin.637,col.2

Videamus.

Iureconsulti verbo *Videamus*, modestè magis quam dubitanter opinionem suam insinuant tom.1,pag. 544,col.1

Vigilans.

Iura subueniunt vigilantibus & diligentibus non dormientibus, aut negligentibus tom.2, pagin. 362, col.2

Vilis.

Vilis persona magistratus authoritate iuberi potest vt condemnato caput amputet, vel eum furca suspendat tom.1,pagin.739, col.2

Villicus.

Quis sit villicus, quod eius officium & vnde dictus? tom.2,pagin. 61,col.1

Vinculum.

Duo vincula solent & debent esse fortiora tom. 1, pagin. 176, col.1

Vindicare.

Id vindicare quis potest quod suum est non quod alienum tom.2, pagin.290,col.1

Id potest quilibet vindicare quod potest suum dicere tom.1,pagin. 490, col.1

Vindicare quilibet potest id quod suum potest dicere tom.1,pagin. 33,col.2

Nemini licet sibi & in sua causa ius dicere, vel sine iudice se vindicare,extra certos casus tom.1,pag. 704,col.1

Vindicare nostrum.

Rem nostram petere magis propriè dicimus cùm eam vindicamus, nec suum quisquam dicere potest, nisi cuius vindicandi ius habeat tom. 1,pagin 209,col.2

Vindicatio.

Differentia inter vindicationem & condictionem ex re furtiua competentes tom. 1, pagin. 458, col.1

Omnia quæ de vindicatione directa dicuntur ad publicianam quoque id est vtilem vindicationem trahi debent quoniam ad instar proprietatis respicit tom. 1, pagin. 225,col.1

Omnis vindicatio siue dominij siue pignoris arbitraria est tom.1,pag. 664,col.2

Vindicatio non ex obligatione aliqua nascitur, sed ex præsenti tantum possessione tom. 1, pagin. 376, col.2

Solus pater nummos à filiofamilias solutos potest tanquam suos vindicare tom. 1, pagin.376, col.2

Rei vindicatio non nascitur ex contractu sed ex præsenti possessione illius qui alienam rem iniustè detinet tom.2,pagin.393,col.2

Extrema vindicationis sunt vt actor sit dominus, & reus possessor tom.1,pag,501,col.1

Meum est quicquid ex re mea supereſt eiusque vindicandi ius habeo tom.1,pagin.497,col.1

Vindicatio nunquam datur ei cuius facto & voluntate dominium semel in alium translatum est per traditionem tom. 1, pagin. 330, col.1

Vindicatio siue directa siue vtilis nunquam nascitur ex pacto, sed ex præsenti possessione, & datur contra eum qui nullo modo est obligatus tom. 1, pagin. 674, col.1,& 2

Vindicatio non competit rei furtiuæ peremptæ tom. 1, pagin. 458,col.1

Vindicatio non datur nisi propter præsentem possessionem tom.1, pagin.458,col.1

quisquis se dominum alicuius rei potest dicere eius quoque vindicandæ ius habet tom.1,pagin.410, col.2

Directa vindicatio dominij etiam ei competit qui rem in bonis habet quamuis de dominio quiritiario nihil probet dummodo ius habeat à domino tom.1, pagin.734,in fi.

Vindicatio condictio.

Differentia inter vindicationem & condictionem tom. 1, pagin. 316, col.2

Vindicatio,fur,prædo.

Fur & prædo rei vindicationem contra depositarium vel commodatarium habere non possunt secus actionem depositi & commodati tom. 2,pag.393,col.2

Vindicatio dominium.

quisquis agit rei vindicatione sibi eam legem imponit vt non aliter possit vincere quàm si se dominum probet plenissimè, impleatque intentionem quia dominum se dicit tom.1, pag 629,col.2

Vis.

Vis est quoties quis per se facit quod per iudicem facere deberet tom. 1,pagin.713,col 2

Vis maior neque in commodato, neque in pignore, neque in vllo contractu ab vllo præstanda est tom. 1,pag.670,col.2

Vis culpa.

Vim maiorẽ præstare neq; creditor neque alius quisquam debet sicuti nec suam culpam impunè ferre t.1.p.713, col.2

Vis,solutio.

Ex vi quæ interuenit in solutione inducitur præsumptio quod interuenit in ipsa quoque promissione to.1, p.319,col.1

Vis, metus.

Quod per metum aut per vim gestum est ratum haberi à prætore nunquam oportet. tom.1, pagin. 319, col.1

Vis, vxor.

Vis illata vxori à marito ad contrahendum aut quid faciendum quod ipsa postea fecerit durante matrimonio licet ex longo interuallo durat præsumptiuè tom.1,pag.319,col.2

Vita.

Dominus est vitæ alienæ omnis qui propriam negligit tom. 1, pag. 639, col.2

Vlpianus.

Vlpianus Christianorum religionem superstitionem vocat, & exorcismis vtentes, impostores, fuit quippe Christiano nomini infestissimus tom.1, pagin. 105, col. 2

Vnio.

Non tantùm valet pars separata à toto quantum si aliis partibus vnita esset in toto tom. 1, pag. 373, col.2

Vniuersitas.

Vniuersitates nec moriuntur, nec facilè pereunt tom. 1, pagin. 60, col.1

De consensu ciuium pro re vniuersitatis to.1,p.60,col.1,& 2

Volens.

Volentis appellatione quis significetur tom.2,pag.13,col.1

Volet.

Verbum volet, sui natura extensiuum est in futurum tempus quodlibet & ad omnem casum possibilem nisi sit restrictum ad certam causam tom.1, p.294.col.1

Voluntas.

Nihil refert an quis voluntatem suã verbis declaret, an facto tom. 2, pag. 68,col.2

Nuda scientia quæ etiam coniunctã habet patientiam non est expressa voluntas to.2,p.21,col.1

Heredis, testatoris, adeóque reipublicæ interest ne defuncti voluntas iusta circumueniatur tom.1,pag.297, col.2

Coacta voluntas, voluntas est t.1,p. 73,col.1

Sola

BIU Cujas

Sola voluntas & propositum intercedendi non est intercessio tom.2,pa. 352,col.2

Quicquid ex domini voluntate fit, à domino ipso factum videri debet tom. 1, pag. 33,col.1

Cum in verbis ambiguitas nulla est non est admittenda quæstio voluntatis tom. 1, pagin.52, col.1, in fi.

Interest publicè conseruari defunctorum voluntates supremáque defuncti hominis iudicia exitum habere non circumueniri tom.1, pagin.231, col.2

Vltima voluntas tota facti est tom. 1.pag.255,col.2

Voluntas hominis est ambulatoria vsque ad mortem tom.2, pag.19, col.2

Voluntas morte finitur nec transit ad heredem tom. 2, pagin. 111, col. 2

Facto incipiunt non à conuentione tom. 1, pagin. 251, col.2, & 252, col. 2

Hominum siue in testando siue in contrahendo voluntates audire iudices debent adeóque imperatores non iubere tom. 1, pagin. 222, c.1

Nihil interest an verbis an factis voluntas declaretur tom.1.pagin.29, col.2

Voluntas est libera, & vsque ad mortem ambulatoria tom.2, pag.212, col.1

Voluntas posterior in liberis actibus primam perimit, nec nocet voluisse si nunc nolis tom. 2, pagin. 312, col.1, in fin.

Nihil tam æquitati naturali consentaneum est quàm voluntatem domini rem suam in alium transferre volentis ratam haberi tom. 1, pagin. 623, col.2

Nuda voluntas & nuda ratio non potest facere quemquam debitorem t.2, p.153,c.2, licet à debito liberari possit nuda creditoris voluntate t.2,p.154,c.1

Voluntas, actus.

Etiam ex actu nullo declaratur voluntas tom. 1, pag. 729, col.2

Voluntas, obligatus.

In eo qui obligatus est mutatio voluntatis aut nullo modo, aut difficilius permittitur,nisi verba conuentionis ita ferant tom.2, pag. 397, col.2

Vsucapio.

Vsucapio solius possessionis nulla est tom. 1, pag. 354, col. 1

Sine titulo non procedit vsucapio tom.1.pag.354 c.1

Creditoris pignoratitij possessio prodest debitori ad vsucapionem tom.1, pag.712,col.2

Vsucapio non interrumpitur per superuenientem malam fidem, si modo cum bona fide iustóque titulo inchoata fuit tom.1,pagin.712, in fin.

Vsucapio pro emptore nulla esse potest si non emptio aliqua verè præcesserit tom. 2, pagin.57,col.2

Pecunia sine tutoris authoritate soluta à pupillo non minus parit liberationem per vsucapionem quàm per consumptionem tom.1,pag.52, in principio.

Differentia inter vsucapionem & consumptionem in transferendo dominio tom.1, pagin.52, col.1

An seruus hereditarius vsucapionem inchoare possit tom.2,pagin. 142,col.2

Mala fides non tantum vsucapionem impedit sed etiam longi temporis præscriptionem tom.1, pagin. 353,col.2

Alienationis nomine etiam vsucapio continetur tom.1, pag.350, col.1

Sine possessione nulla procedere vsucapio potest non magis quàm incipere tom. 1, pagin. 713, col.2

Sine possessione nulla procedere potest vsucapio tom. 1, pagin. 694,col.1

Cur introducta sit vsucapio & quo iure? tom. 1, pagin. 350, col.1,& 2

Tradens rem indebitam quam debitam putabat facit locum vsucapioni si accipiens putabat debitam esse tom.1,pag.364,col.1

In multis iuris partibus sola opinio tituli facit locum vsucapioni tom.1,pagin.364,col.1

Actio personalis vsucapione nulla excluditur tom.1. pagin.352, col.2

Vsucapiones omnes & præscriptiones in odium negligentium comparatæ sunt tom. 1, pag.677, col.2

Vsuræ.

Ex stricti iuris actionibus non debentur vsuræ, nisi in stipulationem deductæ sint? tom. 2, pagin. 296, col.1

Creditor pignoratitius superfluum precium obsignando si eo non vsus sit ad vsuras non tenetur tom.1,pag. 654,col.1,& 2

Obsignatio & depositio pecuniæ debitæ impedit ne vsuræ eius pecuniæ deberi possint tom.1, pagin. 654,col.1

In bonæ fidei iudiciis debentur vsuræ ex mora siue regulari siue irregulari tom.1,pagin.654,col.1,nec minus in contrariis iudiciis quia sunt bonæ fidei quàm in directis ibidem.

Non propter lucrum petentium sed propter moram non soluentium infliguntur vsuræ ita demum si ex mora ipsa debeantur secus si ex conuentione tom.1,pagin.698, col.2

Supra duplum vsuræ, & vsurarum vsuræ nec in stipulatum deduci nec exigi possunt tom. 1. pagin. 37,col.2

Nulla conuentione vsuras etiam præteritas in sortem redigere licet tom.1,pag.372,col.1

Vsuræ futuræ præteritis fauorabiliores tom. 1, pagin.372, col.2

Vsuræ vsurarum siue præteritarum siue futurarum nunquam permittendæ sunt nec ferendus vllo modo anatocismus tom. 1, pagin. 372,col.2

Vsuræ solutæ, sortis non promissæ repetuntur tom. 1, pagin. 372, col.2

Fieri non potest vt si sors principalis non debeatur, vsuræ sortis vllæ debeantur tom. 1, pagin. 444, col.1

Terminato per sententiam principali negotio nulla de vsuris, aut fructibus lis superesse potest, ne vnius litis finis alterius præbeat exordium tom.1, pag.444,col.1,& 2

Vsuræ solutæ sortis quę debita est nō possūt esse indebitæ, quamuis neq; per stipulationem adeóque nec pacto nudo promissæ sunt tom.1.pag.444, col.2

Agnoscit satis naturaliter vsuras deberi ille qui soluit in vicem & remunerationem commodi quod ex alienæ pecuniæ gratuito vsu percipit tom 1, p.444,in fi.

Vsuræ neque pœna sunt,neque propter moram non soluentis infligendæ nisi eo casu quo debetur tom. 1, pag. 590,col.1

In stipulatione de tota sorte certo tempore soluenda, vel de vsuris totius sortis ita soluendis vt si non ad dictam diem tota sors solueretur in singulos centenos singuli denarij singulis mensibus præstarentur si in continenti adiectum sit pactum de sorte restituenda variis temporibus quæ vsuræ debeantur si de iis facta non sit mentio tom. 1, pag.79,col.1

Vsuræ non natura sed iure percipi dicuntur tom.1, pag.371,col.2

Quicquid supra modum legitimum vsurarum promittitur pro non adiecto habendum est tom. 1, pagin. 371, col 2

Vsuræ non propter lucrum petentis sed propter moram non soluentium infliguntur tom. 1, pagin. 371, col.1

Vsuras iure ciuili debitas facit stipulatio, iure prætorio pactum nudum t.1, p.370,col.2

Vsuræ non promissæ sortis gratuitæ ante solutionē omninò indebitæ sunt post solutionem sunt debitæ to.1,pa. 370,col.2,& pag.372,c.2

Ex omnibus bonæ fidei iudiciis vsuræ omnimodo præstantur ex die moræ quamuis non fuerint promissæ tom. 2, pag.297,c.1

Vsuræ non natura percipiuntur sed iure & negotiatione tom.2, pag. 419, col.1

Vsuræ pecuniæ creditæ odiosa est quia fœnus est, pecuniæ verò depositæ aut debitæ ex contractu bonæ fidei est fauorabilis, cùm quasi interesse debeatur? tom. 2, pagin. 419, c.1

In iudiciis bonæ fidei debentur vsuræ ex die moræ etiam extraiudicialis tom. 2, pagin. 419. col. 1, ex contractibus strictis ne quidem post litem contestatam ibidem,c.2

Pecuniæ creditæ vsuræ non debentur citra vinculum stipulationis, secus eæ vsuræ quæ ex bonæ fidei iudicio præstantur,nec tam quod in obligatione sint quàm officio iudicis tom.1,p. 654,c.1

In bonæ fidei iudiciis quod ad vsuras attinet tantumdem potest officium arbitri, quantum stipulatio tom.1,pa. 654,col.1

Vsuræ non tam propter lucrum petentium quàm ob moram non soluentium infliguntur tom.1,pa.654,col.1

BIU Cujas

Obligationi super vsuris vsurarum non potest accedere fideiussor tom.1, pag.372,col.2

Etiam ex bonæ fidei iudiciis vsuræ non nisi à die moræ præstantur tom. 1,pag.654,col.1

Quod vsurarum nomine supra legitimum modum etiam per stipulationem promissum est pro non adiecto & non promisso haberi debet tom.1, p. 668,col.2

Solutio spontanea vsurarum debitas facit vsuras quę alioqui omnino essent indebitæ tom.1, pag. 445,col.1

Vsuræ debentur ab eo qui pecunia aliena vsus est ex qua lucrum sperare citra furtum non potuisset tom. 1, p. 654,col.1

In bonæ fidei iudiciis debentur vsuræ ex nudo pacto etiam citra moram, scilicet si pactum ab initio appositum sit,vel saltem in continenti tom.2,pa. 417,col.2

Legitimus modus vsurarum à legibus olim præscriptus fuit hodie à Iustiniano tom.1, pagin.370, col.2

In omnib. bonæ fidei iudiciis quod ad vsuras pertinet tantum potest officium iudicis quantum potest stipulatio tom.2, pag. 417. col.1

Pecuniæ debitæ fœnus citra stipulationem non debetur tom.1, pag. 653,col.1

Vsuræ non sunt fructus naturales, sed ciuiles qui non naturæ sed iure percipiuntur tom. 1, pag. 64, col.2

Vsuræ simpliciter & absolutè non debentur, sed per accidens & secundùm quid sub condicione illa si sors soluta non erit, maximè verò si vsuræ non sint in obligatione & stipulatione, sed officio tantùm iudicis præstentur tom.1,pagin. 659,col.1

Vsuræ quælibet dummodo licitæ in stipulationem deductæ debentur tom. 1, pag. 32,col.1 secus si in pactum incontinenti appositum ibid. col.2

In actione negociorum gestorum veniunt vsuræ etiam quæ promissæ non fuerunt tom.2,pagin.296, col.2

Differentia inter vsuras pecunię creditæ, & rerum quæ pro temporum & locorum varietate variam recipiunt æstimationem tom.2,pagin.296, in fi.

Differentia inter interesse vel vsuras quæ sunt in obligatione, & eas quæ non nisi officio, aut arbitrio iudicis debeantur tom. 1, pagin. 542, col.2

Vsurę non debentur citra stipulationem, ne quidem in bonæ fidei iudiciis nisi ex die moræ quæ contracta sit vel per interpellationem,vel re ipsa t.1. p.654,col2

Iure canonico quicquid excedit sortem vsura est & fœnus etiamsi vel minima sit salutatio tom.1, pagin. 32, col.2

Duplices vsuræ pro eodem tempore nunquam præstari debent to. 1, p.81, col.1

Vsuræ vsurarum nunquam præstari debent tom. 1, pagin. 81, col.1

In accessionibus pecuniæ id est in vsuris stipulationem interuenire necesse est tom.1,p.530,col.1

Differentia inter vsuras ex stipulatione debitas & eas quæ ex promissione tom. 1, pagin.668,col.1

Vsura centesima extra nauticam nulla maior olim esse poterat tom. 1, pagin. 74, col. 1

In iudiciis strictis vsuræ non veniunt ex die moræ secus in iudiciis bonæ fidei tom.1, pagin.228,col.1, excepta actione ex testamento ibid.

Vsurę non veniunt in condictionem indebiti tom. 1, pagin. 351, col.2

Vsuræ vicem fructuum obtinere nec à fructibus facilè possunt separari tom. 1, pagin.64,col.1

Quid sit lire contestata currere tom. 1,pag.665,col.2

Vsuræ debentur aut ex stipulatione aut officio iudicis propter contractum cui fideiussor accessit,& ideo etiam à fideiussore debentur tom. 1, pagin. 545, col 2, & à pœna separantur ibidem

Vsuræ pecuniæ creditæ non nisi ex stipulatione deberi possunt, aliarum tamen rerum debentur etiam ex nudo pacto tom. 1, pagin. 42, col.1

Legitimus modus vsurarum est vt duplum excedere non possit tom.1, pag 527,col 2

Vsuræ ex condictionibus nullæ vnquam præstantur tom. 1, pagin. 64,col.2

Vsura constitutum.

Quid significent verba illa, salua ratione vsurarum, apposita in constituto tom 1,pag.586,col..2

Vsura repetitio.

Supra modum solutis vsuris imputantur indebitæ in sortem tom. 1, pagin.370,col.2, sed non repetuntur ibid.

Vsuræ sortis siue iam solutæ siue simul si supra modum legitimum soluantur repetuntur, vt sors non vt vsuræ tom.1,pag.371,col.1,& 2

Vsura donatio.

Vsura donata creditur quam quis per longum tempus petere desiit vt debitori suo gratior esset tom.1,pag. 258,col.2

Vsura tutelæ.

Actio tutelæ admittit vsurarum accessionem tom. 2, pagin. 152, col.2.

Vsura depositum.

Depositarius deposita pecunia vtendo etiam ex deponentis voluntate tenetur ad vsuras, etiam citra pactum & moram tom.2,pagin.422,col.1,& 2, secus si ex deposito mutuum factum esset ibid.

Scribens facturum se ne pecunia deposita sit vacua an ad vsuras teneatur? tom.2,pag.421,col.1, & 2

Vsura fructus.

Cùm debitor gratuita pecunia vtitur id nullis promissis vsuris potest creditor de fructibus rei sibi pignoratæ ad legitimum vsque modum vsuras retinere tom.1,pag.370,col.1

Vsura constituere.

Constituens se sortem & vsuras quæ non debebantur soluturum, in sortem quidem tenetur, sed in vsuras non tenetur tom.1,pag.564, col.2

Pecuniæ fœnebris vsuræ constitui non possunt, quia vinculum exigunt stipulationis tom.1,pagin.584, col.2

Vsura restitutio.

Vsuræ solutæ sortis indebitæ neque condici neque compensari possunt tom.1,pagin.445, col. 2, ante peritam videlicet in integrum restitutionem ibidem.

Vsurarij.

Infamiæ macula vsurariis irrogatur tom.1,pag 37,col.2

Vsus.

Vsus eiusdem rei apud plures in solidum esse potest tom.1,pagin.615, col.2

Vsus & vsusfructus non minus mutatione quàm peremptione rei extinguitur tom.1,pagin.8,col.1

Vsufructuarius.

Vsufructuarius dominus non est, nec benè domino æquiparatur tom.2, pagin.189,col.2

Vsusfructus.

Vsusfructus in multis casibus pars dominij est,aut saltem portionis instar obtinet tom. 2, pagin. 183, col.2

Vsusfructus in iure non in parte consistit tom.2,pagin 183,col.2

Vsusfructus formatus cùm posteaquam finitus est ad proprietatem redit iure proprietatis nudæ tom. 1,pag.684,col.1

Vsusfructus in plerisque casibus pars dominij censetur tom.1,pagin. 355,col.1

Vsusfructus cùm rei emolumentum contineat saltem portionis instar obtinet tom.1,pag 355,col 1

Vsusfructus in iure consistit non in parte tom.1,pag.355,col.1

De origine & effectibus quasi vsusfructus tom.1,pag.124,col.2

Differentia inter vsumfructum & perceptionem fructuum tom.1, pag.347,col.2

Nouus est vsusfructus qui ex formali fit causalis tom.1, pagin.684, col.1

Differentia inter vsumfructum formalem & causalem tom.1,pagin. 684,col.1,& 2

qui habet nudam proprietatem imò & plenam, vsumfructum habere non potest: nemo enim re sua vtitur nec fruitur tom.1, pagin.683,col 2

Finitus vsusfructus statim & sui natura recurrit ad proprietatem tanquam ad suam causam & quidem ipso iure nullo hominis facto in eam rem requisito tom.1 pag.68.,col.1

Vsusfructus cur dicatur causalis, cur for-

BIU Cujas

cur formalis tom.1,pag.684, col.1

Vsusfructus in iure non in parte consistit licet emolumentum rei contineat tom.2.pag.141,col.1

qui fundi quamuis certi vsumfructum stipulatur, incertum quid stipulatur tom.1,pag 507,col.2

Heres fructuarij non succedit in vsufructu,cùm personæ cohæreat tom. 1,pagin.347,col.1

Non est fundus meus cuius habeo vsumfructum,est autem meus licet fructus sint alieni tom.1.pagin.347, col.1

Vsusfructus iam constitutus alij cedi non potest quàm proprietario tom.1.pag.347,col.1

Differentia vsusfructus formalis,& vsusfructus causalis tom.1,pag.347, col.1

Vsusfructus legatum.

Tota simul extincta & demolita domo an extinguatur vsusfructus, aut si per partes tom. 1, pagin. 406, col.1

an legatum proprietatis aut fideicommissum extinguatur ibidem, col. 1, & 2

Vtile.

Id quod nemini nocet & alicui prodest facilè conceditur tom.2,pag. 359,col.1,& 2

In contractibus vtile per inutile non viciatur in iis quæ diuidua sunt secus in indiuiduis tom.1,pagin. 522,col.2

Vtile per inutile vitiari non debet. tom.1,pag.522,col.2

Vtile publicum.

In omni iuris parte spectari maximè solet quod publicè vtile est tom 2.pag.403,col.1

Vtilitas.

In gratiam publicæ vtilitatis quamplurima contra iuris ciuilis rationem & constituta & recepta fuerunt tom.1, pag.739,col.2

Vtilitas respublica.

Potest officialis propter vtilitatem publicam capere res priuatorum, data tamen mercede de publico, quod tamen quantum ad dandam mercedem non seruatur de consuetudine tom.1, pag.739,col.2

Vtique.

Vtique si sciuerint, pro vtique,quia sciuerint tom.1,pag.90,col.1

FINIS.

BIU Cujas